

Direito Penal

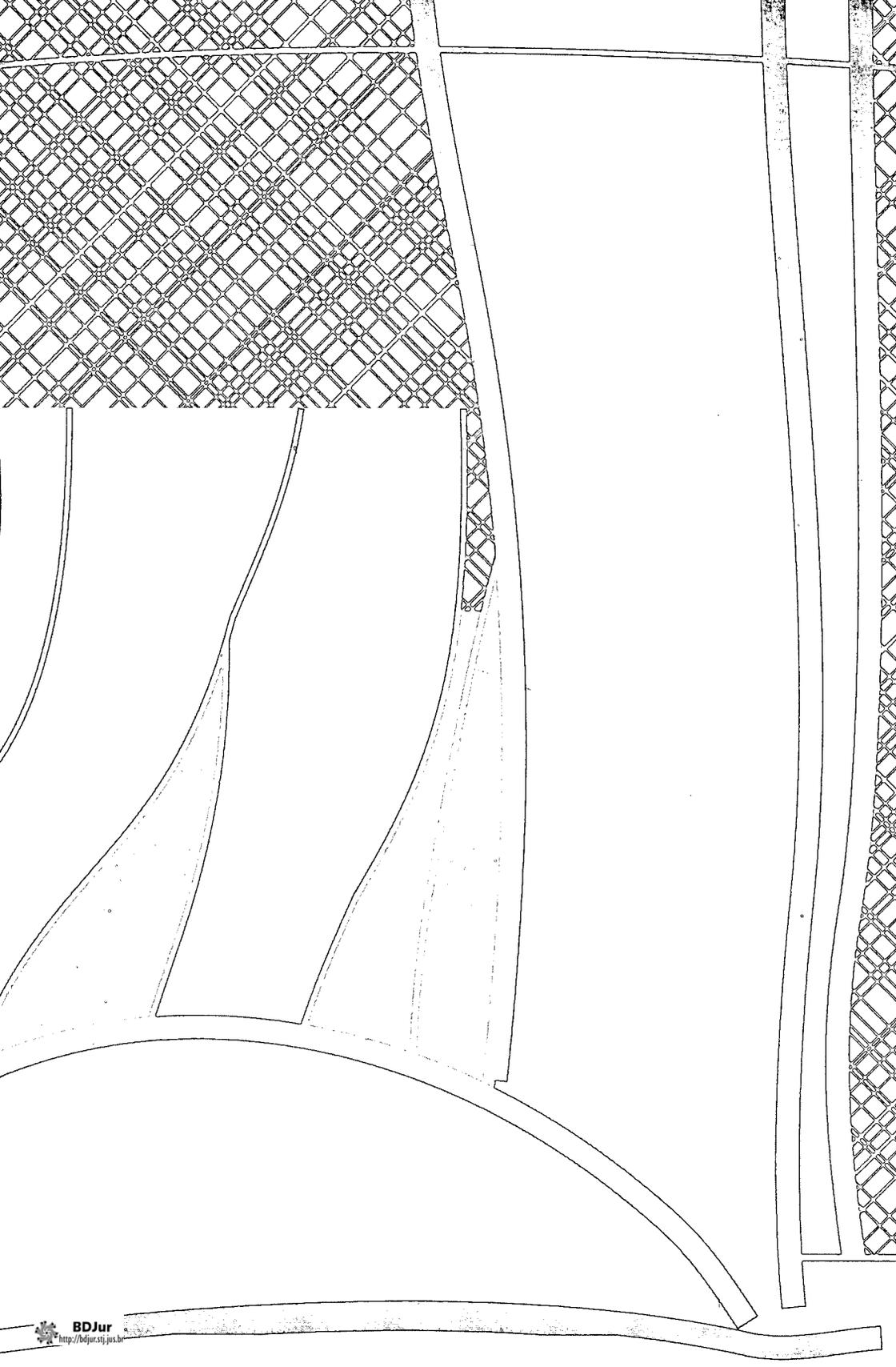
Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil

Oscar de Macedo Soares

História do Direito
Brasileiro



6

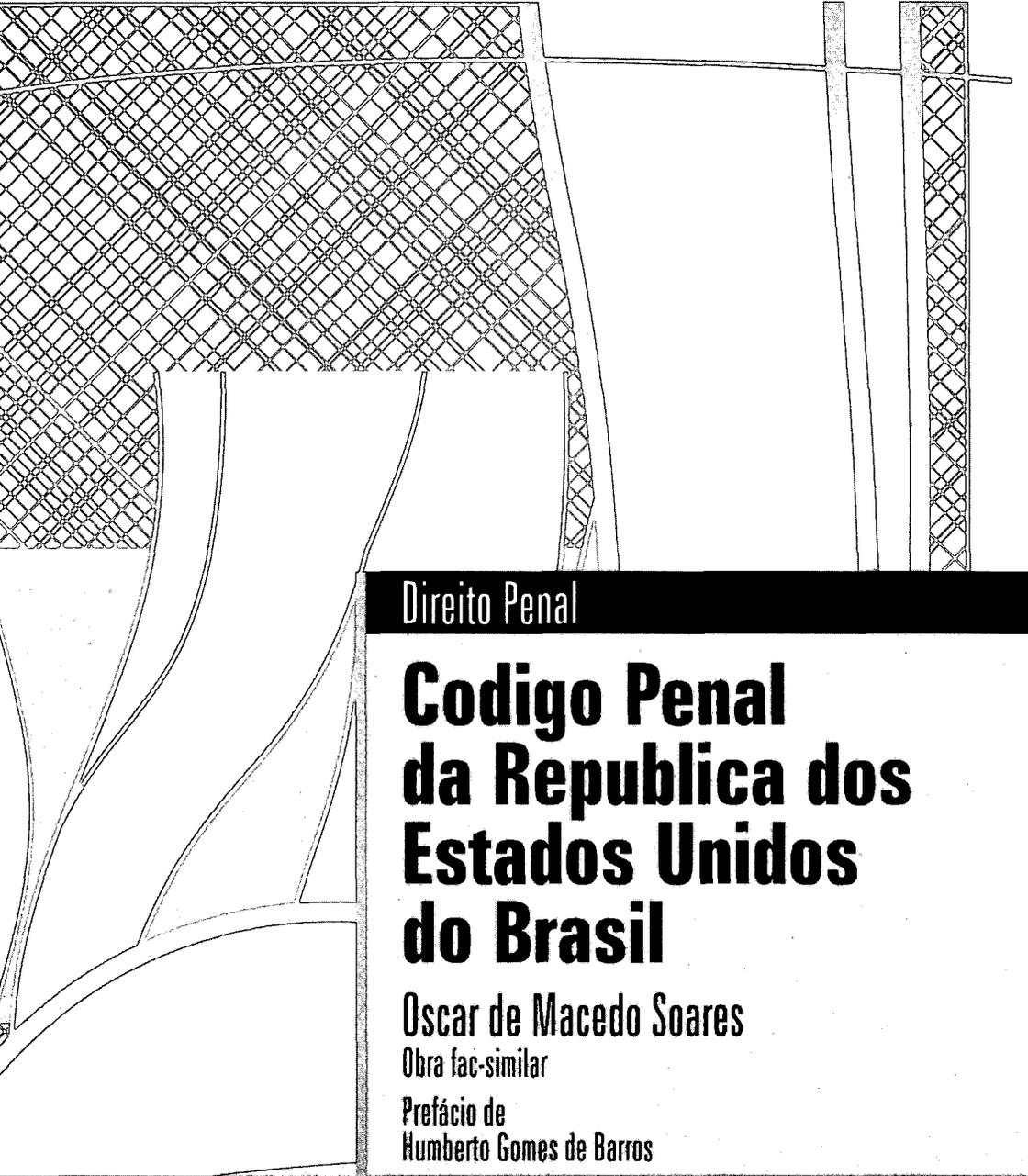


Senado Federal

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

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Fargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragozo Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy 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

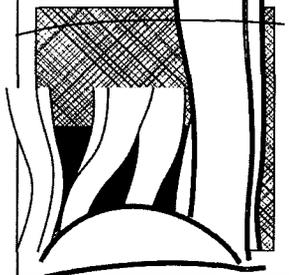
Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil

Oscar de Macedo Soares

Obra fac-similar

Prefácio de
Humberto Gomes de Barros

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Janeiro/2004

Conselho Editorial

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

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

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado	JOÃO VIEIRA DE ARAUJO Codigo Penal commentado, theorica e praticamente
ANTONIO LUIZ FERREIRA TINOCO 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 Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal
FRANZ VON LISZT Tratado de Direito Penal alemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira	TOBIAS BARRETO Estudos de Direito
GALDINO SIQUEIRA Direito Penal brasileiro (segundo o Codigo Penal mândado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)	TOBIAS BARRETO Menores e loucos em Direito Criminal

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael François de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão
Projeto Gráfico
Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

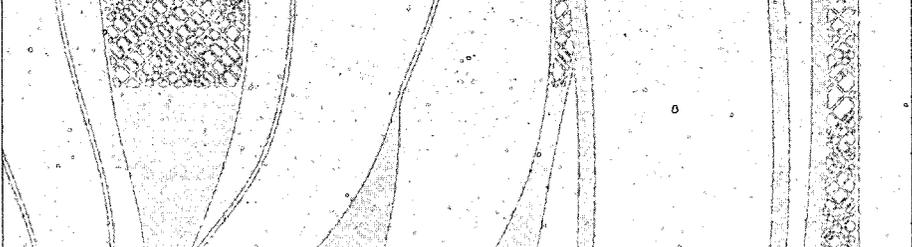
Soares, Oscar de Macedo, 1863-1911.

Codigo penal da República dos Estados Unidos do
Brasil / Oscar de Macedo Soares ; prefácio de Humberto
Gomes de Barros. -- Ed. fac-similar. -- Brasília : Senado
Federal : Superior Tribunal de Justiça, 2004.

XXX+862 p. -- (História do direito brasileiro. Direito penal)

1. Código penal, Brasil (1890). I. Brasil. Código
Penal (1890). II. Título. III. 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 Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

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

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

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

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



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

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

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

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

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

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

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

- *Anotações theoricas e praticas ao 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

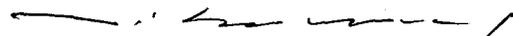


Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato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

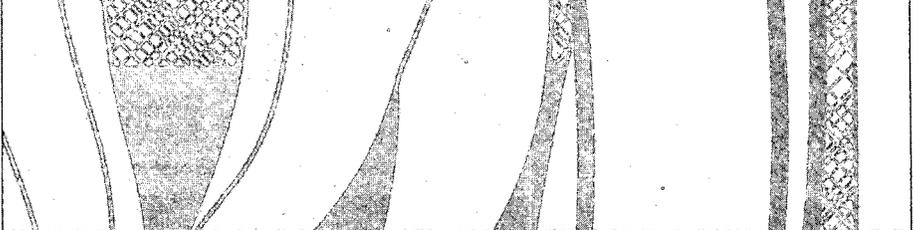
Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica 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

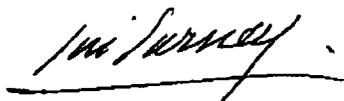




Nota do Editor

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.

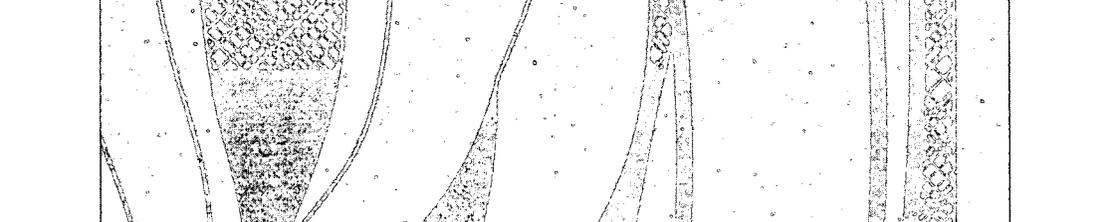
Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.



Senador José Sarney

Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal





Prefácio

A coleção *História do Direito Brasileiro* resgata mais uma obra decisiva para o entendimento de nossa cultura jurídica. Livro raro – esgotado e restrito àqueles que têm acesso às grandes bibliotecas –, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Oscar de Macedo Soares, ressurge para o manuseio de todos os estudiosos.

Como outras obras clássicas já integrantes da Coleção, estes comentários ao Código Penal foram escritos por um homem de múltiplas qualidades. Com efeito, Tobias Barreto, José de Alencar e Lafayette Rodrigues Pereira foram além de suas contribuições à literatura jurídica. Desses homens, pode-se dizer que tinham o dom de Proteu. Semelhantes àquela divindade marinha, eram capazes de aparecer na figura de professores, juristas, filósofos, poetas ou romancistas. De Proteu, herdaram, ademais da capacidade de metamorfose, a onisciência. Condensava-se em seus horizontes intelectuais praticamente todo o conhecimento do tempo em que viveram. A vasta cultura lhes possibilitava enxergar no ordenamento jurídico não um simples ajuntamento de regras estatais, mas um código político em que se condensa a essência da cultura nacional. Mais do que juristas, eram humanistas.

A leitura das obras jurídicas que eles nos legaram é fundamental a todos os que têm a responsabilidade de criar e aplicar leis. Segundo observa o eminente Ministro Nilson Naves, “como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos do 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”.

A tão ponderada advertência, eu somaria a necessidade de nos prevenirmos contra a tendência de copiar servilmente o que se produz no exterior e contra o menosprezo às manifestações da inteligência aborígene.

Proteu mostrou a Menelau o caminho de volta à pátria. *A História do Direito Brasileiro* certamente ensinará os juristas brasileiros a enxergarem a realidade de seu país.



À lista desses pensadores de múltiplos interesses, atividades e realizações acrescenta-se Oscar de Macedo Soares, que, em existência relativamente breve, destacou-se como advogado militante, autor de obras de Direito, congressista e jornalista.

Esse fluminense de Saquarema nasceu em 1863. Estudou Direito no Largo de São Francisco, na capital paulista. Pouco depois de formado, atuou como promotor público em Itu, São Paulo. Depois, projetando-se no cenário nacional, tornou-se Secretário da Presidência da Província de Alagoas. Foi nomeado para exercer idêntico cargo no Ceará. Não aceitou. Preferiu ir para o Rio de Janeiro, então capital do país, onde militou na advocacia.

Com o advento da República, foi eleito, apesar de ainda não ter completado 27 anos, deputado ao Congresso Constituinte, que redigiria a Constituição do Brasil republicano de 1891. Elaborada a Carta Republicana, o Congresso dissolveu-se. Macedo Soares foi, então, eleito deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro.

Combativo, ele atuou na imprensa desde seus tempos de estudante. Enquanto morou em São Paulo, dirigiu o *Correio Paulistano*, ao tempo em que colaborou em vários outros periódicos.

Após mudar-se para a capital do Brasil, tornou-se co-proprietário e redator do jornal *Rio de Janeiro*. Nessa função quase perdeu a vida. É que, sob sua condução, o *Rio de Janeiro* mantinha ferrenha oposição ao governo de Francisco Portella. Partidários do governador promoveram um atentado contra o jornalista. Macedo Soares, literalmente, escapou por pouco: uma bala chegou a furar-lhe o chapéu.

Tantas atividades não o impediram de produzir – em escassos 48 anos de vida – substancial literatura jurídica. Suas obras englobam diversos ramos do Direito. Além do *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil commentado* e *Código Penal Militar da República dos Estados Unidos do Brasil, commentado*, publicou o *Manual do curador geral dos orphãos e Casamento civil – Dec. n. 181, de 24 de janeiro de 1890, commentado*. Na seara do Direito Eleitoral, deixou-nos *Consultor eleitoral – Lei n. 1.269, de 15 de novembro de 1904, commentada*.

Sobrou-lhe tempo para rever, atualizar e anotar, de acordo com a legislação republicana, livros de Carlos Antônio Cordeiro, a saber: *Consultor criminal acerca de todas as acções seguidas no foro criminal* e *Consultor orphanologico ou formulário de todas as acções seguidas no juizo dos orphãos*.



O *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil – commentado por Oscar de Macedo Soares* teve algumas edições, que se esgotaram com rapidez. A utilizada pela coleção *História do Direito Brasileiro* é a sétima, última publicada durante a vida do autor (um ano antes de seu falecimento, ocorrido em 1911).

Em nota ao leitor datada de 25 de março de 1910, Macedo Soares, depois de alinhar as atualizações feitas naquela edição, que seria a derradeira, registrou uma queixa: o projeto de novo Código Penal dormia, havia vários anos, nas gavetas da comissão especial encarregada de estudá-lo. Terminou perguntando: “Quando teremos votado o novo Código Penal nas duas casas do Congresso?” Isso mostra como é velha a angústia de nossos juristas à espera de leis novas.

A obra que agora se reedita não criou nova tendência doutrinária. Não era essa sua pretensão. O próprio autor esclarece:

“A primeira edição deste Código que publicamos, simplesmente anotada, esgotou-se em pouco tempo. Destinava-se a servir de manual de utilidade prática para os que lidam no fôro criminal.

O benevolento acolhimento animou-nos a publicar a segunda edição commentada, de modo a poder servir também de compêndio para os estudantes das nossas escolas superiores.”

Um dos méritos do *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil commentado* é mostrar a evolução de nosso Direito Penal positivo. Isso é feito com a indicação das leis que foram modificando, aperfeiçoando e atualizando o Código Penal de 1890. Para avaliar a qualidade de tais diplomas, Macedo Soares vale-se dos comentários e da jurisprudência com eles relacionados.

A obra é freqüentemente ilustrada com o pensamento de grandes penalistas, brasileiros (dos quais João Vieira talvez seja o mais citado) ou estrangeiros. Merecem destaque e louvores as constantes incursões no Direito Comparado.

O autor não deixa de emitir suas opiniões. Por isso, este livro tem a qualidade adicional de traduzir, sem timidez, o pensamento de um jurista brasileiro na interpretação de nosso primeiro Código Penal republicano. Vejamos alguns exemplos de grande interesse para os estudantes do Direito Penal e de muita atualidade nestes dias, em que o



aumento da criminalidade deixou de ser fenômeno nacional para tornar-se uma epidemia universal.

A propósito do art. 24, que preceitua a responsabilidade criminal nos delitos culposos, Macedo Soares diz:

“No sentido generico ou indeterminado, o *dolo* denomina-se *animus delinquendi*, que é a expressão da vontade de praticar a infracção unida á consciencia de que a infracção é punivel. O conjunto destes dois elementos – *vontade e consciencia* – constitue a *intenção criminosa*, a que se refere o art. 24.”

Ao se referir ao art. 34, sobre os requisitos para que se caracterizasse a legítima defesa, tem ele o seguinte comentário:

“O conceito da legitima defeza distingue se essencialmente do estado de necessidade, porque aquella é um direito, que decorre da propria natureza humana pelo instinto de conservação, e da organização social pelo poder publico, que foi instituido especialmente para garantir os direitos fundamentaes da vida, liberdade, propriedade, emfim todos os direitos civis e politicos dos cidadãos. A segurança da vida e de todos os direitos que podem ser lezados, é dever preliminar de todo aquelle que representa uma parcella do poder publico. Por meio da policia administrativa e judiciaria, preventiva e repressiva, o Estado exercita a sua função protetora dos direitos individuaes. Mas se, n’um momento, o cidadão se acha entregue aos seos propios recursos, isto é, si está impossibilitado de invocar ou receber socorro da autoridade publica, elle exerce o direito de legítima defeza propria, ou de outrem. Esse direito não se limita á proteção da vida; vae além, comprehende todos os direitos que são lezados.”

No tocante ao descumprimento de ordens ilegais e ao crime de desobediência, comenta o art. 35, dizendo que:

“A resistencia legal é um *direito*; a resistencia criminosa é um *facto*. A resistencia *legal* e a *criminosa* manifestam-se por actos de força, violencia, ou ameaças. É sempre um delito de acção material (art.124). Differe da *desobediencia* que é um delicto de acção quando



manifesta-se por palavras, ou por atos de transgressão da ordem; e é um delicto de omissão quando a ordem deixa de ser cumprida. Na desobediência não ha *vis*, não ha *violencia* (art. 135). (...) O § 2º do art. 35 refere-se á resistencia legal. (...) A resistencia legal é justificativa que isenta da penalidade, porque o crime que della resultar, é reputado praticado em defeza propria ou de terceiro, constitue o direito de legitima defeza. É necessario, porem, que na resistencia não haja *excesso dos meios indispensaveis* para impedir a execução da ordem illegal.”

Mais adiante, ao comentar o art. 124, acrescenta:

“As ordens illegaes não se cumprem. Expedir ordem illegal é crime punido pelo art. 228. (...) A resistencia á ordem illegal é um direito de legitima defeza propria ou de terceiro, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução (art. 35, § 2º).”

Essas poucas transcrições revelam a singela precisão conceitual, que apenas os sábios possuem. Creio que elas já devem ter despertado no leitor o desejo de aprofundar-se nesta obra, que recomendo com entusiasmo.

Ministro *Humberto Gomes de Barros*



CODIGO PENAL

DA REPUBLICA

DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

DO MESMO AUTOR

A venda na Livraria A. Garnier:

Código Penal Militar da Republica dos Estados Unidos do Brasil, commentado. Ed. A. Garnier.

Manual do Curador Geral dos Orphãos. 2.^a edição melhorada e revista de accôrdo com a legislação da Republica. Ed. A. Garnier.

Casamento Civil. Dec. n. 181 de 24 de Janeiro 1890, commentado, 4.^a edição, melhorada. Ed. A. Garnier.

Consultores Civil, Criminal, Commercial e Orphanologico de C. A. Cordeiro, annotados e revistos de accôrdo com a legislação da Republica. Ed. A. Garnier.

Consultor Eleitoral. Lei n. 1269, de 15 de Novembro de 1904, reforma a legislação eleitoral, commentada, contendo as Instrucções expedidas pelos decretos n. 5391 de 12 de Dezembro de 1904 e n. 5453 de 6 de Fevereiro de 1905 e um Formulario dos processos do alistamento dos eleitores, dos recursos e das eleições federaes, 1.^a edição, 1909. Ed. A. Garnier.

CODIGO PENAL

DA REPUBLICA

DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

COMMENTADO

POR

OSCAR DE MACEDO SOARES

ADVOGADO

SETIMA EDIÇÃO

correcta e consideravelmente augmentada, ~~contendo em Appendice a legislação criminal publicada até á presente data.~~ ~~BIBLIOTECA~~



LIVRARIA GARNIER

109, RUA DO OUVIDOR, 109
RIO DE JANEIRO

6, RUE DES SAINTS-PÈRES, 6
PARIS

AO LEITOR

Esgotada a quarta edição, publicamos a presente com algumas notas accrescidas, tendo em vista a jurisprudencia recente do Supremo Tribunal Federal e novas leis ultimamente elaboradas.

No *Appendice* inserimos o decreto n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, que estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos e dá outras providencias, revogando a Lei n. 1785 de 28 de Novembro de 1907, que figurava na edição anterior.

A lei nova revogou o capitulo I do titulo VI do Codigo, que trata da *moeda falsa* (arts. 239 a 244) e o capitulo II, secção I, que define os crimes de *falsidade dos titulos e papeis de credito do Governo Federal, dos Estados e dos bancos* (arts. 245 a 250). Continuam, porém, em vigor as disposições das secções II, III e IV deste ultimo capitulo, relativos á *falsidade de certificados, documentos e actos publicos* (arts. 251 a 257), á *falsidade de documentos e papeis particulares* (arts. 258 a 260), ao *testemunho falso, ás declarações, queixas e denuncias falsas em juizo* (arts. 261 a 264).

Conservamos os commentarios dos artigos revogados, porque a doutrina na sua essencia é uma só em relação a estes crimes contra a fé publica. A differença entre as disposições revogadas do Codigo e as da lei nova consiste apenas na definição das diversas figuras do delicto e na penalidade correspondente.

O processo continua a ser o estatuido na lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898, ao qual tambem ficarão sujeitos os crimes de estellionato, roubo, furto e damno quando commettidos contra a fazenda federal.

O processo e julgamento dos crimes de incendio e outros de perigo commum (arts. 136 a 148), de roubo e extorções (arts. 356 a 363) passaram, no Districto Federal, a ser da competencia dos juizes de direito das varas criminaes, creadas pela ultima reforma da organização judiciaria local.

Apresentando, na sessão de 15 de Setembro de 1908 da Camara dos Deputados, o seu substitutivo ao projecto n. 66 B, de 1908, o qual foi convertido na lei actual, o dr. Esmeraldino Bandeira assim o justificou e, *data venia*, publicamos o resumo, transcripto do *Diario official* de 16 daquelle mez :

« O Sr. Esmeraldino Bandeira diz que vem desobrigar-se de um compromisso que voluntariamente assumiu com a Camara, por occasião em que foi submettido a debate o parecer que elaborou sobre o projecto, do illustre representante do Estado de Minas, o Sr. Francisco Veiga.

« Foi esse compromisso o de apresentar um substitutivo completo áquelle projecto e em que refundiria a ultima lei sobre os crimes de peculato e moeda falsa.

« Intercorrentemente, porém, o seu illustrado collega de bancada, Sr. João Vieira, cuja competencia em direito criminal é assaz conhecida e respeitada dentro e fóra do paiz, apresentou, por sua vez, um substitutivo, cuja discussão V. Ex. acaba de annunciar.

« Sente o orador que o illustre Deputado por Pernambuco se forrassse ao esforço de um trabalho completo e integral, limitando-se a accrescentar alguns casos aos que vinham previstos na lei e a alterar as penas ali comminadas.

« De modo que grande difficuldade teriam de vencer os juizes para o processo e julgamento dos crimes referidos, pois que teriam pelo menos de consultar duas leis em cada caso occorrente.

« Em vista disso, mais o orador se convenceu da necessidade

de formular um projecto, em que fossem contempladas todas as hypotheses da lei e todos os casos do substitutivo.

« Mas, como a Camara terá occasião de ver com a leitura do projecto, que ora submete ao seu conhecimento, muitos casos e muitas hypotheses, que absolutamente não veem previstos na lei nem no substitutivo, o orador formulou e previu no seu projecto.

« Pelo adiantado da hora, não lhe é dado minuciar sobre o seu trabalho.

« Entretanto, dirá que, além das hypotheses criminaes inteiramente novas que estatuiu no dito projecto, hypotheses indicadas, já pela jurisprudencia dos tribunaes federaes, já pelos ensinamentos dos melhores codigos estrangeiros, o orador entendeu de bom aviso minorar algumas das penas excessivamente graves que figuram na lei, e tambem abolir a que inhabilitava *perpetuamente* o condemnado ao exercicio de qualquer função publica, após o cumprimento da sentença condemnatoria.

« O orador, na organização de seu projecto, procurou ouvir as indicações de um honrado e erudito magistrado da Justiça Federal, e em boa hora o fez porque essas indicações foram realmente preciosas.

« Tambem trocou idéas com distinctos collegas da alta administração da Republica e que por força dos cargos que exercem, além de esmerada cultura juridica, de que dispõem, muito auxiliaram o orador no trabalho de que se havia incumbido

« Acredita que o projecto, si merecer a fortuna de ser convertido em lei, virá colmar lacunas da legislação em vigor, lacunas que têm dado logar a absolvições de verdadeiros criminosos, com grande pesar dos honrados juizes desta Capital.

« Por occasião do novo debate o orador dirá minuciosamente sobre o seu projecto. (*Muito bem, muito bem. O orador é muito comprimntado.*) »

Na sessão de 28 de Setembro de 1909 do Senado, o dr. Castro Pinto, pedindo a nomeação de substituto de um dos membros da Commissão encarregada d dar parecer sobre o projecto do

Código Penal, communicou que os membros da Commissão especial estavam resolvidos a entrar definitivamente em trabalho « de maneira que este anno mesmo (1909) possamos, disse S. Ex. trazer á discussão do Senado o resultado de nosso estudo, ao menos sobre a parte geral do Código. » Passando a considerações de ordem doutrinaria sobre direito penal, que S. Ex. considera « uma especie de programma dos trabalhos para a alludida Commissão », começa declarando que « desde 1897, tempo quasi da vida da Constituição da Republica, o projecto do Código Penal está creando cabellos brancos no seio da Commissão ou antes das Commissões da Camara e do Senado. Isso em parte é um inconveniente, mas em parte é uma grande vantagem, porque, diz o illustre senador, « o espirito moderno, em materia de responsabilidade criminal, está dividido de maneira que nos os que elaboramos a lei, relativamente ao assumpto, devemos estar como que na expectativa, aguardando a solução de uns certos problemas de ordem preliminar, para uma completa, segura e adequada legislação em direito penal. »

Assim tambem pensa não menos illustre senador fallando sobre o Código civil, cujo projecto dorme profundo somno ha muitos annos no seio da Commissão especial. Mas, se formos esperar a ultima palavra em materia da legislação dos povos mais adiantados, ou das idéas e theorias consequentes do progresso das sciencias e das ultimas conquistas da civilização, afim de que a nossa codificação civil e penal seja o transumpto dessas civilizações, tão cedo não teremos os nossos Codigos promulgados.

E' melhor que continuem a nos reger as brumações do Reino, esperando que um dia possamos attingir a esse momento historico, em que estaremos adiante das mais avançadas nações civilizadas.

E' possivel que, nessa occasião, os nossos espiritos, libertos do envolvero material, possam contemplar os monumentos da nossa legislação, servindo de fontes de ensinamento para todos os povos cultos.

O anno de 1909 já passou. O projecto da reforma do Codigo Penal continúa na pasta da Comissão especial,

A sessão do corrente anno de 1910 vai ser de debates politicos. No proximo, termina o triennio da legislatura, é o anno das eleições.

Quando teremos votado o novo Codigo Penal nas duas casas do Congresso?

O Codigo civil... esse aguarda a ultima palavra da legislação dos povos cultos.

Rio, 25 de Março de 1910.

OSCAR DE MACEDO SOARES.

A primeira edição deste Código, simplesmente anotada, esgotou-se em pouco tempo. Era um ensaio : destinava-se a servir de manual, de utilidade prática, para os que lidam no fôro criminal.

O benevolento acolhimento animou-nos a publicar a segunda, commentada, de modo a poder servir também de compendio para os estudantes das nossas escolas superiores.

Conservamos a matéria da edição anterior, e aos novos commentarios de cada artigo demos maior desenvolvimento, explicando o texto, expondo as doutrinas correntes dos tribunaes e as opiniões dos melhores autores.

Adoptada a segunda, como compendio, em diversas Academias de Direito, e esgotando-se também rapidamente, publicamos a terceira ainda sob o regimen da mesma legislação, pelo que nenhuma modificação foi necessaria, a não ser a revisão do texto.

Novas leis, algumas já sancionadas, outras em elaboração nas duas casas do Congresso, impuzeram-nos a confecção da quarta edição, que sahe refundida de accôrdo com a ultima legislação e consideravelmente augmentada. Nos commentarios ha matéria nova baseada nos julgados dos nossos tribunaes e juizes, nos escriptos de autores nacionaes, que preferimos aos estrangeiros, porque aquelles estudam o nosso Código, procuram firmar a doutrina conforme o texto da lei e o pensamento do nosso legislador. Os autores estrangeiros, mesmo os que fazem estudo de legislação comparada, comquanto exponham a theoria de accôrdo com as escolas que professam, limitam-se ao exame dos codigos que commentam e raros são os que fazem referencia ao brasileiro.

Nem sempre os commentarios desses escriptores se adaptam ao texto do nosso Codigo. Erros de falsa apreciação temos visto, commettidos por juizes e advogados, que procuram applicar a lei ao facto, interpretando o nosso Codigo com as opiniões de autores que tratam de outros codigos, que não serviram de fonte nem adoptaram o systema do nosso.

Além disso, temos em casa material precioso: a litteratura juridica nacional, as revistas, que publicam julgados dos tribunaes e juizes, estão repletas de trabalhos, que se recommendam pelo estudo, e devem ser vulgarizados.

Repositorio de varios desses trabalhos, esta edição poderá servir de contribuição, embora modesta, para a reforma do Codigo Penal, cujo projecto aguarda a decisão do Congresso Nacional.

No *Appendice* accrescentamos algumas leis novas; e outras, que figuravam nas edições anteriores, retiramos por terem sido revogadas.

Rio, 15 de Fevereiro de 1907.

OSCAR DE MACEDO SOARES.

CODIGO PENAL

DA REPUBLICA DOS E. U. DO BRAZIL

DECRETO N° 847 de 11 de Outubro de 1890.

LIVRO I

DOS CRIMES E DAS PENAS

TITULO I

DA APPLICAÇÃO E DOS EFEITOS DA LEI PENAL (1)

(1) Observa Escorel (*Cod. pen. braz. 1.º v.*) que 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*. Assim fez o legislador francez no projecto do Codigo criminal, em 1804, que depois teve de modificar, separando o *Codigo penal*, que occupava-se dos delictos e das penas, do *Codigo de Instrucção criminal*, que contem as leis do processo. Seguindo o mesmo systema, tivemos o Codigo de 1830, embora com a denominação de criminal e o Codigo do processo criminal, que ainda hoje vigora modificado ou derogado em algumas de suas disposições pelas leis processuaes dos Estados, cuja competencia para legislar sobre o processo civil e criminal lhes foi dada pela Constituição federal. Ao novo de 1890 deu-se a denominação de *Codigo penal*, porque só se occupa dos crimes, das contravenções e das penas.

Art. 1.º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas (2).

(2) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior e na forma por ella regulada. Const. Fed., art. 72, § 15. « Esta clausula (*em virtude da lei*

anterior), diz João Barbalho, *Const. Fed. Braz. comm.*, veda a retroactividade das leis penaes. Sem ella mal segura ficaria a liberdade, podendo o individuo ser punido por um acto isento de pena (e por isso livremente deliberado) ao tempo em que foi praticado, e dando-se, nessa applicação da lei nova a um caso anterior a ella, infracção do principio de que a lei só obriga depois de sua regular promulgação (*nisi rite promulgata*). » Esse principio geral da irretroactividade da lei penal, soffre excepção, como se vê no art. 3.º e nota respectiva. O Cod. Crim. de 1830, mais conciso, expressava o mesmo conceito no art. 1.º : Não haverá crime ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) *sem uma lei anterior que o qualifique*.

Assim como a expressão — *lei penal* — foi empregada no sentido stricto (Acc. do Sup. Trib. Fed. de 23 Junho, 1900, vide nota ao art. 43), a palavra — *facto* — do art. 1.º comprehende a *acção* e a *omissão*, a que se refere o art. 2.º. Seguimos, neste ponto, o codigo italiano. Commentando este codigo diz Julio Fioretti (cit. por Escorel) : Alla locuzione *azione et omissione* — se prefere sostituire la espressione — *fatto* — che é piú semplice e comprehensiva, poichè l'azione e l'omissione costituisce soltanto l'elemento subiettivo del reato, mentre il fatto comprende anche l'elemento obiettivo. Vide Tuozzi *Dir. Pen.* v. I, p. 133.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissivel para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas (3).

(3) Deve-se applicar a lei penal, segundo o texto, sempre que houver uma violação do preceito. Mas se o texto é ambiguo ou duvidoso, deve-se em primeiro logar interpretar a lei. Ha tres especies de interpretação — *authentica, forense e doutrinal*. A primeira é dada pelo legislador, e neste caso a lei interpretativa obriga a todos, os juizes devem applical-a sem limitações. A *forense* é dada pelos magistrados e constitue *jurisprudencia* quando ha uniformidadê nos julgados, o que constitue o *usus fori*, ou *arresto*. Distingue-se da primeira porque não obriga os juizes e menos ainda aos cidadãos *in genere*. A terceira, a *doutrinal*, emana dos jurisconsultos com o seu estudo do direito e exame das leis. Questa, diz Juozzi (*Corso di Dr. Pen.* v. 1, p. 84) non é giammai obbligatoria, e sotto tale aspetto é meno importante delle due prime, ma essa é la piú feconda di effetti, perchè completa la scienza e la legislazione, e prepara e conforta tanto l'interpretazione *authentica* che la *forense*. A interpretação *authentica* não admite distincções, mas a *forense* e a *doutrinal* podem ser *grammatical* ou *logica*. Recorre-se á *grammatical* quando as palavras da lei são technicas ou ambiguas ou de diversos sentidos : faz-se então necessario determinar-se o sentido da palavra para evitar-se o erro. Quanto se procura o motivo que ditou a lei, se procura a *mens legis*, dá se a interpretação *logica*. Estas observações applicam-se, diz o A., ás leis *in genere*, mas sobre o ponto de vista da lei penal, convem estabelecer a differença que ha entre a civil e aquella, porque se na lei civil o magistrato pode basear-se nos principios de equidade e na analogia do preceito *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, em materia punitiva o canon é que a interpretação da lei penal deve ser *restric-*

Vieira. Prins (Science pen. e Dr. posit. p. 41) distingue quatro especies de interpretação : *authentica, doutrinal, logica e grammatical*; devendo-se em regra geral seguir, em direito penal, os processos ordinarios de interpretação. Ha, todavia, duas regras que devem ser seguidas : A primeira, quando o juiz não consegue penetrar no espirito da lei e na intenção do legislador, deve prevalecer a interpretação mais favoravel ao accusado. Para isso, não basta que o sentido da lei seja duvidoso, o que obriga a recorrer a um dos quatro modos supra indicados de interpretação ; é necessario que a obscuridade seja real e que os processos ordinarios de interpretação não bastem para tornar nitido o pensamento do legislador. E' preciso, porem, não exagerar a regra in *dubio pro réo*. Nos casos de flagrante delicto, de confissão, ou quando se trate de delinquentes profissionais, é de justiça que a presumpção favoravel ao accusado ceda á realidade das cousas. A segunda regra é que o juiz criminal não tem o poder de interpretar a lei penal extensivamente ou por analogia. No silencio da lei penal positiva, o juiz não pode julgar. E assim é porque o exercicio do Direito de punir está subordinado a condição que os delictos e as penas devem ser previamente definidos pela lei penal, que declara quaes os actos de que os cidadãos devem abster-se, ou quaes os actos cuja pratica são sujeitos á ameaça de um coerção, denominada *pena*. Toda lei penal encerra dois elementos essenciaes : O dispositivo em que o legislador formula as condições de existencia dos actos illicitos e a sancção em que formula a pena infligida áquelle que agir ou se abster de agir nas condições determinadas pela lei. Cit. A. p. 39.

Commentando o nossoCodigo, João Vieira diz que não é facil comprehender o sentido preciso da disposição do art. 1. Faz notar a controversia entre os AA. italianos e francezes e conclue : « Em resumo e de *jure constituto*, diante da prohibição regida do art. 1.º do novo Cod. Pen., é nossa opinião que felizmente o seu contexto não abrange a interpretação *extensiva* por força de *comprehensão e inducção* como meio de assegurar a existencia das leis em sua respectiva esphera ; de modo que não sejam illudidas ou fraudadas. »

O termo *paridade*, do latim *paritas*, é synonimo de *analogia*, do grego *ana*, segundo, e *logos*, razão. Ambos exprimem a idéa de — similhaça, egualdade, conformidade de cousas ou de actos. *Argumento de paridade* . argumento em que se figuram especies similhantes, ou se mostra a similhaça de uma cousa com outra. As palavras *analogia* e *analogio* são termos da linguagem usual que servem para indicar que ha uma similhaça de conformação, de constituição e de relação entre dous ou mais objectos ; ou tambem que os actos e phenomenos seguem no seu cumprimento leis que são correspondentes e que offerecem pontos communs. Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*

Ha diversas interpretações extensivas, como pode-se vêr em Paula Baptista, *Comp. de Herm. Jurid.* O Cod. Pen. não permite a que tem por motivo a *analogia ou paridade*, porque, como diz aquelle A., fóra dos termos formaes da lei não ha crimes, e, quando reste algum acto máu e reprehensivel, é melhor ficar impune, do que usurparem os juizes *criminaes* a autoridade *legislativa*, acto este mais monstruoso, perigoso e criminoso, do que qualquer dos que se quizesse punir por semelhante meio. Tambem

se não pode concluir-se um caso para outro por identidade de motivos nas leis fiscaes, nas quaes, como nas criminaes, domina o principio scientifico, o que a lei não ordena ou não prohibe, se não pode exigir nem prohibir. Nas leis criminaes continúa o A., tambem não cabe interpretação restrictiva; porquanto caracterizados formalmente os crimes, tudo ahi é rigoroso (*strictum juris*): nada se pode augmentar, nem diminuir; um facto criminoso ou é este mesmo crime segundo sua individuação textual, ou não é crime algum. *Obr. cit.*, §§ 46 e 47. Em nota ao § 48 mostra o A. os dois erros que « se escondem na regra, que mais vezes se cita para apadrinhar abusos: *benigna amplianda, odiosa restringenda*. O primeiro consiste em suporem que ella só por si pode autorizar uma interpretação extensiva ou restrictiva, quando aliás serve apenas para o caso em que a lei for susceptivel de diversos sentidos, adoptar-se aquelle, do qual possa vir o maior bem, ou o menor inconveniente. O segundo consiste na significação da palavra *odiosa*, que cada um entende como quer, ou antes exigem seus interesses. Não ha leis odiosas: as mesmas leis *singulares* ou *excepcionaes* fundam-se em bons motivos que revelam que os objectos, que ellas comprehendem, teriam muito que soffrer se ficassem sujeitos ao regimen commum. O lado bom é sempre o que respeita a verdade da lei: o odioso é o dos que querem fraudal-a.

Conclue, finalmente, que « a interpretação declarativa é de todas a mais natural: não comporta prohibição e cabe em todas as leis; porquanto na extensiva e na restrictiva o sentido directo da lei é conhecido e a questão a decidir versa sobre os verdadeiros limites do seu pensamento: na declarativa o sentido não é conhecido e a questão a decidir versa sobre o designal-o; pelo que quaesquer que forem as difficuldades a supperar, o texto não ha de ficar sem applicação, o juiz inerte, e a questão por decidir; e é por isso que se tem cercado essa interpretação de regras auxiliares, quaes as que ficaram expendidas no § 34 e suas notas. *Obr. cit.*, § 48.

« Não cabe a interpretação analogica á lei penal, porque ella é usada quando applica-se a lei a casos novos e não previstos pela mesma lei, nos quaes se dão os mesmos motivos fundamentaes e geraes que no caso previsto. *Ubi eadem causa, ibi jus statuendum*. A extensão da lei n'este caso funda-se não tanto na vontade do legislador deduzida de suas palavras *ments legis*, como na harmonia organica do direito positivo com o scientifico: é um dos meios de supprir as lacunas da lei escripta a respeito de certos factos sujeitos ao dominio do direito em sua *universalidade*. *Obr. cit.*, § 41. »

A Const. Fed., art. 59, § 2, estabelece: Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locais, e vice-versa as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União.

Sendo o Cod. Pen. lei federal, os juizes e tribunaes locais devem consultar a interpretação que fôr dada pela justiça federal. Diz João Barbalho, commentando aquelle artigo: « a jurisprudencia federal deve ser respeitada pelas justiças locais. Ella vale por lei e obriga a todas as jurisdicções. E se assim não fosse, 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. »

A opinião de João Barbalho de que a jurisprudencia federal vale por lei e obriga a todas as jurisdicções, deve ser acceita com restricções e não de modo absoluto. Em primeiro logar a jurisprudencia dos tribunaes quando se refere a interpretação da lei penal é *forense* (Tuozzi) ou *doutrinal* (Prins) e como tal não obriga; em segundo logar o texto constitucional diz : a justiça *consultará*. Os Estados não podem interpretar leis da União, porque a interpretação authentica destas leis só compete ao poder legislativo federal. Nem é licito aos poderes legislativos estadoaes, nas leis de processo de sua competencia, alterar, modificar, ou interpretar as leis substantivas federaes.

— Os tribunaes e juizes não podem entender 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 judiciario 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. Rauter *Tr. de Dir. Crim.* § 11; Puglia *Man. de Dir. Pen.* v. I, p. 75. Acc. do Trib. de Just. de S. Paulo de 17 de Julho de 1897. *Rev. Mens.* das decisões do mesmo Trib. v. 6, p. 84, cit. por Escorel *Obr. cit.* nota 14. Concorda ainda Bento de Faria *Ann. Theor. Prat. ao Cod. Pen. do Braz.*, citando Chauveau e Hélie, Carnot, Rivarola e outros A. A. estrangeiros : « Não é permittido, supprir as deficiencias da lei penal com o auxilio da equidade ou do uso, das analogias ou inducções. Em materia penal tudo é de direito stricto : a prohibição ou existe ou não existe; o acto ou é, ou não é prohibido. Os juizes, ou tribunaes não podem, pois, qualificar delictuoso factio algum que não se encontre expressamente consignado como tal, nem procurar penas que igualmente não lhe tenham sido indicadas para punir a infracção da lei ».

Art. 2.º A violação da lei penal consiste em acção ou omisão; constitue crime ou contravenção (4).

(4) O Cod. Pen., seguindo o italiano, e a maioria dos codigos modernos, adoptou a divisão hipartida — crime e contravenção. A tripartida — crimes, delictos e contravenções — foi adoptada nos codigos antigos, mesmo em alguns modernos, o hungaro de 1878, assim como nos projectos russo e austriaco, Vide sobre o assumpto João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, p. 22; Jules Lacoïta, *Cod. Pen. d'Ital.*, ann. ao art. 1.º; Chauveau et Hélie, *Théor. du Cod. Pen. Franç.*, v. I, p. 21; Rossi, *Trait. de Droit Pen.*, v. III, p. 54; Haus, *Obsero. sur le projet du Cod. Pén. Belge*, v. I, p. 62; E. Turrel, *Cod. Pén. Ital.*, p. 7, nota 4.

O dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas* sobre o Cod. Pen. de 1890 na *Rev. de Jurisp.*, Maio, 1899, p. 15. diz : Abandonando a divisão tripartida dos crimes do Cod. da França, ainda hoje adoptada por alguns outros, como v. g. o allemão, e repudiando a synonymia — crime ou delicto do Codigo Imperial, o novo Cod. accitou a classificação binaria do Cod. da Italia, dividindo as infracções da lei penal em crimes e contravenções.

— O *facto* que dá logar a violação da lei penal pode ser *qualificado crime* ou *contravenção*, conformé a definição dos arts 7.º e 8.º, e pode *consistir* em *acção* ou *omissão*. Donde resulta que ha *crimes por acção* e *crimes por omissão*; *contravenções por acção* e *contravenções por omissão*. Concordão Escorel, citando Franz von Liszt, e Bento de Faria, citando Tolia Barretto, José Maggino, João Vieira, Lacointa e Pincherli. *Vide nota 10* ao art. 7.º. *Tuozzi Cors. dr. pen.* p. 136; Prins obr. cit., p. 75.

Art. 3.º 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 proferiu a ultima sentença (5).

(5) O principio de irretroactividade das *leis em geral* está consagrado na Const. Fed., art. 11 : « E' vedado aos Estados como á União prescrever leis retroactivas. » Este principio, porem, não é absoluto, porquanto, como diz J. Barbalho, *Obr. cit.*, commentando este art., embora a prohibição de leis retroactivas seja estabelecida por amor e garantia dos direitos individuaes, não ha motivo para que ella prevaleça em casos nos quaes offensa não lhes é feita e a ratroacção é proveitosa ao bem geral; e eis porque têm pleno effeito com relação a factos anteriores : 1.º as leis constitucionaes ou politicas; 2.º as que regulam o exercicio dos direitos politicos e individuaes ou as condições de aptidão para os cargos publicos; 3.º as de organização judiciaria, competencias e processo civil ou criminal; 4.º as de interpretação ou declaratorias menos quanto a factos, contractos e decisões judicarias que sob a lei anterior tenham já produzido todos os effeitos de que eram susceptiveis; 5.º as penaes quando eliminam ou diminuem a penalidade anteriormente estabelecida. »

E' offensiva do art. 11, § 3.º da Const. Fed. a decisão judicaria que applica retroactivamente uma lei nova a factos consummados sob dominio da lei anterior. Acc. do Sup. Trib. de 10 de Maio de 1899. Essa regra tanto se refere á lei civil, como á penal, salva a excepção do art. 3.º, letras a, b e paragrapho unico. Vide J. Barbalho, *Comm.* ao art. 72, § 15, da Const. Fed.

A Const. Fed., no art. 11, § 3.º, vedou terminantemente aos Estados e á

União prescrever leis retroactivas; e na palavra generica — *Leis*, comprehendem-se não só as fundamentaes ou substantivas, mas também as formaes, processuaes ou adjectivas. E esta conclusão confirma-se ainda com o art. 34, § 23 da Const., que deixando aos Estados a lei processual, subordinou-as áquelle principio de irretroactividade das *leis*, e, portanto, das leis processuaes. Essa disposição constitucional não revogou o art. 3.º do Cod. Pen. de 1890, que só dá effeito retroactivo á *lei penal* quando for mais favoravel ao reu, sem distincção da *substantiva* ou *adjectiva*, maximé attendendo-se ao instituto da *revisão* criminal creado pelo art. 81 da Const. e bem accentuado no seu § 2.º e ao da *rehabilitação* creado pelo art. 86 do Cod. Pen. de accordo com a doutrina da criminologia positiva italiana, com a qual se amoldou o nosso legislador, que nella foi haurir as suas inspirações reformadoras do Cod. criminal de 1830. Acc. do Sup. Trib. Fed. de 4 de Julho de 1900, na *Rev. Jurisp.*, Set., 1900, p. 39. O condemnado para obter o beneficio do art. 3.º, deverá requerer ao juiz ou tribunal que proferio a ultima sentença, não devendo, consequentemente, o Supremo Tribunal Federal exercer tal attribuição, senão em ultima instancia para emendar o erro dos juizes inferiores ou dos tribunaes dos Estados. Accs. do Sup. Trib. Fed. de 26 de Janeiro e 15 de Junho de 1895, e 22 de Janeiro de 1896. Cumpre ao juiz da execução converter a pena imposta pelo antigo Cod. Crim. na pena substitutiva, segundo o systema do actual Cod. Pen. Accs. do Supr. Trib. Fed. de 12 e 29 de Fevereiro e de 23 de Setembro de 1896. Pena mais grave, imposta de conformidade com o antigo Cod. Crim., é substituida pela mais leve do Cod. actual por virtude do art. 3.º, § ultimo, quando por occasião do julgamento do recurso de revista se verifica que a sentença condemnatoria não se conforma com a legislação em vigor, nem pode ser hoje dada á execução. Acc. do Sup. Trib. Fed. de 20 de Abril de 1891, no *Direito* de 15 de Junho de 1891, p. 252. Em sentido contrario foi julgado dias depois pelo mesmo tribunal e recurso de revista crime n. 2720, no *Direito* v. e p. cits. A doutrina verdadeira é a do primeiro accordão, hoje firmada na jurisprudencia. Vide na *Rev. de Jurisp.* Jan. 1898, p. 69, Acc. do Trib. da Rel. do Estado do Rio, o voto vencido do sr. desembargador Santos Campos, que sustentou a doutrina verdadeira, conforme demonstrou, sendo secundado pela redacção da *Revista nas Observações*. Fallece competencia a um juiz ou tribunal para, a pretexto de observancia do disposto no § unico do art. 3.º do Codigo penal, reformar uma sentença passada em julgado e em plena execução, procedendo assim a revisão do processo findo, que é reservada exclusivamente pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Acc. do Sup. Trib. Fed. de 20 de Janeiro de 1875.

O dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas* sobre o Cod. Pen. de 1890, na *Rev. Jurisp.*, Maio 1899, p. 15, diz : « Alargando a retroactividade da lei penal, que o Cod. Imperial nos arts. 309 e 310 applicou somente 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 Cod. vigente tornou retroactiva a lei, em ambos os casos, ainda mesmo havendo condemnação passada em julgado. »

Ensina Escorel *Cod. Pen. Braz.* not. 4 ao art. 3º, letra b : « Tratando-se

de duas leis que estabeleçam, ou somente uma dellas, pena de prisão e multa, ou outra pena, além de prisão, deve ser considerada como principal a penal corporal, para se poder considerar qual a menos rigorosa. Si a prisão, porem, é pelo mesmo tempo, deve se recorrer ás penas accessórias, si são desiguaes, para se avaliar do rigor de cada uma das leis. Succedendo que a nova lei abaixe o maximo e eleve o minimo, não se deve tomar o maximo da lei nova e o minimo da lei anterior para dahi se tirar o medio; porque seria formar uma terceira lei, o que importaria legislar. O juiz deve verificar em que gráo tem de applicar a pena, para escolher dentre as duas leis a que for menos rigoroso. »

A lei interpretativa deverá retroagir, se estabelecer para o delinquente uma solução mais favoravel. Escorel (*Obr. cit.*, nota. 19) cita Gaboa *Della retroattività delle legge*, contra João Vieira (*Obr. cit.*, p. 51). O art. 3.º do dec. n. 572 de 12 de Julho de 1890, a que se refere João Vieira declara : « E' applicavel aos *casos pendentes*, desde que foi conhecida pelo *Diario Official*, ou forma *authentica*, a lei *meramente interpretativa* e a que *extingue* ou *reduz* uma pena. » Entende João Vieira que este dispositivo trata da lei interpretativa e da lei que *extingue* ou *reduz* uma pena; que este segundo termo do dispositivo não se refere a lei interpretativa. Quer em um, quer em outro caso, a lei nova não retroage contra a coisa julgada. Só o poder competente para amnistiar ou perdoar os condemnados poderia alterar a condemnação, commutando ou minorando a pena. Cumpre, porem, ponderar que o dec. n. 572 de 1890, que fixa o momento em que começa a obrigatoriedade das leis da União e dos decretos da Governo Federal, não se applica ao Codigo penal de 11 de Outubro de 1890, cujo começo de execução foi marcado no art. 411, posteriormente derogado pelo dec. n. 1127 de 6 de Dezembro de 1890. No parographo unico do art. 3.º declara o Codigo : « Em ambos os casos, *embora tenha havido condemnação*, se fará applicação da lei nova, etc. » Não faz distincção entre *caso pendente* e *caso julgado*, e na expressão *lei nova*, não ha restricções, devendo, portanto, comprehender tanto a interpretativa, como a que extingue ou reduz uma pena. E, ainda, por esse motivo, parece-nos duvidosa a doutrina dos Accs. do Sup. Trib. do Rio Grande do Sul. de 22 de Fev. e 13 de Set. de 1898, citados por Escorel, a saber : « Pendente appellação não pode o réu requerer modificação da pena. O pedido para modificação da pena tem logar somente quando a sentença condemnatoria tiver passado em julgado. » Concorde Bento de Faria. (*Obr. cit.*, nota 3) citando Garraud e o *Parecer sobre as emendas apresentadas na 3ª discussão do projecto do Cod. Pen. n. 176 de 1896. Annaes da Cam. dos Dep. (1899), vol. 2º, p. 246*. Garraud figura e resolve as trez hypotheses : 1ª Surge a nova lei quando ainda não havia julgamento; 2ª quando havia sido proferido julgamento não definitivo (e portanto em gráo de recurso ou pendente appellação); quando o julgamento definitivo já tiver sido proferido (sentença passada em julgado). Em qualquer das trez hypotheses a lei nova retroage quando for mais favoravel ao accusado. Ha, porem, uma hypothese em que não retroage : é quando, não havendo ainda julgamento, surge a lei nova aggravando a pena comminada pela lei anterior. Neste caso o julgamento se faz sob o dominio da lei nova. Mas se o facto delictuoso occorreu sob o regimen da nova lei, que é revogada por

uma segunda, mais benevola na penalidade, se o julgamento tem logar sob o dominio de uma terceira lei, lei nova, mais rigorosa, applica-se a penalidade da segunda, embora revogada, por ser a menos severa. Assim opina Bento de Faria (*Obr. cit.*) citando Garraud, Haus, Le Sellyer e Ortolan e com elle concordamos, porque, deste modo, vigora o principio que aconselha, na interpretação e applicação da lei penal, se attenda principalmente ao que é mais humano.

Annotando o art. 3, letra a), Escorel entende que « deve-se considerar comprehendido nesta disposição o caso em que o legislador inclue um novo elemento para que o facto possa ser considerado crime ou contravenção ». Esta disposição refere-se, porém, ao caso figurado em Garraud, isto é, quando a lei nova não reconhece no facto o character delictuoso que lhe dava a lei anterior.

— Não podemos estabelecer regra absoluta para uma pena ser considerada menos rigorosa do que outra, diz Escorel, annotando a letra b) do art. 3º, porque os systemas penaes varião muito. Fazemos a nossa apreciação, tendo em vista sómente o nosso systema penal. As penas podem ser : a) de genero differente ; b) do mesmo genero e de especie differente ; c) do mesmo genero e da mesma especie. Exemplos : 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. A de prisão é mais rigorosa que a de multa. A prisão celllular, a de prisão com trabalho obrigatorio, a reclusão, a prisão disciplinar são penas do mesmo genero e de especies differentes. N'este segundo caso, o rigor da pena é determinado, não pela posição desta na escala estabelecida pelo art. 43, e aqui divergimos do illustre J. C., mas pela natureza e pelo logar onde é cumprida a pena. 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 n'esta 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. Alem 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.

No terceiro caso, figurado por Escorel, quando as penas são do mesmo genero e da mesma especie, a mais rigorosa é a de tempo mais longo. Assim, a prisão celllular por 12 a 30 annos (art. 294 § 1º) é mais rigorosa que a de 6 a 24 annos (art. 294 § 2); esta é mais rigorosa que a de 4 a

12 annos (art. 295 § 1.º). E' esta a mesma regra para a suspensão do emprego (art. 43 letra g e 57),.

Na pena de perda do emprego publico (art. 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 alem 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. (Vide nota ao art. 56).

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 interdicção (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 gradação 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 d'aquelle tempo, porque accarreta a interdicção com os effeitos mencionados no art. 55.

— Qual a pena que deve ser applicada, no caso de estabelecer o *texto autographo ou original* deste Codigo uma pena para um crime, ou contra-venção, e no seu *impresso* figurar para o mesmo crime, ou contra-venção, pena mais rigorosa, ou mais branda do que aquella? Escorel resolve a questão, citando a Resolução Imperial de 23 de Dezembro de 1882, expedida por Aviso de 22 de Janeiro de 1883. « O impresso deve ser observado até que o governo, por meio de decreto, faça a correccção. » E acrescenta : « Se fazendo a correccção o decreto do governo consigna pena mais rigorosa do que a que figura na lei *errada*, é a pena estabelecida por está, que deve ser applicada aos factos commettidos antes da correccção, porque ao tempo em que teve logar a pratica do crime ou contra-venção, 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*, é a pena do decreto que deve ser applicada aos factos commettidos no dominio da disposição *errada*, tendo assim applicação o disposto no art. 3.º letra b. Contra João Vieira e Haus, a opinião de Escorel está de accordo com o nosso direito : Se ha uma disposição *nova* que estabelece pena menos rigorosa, essa disposição regerá os factos anteriores (art. 3.º do Cod.) Não temos necessidade, no caso, da intervenção do Chefe do Estado para a reduccção da pena. O juiz ou tribunal que proferio a ultima sentença fará a reduccção. Esta questão encontra-se tratada e resolvida tambem pelos modernos autores italianos. Outra questão, de que têm se occupado varios autores, notadamente Gabba, Faddla e Bensa, Hölder, Laband, Jellinek, Mejer, Armani, Saredo, Orlando, Cammeo, Mortara, Morelli, cujas opiniões Carlo Lessona resume e discute em sua monographia *La legalità della norma e il Potere giudiziario* : Na applicação da lei pode o juiz tomar conhecimento da sua *legalidade*, isto é, se a lei foi elaborada passando por todos os trâmites constitucionaes? Se a lei não passou por esses tramites pode o juiz deixar de applical-a, considerando-a *illegal*? *Mutatis mutandis*, com relação aos decretos e mais actos do poder executivo? Pela affirmativa, resolvem os autores em sua maioria, adoptando

opinião de Gabba, Uns accetão-n'a com restricções. Outros, finalmente, *sombatem-n'a*, observando que a missão do poder judiciario é julgar *secundum legem* e não *secundum promulgationem*. Accrescentam que faliece ao juiz competencia para inquerir da *legalidade* da lei e que se esse poder lhe fosse dado ficaria o judiciario superior aos dois outros poderes encarregados da elaboração das leis, destruindo assim a sua independencia e harmonia constitucionaes, principio reconhecido no direito publico como fundamental de toda a organização politica das nações cultas. A controversia é interessante. Nós accetamos a opinião de Gabba, porém, com restricções, a vista das observações de Lai. (*Sistema del dir. civ. ital.* § 61, p. 77). Entendemos que o juiz só pode inquerir da constitucionalidade da lei, applicando-a em especie Aliás, é esse o systema adoptado pela nossa Constituição. Os poderes executivo, legislativo e judiciario são independentes e harmonicos. E' necessaria a independencia para que cada um, na sua esphera, possa exercer a sua funcção politica. E' necessaria a harmonia, porque a superioridade de qualquer delles sobre os outros daria em resultado o desequilibrio, cuja consequencia seria o despotismo, que é o predominio de um poder sem contraste. E tanto é prejudicial o despotismo do executivo, como o do legislativo, ou o do judiciario. Cada um, na sua esphera de acção, deve agir livremente, guardando, porém, o reciproco respeito que se devem, procurando harmonicamente concorrer para o fim que lhes compete, como poderes politicos encarregados da direcção da Republica. E' isto o que o bom senso indica. Para demonstrar os grandes inconvenientes da quebra de harmonia, que deve existir entre os poderes, citamos o seguinte caso, occorrido no Tribunal de Contas (*Dircio Official*, 18 Maio, 1905). Foi sujeito á deliberação do mesmo tribunal o aviso do ministerio da fazenda n. 71 de 9 de Maio corrente, consultando sobre a abertura do credito necessario para o pagamento da importancia, que competir a Manoel José Bastos e a que foi condemnada a Fazenda Federal, por sentença do Poder Judiciario. — O Tribunal não considerou legal a abertura do credito, a que se refere a consulta, porque, tendo a Camara dos Deputados votado uma proposição habilitando o Governo a saldar o titulo creditorio de que se trata, o Senado regeitou-a, manifestando assim de fórma inequivoca a sua vontade de não ser effectuado o pagamento. Como auxiliar do Poder Legislativo, não tem este tribunal competencia para perscrutar qual o movel determinante da resolução do Senado, e muito menos para decidir si é ou não licito a esse ramo do Congresso negar os meios de execução a uma sentença do Poder Judiciario. que se tornou irreversivel. A disposição generica do art. 20, n. 18 da Lei n. 1.316, de 31 de dezembro de 1904, não póde abranger este caso especial, que foi sujeito á apreciação do Congresso, entendendo o Senado, depois de conhecer da carta de sentença, que não devia assentir no pagamento. Nem se diga que o supradito art. 20, n. 18, seja uma retracção, ou antes uma rectificação da primeira deliberação do Senado, porquanto os projectos rejeitados não podem ser renovados na mesma sessão (Regimento do Senado, art. 123), e, assim, não se deve suppor que a Camara alta, votando uma medida de caracter geral, tivesse tido a intenção de reformar uma sua deliberação pouco antes tomada, quando o intuito da citada disposição regulamentar

Foi justamente evitar as reconsiderações precipitadas, que se não compadecem com o prestigio do Poder Legislativo. Foi voto vencido o do Sr. relator (director Silva Portilho), que opinou no sentido de ser legal o expediente da abertura do credito, nos termos precisos do art. 20, n. 18, da lei n. 1.316, de 31 de Dezembro de 1904.

Commentando o caso, diz o *Jornal do Commercio* em uma *varia* de 18 do mesmo mez de Maio :

« O Tribunal de Contas, em sessão extraordinaria de ante-hontem, deliberou responder ao Ministro da Fazenda no sentido de não poder ser aberto credito necessario para pagamento a Manoel José Bastos, negociante na Bahia, em virtude de seis sentenças do Poder Judiciario Federal, pelo facto de ter o Senado em 5 de Dezembro de 1904 regeitado o credito, já votado pela Camara, para aquelle pagamento. Entretanto a autorisação ampla do orçamento da despeza para o Governo pagar as importancias liquidas e certas de condemnações foi no Senado approvada por unanimidade de votos em sessão de 23 ou 24 de Dezembro proximo passado, exactamente para reparar a votação do Senado no caso daquelle negociante, que, á vista da deliberação do Tribunal de Contas, poderá ser o unico a ficar sem pagamento, apesar de ter o seu direito solemnemente reconhecido por seis sentenças. O peor é que o capital ou principal de debito vence juros diarios na importancia de 40\$000. »

Em face da situação creada pelo Senado, que meios tinha o Supremo Tribunal de fazer executar as suas sentenças? Como podia elle, por si, resolver o conflicto? A execução dessas sentenças só podia ser exequível si viesse outra lei abrindo o credito e portanto revogando a outra. E essa nova lei só poderia ser elaborada pelos dois outros poderes legislativo (passando nas duas casas do Congresso) e executivo (pela sancção).

— O art. 11 § 3.º da Constituição federal não revogou o art. 3.º do Cod. penal. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 4 de Julho de 1900.

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 (6).

(6) Sobre a *territorialidade* da lei penal, vide João Vieira, *cit. Obr.*, p. 55.

Em suas *Notas historicas*, já cit., na *Rev. Jurisp.*, Maio 1899, p. 45, diz o Dr. Baptista Pereira, referindo-se ao Cod. Pen. : « Aceitando o principio da territorialidade da lei penal, que é um canon inconcusso de Direito Internacional, transigio com o principio da personalidade activa e passiva da mesma lei, que é excepção d'aquelle, e o applicou em raros casos, e não a todos os crimes inafiançaveis, como dispunha a lei n. 2615 de 4 de Agosto de 1875. Vide nota 268 ao art. 179.

« A lei sendo a expressão da soberania nacional, observa Bento de Faria (*Obr. cit.*, nota 4) deve ser applicada em toda a extensão do territorio em que se exerce essa soberania. Em consequencia, a lei penal brasileira applica-se a todos os individuos, sem distincção de nacionalidades, que

habitão o território brasileiro. • Essa é a regra geral, sujeita, porém, a excepções : Assim, os chefes de Estado estrangeiros (soberanos ou presidentes) os agentes diplomaticos estrangeiros, inclusivé os nuncios e internuncios, gozão de immuniidades e escapão á jurisdicção criminal local. As immuniidades dos agentes diplomaticos estendem-se ao pessoal official da legação e aos membros da familia desses agentes. Entende Bento de Faria que as pessoas ligadas, não officialmente á comitiva do soberano ou dos agentes diplomaticos gozão da immuniidade. E' preciso, porém, distinguir, se estas pessoas são, ou não, membros da familia do soberano ou do diplomata. No primeiro caso gozão da immuniidade; no segundo, não. Entende Escorel que gozão da immuniidade os agentes diplomaticos ainda mesmo que estejam de passagem para outro paiz. Para que assim se considere, é necessario, porém, que seja reconhecida a qualidade de agente diplomatico pelo governo do paiz, pois, em regra, essa qualidade só é provada pelas credenciaes e só pôde ser reconhecida (acreditada) pelo chefe do Estado. E se o soberano ou diplomata viaja incognito, as autoridades territorias não são obrigadas a reconhecer a immuniidade. *Vide Lafayette, Princ. de Dir. Intern.* v. 1, p. 160

As immuniidades dos agentes diplomaticos têm sido consagradas nos tratados de amizade, commercio e navegação, que o Brazil tem celebrado com as nações estrangeiras. E' crime violar essas immuniidades. Cod. Pen., art. 99; Lei n. 30 de 8 de Janeiro de 1892, art. 12. Os agentes diplomaticos estrangeiros gozão em sua pessoa, bens e domicilio d'aquelles privilegios, isenções e immuniidades que lhe são attribuidos pelo direito das gentes, natural e convencional entre as nações civilisadas. Commette um excesso de jurisdicção o juiz, determinando que os officiaes de justiça invadam a casa de um agente diplomatico para a execução de um mandado de despejo. Aviso do M. de Extr. de 11 de Março de 1826 (Caso com o Encarregado de negocios da America do Norte, no Rio de Janeiro) cit. por Escorel. Os agentes diplomaticos, assim como as pessoas que participam das immuniidades d'aquelles, uma vez delinquindo no Brazil, respondem perante a justiça do seu paiz. O governo brasileiro pôde, se o factio criminoso foi praticado pelo agente diplomatico, reclamar providencias energicas e immediatas, entregar-lhe os passaportes e pedir a sua substituição ao Chefe de Estado que o acreditou. Mas não poderá cercar a sua casa (legação) pela força publica, nem conduzi-lo debaixo de escolta até as fronteiras, porque a legação é considerada territorio do paiz do agente diplomatico. Contra, Escorel, citando Bonfils, *Droit Int. Trib.*, refere casos de expulsão de agentes diplomaticos, até de embaixadores, em 1654, em 1717, em 1718, em 1743 e em 1848. Mas o principio da exterritorialidade do agente diplomatico está positivamente consagrado no nosso direito patrio. Os privilegios, as immuniidades do agente diplomatico só podem ser renunciados com consentimento do soberano do paiz do qual é representante. Acc. do Supr. Trib. de Justiça de 10 de Agosto de 1867. E este principio comprehende tanto a pessoa do agente, como a legação, casa de sua residencia. Não têm, porém, os agentes diplomaticos o direito de asyalar criminosos de crimes communs sujeitos a lei brasileira, seão os crimes commettidos dentro, seão fora da legação. Exceptuão-se os criminosos politicos para os quaes o uso tem

admittido o asylo nas legações estrangeiras. Concorde Escorel, citando diversos autores de direito internacional.

Não estão sujeitos á lei penal brasileira os corpos militares estrangeiros que atravessarem o *territorio do pais* com permissão do Congresso Nacional, para *operações militares* (Const., art. 34, n. 19). A permissão para a passagem importa renuncia de jurisdicção. Escorel (*Obr. cit.* nota 70). O territorio o paiz comprehende o dominio territorial terrestre, marítimo e fluvial e portanto a passagem e entrada de tropas estrangeiras pelas fronteiras de terra, portos, praias, embocaduras de rios e suas margens, depende de autorização por acto legislativo. As palavras *para operações militares* resalvão o caso de entrada de tropas estrangeiras em procura de asylo. No caso de procurarem asylo, quando acossados pelo inimigo, ao poder executivo cumpre providenciar conforme as praxes do direito internacional. João Barbalho *Const. Fed. comm.* ao art. 34 n. 19). E assim sendo, no caso de asylo, ficão os corpos militares estrangeiros sujeitos á jurisdicção territorial.

Os consules gozão de imunidades regidas por convenções especiaes e, na falta, pelos principios adoptados na lei n. 855 de 8 de Novembro de 1851. Os agentes consulares estrangeiros não respondem pelos crimes funcçionaes perante a justiça brasileira. Imp. Resol. de 8 de Julho de 1866. Acc. do Trib. do Rel. da Corte de 6 de Novembro de 1885, no *Direito*, v. p. 281. — Os agentes consulares estrangeiros não gozam das imunidades concedidas aos agentes diplomaticos, mas não se lhes póde negar uma immuniidade especial necessaria para a independencia do exercicio de suas funcções. Aviso do Min. Just. Neg. Int. de 18 de Novembro de 1895, Escorel (*Obr. cit.*, notas 78 a 91).

Incluem-se na definição de territorio brasileiro :

a) os portos e mares territoriaes (7) ;

(7) *Vide Elementos de Direito Internacional Maritimo* do illustrado capitão tenente Carlos Vidal de Oliveira Freitas, cap. XI, *Már territorial*, p. 70, do qual vamos extrahir os seguintes excerptos : A liberdade dos mares soffre restricções na latitude de seu principio, desde que o mar, deixando de ter o carácter expressivo de alto mar, mar livre, aproxima-se das terras, formando as suas fronteiras oceanicas. As razões de direito que impedem ser o alto mar propriedade particular de um povo, não subsistem nas proximidades das costas, onde, de facto, podem os Estados executar todos os actos necessarios a tornar essas aguas seu verdadeiro dominio. Suas forças navaes, suas fortalezas sem intermittencia exercem um poder real, garantindo por esse lado a inviolabilidade do territorio, impedindo que actos de natureza a perturbar ou ameaçar a sua tranquillidade tenham lugar. Em uma palavra, as porções do mar proximas das costas, sendo susceptiveis de serem continua e efficaizmente dominadas pelos Estados por ellas banhadas, são consideradas partes dos territorios desses Estados.

Afim de melhor garantirem os seus direitos, os Estados fixam uma certa porção de mar banhando as costas como parte de seus dominios, se bem que não constituindo um patrimonio absolutamente exclusivo. Nessa zona que toma o nome de *aguas territoriaes*, *mar territorial*, o Estado tem o direito

de investigar o fim da viagem do navio que nellas se achar, o de manter 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 ahi 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.

O uso internacional mais seguido tem estabelecido que a porção d'agua constituindo mar territorial seja limitada pelo maximo alcance do canhão collocado á beira mar. Assim chamaremos mar territorial a zona d'agua comprehendida entre a costa, ou, mais propriamente, entre a linha de baixa mar e uma linha imaginaria que a contorna na distancia de um alcance maximo do canhão collocado na praia, alcance este que actualmente pode ser avaliado em cinco milhas maritimas. A' linha imaginaria, limite das aguas territoriaes, o distincto publicista portuguez Pinheiro Ferreira, muito propriamente denominou — linha de respeito. Ainda não está determinada de modo a ter uma unica medida a extensão do mar territorial e cada Estado a que mais conveniente lhe parece, não se afastando todavia da regra enunciada por Bynkershoek : « *O dominio da terra acaba-se onde acaba-se a força das armas.* » (*Terræ dominium finitur, ubi finitur armorum vis*).

No estado actual da artilharia, a distancia de trez milhas, que ainda hoje é a regra fixa e a qual todos devem respeitar e observar na falta de outra estabelecida por tratado, em desacordo com o alcance dos canhões modernos (de cinco milhas pelo menos com os grossos canhões raiados) parece ao Autor pequena, e assim propoe elle um limite determinado em algarismos, tal como o de seis milhas adoptado pela Hespanha, afim de que a extensão do mar territorial não fique dependendo dos aperfeiçoamentos da artilharia. Varias convenções internacionaes, como o tratado anglo americano de 1819, os anglo francez de 1839 e 1867 e a lei belga de 7 de Junho de 1832 fixam em trez milhas maritimas a partir da linha da baixa mar.

As leis do Estado sobre o mar territorial, ainda mesmo que não estejam estabelecidas por tratados, são obrigatorias e os navegantes as devem acatar porque o direito de jurisdicção dos Estados ahi impera em sua plenitude. Já o Alvará de 4 de Maio de 1805 determinava que por mares territoriaes se entende a parte do mar que banha a terra até onde pode chegar a bala de um tiro de canhão. E segundo a Circ. n. 92 de 31 de Julho de 1850, é essa a disposição que rege a materia no nosso direito.

Commentando o art. 60, letra g, da Const. Fed., diz J. Barbalho que a expressão — no oceano — traduzindo a idéa do mar em geral, abrange os mares territoriaes e adjacentes, a parte do oceano que fica entre a costa e a chamada *linha de respeito* e tambem toda a vasta extensão d'elle além dessa linha. Foi naturalmente com o proposito de dar á disposição, esse sentido lato, conclue o A., que a Constituição usou da palavra — oceano — em vez da palavra — mar — que fora empregada na disposição a esta correspondente do dec. n. 848 de 17 de Outubro de 1890 (art. 15, *alinea g*).

— O mar territorial tambem denomina-se *mar adjacente, littoral ou*

jurisdiccional. 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 defeza. Lafayette, *Princ. de Dir. Intern.*, v. I, p. 134. O Instituto de direito internacional, na sessão de 31 de Março 1894, em Pariz, 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 mille marins de largeur, à moins qu'un usage continu et séculaire n'ait consacré une largeur plus grande. Art. 4. En cas de guerre, l'Etat 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. » *Revue de Droit Intern. et de Législ. comp.*, t. XXVI, p. 317, cit. por Escorel (*Obr. cit.*, v. I, nota 97).

— Comprehende-se por *mares territoriales* o espaço maritimo que do litoral pode ser alcançado pelos meios de defeza do territorio, como são-unanimes em afirmar varios autores de direito internacional. Acc. do Trib. da Bahia de 18 de Março de 1904, cit. por Escorel.

- b) os navios brasileiros em alto mar ;
- c) os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro ;
- d) os navios de guerra nacionaes em porto estrangeiro (8).

(8) São também considerados territorio brasileiro os navios a que se referem as letras *b*, *d*.

« Ha Estados, diz Oliveira Freitas, *Obr. cit.* p. 125, em que os navios mercantes e os de guerra não arvoram a mesma bandeira, a usada pelos navios de guerra é então chamada *bandeira militar*. Com os navios inglezes, russos, austriacos, allemães, argentinos, isso tem logar. A flammula em todos os Estados é exclusivamente distinctiva de navio de guerra. Pertencem á classe de navio de guerra, embora não armados em guerra, os transportes e todo o navio pertencente ao Estado ou fretado especialmente para seu serviço, commandado por official da marinha de guerra e içando flammula, seja qual for a sua forma, destino anterior e pessoal embarcado, com ou sem artilharia montada. O mais importante privilegio de que gozam os navios de guerra é o da exterritorialidade, o qual sancionado pela pratica geral das nações, acompanha por toda a parte a esta classe de navios, já em alto mar, já nas aguas territoriales e portos estrangeiros. Elle tem seu fundamento na ficção admittida por governos e publicistas que equipara o navio ao territorio nacional. No alto mar não pode existir duvida alguma de que em todos os navios, quer de guerra, quer de commercio, não reina outra lei que a da patria, sem o que a liberdade dos mares, pedra angular do Direito maritimo internacional, não subsistiria e os direitos de soberania e egualdade dos

Estados tornar-se-iam vans chimeras. Nas aguas territoriaes, para os navios de commercio este principio não é tão lato, como para os navios de guerra, aquelles continuando a estar sob o imperio da lei patria, ficam em certos casos sujeitos á jurisdicção do logar em que se acham, emquanto estes continuam isentos de toda a dependencia. E', pois, uma regra geral que o commandante de um navio de guerra, delegado do seu governo e só a elle prestando obediencia, não pode admittir no territorio flutuante confiado a sua guarda outra autoridade que a da patria : nas aguas livres, nas territoriaes, por toda a parte em que surja seu navio, elle é um representante da bandeira que arvora e no recinto de seu mando as leis de seu paiz são a unica jurisdicção possivel. Como se deprehende do que fica exposto, consiste a extritorialidade — na isenção para os actos passados a bordo, da intervenção de qualquer autoridade estrangeira, ainda mesmo em seus portos. Se um individuo qualquer da guarnição de um navio de guerra commetter em terra um crime e perseguido consiga alcançar o seu navio, não pode a autoridade local ahi ir prendel-o, ella fará as suas reclamações para que a justiça siga seu curso pelos competentes canaes. Porem, se o pessoal embarcado em um navio de guerra, 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. Não se estende ao pessoal as regalias do navio de guerra. Quando em terra, todos são passiveis da lei penal do territorio desde que alterem a ordem. »

Sobre outras regalias dos navios e embarcações miudas de guerra, deveres dos commandantes, etc., *vide* o mesmo A. e *obr. cit.* cap. XVI, *Navios de guerra*.

Os navios mercantes estrangeiros, surtos em porto brasileiro, não gozam da extritorialidade, estão sujeitos á jurisdicção e lei brasileiras, mas não constituem territorio brasileiro, desde que arvoram bandeira estrangeira. A disposição do art. 4, letra c, não pode derogar principios de direito internacional maritimo, e portanto deve ser entendido nos termos destes principios. Se se der uma sublevação, um crime a bordo de um navio mercante estrangeiro surto no porto, pode a autoridade local intervir, dar busca sempre que julgar conveniente, ou houver suspeita de contrabando estabelecer a mais rigorosa fiscalização, o navio fica sujeito á policia do porto, a todas as leis e regulamentos do paiz, mas a sua nacionalidade é a da sua bandeira. E foi, sem duvida, por isso que a lei n. 2615 de 4 de Agosto de 1875 autorizou o governo a regular, mediante reciprocidade, o julgamento de crimes commettidos a bordo dos navios estrangeiros contra pessoas não pertencentes á tripolação, ou mesmo contra pessoas da tripolação, no caso de infracção da policia do porto, ou aguas territoriaes, ou de requisição, ou de accordo com a respectiva autoridade estrangeira — art. 6, § 4. Fazendo referencia a esse art. J. Vieira, *Obr. cit.* v. I, p. 56, considera, neste ultimo ponto, lacunoso o art. 4 do Cod. Pen., « porque não resolve a especie com relação aos navios mercantes nas aguas territoriaes da Republica, nem salva por outro lado as estipulações internacionaes quanto á estada nos portos brasileiros, isto e, quando ahi surtos. » E para mostrar a difficuldade na solução de um conflicto, basta lembrar que a lei ingleza determina que « um subdito que commetter um crime ou delicto a bordo de um navio inglez surto em porto

estrangeiro fica sob a jurisdicção dos juizes e tribunaes inglezes. » Em *taco* do Cod. Pen., art. 4, letra *c*, o navio mercante inglez surto em porto brasileiro é incluído na *definição* de territorio brasileiro... A expressão — *surto em porto brasileiro* dá logar a distincção entre navio mercante estrangeiro *navegando em aguas territoriaes* e navio mercante estrangeiro *surto (ancorado) em porto brasileiro*. Pretendem alguns que só o navio *surto* pode ser *defnido* territorio brasileiro, para o effeito da applicação da lei penal nos termos do art. 4 (*Vide na Rev. jurisp.*, Junho, 1902, p. 141, sentença do Juiz de direito de Itacoatiara e officio do Procurador geral do Amazonas).

O Codigo é de facto lacunoso : não incluiu no art. 4.º letra *c* os navios mercantes estrangeiros *navegando em aguas territoriaes*. Essa lacuna é porem supprida pelas leis n. 855 de 8 de Novembro de 1851, art. 14 e 15, e n. 2615 de 4 de Agosto de 1875, art. 6.º § 4.º, que não forão revogadas pelo Codigo. Ambas fazem distincção entre navios mercantes estrangeiros *surto no porto* e *navegando em aguas territoriaes*. A lei de 1875 autoriza o governo a regular por meio de reciprocidade o julgamento de taes crimes contra pessoas pertencentes á tripulação ou não pertencentes a ella, no caso de infracção da policia do porto ou aguas territoriaes, ou de requisição, ou de accordo com a respectiva autoridade estrangeira. Não distingue a natureza dos delictos, se communs, se funcçionaes ou de *mora* disciplina, deixando, por conseguinte, aos tratados a regulamentação da materia. A lei 855 de 1851, considerando o navio *em viagem* ou *no porto*, distingue a natureza dos delictos e a qualidade das pessoas. Durante a viagem se os crimes são de individuos da tripulação, uns contra os outros, e se não forem brasileiros, aos agentes consulares da nação do navio pertence tomar conhecimento, de accordo com a lei e regulamentos do seu paiz. Se forem os tripulantes brasileiros, a jurisdicção compete á autoridade brasileira. Se o navio está no porto brasileiro, a jurisdicção dos agentes consulares é restricta, não se estende aos delictos graves, ou que por qualquer modo possam perturbar a tranquillidade publica, ou affectar particularmente a qualquer habitante do paiz. O conhecimento destes delictos compete á autoridade brasileira. Estas disposições da lei 855 de 1851 vigorão, está claro, não existindo a reciprocidade a que se refere a lei 2615 de 1875. A expressão — *durante a viagem* — do art. 15 da lei n. 855 de 1851, deve se entender nos *mares territoriaes*, porque em *alto mar* o navio mercante é considerado territorio do paiz a que pertence, e portanto rege a bordo a lei desse paiz. E, assim, concordamos com Escorel (*Obr. cit.* nota 110).

O dec. 848 de 1890, art. 15 §§ 1.º e 2.º silenciou sobre os crimes commettidos a bordo do navio mercante estrangeiro navegando em *aguas territoriaes*, mas a consolidação das leis da justiça federal, approvada pelo dec. 3084 de 5 de Novembro de 1898, part. II, art. 6.º, incluiu-os.

Os crimes commettidos em alto mar a bordo de navios naciones, os commettidos nos rios e lagos que dividem dois ou mais Estados, nos portos, nas ilhas que pertencão á União, e em geral nos logares de absoluta jurisdicção do Governo Federal, serão julgados pelas justicas locaes, desde que nao revistão o character de crimes politicos. Para o effeito do disposto no *paragrapho* antecedente, quando o criminoso não puder ser processado e julgado no logar em que praticou o delicto, sel-o-ha, respectivamente ás hypo-

esses constantes do mesmo paragrapho, perante a justiça local do primeiro porto nacional em que entre o navio, ou perante a mais proxima do logar do delicto, onde for encontrado o delinquente, ou, finalmente, perante aquella que haja prevenido a jurisdicção. Igual regra se observará relativamente aos juizes de secção, quando os crimes mencionados forem de natureza politica. Decr. n. 848 de 11 Outubro de 1890 art. 15, § 1, 2, 3, *Vide na Rev. de Jurispr. Set.*, 1898, p. 43, *Acc. do Supr. Trib. Fed. de 18 de Junho de 1898. Dec. 6934 de 1878, lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892, art. 3º e dec. n. 2304 de Julho de 1896.*

A vista da legislação, conclue Escorel (*Obs. cit. nota 106*), que não cabe a autoridade brasileiro tomar conhecimentos dos actos de pura disciplina e dos crimes functionaes commettidos a bordo ou em terra, se não para prestar o seu auxilio, quando este for reclamado.

— Os navios de guerra estrangeiros, embora em aguas brasileiras, não estão sujeitos á lei penal brasileira. O conhecimento de violações da lei penal praticadas a bordo cabe á autoridade do paiz do navio. Os navios de guerra gozão da exterritorialidade. *Resol. Imp. de 20 de Outubro de 1888.* Se, porem, o delinquente é pessoa que não faz parte da equipagem, si está a bordo por circumstancia fortuita, ou se é subdito brasileiro, o commandante do navio pode, conforme as circumstancias, entregar ou deixar de entregar o culpado á justiça local. Si as pessoas pertencentes á equipagem, isoladas, ou em bando, desembarcarem e violarem a lei penal brasileira, é preciso distinguir, conforme observa Escorel, se essas pessoas estão em terra em desempenho de funcções relativas ao serviço, com licença tacita ou expressa do governo brasileiro, escapão á lei brasileira, respondem perante a autoridade do paiz do navio. Si essas pessoas não estão em serviço, ficão sujeitas ás leis brasileiras. A licença tacita ou expressa para o desembarque deve ser traduzida : ter o governo brasileiro renunciado o exercicio de qualquer jurisdicção. Escorel cita o facto occorrido, em 19 de Outubro de 1871, á noite, no *Hôtel Central*, no largo de S. Francisco, no qual se acharam envolvidos officiaes a paisana da corveta allemã *Nymphe*. Apesar das reclamações do Encarregado de Negocios allemão, a autoridade brasileira conheceu do delicto, pronunciando os officiaes como incursos nas penas do art. 201 do Cod. Crim. e pondo-os em liberdade mediante fiança. *Vide Rel. do Min. de Estrangeiros de 1872.* Accrescenta Escorel, em nota 124 : As autoridades brasileiras, segundo a pratica internacional, não procedem contra equipagem de um navio de guerra estrangeiro, que, em terra, pratica factos contra a lei penal brasileira, desde que taes factos não se revestem de um character grave. A autoridade limita se a effectuar a prisão dos autores desses factose a entregal-os ao commandante do navio. No Rio de Janeiro, em Santos, no Recife, na Bahia e em outros logares do Brazil, as autoridades assim têm procedido ». *Telegramma de Saïgon (Cochinchina franceza) de 24 de Maio de 1905 para o Jornal do Commercio* referente á guerra russo japoneza noticia que a pedido do consul allemão foi internada a bordo do cruzador francez *Redoutable* a equipagem do carvoeiro allemão *Hans Mensei*, ancorado em Nha-bé. Esse pedido foi feito em consequencia de se ter a tripulação recusado a seguir viagem e haver tentado uma revolta a bordo

Considerão-se navios de guerra para todos os efeitos de direito os que, posto que não sejam propriedade do Estado, se empregam no transporte de tropas, munições e armamentos, sob o commando de officiaes militares. Igualmente são equiparados aos navios de guerra os que conduzem os Sobexanos, Chefes de Estado, ou seus representantes, quando exclusivamente destinados ao serviço de taes pessoas. Laffayette, *Dir. Intern.*, vol. 1.º p. 186.

Os navios de guerra têm o direito de asylo? Sim, tratando-se de crimes politicos. Se o refugiado é criminoso o de crime commum, pode o governo pedir a extradicação. Escorel concorda, citando Bonfils, *Dir. Intern.*, e um artigo do embaixador portuguez junto á Santa Sé, Martins Ferrão, na *Rev. de Droit Intern. e Legisl. comp.* t. 26, p. 378 sobre o titulo : *Le différend entre le Portugal et le Brésil*, a propósito do asylo concedido, no porto do Rio de Janeiro, em 1894, por occasião da revolta contra o Presidente de Republica, Marechal Floriano Peixoto, pelos navios de guerra portuguezes *Min-dello* e *Affonso de Albuquerque*. Os commandantes recusaram entregar os refugiados ao governo brasileiro, o que deu em resultado, esgottados os meios diplomaticos, a ruptura das relações entre Brazil e Portugal, sendo entregues os passaportes ao ministro portuguez. Foi mantido o acto dos commandantes, e devia sel-o, porque, como diz Martins Ferrão (*loc. cit.*) « o refugio concedido nos casos politicos é considerado, segundo o direito das gentes, como um *acto de humanidade*, que a independencia das nações cobre com o internamento de accordo com os principios recebidos e applicaveis. Nenhum paiz recusa esse soccorro de humanidade nos casos propriamente ditos de *refugio*. O *refugiado* será, pois, internado e mantido como tal, durante o tempo da lucta, porém não pode ser considerado prisioneiro, porque não é criminoso perante o direito das gentes ».

Art. 5º. E' tambem applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que regressar ao Brazil, espontaneamente ou por extradicação, tendo commettido fóra do paiz os crimes previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II, capitulos I e II do titulo VI; os de homicidio e roubo em fronteiras e não tendo sido punido no lugar onde deliniquiu.

° Paragrapho unico. Ficam salvas as disposições dos tractados (9).

(9) O direito de extradicação tem sua origem na necessidade de não deixar impunes crimes, que interessam a segurança e prosperidade publicas, embora perpetuados em territorio estrangeiro. Afim de realizar a punição dos culpados, tem as Nações convencionado a reciproca entrega dos individuos, commettido o crime, fogem do territorio da nação para o de outrá em o qual a jurisdicção da primeira não possa ser exercida. E' esta entrega denominada — extradicação. Consiste no facto de fazer um Estado prender um criminoso estrangeiro refugiado em seu territorio e entregal-o ao poder

competente do Estado que o reclama, para ser julgado. As convenções sobre a materia estipulam os crimes que dão lugar á extradicção e o modo de procedel-a. Pelo principio de reciprocidade a extradicção pode ser obtida independente de tratados, é mesmo uma cortezia internacional e com a França assim acontece. Vide a circular do Ministerio de Estrangeiros de 4 de Fevereiro de 1817, do Barão de Cayrú, cuja doutrina é hoje praticada pela generalidade das nações que, uniformemente, estipulando-a em numerosos tratados, a tem tornado uma regra geral do direito internacional. Oliveira Freitas *Obr. cit.* cap. XXIV — *Refugiados e desertores*.

L'extradizione—*ex-traditio* — diz Tuozzi, é l'atto col quale una potenza, nel sui territorio si é refuggiato un delinquente, consegna il delinquente stesso ad altra potenza che á interesse de giudicarlo, o de assegettarlo ad una pura già pronunziata. In quanto allo Stato che dimanda l'extradizione, la sua richiesta non é che un esplicamento naturale del diritto di punire; ma anche per rispetto alla potenza che consegna il delinquente, l'operato é legittimo, perchè a prescindere che la nazione debbonsi prestare mutua assistenza per la persuazione dei delinquenti; la presenza di un malfettore nel territorio di un Stato costituisce sempre l'indice de un pericolo. Il reo, quindi, nulla avrebbe da contrapporre al fatto della sua consegna, nè questa, per parte dello Stato che l'esegue, implica limitazione di sovranità, perchè il concorrere ad un fine d'interesse commune degli Stati importa anzi conferma alla sovranità stessa. Da cioè deriva che l'extradizione puo essere accordata anche independentemente dai trattati internazionali. Ma poichè nessuno Stato ha diritti da potere esertaré sopra un altro Stato, cosi la mancauza de un trattato potrebbe escinera dal oblige della consegna. (*Corso de Diritto penal*, vol. 123). Billot, *Tr. d'Extrad.*; Prins, *Scin. pen. et dr. posit.*; Paul Bernard, *Tr. de l'Extrad.*

Os pedidos de extradicção são feitos por intermedio do Ministerio das relações exteriores, que solicita ao dos negocios interiores a prizão do delinquente, que deve ser extradictado. O pedido deve vir acompanhado dos documentos necessarios : mandado de prizão, despacho da pronuncia ou sentença condemnatoria, texto da lei applicavel ao facto pelo qual o delinquente é reclamado e sempre que for possivel signaes pessoas ou fichas anthropometricas do delinquente. Os documentos devem ser copias authenticas. O pedido de extradición deve conter uma resenha dos factos e circumstancias que determinaram a pronuncia ou condemnação do réu (Circ. n. 67 de 29 de Outubro de 1884). Não havendo, lei regulando a extradición, entre nos vigoram os tratados e o principio de reciprocidade na falta destes e nos termos do direito internacional. Ao poder executivo compete resolver sobre o pedido de extradición, principalmente havendo tratado. Entendem alguns que a extradición não pode ser concedida sem o exame de sua legalidade pelo poder judicial. N'este sentido opinou o sr. ministro Alberto Torres no voto vencido no recurso de *habeas corpus* impetrado a favor do subdito italiano Luigi Vicenzo Giovanetti, condemnado a 30 annos de reclusão, como falsario postal, justiça italiana, e cuja extradición foi pedida pelo governo de Italia. O Supremo Tribunal Federal, por acc. de 14 de Junho de 1905, negou provimento ao recurso, considerando legal a prizão, visto estarem preenchidas todas as condições do tratado de 3 de Maio de 1873 exist-

tente entre o Brazil e a Italia. Antes de decidir o recurso, resolveo o tribunal, em diligencia, mandar traduzir, por traductor publico, os documentos que acompanharam o pedido e solicitou informações do Ministerio do interior, que as remetteu. Na preliminar decidio o Tribunal ser de sua competencia conhecer do *habeas corpus*, *ex vi* das disposições da Constituição da União, mas não referio-se a questão da competencia posta pelo sr. ministro Alberto Torres. Outro caso de *habeas corpus*, decidido de modo contrario, isto é, pela concessão, é o de Henri Widler, prezo preventivamente por ordem do Ministerio da justiça em vista de requisição do consul da Suissa ao Ministerio dos relações exteriores. O Ministerio da justiça prestando informações ao juiz seccional dr. Pires de Carvalho, allega como justificativa do seu acto, em falta de lei ou tratado, « as provas estabelecidas em tratados celebrados com outras nações ». O impetrante justificou o pedido com as seguintes allegações : a) nenhum tratado ou convenção existe entre o Brazil e a Suissa regulando a especie; b) a lei suissa de 1893 não inclue o furto entre os crimes que autorizam a extradicação; c) até hoje, passadas mais de tres semanas, não consta que o paciente esteja sendo processado, que contra elle tenha sido expedido mandado de prisão por autoridade competente, especificando detalhadamente o delicto que lhe é imputado para se verificar si tem logar a *remissio* ».

Concedendo a ordem de *habeas corpus*; foram estes os fundamentos da sentença :

« E, considerando que a Constituição da Republica assegura a nacionaes estrangeiros a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade e declara que, a excepção do flagrante delicto, ninguem póde ser preso antes de pronuncia, sinão nos casos determinados em leis e em virtude de ordem expedida por autoridade competente. Constituição, art. 72, § 13. Considerando que nenhuma de nossas leis prevê e menos estabelece o caso de prisão de estrangeiro por ordem do Poder Executivo á requisição de autoridade tambem estrangeira; Considerando que, só com relação a certos paizes, os tratados existentes, como decidiu em recente accordão o Supremo Tribunal Federal, suprem a falta de lei, com relação a outros, como a Suissa, esta lacuna subsiste e não póde ser preenchida por ajustes de occasião, que dependem de approvação do Congresso Nacional (Const. art. 48, § 16); Considerando que os tratados fazem lei entre as partes contractantes e não são extensivos aos nacionaes dos paizes que nelles não intervieram, maximé no que importasse uma restricção de garantias e direitos; « Considerando que a doutrina da informação de fls. 7 collocaria em situação mais vantajosa exactamente os governos dos paizes com quem não tivessesmos tratados, e por outro lado estabeleceria, no tocante ao assumpto, uma classe de estrangeiros sujeita ao arbitrio do Poder Executivo e privada das garantias que a Constituição assegurou a todos indistinctamente; Julgo procedente o recurso e concedo a ordem pedida para mandar que, em favor do paciente, se passe alvará de soltura, si por *al* não estiver preso. Custas *ex causa*. Districto Federal, 19 de junho de 1906. — *Antoino J. Pires de C. e Albuquerque* ». Vide no *Diario Official* de 24 de Junho de 1906. No caso Giovanetti, cujo *habeas corpus* foi concedido por aquelle juiz seccional, o Accordão do Supremo Tribunal, que confirmou a decisão do jury, tem o

n. 2.280 e está publicado no *Diario Oficial* de 16 de Setembro de 1905. Ha na Camara dos deputados em andamento um projecto de lei regulando a extradicação.

— Lafayette, *Dir. Intern.*, v. I, p. 234, diz que na ausencia de tratados, é livre ao Estado conceder ou negar a extradicação, subordinado o exercicio deste direito tão somente a razões de politica e conveniencia. E acrescenta: Cumpre, todavia, reconhecer que, em regra, motivos graves e importantes aconselham a pratica da extradicação. As nações formam entre si uma associação, ligada pela solidariedade dos interesses communs e de reciproca segurança; devem, pois, contribuir, cada uma da sua parte, para que todos desenpenhem a sua missão principal, que é a protecção da ordem juridica. A recusa da extradicação, como principio, destoa deste concerto: porque recusar a extradicação é assegurar as impunidades — o que é uma animação ao crime. Por força destes motivos predomina hoje evidentemente a tendencia para facilitar-se a concessão da extradicação.

— Em regra não se concede extradicação de criminosos politicos. Oliveira Freitas, *Dir. Intern. Marit.*, p. 205, diz: « Os criminosos politicos são criminosos legaes para o Estado cuja constituição e systema politicos são por elles atacados, mas para os outros Estados não o são, porquanto taes ataques só attingem o estado contra o qual foram effectuados. Os attentados contra a vida dos chefes de Estado, os principes e membros de sua familia, não são crimes politicos, mas sim crimes communs. A Belgica, a nosso vér, proclamou a verdade, promulgando a lei de 14 de Março de 1846 que nega o caracter de crime politico a todo attentado de homicidio, assassinato, ou envenenamento, contra taes pessoas. O regicida é um homicida; protegel-o, concedendo-lhe asylo é commetter uma iniquidade, pois a vida dos chefes de Estado é tão sagrada, tão digna das protecções das leis humanas, como a de qualquer outro cidadão; a moral que reprova o crime quando commettido contra um particular, jamais poderá sancionar o regicidio como um acto legitimo, seja qual fór o fim em vista. O direito couvencional assim preceitua e as proprias republicas consideram o regicidio como um crime de direito commum. Vide Calvo, *Droit Int.*, t. 2, j. XV, § 1263; Haus, *Droit Pén.*, t. II, sec. II, §§ 1, 327 e 339.

— Temos tractados de extradicação com os seguintes paizes: Bolivia (dec. de 28 de Novembro de 1868); Paraguay (dec. de 25 de Março de 1872); Hespanha (dec. 12 Junho 1872); Portugal (dec. 19 Abril 1873); Italia (dec. 3 Maio 1873); Grã Bretanha (dec. 1 Setembro 1873); Belgica (dec. 24 Setembro 1873 e Tractado de 6 de Abril de 1878); Allemanha (dec. 25 Junho 1878); Uruguay (dec. 12 Outubro 1871 e Accordos de 1 de Maio de 1878 e de 1884); Austria Hungria (dec. 23 Agosto 1894); Chile (dec. 4 Maio 1897); Paizes Baixos (dec. 12 Setembro 1898); Perú (dec. 30 Dezembro 1898, n. 557); Republica Argentina (dec. 30 Dezembro 1898, n. 558); Estados Unidos (dec. 4822 de 22 de Abril de 1903). O tratado de 1871 e os accordos de 1878 e 1883 com o Uruguay foram denunciados pelo governo brasileiro em 16 de Maio de 1903. Vide o *Codigo das Relações exteriores do Brazil*.

A Const. Fed., art. 34, n. 22, diz que compete privativamente ao Congresso Nacional regular os casos de extradicação entre os Estados. No art. 66 veda aos Estados denegar a extradicação de criminosos, reclamados pelas justiçaes

de outros Estados, ou do Districto Federal, segundo as leis da União pelas quaes esta matéria se rege. « Dos dominios do direito internacional, diz J. Barbalho, *Comm.* ao art. 34, n. 32, foi este instituto transplantado para o *estado federal*, com a differença que alli é voluntario e rege-se por clausulas convencionadas, aqui é abrigatorio para assegurar aos Estados particulares toda a efficiencia do seu poder de policia e para a boa administração da justiça. »

A lei n. 39 de 30 de Janeiro de 1892 regula a extradicação dos criminosos entre os Estados da Republica.

— O Congresso está elaborando uma lei que regula a extradicação. Na sessão do Senado de 29 de Setembro de 1906 foi lida a proposição n. 81-1906 da Camara que trata do assumpto. N'esse projecto tambem se regula o processo dos brazileiros, que em territorio estrangeiro, perpetrar crimes contra o Brazil e os brazileiros, que era objecto da lei n. 2615 de 4 de Agosto de 1875 e do decreto n. 6934 de 8 de Junho de 1878. No art. 1.º o projecto diz : Não é permittida a extradicação de nacionaes. No § unico : A naturalisação posterior á perpetração do crime no estrangeiro não obsta a entrega do criminoso ao Estado em que delinquo. Nos arts. 12, 13 e 14 estabelece :

Art. 12. Nenhum pedido de extradicação será attendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedencia do mesmo.

Effectuada a prisão do extraditando, serão todos os documentos referentes ao pedido enviados ao Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso.

O extraditando, que será apresentado ao tribunal, poderá fazer-se acompanhar de advogado, consistindo a sua defesa em não ser a pessoa reclamada, nos defeitos de fórma dos documentos apresentados e na legalidade da extradicação.

Art. 13. Concedida a extradicação, e si dentro de 20 dias da data da comunicação de fioar o extraditando á disposição do Estado requerente, não o tiver remettido o respectivo agente diplomatico para o paiz reclamante, dar-se-lhe-ha a liberdade e não poderá ser de novo preso pelo mesmo motivo da extradicação.

Art. 14. Terá o extraditando, na phase puramente judicial da extradicação, direito de usar do recurso de *habeas corpus*.

São excluidos das causas motivadoras da extradicação, as contravenções, os crimes fiscaes; militares, contra a religião, de imprensa e politicos.

Vide um recente trabalho do dr. Rodrigo Octavo *Direito do Estrangeiro no Brasil*, p. 277 e segs.

— No *Direito*, Nov. 1892, p. 444, Acc. do Sup. Trib. Fed. de 10 Agosto do mesmo anno, *habeas corpus* a proposito de uma prisão requisitada por telegramma. A extradicação, ainda a interestadual, é acto de soberania (a expressão — *soberania* — é aqui mal applicada : os Estados são autonomos e não soberanos ; a soberania pertence á Nação, representada pela União) que só pode ser exercida de governo a governo. Este principio é firmado expressamente na lei n. 39 de 30 de Janeiro de 1892, com a unica excepção do § unico do n. 1 do art. 1.º, em relação a municipios limitrophes de Estados differentes, em casos de urgencia. Assim a requisição do juiz

substituto de Cataguazes, no Estado de Minas Geraes, dirigido ao chefe da policia desta capital é um acto nullo; e como tal não pôde justificar a prisão do paciente. Esta prisão é, pois, um constrangimento illegal. Accresce que o que regula hoje esta materia é a lei citada n. 39, lei federal, promulgada justamente para dar effectividade ao preceito do art. 66, n. 4, da Constituição nacional. Por conseguinte só á justiça federal cabe conhecer da validade da extradicação (art. 1.º, n. 6 *in fine* da lei citada). Dar á justiça local de um Estado o poder de verificar a legalidade ou illegalidade da extradicação requisitada por outro Estado, tão soberano como elle, é inquestionavelmente violar a soberania desse Estado, quebrar o laço da federação e alluir a base do regimen da egualdade entre os Estados. Esta deve ser a interpretação d'aquella lei e tal é a jurisprudencia dos tribunaes norte americanos, como se vê em Cooley, *Gen. Princip. of Const. Law*, cap. 6.º, p. 137, onde cita neste sentido o aresto *ex parte « Smith »* do Supremo Tribunal da União. Assim justificou o seu voto no referido Accordam o sr. conselheiro Barradas, que entendia dever ser a extradicação do paciente requisitada pelo presidente do Estado de Minas Geraes.

Art. 6.º Este codigo 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 (10).

(10) Os crimes de responsabilidade do Presidente da Republica são os de que tratão os arts. 13 e 54 da Constituição Federal, definidos na lei n. 30 de 8 de Janeiro de 1892, processados e julgados conforme o dec. n. 27 de 7 de Janeiro de 1892. *Vide* notas e commentarios a estes artigos em A. Milton *Const. do Brazil cit.* O art. 52, §2 da Const. dispõe sobre o processo e julgamento dos Ministros de Estado nos crimes communs e de responsabilidade e connexos com os do Presidente da Republica. Const. Fed., art. 77 : Os militares de terra e mar terão fóro especial nos delictos militares. *Vide* notas a este art. em A. Milton *obr. cit.* Os crimes militares estão definidos no *Codigo Penal para a Armada* que acompanha o dec n. 18 de 7 de Março de 1891, approved e ampliado ao exercito nacional pela lei n. 612 de 29 de Setembro de 1899. O Supremo Tribunal Militar, usando da faculdade contida no art. 5, §3 do dec. legisl. n. 149 de 18 de Julho de 1893, expedio em 16 de Julho de 1895 o Regulamento processual criminal militar para ser observado no exercito e armada. *Vide* ainda J. Barbalho, *Comm.* aos arts. 52, §§ 2,53,54 e 77 da *Const. Fed.*; João Vieira, *Obr. cit.*, p. 73 e segs, *Dir. Pen. do Exerc. e Arm.*; e o nosso *Cod. Pen. Mil.* (1903, ed. Garnier).

As infracções contra a policia e economia administrativa dos Estados são definidas na leis e regulamentos estadoaes.

O Cod. na letra c, em vez da expressão — *os crimes não especificados, etc.*, — devia dizer — *as infracções não especificadas, etc.*, — porque

tecnologia jurídica — crime é a violação imputável e culposa da lei penal. Esta só é decretada pelo poder federal, e constitui matéria de direito substantivo. Const. Fed. art. 34, n. 23. Vide J. Barbalho *Comm.*, a. este art.

Assim também entende Escorel (*Obr. cit.*, nota 160), contestando João Vieira e considerando inconstitucional a disposição da letra c, rigidida como está.

TITULO II

DOS CRIMES E DOS CRIMINOSOS

Art. 7.º Crime é a violação imputável e culposa da lei penal (11).

(11) Vide O art. 24 deste Cod. João Vieira, *Obr. cit.*, comm. aos arts. 7., 8. Da escola classica, entre outros A. A nacionaes, Braz Florentino. — *Delictio e do delinquente*; Thomaz Alves, *Cod. Crim.* (de 1830).

O Cod. pen. de 1830 definia crime ou delicto — toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes (art. 2 § 1.º). Era uma definição clara, comprehendendo os crimes de acção e omissão, os crimes dolosos e culposos. A definição do art. 7.º supra é defeituosa. Não havia necessidade do emprego do termo — *imputavel* — dada a inclusão da expressão — *culposa*, A *culpabilidade* comprehende a *imputabilidade*. Era desnecessaria a phrase — *imputavel e culposa*, desde que o legislador incluiu no Codigo a disposição do art. 24. Convem definir os termos. A *imputabilidade* tem dois sentidos — um usual, outro juridico. No usual, é qualidade do que é *imputavel*. Differe da *imputação*, porque esta é acto pelo qual o legislador torna alguém responsavel por uma acção que pode ser imputada; e aquella é um estado desta mesma acção. *Imputar* significa *attribuir* a alguém uma acção, tornar alguém responsavel por um facto; pode ainda designar, no sustido restricto, a qualidade de um crime ou de um mal. (Frei Domingos-Vieira *Thez. da Ling. Port.*) Donde resulta que pode se imputar a alguém uma acção qualquer, seja ou não criminosa. A imputação de violação de preceitos tanto pode ser da lei jurídica (penal, civil, etc.) como da moral. Pode se imputar ainda a violação de deveres moraes e religiosos e mesmo de obrigações jurídicas. Nem sempre da imputação decorre a responsabilidade, porque aquella pode ser falsa ou descabida. Donde resulta que só no caso de envolver responsabilidade criminal é que a imputabilidade entra como elemento constitutivo do crime e então os termos *imputabilidade* e *responsabilidade* são equipollentes.

Mas, para verdadeira comprehensão, faz-se mister o estudo do crime nos seus elementos componentes — o *material*, também denominado *objectivo*; e o *moral*, ou *subjectivo*. O elemento *material* constituido pelo *facto*, que o dispositivo da lei penal, definindo, previo; o elemento *moral* constituido

pelo *dolo* ou pela *culpa*, conforme o concurso da intelligencia, da vontade e da liberdade, componentes do *animus delinquendi in genere*; ou conforme o concurso da intelligencia e da liberdade, mas, sem o da vontade, isto é, quando o *facto*, considerado delictuoso, resulta de imprudencia, negligencia ou impericia. N'estas condições a responsabilidade e a imputabilidade estão sujeitas a gradação, maior ou menor, de accordo com o elemento moral. Tomando por base este estudo, o delicto tambem se denomina voluntario ou involuntario. Se, porem, houve um *facto* qualificado crime e para o qual concorreu alguém materialmente, mas houve ausencia absoluta do elemento moral, o delicto se denomina *casual*, resultou do *accaso*, não ha responsabilidade. No art. 1.º o Cod. declara que ninguem poderá ser punido *por facto* que não tenha sido anteriormente qualificado crime e no art. 7 define crime — violação imputavel e culposa da lei penal. Confrontando-se os dois dispositivos verifica-se que não ha crime sem a existencia de um *facto* resultante de uma *acção* e esta só é criminosa quando consiste na violação imputavel (dolosa ou culposa) da lei penal. Ora, sendo a violação a *acção* e della resultando o *facto*; se crime é o *facto* assim qualificado (art. 1.º); se crime é a *acção* (violação da lei penal) assim definida, verifica-se um circumloquio que não se encontra no texto claro e simples do Cod. de 1830, arts. 1.º e 2.º e nem existe no Cod. italiano. Este, distinguindo as infracções da lei em *delictos* e *contravenções*, julgou se dispensado de definir os dois termos, declarando apenas que ninguem poderá ser punido *por facto* que não tenha sido *expressamente previsto como infracção* da lei e no art. 45 trata de responsabilidade resultante do *facto* criminoso, seja esse *facto* considerado delicto. seja considerado contravenção, conforme a caracteristica de cada uma destas infracções. Se o nosso legislador julgou conveniente definir os dois termos — crime (art. 7.º) e contravenção (art. 8.º), devemos, então, reconhecer que o art. 2.º está deslocado. O seu dispositivo devia se achar no titulo II, precedendo os arts. 7.º e 8.º, pois no art. 2.º se declara, *in genere*, em que consiste a violação da lei penal e como deve ser qualificada. Considerada em relação ao modo de execução o delicto é de *acção* ou *omissão*. No primeiro caso elle é o resultado de um acto contrario ao preceito da lei, é um acto positivo. No segundo caso, o delicto é de *inacção*. A culpabilidade consiste, não em abster-se simplesmente de agir, mas em abster-se de fazer a *acção* precisa, que em virtude da lei tem-se o dever de fazer : Prins, *Scien. pén. et Droit posit.*, p. 107.

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 (12).

(12) Vide João Vieira *obr. cit.* nota anterior. Viveiros de Castro em sua recente *Jurisprudencia Criminal* (1901) cap. *A boa fé nas contravenções* :

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 aggreddindo a vida alheia, mas o simples factio de trazer consigo esta arma constitue uma contravenção, porque a arma lhe proporciona a facilidade de commetter um crime, porque em determinada occasião pode empregal-a. Todo o crime se compõe de dois elementos, — o elemento material, o factio, 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 factio constitue uma contravenção. Si houve um damno, é um delicto, intencional ou culposo, si o agente propositalmente quiz o factio, ou si é elle resultado de sua ignorancia, ou da 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. Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 16 de Setembro de 1902, na *Rev. Jurispr.* Out., 1902, p. 193.

Escorel (*Obr. cit.* nota 163) demonstra que as definições de crime e contravenção não dão absolutamente á conhecer qual a linha de demarcação que o legislador estabeleceu entre o crime e a contravenção. E' assim que o crime, como a contravenção é: a) uma violação da lei penal (art. 2º); b) pode ter logar por acção ou omissão (art. 2º); c) não existem, não havendo dolo ou culpa (art. 24); d) ambos resultam (acrescentam) de um factio voluntario punivel, seja de acção, seja de omissão (arts., 7º e 8º). Este A. faz ver ainda que, perante o nosso Codigo, a contravenção não consiste unicamente na violação ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e regulamentos. Em opposição á definição do art. 8º, estão, por ex. as contravenções dos arts. 273 e 381. Não é tambem a pena que distingue o crime da contravenção. Vemos, por ex., a contravenção do art. 381, seg. parte., punida com a pena do crime de estellionato, e com estas mesmas penas a do art. 373. Ha contravenções punidas com penas superiores ás de alguns crimes. Entende o mesmo A., em contrario á doutrina do cit. Acc. do Cons. do Trib. Civ. Crim. de 16 Set. 1902, que « não é o damno potencial, a possibilidade do evento, que distinguem a contravenção do crime. E para confirmação disto, cita o crime do art. 143, e a contravenção do art. 381. Em ambos os casos o legislador estabelece a punição, pela possibilidade do evento, pelo damno potencial. E conclue: « podemos afirmar que perante o nosso Cod. a distincção entre crime e contravenção está simplesmente nas suas denominações. » O nosso legislador copiou a disposição do art. 3º do Cod. pen. portuguez, supprimindo as palavras finais do mesmo art. — *independente de toda a intenção malefica*. Com-

mentando o art. 3.º do Cod. pen. port., 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 toda e qualquer infracção da lei, quadra o nome de *maleficio*, como se estabelece no moderno codigo dos Paizes Baixos, arts. 1.º, 2.º e 3.º e bem se estabelecia em o nosso Cod. de 1834, art. 1.º, como é que o caracteristico das contravenções é a *independencia de toda a intenção malefica*. O que o Cod. quiz dizer, se deprehenderá facilmente, transcrevendo se para este logar as palavras de Chauveau, Theoria do Cod. Pen. cap. 1.º p. 30. Transcreve os trechos deste A. e depois de commental-os em face do dispositivo do Cod, conclue: Não temos, portanto, nem uma definição da contravenção, ou infracções de policia, como se encontra em outros Codigos; mas somente confusão nestas violações da lei, que o Cod. distingue de quando em quando para depois tratar dellas de envolta com os delictos, e este como os crimes, como se vê por todo o livro 2.º ». Os mesmos reparos do commentador portuguez são applicaveis ao nossoCodigo, que tambem afastou-se do Cod. italiano, art. 45, seg. parte: « Nas contravenções, diz o Cod. ital., cada um responde pela acção ou omissão, ainda que se demonstre que o acto não foi voluntario ». Não se applica por isso ao nosso Cod. o commentario de Pasquale Tuozzi ao Cod. ital., citado por Bento de Faria (*Obr. cit.* nota 14). Segundo a definição do art. 8.º não ha contravenção sem um *facto voluntario*. Este consiste: ou na violação da lei penal (art. 2.º); ou na falta de observancia de disposições preventivas das leis e regulamentos. No primeiro caso a contravenção é de *acção*, decorre de um *acto positivo*, ha infracção voluntaria; no segundo, é de *omissão*, emana de um *acto negativo*, ha inobservancia voluntaria do preceito legal. O criterio do nosso legislador, distinguido o *crime* da *contravenção*, parece ter sido a natureza da infracção conforme a gravidade do facto e de suas consequencias, a maior ou menor extensão do damno ou, segundo os classicos, o alarma causado. Crimes e contravenções, são assim qualificadas as figuras de cada um dos artigos dos crimes e contravenções em especie. Dir-se-ia que o legislador seguiu o methodo do Cod. de 1830, equiparando as contravenções aos crimes policiaes, mas, ainda assim, o criterio do novo Cod. nenhuma vantagem leva sobre o d'aquelle. Se nos crimes policiaes do Cod. de 1830 as infracções são reputadas leves, ha nas contravenções do Cod. de 1890 infracções, cuja gravidade não pode ser posta em duvida, constituindo crimes que revelam da parte de seus autores a maior perversidade; a ausencia da piedade, a temibilidade, a improbidade, que se encontrão no typo do criminoso, a que se referem os modernos autores. Taes são as contravenções previstas nos arts. 365, 366, 378 (destruir ou remover signaes collocados na via publica etc.), 379 (usurpar titulo de nobreza, etc.), 380, 381, 389, 390, 402, (andar em correrias, etc.), 404.

— Nos termos do art. 24 do Cod. pen. não são passiveis de pena as acções ou omissões coutrarias á lei penal commettidas sem intenção criminosa, *principio que se estende também ás contravenções*. Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. Crim. de 28 de Junho e 24 de Novembro de 1897.

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

Art. 10. A resolução de commetter crime, manifesta por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é sujeita á acção penal, salvo si constituir crime especificado na lei.

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

Art. 12. Reputar-se-ha consummado o crime, quando reunir em si todos os elementos especificados na lei (13).

(13) Dada a existencia do *facto*, verificada a *voluntas sceleris*, do concurso destes dois elementos resulta o *crime*, que pode ser *consummado* ou *tentado*, si a *intenção directa* do agente foi ou não attingida, isto é, si o *facto* realisou-se, ou não, de accordo com essa mesma intenção. Dahi á distincção entre crime *consummado* e *tentativo*. Da realização do *facto*, conforme foi resolvido pela *voluntas sceleris*, depende a consummação do crime, porque nessa realização incluem-se os actos preparatorios, quando existão, os de começo de execução, os da propria execução e o fim attingido. Na tentativa verifica-se a *intenção*, existe o *facto*, que é constituido por actos de começo de execução, mas o fim não é attingido, porque a execução é suspensa pela interferencia de uma causa estranha, que tolhe a consummação.

E por isso, a simples resolução da prática de um crime, embora manifesta por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é punivel, visto faltar-lhe o elemento material, necessario tanto no crime consummado, como na tentativa.

Cogitationis poenam nemo patitur. L. 18 D. *De poenis*. Esta sentença de Ulpiano é um principio absoluto e não admite hoje nenhuma excepção, diz Tuozzi, citando Garraud. « *La voluntas sceleris* (resolução criminosa) va esenti da pena, ancorachè fatta nota, ó per confessione, o per altro modo. »

A excepção do art. 10 — *salvo se constituir crime especificado na lei* — não altera os termos da conclusão, porque, n'este caso, os actos exteriores, determinados pela resolução criminosa, podem constituir uma figura delictuosa especial, como no crime de ameaça definida no art. 184.

Peró, diz Tuozzi, quando questa volontá riguarda un reato grave contro una ou piú persone, ed é manifestata alle stesse in modo da togliere la loro tranquillità di espirito puó raggiungere gli estremi della *minaccia*, e diventare *punibile* come un reato speciale.

Confrontando-se os arts. 10 e 15 do Cod., parece-nos que na expressão em *actos exteriores que não constituirem começo de execução* — comprehendese os *actos preparatorios*, que não são punidos, salvo se constituirem crime especificado na lei. Assim Ticio declara que vae matar Alexis. Compra uma arma de fogo e anda com ella dia e noite. A compra da arma é acto

preparatorio manifestado pela *voluntas sceleris*. Mas como o uso da arma é prohibido, Ticio responde pelo uso da arma, o que constitue uma contravenção consummada. Mas si Ticio faz chegar a sua resolução ao conhecimento de Alexis, de modo a coagil-o em sua liberdade, infundindo temor, ou prejudicando-o de qualquer modo, o acto deixa de ser preparatorio passa a constituir a figura da ameaça. Em todo caso, nunca será um acto de começo de execução da tentativa de homicidio. Mesmo no caso da *ameaça*, para que este crime assim se considere, é necessario que seja essa a *intenção* de Ticio, isto é que a sua *voluntas sceleris* limite-se a *ameaçar*, não seja precisamente a de matar. Non é dato fissare una norma generale, diz Tuozzi, con cui si possono distinguere gli atti preparatorii da quelli di esecuzione, essendo della natura stessa del principiare, como giustamente notou il Berner, lo sfuggire all' ochio dell' osservatore. Tale distinzione può farla meglio il magistrato nei singoli casi, ed é perció materia lasciata alla sua estimazione. Il nostro legislatore nel art. 61 si é limitato a dire che si ha il tentativo de un delétto quando si é *cominciata la esecuzione*; ma quali atti costituiscono la execução, e quali sono meramente preparatorii, non é detto.

Os arts. 11 e 12 têm a sua fonte nos arts. 37 e 38 do Cod. da Baviera, que distingue os crimes em *formaes* e *materiaes*. Vide João Vieira, *Obr. cit.* v. I, p. 109, reproduzindo o commentario official do Cod. Bavaro. Escorel, annotando o art. 11 tambem reproduz as observações de Heffter no *Man. de Droit Pén.* a que se refere Ch. Vatel *Cod. Pén. du Royaume de Bavière*.

A theoria dos commentadores do codigo bavaro, distinguindo os crimes formaes dos materiaes, chega á conclusão de que ha « crimes que são reputados consummados sem a realisação de um resultado, taes são os de alta traição (art. 87 do nosso Cod. Pen.), o envenenamento das fontes publicas (art. 161), a falsificação dos actos publicos (art. 208), o perjurio e o falso testemunho na maior parte dos casos (arts. 261 e 264). Os crimes que exigem a realisação do resultado são em geral os crimes contra a pessoa, como o homicidio e as fraudes contra a propriedade. Emfim ha crimes que em um certo grau exigem o resultado e não o exigem em outro grau, como certos delictos politicos e a moeda falsa » João Vieira, *Obr. cit.*, vol. I, p. 110.

No art. 12 o Cod. define o *crime consummado* de modo generico, e no art. 11 apresenta uma restricção, estabelecendo a condição da realisação de determinado resultado, e de cuja realisação depende a consummação do crime. Esta restricção importa uma excepção ao preceito geral do art. 12, porque ainda que tenham sido verificado o elemento moral e realizado o facto que constitue o elemento material, se do consorcio destes dois elementos resulta que o agente tinha como escopo obter *determinado resultado*, que a lei considera elemento constitutivo do crime, e se esse resultado não se verifica, não se reputa consummado o mesmo crime. Mas pela disposição generica do art. 12 o conceito do crime consummado não foi excluido da disposição do art. 11, porque o *resultado determinado*, considerado pela lei *elemento constitutivo* do crime, é, em ultima analyse, *elemento* que a lei especifica para certos crimes, e portanto se esse *elemento* se reune aos outros tambem exigidos, o crime é reputado consummado. Se o *resultado* não se realisa, ha então tentativa, verificando-se os requisitos do art. 13. No

caso contrario, o facto não é punivel, salvo se constitue acto exterior qualificado crime (art. 10). Dondese conclue, em ultima analyse, que a distincção dos crimos em *formaes e materiaes ou reaes* pode-se admittir na doutrina, mas o nosso Codigo só reconhece as duas figuras do *crime consummado* e da *tentativa*.

A violação da lei penal, imputavel e culposa, ou constitue um facto composto dos elementos do crime consummado (art. 12), ou esse facto não se realisa, por circumstancia independente da vontade do agente, que predispoz os elementos de sua realisação, e neste caso temos a tentativa (art. 13).

Mesmo na hypothese do art. 11, vemos a figura do crime consummado se o *resultado* se verifica; e a da tentativa, se o *resultado* não se realisa. E como esse *resultado* a lei considerava elemento constitutivo do crime, este será reputado consummado se reunir em si todos os elementos especificados na lei (art. 12) e na expressão — *todos os elementos, etc.*, está incluído o referido *resultado*. E tanto é assim que no *crime complexo*, figurado por João Vieira, ha exemplo frizante no *latrocineo* (roubo com *homicidio* ou *lesões corporaes graves*, art. 359). Se o *resultado* que o ladrão tinha em vista (*tirada da cousa alheia*) não foi obtido, o Codigo considera, não, um *crime formal* consummado, porem, sim, *tentativa de roubo*, embora punindo-a com as penas do crime consummado, se della resultar a morte de alguém (art. 359 *preamb.*), ou á pessoa offendido alguma lesão corporal grave (art. 359 § 1.º). Não prevalece a mesma regra no rapto para fim libidinoso. E' um crime contra a pessoa, que não exige a realisação do resultado (satisfacção dos gozos genesicos) para ser considerado consummado (art. 270). Se verifica-se o *resultado*, o *fim libidinoso*, por meio do defloramento ou estupro, o raptor incorre nas penas de qualquer destes crimes (arts. 266, 267 e 268), com augmento da sexta parte, mas a figura é a do crime complexo consummado (art. 270 § 2.º). Parece, assim, que o criterio do nosso legislador, não se baseia nas observações dos citados commentadores do Codigo bavaro. Se, n'um dos casos figurados, a existencia do crime consummado depende da realisação do resultado, no outro vemos o crime consummado, independente da verificacção de resultado. E' claro que ao vocabulo *resultado* damos a significação criminologica que deve ter, isto é : — o que resulta de um acto ou facto criminoso, conforme a intenção do agente.

Art. 13. Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de commettel-o, executar alguém actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punivel, constituam começo de execução, e esta não tiver logar por circumstancias independentes da vontade do criminoso (14).

(14) Uma das materias mais arduas do direito criminal, a tentativa, tem sido e continua a ser o tormento dos criminalistas, diz Tobias Barreto, *Comm. theor. crit. do Cod. Crim. Braz.*, p. 232, martyrio dos criminalistas, que tem dado que fazer aos legisladores e tribunales de todos os paizes, accrescenta João Vieira, *Obr. cit.*, v. I, p. 92. « A razão é obvia. A tentativa occupa um logar intermedio e facilmente variavel entre o dominio ethnico e

o domínio jurídico. Ao envez do que succede com o crime consummado a sua punição não se dá tanto pelo que ella vale, como pelo que significa » (Tobias Barretto, cit.). Vide João Vieira, comm. dos arts. 9 a 16, na sua *Obs. cit.*, v. I, p. 92; no *Direito* de 15 de Março de 1895, p. 323, um artigo do Dr. Lima Drummond, reproduzido nos seus *Estudos do Direito Criminal*; Braz Florentino, *Do delicto e do delinquente*, liç. seg., *Da tentativa*, p. 25; Fernando Puglia, *Da tentativa*, traduzido pelo dr. Octavio Mendes. A resolução criminosa pode manifestar-se, ou não, por actos exteriores. No primeiro caso pertence ao dominio do fóro intimo; no segundo, os actos exteriores, ou são preparatorios para a execução, ou são actos de execução.

Quer sejam preparatorios, quer sejam de execução, os actos exteriores podem ser suspensos por circumstancias independentes da vontade do criminoso. Mas ainda assim não se acha caracterisada a tentativa, segundo o art. 13, pois é necessario que os actos exteriores tenham relação directa com o facto punivel e constituam começo de execução. Donde se conclue que em actos preparatorios que não forem de começo de execução, não constituem por si sós tentativa, nem são puniveis, salvo si, na forma do art. 15, forem classificados crimes especiaes.

* A figura da tentativa integra-se pela concurrencia de trez elementos vtaes : a) intenção directa do agente de commetter um delicto; b) começo de execução deste delicto; c) a sua não consummação por circumstancias independentes da vontade do delinquente. O elemento moral da tentativa não é simplesmente a intenção generica de delinquir, mas a directa de commetter um crime determinado. Si não existir a confissão do réo, ou se esta for antagonica com o caracter dos actos exteriores, só por meio destes se poderá inferir a verdadeira tendencia do espirito do agente.

Os actos exteriores, em sua dupla phase *preparatoria e executiva*, constituem o *iter criminis*, que só se consuma pelo percurso integral que conduz a *meta optata*. Na primeira phase, desde que não constituão os elementos de delicto *sui generis*, os actos exteriores são insusceptiveis de repressão. Na segunda apparece propriamente a característica do *conatus*, a sua condição primordial. N'aquella o agente pode dizer *não quero começar*; nesta só pode *querer desistir*. Chegado a esse marco, o abandono voluntario do *iter* liberta o agente da responsabilidade com relação á tentativa. Mas, si o delinquente só deixou de proseguir quando já tinha empregado todos os meios, que, si o fossem *reflectidamente*, terião como resultado a consecução do fim criminoso, tal circumstancia não desnatura a tentativa, cuja figura a lei considera completa em semelhante hypothese (Cod. art. 14). Ora, no caso sujeito, os actos exteriores manifestarão-se em sua dupla phase, e só por uma *impossibilidade accidental* — o emprego irreflectido dos meios, deixariam de attingir a meta — a morte do offendido, sem duvida objectivo do recorrente (autor do crime), como demónstrão as circumstancias que rodearão o facto : a impetuosidade do ataque, a repetição dos golpes em regiões importantes do corpo, a perseguição á victima, que fugia, e que só foi abandonada quando poude penetrar no corredor de uma casa. Ao lado do caracter *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, instrumento do

crime — Acc. do Conselho do Trib. Civ. e Crim. do Distr. Fed. de 28 de Agosto de 1897, na *Rev. de Jurispr.* de Out. de 1899, p. 187.

Tuozzi (*Corso Dir. Pen.* t. I, p. 167) diz que a phrase *Iter criminis* é de Alciato, que escreveu : *Aliud crimen, aliud conatus, hic itinere illud in meta est.* Comm. a L. 53 D. *De verb. signif.*

Observa Escorel (*Obr. cit.*, nota 176), que as palavras — *crime* e *criminoso* — empregadas neste, como em muitos outros artigos, devem ser tomados em sentido generico, comprehendendo o *crime* propriamente dito, como a *contravenção*, tanto o *agente* do crime como o da *contravenção*. A tentativa de *contravenção*, em face do art. 16, é punivel. E citando Van Swinderen, *Esquisse de droit pénal actuel* : « Em geral deve ser punida a tentativa, tanto dos crimes, como das *contravenções*, porque não ha differença essencial entre estas e aquelles. Nas *contravenções* podem ser presentes os mesmos grãos de culpabilidade que se apresentam nos crimes. » Para que haja tentativa não basta a *intenção*, manifestada por *actos exteriores*, é necessario que os *actos exteriores*, pela sua *relação directa* com o *facto punivel*, constituam *começo de sua execução*, diz o art. 13. Deve-se concluir, portanto, que de accordo com o mesmo art. é inadmissivel tentativa com *intenção indeterminada*. Assim conclue Escorel, citando em apoio Vidal, *Cours de droit pénal* e Nypels *Code pénal belge*. E' necessario ainda que os *actos exteriores* constituam *começo de execução*, porque se assim não fôr a resolução criminosa, embora manifestada por *actos exteriores*, não é passivel de pena, salvo se estes constituirem crime especificado. Vide *Arts. 10 et 15 do Cod. Van Swinderen Esquisses de droit penal* §. 1.º p. 183. Havendo *começo de execução*, é necessario ainda que esta não tenha logar por *circumstancias independentes da vontade* do criminoso, porque, se este suspende *espontaneamente* a execução, não ha tentativa. Entre as *circumstancias independentes da vontade* do autor é preciso comprehender aquellas que, agindo sobre sua vontade, o obrigam a abandonar o crime. Assim tambem deve ser considerada *circumstancia independente* da vontade do criminoso : a) ter sido o criminoso preso na occasião ; b) ter o offendido se refugiado em uma casa, onde não poude penetrar o criminoso. Para que a desistencia ou arrependimento do agente o torne isento de responsabilidade penal pela tentativa, é preciso que elle de sua livre e espontanea vontade suspenda a serie de *actos tendentes á consummação do crime*, ou neutralise os *efeitos dos já praticados*. Esta liberdade e espontaneidade de vontade não se verificam, quando, por exemplo, o agente, já tendo praticado *actos caracteristicos da tentativa*, abandona o projecto ao saber que foi descoberto. Escorel, citando Nypels, *Cod. pen. belge* e *Jurisprudencia brasileira* n. 188, 191. Nos crimes culposos não pôde haver tentativa, desde que para a sua existencia é necessaria a *intenção directa* de commetter o crime. Os crimes de omissão propriamente ditos tambem não admittem tentativa. O art. 13 não faz distincção entre tentativa e crime falho. Vide Van Swinderen, *Esq. du Droit pen.* v. 1, p. 201. Tenha o delinquente praticado alguns *actos de execução*, ou tenha feito tudo que era necessario para conseguir o resultado desejado, e que não conseguiu, a figura é sempre a da tentativa. Escorel *Obr. cit.* notas ao art. 13. Este A. observa que o conceito da tentativa, ao contrario do que pensam

alguns escriptores e de decisões de tribunaes, adapta se aos factos commentados sob o impulso instantaneo da colera, da paixão, aos factos *ex-improvisio*. « Pode se dizer que é difficil, e até impossivel, algumas vezes, fazer a prova de que o agente quiz praticar *certo e determinado crime*, porém não se pode dizer que taes factos excluem absolutamente a tentativa. Si um individuo sob o impulso instantaneo da colera praticou na pessoa de outrem ferimentos e confessar que sua *intenção* era *matar*, deixará de ser considerado como autor de tentativa de homicidio? Certo, que não! » Vide Tuozzi, *Dir. Pen.* p. 175. *Quid inde*, se não houver a confissão? A classificação, deve ser feita no sentido mais favoravel ao réu (*in dubio, pro réou*). Deve se suppor que a *intenção* era *ferir*, e não *matar*, ainda que o instrumento vulnerante fosse apto para produzir a morte. Em geral, porém, assim não se pratica entre nós. Costuma se tomar para criterio da classificação a natureza da arma. Assim, é muito commum classificar-se logo tentativa de morte, quando o agente dispara um revolver contra o paciente, quer tenha, ou não, havido ferimento, porque considera-se o revolver arma mortifera. No caso do disparo, sem ter havido ferimento, ainda mais arbitraria é a classificação, quando a intenção de matar ou ferir não se manifesta. E até pode se dar o caso de não ter havido essa intenção, mas simplesmente a de ameaçar ou amedrontar. Outro caso expressivo, n'um exemplo que Bento de Faria (*Annot. ao Cod. Pen. do Braz.* p. 33), cita: O individuo que, querendo matar (e ahi manifesta-se a *intenção*) dá o primeiro golpe (ou primeiro tiro) e depois parou, podendo ter, se o quizesse, assassinado sua victima, não é culpado por tentativa de morte e sim pelos ferimentos praticados.

— A expressão — *actos exteriores* — não se refere sómente aos factos materiaes. Comprehende tambem as palavras 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 constringer o funcionario publico, as promessas ou offertas verbaes para corrompelo, constituem tentativa de constringimento ou de suborno. Bento de Faria, citando Haus, *Droit pén. belge*, v. 1 p. 336, nota 1.

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

Paragraphe unico. Não é punivel a tentativa no caso de inefficacia absoluta no meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuzer (15).

(15) « A tentativa punivel apresenta-se sempre como principio de execução de um crime determinado. Um principio de execução presuppõe conceitualmente uma acção de tal natureza, que por si só, não apparecendo qual quer factor antagonico, seja capaz de levar á consummação do delicto. Em outros termos: — a tentativa punivel só existe quando a respectiva acção

é apropriada a produzir realmente aquelle crime como cuja tentativa ella deve ser considerada. A razão da impossibilidade de produzir um certo crime pode ser dupla: Ou o meio, com que o agente quiz levar a effeito a sua intenção, não era adaptado ao fim querido, ou o objecto, no qual elle pretendeu realisar o acto criminoso, era tal que tornava impossivel essa realisação.

« Com relação aos meios que podem ser *proprios* ou *improprios*, só se resolve a questão, quando se considere si com o emprego delles, na hypothese occorrente, a intenção criminosa pode, ou não, ser realisada. Se a realisação é possivel, o meio é *proprio*; no caso contrario elle é *improprio*. Tobias Barretto, *Obr. cit.*, ps. 20 e 51.

« O objecto da tentativa tambem pode ser proprio ou improprio.

« A impropriedade do *objecto*, não menos que a dos *meios*, impossibilita o *conatus*. Assim, não ha tentativa de facto, se algum penetra em um celeiro, para furtar milho e feijão, ao passo que o celeiro está vasio. Não ha tentativa de furto se algum subtrahe uma cousa, que não sabe já pertencer-lhe por herança. Não é punivel uma tentativa de *aborto* onde não ha gravidez. Não ha tentativa de homicidio, desfechando-se um tiro para dentro de uma alcova deserta. O crime inexequivel, ou pelo objecto, ou pelos meios, pode justificar medidas policiaes. Mas desde que o legislador exige um principio de execução, elle exprime com esta exigencia a impunidade dos crimes irrealisaveis. Qualquer principio de execução é uma parte della; desde que não é possivel a execução do todo, impossivel tambem é a execução da parte. Um velho criminalista italiano, Albertus Gaudinus — que floresceu no seculo xv — apreciando a posição juridica do criminoso, estabeleceu as quatro seguintes figuras: 1. *qui cogitat et perficit*; 2. *qui cogitat nec agit nec perficit*; 3. *qui cogitat et agit, sed non perficit*; 4. *qui agit et perficit, sed non cogitat*. Isto é um prodigio de simplificação e de clareza, diz Tobias Barretto, *Obr. cit.*, p. 56. A primeira figura é o *crime consummado*; a segunda a *acção interior*, que só pertence ao fóro da consciencia; a terceira é a *tentativa*; a quarta, finalmente, o *crime culposo*, o crime sem dolo.

Tuozzi (*Cor. Dir. Pen.* t. I, p. 167), tambem attribue a Gaudino aquellas figuras. Van Swinderen (*Esq. du Droit pén.* v. I, p. 185), fazendo o historico da figura da tentativa, desconhecida no direito romano, no das XII Taboas e no direito germanico, porque n'aquelle tempo o crime só era considerado sob o ponto de vista do elemento objectivo, diz que a doutrina da tentativa só começou a ser tratada de modo scientifico no ultimo periodo da idade media pelos jurisconsultos italianos, cujo caminho havia sido desbravado pelos glossadores que os precederam. Van Swinderen attribue a Odofredus, um dos glossadores, aquellas distincções, que elle recommendou, e seguidas pelos autores que lhe succederam, entre os quaes se encontra Gaudino. « C'est de cet auteur (Odofredus) que date la considération philosophique de la doctrine de la tentative et les auteurs qui lui succéderent suivirent presque sans exception les distinctions qu'il avait recommandées. Sur le terrain du droit pénal il recommande les distinctions suivantes. 1.° aut aliquis cogitat delinquere et agit et perficit; 2.° aut quis cogitat delinquere nec agit nec perficit; 3.° aut agit et perficit sed non cogitar-

delinquere, quod casu et furore delinquit; 4.º aut nec cogitat, nec agit, nec perficit; 5.º cogitat et agit sed non perficit. Dans le dernier cas il y a selon lui tentative, qui pourtant ne doit pas être punie en cas de désistement volontaire, mais qui doit être punissable, sauf lorsqu'il s'agit d'infractions légères, lorsque la consommation de l'infraction n'a été empêchée que par un cas fortuit. »

O Cod. Pen. usa da expressão — *meios julgados aptos* — que corresponde a de — *meios propios*. Esses meios são elementos da tentativa, quer sejam errados ou irreflectivos, quer sejam mal empregados para a consecução do fim criminoso. O Cod. deve ser entendido de accordo com a theoria da *escola subjectiva*, na controversia que suscita a disposição do artigo 14, para o criterio determinador do erro, da *irreflectão*, ou do *máu emprego*, não pode deixar de ser o *subjectivo*, tendo em consideração a *intentio*.

No paragrapho unico, o criterio é objectivo, não é punivel a tentativa se os meios empregados são *absolutamente inefficazes*, se houver *impossibilidade absoluta* de attingir o delinquente o fim a que se propoz. O adjectivo — *absoluta*, para qualificar a — *inefficacia* dos meios — a *impossibilidade* do objecto, deve ser entendido no sentido de *impedimento invencivel* no primeiro caso, e no segundo no de impossibilidade *completa*.

O paragrapho unico guarda intima relação com o art. 15. As posições estão invertidas : aquelle devia ser o art. 15, e este o paragrapho unico.

— Escorel (*Obr. cit.*) observa que « o agente pode não ter conseguido a execução do seu projecto criminoso por *impossibilidade*. Esta impossibilidade pode ser devida á *falta* do proprio *objecto* do crime, ou á *falta da qualidade* que deve ter esse objecto; ou ser devida á *inefficacia* do meio empregado. Os escriptores, os tribunaes, na maior parte sustentam : não pode haver tentativa *legal* de um crime, quando é *absolutamente* impossivel commetter o crime; não se *tenta* produzir um effeito que deve sempre e necessariamente faltar; um crime impossivel *absolutamente* não admite *começo* de execução, nem, por consequinte, tentativa. A distincção entre impossibilidade *absoluta* e *relativa* é reconhecida pelo nosso Cod. no § unico do art. 14. O Cod., porem, faz essa distincção, não para dizer, que — não pode haver tentativa no caso de impossibilidade *absoluta*, mas para dizer simplesmente que a *tentativa* nesse caso não é *punivel*, o que é differente. E' assim que dispõe o cit. § : « Não é *punivel* a tentativa no caso de inefficacia *absoluta* do meio empregado, ou de impossibilidade *absoluta* do fim a que o delinquente se propuser ». E conclue em relação ao *objecto* do crime : « E' *absoluta* a impossibilidade que provem do *objecto* do crime, na opinião de todos os tratadistas, quando o *objecto* não existe, ou quando, embora não existindo o *objecto*, lhe falta um requisito, uma qualidade que é essencial para a existencia do crime. E' *relativa* a impossibilidade quando o *objecto* do crime existe realmente, e tem todas as qualidades sufficientes para a execução do crime, porem, não está no logar onde o agente julgava encontrar-o no momento da execução. » Citando varios exemplos, conclue : « Estes principios, que adoptamos, estão proclamados pela Corte de Cassação de França e pelo Tribunal Supremo de Hespanha. » Com relação a *inefficacia* dos meios empregados para a realisação do crime :
E' *absoluta* a impossibilidade que resulta da *inefficacia* dos meios em-

pregados, quando esses meios são radicalmente impotentes para produzir o effeito desejado. A impossibilidade é *relativa, accidental ou eventual*, quando os meios sendo aptos em si para a consecução do fim criminoso, se tornaram *inaptos*, impotentes para produzir o resultado esperado, em virtude de *erro, máo emprego, ou de circumstancias fortuitas*. Em face das observações supra do illustre commentador, convem attender-se ao seguinte: A primeira parte do art. 14 é um complemento do art. 13, podendo ser até considerado § unico desse art., passando o § unico do art. 14 a constituir um art. Na primeira parte do art. 14 o Codigo declara que (alem de outras *circumstancias* independentes da vontade do criminoso, subentende-se) *tambem* considera-se circumstancias (factos) independentes da vontade do criminoso o emprego *errado* ou *irreflectido*, ou o *máo emprego* (ainda que não haja *erro* ou *irreflexão*) de meios julgados *aptos* (*idoneos, propios, apropriados*) para a consecução do fim criminoso (para a realização da *meta-optata* no percurso do *iter criminis*). Ora sendo assim, estes *meios aptos* são elementos da tentativa, quando o *dolo determinado* ou *especifico* for manifestado pela *intentio*. No paragrapho unico do art. 14 o dispositivo reconhece a existencia da tentativa e por conseguinte a dos seus elementos materiaes, *meios aptos* (emprego errado, irreflectivo ou máo emprego) mas declara que essa tentativa *não será punivel*, se houver *inefficacia absoluta do meio* ou *impossibilidade absoluta* de attingir o *fim*.

Quer isto dizer que na hypothese do art. 14, primeira parte, a tentativa devia ser punivel. Na hypothese do paragrapho unico, a tentativa não é punivel. E para corroborar esta interpretação vem logo em seguida o art. 15, remissivo ao § unico anterior, começando pela locução adverbial — *Ainda que* a tentativa não seja punivel, etc. Em conclusão: O art. 14 primeira parte devia constituir paragrapho do art. 13; o paragrapho unico do art. 14 devia constituir o art., passando o art. 15 a paragrapho do anterior. Escorelha figura o exemplo: O agente pretende, com um tiro, matar alguém, empregando uma espingarda descarregada. E' preciso distinguir-se a arma estava descarregada pelo agente ou por outrem. Se descarregada pelo agente — é preciso ainda examinar a *voluntas sceleris* da qual decorrerá o *dolo especifico*. Se o agente descarregou a arma com a intenção de ameaçar, constrangar ou intimidar, convem ainda saber qual o intuito, o fim, para determinar-se o *dolo especifico*: ha tentativa, não de homicidio, mas de qualquer outro crime do qual dependa a ameaça, o constrangimento, a intimidação. Entretanto, é possível a hypothese de tentativa de homicidio, e até mesmo de homicidio, tendo o agente detonado a arma, ou mesmo simplesmente *feio* pontaria sem a detonar, tendo-a previamente carregado só com *polvora secca*, ou mesmo tendo-a descarregado. Esta hypothese é quando o agente sabe que, pelas condições personalissimas do offendido, pelo seu estado morbido, ou de impressionabilidade, ou possuido de alguma lesão organica, pode ocasionar a morte do offendido o susto, que desperta a ameaça, a detonação, a pontaria. N'este caso não ha imprudencia, não ha culpa, verifica-se o *dolo determinado* de ocasionar a morte por aquelle meio, que aliás pareceria inidoneo, inapto, se a *intentio* não viesse, como elemento necessario, integrar a figura da tentativa, ou a do crime consummado.

Se quem descarregou a arma foi uma terceira pessoa, é preciso distinguir

se o agente tinha, ou não, conhecimento do acto dessa terceira pessoa. Se tinha conhecimento e verificado que não havia a *intentio necandi*, não ha tentativa. Se a *intentio* era dolosa ha tentativa nas condições acima referidas. Se o agente não tinha conhecimento de que a arma estava descarregada por terceiro, ha tentativa. Entendemos que na tentativa o elemento essencia é o *animus delinquendi*, dependendo a classificação especifica do *dolo especifico*. E assim bem resolveu Nypels, de accordo com a jurisprudencia franceza, pela affirmativa, o caso figurado e citado por Escorel: E' passivel de pena o individuo que querendo furtar a carteira, o relógio, de qualquer transeunte explora os bolsos de uma ou muitas pessoas em uma multidão, ainda que se verifique, no momento de ser prezo aquelle individuo, que todos os bolsos estavam vazios? Sem duvida commetteu elle muitas tentativas de furto, em cada pessoa que explorava, porque a *intentio* era manifesta, o *dolo especifico* estava patente nos actos de execução. João Vieira, *Obr. cit.*, v. I, p. 102, analyse do art. 14 e paragrapho unico; Sentença do dr. José Joaquim Gomes, juiz substituto, e decisão em grão de recurso do juiz de direito de Oliveira (Minas), dr. João Pereira da Silva Continentino, e artigo deste magistrado sob a epigraphie — *Rapido estudo theorico pratico legal da vã tentativa e do delicto falho* na *Rev. de Jurispr.* de Junho de 1899, p. 174. Inadmissibilidade de tentativa por offensas physicas : controversia. Alguns AA. admittem-n'a, outros não. *Vide Rev. de Jurispr.* de Junho de 1898, p. 206; sentença do dr. Octaviano Vieira, juiz de Jundiahy (S. Paulo), e *Observações* da Redacção da *Revista*, opinando pela admissibilidade.

Art. 15. Ainda que a tentativa não seja punivel, sel-o-hão os factos, que entrarem em sua constituição, tendo sido classificados crimes especiaes (16).

(16) *Vide* nota anterior. João Vieira, *Obr. cit.*, p. 109. No art. 10 (*vide* nota respectiva) o Cod. declara que a resolução de commetter crime, manifesta por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é punivel, salvo se constituir crime especificado na lei. Confrontando-se este art. com o art. 15, vê-se que não ha propriamente, como affirma João Vieira, uma repetição de formula, mas, sim, referencia que importa em distincção de actos *preparatorios*, e actos de *começo de execução*. O art. 10 refere-se a resolução criminosa manifestada por actos exteriores que não constituem começo de execução. Os factos, a que se refere o art. 15, que entram na constituição da tentativa, são actos de execução.

Quer se trate da resolução criminosa do art. 10. quer da tentativa do art. 15, ambas impuniveis, todavia os *actos exteriores* da primeira, e os *factos que entram na constituição* da segunda, são sujeitos a punição quando constituirem por si sós crimes especificados.

A theoria dos actos preparatorios tem sido vigorosamente combatida por alguns criminalistas, destacando-se, dentre os nossos, Tobias Barretto : « Questão ociosissima, diz este J. C. sobre a qual os criminalistas se estendem tão larga, quão inutilmente, com o fim de passar um traço vermelho, uma linha de separação bem visivel entre esses actos e o principio de exe-

«*cução* propriamente dito. Com effeito : o que são actos preparatorios, quando existe uma tentativa; se houve ou não principio de execução — é coisa que só pode ser resolvida no terreno dos factos; em theoria nada se adianta. Para prova-o basta vêr a resposta que a sciencia do direito costuma dar ao jurista pratico quando este lhe pergunta : quaes são os principios, segundo os quaes devem separar-se uns dos outros os *actos da tentativa* e os *actos preparatorios*. E' assim que, entre outros, diz Berner : — « Actos que constituem o fundo do crime mesmo, são *actos de execução*. Aquelles, porem, pelos quaes se procuram, ou predispoem-se os meios para commetter o crime, são *actos preparatorios*. »

Depois de citar a critica de Richard, John e Zachariæ aquella theoria, e discordando de todos, conclue Tobias Barretto : « De tudo isto resulta que não é facil á doutrina determinar em termos claros e precisos o que seja esse principio de execução, de que fallam todos os codigos. E' um ponto que só a pratica — somente ella — pode elucidar nos casos concretos. Segundo o modo commum de dizer, não é uma questão de direito, mas uma questão de facto, que só aos respectivos juizes incumbe decidir. Entretanto, por mais indeterminada que seja a idéa de um principio de execução deste ou d'aquelle crime, ella accentua se com muito maior clareza do que a frivola *unicocidade*, que Carrara creou para substituil-a. Nem pode haver duvida sobre isto. Quem não sabe se este ou aquelle acto encerra o *principio de execução* de um certo crime, muito menos está no caso de saber se entre esse acto e o mesmo crime existe *unicocidade*. A substituição de actos *equivocos* e *unicocos* por *actos preparatorios* e *principio de execução*, se reduz em última analyse a uma feia e ridicula tautologia. Tão ridicula, talvez, como a de quem manda riscar — *beijo* — e escrever — *osculo*; porquanto aqui é o pedante da moral, que quer fallar em termos mais *decentes*; alli, é o pedante da sciencia que quer fallar em termos mais *elevados*.

E se não; seja me licito perguntar : — o que é, em que consiste essa *unicocidade*? Quando se pode dizer que um acto é *unicoco* em relação a certo resultado criminoso? A resposta não é duvidosa : — somente quando esse acto encerra um *principio de execução* do crime projectado. Mas onde está então a novidade de Carrara? Unicamente nas palavras, com a differença, porem, de serem ainda mais obscuras do que as velhas substituidas. » Tobias Barretto *Obr. cit.* ps. 45 e 46. Vide ainda do mesmo A. *Estudos de Direito*, p. 20 a 202.

Van Swinderen (*Esq. du Droit pén.* v. I, p. 206) apresenta uma doutrina da tentativa que, diz elle, se approxima da do professor R. E. John, mas differe essencialmente da de todos os outros autores. Afasta-se das legislações penaes actuaes do continente europeu e consagra os principios do direito penal inglez e norte americano. E' sobre tudo sob o ponto de vista pratico que deve se considerar a tentativa. Conclue que uma definição ou uma circumscripção da tentativa não tem logar no Codigo penal. E' ao processo penal que pertence a decisão da materia. Cabe ao juiz decidir, a vista da prova, si se trata de uma tentativa ou de um delicto consummado. « Les distinctions, diz o A., entre des actes préparatoires et des actes d'exécution, entre des actes préparatoires et le commencement d'exécution, entre la tentative inachevée et achevée, entre la tentative et le délit manqué, sont toutes

regrettables, parce que, sur le terrain de la pratique judiciaire, la seule question à résoudre est celle-ci : quelle est la conséquence à tirer de ce qui s'est réalisé, est-ce que ce qui a eu lieu dénote la volonté de l'auteur de commettre une infraction déterminée? En considérant la tentative sur ce point de vue, seul juste et seul pratique, on ne risque pas que des actes qui méritent d'être punis et qu'il est impossible de prévoir ou de circonscrire d'avance, restent impunis; c'est alors qu'on évite toutes les questions si difficiles et si variées se rattachant au commencement de l'exécution, toutes les difficultés pour définir le moment à partir duquel une peine est justifiée; c'est alors qu'on écarte tout raisonnement épineux. »

Variam os escriptores no modo de considerar a questão. Todos, porem, são accordes em distinguir as diversas phases do *iter criminis* desde a resolução criminosa até a consummação do delicto e estas phases manifestando-se por actos, a distincção se faz necessaria em consequencia da *penalidade* que tem de ser applicada e deve ser *proporcional* a infracção, *justa* para estar de accordo com a justiça e a moral, *necessaria, util, effcaz, exemplar* e *legal*. A resolução criminosa, *voluntas sceleris*, em quanto não se manifesta de qualquer forma, pertence ao fóro da consciencia, só á Deus pertence tomar contas, como dizem Chauveau e Helie, escapa á jurisdicção humana. Mas desde que ella se manifesta por actos, é forçoso distinguir-se a natureza destes actos para que se possa avaliar a responsabilidade criminosa. Da natureza destes actos resulta a sua classificação em preparatorio, de começo de execução ou de execução.

Art. 16. Não será punida a tentativa de contravenção e nem a de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão celllular (17).

(17) O Codigo criminal de 1830 no art. 2, § 2, isentava da punição a tentativa do crime ao qual não estivesse imposta pena maior que a de dous mezes de prisão simples. O mesmo principio consagram os Cods. francez, allemão, austriaco e de outras nações.

O art. 16 do nosso Cod. refere se na primeira parte á tentativa da contravenção, e na segunda á dos crimes a que não esteja imposta maior pena que a de prisão celllular por um mez.

A impunibilidade refere se tanto a uma, como ao outro, tomando por base a penalidade, o tempo da prisão celllular, isto é, um mez.

A razão da disposição é a de que trata Braz Florentino, apoiando-se em Rossi e Carnot, commentadores do Cod. penal francez, citados em João Vieira, *Obr. cit.* v. II, p. 318 : O interesse que tem a sociedade na punição dos pequenos delictos, é já tão fraco, que nelle se torna quasi nullo, sinão se trata mais que de simples tentativas. Si por um lado não se pode deixar impune o mal positivo produzido pelo delicto consummado, por outro, não ha conveniencia em multiplicar esses pequenos processos, quando o mal positivo não teve logar, e quando tudó se limita a um perigo e a um alarma senão imaginarios, ao menos mui ligeiros. A exiguidade do perigo social e a inconveniencia dos pequenos processos são, portanto, os motivos justifica-

tivos da disposição do legislador nesta parte. *In levibus delictis, dicitur Farnacio, non punitur effectus seu conatus effectu non secuto.*

João Vieira entende que esses conceitos não se coadunam com a concepção racional do crime e do criminoso e afasta-se dos commentadores patrios: Araipe, Paula Pessoa e Braz; mas, de *jure constituto*, estes commentadores limitaram-se a apreciar a disposição do Código, demonstrando o intuito do legislador, a razão da disposição.

Concorda Beñto de Faria, citando Puglia (*Da tent. trad.*, p. 93). Prins, *Science pénale et droit posit.*, p. 145) : Pour les délits légers et les contraventions, il a estimé que la société n'avait pas intérêt à atteindre le commencement d'exécution et ne devait intervenir que quand l'infraction était consommée.

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

Art. 18. São autores (18)

(18) João Vieira, *Cod. Pen.* cit. v. 1, p. 117 a 156, commentarios aos arts. 17, 18, 19, 20 e 21 e seus §§, sob a rubrica *Codelinquentes, autores, cúmplices, receptadores*. Na *Revista de Jurisprudencia* de Outubro de 1898, n. XII : Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal de 11 de Junho de 1898, que negou provimento ao recurso dos implicados no attentado contra o Presidente da Republica de 5 de Novembro 1897 : « Pelo Cod. pen. existem dois generos de delinquentes : os autores que são os agentes *principaes* do delicto e os cúmplices que são os agentes *accessorios*. Quatro são as especies de autores : *Autor psychico* ou *intellectual*, que é a causa moral primaria do delicto, aquelle que ideando ou adoptando o designio criminoso de outrem *resolveo* a sua realisação e *determinou* (directa ou indirectamente) a executal-o, por um dos seguintes meios *taxativos* — *mandato simples, emprego de dadias, de promessas, de ameaça venciavel, e constrangimento venciavel* (art. 18, § 2, combinado com os arts. 39, § 2 e 42 § 2 do Cod. Pen.) *abuso ou influencia e superioridade hierárchica* fora do caso do art. 28 do Cod. (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 resolveo e executou o crime* (art. 18, § 4); *autor ao mesmo tempo auxiliar necessario*, aquelle que prestou auxilio *sem o qual o crime não seria commettido* (art. 18. § 3).

O art. 17 distingue a autoria e a cumplicidade. Na cumplicidade ha sempre co-delinquencia, porque não ha cúmplices sem autores. Na autoria pode, ou não, haver co-delinquencia, conforme se trate da autoria singular ou collectiva. A autoria é *singular* quando um só individus executa ou tenta o crime, desde a phase inicial, sem que pessoa alguma tenha-lhe prestado auxilio de qualquer especie. Elle é o unico responsavel pela infracção.

E' *collectiva* quando o crime resulta da actividade de varios delinquentes. Na autoria collectiva ha co-delinquencia e co-autoria. Bento de Faria,

citando von Litz, (*Pr. de dir. pen. allem.* v. 1 p. 355) Estevão Lobo (*Autoria collectiva, cumplicidade*) João Vieira (*Code pen.* v. 1 p. 118), conclue que na autoria collectiva os agentes são *socii in crimine*: co-autores ou co-réus, e acrescenta, citando von Liszt, que a co-autoria não é uma forma de participação accessoria em acção da outrem, mas auto-produccção ou não-impedimento do resultado. Por isso, a punição de cada co-autor é independente da do seu co-réu, um co-autor pode ser punido como assassino e o outro como homicida, um como roubador e o outro como culpado de furto. E' preciso, porem, distinguir, na autoria collectiva, a co-autoria proveniente de *societas criminis*, a que resulta do *pactum sceleris*, e a que se encontra na *multidão criminosa* (*folla delinquente, foule eriminelle*). Na *societas criminis* (associação de malfeitores, mafia, camorra, etc.), os agentes praticam os crimes indeterminados que fazem objecto da associação. No *pactum sceleris* ha um crime determinado. Na *societas criminis* são co-autores todos os agentes do crime que fazem parte da associação, pela só qualidade de socios. No *pactum sceleris* são co-autores os que tomaram parte quer sejam autores intellectuaes, quer materiaes. Na *multidão criminosa* a responsabilidade é anonyma, pode haver co-autoria, se, como cabeças, mais de um individuo tomar a responsabilidade da direcção da multidão para pratica de crime determinado. Na multidão criminosa, em regra, a autoria é individual, cada um responde pelos crimes que praticar. Nas arruaças de Novembro de 1904, na Capital Federal, os desordeiros quebradores de lampões da iluminação publica,* não eram co-autores do desordeiro instigador das tropelias. Cada um respondia individualmente pelos actos de vandalismo que praticava.

Sob o ponto de vista do *concursum delinquentium*, o genero é a *participação criminosa*: a co-autoria e *acumplicidade* são especies, que se caracterizam conforme o concurso que os agentes prestão á pratica da infracção. Os escriptores distinguem por isso a participação em *principal* e *accessoria*, incluindo na primeira os co-autores, ou co-réus e na segunda os cúmplices. Tuozzi observa que os elementos juridicos da participação são tres : 1° A *voluntas sceleris* dos participantes, isto é, que estes concorram para o crime sciente e voluntariamente; 2° A *cooperação* de cada um dos participantes no acto ou facto que combinaram. 3° E' necessario que este acto ou facto seja qualificado crime pela lei. Estabelecidos estes principios da participação *in genere*, a difficuldade consiste em distinguir-se o caracter differencial que ha entre os co-autores ou co-réus e os cúmplices. Em face de Cod. arts. 17 a 23 essa difficuldade é resolvida pelos dispositivos respectivos.

§ 1. Os que directamente resolverem e executarem o crime (19).

(19) N'este § a resolução e a execução do crime dão á autoria um caracter unipessoal. O autor é ao mesmo tempo physico e psychico. A autoria é singular.

§ 2. Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executal-o por meio de dadas, pro-

messas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica (20).

(20) Aqui a autoria é psychica ou intellectual somente porque o concurso do autor limitou-se a resolução criminosa posta em acção por intermedio de outra pessoa, que passa a ser o autor physico. A responsabilidade do co-autor psychico é manifesta porque alem do elemento subjectivo, *voluntas sceleris*, apparece o elemento objectivo decorrente da *provocação* ou *determinação* pelos meios de acção referidos no paragrapho. Delle depende a execução do crime. Mas, se, resolvendo o crime, elle deixa de provocar, ou determinar que outrem execute-o, cessa a responsabilidade, porque, em taes condições, a simples *resolução criminosa* não é punivel. Assim a *provocação* e *determinação*, por qualquer d'aquelles meios, é a característica da *autoria intellectual* e constituem principio de execução do crime. Dessa doutrina resulta que incorre em tentativa o autor intellectual que não vir realisado o seu proposito, porque o mandatario excusou-se, ou apenas limitou se á tentativa. No primeiro caso o mandatario está isempto da responsabilidade, ainda que tivesse a *voluntas sceleris* com a acceitação do mandato, que deixou de executar por ter-se arrependido, em virtude da disposição do art. 10, mas o mandante, autor intellectual responde como tentador, porque o crime deixou de realisar-se em consequencia de um facto independente de sua vontade. Elle não tinha se limitado a actos preparatorios, havia começado a execução obtendo o agente, encarregado de realisa-la. A desistencia do co-réu impossibilitou-lhe a realisação do proposito.

No segundo caso, quando o mandatario não consummou, mas apenas tentou o crime, respondem ambos — mandatario, *co-autor*, mandante, *autor intellectual*, pela tentativa.

As expressões — *provocarem e determinarem* outros a executal-o, etc., devem ser entendidas na accepção lexicologica: de — *provocação* como meio de *excitar, incitar*, e neste caso refere-se tambem a *dadivas e promessas*; de *determinação*, no sentido de acção de *ordenar, mandar, impôr* e assim referindo-se tambem a *mandato, ameaças, constrangimento, abuso* ou *influencia de superioridade hierarchica*.

Vide no *Direito* de Agosto de 1895, ps. 551 e segs., no Acc. do Trib. da Rel. da Bahia, de 21 de Dezembro de 1894, o voto fundamentado do sr. De- zemb. Lopes de Castro que desenvolve a materia da *autoria intellectual*. No texto do § 2.º o emprego da conjuncção — *e* — em vez de — *ou* — na phrase — *provocarem E determinarem* — dá logar a questão de saber-se si entram como elementos concomitantes ou distinctos á *provocação* e *determinação* para a integração da figura da autoria intellectual. Entendemos que a função grammatical da conjuncção — *e* — corresponde á da conjuncção — *ou*. Ella é disjuntiva e não copulativa. E para que assim se deva entender basta considerar-se o significado lexicologico dos vocabulos *provocação* e *determinação*. No sentido em que são empregados no paragrapho traduzem actos diferentes. Na *provocação* ha *instigação*, na *determinação* ha *ordem imperativa* (ameaças, constrangimento, abuso, influencia), ou ha *ordem*, que não sendo imperativa, é aceita e pode-se resolver em con-

luio (mandato), conforme já demonstramos. Essa distincção tem utilidade pratica, porque dahi pode-se inferir o gráo de responsabilidade de cada um dos co-autores.

Bento de Faria, citando Zanardelli (*Rel. Minist.*, 56) entende que « todas as formas de instigação, consignadas no texto supra, indicam um unico conceito, tenha o instigador agido ou não em seu interesse exclusivo. Não são mais do que modalidades das formas geraes do mandato, excepção feita dos artificios culposos. » E, citando Tobias Barretto (*Est. de Dir.*, p. 223), acrescenta : « O mandato dá-se quando alguém encarrega a outrem de commetter um crime em seu interesse e por sua conta exclusiva ». Escorel tambem entende que no *abuso* e na influencia hierarchica, a que se refere o texto (§ 2.º) ha provocação pela *ordem*, uma das formas tambem do mandato. « Considerado assim, em sentido generico, o mandato pode abranger todos os meios de que trata o § 2.º, segundo a interpretação d'aquelles commentadores. Mas da leitura attenta do texto verifica-se que o Codigo taxativamente (e não exemplificativamente) descremina os meios que o autor intellectual emprega para *provocar* ou *determinar* outros a executar o crime. Entre estes meios está o *mandato*, que Escorel considere o « *mandato simples*, isto é, não acompanhado de dadas, promessas, ameaças, etc. Entendemos que no § 2.º ha duas acções do agente que resolveo a execução do crime : — a *provocação* e a *determinação*. A *provocação* tem pode ter lugar meio de dadas, e promessas. Na *determinação* ha uma acção imperativa, uma ordem, por meio de mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica. No *mandato* pode haver, ou não, *ordem* imperativa. Ainda que nelle se presuma *proposta* e *aceitação*, como diz Bento de Faria, citando Tobias, Barretto (*Est. de Dir.* p. 223), não resta duvida que no texto do § 2.º elle está subordinado á *determinação*. Concordamos com Escorel na interpretação que dá aos termos *ameaças* e *constrangimento*. A *ameaça* é empregada no sentido de coacção moral; o *constrangimento* no de coacção physica, violencia physica. O que está de accordo com os arts. 27 § 5.º e 42 § 7.º.

No *conselho* não ha mandato; nem constitue *meio* de *provocação* e *determinação*, de que trata o § 2.º. As exhortações e instigações dirigidas ao publico por meio de discursos, boletins, pamphletos, vendidos ou distribuidos não constituem *autoria*, em face do nosso Codigo. Entretanto, poder-se-ia considerar acto de cumplicidade, ex-vi do art. 21 § 1.º, verificando-se que contem instrucções para a pratica do crime.

§ 3. Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido (21).

(21) Este paragrapho precisa ser analysado em confronto com o § 1, do art. 21, que trata do *auxilio* como forma de cumplicidade. Evidentemente este § 3, constitue uma das formas da coautoria. O prestador do auxilio não é o autor physico e intellectual do § 1, simplesmente intellectual do § 2, simplesmente physico do § 4, é um autor physico necessario, a sua responsabilidade é tão intensa como a de qualquer dos outros, porque delle depende a realisacção do crime. E' material o auxilio que elle presta e sem este auxi-

Se o crime não seria commettido. Assim, por exemplo, no homicídio que dependesse de arma adequada, o fornecedor desta seria o prestador do auxilio; assim tambem no fabrico de moeda falsa o fornecedor do machinismo, do papel, da tinta, emfim dos meios necessarios. A característica, porem, desta forma de autoria é que da prestação do auxilio dependa a execução do crime. O *auxilio da cumplicidade* (art. 21, § 1) distingue-se do da autoria nestes dois pontos capitaes : 1.º o cumplice não resolveu, nem provocou de qualquer modo o crime; 2.º o auxilio prestado *podia ser dispensado, não era necessario*, isto é, o crime podia se realizar, independentemente d'elle.

Bento de Faria, citando Pincherli (*Cod. pen. ital. ann.* p. 113), Constantino Castori, Cogliolo (*Compl. Trat. de Dir. pen.* v. 1, p. III, p. 599) e Pacheco (*Cod. pen. hesp.* v. 1, p. 262) distingue a cumplicidade necessaria da cumplicidade não necessaria. Considera o § 3.º um caso de cumplicidade necessaria. O Cod. não fez essa distincção, tanto que no art. 18 diz *são autores* : § 3.º os que antes e durante a execução, etc. Estes agentes não são cumplices equiparados aos autores. E para bem os distinguir o Cod. declarou que o auxilio por estes autores prestado seria de tal natureza, que sem elle o crime não seria commettido. O auxilio prestado pelo cumplice não está sujeito a esta condição (art. 21 § 1.º). Escorel observa que a conjuncção — e — na expressão — *antes e durante a execução* — está com o effeito da disjunctiva — ou — o que se encontra em muitos outros artigos, como por ex. : arts. 21 § 1.º, 87 ns. 2, 3 e 4, 96, 111, 115 § 4, 126, 134, 136 n. 6, 137 § 1, 149, 161, 171, 176, 207 ns. 3 e 16, 209 n. 4, 245, 252, 265, 278, 326, 361, 366 e 367. A conjuncção — e — nem sempre se emprega *copulativamente*, muitas vezes é só designativa de *ordem*. Por exemplo : os herdeiros necessarios são, os ascendentes e descendentes e com isso não quero dizer que estes succedem juntamente com aquelles. Corrêa Telles, *Theoria da interpretação das leis*.

§ 4. Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido (22).

(22) São estes os autores *physicos*, instrumentos da autoria intellectual, simples executores sujeitos á *provocação* ou á *determinação*, a que se refere o § 2. Ha nesta especie do co-autoria, todos os elementos constitutivos da responsabilidade criminal, pois na execução directa do crime, embora tenha sido este provocado e determinado pelo autor intellectual, o executor manifesta o *animus delinquendi*, salvo o caso dos que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual (Art. 27, § 5, *vide nota a este §*).

Mas si os autores *physicos* mencionados no § 4, são os co-autores dos autores intellectuaes descriptos no § 2, elles passam a ser exclusivamente autores, quando, executando o crime por outrem *resolvido*, este deixa de *provocar* ou *determinar* a execução, perdendo assim o caracter de autor intellectual. N'este caso, só ha uma autoria, a de quem executa o crime, embora o plano ou a resolução pertençam a outra pessoa. E' o caso do art. 20, quando o mandante retira a tempo a cooperação no crime, cessando assim

a sua responsabilidade. O autor physico, neste caso, manifesta a *voluntas sceleris* e o crime por elle praticado contem os dois elementos constitutivos.

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

§ 1. Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2. Por qualquer outro crime que daquelle resultar (23).

(23) Este artigo refere-se ao autor intellectual, o que, tendo resolvido a execução do crime provoca ou manda (*determina*, conforme diz o § 2, do art. 18) alguém commetter crime. Nos casos figurados nos §§ 1 e 2 do art. 19, ha accumulção de crimes pelos quaes responde o autor intellectual, applicada a regra do art. 66 § 3.

O pensamento generico do art. 19, foi responsabilisar o mandante pelos actos do mandatario na execução do mandato. Disposição moralisadora e sem duvida preventiva, pois a responsabilidade do autor intellectual é maior, quer sob o ponto de vista moral, quer sob o criminologico, do que a do mandatario, instrumento, executor do crime. Em regra, o autor intellectual se acha em situação superior ao outro, e porque dispõe de mais recursos, por isso mesmo é mais *temível*. Tornando-o responsavel não só pela autoria intellectual, como pelos crimes que o executor commetter na execução do que foi encarregado, sem duvida os criminosos d'aquella especie encontram na lei uma ameaça, que, necessariamente, fal-os-á recuar ante as consequencias da execução do crime resolvido.

Nos §§ 1 e 2, encontram-se duas hypotheses distinctas : O executor para realizar o crime, tem necessidade de commetter outro : v. g. elle foi encarregado de um rapto, mas para realisar-o foi necessario matar a pessoa que o impedia. O mandante responde pelo rapto e pelo assassinato; no entretanto, elle apenas tinha *determinado* o rapto.

Se o mandante ordenou somente uma offensa physica leve, mas da offensa resultou ferimentos graves ou a morte do offendido, verifica-se a hypothese do § 2 : o mandante responde pelo outro crime que do primeiro resultou. Esta segunda hypothese é commum no excesso de mandato, nas condições personalissimas do offendido, na resistencia á aggressão quando a victima defende-se.

Bento de Faria, citando Haus (*Droit pén. belge* v. 1, p. 521), Rivarola (*Cod. pén. argent.* v. 1, p. 142) e Von Listz (*Dir. pén. allemã* v. 1, p. 369), observa que quando o mandatario age de accordo com as instrucções recebidas e executa a ordem como foi transmittida pelo mandante, não surge difficuldade alguma para a apreciação da responsabilidade criminal de ambos. Todavia pode o agente exceder os limites do mandato, ou na escolha dos meios, ou no modo de execução. Assim, como diz Haus, quando o mandato é indeterminado cumpre examinar, conforme as circumstancias, se o mandatario podia rasoavelmente acreditar que agia conforme a intenção do mandante. Se era duvidosa, o provocador, que deveria ser explicito, é

responsavel pelo acto. Porem se para facilitar a execucao do crime, ou para assegurar a sua impunidade, o mandatario, alem do roubo, praticou um homicidio, se o individuo encarregado de subtrahir os objectos expostos em alguma loja, armazem ou outro qualquer logar franqueado ao publico, executar o furto com circunstancias aggravantes, seria injusto tornar o mandante responsavel pelos meios empregados pelo mandatorio, contrariamente ás intenções bem evidentes d'aquelle. » (Rivarola, *Obr. cit.*). Entende Von Listz que o instigador e o instigado respondem somente pela acção *dolosamente* suscitada. Se a acção do instigado e o dolo do instigador não se correspondem em ponto algum essencial, não se dá instigação em relação a esse ponto. « Estas observações podem ser procedentes na doutrina. O nosso Cod., porem, não faz estas restricções. As expressões — *por qualquer outro crime* — empregadas nos §§ 1.º e 2.º, significam que o Cod. não considera o excesso de mandato, isenção da responsabilidade do instigador na parte relativa ao excesso. A lição dos A. A. citados não se applica ao art. 19 do Cod.

Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperacao no crime (24).

(24) A cooperacao do mandante manifesta-se desde o momento em que elle provocou e determinou a execucao do crime. E por isso sustentamos a doutrina em nota anterior (*Vide nota 20*) que o autor intellectual responde como tentador, ainda que o executor não tivesse dado começo á execucao do crime. Resta-nos, portanto, distinguir, em face do art. 20, se quando o executor receber á tempo determinacao para não executar o crime, esta determinacao deve partir do autor intellectual, ser livre e espontanea. A condicao do *tempo* carece ser ventilada, porque della tambem depende a responsabilidade do mandante. O Codigo, não marcando o espaço de tempo, deixou ao arbitrio do julgador resolver-a. Effectivamente, para *retirar a tempo* a sua cooperacao no crime, é necessario que o mandante providencie de modo que o mandatario retroceda, isole-se, e se executar o crime, será por conta propria. O exame das providencias dadas pelo mandante é que pode gerar no animo do julgador a convicção da *retirada a tempo* da cooperacao.

Vide nota ao § 4.º do art. 18. Bento de Faria, citando Haus (*Droit pén. belge*, v. 1, n. 524 e seg.) opina : « Quando, depois de ter começado a execucao do crime o mandatario interrompe espontaneamente a tentativa, e *contra a vontade do mandante*, a sua impunidade aproveitará tambem a este ». E conclue : « Assim, portanto, podemos dizer que as instrucções que não serviram para a acção, podendo constituir infracções *sui generis* não são actos de participacao criminosa. » Assim não pode ser entendida a responsabilidade do mandante em face do art. 20, pois essa responsabilidade cessará, se elle retirar *a tempo* a sua cooperacao (participacao) no crime. A circumstancia da *retirada em tempo* é a dirimente da responsabilidade do mandante. O acto do mandatario desistindo dá tentativa, *contra a vontade do mandante*, não isenta o mandante, porque a tentativa não realisou-se por circumstancia independente da vontade deste. O mandante

foi tentador, embora o mandatario deixasse de sel-o. Na autoria intellectual ha começo de execução, desde que, por actos ou palavras, o mandante impelle o mandatario á pratica do crime.

Art. 21. Serão cúmplices (25).

(25) João Vieira, *Obr. cit.* v. I, p. 117, depois de mostrar que as formas da autoria podem se confundir com as da cumplicidade, conclue que, « em theoria, a distincção entre autores e cúmplices, que os codigos actuaes estabelecem, é puramente nominal, não corresponde á realidade das cousas, nem assenta em criterios positivos, que possam inspirar confiança ao legislador e ao juiz que se compenetrem da importancia de sua missão. » E acrescenta : « O criterio de distincção no caso não pode ser outro senão o caracter de *temibilidade* do delinquente, segundo a diversa natureza anti-juridica e anti social do agente, derivada da violação do direito e dos motivos determinantes. Por isso, diz Fernando Puglia que no mundo dos criminosos se podem distinguir classes e subclasses de delinquentes com relação ás tendencias anti juridicas e moveis delictuosos ; e que o legislador estabelece especies diversas de medidas de repressão e grãos diferentes delles, tendo em consideração a efficacia que a repressão deve ter para agir sobre a actividade psychologica da maior parte dos delinquentes pertencentes a cada uma classe ou subclasse. O mencionado criterio tem necessidade de ser coordenado com a classificação typica de delinquentes, organizada segundo a escola positiva e que constitue uma das bases desta escola, se bem que ainda reine divergencia sobre os membros d'aquella classificação. »

Não ha duvida que o criterio da escola positiva daria em resultado a reforma da theoria da cumplicidade, adoptada pela maioria dos AA. modernos. O cúmplice, auxiliar menos *temibel*, por isso mesmo fica sujeito a menor penalidade. Na verdade, o Cod. não está muito longe d'aquelle criterio. A cumplicidade pode se considerar de facto uma das formas da co-delinquencia, mas na participação criminosa o cúmplice é um agente secundario. A cumplicidade do crime consummado é punida com a pena da tentativa, isto é, reduzida da terça parte (art. 64).

Na cumplicidade o Cod. considera o autor principal e o secundario, sendo este dispensavel para a realisação do crime. A sua introducção voluntaria no delicto, sem duvida accarreta a responsabilidade da participação, sujeita a punibilidade.

No sentido generico o Cod. considera (art. 17) *agentes* do crime os autores e os cúmplices. São autores os taxativamente ennumerados no art. 18. Serão cúmplices os taxativamente ennumerados no art. 21. Convem notar que no art. 17 o Cod. referindo-se aos agentes autores emprega o verbo *ser* no presente indicativo e no art. 21 no futuro, tratando dos cúmplices. Se, no emprego do tempo dos verbos, o legislador não teve intuito de accentuar ainda mais a distincção entre o autor, agente principal, e o cúmplice, agente secundario ou accessorio, que não existe sem aquelle, ou que pode deixar de existir, ainda que aquelle exista, se esse não foi o intuito do legislador, em todo caso não existe cumplicidade quando não ha autoria. No nosso Cod. o cúmplice não é o *instigador* a que se refere Bento de

Faria, citando Von Listz, porque a *instigação*, acto do instigador, e a *provocação*, acto do provocador, que resolve a execução do crime, é *acto de autoria*. A *provocação*, não é acto de *cumplicidade*, a vista do proprio dispositivo do art. 21, § 1 : *os que NÃO TENDO PROVOCADO de qualquer modo*, etc. (entre estes modos está a *instigação*).

A palavra — *assistencia* — melhor define a situação do cúmplice em relação ao autor : *Assistencia*, como synonymo de *ajuda*, *auxilio*, *protecção*, *contribuição*, *subsídio*, *concorrência* (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*) A *assistencia* deve ser, porém, dolosamente prestada. A *assistencia* pode ser *moral* ou *material*, conforme a natureza da prestação. E por isso os AA. distinguem a *cumplicidade moral* e a *material*. Ha um caso de co-autoria que podia se confundir com a *cumplicidade material*, tal o figurado no art. 18 § 3.º. O que distingue o co-autor, prestador do auxilio, antes ou durante a execução, do cúmplice, prestador do auxilio, é a natureza do auxilio, sem o qual o crime não seria commetido. Este auxilio na co-autoria é elemento necessario. Ao passo que no auxilio prestado pelo cúmplice não existe essa necessidade, isto é, o autor podia praticar o crime, independentemente do auxilio do cúmplice.

— Não se pode dar *cumplicidade criminal*, senão quando o concurso, que a constitui, é prestado dolosamente, isto é, com sciencia e consciencia do crime para o qual a *assistencia* é prestada. A *cumplicidade* não pode ser meramente culposa, mas caracterizada por um concurso prestado *scienter e libenter*. Acc. Supr. Trib. Fed. 3 Fev. 1897. Vide art. 23 e nota. Assim tambem opina Tuozzi, *obr. cit.* p. 198.

§ 1. Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução (26).

(26) Já vimos na *autoria intellectual* (nota ao art. 18, § 2), a acção do autor que *provoca e determina*, do co-autor que executa. Em nota ao § 3, seguinte, vimos a *prestação do auxilio* antes e durante a execução do crime, como uma das formas da co-autoria material.

O § 1, do art. 21, contem ambas as formas da *cumplicidade* — a *intellectual* no fornecimento das instrucções ; a *material* na prestação do auxilio á execução. Autores e cúmplices são responsaveis pelo crime, mas a penalidade destes é menor, porque o autor de maior responsabilidade, foi o que *resolveu* ou *provocou* de qualquer modo o crime.

— Nos termos do art. 21. § 1, do Cod. pen., é cúmplice de um crime quem fornece instrucções para commettel-o e presta auxilio á sua execução, não se achando, portanto, comprehendido nesta forma da participação criminosa o simples conselho; Molinier, *Trat. do Dir. Pen.*, v. II, p. 239, cit. por Viveiros de Castro em sentença, na *Rev. de Jurispr.* Fev. 1898, p. 236. Haus, commentando o Cod. penal belga, diz que o Cod. não colloca entre os actos de participação o *simples conselho*, e com razão. Em primeiro lugar, o conselho não suppõe, como o mandato e a ordem, uma *vontade*, *uma* resolução criminosa, cuja execução se solicita ou determina ; é *uma*

aviso, uma opinião, que cada qual deve apreciar por si, que se apropria sem obedecer-l-a. Depois os simples conselhos não são actos de provocação assás poderosos para determinar a vontade d'aquelles a quem são dados. Emfim estes actos, o mais das vezes, só deixam vestígios demasiado fugitivos, e fóra facil confundil-os com palavras imponderadas (*Ob. e vol. cit.*, n. 543). *Dir. Agosto, 1895, p. 568.*

O fornecimento de *instrucções* constitue participação intellectual no crime, não pode ser confundido com o conselho, porque na *instrucção* o cumplice vae alem do conselho, *instrue, ensina, esclarece*, explica como deve ser o crime realizado. A *instrucção* revela maior interesse, o desejo de *auxiliar* o criminoso. Consideramos pois a *instrucção* um *auxilio* intellectual, distincto do *auxilio* a que se refere a segunda parte do paragrapho, auxilio este que consideramos material.

Na cumplicidade figurada no § 1.º ha as duas formas de assistencia — *moral* — no fornecimento de *instrucções*; *material*, na prestação do *auxilio*.

— As *instrucções* do cumplice devem ser dadas *scientemente*, em vista do crime resolvido pelo autor e com o *intento* de *facilitar* a sua execução. Se *não forem seguidas* a culpabilidade do cumplice *desapparece*, porque já não existirá mais laço entre elle e o autor. *Acc. do Cons. do Trib. Civ. Crim. do Distr. Fed. de 11 de Junho de 1898, na Rev. Jurisp. v. 4. p. 231.*

— O juiz competente para processar e julgar o autor do crime o é tambem para processar e julgar os cumplices. *Acc. do Supr. Trib. Fed. de 20 de Janeiro de 1901, na Rev. Jurisp., Abril, 1901, p. 339).*

§ 2. 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 vestígios (27).

(27) A assistencia do cumplice, n'este paragrapho, é *moral* e pode ter lugar antes da execução do crime, ou durante a execução. Distingue-se da cumplicidade definida no § 1.º quanto ao auxilio. No § 1.º ha a *prestação* do *auxilio*, que é uma assistencia material á execução do crime. No § 2.º ha a *promessa* do *auxilio*, assistencia moral, podendo o auxilio deixar de ser prestado. E por isso basta a simples promessa do auxilio, ainda que este não tenha-se realisado, para constituir-se a cumplicidade. E' doutrina firmada no *Acc. do Cons. do Trib. Civ. Crim. do Dist. Fed. de 11 de Junho de 1898, na Rev. Jurisp. v. 4, p. 229* : « As palavras do § 2.º do art. 21 : *prometterem* ao criminoso auxilio para evadir-se, etc., contem tambem um meio formal de co-participação accessoria, que subsiste não obstante o não cumprimento da promessa. »

A *promessa* do *auxilio*, para qualquer dos fins determinados no paragrapho, constitue participação criminosa, porque facilita a execução do crime, encorajando o autor, ou, quiçá, julgando-se este garantido pela impunidade. A forma do auxilio nesta especie da cumplicidade é a *evasão facilitada*, a *ocultação*, ou *destruição* dos instrumentos criminosos, a *destruição* (apagamento) dos vestígios do crime.

Declaro o Cod. que nessa especie de cumplicidade a assistencia deve ser *antes* ou *durante* a execução do crime, excluindo assim a promessa *posterior*. Escorel cita o julgado do Trib. de Just. de S. Paulo, em Acc. de 12 de Maio de 1892, na *Gazeta Jurid.* de S. Paulo, v. 3 p. 301 : Hilario assassinou João e depois convidou Francisco para conduzir o cadaver para a mata. Ahi Hilario e Francisco queimaram o cadaver com o fim de occultar o crime e apagar os seus vestigios. A intervenção de Francisco, *posterior* ao assassinato, sem nenhuma relação, mesmo a mais remota, com o crime praticado, isenta-o da cumplicidade definida no § 2º. do art. 21. Bento de Faria entende que na cumplicidade prevista no texto « cumpre ficar apurada a má fé do agente (cumplice), isto é, o interesse directo de fazer desapparecer os indicios do crime, ou o desejo de favorecer os delinquentes, porquanto, sem intenção criminosa não ha infracção possivel. »

Esta observação procede somente quando a assistencia for dada *antes* ou *durante* a execução do crime. Mas no caso, figurado por Escorel, do auxilio posterior á execução nos crimes contra a pessoa, não ha cumplicidade, ainda que o prestador do auxilio tivesse conhecimento que tratava-se de um crime. O nosso Codigo não previo a hypothese, antes excluio-a quando usou as expressões — *antes e durante a execução* — nos arts. 20 § 3 e 21 § 2. O Cod. pen. argentino no Tit. sexto, epigrapha *Encubridores*, previo a hypothese : Art. 42. Son encubridores los que, sin promessa anterior al delito, cometen después de sua ejecucion alguno de los hechos siguientes : 2.º Procurar hacer desaparecer los rastros del delito, occultando los instrumentos con que se cometi6 ó tratando que desaparezcan las pruebas de él. Depois de enumerar os sete casos da occultação criminosa, no art. 44 isenta da pena os *encubridores* que forem consanguineos em linha ascendente ou descendente, os irmãos, conjuges e os afins em primeiro gráo; os sacerdotes, medicos e advogados, quando o segedo lhes tenha sido confiado em exercicio de suas funções; os creados (domesticos) do autor, os amigos intimos ou os que houvessem recebido grandes beneficios anteriores ao delicto. No titulo quinto o Cod. argentino distingue claramente a figura da *cumplicidade da occultação*, o que não fez o nosso Codigo, que limitou-se a cumplicidade *antes* ou *durante* a execução do crime, excepto tratando-se de *cousas*, como veremos no § seguinte.

§ 3. Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem (28).

(28) A cumplicidade definida neste paragrapho manifesta-se sob tres formas : *recebimento*, *occultação*, ou *compra* de cousas, sabendo o cumplice que estas cousas foram obtidas por meios criminosos, ou devendo saber-o, etc. E' elemento do crime o *conhecimento* do modo como foram as cousas obtidas. Esse *conhecimento* é *real*, quando o cumplice tem a certeza que foram obtidas por meios criminosos, ou é *presumido* quando foram adquiridas por pessoas, cuja qualidade e condição as torne suspeitas. Assim, se

•→ **cumplice tendo certeza de que a coisa foi roubada, a recebe, occulta ou compra, é responsável pelo roubo ainda que o portador que lhe oferece a venda não seja o ladrão. Se, não tendo aquella certeza, entretanto o cumplice recebe, occulta ou compra a coisa, que lhe é oferecida por individuo, que elle conhece como gatuno, a presumpção é que a coisa foi obtida por meio criminoso, e assim elle incorre na responsabilidade do crime.**

A qualidade ou condição da pessoa que oferece a coisa entra como elemento para o *conhecimento presumido* dos diversos modos. Assim, se o individuo é gatuno conhecido, essa *qualidade* gera a presumpção de que a coisa foi obtida por meio criminoso. Se não é conhecido como tal, mas a sua *condição* de indigência, do officio que exerce, não lhe permite possuir ou obter cousas de valor, certamente que o offerimento destas cousas á venda, ou a entrega para ser guardada ou occultada, gera a presumpção de que foram obtidos por meio criminoso. Como cumplice será tido o recebedor, occultador ou comprador, se verifica-se a procedencia criminosa do objecto.

Nas duas formas da cumplicidade, *occultação* e *compra*, existe sempre o *dolo*. Na do *recebimento* manifesta-se somente a culpa, se do acto não resultou proveito ou interesse do recebedor, como no caso de uso ou qualquer utilidade da coisa recebida.

No simples caso da culpa o cumplice terá a seu favor a circumstancia *attenuante* do art. 42, § 1.

Os A. A. empregam o termo *receptação* para exprimir o acto de *receptador*. Nos dictionarios de Frei Domingos Vieira, Moraes e Silva, Constancio, Eduardo de Faria e Lacerda não se encontram os termos *receptação* e *receptar* e somente a palavra *receptador*. Aulete e Candido de Figueiredo recolheram e definiram todos aquelles vocabulos. Aulete diz : *Receptação*, acto de receptor, crime do receptor (do latino : *receptatio*). *Receptador*, o que recolhe, guarda ou esconde objectos furtados, ou de contrabando, sabendo que o são (do latim : *receptatio*). *Receptar*, arrecadar (objectos que outrem furtou), encobrir (furtos). Para exemplo cita o texto do art. 465 do Cod. pen. port., donde extrahio o significado do termo. Candido de Figueiredo diz : *Receptação*, acto ou effeito de receptor (latim : *receptatio*, de *receptare*). *Receptador*, o que recepta (l. *receptator*). *Receptar*, dar receptaculo; receber ou esconder (coisas furtadas por outrem). Frei Domingos Vieira, diz : *Receptador*, pessoa que recolhe, guarda e esconde, em sua casa, furto, roubo, ladrões, desertores, etc. Moraes e Silva : O que recolhe, guarda e esconde em sua casa : *v. g.* furtos, contrabandos, ladrões, desertores, etc. Constancio : O que recolhe, guarda e esconde em sua casa objectos roubados. Eduardo de Faria e Lacerda dão a mesma definição de Constancio. Todos consideram o receptor tendo relações com o delinquente, havendo deste a coisa adquerida por meios criminosos. A *receptação*, acto do receptor, é um vocabulo que traz connexa a idéa do crime. E por isso os lexicologos definindo o vocabulo *receptor*, o que recebe, recebedor, distinguem n'õ do *receptador* pela natureza da acção. *Receptar* e *receber* tem significações differentes, conforme a coisa entregue foi ou não adquirida por meio criminoso, ou conforme a procedencia licita ou illicita da coisa. *Receptação*, e *receptador* são, porem, termos juridicos e devem ser definidos no sentido

restricto, como fez Aulete, accrescentando a phrase : *sabendo que o são*. E por isso diz bem Escorel, citando o dr. José Hygino (*Franz Von List* : § 146, nota) : A receptação suppõe um *vitium rei*, que consiste em ter sido a coisa obtida por uma « acção punivel ». Frei Domingos Vieira e Moraes consideram receptor o que recolhe, ou esconde em sua casa, não só a coisa furtada, como os ladrões, desertores etc. Os outros lexicologos só referem-se aos objectos obtidos por meio criminoso. O conceito da receptação comprehende não só as coisas havidos por meios criminosos, como as pessoas ou delinquentes. E assim tambem entendeu o nosso Codigo nos §§ 3.º e 4.º do art. 21.

Bento de Faria, citando Garraud (*Tr. dr. pen.* v. 2, p. 683), Haus (*Dr. pen. bel.* v. 1, p. 562), Rossi (*Dr. pen.* v. 3, p. 44), Puglia in Cogliolo (*Comp. trat. de dir. pen.* v. 2, part. 2, p. 496), Chauveau et Hélie (*Th. Cod. pen.* v. 1, n. 198), Pacheco (*Cod. pen. hesp.* v. 1, p. 271) e o nosso Thomas Alves (*Ann. ao Cod. Crim.* v. 1, p. 171), distingue a receptação em *pura e simples* quando o receptor ficou completamente alheio a qualquer das phases da acção criminosa; a receptação *promettida* anteriormente ao delicto, assegurando o receptor ao delinquente que receberia, occultaria ou compraria as cousas que este obtivesse por acção criminosa. Conclue que, « só na segunda hypothese, pode dar-se a cumplicidade, visto como sendo esta a cooperação immediata na execução do crime, não pode realizar-se quando o acto já se acha consummado. » E, finalmente, conclue que não é o simples facto de receber, occultar, ou comprar cousas obtidas por meios criminosos o que constitue a cumplicidade, porem, a *habitualidade* de praticar taes actos ». Preferimos a interpretação de João Vieira, que distingue a receptação do § 3 em *real e presumida*. O Codigo não considera a *habitualidade* como elemento dessa especie da cumplicidade, nem distingue a *receptação promettida*. O dolo especifico reside na *consciencia* que tem o receptor de que a cousa foi obtida por meio criminoso. Ha nessa receptação duas figuras : na primeira a *consciencia* manifesta-se na *sciencia*, isto é, no *conhecimento* que o receptor tem da cousa assim obtida; na segunda a *consciencia* manifesta-se pela *presumpção* de *sciencia* em virtude da *qualidade* ou *condição* da pessoa de quem o receptor houve a cousa. O *recebimento*, a *ocultação*, a *compra* são modalidades da receptação. E' claro, portanto, que, demonstrada que não houve essa *consciencia real*, ou *presumida*, cessa a cumplicidade do receptor.

§ 4. 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 (29).

(29) Vide João Vieira, *Ob. cit.* v. I, p. 149, *Receptação e Asylo*. Na *Rev. Jurisprudencia* de Junho de 1898, p. 155, sob a epigraphe *Asylo a malfetores* (Art. 21, § 4 do Cod. Pen.) estudo sobre esta these, que no Estado de S. Paulo foi objecto de larga e luminosa discussão n'um processo celebre em que se virão envolvidos importantes lavradores, accusados de cumplicidade com o bandido *Dioguinho*. Consta este estudo das razões de defesa do

dr. Alfredo Pujol, advogado de um dos reos, acompanhado de pareceres dos Jurisconsultos Ruy Barboza, João Vieira de Araujo, Pedro Lessa, Duarte de Avezedo e João Monteiro.

Destes destacamos pela sua concisão o do dr. João Monteiro : « Exmo. collega e am. dr. Alfredo Pujol. Li attentamente o capitulo II da *Defeza*, e subscrevo por completo seu magnifico trabalho. Nada tenho que lhe oppôr ou additar. Se o autor do nosso Codigo Penal que aliás tanto traduzio o codigo penal italiano, tivesse considerado as judiciosas ponderações de Pessina, Tolomei, Marcora e Faranda, na sessão de 20 de Fevereiro de 1889, da commissão do codigo (*Verbali* pags. 197 e 198) e meditado sobre as lições de Rivarola, *Expos. y Crit. del Cod. pen. de la Rep. Argent.*, n. 255 e 269, e de Garraud, *Droit Pén. Franç.*, n. 200, não teria redigido tão lamentavelmente o art. 21, § 4, cuja unica verdadeira interpretação é a que lhe dá V. Exa., que fará desta resposta o uso que lhe convier. »

O dr. Pujol conclue que « o delicto de asylo a malfeitores, definido no art. 21, quer tenha uma só feição generica (como entendem alguns dos J. C. citados) quer se desmembre em duas modalidades (uma referente ao *asylo*, outra á *prestação da casa para reunião*), reclama as condições seguintes : a) que o *asylado* seja objecto de diligencias e pesquisas policiaes ou judi- ciarías; b) que o *asylador* tenha conhecimento dessas diligencias e pes- quizas e dos crimes attribuidos ao *asylado*; c) que o *prestador da casa para reuniões de malfeitores* os conheça como taes e o fim criminoso para que ahi se reúnem. »

Que o crime definido no § 4 apresenta duas modalidades, não ha duvida, a despeito da opinião em contrario do dr. Ruy Barboza. Basta lér o para- grapho. A modalidade figurada na primeira parte é — dar asylo a assassinos e roubadores conhecendo-os como taes. A segunda é — prestar a casa para reunião de assassinos e roubadores conhecendo-os como taes e sabendo o fim para que se reúnem. Deve-se, porem, entender que o prestador da casa só incorre em cumplicidade se o fim da reunião for criminoso, v. g. no caso de concerto para a pratica de um crime; ou se tiver relação com a ac- tividade delictuosa dos referidos individuos, v. g. — se elles tratam de com- binar meios de evasão ou de furtarem-se á acção da justiça.

Bento de Faria, transcrevendo e subscrevendo as razões do dr. Pujol, acrescenta : « Para que se verifique a cumplicidade assignalada no § 4.º, um dos requisitos é a *habitualidade* de asylar delinquentes ». O Cod. não exige esse requisito. Assim tambem opina o dr. Ruy Barboza, no seu pa- recer, que Bento de Faria transcreve. « Em segundo logar, diz o dr. Ruy Barboza, a legislação estabelece a condição de habitualidade no acoberta- dor, *condição que a nossa não acceitou*, 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 Cod. brasileiro teve rasão, porquanto na hospedagem offerecida, ainda que uma só vez, a conciliabulos de malvados, ha razão para pronunciar a cumplicidade, se quem os agazalhou sabia o fim que os reúnio ». Escorel está de completo accordo com a interpretação dada pelo dr. Ruy Barboza e acrescenta (nota 300 *in fine*) : « Interpretação que não esta, seria uma interpretação *exten- siva*, não admissivel em direito, para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas

« Em materia penal, diz o Tribunal de S. Paulo (vide nota ao art. 1.º) apoiado em autoridades, só é licito aos juizes empregar a interpretação logica restrictiva e a grammatical do texto da lei no intuito de determinar o sentido desta, 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 ». E porque assim pensamos com o Tribunal de S. Paulo, tanto mais quanto para a interpretação do Cod., fallece o elemento historico da discussão no Congresso, por onde se poderia conhecer a *mente* do legislador, visto como o Cod. penal de 1890 foi decretado pelo Governo Provisorio, sem preceder exposição de motivos, limitando-se o Chefe do governo, « a ouvir o Ministro da justiça, reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal », e porque assim pensamos, diziamos, com o Tribunal de S. Paulo, é que discordamos da interpretação do dr. Ruy Barboza, na parte em que considera que o *asylo* do § 4.º só constitue acto de cumplicidade se fôr dado « á reunião de malfeitores », e, consequentemente, « a occultação de um só criminoso não importa cumplicidade, senão verificando-se a condição do art. 21 § 2.º, quando esse auxilio tivesse sido promettido ao delinquente, antes do delicto, ou durante a perpetração d'elle ». E discordamos porque o *asylo*, a que se refere o Cod. é o *asylo criminoso*, a occultação, o valha-couto, o refugio de assassinos e roubadores, sem distinguir o numero. Seja dado a um, seja a mais de um, a muitos, o *asylo criminoso* importa cumplicidade, desde que o asylador tinha sciencia de que occultava criminosos. O intuito do Cod. parece ter sido este : impedir que em consequencia do *asylo* o criminoso escape á acção da justiça.

Segundo os lexicologos, o vocabulo *Asylo* (do gr. *Asilon*) no sentido proprio, significa — lugar de segurança *para os delinquentes*, donde se não pode tirar o que a elle se acolhe (Lacerda, E. Faria). Constancio diz : Lugar seguro contra qualquer violencia ou perigo ; abrigo seguro ; lugar que *protege o delinquente*. Diz Aulete : Lugar de refugio. Lugar seguro, abrigado ou secreto. No sentido figurado : refugio, abrigo, amparo, protecção, immunnidade (Lacerda, E. Faria). Refugio, acolheita, abrigo (Constancio). Refugio, guarida, amparo, protecção, abrigo (Aulete). Candido de Figueredo não faz distincção dos dois sentidos e diz : Lugar inviolavel em que antigamente se buscava refugio ; abrigo ; protecção ; retiro. Frei Domingos Vieira faz derivar do latim *Asylus* e diz : No sentido primitivo ainda usado no antigo direito foraleiro portuguez, lugar de refugio, do qual ninguem podia tirar quem alli se acolhesse, sem offender os deuses e a Religião ; tinham *direito* de *asylo* na idade media os templos e certos solares privilegiados. No sentido moderno, instituição de caridade que tem por fim recolher as crianças desamparadas e os velhos que não podem trabalhar. Extensivamente : abrigo, amparo, patrocínio, refugio, valha-couto. *Syn.* : *Asylo, refugio* : O *refugio* indica a idéa de abrigo alcançado em um perigo imminente por meio de fuga, permanecendo ainda o risco. No *asylo* ha a idéa de um abrigo seguro, sem risco de ser perturbado ; o caracter sagrado que lhe foi dado pelas religiões e direito antigo ainda se conserva nas modernas instituições de caridade. » Na accepção juridica, o *Asylo* constitue acto *licito* ou *illicito*. E' *licito* si se trata do instituto — *direito de asylo* — acceto nas relações

internacionaes dos povos cultos. E' illicito, quando é acto de receptação, acto delictuoso: o asylo torna-se então criminoso.

— A *prestação da casa* para a reunião dos criminosos é a segunda modalidade da cumplicidade definida no § 4. Essa forma de cumplicidade pode ter logar *antes* ou *durante* a execução do crime. Se a reunião tem por fim o concerto do crime, o prestador da casa auxilia, facilita, por esse meio, embora não tome parte na execução do crime: a cumplicidade é *anterior*. Se a casa foi prestada para a reunião e ahi se praticou o crime, v. g., se ahi teve logar vooubo ou o assassinato, a cumplicidade é *actual* (o que equivale á expressão — *durante a execução* — que o Cod. emprega). Mas para que o prestador da casa seja considerado cumplice faz se mister o *dolo*, que manifesta-se na *vontade livre*, e na *sciencia* (conhecimento) que elle tem da *qualidade* das pessoas (*assassinos e roubadores*) que se reúnem, e a *sciencia* que elle tem do *fim* para que se reúnem. Tratando-se de criminosos e de fim criminoso o *acto* da prestação da casa é *doloso*, desde que o prestador *consente, livre, sciente e consciêntemente*. A expressão *prestar sua casa*, etc., envolve a idéa do *dolo*, desde que não houve *coacção moral* ou *physica*, pois, neste caso, a prestação deixa de ser *livre*, embora tenha havido a *sciencia* da *qualidade* das pessoas e do *fim* da reunião. As duas figuras da cumplicidade do § 4.º estão, por conseguinte, perfeitamente desenhadas no *asylo* e na *prestação da casa*.

Art. 22. Nos crimes de abuso da liberdade de comunicação de pensamento são solidariamente responsaveis :

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

§ 1.º Si a typographia, lithographia, ou jornal pertencer a entidade collectiva, sociedade ou companhia, os gerentes ou administradores serão solidariamente responsaveis para todos os effeitos legais.

§ 2.º Serão tambem responsaveis :

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 (30).

(30) Dispõe a Const. Fed. art. 72, § 12 : Em qualquer assumpto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia

da censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato.

O abuso constitue crime, que attinge o individuo, como nos casos de calúnia, injuria, e ameaça (arts. 315, 317 e 184), ou tem por objecto a subversão da ordem publica, o ataque ás instituições, o desacato á autoridade (art. 126). E quando a Constituição não permite o anonymato, é porque vis essa mesma responsabilidade. *Vide* sobre os arts. 22 e 23 e §§ desenvolvidos estudo de João Vieira, sob a rubrica *Autores e cúmplices nos escriptos criminosos*, no *Cod. Pen. cit.*, p. 157; Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Paris, 1834; Frola, *Delle ingiure e diffamazione specialmente in tema di stampa*, Torino, 1890.

Esta disposição garante a liberdade de pensamento, dentro da lei. Todos os commentadores (A. Milton, *Const. do Brazil*; João Barbalho, *Const. Fed. Brazil*) são accordes em que o preceito constitucional não autoriza o abuso dessa liberdade. Na tribuna ou na imprensa, cada um pode dizer ou escrever, o que lhe vier á cabeça, não se lhe tolhe esse direito, mas para o abuso da palavra, ou do escripto, a lei determina a responsabilidade.

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 (31).

(31) Este art. devia constituir paragrapho do anterior e cada um dos §§ seguintes, artigos destacados. E por isso tem aqui logar o commentario do art. 22 e seus §§.

O art. 22 do Cod. é a sancção do preceito constitucional, art. 72, § 12, tornando responsaveis solidariamente o autor, o dono da typographia, lithographia ou jornal, o editor, os gerentes ou administradores (no caso do § 1).

Entendem alguns jurisperitos que a solidariedade na responsabilidade só se refere ao delicto, isto é publicado o escripto criminoso todos são considerados como tendo commettido o delicto. Mas em juizo devem responder segundo a ordem supra estabelecida. Assim, em primeiro logar responde o autor, na falta, o dono da typographia, por ultimo, o editor. A essa doutrina oppõe-se, porem, a letra expressa do art. 23. O queixoso tem o arbitrio de intentar a acção criminal contra qualquer dos responsaveis, que em consequencia da solidariedade responde por si e por todos. E' por isso que não ha cumplicidade nestes crimes, são todos considerados autores directos, ainda que a punição do preferido exclua, *ipso facto*, a dos outros responsaveis, abrindo-se assim uma excepção á regra geral da co-auctoria. Mas o arbitrio do queixoso na escolha do responsavel, não exclue o direito que elle tem de accionar a todos os responsaveis conjunctamente, direito que elle só perde no caso da opção.

Se a typographia, lithographia ou jornal pertencer á entidade collectiva, sociedade anonyma ou companhia, os gerentes ou administradores são solidariamente responsaveis. A elles se applica a mesma doutrina supra referida.

O Cod. no art. 383 define como contravenção punida com a multa de 100\$:

a 200\$000 : Estabelecer officina de impressão, lithographia, gravura ou qualquer outra arte de reproducção de exemplares por meios mechanicos ou chimicos, sem previa licença da Intendencia, ou Camara municipal do logar, com declaração do nome do dono, anno, logar, rua e casa onde tiver de estabelecer a officina, ou o logar para onde fór transferida depois de estabelecida. No art. 381 diz : Imprimir, lithographar, ou gravar qualquer escripto, estampa ou desenho, sem nelle se declarar as circumstancias mencionadas no artigo antecedente. Pena de multa de 100\$ a 200\$000.

Se no impresso ou gravura não se declara a typographia, lithographia, o jornal, ou quem é o dono, o responsavel é o distribuidor ou vendedor, não como solidario, mas como autor unico do delicto. A expressão — *ou for residente em paiz estrangeiro* — pode-se referir tambem a typographia, lithographia ou jornal, estabelecida em paiz estrangeiro.

Se os escriptos não forem impressos (typographados ou lithographados, deve-se entender), isto é si se trata de manuscripts (ou photographias?) comunicados a mais de 15 pessoas, pode-se dar tres hypotheses, — ou são anonymos, ou trazem pseudonymos, ou delles consta o nome do autor. O vendedor ou o distribuidor, é responsavel nos dois primeiros casos se não provar quem é o autor, no ultimo se não provar que a venda ou distribuição se fez com o consentimento deste. Em qualquer destes casos não ha responsabilidade pela solidariedade, mas sim, pela autoria unica do vendedor ou distribuidor na falta de outro responsavel.

— Por Acc. de 9 de Junho de 1900, o Supr. Trib. Fed. deu provimento a recurso para julgar, preliminarmente, incompetente a justiça estadual para conhecer do crime de calumnia impressa em um periodico impresso no estrangeiro e distribuido no Brazil. Porquanto, no art. 4º do nosso Codigo Penal se acham definidos os casos em que são passíveis de penas os individuos nacionaes ou estrangeiros, que commetterem crimes no territorio brasileiro, sendo que o facto de que se trata consummou-se na cidade do Porto, reino de Portugal, onde foram impressos e distribuidos os alludidos periodicos *Commercio do Porto*; portanto somente alli podia ser apurada a responsabilidade criminal dos autores dos artigos, reputados calumniosos, e não na capital do Pará, logar em que apenas se verificou a distribuição, sem que, entretanto, se tivesse provado ter sido feita por consentimento dos autores, nos precizos termos do art. 22, § 2, letra b, do citado Cod. pen. *Vide Rev. de Jurisp.*, Dez, 1901, p. 336.

— Referindo-se á expressão — *solidariamente* — do art. 22, Escorel observa que « a acção criminal não pode ser intentada ao mesmo tempo contra o *autor*, o *dono* da typographia, lithographia ou jornal, e *editor*, nem o queixoso é obrigado a observar a ordem em que no art. 22, figuram os responsaveis. A acção poderá ser intentada contra qualquer destes, o arbitrio do queixoso. A expressão — *solidariamente* — significa que as pessoas enumeradas nas letras a, b, c são co-responsaveis. A solidariedade da responsabilidade produz o effeito do chamamento ao juizo de todos a um ou de um por todos. A opção do queixoso (art. 23) só produz o effeito do chamamento a juizo de um por todos, e, no caso de condemnação, de soffrer este a pena, e não os outros, embora solidarios. O arbitrio do queixoso é um direito que elle tem de optar por um dos responsaveis, mas não exclue

o direito de preferir chamar todos a juízo, em vez de optar por um delles. Parce-nos que assim devem ser entendidos os arts. 22 e 23 combinados. Robustece essa interpretação os dispositivos dos §§ 1.º e 2.º do art. 22 e o § 1.º do art. 23. A mesma solidariedade em relação á responsabilidade existe entre os gerentes e administradores no caso figurado no § 1.º do art. 22. Mas no § 2.º do art. 22 essa solidariedade desaparece porque não se conhece o dono da typographia ou reside no estrangeiro: O responsavel é o *vendedor*, ou o *distribuidor*, um dos dois, individualmente (letra *a*). Não se sabendo quem é o autor, ou conhecido este, não se provando que a distribuição se fez com o seu consentimento, o responsavel é o *vendedor* ou o *distribuidor*, cada um delles individualmente (letra *b*). Em nenhum dos casos das letras *a*) e *b*) do § 2.º do art. 22 ha responsabilidade solidaria, ainda que seja conhecido o dono da typographia residente no estrangeiro; ainda que conhecido o autor fique provado o consentimento deste para a venda ou distribuição. O § 1.º do art. 23 tambem não trata do principio da solidariedade: abre apenas uma excepção para o dono da typographia com relação á pena que deve lhe ser applicada. Ora, é claro que o adverbio *solidariamente* empregado no art. 22 preambulo e no § 1.º tem a funcção grammatical de exprimir que as pessoas alli enumeradas são *obrigadas todas juntas* ou *uma por todas*, o que não se dá no § 2.º do mesmo art. O caso, porem, da *obrigação de um por todos*, isto é de *solidariamente responder um por todos* foi regulado no art. 23, que institue o direito de opção por parte do queixoso. As responsabilidades pela solidariedade estão, por conseguinte, bem discriminados nos arts. 22 e 23, de modo que este não constitue uma restricção d'aquelle. A opção só produz effeito para o processo e julgamento do escolhido, com exclusão dos outros; mas se o queixoso não quizer optar, como dissemos, não se pode tolher o direito que lhe assegura o art. 22 de propor a acção contra todos os responsaveis solidarios.

— O typographo, o paginador, o impressor, o encadernador, como operarios, estão excluidos de toda e qualquer responsabilidade, por não se acharem comprehendidos entre as pessoas enumeradas no art. 22 e seus §§.

§ 1.º Quando a condemnação recahir no dono da typographia, lithographia ou jornal, ser-lhe-ha applicada sómente a pena pecuniaria elevada ao dobro (32).

(32) O paragrapho exclue o *autor*, o *editor*, os *gerentes* ou *administradores*, o *vendedor* e o *distribuidor*, que ficam sujeitos á penalidade correpondente ao crime praticado, no caso de prisão celllular, alem da multa em que incorrerem. Ao dono da typographia, lithographia ou jornal, o Cod. abra excepção, sujeitando-o a penalidade menos rigorosa, embora elevada a multa ao dobro. Vide João Vieira, *Obr. cit.*, VI, p. 182.

— Por Acc. de 28 de Fevereiro de 1890, no *Dir. v. LXXVI*, p. 267, o Supr. Trib. Fed. decidio que a disposição do § supra tem applicação quando o dono da typographia é condemnado em virtude de sua responsabilidade solidaria, conforme o art. 22, mas não quando é condemnado como *autor de escripto injurioso*.

— Por Acc. de 13 de Janeiro de 1903, na *Rev. de Jurisp.*, v. XVIII, p. 271. decidio o Trib. de Just. do Rio Grande do Sul que a disposição supra não isenta de prisão ao proprietario do jornal desde que seja elle o autor do artigo reputado injurioso.

§ 2.º No julgamento destes crimes os escriptos não serão interpretados por phrases isoladas, transpostas, ou deslocadas (33).

(33) Se o escripto for em lingua estrangeira e reunir as condições legais de criminalidade, a sua interpretação consistirá na traducção por interpretes publicos e juramentados, servindo a mesma traducção como de corpo de delicto no processo. E' doutrina corrente entre os autores. João Vieira, *Obr. cit.*, v. I, p. 190.

E' o discurso, 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. Bento de Faria, citando Chassan. *Del. et. contr. de la parole*, n. 35 a 58.

TITULO III

DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS CAUSAS QUE DIRIMEM A CRIMINALIDADE E JUSTIFICAM OS CRIMES

Art. 24. As acções ou omissões contrarias á lei penal, que não forem commetidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudencia, ou impericia, não serão passíveis de pena (34).

(34) A violação da lei penal consiste em *acção* ou *omissão*, constitue crime ou contravenção (art. 2). Crime é a violação *imputavel e culposa* da lei penal (art. 7). Contravenção é o *facto voluntario* punivel que consiste unicamente na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e dos regulamentos (art. 8). Do confronto destas disposições resulta a theoria da responsabilidade criminal, que repousa sobre a vontade, a liberdade moral, e livre arbitrio. Ha em relação a essa materia grande controversia entre os criminalistas, conforme as escolas que adoptam — metaphysica, espiritalista, racionalista, determinista, naturalista ou positiva. Ha quem negue a existencia do livre arbitrio. Outros sustentam que a liberdade moral é fundamento da responsabilidade penal. *Vide* João Vieira, *Obr. cit.*, v. I, p. 191.

Pondo de lado a *controversia* e considerando a disposição do art. 24, vê-se que as acções ou omissões *criminosas* podem ser *dolosas* ou *culposas*. O

Dolo manifesta-se na intenção criminosa, no *animus delinquendi*; a **culpa** nas acções ou omissões resultantes de negligencia, imprudencia, ou impericia.

A responsabilidade criminal só tem lugar quando na acção ou omissão existir **dolo** ou **culpa**. Ella está subordinada ao conceito da *imputabilidade*, que só existe quando a acção ou omissão são voluntarias, quando ha liberdade moral. Vide João Vieira, *Obr. cit.*, v. 1, p. 210; *Dolo, suas divisões e subdivisões*, p. 223; *Culpa e suas especies*; Fabreguettes, *De la responsabilité des criminels* (Paris, 1892); F. Cabadé, *De la responsabilité criminelle* (Paris, 1893).

Analysando-se o art. 24 vê-se que, alem do **dolo** e da **culpa**, elle comprehende tambem o **caso**, o facto *casual*, que não é passivel de pena, e da qual resulta o *delicto casual* (art. 27 § 6°). Vide nota ao art. 7°. Esta distincção, que fazem no direito criminal, é originaria do direito romano que distinguia o *dolus*, a *culpa* e o *casus*. No **dolo** e na **culpa** manifesta-se a *vontade* no acto que faz objecto da infracção. No **caso** não existe a *vontade*. Mas a *vontade* pode ser *determinada* visando uma infracção da lei; ou *indeterminada*, isto é, ser causa de um acto que deu lugar á infracção da lei sem ter querido, sem tem visado a infracção. A *vontade determinada* gera o **dolo**; a *indeterminada* produz a **culpa**. A *vontade dolosa* manifesta-se pela intenção directa de commetter o crime. A *vontade culposa* tem por moveis a negligencia, a imprudencia, a impericia, a imprevidencia, a inobservancia de disposição regulamentar.

No **casus** não existe *vontade*. Na theoria do **dolo** divergem os autores, como se pode vêr em Van Swinderen (*Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger*, v. I, p. 174). Todos estão, porem, de accordo n'um ponto : não ha **dolo** sem *vontade* e *consciencia*. Dividem o **dolo** em *determinado* e *indeterminado*, *directo* ou *indirecto*, *alternativo* ou *eventual*, *premeditado* ou *repentino*. Na pratica judiciaria estas distincções pouco aproveitam, excepto a do **dolo geral** ou *indeterminado* e a do **dolo especifico** ou *determinado*. A theoria de Van Swinderen sobre os dois grãos de culpabilidade (*Obr. cit.*, p. 182), grãos superiores e grãos inferiores, combate aquellas distincções, mas reconhece como elementos constitutivos dos grãos superiores a *vontade* e a *consciencia*. E os crimes dos grãos superiores não são senão os crimes que os outros AA. denominam dolosos. Preferimos a seguinte classificacão por ser mais simples e porque parece ter sido esta a *mente* do autor do nosso Codigo.

No sentido generico ou indeterminado, o **dolo** denomina-se *animus delinquendi*, que é a expressão da *vontade* de praticar a infracção unida á *consciencia* de que a infracção é punivel. O conjuncto destes dois elementos — *vontade* e *consciencia* — constitue a *intenção criminosa*, a que se refere o art. 24. O **dolo** se diz *especifico* ou *determinado* quando tem por objecto uma infracção especial : *animus nocendi*, *animus violandi*, *animus occidendi*, *animus necandi*, *animus furandi*, *animus injuriandi*, etc. As expressões *voluntas*, *intentio*, *propositum*, *animus*, no sentido generico, são equipollentes. O *propositum* (*dolus præmeditatus*) é considerado **dolo especifico** em certos crimes em que elle entra como *animus deliberado*, opposto ao *dolus repentinus*. O Codigo qualifica o *animus delinquendi* de diversos modos :

No art. 10 usa da expressão—*A resolução de commetter erime (voluntas, intentio criminalis in genere)*; no art. 119 — *designio (intentio, dolo específico do crime definido alli)*; no art. 140—*proposito (propositum, dolo específico)*; nos arts. 189, 337 — *maliciosamente (de malitiã)*; no art. 215 § 2 — *voluntariamente (de voluntas)*; no art. 219 § 3º — *dolosamente (de dolus), simulando (de simulatio, animus simulandi, dolo específico)*; no art. 241 e 264 — *dolosamente (de dolus)*; no art. 264 — *falsamente (de falsare, animus falsandi, dolo específico dos crimes de que tratam os arts. 261 a 264, distincto do animus falsificandi (de falsificare), dolo específico nos crimes de falsificação de moeda, titulos, documentos, papeis, etc.)*; no art. 250 — *sabendo ser falso (de sapere, ter sciencia e consciencia da falsidade, dolo específico da figura criminosa)*; nos arts. 253, 259 § 3, *scientemente (de sciens, ter sciencia e consciencia da falsidade do documento, dolo específico das figuras)*; no art. 283 — *previo conhecimento (sciencia previa)*; no art. 160 § 3 — *vontade criminosa (de voluntas sceleris, animus delinquendi in genere, ainda que não se manifestasse qualquer dolo específico)*; no art. 364 § unico — *sem designio criminoso (de animus ou intentio sceleris in genere)*. Os AA. romanistas ou da escola historica distinguiam a culpa em *lata, leve e levissima*. Alguns subdividiam-n'a ainda em *culpa latissima, atior, lata, levis e levissima*. Na culpa lata comprehendiam o dolo do qual resultava o crime preterintencional; na culpa leve a culpa propriamente dita, da qual resultavam os crimes culposos. Os factos resultantes da culpa levissima não eram passíveis da pena. O Cod. não adoptou essa distincção: a culpa não soffre gradação e resulta em geral de *negligencia, imprudencia e impericia*, conforme o dispositivo do art. 24, e em alguns casos resulta de inobservancia de alguma disposição regulamentar (arts. 148, 151, 297 e 306) ou de inobservancia de ordem ou disciplina (art. 151).

Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

Paragrapho unico. Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recanirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso (35).

(35) Pela disposição do art. 25 e seu paragrapho vê-se que o Código não reconhece a responsabilidade collectiva. A responsabilidade é individual quer seja o crime praticado pelo individuo, quer por associação, quer pela multidão. E este conceito se verifica no paragrapho unico responsabilizando pelo facto criminoso os socios que *tomarem parte no crime*, praticado embora em nome da associação. Na sedição (art. 118), crime colectivo, a responsabilidade pertence aos cabeças, tornando-se assim individual. Nos movimentos revolucionarios contra a Constituição da Republica e forma do seu governo, são responsaveis individualmente os cabeças e os co-réus (Vide nota ao art. 107); assim tambem nos crimes de conspiração. (Vide notas aos arts. 116 e 117). A *turba* ou *multidão criminosa*, que faz

objecto dos recentes trabalhos de Scipio Sighele — *Folla delinquente*, em face do nosso Codigo não tem responsabilidade penal como collectividade criminosa. Pelos seus actos respondem os cabeças, sendo assim reputados os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento. (art. 108). Tambem respondem os co-réus em certos crimes, como já vimos (art. 107); mas a responsabilidade sempre se apresenta recahindo sobre o individuo, embora n'estes crimes seja difficil precizar a significação do termo co-réu, que parece referir-se á todos aquelles que, não sendo cabeças, tomam parte no movimento. A expressãe co-réu é vaga e tanto pode referir-se á co-autoria, como á cumplicidade. E, assim sendo, logico seria considerarmos co-réus todos aquelles que fizessem parte da multidão criminosa. Em ultima analyse e, praticamente, seriamos forçados a reconhecer a responsabilidade da multidão pela responsabilidade individual, porém, conjuncta de todos, o que iria de encontro ao principio estabelecido no Codigo. Vide na *Rev. Jurispr.* Out. 1898, p. 203. Acc. do Cons. do Trib. Crim. de 11 Junho 1898 sobre o attentado de 5 de Novembro de 1897 contra o Presidente da Republica, dr. Prudente de Moraes. Vide ainda João Vieira *Obr. cit.*, v. I, p. 244) comm. rubr. *Responsabilidade individual e responsabilidade collectiva*; Scipio Sighele, além. das obrs. cit., *Le crime à deux*, trad. de Vincent Palmet (1893), em cujo prefacio lê-se o seguinte : En cette monographie (*La foule criminelle*), j'avais étudié la forme plus complexe de l'association criminelle; aujourd'hui, je vais tenter l'analyse de la forme plus simple. Le crime de la foule et le crime à deux sont, en effet, les anneaux extrêmes qui closent, pour ainsi dire, la chaîne de toutes les formes nombreuses e infiniment variées de l'association entre délinquants. L'année prochaine, j'espère pouvoir publier les volumes sur la *Criminalité des sectes* e sur les *Sociétés de malfaiteurs* (mafia, camorra, brigandage, etc.), et compléter mon ouvrage en donnant, dans une étude purement juridique, la théorie positiviste de la complicité. M. le professeur Lacassagne a bien voulu faire paraître cette partie de mon ouvrage dans la *Bibliothèque de Criminologie*.

— O paragrapho unico não se refere a sociedade criminosa (*societas sceleris*), associações de malfeitores, bandos, grupos armados, sociedades e clubs secretos destinados á pratica de crimes. Aos membros de taes associações não aproveita a excusa do paragrapho unico, isto é, de não serem responsaveis os que não participarem do facto criminoso. Todos os que fazem parte de taes associações são responsaveis, porque, como diz Pessina (*Man. di dir. pen.*, § 63), cit. por Bento de Faria, a associação para o crime não é o sujeito, mas sim a materia do crime e os individuos que della fazem parte são individualmente responsaveis.

— A pena pecuniaria, ainda quando a infracção legal for commettida por membros de uma firma social deve recahir integralmente sobre cada um dos culpados. A solidariedade só é entendida para a responsabilidade das perdas e danos e das restituções. Assim julgou o dr. Gimignano da Franca, juiz da 3.ª vara criminal do Districto Federal, em 18 de Maio de 1908 e accrescenta, citando diversos autores :

« Haus — *Droit Pénal*, vol. 2º, n. 770, diz : « a multa sendo uma pena deve ser pronunciada individualmente contra cada um dos condemnados, em

razão de uma mesma infracção. Assim quando muitas pessoas tomam parte em um crime ou delicto punido com multa, os juizes devem pronunciar não uma unica multa contra todos os delinquentes conjuntamente, mas uma multa contra cada um separadamente»; Thiry — *Cours de Droit Criminel*, pag. 222, declara: « a multa é uma pena, deve, portanto, ser applicada individualmente, contra cada um dos responsaveis por uma mesma infracção »; Pasquale Tuozzi — *Corso de Diritto Penale*, vol. 1º, pag. 426, assim se expressa: « quando muitos são os infractores, não se applica uma pena pecuniaria em globo, mas cada um tem a sua determinada ». No mesmo sentido manifestam-se Nypels—*Code Pénal Belge*, vol. 1º, pag. 83; Garraud — *Traité de Droit Pénal*, vol. 2º, n. 444, e seguinte; Prins, já citado, ns. 852 e 853.

O Codigo 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 de sentença.

Dir-se-ha, porém, que cobrada integralmente de um dos ex-dilidentes a importancia da condemnação, este ficaria com o direito de haver a quota dos outros. Mas qual será o processo regular de cobrança? O estabelecido pelo dec. de 1849? Ninguém o dirá. Será o processo civil commum? Também não, porque se trata de uma execução de pena criminal.

Figure-se que, antes de esgotado o prazo legal para a sentença passar em julgado, falleça um dos co-réos. Pela theoria da divisão da multa igualmente 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.

Não tem finalmente razão o recorrente quando acoima de irregular e tumultuario o processo que foi observado na liquidação da pena. Tal irregularidade não se deu, a multa foi liquidada de accôrdo com o que dispõem os arts. 58 e 59 do Cod. Penal e o Dec. 595 de 1849. Um dos réos intimado prestou fiança e os dous ultimos não havendo acudido á citação foi a pena commutada em prisão, guardadas todas as formalidades e prescripções processuaes.

Mantenho em vista do que fica dito o meu despacho. Subam os autos á Côte de Appellação. »

Art. 26. Não dirimem nem excluem a intenção criminosa :

- a) a ignorancia da lei penal;
- b) o erro sobre a pessoa ou cousa a que se dirigir o crime :
- c) o consentimento do offendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal (36).

(36) O Cod. usa, neste artigo, das expressões — não *dirimem* nem *excluem* — parecendo exprimir em cada vocabulo relações juridicas diferentes. *Dirimir* quer dizer — *anullar, 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 da letras *a, b, c*, não *isentam* da responsabilidade penal, porque ha sempre intenção criminosa no acto incriminado.

A differença fundamental entre a *ignorancia* e o *erro* resume-se n'isto : — a *ignorancia* é a ausencia de qualquer noção e o *erro* é a falsa noção acerca de uma pessoa ou de um objecto. Considerados metaphysicamente, a ignorancia e o erro são cousas mui distinctas; mas, sob o ponto de vista de seus efeitos juridicos, são perfeitamente equivalentes, porque quer na *ignorancia*, quer no *erro*, se observa ausencia de noção verdadeira sobre uma pessoa ou sobre um objecto, e, o que é essencial no assumpto, é a *ausencia de noção verdadeira*, como demonstrou Savigny. Por isso são synonymas as expressões — *ignorancia de direito e erro de direito; ignorancia de facto e erro de facto*. O erro é *de facto e de direito* consoante o objecto a que se applica.

Dá-se o erro de facto, quando, conhecendo a lei, engana-se o agente sobre as *condições* particulares *de facto*; verifica-se o erro de direito, quando conhecendo bem as *condições do facto*, illude-se o agente sobre a existencia da lei que o prohibe. Encaradas em relação á sua *influencia* sobre a criminalidade da acção, divide-se o erro de facto e o de direito em *essencial e accidental*. O erro de facto é essencial quando recae sobre as circunstancias constitutivas da essencia do facto criminoso; de modo que de semelhante erro depende a imputabilidade do facto realizado. É *accidental* quando recae sobre as circunstancias *extrinsecas* do delicto, de modo que a imputabilidade do acto praticado permanece intacta. O erro de facto essencial exclue o *dolo* e, com elle, a responsabilidade criminal, salvo se teve por origem a negligencia do agente, isto é, se as circunstancias constitutivas da essencia do facto criminoso, que não foram previstas, eram provisiveis, porque, então, concebe-se a existencia do crime culposo. *Voluntas non factum puniendum est*. O art. 82 do Cod. Pen. hungaro e o § 59 do Cod. Pen. allemão, por exemplo, dispõem claramente sobre o erro de facto essencial. O erro de facto *accidental* deixa manifesta a intenção criminosa e, com ella, a responsabilidade penal. N'este caso nenhuma alteração se produz, nem na natureza intima, nem nos efectos do crime e, por isso, não pode o erro aproveitar ao agente nem para os efectos da imputabilidade, nem para os efectos da pena. O erro de facto *accidental* foi previsto pelo Cod. Penal brasileiro, art. 26, letra *b*. Conclue o dr. Lima Drummond na sua obra, *Est. de Dir. Crim.*, p. 26, que a doutrina, a legislação e a jurisprudencia dos povos cultos, em uma harmonia inquebrantavel, proclamam o principio cuja formula é esta : — o *erro* sobre a pessoa ou cousa a que se dirigir o crime é erro de facto *accidental* e por isso não exclue o *dolo* criminal. Entretanto, essa harmonia desaparece quando se considera não o *error in persona* ou *in objecto*, propriamente dicto, mas o phenomeno juridico penal, que com elle, muitas vezes, se confunde e a sciencia denomina — *aberratio personæ, aberratio ictus* ou, de modo geral, *aberratio rei*.

« Considerando-se o caso do homicídio é fácil conceber e distinguir as *hypotheses do error in persona*, propriamente dito, e da *aberratio ictus*. Verifica-se o *error in persona* propriamente dito, quando alguém querendo matar a Tício, que está ausente mata Caio, julgando que Caio era Tício. Decrevem-se os lineamentos da *aberratio ictus*, quando alguém, tendo disparado sobre a pessoa de Tício, que estava deante de si, um tiro de revólver com intenção de matá-lo, o tiro atinge e mata a Caio, ou atinge e mata a ambos. Que o crime perpetrado contra Caio, na primeira *hypothese*, é um crime doloso não se pode contestar, como já demonstréi. Mas na segunda *hypothese* dá-se quanto á natureza do crime praticado contra Caio famosa divergencia. Quer como doutrina, quer como julgado, quer como lei, o conceito de tal crime é uma controversia viva. »

Entende o illustre J. C. que felizmente o confronto dos Cods. penaes de Portugal e do Brazil e do novo Cod. Pen. da Italia contribue para a nitida comprehensão dos termos do problema e para a significação exacta dos preceitos contidos nos mesmos codigos.

« Impressiona desde logo ao hermeneuta nesse confronto a circumstancia de haverem os codigos penaes do Portugal e do Brazil se referido apenas ao *erro*, ao passo que o novo codigo da Italia allude ao *erro e a qualquer accidente*, prevenindo, assim, quer a *hypothese do erro da pessoa*, propriamente dito, quer a da *aberratio ictus* e outras semelhantes. O mesmo porem não se deu em Portugal e no Brazil, onde somente do *erro* se cogitou. »

Estudando a situação da *aberratio ictus* nos Cods. dos diversos paizes da Europa, o dr. Lima Drummond, depois de accentuar que, na doutrina e na jurisprudencia dos povos modernos, domina, quanto á solução do arduo problema, a mais perniciosa incerteza, accrescenta « Parece-me, porem, que no meio dessa lucha memoravel e tradicional destaca-se, impondo-se á preferencia do penalista, pela exactidão da doutrina que emite e pelo senso juridico que revela — o preclaro Haus, cuja *theoria* é, no dizer de Carrara, uma engenhosa conciliação. Neste Districto a Camara criminal do Tribunal Civil Criminal, em um Accordão unanime, (de que foi elle relator) decidio um caso de *aberratio ictus* nos termos da doutrina do insigne criminalista belga. »

O dr. Baptista Pereira, na *Rev. de Jurispr.* Junho, 1899, p. 130 diz que não se justifica aquella preferencia, porque não lhe parece que a doutrina de Haus se recommende pela sua 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 somente um crime doloso.

Conclue que « o nossoCodigo aceitou o conceito doutrinario que na *aberratio* só ha um crime doloso; este conceito, defendido por criminalistas da maior autoridade como Von Liszt, Kostlein, Watker, Pessina e Garraud foi consagrado expressamente no § 3 do art. 66, do nossoCodigo penal. Quando o criminoso pelo mesmo facto e com uma só intenção, etc. (Vide). E, em verdade, na *aberratio* só ha um crime, porque subsiste sempre o *animus voluntatis*; a unidade de acção corresponde á da intenção que não

muda, e permanece integra. » E' interessante a controversia entre estes dois illustres JCC, e quanto á insolubilidade do problema em face do nosso Codigo, o dr. Baptista Pereira declara que não existe á vista do dispositivo do art. 66 §§ 3 (Vide nota respectiva). Se foi esta a mente do illustre. A. do Codigo, sem embargo do citado dispositivo que se refere ás *regras que devem ser observadas na applicação das penas*, podia a *aberratio* ter sido *expressamente* consagrada no art. 26, como fez o Cod. italiano no art. 52 « *alcuno per errore o per altro accidente commette un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contro laquale aveva diretta la propria azione.* » O Cod. italiano comprehende o conceito da *aberratio* na expressão *o per altro accidente*, como demonstra Lima Drummond. Annotando o art. 52 do Cod. ital. diz. J. Lacointa. Voir Haus, *Cours de Droit Crim.* n.º 135 : *Solution exacte qui ne se rencontre guère dans les autres législations. La dernière partie de l'article est spécialement notable.*

O dr. Baptista Pereira responde ao dr. Lima Drummond na *Rev. Jurisp.*, Junho, 1899. p. 134. Explica que o nosso legislador considerou o erro de modo diverso do legislador italiano. « O Cod. penal no art. 26 letra b) encanou 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 circunstancias aggravantes ou attenuantes do crime, já para se não imputarem ao agente as aggravantes que derivam da qualidade de pessoa offendida, ou prejudicada pelo erro, já para que lhe aproveitem aquellas circunstancias que poderiam fazer diminuir a pena, si 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 cousa não é senão o proprio erro, subjectivo ou *in re*, erro *in persona* (engano a respeito da pessoa), erro de pontaria (desvio do golpe). Não se depara na *aberratio ictus* outra figura distincta do erro, com feição caracteristica; por isso seria ocioso alludir a *qualquer outro accidente*, ou a *qualquer outra causa*, 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 pode attribuir não haver transportado para o nosso o conteúdo do art. 52 do Cod. italiano. Nem todas as questões, conclue, são resolvidas por um texto de lei; resolvem-nas os principios doutrinarios. » Opinamos pela critica do dr. Lima Drummond, pois ha de facto caracteristicos que distinguem positivamente o *error in persona* e a *aberratio ictus* e de tal arte que pode se dar o caso de em um só facto encorrerem as duas figuras perfectamente distinctas, v. g. : *Caius*. com *intentio necandi* desfecha um tiro sobre *Sempronius*, suppondo que este era *Ticius* e mata *Petrus*, que na occasião passava. Em relação a *Sempronius* ha uma tentativa de homicidio com *error in persona* e em *Petrus* ha homicidio por *aberratio ictus*. A doutrina não faz lei : decorre da lei ou serve de fundamento para a confecção da lei. Em todo caso, o texto expresso da lei é necessario para definir-se a relação de direito, ou o instituto juridico.

O dr. Lima Drummond expõe assim a doutrina de Haus : « O mal que se tinha a intenção de fazer a uma pessoa determinada recahio sobre outra pessoa, que o agente não tinha tido o intuito de offender. N'esta hypothese, o mesmo factio não constitue duas infracções da lei penal, das quaes a primeira tem por causa uma resolução criminosa e a segunda uma culpa. Desfecha-se uma arma de fogo sobre Pedro — exemplifica Haus — com a intenção de matal-o e o tiro attinge e mata Paulo ou attinge e mata ambos. N'estas hypotheses ha tentativas de homicidio ou homicidio consummado, voluntario no tocante a Pedro, e homicidio involuntario em relação a Paulo. Haverá, porém, dois crimes intencionaes consummados, si, dadas certas condições, só por uma circumstancia inesperada e feliz, o projectil pudesse ter deixado de attingir a Paulo ; porque então o agente tem querido *eventualmente* o mal que elle causou a Paulo e que era uma consequencia necessaria ou, ao menos, habitual do acto por elle praticado. Com a intenção de matar a Pedro, dispara-se contra elle um tiro de revolver no momento em que elle se achava ao lado de Paulo, ou dispara-se um tiro de revolver, *animo occidendi* contra uma mulher que tinha nos braços uma criança. O mal causado a Paulo e á criança tem por causa o dolo eventual do agente. Na melindrosa conjuntura da *aberratio ictus*, a devida apreciação da natureza das duas infracções está forçosamente subordinada ao conceito scientifico do dolo, da culpa e do caso fortuito. Ao senso juridico do magistrado incumbe apurar, diante da prova, a natureza dos factos realísados. Se, porem, o agente se tiver enganado relativamente áquelle que for victima do crime, isto é, se elle ferir ou matar a Paulo, julgando que feria ou matava Pedro, tratar-se-ha não da *aberratio ictus*, mas do *error in persona* ou *in objecto*, propriamente dito, e haverá apenas um crime intencional. O notavel professor da Universidade de Gand trata distinctamente da primeira questão no n. 331 e da segunda no n. 716 dos *Principes Généraux du Droit Penal Belge* (3.^a ed. t. 1.^o 1885).

No Brazil o delinquento por *aberratio ictus* poderá ser punido nos termos do art. 66 § 3.^o do Cod. pen. em que se determina que quando pelo mesmo factio e com uma só intenção se houver commettido mais de um crime, impor-se-á, no gráu maximo, a pena mais grave em que tiver o delinquento incorrido. O mesmo acontece na Belgica, onde identica disposição contem o art. 65 do Cod. penal. »

Outras questões que se prendem ao assumpto e fecham a monographia do dr. Lima Drummond : A premeditação, a traição, a emboscada e o mandato subsistem em face do crime praticado por erro de factio ? Que influencia exercem sobre a imputabilidade, na especie, as circumstancias apparentes que provêm da victima do *erro* ou da *aberratio ictus* ? Que importancia devem ter as circumstancias attenuantes, as justificativas e as excusas, que militariam em favor do agente, si não tivesse havido *error in persona* ou *in objecto* ou si não tivesse havido *aberratio ictus* ? Discutindo estas questões, que exprimem « as novas formas do problema », entende o A. que no caso da *aberratio ictus*, ou, mais geralmente, de *aberratio rei*, as questões estão por si mesmas resolvidas. Desfecha-se um tiro contra Pedro, a quem se *premeditara* matar e que tinha a seu lado Paulo, ou contra uma mulher a quem tambem se *premeditara* matar e que tinha nos

braços uma criança. São victimados Pedro, Paulo, a mulher e a criança. Ha homicidio premeditado quanto a Pedro e á mulher, mas os crimes nas pessoas de Paulo e da criança estão desacompanhados de premeditação, porque o perigo que corriam Paulo e a criança, não se manifestou senão no momento da acção e não foi premeditado. Assim acontece no caso de serem ambos os homicidios intencionaes; porque em outra situação, no caso da morte por imprudencia, isto é, do homicidio culposo de Paulo e da criança, está *re ipsa* excluída a hypothese da premeditação, que aliás acompanhará o unico homicidio doloso existente-o de Pedro ou o da mulher.

Benza acolhendo a doutrina de Haus, admite tambem esta solução, que, *mutatis mutandis*, applica-se tambem á emboscada. Quanto ao mandato é expressa a disposição do art. 19, combinado com o art. 20 do nosso Codigo ». O mandante responde por qualquer outro crime que o mandatario praticar ou que resultar do mandato, salvo se o mandatario a tempo retirar a sua cooperação no crime.

« Mas a dificuldade e a delicadeza do assumpto, continúa o A., persiste em relação ao erro sobre a pessoa ou a cousa, propriamente dita, isto é, no caso por exemplo de ser morto Paulo por engano do agente que acreditava que Paulo era Pedro, a quem elle queria matar; illudindo-se portanto sobre a identidade da pessoa ». Passa a analysar a theoria de Julius Clarus, relativa á influencia do erro de facto sobre a responsabilidade criminal, theoria original entre as duas theorias contradictorias, isto é, a de que o erro excluía o dolo e a de que o erro absolutamente o não excluía. Admittindo que o erro na pessoa ou no objecto não exclue o dolo, sustentou elle, no emtanto, que o erro faz desaparecer a premeditação. *Bene verum est*, diz Julius Clarus, *quod respectu istius homicidi cessat qualitas animi deliberantis* (*Sententior, lib. v. § Homicidium, n. 6*). Esta sentença de J. Clarus é a origem da controversia no tocante a premeditação. Tomaram parte na controversia principalmente os autores italianos, que entendiam que não devia ser levada em conta a premeditação, mas unicamente o erro de facto. Lima Drummond opina que deve ser tomada em consideração a circumstancia aggravante da premeditação e como ella todas as outras *subjectivas*. Assim tambem pensa Levy Jordão, commentando o Cod. pen. portuguez. « O erro do agente não pôde fazer com quo o designio da acção não seja considerado *como formado antes do crime*; podem mudar o resultado deste, nunca, porem, a sua natureza ». Se, porem, embora seja o facto *da mesma natureza*, descobrem-se na pessoa ou cousa sobre que recahe a acção criminosa circumstancias que modificam ou alteram a equação entre o elemento moral e o elemento material do crime, a questão é diversa, diz Lima Drummond. Isso se verifica no caso de circumstancias aggravantes, que *provem da victima do erro*, ou de circumstancias attenuantes, de justificativas ou de escusas, que militariam em favor do agente, se erro não tivesse havido. Discutindo a these, conclue que não devem ser imputaveis ao agente as circumstancias aggravantes, que derivam privativamente da qualidade do offendido ou prejudicado pelo erro; mas influem sobre a responsabilidade do agente as circumstancias attenuantes, as justificativas e as escusas que militariam em seu favor se

não tivesse o erro intervindo e o crime recaísse sobre a pessoa ou cousa, a que elle se dirigia. »

O nosso Cod. é muito claro : Não *derimem*, nem *excluem* a *intenção criminosa* o erro sobre a pessoa ou cousa a que se dirigia o crime (Art. 26, letra b). *Vide nota ao art. 66.*

— O consentimento do offendido, salvo nos casos exceptuados na letra c, também não dirime, nem exclue a *intenção criminosa*, porque, como bem pondera o dr. Affonso Claudio, na *Rev. de Jurisp.* Dez. 1892, p. 579, ninguém tem o direito de abrir mão de sua incolumidade pessoal. Autorizar um individuo a outro para offendel-o impunemente seria o mesmo que consentir alguém por motu proprio que outrem lhe matasse ou ferisse um filho, por melhores que fossem as razões com que procurasse justificar semelhante acto. A ninguém é licito alienar a existencia ou o sangue. Por mais heroico que se considerasse esse sacrificio, ninguém veria no acto a manifestação de uma *medida justa.* »

Em geral, não é permitido a renuncia de direitos, pondera Bento de Faria, citando Prins (*Scien. pen. et droit posit.* p. 204), Garraud e João Vieira, na manutenção dos quaes a ordem publica é interessada : *ius publicum privatorum voluntate mutari nequit.* Assim ninguém pode permitir que outrem infrinja, em sua pessoa, as leis que interessem, quer a outros individuos, quer a ordem publica e os bons costumes. O Codigo faz, porem, restricções a estes principios geraes, pois declara que o consentimento do offendido isenta o agente da responsabilidade criminal, quando se tratar de crimes em que a lei só ao offendido permittir a acção criminal. Estes crimes são os de que trata o art. 407 § 2.º enumerados na segunda excepção e o damno em cousas que não forem do dominio ou do uso publico da União, dos Estados e municipios, ou em livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos. autos e actos originaes de autoridade publica. (Lei n. 628 de 24 de Outubro de 1899, art. 1. n. 2).

— Eis o Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. de 30 de Set. 1895, a que se refere Lima Drummond : Vistos etc. Considerando : 1.º que o nosso Cod. pen. consagrando indiscutivel principio scientifico, admitte, como caracter *privativo* do homicidio doloso — a *intenção criminosa* que não existe nos delictos, cujo apanagio é a culpa em suas modalidades diversas (art. 24 comb. com o art. 297 do Cod. pen.); 2.º Que não dirime, nem exclue a *intenção criminosa* apanagio *privativo* do homicidio doloso — o erro sobre a pessoa a que se dirigir o crime, ex-vi do art. 26 letra b) do Cod. pen. ; 3.º Que por esse modo a nossa legislação penal integra-se no regimen adoptado por todos os Cods. das nações cultas actuaes, visto como, segundo affirma Ugo Conte : « Oggi non solo non vi ha legge alcuna che, in caso d'errore di persona, escluda expressamente il dolo, ma neppure vi hanno leggi che lascino il menomo dubbio in materia » ; sendo que já a legislação romana consagrava expressamente esse conceito doutrinario ; conforme se infere do Fr. 18 § 3 Dig. Liv. XLVII Tit. 10 ; Que o alludido conceito doutrinario tem sido ardentemente preconisado por egregios criminalistas, entre os quaes salientam-se Haus, que commentando o Cod. pen. belga doutrina : « On a tué Paul croyant tué Pierre ; l'agent est coupable de meurtre ou d'assassinat, car il a eu l'intention de donner la mort à

celui qui se trouvait devant lui et qu'il a pris pour Pierre » e Ugo Conti que, commentando o Cod. pen. italiano ensina : Nulla importa che io, volendo uceire Caio, abbia invece, per errore nella persona, diretto il colpo mortale contra Tizio e l'abbia ucciso ; perché *sempre vollen uccidere un uomo* ed un uomo uccisi. *L'errore nella persona non esclud il dolo* ». 5.º Que de dolo, isto é, de intenção criminosa — *improbis animus*, no diser de Aristoteles, citado por Mello Freire (Inst. jur. criminalis Tit. 11 § 2, nota se não cogita na hypothese do homicidio culposo e, portanto, na da applicação do art. 297 do nosso Cod. pen. que prevê e pune o homicidio culposo, e consequentemente considerando : 1.º Que conforme a prova testemunhal e as proprias declarações do réu, nas quaes elle assegura ter disparado tres tiros de revolver, visando o mesmo alvo, um vulto collocado a distancia — não é licito admittir-se esteja delineada no facto constante do libello de fls. a figura do homicidio culposo ; porquanto o réu, assim procedendo, teve a intenção manifesta de matar, ou, ao menos, de offender physicamente o individuo contra o qual dirigio e disparou o seu revolver, acreditando fosse esse individuo um gatuno e não o seu amigo e companheiro M. da Cunha. 3.º Que houve apenas, por parte do réu, erro sobre a pessoa a que se dirigio o crime praticado, ou não, em defeza legitima da propriedade do réu. Accordam os juizes da Camara Criminal do Trib. Civ. e Crim. em absolver o réu da accusação que lhe foi intentada pelo crime previsto no art. 297 do Cod. pen., etc. Foi relator o juiz dr. Lima Drummond. O dr. Viveiros de Castro, vencido, fundamentou assim o seu voto : Votei pela condemnação do réu no gráu medio do art. 297 do Cod. pen., segundo o pedido formulado no libello. Os principios formulados no accordão — de o erro sobre a pessoa a que se dirigir o crime não dirimir a intenção criminosa, são verdadeiros e acham-se consagrados no art. 26 do Cod. pen., mas me parece não terem applicação no presente feito. O réu declara que disparou os tiros, d'onde resultou a morte do offendido, com o unico fim de amedrontar os gatunos que se achavam em sua propriedade e esta sua declaração não foi destruida pela prova testemunhal produzida no decurso do processo. Sendo assim me parece que não ha um homicidio intencional com erro de pessoa, mas um homicidio involuntario. E si a imprudencia consiste, como definio o Tribunal Supremo de Hespanha em sentença de 28 de Junho de 1871, Assaro y Lafuente, Jurisprudencia do Tribunal Supremo, pag. 217, em não tomar o accusado as precauções necessarias e o indispensavel cuidado que deveria tomar para não occasionar uma desgraca, tem aqui cabimento, pois o denunciado, ouvindo gritar que havia gatunos, foi logo disparando tiros de revólver, á noite, em logar ermo, quando pela sua frente se achava outra pessoa. »

Art. 27. Não são criminosos :

§ 1º Os menores de nove annos completos ;

§ 2º Os maiores de nove e menores de 14, que obrarem sem discernimento (37).

(37) A idade é *dirimente* ou *attenuante* da responsabilidade criminal. Em

geral, os Cods. Pen. de todas as Nações, inclusive o nosso actual e o revogado de 1830, tem a sua fonte no direito romano, que distinguia as tres classes : — *infantes, impuberes, minores*, comprehendendo a primeira até os 7 annos, a segunda dos 7 aos 14, a terceira dos 14 aos 18 ou aos 21 annos.

João Vieira de Araujo, *Cod. Pen.* cit. v. I p. 266, commentando este artigo : « O codigo penal no art. 27 §§ 1 e 2 estabelece a plena irresponsabilidade do menor de nove annos, idade que constitue uma presumpção *juris et de jure* da falta de *intenção criminosa* (art. 24). Depois no § 2 estabelece a presumpção *juris tantum*, admittindo prova em contrario, para os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento. O systema doCodigo se completa em relação á idade com a disposição do art. 42 § 11, que declara como circumstancia attenuante « ser o delinquente menor de 21 annos » e com a do art. 55 que dispõe que « quando o delinquente for maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe applicará as penas da cumplicidade ». Se o menor for maior de 9 e menor de 14, tendo obrado com discernimento, tem logar o disposto no art. 30 do texto e a cuja pena disciplinar se refere tambem o art. 49. Tobias Barreto, *Menores e loucos em direito criminal* (estudo sobre o a art. 10 do Cod. Crim. Brazil. de 1830) ainda tem oportunidade.

O Dr. Baptista Pereira cita entre as innovações mais salientes do novoCodigo, a disposição do art. 27 § 1 que « declarou a imputabilidade absoluta dos menores de 9 annos completos e subtrahio os maiores dessa idade e menores de 14, ao regimen repressivo para os submeter a um regimen educativo e disciplinar ». (*Rev. de Jurisp.* Maio, 1899, p. 16).

E' preciso, porem, distinguir : os menores de 9 a 14 annos que obrarem *sem discernimento* e os que obrarem *com discernimento*; no primeiro caso a *irresponsabilidade é plena*; no segundo é *semi plena*, e por isso serão recolhidos a estabelecimentos industriaes, disciplinares pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 annos.

— Bento de Faria (*Obr. cit.*) observa que a imputabilidade é determinada pelo discernimento. Assim, considerado sem discernimento o menor de 9 annos, firma o texto legal o principio absoluto de sua não imputabilidade. Os seus actos são excluidos de toda a investigação por parte da justiça criminal. E' protegido pela presumpção da innocencia em suas acções. *Infantun innocentia consilii tuetur.* Escorel (*Obr. cit.*) tambem diz : « Não são criminosos os que tiverem menos de 9 annos, como os que tiverem 9 annos completos. E' este o pensamento do legislador attenta a disposição do § 2.º Os menores em tal idade são absolutamente irresponsaveis e nesse sentido não é admissivel prova em contrario. Não podem ser presos, nem submittidos a processo. A prova de idade pode ser feita por certidão de baptismo; certidão do registro civil, justificação ou outro qualquer documento. Pode tambem ser feita por exame pericial (aspecto da pessoa) nos termos da Ord. l. 2 t. 54. Neste caso, o juiz deverá nomear profissionaes que façam o exame e declarem a idade. Se taes menores forem abandonados ou orphãos, ao juiz de orphãos compete dar-lhes tutor, que em beneficio delles fará o necessario. Na Capital Federal, por Dec. n. 4780 de 2 de Março de 1903 creou-se a Escola correccional 15 de Novembro, por iniciativa do chefe de policia de A. A. Cardozo de Castro. O art. 57 dispõe que

não terá lugar o procedimento a que se referem os capítulos anteriores contra inculpação menor de 9 annos completos. Não obstante, se a seu respeito se verificar alguma das condições previstas no art. 2.º, será elle recolhido ao estabelecimento, a fim de receber durante a menoridade a devida educação profissional e moral. O art. 2.º refere-se aos abandonados por culpa dos paes ou por serem orphãos.

— No § 2.º do Cod. duas questões precizam ser ventiladas — a da *idade* e a do *discernimento*. A primeira está resolvida pelos meios de prova a que se refere Escorel. Na expressão — *menores de 14* — deve-se entender todos os que não completaram o 14.º anno de idade. Assim conclue-se que os menores de 14 annos completos ou os maiores dessa idade estão excluidos do paragrapho. Concorda Bento de Faria, citando a referencia que ao nosso Codigo de 1830 faz Chauveau e Hélie. (*Th. do Cod. pen. v. 1, p. 243*). Na questão do *discernimento* a doutrina é uma só, não ha divergencia entre os AA. A lei não define o *discernimento*, mas todos são accordes que esse vocabulo é aqui tomado, não, no sentido generico — acção e effeito de discernir, criterio, penetração, juizo recto que se faz das cousas (Fr. Domingos Vieira *Th. da Ling. port.*) — porem, sim, no sentido juridico — o da concepção do justo e do injusto; não, a concepção em geral, mas especialmente em relação ao facto objecto do processo. Concordão Escorel, citando Ortolan, e Bento de Faria, que citando Nypels, acrescenta ser preciso entender o *discernimento* como faculdade de entrever a penalidade da acção segundo a lei positiva. Em summa, deve o *discernimento* ser considerado sob o ponto de vista do *acto praticado* pelo menor e não apreciado sob um ponto de vista geral. A questão da *idade* e do *discernimento* deve ser resolvida considerando-se a epocha em que o crime foi *praticado*, e, não a do *juigamento*. Concordam Escorel e Bento de Faria, que, allás, só refere a idade, citando o Av. 478 de 17 de Out. de 1863. A questão de discernimento deve ser resolvida pelo jury, devendo o juiz formular o quesito: « O réu obrou com discernimento? » Dec. 848 de 11 de Out. 1890, art. 88. O cit. dec. 4780 de 1903, que criou a Escola correccional 15 de Novembro, estabelece no art. 1.º que essa Escola tem por fim dar educação physica, profissional e usual aos menores abandonados e recolhidos ao estabelecimento por ordem das autoridades competentes nos termos do art. 7.º da lei n. 947 de 29 de Fevereiro de 1902. No art. 2.º diz: Compreendem-se como abandonados os menores de 14 annos, maiores de 9, que, por serem orphãos, ou por negligencia, ou vicios, ou enfermidades, ou falta de recursos dos paes, tutores, parentes ou pessoas, em cujo poder, guarda ou companhia vivam, ou por outras causas forem entregues ás autoridades judicias, ou policiaes, ou forem encontrados habitualmente sós na via publica, entregues a si mesmos e desamparados de qualquer assistencia natural.

— O maior de 9 annos e menor de 14 que procurou occultar o crime e destruiu-lhe os vestigios, prova que obrou com discernimento e portanto é responsavel. Acc. do Trib. Just. de S. Paulo, 13 Maio 1893, na Gaz. Jurid. de S. Paulo, v. III, p. 301. Age sem discernimento o menor de 10 annos que em um jardim publico, e em companhia de outros menores, atira uma pedra em um individuo, produzindo neste um ferimento de natureza grave. Acc. do Trib. Just. S. Paulo, 13 Junho, 1904, no *S. Paulo Judic. v. 5, p. 181*.

§ 3.º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação (38).

(38) Este paragrapho refere-se somente aos *imbecis natos* e aos velhos affectados de *enfraquecimento senil*, constituindo estas duas entidades morbidas dirimente quando aquelles forem *absolutamente* incapazes de imputação. Ora, a *imbecilidade nativa*, por ser uma das especies de alienação mental, devia estar comprehendida entre os irresponsaveis do § 4. Pela redacção do § 3 infere-se que o Cod. isenta da responsabilidade criminal os imbecis natos *quando forem absolutamente incapazes de imputação*, parecendo admittir, a *contrario sensu*, a existencia de *imbecis natos capazes de imputação*. O conceito do Cod. sobre a *imbecilidade nativa* não está de accordo com a sciencia, como pode se vér, entre outros A A., em Julio de Mattos, mais conhecido entre nós, na sua monographia *A Loucura*, p. 63 : « A imbecilidade e a fraqueza de espirito constituem, como a idiotia, estados reveladores de uma profunda degenerescencia psychica; são expressões de uma mentalidade que não attingio o seu pleno desenvolvimento, porque causas perturbadoras, as mais das vezes hereditarias, puzeram obstaculo á evolução do cerebro nos primeiros tempos da vida. » A imbecilidade pôde ser *congenita (nativa do Cod.)* ou *adquirida*. Expondo a symptomatologia, Julio de Mattos, no seo *Manual das doenças mentaes*, p. 271, mostra como nos *imbecis os sentimentos affectivos* são rudimentares; existem como n'um estado de esboço selvagem. Os seus *instinctos e inclinações* são de uma brutalidade chocante. A *vontade* é nulla; reduzidos a pouco mais que a inconsciente satisfação dos estímulos organicos, são incapazes de uma firme resolução, de um querer energico e sentido. São preguiçosos, covardes e ao mesmo tempo irritaveis. Sob o impulso cego e irresistivel de tendencia cuja intima genese não pôde conhecer-se, entregam-se muitas vezes ao *furto*, ao *homicidio* e sentem prazer lançando fogo. A imbecilidade *congenita* é sempre o producto da *hereditariedade* ou o resultado de *operações obstetricas* mal executadas. A *adquirida* reconhece por causas determinantes os *traumatismos*. Na diagnose differencial entre uma e outra forma deve-se consultar cuidadosamente os *antecedentes* do enfermo, investigando a *hereditariedade*, a existencia ou ausencia de *convulsões* infantis e ainda de accidentes *traumaticos*. Prognostico : *A imbecilidade é radicalmente incuravel.*

O imbecil é *sempre* irresponsavel, é *sempre* incapaz de imputação. Ora o Cod. empregando o adverbio — *absolutamente* — parece admittir, a *contrario sensu* repetimos, que ha imbecis *nativos* capazes de imputação; e por exclusão da especie — imbecis de imbecilidade *adquirida* — que estes não estão contemplados no § 3.º

O enfraquecimento senil é molestia devida á idade. Não pôde ser confundida com a fraqueza de espirito, tambem chamada *simplicidade*, que consiste n'uma insufficiencia psychica *congenita* ou *adquirida* no curso da evolução das faculdades, não accusada por signaes somaticos, mas denunciada por ausencia de iniciativa, por falta de poder reflexivo, e, sobretudo por uma extrema credulidade. A fraqueza de espirito é de ordinario *congenita* e reconhece por causa a *hereditariedade*. Em alguns casos é adqui-

vida no periodo do desenvolvimento das faculdades. A causa mais vulgar, então, é a pratica excessiva e precoce do *onanismo*. E' sempre *incuravel*, mas, quando *adquirida*, a destruição das causas que a produziram consegue beneficiar consideravelmente o enfermo. Julio de Mattos, *Man. das Doen. Ment.*, p. 265.

Não é d'estes fracos de espirito que o Cod. trata. Os velhos de enfraquecimento senil são em regra desmemoriados, mas não perdem o *senso moral*, senão quando a velhice é causa de affecção mental. N'este estado, já não é mais o enfraquecimento senil a determinante da irresponsabilidade, e sim, a enfermidade adquirida que o torna incapaz de imputação. Donde concluímos que a expressão — *absolutamente incapazes de imputação* — em relação aos velhos de enfraquecimento, senil só dá logar á irresponsabilidade quando elles estiverem affectados de molestia mental.

— Entende Escorel que a imbecilidade *adquerida* deve ser incluída no 4.º do art. 27, porque outro não ha.

§ 4.º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime (39).

(39) O Dr. Eduardo Durão, (*Solus, Vide no Direito*, 15 Junho 1891, p. 181) procura demonstrar que o novo Codigo, isentando expressamente de responsabilidade criminal os absolutamente incapazes de imputação por imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, estabelece no § 4.º do art. 27 uma these que não aproveita aos demais alienados, pois que só não considera criminosos « os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetterem o crime. » Este estado, diz elle, é incompatível com a actividade physica e psychica anormal necessarios para que haja um acto sobre cuja imputabilidade moral ou jurídica se tenha de pronunciar qualquer decisão. A these só comprehende o cadaver, o corpo inerte e sem vida, incapaz de gesto ou acto imputavel physicamente. Tendo os tribunaes e juizes de se conformar com a disposição expressa do Codigo acerca da circumstancia dirimente da loucura, serão forçados a condemnar todos os loucos que não padecerem de imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, porque o § 4 do art. 27 não pode ter applicação a especie alguma de loucura ». Procedente, em parte, a observação do illustre J. C., não nos parece que o § 4 deva ser interpretado materialmente, afim de evitar-se o absurdo supra notado. Preferimos a interpretação de Dr. Turiano Meira de Vasconcellos, juiz de direito de Santarem (Pará), no *Direito*, Set., 1892, p. 98, em sentença confirmada pelo tribunal de Relação de Belem, isto é, que o Cod. não se limitou ao conceito geral de loucura, 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 alem e decretou, por uma these muito mais vasta, a irresponsabilidade criminal de todos aquelles que no acto de praticarem o crime não tenham a possibilidade de obrar livremente, em cujo numero se acham os loucos de todo genero. » Por outros termos, é essa a interpretação do Dr. Baptista Pereira quando diz que o Cod. declarou a inteira inimputabilidade do agente, se no acto de commetter o crime, se achar em

estado de inconsciencia, seja qual fôr a causa que produza a completa perturbação da intelligencia ou dos sentidos. (*Rev. de Jurisp.* Maio, 1899, p. 16).

Por isso entendemos que, sem embargo da disposição especial do § 3.º, o § 4.º comprehende, generalizando, os *loucos de todo o genero*, expressão-juridica geralmente admittida para abranger todas as especies morbidas conhecidas na pathologia geral das doenças mentaes. Comprehende ainda este § os que commetteram crime em estado de completa perturbação de sentidos, isto é, os somnambulos, os epilepticos, os hypnotisados; emfim, todos aquelles que, embora não sendo loucos, praticaram o crime em tal estado de enfermidade ou perturbação da mente, que lhes tolhia a consciencia ou a liberdade dos proprios actos, tornando se, por consequente, verdadeiramente irresponsaveis. Tal seria, por exemplo, o ferimento ou assassinato que o doente, no delirio da febre, commettesse.

A questão da responsabilidade legal dos alienados apresenta-se sob dois aspectos — medico e juridico. O exame medico legal pelo perito é imprescindivel na constatação do estado mental do delinquente. « Um certificado medico de alienação mental, diz Julio de Mattos (*Obr. cit.*, p. 299), não é um documento sem valor e sem consequencias. Pelo contrario elle implica sempre um destes resultados importantes : a sequestração, a perda de direitos ou a irresponsabilidade criminal. Ao firmal-o o medico exerce o maior dos seus direitos, mas cumpre tambem o mais espinhoso dos seus deveres. Não será, pois, inoportuno reproduzir aqui, antes mesmo de entrar em minuciosidades sobre o exame da alienação, as palavras seguintes de Tardieu : « O primeiro preceito relativo ao perito chamado a pronunciar-se sobre o estado de razão ou de loucura, é que elle seja capaz de produzir opinião sobre o assumpto, que tenha uma experiencia pessoal sufficiente e que saiba por signaes certos reconhecer a alienação mental. Sem duvida ha casos de loucura cuja apreciação generica não reclama do medico uma educação especial; ao lado destes, porém, ha outros cuja investigação exige todos os recursos de um alienista experimentado. E' nestes que o medico não especialista deve, em obediencia á dignidade professional, declarar-se incompetente ». E tanto é mais importante a funcção do perito, quanto é sabido que embora os casos de loucura simulada estejam longe de ser frequentes, comtudo é importante o seu conhecimento porque, como diz Tardieu, cit. por Julio de Mattos, « o perito collocado em face de um arguido, cujo estado mental a justiça lhe confiou a missão de examinar, deve sempre ter em vista a possibilidade de uma simulação ». Pois, a loucura é de ordinario simulada por individuos que desejam obter a isenção do serviço militar; por alienados que se curaram e a quem decepções ulteriores á sahida do hospital acordaram o pensamento de uma reintegração que lhes garantiria a subsistencia sem trabalho; emfim, por criminosos que pretendem obter o beneficio da irresponsabilidade, ou a diminuição da pena se esta foi applicada. O ultimo caso é o mais frequente. Vide sobre o assumpto Julio de Mattos, *Manual das doenças mentaes*. Cap. *Loucura simulada*, ps. 372, e segs.

Bento de Faria considera absurda a redacção e equivocada a orientação do texto do §, pois a parte de severas censuras que tem merccido dos doutos e.

competentes, constitue porta aberta e franca para absolvições as mais vergonhosas e cita a critica do dr. Souza Lima (*Trat. de med. leg.* v. 1, p. 347). A interpretação deste § não deve ser pela letra e sim pelo espirito e pela mente do autor do Cod. Diz o dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas* (*Rev. Jurisp.* v. 2, p. 374) que « a disposição contida no § 4.º do art. 27 que declara não criminosos — os que se acham em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime — não corresponde ao texto original; em vez de *privação* dos sentidos e de intelligencia, o texto dizia — *perturbação* dos sentidos e da intelligencia. E' a formula do Cod. bavaro que foi accêta com duas modificações sensiveis : 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 Código bavaro; outra relativa á condição, que se supprimeo, 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, *o. g.*, que procurasse a embriaguez como meio de encorajal-o no crime, ou o que se prestasse a ser hypnotizado para servir de instrumento ao crime de outrem. Aconteceu, porem, que na publicação official do Cod. foi alterado o § 4.º do art 27, sendo substituidas as palavras — estado de completa *perturbação* dos sentidos ou intelligencia — por estas outras — estado de completa *privação* dos sentidos e de intelligencia ». A expressão — *completa privação* — deve ser entendida no sentido de — *perturbação de sentidos* que prive o agente da *liberdade moral* pelo estado de *inconsciencia* em que se acharem no acto de commetterem o crime. Este § comprehende como já fizemos notar, os loucos de todo o genero, excluidos do § 3.º salvo se commetterem o crime nos intervallos lucidos, os que se acharem sob a acção do somnambulismo, do hypnotismo, da epilepsia, da embriaguez completa e absoluta, excepto se foi procurada (n'este ponto divergimos de Escorel, que cita Bertauld, *Cours de dr. pén.* p. 310, 3ª ed.), do delirio da febre.

Consulte-se entre, outros A. A., João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. I, p. 285, comm. sob a epigr. *Loucos e congeneres*; Viveiros de Castro, *Jurisprudencia Criminal* (1900), cap. X. *A responsabilidade legal dos epilepticos*; Julio de Mattos, *A loucura, Responsabil. criminal dos alienados*; Os alienados criminosos; *A psiquiatria nos tribunaes*; *Manual das Doenças mentaes*, Terceira parte, *Medicina legal dos alienados*; Maudsley, *Le Crime et la Folie*; Legrand du Saulle, *La Folie devant les tribunaux*, *L'Interdiction des aliénés, Etude médico-légale sur les épileptiques*; Camillè Allaman, *Aliénés criminels*; Motet, *Les Aliénés devant la loi*; Paul Marin, *L'Hypnotisme théorique et pratique*; Emile Laurent, *Les Suggestions criminelles*. No *Direito* de 15 de Junho de 1892 e 15 de Abril de 1893, estudos do dr. Affonso Claudio; Estudo — *Responsabilidade criminal dos hypnotizados* pelo dr. Viveiros de Castro no *Direito* de 15 de Março de 1894; *Imputação criminal nos lucidos intervallos da loucura*, de Joaquim Prado Sampaio, no *Direito* de 15 de Setembro de 1891, p. 29; *O Cretinismo exclue a imputabilidade criminal*, estudo do dr. Affonso Claudio no *Direito* de 15 de Novembro de 1892. O individuo que sob a influencia de um ataque de epilepsia commette um crime, tem a seu favor a

dirimente do § 4 do art. 27 do Cod. Pen. Necessidade do exame pericial para verificação do estado de loucura do criminoso — na *Rev. de Jurisprudência* de Setembro de 1898 n. XI. No 1º numero desta *Revista*, Novembro de 1897, p. 127, encontra-se um estudo interessante do art. 27, § 4. Nas *Observações*, sobre a decisão do Tribunal do Jury da Capital Federal, sessão de 29 de Junho de 1897, presidida pelo dr. Gama e Souza, processo celebre de Custodio Alves Serrão, absolvido pela dirimente do § 4, ordenou o presidente do Jury que fosse o réo internado no Hospicio de alienados, conforme o art. 29 do Cod. Pen. Sobre *Loucura transitoria*, A. J. de Macedo Soares, *Estudos Forenses*, p. 296, XXVI, Appel. *ex-officio* provida pelo Acc. da Rel. de Ouro Preto de 18 de Novembro de 1881. Vide ainda sobre *hypnotisados*, João Vieira, *Cod. Pen.*, cit. v. II, p. 87. *Esboço de Psychiatria forense*, pelo dr. Franco da Rocha.

Merece ser mencionada uma bem estudada sentença do dr. José Candido da Silva Brandão, juiz de direito em Nova Friburgo, Estado do Rio, que o *Direito*, 15 de Abril de 1905, p. 587, resumio nas seguintes ementas: Assistencia a um delicto nem sempre constitue autoria ou cumplicidade. Delirio epileptico é diverso do delirio alcoolico; e o primeiro delles acarreta, quando verificado por exame pericial, o reconhecimento da dirimente do art. 27, § 4 do Cod. Pen. A epilepsia pode ser reconhecida independentemente da existencia de ataques e incontinencia de urinas por parte do enfermo.

§ 5.º Os que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual (40).

(40) A expressão *violencia physica irresistivel* equivale á — *força physica irresistivel*. E' toda a coacção physica (força, violencia material) ou moral (medo irresistivel), toda a causa externa ou interna, toda a pressão emfim que possa e se demonstre ter feito desaparecer a *voluntariedade* do agente. Mas o Cod. parece distinguir a *violencia physica*, material, irresistivel, da *violencia moral*, isto é, a *ameaça acompanhada do perigo actual*. Esta formula equivalia ao *medo irresistivel* gerado pela ameaça nas condições supra; ou, por outros termos, o medo irresistivel só é dirimente quando gerado pela *ameaça acompanhada de perigo actual*. Donde decorre, a *contrario sensu*, que o medo não se considera *irresistivel*, para o effeito da dirimente, se a ameaça não for acompanhada d'aquelle perigo. Consulte-se João Vieira de Araujo, *Cod. Pen.*, cit. v. I, p. 301, sob a rubrica *Violentados e outros; Obediencia hierarchica*, Augusto Setti, *La Forza irresistibile*; A. J. de Macedo Soares, *Estudos Forenses*, p. 110: « A força e o medo irresistiveis hão de ser actuaes, imminentes, collocando o réo n'um dilemma: ou morrer, ou matar. N'esta alternativa o réo que opta pela pratica do crime, obedece ao instincto de conservação; torna-se mero automato, instrumente passivo nas mãos do seo violentador, que é o verdadeiro criminoso; elle não, não tem crime. »

A fonte do § é o Cod. bavaro, art. 121. O nosso Cod. substituiu as palavras d'aquelle — *d'un danger de mort actual et inevitable* — pelas de —

perigo actual, isto é, perigo *presente*, *imminente*. Comparando-se este § com o anterior, ha entre elles um ponto de contacto — a *privação da liberdade moral do agentê*. A força e o medo irresistiveis actuam como causas d'aquella *privação*, annullando a vontade, perturbando a intelligencia. As figuras dos dois §§ divergem, porem, no seguinte : na primeira existe completa perturbação de sentidos e de intelligencia, na segunda não se exige que essa perturbação seja completa. São tambem diversas as causas de perturbação do § 4.º das do § 5.º. N'este ha a violencia material (força physica) e moral (ameaças que geram o medo). A violencia physica precisa ser *irresistivel*, isto é, que o agente não possa vencer o adversario, *nem delle possa livrar-se para evitar o crime*. Na violencia moral a ameaça precisa ser acompanhada de *perigo actual*, que dá em resultado o *medo irresistivel*, não tendo tambem o agente outro meio de livrar-se do adversario. Convem ainda distinguir a dirimente do § 5.º das excusativas de art. 32. Ha entre estas e aquella um ponto de contacto — o agente é impellido a commetter o crime, não tendo outro meio de livrar-se do adversario. A differença capital é que uma é *dirimente* da responsabilidade criminal, as outras são *justificativas* do crime.

§ 6.º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito com a tenção ordinaria (41)..

(41) Commentando o *Código Penal Militar* dissemos em nota (25) ao § 5 do art. 21 : Este § corresponde ao § 6 do *Código commum*. Ha uma modificação na redacção : O *Código commum* diz com a *tenção* ordinaria. — O *Código militar* : — com *atenção* ordinaria. João Vieira (*Cod. Pen. Com.*, v. I, pgs. 52 e 314 e seg., *Cod. Pen. do Ex. e Arm.*, p. 25), explica a substituição. No *Código criminal* de 1830 houve erro de impressão, pois no § 4 do art. 10 no autographo está — *atenção* — e foi publicado — *tenção*. Não obstante o Aviso de 22 de Janeiro de 1883, sob consulta do Conselho do Estado, a verificação de erro de impressão da edição official e a publicidade do facto por diligencia particular do illustre dr. Monte, director do *Direito*, nunca foi declarada officialmente. Do mesmo erro ressentem-se o *Código commum* de 1890, sendo agora corrigido no *Código militar*.

A disposição deste § 5.º contem dous elementos — exercicio ou pratica de qualquer acto licito — feito com *atenção ordinaria*. Para que o facto possa ser considerado casual, isto é fortuito, e dar lugar á irresponsabilidade, é necessario o concurso daquelles dois elementos. A falta de qualquer delles dá lugar á *culpa* ou ao *dolo*. O conceito do *mal casual* está bem expresso em Tolomei (*Diriito e Procedura*, p. 975, cit. por João Vieira) : « Quando o mal não tem por causa, nem o dolo, nem a *culpa*, se diz, como sabemos, produzido pelo *accaso*, mal casual ou fortuito, e é imputavel, não ao homem, mas á ordem natural das cousas e ninguem está sujeito a responder por elle. Pode, pois, ser definido : — um complexo de causas extranhas ao livre querer do homem do qual deriva um mal que, ou não se pode prever, ou, previsto, foi inevitavel. »

« O criterio de *culpa* está na possibilidade de prever as consequencias do proprio acto, o que torna vencivel a ignorancia e o erro. A condição contraria

o criterio do caso fortuito (Pessina). Os exemplos citados por João Vieira são frisantes: Um enfermeiro ministra ao seu doente e este ingere um remédio de uso externo, que é um veneno activo. O doente succumbe. Não se pode deixar de attribuir o facto senão á falta absoluta de previsão: ha culpa. O enfermeiro está incurso no art. 297 do Cod. Com. O machinista da locomotiva avista um viandante; prevê que em alguns segundos fará uma victimia; procura parar a machina, dá contra vapor, mas inutilmente, o viandante é esmagado; o facto era previsto, mas tornou-se inevitavel. O machinista não é responsavel, porque, na carreira em que ia o trem, não poude evitar o desastre.

João Vieira considera que não obstante o conceito em geral do *caso fortuito*, elle pode estar *connexo* com o *dolo* e a *culpa*; sob certo aspecto ser produzido por um ou outro: isto pode succeder quando o dolo ou a culpa fôrem causa *occassionnal* do caso fortuito. Tal é, por exemplo, o incendio ateado para destruir determinado logar, mas que o vento fez lavar com intensidade por outros logares, produzindo damno maior do que o calculado; este damno maior procederia do *caso fortuito*, mas este teve o *dolo* como causa *occassionnal*. Um *misto* de *caso* e *culpa* vê ainda na falta de guardas na estrada de ferro nos pontos que devem occupar, quando tal falta produz um damno.

Não nos parece, porem, essa doutrina conforme ao conceito do *caso fortuito*, constante dos Codigos commum e militar. Não pode haver *connexão* do *caso* com a *culpa* ou o *dolo*, pois a existencia de qualquer destes, no acto, ou facto, exclue o *fortuito*. Se o acto é *illicito*, feito *com* attentão ordinaria; se *licito* mas *sem* attentão ordinaria, o crime delles resultante é punivel, porque apparecem a culpa ou o dolo. Assim, é prohibido caçar em tal logar; o caçador é cauteloso e faz a suas pontarias com a attentão ordinaria, isto é, cuidadosamente, mas succede matar um viandante, cuja previsão de alli se achar parecia-lhe impossivel. *Casual* seria o crime se lhe fosse *licito* caçar n'aquelle logar. Ha neste acto a *culpa* que torna o caçador incurso no art. 297 do Cod. comm. O cavouqueiro vaê lançar fogo á mina de dynamite, mas o estopim não tem o comprimento necessario para dar tempo a que os companheiros fujam. N'este serviço não ha a *attentão ordinaria*, o acto de fazer explodir a mina é *licito*. A mina explodio e matou um cavouqueiro que não teve tempo de fugir. O cavouqueiro que lançou fogo, responde pela *culpa*, se não teve o proposito de dar por esta forma a morte ao companheiro. Mas, se este foi o seu intento, o *dolo* se manifesta. No caso de *culpa*, o cavouqueiro está incurso no art. 297 e no de *dolo* no art. 294 do Cod. com.

— *Acaso* (do latim *casus*, com o *a* expletivo da indole da lingua) significa eventualidade, evento, successo imprevisto, azar, casualidade, accidente fortuito. Combinação de circumstancias independentes da vontade, que se não podem evitar, nem prevêr, nem tão pouco explicar a razão della. O adjectivo *casuai* (do latim *casualis*, de *casus*) quer dizer que depende dos casos, dos accidentes. Do *casus* ainda se forma o substantivo *casualidade* que significa acaso, accidente, facto imprevisto. Fortuito, do latim *fortuitus*, quer dizer accidental, inopinado, casual. Costuma-se dizer um *caso fortuito*, um *caso inopinado*, isto é, um caso não esperado, repentino, subito, imprevisto ou

impensado. Todos os factos occorridos nas condições expressas n'aquelles vocabulios podem se considerar modalidades do *casus*. A vontade humana está naturalmente excluída de qualquer d'aquelles accidentes. Desapparece a responsabilidade, pois, o facto resultante do *casus*, se não foi previsto, menos ainda podia ser querido. Mas o Cod. exige o concurso de trez requisitos que integram o dirimente do § 6.º. Não basta que o *facto* seja *casual*, é necessario que o *acto*, causador do facto, seja *licito* e feito com a *atenção ordinaria*. Se faltar qualquer destes dois ultimos requisitos, cessa a dirimente, para dar logar a responsabilidade.

§ 7.º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrução, salvo provando-se que obraram com discernimento (42).

(42) Ver sobre os §§ 6 e 7 João Vieira, *Cod. Pen.* cit. p. 311. E' justa a censura do illustre J. C. ao Cod. por haver este considerado a surdo-mudez *dirimente*, salvo a questão do discernimento, não tendo-a, entretanto, considerado *attenuante*, como fez em outros casos, quando a dirimente não pudesse ser applicada. Rigorosamente não se pode considerar o surdo-mudo de nascimento e sem cultura na classe dos irresponsaveis, que perdem o senso moral, a consciencia, o livre arbitrio, o discernimento, o pleno conhecimento do mal. E a prova de que não deve o surdo mudo ser juridicamente equiparado ao louco está no facto de tornar-se elle apto, pela cultura, para o exercicio de quaesquer profissões, até mesmo liberaes.

Vide ainda no *Direito*, Nov., 1892, ps. 394 e segs., um estudo do dr. Affonso Claudio. A surdo-mudez pode ser de nascimento, ou pode ser adquirida posteriormente, resultado de uma enfermidade qualquer. O Cod. refere-se á primeira especie: O dr. Souza Lima, cit. por Bento de Faria, opina que a surdo-mudez de que cogita o § é a congenita, e não da que se possa adquirir mais tarde por molestia ou lesão traumatica. Observa Escorel que « tratando-se de surdo-mudo menor, o juiz deve ter em vista as disposições do Cod.; que se applicam á menoridade. Embora o surdo-mudo, maior de 9 e menor de 14 annos, tenha recebido educação ou instrução, não é por isso considerado responsavel. Regese o caso pela disposição do § 2.º ». O dispositivo do Cod. é claro: Se o surdo-mudo obrar com discernimento é responsavel, ainda que não tenha recebido educação, nem instrução. Só se reconhece a dirimente, quando elle obra sem discernimento. Se os surdos-mudos menores de 14 annos estão sujeitos a regra qual estabelecida no § 2.º parece claro que estes estão excluidos do § 7.º, que só cogita dos surdos-mudos maiores de 14 annos, sem limitar a idade dahi para acima, que obrarem sem discernimento e ainda com a restricção de não terem recebido educação (entende-se moral ou religiosa), nem instrução.

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 fórmula da execução (43).

(43) No art. 42, § 8, o Cod. considera circumstancia attenuante ter o delinquente commettido o crime em obediencia a ordem do superior hierarchico, e no art. 229 declara que o executor da ordem, ou requisição illegal, será considerado obrar, como se tal ordem ou requisição não existir, e punido pelo excesso de poder, ou jurisdicção que commetteu; em seguida define o que são ordens ou requisições illegaes.

O art. 18 só isenta da pena : se a ordem for legal, dada por superior legitimo, a quem o executor devia obediencia legal, e ainda assim se não houver excesso nos actos ou na forma da execução. Cumpre verificar, porem, se a ordem de commetter crime pode-se considerar uma ordem legal, nos termos do art. 229. O simples enunciado da proposição resolve pela negativa. Sendo o crime a violação imputavel e culposa da lei penal, a ordem de commetter crime não pode ser cumprida em hypothese alguma, o executor tem o dever de résistir, em seu favor milita a defeza propria prevista no art. 35, § 2.º, ainda que seja a ordem emanada de superior legitimo, e cumprida em virtude de obediencia legalmente devida. Assim, parece-nos que nas palavras — a ordem de commetter crime — deve-se entender — na execução de uma ordem da qual resulte ou possa resultar crime — não será isento da pena aquelle que o praticar.

A excepção — salvo si for cumprida, etc. — só isenta da responsabilidade se não houver excesso em actos ou na forma da execução. No caso contrario, verifica-se a responsabilidade, porem, attenuada, dá-se a circumstancia attenuante do art. 42, § 8. Se a ordem fór illegal, o executor é responsavel e punido nos termos do art. 229. Vide João Vieira, Cod. pen. comm., v. I, p. 329.

— O Cod. refere-se a superior hierarchico. « Uma ordem só produz irresponsabilidade completa, observa Escorel, quando de um lado ha direito de mandar, e de outro o dever de obedecer. Esta relação de subordinação só existe em toda á sua força no serviço do Estado, e na hierarchia dos funcionarios publicos. » Em termos genericos, na forma das decisões do Tribunal Supremo de Hespanha (4 de Março, 1886) : La obediencia es debida quando el que manda lo hace en virtud de sus atribuciones, y el que obedece obra dentro de sus deberes (17 de Outubro, 1890) : Nadie está obligado á la obediencia quando el mandato ó encargo se refiere á la ejecucion de actos morales y punibles. A obediencia hierarchica é um dos principios fundamentaes da ordem social, escreve Rossi, cit. par Bento de Faria, mas esta obediencia não deve ser nem cega, nem passiva : ella suppõe a legitimidade da ordem e do commando, e esta presumpção é que em geral põe a coberto de toda a responsabilidade os actos dos agentes da autoridade. A presumpção deve, porem, cessar desde que a ordem é manifestamente criminoza. Não basta a simples obediencia, diz Rivarola, é necessario que o acto tenha sido executado em virtude de obediencia devida. O dispositivo do nosso Cod. é claro e exige mais — obediencia legalmente devida a superior legitimo. Na segunda parte do texto do art. 28 — salvo se for cumprida, etc. — não é

uma escusa *dirimente da responsabilidade*; e, sim, uma escusa *justificativa do crime*, que isenta o agente da punição.

Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues ás suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico (44).

(44) Na *Rev. de Jurisp.*, Nov. 1897, p. 127, a proposito do julgamento de Custodio Alves Serrão, a que nos referimos em a nota do § 4.º do art. 27, a *Ilustrada Redacção*, divergindo da sentença que mandou recolher o réu ao Hospicio Nacional de Alienados na forma do art. 29, faz interessante observação, fundada em boas razões. Conclue, que « dada a hypothese do art. 27, § 4, combinado com o art. 29 do Cod. Pen., mediante resposta affirmativa aos quesitos propostos ao conselho o presidente do jury, quando se convença da conveniencia de ser o irresponsavel recolhido a um hospital de alienados, *por seu estado mental assim o exigir para a segurança do publico*, deve absolvel-o e declarar-o livre, com baixa de culpa, fazendo-o, entretanto, apresentar immediatamente ao juiz competente para o processo da interdicção, ou de preferencia ao chefe de policia para os effeitos do art. 88 do Reg. n. 2467 de 19 de Fevereiro de 1897. A providencia do art. 29 do Cod. Pen. nada tem de *repressiva*; é, ao contrario, meramente *preventiva*, e a *policia preventiva* jamais foi exercida pelo presidente do jury.

Seria conveniente que esta pratica fosse uniformemente seguida pelos juizes e tribunaes, porque, alem de ser bem fundada, não contraria o texto expresso do Codigo. *Vide* João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. I, p. 329. *Vide* nota ao art. 378. Na *Rev. de Jurisp.*, Out. 1899, 157, uma bem lançada sentença do dr. Francisco Altino Correia de Araujo, juiz de direito do Recife.

Art. 30. Os maiores de nove 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 (45).

(45) *Vide* nota ao art. 27, § 2.º, e ao art. 49; dec. n. 145 de 12 de Julho de 1892 e lei n. 947 de 29 de Dezembro de 1902, que reforma o serviço policial do Districto Federal e cria colonias correccionaes para rehabilitação, pelo trabalho e instrucção, dos mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiros e menores viciosos, encontrados e como taes julgados no mesmo Districto, comprehendidos nessas classes os definidos no Codigo Penal e no referido decreto n. 145 de 1892. Alem destes individuos, determina a lei, no art. 7.º, que sejam recolhidos ás colonias correccionaes os menores de 14 annos, maiores de 9, inculpados criminalmente, que forem julgados como tendo agido *sem discernimento*, nos termos dos arts. 30 e 49 do Codigo

Penal. Cumpre notar que esta lei foi publicada duas vezes no *Diario Official*, em 30 de Dezembro de 1902 e em 15 de Janeiro de 1903, sendo a segunda publicação acompanhada da nota—*Reproduz-se por ter sahido com incorrecções*. Mas, em ambas as publicações parece ter havido engano na parte relativa aos menores *sem discernimento* com referencia ao art. 30 que trata dos menores *com discernimento*.

Os menores de 14 e maiores de 9 annos que obrarem sem discernimento não se considerão criminosos, são os de que trata o § 2.º do art. 27 a estes também não tem referencia o art. 49. O regulamento da lei n. 947 de 27 de Dezembro de 1902 foi expedido em 1903.

— Por Acc. de 17 Agosto 1898 decidiu o Sup. Trib. Fed.: Constitue constrangimento illegal manter-se na casa de Detenção, por falta de estabelecimento adequado, o menor sentenciado a ser recolhido a um estabelecimento industrial disciplinar. Em consequencia cabe, na hypothese, o recurso de *habeas corpus*. O paciente assim relaxado da prisão, se estiver sujeito a jurisdicção orphanologica, deve ser apresentado ao competente juiz. (Na *Rev. Jurisp.* Dez. 1898, p. 394.)

Art. 31. A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil (46).

(46) Este artigo se relaciona com o art. 70 que : que a obrigação de indemnizar o damno será regulada segundo o direito civil. João Vieira, *Cod. Pen. cit.*, p. 330.

Art. 32. Não serão também criminosos :

§ 1. Os que praticarem o crime para evitar mal maior ;

§ 2. Os que o praticarem em defeza legitima, propria, ou de outrem.

A legitima defeza não é limitada unicamente á protecção da vida ; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados (47).

(47) Ha differença entre *causa dirimente* e *justificativa*. A *dirimente* isenta da responsabilidade criminal e da penalidade; na *justificativa* ha a responsabilidade, mas a penalidade deixa de ter logar por disposição da lei em certos e determinados casos, isto é, concorrendo os requisitos dos arts. 33 a 35.

A palavra — *excusa* — pode comprehender tanto o *dirimente* como a *justificativa*. Assim deve se entender a disposição da lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 61 : Se o réu apresentar em sua defeza, ou no debate allegar como *excusa* um facto que a lei reconhece como *justificativa*, e que o isenta da pena, o juiz de direito proporá a seguinte questão : O jury reconhece a existencia de tal facto ou circumstancia?

Tres são as justificativas reconhecidas pelo Cod. — a do crime praticado em virtude de *obediencia legalmente devida a superior legitimo*, nos termos

do art. 28, a do *mal maior*, ou estado de necessidade, e a da *legítima defesa* (*propria* ou de *outrem*), nos termos dos arts. 32 a 35.

Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1, do artigo precedente, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquentes 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 (48).

(48) Commentando o art. 27 do Cod. Pen. Mil., dissemos :

A justificativa do *mal maior* depende do concurso de tres 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. Todos estes requisitos presuppõem no agente a faculdade de discernimento calmo e reflectido no momento de praticar o crime e caracterisam o *estado de necessidade* em que se encontra o agente de evitar o *mal maior*.

O *estado de necessidade* é um estado de *facto*, em que a força maior obriga a pratica do crime, segundo o conceito de Bentham : « *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 pode 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* — A *falta absoluta de qualquer outro meio menos custoso* — A *efficacia certa d'aquelle que se emprega.* » Este conceito de Bentham do *estado de necessidade* servio de fonte ao nosso Codigo criminal de 1830, ao Codigo Penal em vigor e foi reproduzido no Codigo militar. Vide João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, ps. 6 e sgs., que, de acordo com as ideias da criminalologia italiana moderna, fez minucioso estudo dos estados de *necessidade* e de *legítima defesa*, chegando, porem, á conclusão (p. 26) em que nos parece confundir os conceitos da *necessidade* e da *legítima defesa*. A razão da justificativa do estado de necessidade não nos parece que deva ser a em que, dada a collisão de duas vidas, « a sociedade não possua *a priori* razões para querer que uma sobreviva antes do que a outra, ao passo que na legitima defeza a sociedade tem grandissimo interesse em que sobreviva o aggreddido e que seja eliminado antes um malleitor do que uma pessoa honesta. O interesse do aggreddido coincide com o interesse social. O direito em sentido positivo emerge então porque elle consiste exactamente na coincidência do interesse individual com o social, como diz Ferri. »

E procurando distinguir do direito de legitima defeza, diz João Vieira que « no *estado de necessidade* não tem imperio algum as normas juridicas. Ahi dominam como absolutas as leis animaes da lucta pela existencia; »

facto da collição involuntaria de dois direitos, de duas vidas, não revela temibilidade em qualquer das duas partes empenhadas nella; por isso a sociedade não tem razão de desejar antes um exito que um outro a esta collição, comquanto ella seja em si mesma deploravel como uma desventura. A morte, o ferimento, ou o damno commettidos em *estado de necessidade* não se pode nem mesmo dizer com Bacon, *inculpaveis* ou *impuniveis*; são factos que exorbitam do direito penal, porque este nada tem que ver onde se manifesta algum phenomeno de volição que dê indicio da constituição anti social do agente. » E conclue que « o nosso legislador não andou bem avisado quando no § 1 do art. 32 (do Cod. Pen. comm.) exigio os *requisitos* dos ns. 2 e 3 do art. 33 ».

A razão da justificativa da *necessidade* consiste no *facto* de ser necessario evitar *mal maior*; tal seria, por exemplo, o concerto de uma rebellião a bordo que tivesse por fim matar o commandante e cujo exito dependesse da audacia do cabeça. Taes as circumstancias que rodeiam o *facto*, que o commandante julgue necessario, sem mais formalidades, num momento dado elle proprio matar o cabeça, mandando-o vir á sua presença, ou indo ao seu encontro. Ha *mal maior* que justifica o acto do commandante, se elle tinha certeza da existencia da conspiração: se o exito desta dependia do cabeça que arrastaria infallivelmente a tripolação, se no momento em que a sublevação rompesse elle estivesse vivo; o unico meio era a morte porque no caso de prisão ou de conselho de guerra, a sublevação não seria evitada, ficando o commandante sem recursos para debellal-a; a probabilidade da efficacia do meio empregado — a morte do cabeça — era evidente, porque fazia abortar a sublevação.

Eis um caso de *necessidade*, em que propriamente o commandante não trata de sua legitima defeza, mas de evitar que ficasse o navio entregue á guarnição sublevada, alem de outras considerações que dizem respeito á disciplina, etc.

Si, porem, o commandante podia contar com parte da guarnição em numero sufficiente para suffocar a sublevação, ou ao menos para effectuar a prisão do cabeça e mantel-o a ferros, a medida extrema da morte já constitue excesso, visto como não houve falta absoluta de outro meio menos prejudicial. Cessa o *estado de necessidade* de tão extrema medida; desaparece a *justificativa* para dar logar á *attenuante* do § 6 do art. 42.

Sobre as justificativas dos arts. 32 a 35 do Codice Penal *vide* Dec. n. 3475 de 4 de Novembro de 1899, art. 4. Esta disposição só rege o processo na Capital Federal.

— Escorel observa que o legislador cogita no § 1.º do art. 32 somente do conflicto de direitos e bens *desiguaes*, attenta a expressão — para evitar *mal maior*. Entende o dr. José Hygino que « o conceito do nosso Cod. penal a respeito da extrema necessidade, é, por um lado, muito estreito, e, por outro, muito largo. E' estreito em tanto quanto só isenta de pena o que pratica o crime para evitar *mal maior*. Incorre, portanto, em pena o que praticar crime para evitar *mal equal*, o que, por ex., sacrificar a vida de outrem para salvar a propria (e fica assim fóra do estado de extrema necessidade o caso typico de todo o mais imperioso!) E' muito amplo porque a formula dada pela lei comprehende como extrema necessidade, não só a situação que

resulta do conflicto entre interesses licitos e deveres juridicos, ou somente entre deveres juridicos do mesmo individuo. O carcereiro que, ameaçado de morte, entrega aos presos as chaves da prisão para salvar a vida, o individuo que deixa de cumprir um dever, cuja violação constitua um crime, para poder cumprir um dever superior, praticam crimes para evitar *mal maior*. N'esta parte o Cod. pen. approxima-se da idéa de Binding, que assim define a extrema necessidade : « a situação em que se acha todo aquelle que somente por uma acção prohibida pode salvar um bem juridico posto em perigo, ou tornar possível o preenchimento de um dever juridico. » A critica do illustre J. C. é feita sob o ponto de vista da theoria de Franz von Liszt sobre o Cod. pen. allemão. Outro foi, porem, o criterio do nosso Cod. A justificativa do estado de necessidade, ou do mal maior, está circumscripτα aos termos do art. 33. Devem intervir conjunctamente os tres requisitos alli mencionados. O estado de necessidade é um *estado de facto* e bem definido na expressão *extrema necessidade*, de que usa Von Liszt. Se faltar qualquer dos requisitos desaparece a justificativa e o agente responde pelo delicto, porem, attenuada a pena (art. 42 § 6). Nem sempre a defeza da vida, e a situação do conflicto entre interesses licitos e deveres juridicos, constituem estado de necessidade. E assim responde-se á critica do dr. José Hygino, pois, como diz Bento de Faria, citando Giraud, Von Liszt e Sermet (*L'état de nécessité en mat. crim.*), casos existem em que o sacrificio da vida e da integridade constitue um *risco profissional* (preferimos a expressão — *um dever profissional*, em vez de — *risco*) devendo o agente preferir a salvação dos outros a sua propria. » Em naufragio ao commandante do navio cumpre o dever de ser o ultimo a sahir de bordo. O bombeiro deve arriscar a vida para salvar a do morador do predio em chammas. A sentinella perdida deve preferir morrer a deixar de dar o grito ou o tiro de alarma. Vide art. 27 § 5.º e nota.

Art. 34. Para que o crime seja justificado no caso do § 2 do mesmo artigo, deverão intervir conjunctamente, em favor do delinquente, os seguintes requisitos :

- 1.º Agressão 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 agressão;
- 4.º Ausencia de provocação que occasionasse a agressão (49).

(49) O conceito da legitima defeza distingue se essencialmente do *estado de necessidade*, porque aquella é um direito, que decorre da propria natureza humana pelo instincto de conservação, e da organização social pelo poder publico, que foi instituido especialmente para garantir os direitos fundamentaes da vida, liberdade, propriedade, emfim todos os direitos civis e politicos dos cidadãos. A segurança da vida e de todos os direitos que

podem ser lezados, é dever preliminar de todo aquelle que representa uma parcella do poder publico. Por meio da policia administrativa e judiciaria, preventiva e repressiva, o Estado exercita a sua função protectora dos direitos individuaes. Mas se, n'um momento, o cidadão se acha entregue aos seus proprios recursos, isto é, si está impossibilitado de invocar ou receber soccorro da autoridade publica, elle exerce o direito de legitima defeza propria, ou de outrem. Esse direito não se limita á protecção da vida; vae além e comprehende todos os direitos que são lezados. « O individuo que age em estado de legitima-defeza, diz João Vieira, representa um instrumento de defeza, do qual se vale a sociedade em um momento de imminente perigo. A legitima defeza se apresenta como uma forma abreviada da justiça penal e da sua execução. O interessé social, em perigo, pela ameaça imminente feita aos direitos do individuo, reage com rapidez e vigor insolitos, e reprime o delicto no ponto mesmo da sua manifestação. Quando ao contrario o facto já está consummado e o mal não é mais imminente, elle se vale dos juizes. »

E assim é. O direito de legitima defeza o individuo exerce tambem, pode se dizer, por delegação da sociedade, ou do poder publico. E' um direito natural, um direito positivo, e até mesmo um direito politico.

Mas o exercicio desse direito está sujeito a requisitos especiaes. O estado de legitima defeza só constitue justificativa se *conjunctamente* intervierem os requisitos constantes do art. 34. E' necessario que haja uma *agressão*, que esta seja *actual*, isto é, que a repulsa se dê, immediatamente, no momento da *agressão*. Deve haver *impossibilidade* de prevenir ou obstar a acção, isto é, a *agressão*, ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica. Os meios da repulsa devem ser adequados para evitar o mal e em proporção da *agressão*, isto é, o excesso de força, ou de meios, tira o caracter da repulsa legitima. Assim, se a *agressão* tem por fim uma tentativa de morte por meio de arma de fogo, ou de qualquer outra arma equivalente cujo emprego deve causar a morte, a repulsa pode usar dos mesmos meios. Mas si se trata de um *aggressor* desarmado, cujo intuito se manifeste em simples *lucta* corporal, ou mesmo em injurias, comprehende se que a repulsa por meio de arma que dê logar a morte, constitue excesso de defeza; porque não está em proporção da *agressão*.

O quarto requisito necessario para caracterisar a legitima defeza é que haja ausencia de provocação que occasiona a *agressão*, porque, n'este caso, não seria a repulsa d'aquella.

Todos estes quatro requisitos, concorrendo *conjunctamente* em favor do delinquente, collocam-n'o em *estado de legitima defeza*, que pela *justificativa* isenta-o da penalidade. Se, porem, qualquer dos requisitos deixa de existir, a responsabilidade criminal, fazendo desaparecer a justificativa, apresenta-se acompanhada de attenuantes.

Nas suas *Notas historicas na Ro. Jurisp.* Maio, 1898, p. 11, sobre o Cod. pen. de 1890, de que foi autor, o dr. Baptista Pereira diz que o systema do Cod. de 1830 sobre a legitima defeza (art. 14) era contra dictorio e incompleto e afastava-se dos fundamentos racionaes do direito de defeza. « Nenhuma razão, continua o illustre J.C., explicando o dispositivo do novo Cod., 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 im-

minente, obedecendo á lei suprema de conservação, repelle de si um ataque ou um perigo grave, do que aquelle que, por um bello movimento do coração, alliando generosamente a coragem com a humanidade, no dizer de Bentham, acode pressuroso em defeza do seu semelhante, prestes a succumbir em uma lucta desigual. Sem duvida que a lei deve tomar precauções salutaes para evitar que a defeza degenerem em um acto de vindicta privada, pois é só legitima quando *ad propulsandam injuriam* 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 (nós diriamos, supprimindo a expressão — o direito : — impera, então, a guerra privada — porque a *guerra privada* não constitue um direito, mormente na especie). Mas, sem faltar aos principios, a lei não pode deixar de estabelecer de modo absoluto e igual as condições de justa defeza propria, ou de terceiro, que podem legitimar um acto violador do direito alheio e materialmente contrario á lei. Assim o comprehendí. Entre as condições de legitima defeza o art. 34 n. 1 do projecto enumerava — a aggressão *illicita* actual. Este conceito é triumphante no direito escripto moderno; em geral os Codigos são concordantes em declarar impune 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 Allemauha § 53); quando é *illegitimo* (Cods. da Republica 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 d'aquelle que se defende. Assim, o criminoso perseguido pela força publica, que o quer prender, não pode allegar o estado de defeza; esta não é legitima quando o acto que a determinou, se bem possa ser excusavel, constitue por si mesmo uma infracção (nós supprimiríamos do periodo a phrase : — « se bem possa ser excusavel » — porque a resistencia do criminoso perseguido pela força publica jamais será excusavel). Não obstante supprimio-se a clausula — *illicita* — sendo o primeiro requisito — *aggressão illicita actual* — substituido por este outro — *aggressão actual* (art. 34 § 1.º do Cod.) » A aggressão deve ser — *actual*, isto é, já começada ou imminente; *injusta*, isto é, não autorisada por lei (Vide art. 125); *violenta*, isto é, com emprego de força ou arma. Cessando a aggressão, isto é, depois da aggressão, não ha legitima defeza, desde que desaparece completamente o perigo e não ha mais o que repellir. O perigo deve ser *actual* e não *previsto*. Um perigo futuro contra o qual se pudesse tomar precaução não basta para legitimar a defeza. Por consequencia aquelle que se dirigio a um logar sabendo que ia ser atacado, ou que ia encontrar o adversario, não pode invocar a defeza legitima. Se era obrigado a passar pelo logar, a previsão é o annuncio do perigo aconselhavam-lhe providencias de pedido de socorro á autoridade para evitar a aggressão. Se não era obrigado a passar pelo logar, a prudencia tambem aconselhava-lhe que alli não fosse, afim de evitar o ataque. Accresce que, dado o caso do *imprevisto*, aquelle que pode evitar a aggressão por um meio *inoffensivo*, não tem o direito de recorrer a um meio *violento*; se tem tempo de fugir, deve fazel-o; se pode desarmar o aggressor.

não deve ferir; se pode conter o aggressor, ferindo-o, não deve mata-lo. É necessario, porem, suppôr que a pessoa atacada tinha conhecimento desse meio de defesa mais brando e que podia usar d'elle sem perigo para si. Assim a fuga é impossivel para o soldado de sentinella; para o que teme que, fugindo, encontrará um novo inimigo em seu caminho. O emprego de meios inoffensivos seria perigoso para o homem atacado com armas mortíferas. Em todos estes casos a defesa immediata será permittida em toda a sua latitude. Finalmente se a aggressão actual envolve um perigo actual, não é necessario esperar o aggressor. O perigo surge, a necessidade da defeza impõe-se, desde que o aggressor avança, manifestando a sua intenção. Se o aggressor lança mão da uma arma de fogo ou de outra arma, não é necessario esperar que elle desfeche o tiro, ou dê o primeiro golpe, para poder haver defesa. Direito de defeza e dever de esperar o tiro ou primeiro golpe, são cousas que se repellem. Estas observações são do *Commentario official* do Cod. bavaro, cit. por Escorel. A legitima defeza não se limita á protecção da vida; ella comprehende *todos os direitos* que podem ser lesados (Art. 32 § 2). Esta segunda parte do § 2 do art. 32 foi tirada, diz Escorel, do *Commentario official* do Cod. da Baviera que diz : « A defeza 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 defeza; pode-se ferir com um tiro o ladrão que foge, levando a cousa furtada, pode-se mesmo mata-lo, se não houver outro meio de impedir a perda da cousa. Somente é preciso que haja *necessidade absoluta* de recorrer aos meios de defeza, sem o que haveria *excesso* de defeza ». A theoria do *Commentario* não deve ser applicada ao nosso Cod. nesta parte. Adoptamos por isso a restricção que faz Escorel : « Dizendo o Cod., como diz no § 2.º do art. 32, que a legitima defeza comprehende todos os *direitos* que podem ser lesados — admitte, não ha duvida alguma, que o ataque aos bens *moveis* ou *immoveis*, autorisa o direito de defeza subordinado ás mesmas condições, que são exigidas em outros casos, para poder ser considerada legitima. De accordo com esta doutrina estão Bertauld, 3.ª ed. p. 320; Trébutien, v. 1, p. 411, Ortolan, n. 441, e outros escriptores, entre os quaes criminalistas allemães. » Vide art. 27 § 5.º e nota. Transcrevemos a seguinte sentença do juiz da 11.ª Pretoria do Districto Federal, dr. Geminiano da Franca :

Vistos e examinados estes autos. — Ficou perfeitamente apurado no sumario que o réo Fernando Pinto de Almeida, na rua Barão de Mesquita, esquina da de Ernesto de Souza, no dia 13 de Janeiro do anno findo, deu uma bofetada em Heraclito Augusto Moreira, e este, repellindo a aggressão, fez em Almeida os ferimentos descriptos no auto de corpo de delicto a fl. A primeira testemunha declara que vio Heraclito receber a bofetada e repellir a offensa com uma bengala, a segunda não presenciou o facto, mas vio Heraclito descer de um bond na rua Barão de Mesquita perseguido por Almeida, e mais tarde soube que elles se haviam offendido mutuamente; a terceira affirma ter visto Almeida descarregar a bofetada em Heraclito, e este vibrar naquelle diversas pancadas com um guarda-chuva. Duas testemunhas do inquerito, que não puderam ser ouvidas no summario por motivo

de força maior, declaram que viram o denunciado Almeida por terra ensanguentado, subjugado e espancado por Heraclito.

O exame pericial feito em Almeida denuncia nada menos de quatorza ferimentos. Em Heraclito não foi feito o corpo de defecto dilicto, e isto devido á natureza da lesão, que em via de regra, não deixa vestígios apreciáveis.

O réo Almeida acompanhou o processo em seu inicio, deixando-o em seguida correr á revelia. O denunciado Heraclito acompanhou-o em todos os seus termos e funda a sua defeza na dirimente do art. 32 § 2º do Codigc Penal.

A legitima defeza de que trata o citado artigo é a violencia autorizada para em casos especiaes e restrictos, repellir uma aggressão grave, injusta e inevitavel. Dahi a necessidade daquellé que a invoca demonstrar exuberantemente, que no momento de seu exercicio concorriam todos os requisitos que o nosso Codigo enumera no art. 34.

Antes de tudo é preciso que a acção praticada pelo qua se defende não tinha o caracter de vingança, resentimento ou punição, mas sendo, como é, o exercicio de um acto legal o anime o espirito de justiça, desacompanhado de quaesquer laivos de vingança — *si tuendi duntaxati non ulciscendi causa factum*.

Ortolan distingue com clareza e precisão a acção praticada como vindicta, daquella que é exercida em defeza propria : « quando o perigo está imminente o que fazemos para evital-o é a defeza, quando o mal está feito o que fazemos para vingal-o é acto culpavel provocado. »

Para que, portanto, o agente se ache em estado de legitima defeza é preciso que perigue a sua integridade physica ou moral, isto é, que a sua vida corra risco no momento, pela gravidade da aggressão e pela impossibilidade de evitar esta por meios menos brandos, ou que a lesão moral importe numa offensa irreparavel á honra.

Committendo o factu delictuoso constante dos autos, praticou-o o denunciado Heraclito em defeza de sua pessoa physica nos termos de nosso Codigo?

Não absolutamente. Pratical-o-hia em defeza de sua honra, attenta a natureza da offensa recebida? Tambem não.

A honra, que é a estima propria, corroborada pelo respeito, consideração e apreço da sociedade, só justifica a retorsão material no caso do attentado contra ella perpetrado acarretar effeitos irreparaveis.

Mello Freire diz — que a defeza da honra só legitima a repulsão physica, quando se trata da *pudicicia*, porque ahi a offensa é irreparavel, no que se assemelha á vida — *maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* — L. 1º Cod. de raptu virginium; *Divus Adrianus rescripsit cum, qui strupum sibi vel suis per vim inferenteni occidit, dimittendum* — L. 1º, § 4º, D. Lg. Cornel de sicariis.

O Codigo francez considera tambem excepcionalmente justificavel o crime, quando praticado pelo conjuge no caso de flagrante delicto de adulterio sob o tecto conjugal.

Fóra, porém, desses casos, todo acto de força por parte do offendido deve

ser considerado, segundo a sua intensidade, como simples circumstancias attenuantes, Chauveau et Hélie assim se expressam : as injurias reaes, taes como : uma bofetada, attenuam o delicto, mas não o justificam; Garraud diz : simples ultrage á honra não autorisa o emprêgo da força, o mal é reparavel, é aos tribunaes que a pessoa ultrajada deverá se dirigir para pedir reparação; Faure na discussão do Cod Penal, no Conselho de Estado manifestou-se do seguinte modo : « cidadão que repelle um ultrage não está collocado, como falla o artigo, na necessidade de repellir a força pela força, se elle fere ou mata, é simplesmente para vingar uma injuria e punir o homem que offendeu.

Pelo que fica dito e a menos que não se queira erigir em principio de direito a exigencia do vulgo, que só acha rehabilitado o que é offendido em sua honra, quando emprega em sua desafronta os meios materiaes extremos, ou que se retrograda á justiça dos povos primitivos, entre os quaes as offensas respondiam-se com as offensas, e cada um vingava na pessoa do offensor o mal que este lhe fazia, não é possivel reconhecer legitima defeza no caso vertente.

Demonstrada assim a improcedencia da defeza allegada e considerando que o réo Fernando Pinto de Almeida offendeu physicamente com uma bofetada a Horaclito Augusto Moreira, causando-lhe dor, embora sem derramamento de sangue que o corpo de delicto directo no offendido Heraclito foi substituído legalmente, pela prova indirecta (Cod. do Proc. art. 134); que no crime praticado pelo réo Fernando não concorreram circumstancias aggravantes nem attenuantes; considerando tambem que o réo Heraclito Augusto Moreira fez em Fernando Pinto de Almeida as lesões corporaes leves descritas no auto de corpo de delicto; que não correu na pratica do crime nenhuma circumstacia aggravante; que militam em favor do mesmo réo Heraclito as circumstancias attenuantes dos arts. 42 §§ 2º 3º e 5º. Julgo procedente a accusação para condemnar o réo Fernando Pinto de Almeida, a sete mezes e meio de prisão com trabalho na casa de Correção, gráo médio do artigo trezentos e tres do Codigo Penal; e para condemnar o réo Heraclito Augusto Moreira a tres mezes de prisão com trabalho na Casa da Correção, gráo minimo do artigo trezentos e tres do mesmo Codigo Penal, custas pelos réos. Registre-se e expeçam-se os mandados de prisão.

Rio, 18 de Fevereiro de 1905. — *Geminiano da Franca*.

João Vieira, comm. a este art., *Cod. Pen. cit.*, p. 6, sob a epigraphe — *Estado de necessidade: legitima defeza*. Julio Fioretti *Sobre a legitima defeza*, monographia traduzida pelo dr. Octavio Mendes (1891 — S. Paulo); Carrara, *Opuscoli*, v. I, *Discorso sul diritto della difeza publica e privata*; M. Von Buri, *Stato di necessitá e leggitima difeza*, na *Revista Penale*, v. XIII, p. 433; Girardi *Della difeza leggitima*; Doutrina do Sup. Trib. Fed. sobre legitima defeza, no Acc. de 6 de Fevereiro de 1895 : Vistos, etc. Considerando que a legitima defeza é a repulsa da força pela força quando o attentado expõe a pessoa contra quem é dirigida a soffrer um mal irreparavel se aguardar a acção da autoridade publica; que o adulterio não colloca o marido offendido no estado de legitima defeza, pois que a morte dada por este motivo não é a repulsa de uma aggressão, nem meio adequado á reparação do mal; que tal é a doutrina consagrada, tanto pelo antigo Codigo Criminal

como pelo vigente Código Penal, porquanto admitindo ambos a circunstância justificativa da defeza da propria pessoa ou de seus direitos, exigem como requisitos a aggressão actual ou imminente e o emprego dos meios adequados para evitar o mal em proporção da aggressão; por onde se vê que somente podem ser objectos de legitima defeza os direitos susceptíveis de lesão por meio de aggressão *ex vi et armis*. Accordão, etc.

Incumbe ao juiz da pronuncia a apreciação da justificativa da legitima defeza (art. 5, §2 da lei n. 628 de Outubro de 1899). Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 14 Nov. 1901, na *Rev. Jurisp. Nov.*, 1901, p. 288.

Art. 35. Reputar-se-ha praticado em defeza propria ou de terceiro :

§ 1. 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 nos casos em que a lei o permite (50);

(50) *Const. Federal*, art. 72, § 11 : « A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem pode ali penetrar de noite sem consentimento do morador senão para acudir a victima de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. » Vide o art. 197 do presente Código, casos em que é permitida a entrada de noite em casa alheia. A entrada de dia é regulada pelos arts. 198 a 203 deste Código. O art. 203 refere-se á entrada tanto á noite como de dia. A entrada á noite nas estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavolagem e outras semelhantes, fica, porém, sujeita á condição — *emquanto estiverem abertas*. Fóra desta condição, só é permitida á noite, a entrada n'estas casas, nos termos do art. 197. Vide nota aos arts. 196 a 200.

Observa Escorel que « nos termos em que está redigido este §, pode ser empregada a repulsa, qualquer que seja o fim a que se proponha quem entrar ou tentar entrar na casa, etc. Assim tambem entende Chauveau et Hélie, commentando o Cod. francez. Entende ainda Escorel que « neste § está comprehendido o hospede do hotel, ou casa de pensão, que á noite vê alguém procurar arrombar a porta de seu quarto para nelle penetrar. « Assim deve ser interpretado, a vista da expressão — casa onde alguém morar ou estiver. Mas para que a defeza propria ou de terceiro, figurada n'este §, seja legitima e dê logar a justificativa é necessario que a entrada ou tentativa de entrada seja á noite contra a vontade de quem morar ou estiver na casa fechada. Se a entrada ou tentativa for nos pateos ou dependencias, devem estes tambem estar fechados. Os meios de entrada ou tentativa; podem ser arrombamento, escalada ou chaves falsas. Na repulsa o morador exerce o direito de legitima defeza, e o crime que della resultar é justificado para o effeito de não ser punido. Pouco importa o fim que tivesse o repellido., A repulsa é exercida contra o que entra ou tenta entrar á noite em casa alheia, nas condições descriptas no §.

§ 2. O crime commetido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução (§1).

(51) O systema do Cod. sobre cumprimento de ordens legaes e illegaes está exposto nos arts. 28, 35 § 2, 42 § 8, 124, 125, 135, 228 e 229. (*Vide* notas respectivas). O conceito do *resistencia* a taes ordens está subordinado áquelle systema. Assim a *resistencia é legal* quando se oppõe a ordens *illegaes*; a *resistencia é criminosa* quando se oppõe a ordens *legaes*. A resistencia legal é um *direito*; a resistencia criminosa é um *facto*. A resistencia legal e a *criminosa* manifestam-se por actos de força, violencia, ou ameaças. E' sempre um delicto de acção material (art. 124). Differe da *desobediencia* que é um delicto de acção quando manifesta-se por palavras, ou por actos de transgressão da ordem; e é um delicto de omissão quando a ordem deixa de ser cumprida. Na desobediencia não ha *vis*, não ha *violencia* (art. 135). A *desobediencia é legal* ou *criminosa*, conforme se contrapõe á uma ordem *illegal* ou *legal*. O § 2.º do art. 35 refere-se á *resistencia legal*. O conceito da justificativa completa-se com o dispositivo do art. 125. O mal causado pelo executor na repulsa, etc. (*Vide* nota respectiva). A resistencia legal é justificativa que isenta da penalidade, porque o crime que della resultar, é reputado praticado em defeza propria ou de terceiro, constitue o direito de legitima defeza. E' necessario, porem, que na resistencia não haja *excesso dos meios inaispensaveis* para impedir a execução da ordem illegal. E por isso, diz tambem o art. 125: O executor não responde pelo mal causado, *salvo excesso de justa defeza*. E' esta restricção que caracteriza a justificativa, porque se ella deixar de existir *desapparece* a justificativa para dar logar á *attenuante* do art. 42 § 4.

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 (§2.)

(52) João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 44 e segs., collocando-se no ponto de vista positivo, principalmente dos autores italianos, não accceita a theoria dos nossos Codigos, porque, diz elle: « a escola classica, partindo do presupposto de que o crime é um filho legitimo da vontade livre do agente e que esta, considerada abstractamente, é susceptivel de modalidades muito simples que podem ser medidas, pezadas e contadas, como quaesquer cousas materiaes, faz representar aquella vontade qualitativa e quantitativamente em generos e especies, ou quantidades susceptiveis de peso

medida que possuem, no seu conceito uma influencia certa na pena e decisiva nos pretensos efeitos que da mesma se espera. A pena para ella (escola classica) é uma panacéa em cuja formula entram, como ingredientes modificadores indispensaveis, as circumstancias aggravantes e attenuantes para determinarem, se ella deve ser applicada no *maximo*, *medio* ou *minimo*.

« A nova escola já tem assentado e comprovado um certo numero de verdades que constituem a negação formal do systema de calculo e applicação de penas praticado actualmente. Deante destas verdades é nullo o valor de circumstancias aggravantes e attenuantes, como dellas se serve a escola classica. Si para nossos adversarios a pena é a consequencia do crime, mas este só pode ser punido quando pode ser imputado como acção voluntaria ao individuo normal; para nós nenhuma anormalidade psychica pode servir de excusa áquelle que praticou um crime e em consequencia uma pena igual a algumas que os codigos actuaes edictam, outra do genero adequado e que seja efficaz, deve sempre e em todo caso ser applicada ao delinquente. Elles visam immediata, embora inutilmente, a emenda ou correcção do condemnado e a intimidação dos que possam imital-o, pois ao menos mediatamente, lhes parece, isto aproveita á sociedade. Nós, ao contrario, visamos immediatamente sua melhora, sendo possivel, provendo á não repetição dos crimes por meios mais efficazes do que a simples intimidação, inexistente em muitos, e sempre com o fito da effectiva segurança da ordem social e direitos individuaes. Só assim se concebe que o fim da escola classica fosse a diminuição das penas e da positiva seja a dos crimes. Comprehende-se tambem assim que uma estude o crime em si e por si, e a outra o crime na acção em que o criminoso manifesta a sua constituição viciosa e anormal por si só ou impulsionado ao mesmo tempo por causas existentes no ambito social. »

Não ha duvida que o criterio scientifico da nova escola penal traria incontestaveis vantagens se fosse adoptado nos codigos penaes. Mas para isso seria necessaria a reforma da legislação substantiva e adjectiva e tambem da propria organização judiciaria. Uma das medidas preliminares e necessarias seria a supressão do jury, que longe de ser um instrumento de repressão, tornou-se verdadeiro incentivo da criminalidade, porque, em regra, o jury tem sido instrumento de impunidade. Isto succede em quasi todos os paizes. E' a prova flagrante da imprestabilidade do instituto.

Não tem sido ainda possivel adoptar-se na legislação penal as idéas da nova escola, mas devido ao seu influxo muito já se tem melhorado nos codigos modernos.

A theoria das *aggravantes* e *attenuantes* é uma das mais complexas do Direito criminal, e salvas pequenas variantes, que não alteram a substancia, ella é consagrada nos codigos modernos, inclusive em os nossos, de accordo com os principios geralmente acceitos. Não se pode dizer que estes principios são exclusivos da escola classica. Elles constituem a formula mais adequada, em penalogia, para o effeito da repressão da criminalidade, quer se adopte o conceito da *temibilidade*, quer o do *alarm*a social, quer o da *utilidade* e *interesse* da sociedade em precaver-se contra o crime e o criminoso, quer o da *segurança* dos direitos individuaes, quer o da *ordem*

legal violada, quer o da *legitima defeza social*. Emfim, seja qual fôr o fundamento do direito de punir, a razão juridica, moral ou social da necessidade da pena, como fim, ou como meio de impedir o crime, não ha duvida que o delicto e o delinquente estão sujeitos a condições subjectivas ou objectivas, que não podem deixar de influir na aggravação ou attenuação da pena, estabelecendo a natural, logica e necessaria condição da proporcionalidade entre a pena e o delicto.

E' certo que o crime é uma criação abstracta do Codigo : não ha crime sem uma lei anterior que o qualifique. Não se trata de punir o crime, mas o individuo que o pratica, e, portanto, a pena é applicada ao criminoso, que é o paciente. Não é a eliminação do crime que a lei tem em vista, mas a do acto criminoso. A sociedade deve-se premunir contra o criminoso, lançando mão de meios preventivos de preferencia, para evitar a necessidade de pôr em pratica os repressivos. Tal é, em synthese abreviada, o conceito da nova escola. Na pratica chegamos, porem, aos mesmos resultados sobre o fim que todos desejam : dar combate ao criminoso, para evitar o crime ; ou punir o crime afim de que o criminoso desapareça.

Assim, tambem pouco adianta na pratica a divisão que faz Garraud das circumstancias aggravantes em *legaes e judicarias*, sendo *aquellas* especialmente previstas e definidas pela lei, devendo ser sua existencia constatada, salvo a da reincidencia, pelo jury, que é interrogado sobre cada uma dellas. As *judicarias* são deixadas á apreciação do juiz, em *cour d'assises*, á *Cour*, unica encarregada de applicar a pena. » Garraud divide ainda as aggravantes *legaes*, quanto á sua natureza, em *objectivas, in rem*, quando se referem ao crime, e *subjectivas, in personam*, relativas ao criminoso. As *attenuantes* elle divide tambem em *legaes e judicarias*. As primeiras são determinadas pela lei e tomam o nome de *excusas* ; as outras, pelo juiz e conservam o nome de *circumstancias attenuantes*. O effeito das *legaes* é attenuar *legalmente* a pena, influem sobre a culpabilidade *absoluta*, o effeito das outras é attenuar *judiciariamente* a pena, influem sobre a culpabilidade *relativa*. A divisão das *attenuantes* propriamente ditas em *illimitadas e indefiniceis* pouco adianta na pratica. Todas estas divisões e subdivisões de que trata João Vieira (*Obr. cit.*, v. II, ps. 54 e segs.) tem apenas interesse sob o ponto de vista theorico, pois o systema do nosso Codigo só admite as circumstancias aggravantes e attenuantes *legaes*, isto é, as que são determinadas pela lei.

O dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas sobre o Cod. pen. de 1890*, (*Rev. Jurisp.* Maio, 1898, p. 13), diz : O projecto de revisão accitou com modificações o mesmo systema de circumstancias aggravantes e attenuantes do Cod. imperial. Sobre este assumpto se conhecem dois systemas — um consiste em enunciar de um modo synthetico as circumstancias que podem modificar a criminalidade, considerando-as em relação ao factio e ao agente. Em relação ao factio a pena é augmentada em razão da extensão do damno — do numero de pessoas offendidas e da difficuldade da defeza. Em relação ao agente augmenta a pena — em razão da concurrencia de motivos, que impõem a observancia da lei ; da premeditação ; da persistencia na audacia e do habito criminoso. Este systema confere ao jury larga somma de arbitrio na applicação da pena. O outro consiste em enu-

merar as circumstancias aggravantes e attenuantes. Fóra desse elencho o juiz não pode procurar circumstancias que aggravem ou minorem a pena. E' o systema dos Cods. da Hespanha, da Austria, dos cantões de Zurich e Tecino, de S. Marinho, das Republicas Argentina, do Uruguay, do Chile e de Venezuela, que foi seguido pelo legislador patrio. O illustre criminalista Mancini no seu projecto do Codigo penal não hesitou em preferir este systema. Servio-lhe de guia a conhecida sentença de Bacon acerca do arbitrio do juiz, a qual exprime um conceito tão acertado, que as legislações que o não observavam, sentiram a necessidade de temperar o arbitrio do juiz por leis opportunas, como, em outros tempos, fez Sparta em relação aos Ephoros, e Roma em relação aos Consules, chegando mesmo em algumas a opposição ao systema até ao exagero da reacção, como aconteceu com o Cod. pen. de França de 1791, que adoptou o systema das penas fixas e ingraduaveis com uma igualdade que, na opinião de Chauveau, era a mais odiosa das desigualdades. Os Romanos, com quanto não tivessem reduzido a uma synthese as circumstancias influentes sobre a penalidade dos crimes em geral, comprehenderam a necessidade de preestabelecer certas regras, distinguindo-as em sete classes : *Aut facta puniantur, aut dicta, aut scripta, aut consilia. Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis—causa, persona, loco, tempore, quantitate, qualitate et eventus.* Enumerar as circumstancias que podem ter a efficacia de aggravar a responsabilidade do criminoso não é facil por muitas razões, como ensina o abalizado professor Puglia, já porque tão varias são as contingencias do crime, que se não podem preventivamente estabelecer, já porque uma circumstancia material, ou pessoal, não tem por si mesma importancia juridica para os fins da penalidade, se não está em relação com o estado psychico do delinquente, já finalmente porque uma mesma circumstancia, que, relativamente á uma dada cathegoria de crimes é aggravante, pode a respeito de outra ser circumstancia attenuante. Mas porque, pela sua variedade, circumstancias podem escapar á agudesa da classificação, não é isso motivo para que o legislador deixe fluctuante a applicação da lei, e a apreciação, das mesmas á mercê do arbitrio do juiz, absoluto e incondicional, porque esse arbitrio, aliás inevitavel, será perigoso, sempre que não foi contido dentro de limites extremos. Bento de Faria, citando Garraud e Haus, accêita a divisão das aggravantes e attenuantes em duas especies *objectivas* ou *intrinsecas*, e *subjectivas* ou *pessoaes*. « As primeiras fazem parte do proprio crime, são inherentes a elle e se communicam a todos os que tomaram parte na acção delictuosa, ainda mesmo que os ignorassem, exp : a circumstancia de *arrombamento* ou de *casa habitada* tratando-se de *roubo*. As segundas, ao contrario, dizem respeito á culpabilidade individual do autor da infracção, como a circumstancia da *premeditação* tratando-se de *assassinato* ; ou ainda a qualidade de funcionario, de pae, de filho, etc., etc. As aggravantes são *geraes* ou *especies*, conforme são communs a todas as infracções, ou *peculiares* a certo genero de infracções ». As *especies* tambem podem-se denominar *qualificativas*. N'este caso constituem elementos do crime, como no homicidio do art. 294 § 1º, e por isso não influem como circumstancias aggravantes da pena (art. 37). Aceitamos a distincção das aggravantes e attenuantes em

subjectivas e objectivas, porem, sob outro ponto da vista. Consideramos *subjectivas* as que dependem exclusivamente da acção subjectiva do criminoso; e *objectivas* as que dependem dos meios empregados ou de factos na acção objectiva. Em consequencia ha circumstancias *mixtas* que são *subjectivas e objectivas* ao mesmo tempo. São *aggravantss subjectivas*, as do art. 39 § 2º, 4., 6º, 7º (na parte relativa á *traição*), 10, 13, 19. São *objectivas* as do art. 39, §§ 3º, 5º, 7º (disfarce), 8º, 11, 12, 17; art. 41, §§ 1, 2, 3. São *mixtas* as do art. 39, §§ 1, 7) (surpresa), 9, 14, 15, 16, 18. São *attenuantes subjectivas*, as do art. 42, §§ 1º, 7º, são *objectivas* as do art. 42, §§ 5º, 10, 11. São *mixtas*, as do art. 42, §§ 2, 3, 4, 6, 8, 9.

Art. 37. A circumstancia aggravante não influirá, todavia, quando for elemento constitutivo do crime (53).

(53) Assim, no homicidio do art. 294 § 1, as circumstancias allí mencionadas são elementos constitutivos do crime e por isso não influem na aggravação da pena. Nos crimes de roubo, furto, moeda falsa, peculato, peita, o motivo reprovado ou frivolo é elementar. No de roubo o arrombamento não agrava a penalidade.

Art. 38. No concurso de circumstancias attenuantes e aggravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras :

§ 1. 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 for avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes.

§ 2. 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. Compensam-se umas circumstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero (54).

(54) Fizemos vêr (*nota* ao art. 36) que o Cod. só admite as *aggravantes e attenuantes* determinadas pela lei, excluindo assim o *arbitrio* na *qualificação* das circumstancias. Esta exclusão não é, porem, absoluta, nem o valor das circumstancias pode ser pezado ou medido mathematicamente. Na *2ª* duvida que o juiz, no reconhecimento da *presalencia* das circums

tancias, precisa lançar mão do critério científico, pondo em contribuição não só as provas constantes dos autos, como os elementos de convicção que possa formar no estudo psychologico do delinquente.

Na *compensação* (§ 3), que consiste no concurso de circunstancias da *mesma importancia* ou *intensidade*, ou de *igual numero*, não pode ser o facto ou acto incriminado que determine a *egualdade* da *importancia* ou *intensidade* das circunstancias, mas o arbitrio do juiz fazendo o estudo criminologico do delinquente. Assim, no criminoso *habitual* uma circunstancia aggravante pode ser *egual* em *importancia* e *intensidade*, a uma attenuante nas mesmas condições; entretanto no criminoso de *paixão* ou de *ocasião* essas mesmas circunstancias, revestindo-se do mesmo caracter, e parecendo ter a mesma *importancia* e *intensidade*, sujeitas ao critério científico, em vez de se compensarem, podem até dar logar á preponderancia da attenuante, tornando o criminoso incurso no sub medio e não no medio da pena.

Mas o art. 62, § 1, estabelece que no concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no medio. No art. 38, § 3, encontra-se a regra da compensação, isto é, no concurso de aggravantes e attenuantes compensam-se umas circunstancias com outras, sendo da *mesma importancia* ou *intensidade*, ou de *igual numero*.

Na preponderancia das aggravantes a pena será imposta entre os grãos medio e maximo, e na das attenuantes entre o medio e o minimo (Art. 62, § 2). A regra da preponderancia é determinada no art. 38 § 1, quanto ás aggravantes e § 2, quanto ás attenuantes.

Se as circunstancias aggravantes e attenuantes forem de *igual numero*, porem, umas mais *importantes* ou mais *intensas* do que as outras, qual a regra a prevalecer, a do *igual numero* ou a da *intensidade* e *importancia*? E' uma questão a resolver e que pode gerar controversia. Entendemos que, embora em *igual numero*, deve prevalecer a regra da *intensidade* e *importancia*. A regra da *compensação* pelo *igual numero* só deve prevalecer quando as circunstancias forem de *igual intensidade* e *importancia*, visto como a questão do numero é puramente material.

— Nas suas *Notas historicas* cit., o dr. Baptista Pereira, referindo-se ao art. 38 diz : « Estabelecendo em geral para todos os grãos dos crimes a medida da pena nos dois limites extremos, maximo e minimo, conforme as circunstancias aggravantes ou attenuantes, o Codigo Imperial não prescreveu nenhuma regra, quanto ao modo pratico de applicar-se a pena em concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes. No art. 15 limitou-se a declarar que as circunstancias aggravantes e attenuantes dos crimes influíam na aggravação ou attenuação das penas, com que seriam punidos dentro dos limites prescriptos na lei, e no art. 20 que as circunstancias deveriam ser provadas, impondo-se, em caso de duvida, a pena no grão medio. Ficava a arbitrio do juiz, corrigido pela jurisprudencia, apreciar, em concurso de circunstancias, 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 umas sobre outras, e a sua compensação, devendo prevalecer as aggravantes quando preponderar a maior temibilidade do criminoso, e as atenuantes sempre que o crime não foi 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 judiarios e cuja estrutura juridica convinha conservar ». *Rev. Jurisp.*, Junho 1898, p. 152. O systema do concurso de circumstancias aggravantes e atenuantes do art. 38 completa-se com o dispositivo do art. 62 (*Vide* nota respectiva). Diz o Acc. do Supr. Trib. Fed. de 6. de Maio de 1899 na *Rev. de Jurisp.* de Julho de 1899 n. XXI : « Segundo o disposto no art. 38 § 2 (letra *d*) do Cod. Pen. as duas atenuantes preponderão sobre as tres aggravantes desde que o réo em estado de embriaguez não podia conhecer o alcance de sua responsabilidade, e portanto devia ser-lhe applicada a pena no sub medio do artigo em que foi condemnado. »

Art. 39. São circumstancias aggravantes :

§ 1. Ter o delinquente procurado a noite, ou o lugar ermo, para mais facilmente perpetrar o crime (55).

(55) A jurisprudencia dos tribunaes firmou a doutrina que a circumstancia da noite só é aggravante quando procurada, e, por força da mesma razão, assim deve-se considerar a do *lugar ermo*.

Os commentadores do Codigo criminal de 1830, Thomaz Alves, Carlos Perdigão, Mendes da Cunha, Liberato Barroso, Tinoco, Francisco Luiz, apreciam diversamente o valor da circumstancia da noite. João Vieira adopta a opinião de A. J. de Macedo Soares, desenvolvida nos *Estudos Forenses* (1887), pags. 9 e segs., confirmada pela jurisprudencia, segundo atesta Autran (*Cod. Pen. ann.*). Antes de discutir a questão, se a *noite* é sempre aggravante, pois em certos casos ella pode ser considerada atenuante e em outros constitue-se elemento do crime, diz Macedo Soares (*Obr. cit.*, p. 11) : « A noite é a negação da claridade do dia; é a escuridão que favorece a occultação das cousas, o escondimento das pessoas, o encobrimento dos factos. Assim, em geral, a noite, como o *lugar ermo*, quando não importe em facilidades para o aggressor, ou em difficuldades para o aggredido, acarreta para a sociedade grande mal, dificultando a prova do crime, e, portanto, a sua repressão : o que importa dizer que, regularmente, a noite é circumstancia aggravante. 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*? E' tanto mais necessario precizar esta noção quanto, no crime definido no art. 209 do Codigo (*entrar na casa alheia de noite, sem consentimento de quem nella morar*), a noite é elemento do crime; e, no entretanto, o Codigo não definio-a, deixando ao criterio da jurisprudencia o modo da

aplicação da lei ao facto (o A. refere-se ao Cod. crim. de 1830). E bem fez o legislador; porquanto, se como justamente pondera Ortolan, n. 847, em materia de processo civil ou penal, quando se trata de certos actos d'elle, a lei deve fixar de modo terminante as horas em que é permittido ou prohibido pratical-os, assim não deve proceder quando se trata da medida da culpabilidade. E' que a culpabilidade não se avalia por presumpções, porem pela realidade, segundo os factos se passaram: e sempre que se inquerir da maior ou menor criminalidade dos delictos, se ha de considerar o dia e a noite real e verdadeira, e não certo dia ou noite ficticios que o legislador convencionalmente se houvesse lembrado do decretar. O phenomeno da noite é precedido de factos naturaes, que indicam a sua approximação. O sol occulta-se no horizonte, e a sua luz diminue sensivelmente; mas, dahi até ser noite, vae um tracto de tempo, mais ou menos longo, si estamos no verão ou no inverno, em logar alto ou baixo, em campina raza ou valle cercado de montanhas, etc. E' o crepusculo da tarde, que se annuncia por um concerto de saudosas graciosidades, cantadas pelos poetas de todos os idiomas. O crepusculo começa com o pôr do sol; e vae diminuindo gradual e insensivelmente, até que, de todo dissipada a luz do dia, já não é licito avistar a certa distancia ordinaria um vulto que, pouco antes, e graças a ella, facilmente se reconhecia. Começamos a precizar de luz para vêr; ahi começa a noite. E ha um uso social caracteristico da noite: é o accender das velas nas salas e dos lampeões nas ruas. Esta observação, que ainda não vimos consignada nos escriptores, parece-nos aceitavel para definir a *noite* no sentido dos codigos criminaes que a estabeleceram como circumstancia aggravante dos delictos. Com effeito, é desde então, desde que começamos a sentir necessidade da luz artificial para exercer o sentido da vista que apparecem as razões, individuaes e sociaes, que dão á noite aquelle character de gravidade que a colloca sob a mais energica attenção da lei. »

Divergem ainda os A. A. sobre o sentido que deve-se dar á palavra — *noite*. Escorel diz: « *Noite*, no sentido scientifico, é o espaço de tempo entre o occaso e o nascimento do sol. Não pode ter sido este o sentido em que o legislador tomou a palavra — *noite* — para os effeitos da lei penal. Antes do nascimento do sol, assim como depois do seu occaso, ha o que se chama *crepusculo*. Nós pensamos com Chauveau e Hélie: « *La nuit commence quand le crépuscule expire, elle expire quand il commence à renaitre* ». Bento de Faria diz: Pensam uns que noite se deve entender o espaço de tempo em que o sol acha-se occulto, isto é, o espaço de tempo comprehendido entre o seu apparecimento e o desapparecimento no horisonte (Duverger); e, outros, que *noite*, para cada logar, é a hora em que seus habitantes recolhem-se ás suas casas para dormir (Carnot). Von Liszt considera, não o espaço de tempo em que perdura a obscuridade, mas o periodo do descanço nocturno, segundo o uso do logar. « Fr. Domingos Vieira define a *Noite* — « tempo durante o qual o sol fica debaixo do horisonte de um logar ao mesmo tempo para todos os pontos da terra, em razão da forma quasi espherica do globo terrestre. Tambem considera-se *noite* o espaço de tempo que segue o crepusculo da tarde até o crepusculo da manhã. Preferimos a opinião de Macedo Soares. A noite é uma questão de facto, que só pode ser juridicamente considerada nas condições descriptas por aquelle

A. — A noite é elemento constitutivo dos crimes dos arts. 196 e 357 e pode ser justificativa no caso do art. 35 § 1.

— Reconhecendo o jury os circunstancias aggravantes dos §§ 1.º, 13 e a attenuante do § 9 do art. 42, a pena deve ser applicada entre os graús medio e maximo, por preponderarem aquellas aggravantes sobre a attenuante reconhecida. Acc. do Sup. Trib. Fed., 1º Dez. 1900. A circunstancia attenuante da menoridade prepondera sobre a aggravante da noite. Acc. Trib. Jud., S. Paulo, 7 Dez., 1894. As circunstancias da noite e logar ermo devem ser formuladas em quesitos separados. Acc. Trib. Just., S. Paulo, 7 Out., 1892.

§ 2. Ter sido o crime commettido com premeditação, mediando entre a deliberação criminosa e a execução o espaço, pelo menos, de 24 horas (56).

(56) Aggravante subjectiva. Tem sido objecto de controversia entre os A. A. da nova escola.

O nosso Cod. Pen. considera premeditado o crime desde que entre a deliberação e a execução medeou o espaço minimo de 24 horas. Não se preocupou da averiguação da *calma*, implicita na *deliberação* da pratica de determinado delicto. A *deliberação* presuppõe raciocinio, volição, conhecimento do acto ou facto, responsabilidade; presuppõe, por consequente, um estado de *calma*. Não nos parece que os Codigos actuaes tenham emendado para peor, substituindo — o *designio* — do Codigo de 1830, pela — *deliberação criminosa* — para accentuar a aggravação do crime. O designio pode excluir a deliberação, ao passo que esta não pode existir sem aquelle. O delinquente pode formar o designio de commetter um assassinato durante muito tempo e só tomar (ou formar) a deliberação de realisalo 24 horas antes, de modo que a premeditação é caracterisada pela deliberação criminosa e não pelo designio.

A questão mais difficil a resolver não é esta, mas sim, a da investigação, nos crimes de paixão, das characteristics da *premeditação*, de modo a dar logar ao reconhecimento da aggravante. Os nossos Codigos não distinguiram e, portanto, desde que se verifique, pelo menos, 24 horas antes da execução, o animo deliberado, o *propositum*, considera-se o crime premeditado, é reconhecida a aggravante. Se a força irresistivel é incompativel com a premeditação, esta nem sempre é excluida pelo *impetus*, porque pode haver a deliberação criminosa, e, n'um momento inesperado, por um encontro fortuito, por uma provocação, por um gesto, dar-se a execução.

« A palavra *premeditação*, como diz Carrara, repetindo Nicolini, se compõe da particula *pre*, que denota uma anterioridade de tempo, e do verbo *meditar*, que significa não só o pensamento, o mero acto da vontade, mas um designio calculado e reflectido, uma determinação friamente amadurecida no animo. » Eduardo Durão (*Solus*). Vide no *Direito*, Agosto, 1891, p. 533. João Vieira, Cod. pen. Com., v. II, p. 171.

— A aggravante da premeditação é elemento nos crimes de injurias impressas. Acc. Trib. Just. S. Paulo, 22 Out., 1898. E' tambem elementar no homicidio previsto no art. 294 § 1.º.

§ 3. Ter o delinquente commettido o crime por meio de veneno, substancias anesthesicas, incendio, asphyxia ou inundação (57).

(57) Aggravante objectiva, elementar no crime do homicidio previsto no § 1 do art. 294. No art. 296 § unico, o Cod. define o que seja veneno. Nos crimes de attentado ao pudor (art. 266), de estupro (art. 268), a substancia anesthesica é elementar; no de incendio (art. 136), a aggravante do incendio desaparece. Todas são elementares do homicidio aggravado (art. 294 § 1).

Na expressão — veneno — do § unico do art. 296 (*vide*) deve-se comprehender o *vidro pulverisado* (Escorel) e quaesquer materias contagiosas que podem ser transferidas de corpo a corpo; como o *virus* do *cholera*, da *syphilis*, da *tuberculose*, etc. (Von Liszt, Escorel, Bento de Faria). A aggravante do veneno é elementar nos crimes previstos nos arts 161 et 294 § 1. O Codigo distingue n'este paragrapho a *substancia anesthesica*, da *substancia venenosa* (*veneno*) e no art. 269 considera *violencia* o emprego em geral dos *anesthesicos* e *narcoticos*, parecendo distinguil-os do chloroformio, do ether e do hypnotismo, como meios da privação das faculdades psychicas da mulher e assim da possibilidade della resistir e defender-se. Anesthesia (do grego — *a*, *sem*, e *aisthesis*, *sensibilidade*) em physiologia significa — privação geral ou parcial da faculdade de sentir. Chamam-se *anesthesicos* as substancias cuja propriedade é extinguir (Chernoviz, *Med. Pop.*, diz — *suspendere*) momentaneamente a sensibilidade; taes são o ether, o chloroformio, o aldehyde, o oleo de naphte artificial, a amylena (Fr. Domingos Vieira, *Thez. Ling. Port.*; Chernoviz *obr. cit.*), o acido carbonico, o sulphureto de carbone e até mesmo o gelo misturado com sal de cosinha (*anesthesia local pelo frio*), segundo Chernoviz. Os anesthesicos são utilizados com vantagem para *supprimir a dor* nas operações chirurgicas (Fr. Domingos Vieira). A anesthesia é uma das descobertas mais uteis e mais brilhantes da medicina moderna (Chernoviz). Dá-se o nome de *narcoticos* aos medicamentos que tem a propriedade de adormecer. Todos tem um cheiro viroso e produzem, em maior ou menor dose, um envenenamento chamado *narcotismo*. Administrados convenientemente podem ser uteis no tratamento das malestias nervosas, dos rheumatismos, e de quasi todas as affecções acompanhadas de dores intensas. A esta classe de medicamento pertencem o opio, a morphina, o chloral, belladona, herva moira, meimemdro, cicuta, figueira do inferno, tabaco, lactucario, thridacio, trombeteira, (Chernoviz; Frei Domingos Vieira). Divergem, assim, nos seus effeitos, o *anesthesico* e o *narcotico*. O chloroformio é um anesthesico que tambem tem a propriedade de adormecer, e, administrado sem cautela, produz envenenamento, que pode occasionar a morte. O ether, em excesso ou puro, envenena. Ha narcoticos que não são anesthesicos, e occasionam envenenamento. De modo que a definição de veneno do art. 296 § unico, nos termos genericos em que está concebida, comprehende os anesthesicos e narcoticos, quando administrados sem cautela ou em doses excessivas. A substancia anesthesica deixa de ser aggravante, para consituir elementar dos crimes, nos arts dos arts. 269, 357 e 294 § 1.

— *Incendio*, dizem os lexicólogos, do latim, *incendium*, é o grande fogo que consome edificios, floresta e um grande montão de materias. E' neste sentido que o Cod. considera a *aggravante*. O incendio pode ser total ou parcial, conforme os efeitos destruidores. A simples destruição total ou parcial de uma cousa *por combustão*, segundo define Bento de Faria, não exprime verdadeiramente a idéa do *incendio* do § 3. O incendio não é *aggravante*, e, sim, *elementar* nos casos dos arts. 136 a 141, 146, 147, 148 e 294 § 1.

— *Asphyxia* (Do grego *a*, sem, e *physis*, pulso), em sentido proprio : privação ou ausencia do pulso; mas em Pathologia : suspensão dos phenomenos da respiração, e por consequencia a dos phenomenos cerebraes, da circulação e de todas as outras funções (Fr. Domingos Vieira). Chernoviz define : Chama-se *asphyxia* o estado de morte apparente que resulta de se ter suspenso a respiração. E explica : A condição mais indispensavel para conservar a vida é a introdução do ar no interior do peito (*nos pulmões*, diria melhor). Se por uma causa qualquer fôr outro gaz substituido ao ar atmospherico, ou se este não puder penetrar no peito, suspende-se a respiração e a morte é imminente. Esta suspensão pode ser produzida por varias causas, e chama-se : *Asphyxia* por *submersão*, ou dos afogados; por *suffocação*, ou dos estrangulados e enforcados; pelo *vapor de cartão*; pelos *gases* que resultam da *fermentação alcoolica*, das *minas de cartão de pedra*; pelas *emanações das flores*; por *falta de ar respiravel*; pelos *gases das latrinas ou cloacas*; pelo *calor*; pelo *frio*; pela *entrada nas vias aereas de um corpo extranho*; dos *recem-nascidos*. A *asphyxia* não é morte, mas pode ser *causa* da morte e *meio* de matar. A' *asphyxia* segue-se a morte, se o paciente não for em tempo soccorrido. Diz o dr. Ed. Durão (*Salus*, no *Dir.* v. 55, p. 537, cit. por Escorel) que a « *asphyxia* não é um meio de matar; é um modo de morrer; genero de morte que pode resultar da maneira de agir ou operar usada pelo delinquente, servindo-se por ex. do *veneno*, do *incendio*, da *inundação* ou da *estrangulação*. » O Cod. assim não considera a *aggravante* da *asphyxia*, que distinguio-a das outras mencionadas no mesmo § 3.º. O *incendio* e a *inundação* seriam *causas* de *asphyxia*, que a seu turno seria *meio* de praticar o crime, se esse fosse o intento do criminoso. As *aggravantes* deste § são distinctas e cada uma constitui *meio* de pratica do delicto.

— *Inundação*. Vide nota ao art. 142. E' *elementar* nos crime dos arts. 142, 146, 148, 294 § 1.

§ 4. Ter o delinquente sido impellido por motivo reprovado ou frivolo (58).

(58) *Aggravante subjectiva*. O motivo reprovado cabe em todos os crimes, exceptuados os justificados pela legitima defeza ou pelo estado de necessidade. Vide, para maior desenvolvimento, o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.*, note 41.

Motivo é a força subjectiva que determina o acto criminoso. Fr. Domingos Vieira define *causa*, *razão*, que move para alguma cousa. Diz-se . —

reprovado — quando offende as normas do direito, da moral, da religião. Diz-se : *frívolo* — quando é — vão, de nenhum valor, de pouca monta ou importancia. *Frívolo* é synonymo de *fútil* : diz-se um homem *frívolo*, o que se occupa de cousas futeis; um *pretexto fútil*, o que tem pouco valor; *razões futeis*, arrazoado sem fundo, superficiaes, que não merecem attenção. Entende Escorel que « para ser reconhecida a circumstancia do § 4.º, é necessario que o delinquente tenha sido *impellido* a praticar o crime por motivo reprovado ou frívolo. Ter sido *impellido* é condição essencial. « O que dá o *impulso* á acção criminosa é o *motivo*. *Impellir* aqui é synonymo de *agir*. *Ter sido impellido* equivale a — *ter agido*. Verdadeiramente não existe distincção essencial entre o motivo reprovado e o frívolo. O que os distingue é a qualidade.

§ 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 (59).

(59) No *Direito*, Março, 1892, p. 373 e segs. encontra-se interessante discussão entre dois illustres magistrados, os srs. drs. Caetano Augusto de Gomes Cerqueira e João Bráulio Moinhos de Vilhena, sobre a aggravante da *superioridade em sexo* e a attenuante da *embriaguez*. O dr. A. J. de Macedo Soares, em nota, accrescenta : « Não nos reconhecemos competente para dirimir a questão agitada e proficientemente discutida entre os dois illustres magistrados: Diremos, entretanto, que sempre propuzemos e vimos propor o quesito da aggravante da *superioridade em sexo* com o admniculo ou condição *sine qua non* do § 6 do art. 16 do Cod. Crim. : « de maneira que o offendido se não pudesse defender com probabilidade de repellir a offensa. » Essa circumstancia não é absoluta, como é a da noite ou do logar ermo, por exemplo; depende daquella clausula, como dependem as circumstancias da força e da arma. A mulher offendida pode, não obstante o seu sexo, repellir com vantagem o seu aggressor; e então não se comprehende que o sexo aggrave sempre o crime. Si o sexo colloca a offendida em posição inferior á do criminoso, como regularmente succede, dá-se uma circumstancia aggravante; mas bem se vê que a questão é de facto, e questões de facto só o jury pode decidir. Mas para o jury decidir é mister que lhe seja proposto o quesito em termos de se poder obter resposta adequada. »

Por Acc. de 16 de Agosto de 1901, a Cam. Crim. da Corte de Appell. decidiu que a superioridade de armas é aggravante quando estas tenham sido propositalmente procuradas pelo réo. Assim tambem decidiu o Tribunal da Relação de Ouro Preto, no *Direito*, v. 34, p. 530, cit. em João Vieira (*Cod. Pen. comm.*)

Diverge dessa interpretação a Redacção da *Rev. de Jurisp.* (*Vide fasciculo de Setembro, 1902, p. 84*). « Não comprehendemos, diz a illustre Redacção, como a circumstancia aggravante do art. 30 § 5 do Cod. Pen. — *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 n'isto — *Ter o delinquente superioridade em armas, POA*

HAVEL-AS PROCURADO PROPOSITAMENTE, 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 revólver embalado, não incorra naquella *aggravante*, si, acaso, no exercicio de sua função de policiamento, usar dessas armas contra pacíficos e inermes cidadãos — completamente desarmados! Mas a prevalecer a doutrina do Acc. (refere-se ao cit. Acc. da Cam. Crim. da Corte de Appel.) que interpretação se deve dar ao restante do § 5, sobre a superioridade em *sexo ou força*? Deverá ella tambem ter sido procurada propositamente pelo delinquente? Por outro lado não sabemos onde se firme a camara criminal da Corte de Appellação para entrar no conhecimento de tal *materia de facto*, da exclusiva competencia do *Jury*.

A controversia dirime-se, considerando-se que na *superioridade de armas*, deve-se attender a condição do agente, se é militar ou funcionario que por dever do officio deve trazer armas, ou se é paisano. Na primeira hypothese, cumpre distinguir se o militar ou funcionario na occasião do crime, se achava de serviço ou de folga, ou licenciado. Tratando-se de policia em serviço (é a hypothese do Accordão), a superioridade de arma só se considera *aggravante* quando propositamente procurada, isto é, quando, *sem necessidade*, o policia lançou mão da *sua arma*, isto é, da arma que *habitualmente usa*, que lhe foi dada, pelo poder competente (autoridade, superior hierarchico), para o serviço ou o exercicio de suas funções. Se, ainda em serviço, o policia, em vez do sabre, ou do revólver, lançou mão de faca, ou navalha, mesmo em defeza propria, a superioridade de arma é *circumstancia aggravante*. E' preciso, portanto, attender-se a situação do agente, para decidir-se quando a superioridade de arma deve ser ou não considerada *aggravante*.

Se o agente é um paisano (digamos assim para distinguil-o do militar ou funcionario em serviço conforme figuramos) se o agente é um paisano, a superioridade de arma é sempre *aggravante*, quer seja ou não procurada.

— A *aggravante da superioridade em sexo, força ou armas* está subordinada a esta condição : *não poder o offendido defender-se com probabilidade de repellir a offensa*. Concordam Escorel e Bento de Faria. A superioridade em força é *elementar* nos crimes previstos nos arts. 266 e 268. Acc. Sup. Trib. Just. Rio Grande do Sul, 16 Out. 1000. Compensam-se a *circumstancia* do art. 39 § 5.º e a do art. 42 § 4. Acc. da Cam. Crim. do Distr. Fed. 14 Dez. 1898, no *Dir.*, v. LXXX, p. 420.

§ 6.º Ter o delinquente procedido com fraude, ou com abuso de confiança (60);

(60) *Elementar* nos crimes de homicidio (art. 294 § 1), *estellionato*, *banca-rola*, *moeda falsa*, *peculato*, etc. é o abuso de *cônfiança*, além destes, em quasi todos os crimes de *responsabilidade*.

Esta *circumstancia* não deve somente ser applicada á violação da *confiança publica*, mas tambem á *particular*; assim — terá contra si esta *circumstancia aggravante*, o criado que, abusando da *confiança do amo*, lhe

subtrahe qualquer quantia; o capitão do navio que dissipa, ou não dá conta das cargas recebidas; o socio de uma casa commercial que esbanja (melhor diria — *subtrahe* ou *distráhe*) os dinheiros da mesma casa (Dias de Toledo, Thomaz Alves, *Ann. ao Cod. crim. de 1830*, cit. por Bento de Faria).

§ 7.º Ter o delinquente procedido com traição, surpresa ou disfarce (61);

(61) Elementar no crime de homicídio (art. 294, § 1). *Vide* João Vieira *Cod. Pen.* cit. v. II, p. 109: O *disfarce é elementar* do estellionato nos casos do art. 338, ns. 8, 10 e semelhantes; do *roubo* no ultimo caso do art. 357; e das contravenções previstas nos arts. 379 a 381.

Entende João Vieira que, especialmente no homicídio, a fraude, o abuso de confiança, a emboscada e a surpresa, tem de commum o indício manifesto do caracter de *temibilidade* do delinquente, offerecendo muito maior perigo por essa terrivel alliança da violencia e da fraude, que Cicero já considerava como as formas principaes, porque se pode manifestar a actividade criminosa, *duobus modis fit injuria: aut vi, aut fraude*. E por isso louvando o legislador por não ter feito da premeditação um criterio absoluto de aggravação e ao contrario por ter considerado como qualificativos o abuso de confiança e a emboscada, censura porque não fez outro tanto da fraude e da surpresa. »

Parece improcedente a censura do illustre J. C. porque estas aggravantes estão incluídas no homicídio do art. 294, § 1.

Traição, surpresa ou *disfarce*; são termos equipolentes em relação aos effeitos da aggravação, embora cada um tenha significação propria, que com vem distinguir affirm de serem reconhecidos no momento opportuno, quando se apresentem isolados ou conjunctamente.

Traição quer dizer perfidia (Moraes, Domingos Vieira, Constancio), entrega da fé, quebra da fidelidade promettida e empenhada (Moraes, D. Vieira), entrega aleivosa (Constancio), acto d'aquelle que trahe, acto de uma maldade perfida (D. Vieira). *Surpresa* quer dizer sobresalto, enleio por falta da consideração que acompanha os actos subitos, que deslumbra, enleiam o entendimento (Moraes, D. Vieira), sobresalto, enleio causado por causa que espanta, deslumbra (Constancio). *Disfarce* quer dizer mascara, vestido (vestuario) com que algum se disfarça. No sentido figurado: côr, ficção, dissimulação, rebuço (Moraes, D. Vieira, Constancio). Trajo diverso do ordinário que algum toma para ser conhecido (Constancio). Disfarçar — vestir alguém, mascaral-o de sorte que se não conheça (Moraes, D. Vieira; dissimular, fazer com que não pareça quaes são (Moraes). A surpresa pode significar, tambem, o acto de surprender, tomar uma cousa de improviso; chegar ao pé de alguém sem ser esperado; induzir em erro, engano; obler fraudulentamente, por artificio; saltear, interprender, assaltear (D. Vieira).

— O disfarce só constitue aggravante quando *procurado* para a pratica do delicto. Assim, aquelle que disfarçou-se para representar papel no theatr, se commetter um delicto, o disfarce não é aggravante. Nos dias de carnaval, aquelle que phantasiou-se e commetteu um crime instantaneo, não tem contra si a aggravante. Mas se o disfarce foi procurado, ainda que em dia

de carnaval, torna-se agravante. Concorda Bento de Faria, citando Pacheco (Cod. Pen. hesp.) e Ferrão (Cod. Pen. port.).

§ 8.º Ter precedido ao crime a emboscada, por haver o delinquente esperado o offendido em um ou diversos logares (62);

(62) Os nossos tribunaes tem decidido que a circumstancia da *emboscada* não se pode dar sem a surpresa, e que esta não é distincta d'aquella para augmentar a aggravação da pena. Paula Pessoa, Cod. Crim. cit. por Autran, Cod. Pen. João Vieira, Cod. Pen. cit. v. II, p. 115, acceita em parte a doutrina, concordando que a emboscada comprehende a surpresa, mas está não comprehende aquella.

Tolêdo reconhece grande semelhança entre a surpresa e a emboscada, embora procure com Thomaz Alves differencial-as. De facto, ainda que haja semelhança, entre ambas, estas circumstancias são differentes. A emboscada está definida no proprio paragrapho 8 : é a espera do offendido em um ou diversos logares. Em a nota anterior definimos a surpresa; e assim estamos de accordo com João Viveira : a emboscada pode envolver a surpresa mas esta pode existir sem aquella. Todos os lexicographos dão significado differente aos termos *emboscada* e *sorpresa*. Diz D. Vieira : Emboscada (do latim *imboscata*). Termo militar. Tropa escondida em um bosque ou outro logar coberto para surprehender o inimigo na sua passagem. Sahir da *emboscada*, deixar a cilada, o logar onde se fez a emboscada. *Logar emboscado*, coberto de bosque, proprio para cilada e accomodado para nelle se fazer emboscada. *Emboscar-se* : entrar, esconder-se na espessura de um bosque ou mato. O termo tem o significado que lhe é proprio, ou pode ser empregado figuradamente. Em nenhum destes sentidos a *emboscada* confunde-se com a *sorpresa*. Juridicamente não é possivel a confusão, tanto que são aggravantes distinctas, collocadas em paragraphos differentes.

A melhor definição (sob o ponto de vista juridico) parece-nos a do Cod. pen. franc. ; a emboscada 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 (art. 298).

Divergem os commentadores sobre se o vocabulo — *offendido* — do § 8.º, refere se a pessoa determinada ou a qualquer individuo. Uns entendem que o texto legal não amplia a *espera* a individuo incerto (Thomaz Alves, Toledo), outros, que a palavra — *offendido* — pôde-se referir tambem a victima *indeterminada* (João Vieira). Subscrevemos o parecer de Bento de Faria : O *offendido*, escripto no texto, é *pessoa certa*. Para ser aggravante, a emboscada deve ser preparada com anticipação. Caio pretende matar Ticio : prepara a emboscada esperando-o em logar determinado. Em vez de Ticio, passa Mevio. Caio aproveita a occasião para desferrar-se de Mevio e fere-o. A emboscada não foi preparada para Mevio, e, sim, para Ticio. Na morto de Ticio a emboscada é aggravante; no ferimento de Mevio não aggrava a pena. Isto porque Mevio não era o *offendido* que Caio ESPERAVA no logar onde elle se achava de emboscada. O § é claro e diz : Ter precedido ao crime a *emboscada*. Na oração seguinte — por haver o delinquente, etc. — está comprehendida a definição legal da emboscada : — *espera do offendido*

em um ou diversos logares. A emboscada é elementar dos crimes definidos nos arts. 270 e 294 § 1.º.

§ 9.º Ter sido o crime commettido contra ascendente, descendente, conjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualqner maneira legitimo superior ou inferior do agente (63);

(63) Elementar no homicidio do art. 294, § 1. A situação do agente em relação ás pessoas mencionadas no paragrapho determina a aggravação da pena. Trata-se assim de uma aggravante subjectiva. Se o agente é um subordinado ou se acha na dependencia, como o filho, o neto, o discipulo, o tutelado, o domestico ou o inferior, a ausencia da subordinação, do respeito e da obediencia revela, sem duvida, o gráu de *temibilidade*. Se se trata de pessoa que se encontra em situação superior, como o ascendente, o mestre, o tutor, o amo ou legitimo superior, o acto criminoso denota *perversidade*, ausencia do sentimento de *piedade*, indicios de *máu character*, elementos que concorrem tambem para o gráu de *temibilidade* do delinquente. Se a referencia é ao irmão ou ao conjuge, o criminoso, que não attende á vóz do sangue, ou despreza os deveres decorrentes do enlace matrimonial, tambem incide na mesma censura.

Se o agente ignorava a relação de parentesco, não ha aggravante (Bento de Faria). Na expressão — *descendente* — estão comprehendidos os filhos naturaes de qualquer especie, ainda que adulterinos ou incestuosos, pois o que constitue aggravante não são os laços de parentesco civil, mas, sim, os do sangue. Concorda Escorel, citando o filho natural propriamente dito e o espurio.

— A expressão — *domestico* — quer dizer o que pertence á casa, ao interior da familia. *Domesticos* — são os criados da casa. *Domesticidade* — condição de uma pessoa que está ao serviço de outrem. Collectivamente : Todos os domesticos de uma casa ; creadagem. Familiaridade ; convivencia na mesma habitação (Fr. Domingos Vieira). O Cod. de Baviera, art. 219, diz : Sous la dénomination de *domestiques* sont compris : 1º Tous les domestiques proprement dits ; 2º Les compagnons et apprentis ; 3º Les journaliers, qui exécutent leurs travaux dans l'intérieur de la maison ; 4º Toutes les autres personnes qui prêtent leurs services pour un salaire ou pour la nourriture, et qui, à raison de ce service, peuvent entrer dans la maison et en sortir. E' um sentido amplo que comprehende os creados de serviço domestico propriamente dito e qualquer outro empregado que trabalhe na casa da familia, de negocio ou da officina do amo. A' idéa de *domestico* se oppõe a *de amo*. Segundo Fr. Domingos Vieira : *Amo* : no sentido antigo, aio, pedagogo ; marido da mulher que cria ao peito alguma criança ; no sentido usual, no seculó XVIII, vendeiro, estalajadeiro. No sentido moderno, senhor, patrão, dono de casa, que sustenta familia e criados ; especialmente, senhor de escrâvos (em outros tempos), e tambem denominação dada aos reis e principes pelos camaristas, secretarios, embaixadores e officiaes da casa e tambem por distincção ás pessoas de superior gerarchia. Loc. : A mau *amo*,

mau criado. Anda o teu amo a saber se queres ser bom *serviador*. Padre Delicado *Adagios*. Para o effeito da aggravante do § 9.º não se considera *domestico* o que presta serviços de outra natureza ainda que mediante paga ; x. : o portador de uma carta, o carregador de volumes, o pedreiro, o carpinteiro, o pintor, o operario, que trabalha nas obras de uma casa por empreitada ou salario. A expressão — *ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente* — é uma formula generica, que abrange todo aquelle que estiver em serviço em que existam laços de dependencia *legitima* entre superior e inferior na hierarchia administrativa ; taes são, os empregados de uma repartição publica.

— A circumstancia do homicida ser sobrinho da victima não é aggravante do crime commettido. Tal circumstancia não está incluida no art. 39 § 9.º do Cod. pen. Acc. Supr. Trib. Fed., 31, Julho, 1901, *Dir.*, v. LXXXVI, p. 563.

§ 10. Ter o delinquente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa (64);

(64) Elementar em crimes de peita, suborno; em crimes, emfim, de corrupção e no homicidio do art. 294, § 1.

« Ferri e Porto, da nova escola, citados por João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, p. 121, v. II), collocam em primeira linha pela *temibilidade* que revelam e o *perigo* que fazem correr aos honestos e pacificos os individuos que matam para *auferir* um *lucro*, ou tirar qualquer proveito do crime. » Garofalo considera-os na classe dos *assassinos* propriamente ditos; isto é, dos malfeitores privados de senso moral, tendo uma crueldade instinctiva, que os torna capazes de matar por motivos absolutamente egoistas (*Criminologia*, p. 453, trad. de Julio de Mattos).

Nos crimes de corrupção, domina a *improbidade*, a ausencia de *senti-mento de justiça* em relação á propriedade e a circumstancia da *paga* ou da *promessa* é um dos caracteristicos de improbidade.

— A *paga* ou *promessa* podem ser não só em dinheiro como por outro meio : bens de qualquer natureza, empregos, ou qualquer utilidade.

§ 11. Ter sido o crime commettido com arrombamento, escalada ou chaves falsas (65);

(65) Elementar do roubo nos arts. 357 e 358; da *evasão violenta* de detentos nos arts. 129 e 133; do homicidio qualificado (art. 294, § 1). A *escalada* apresenta-se sob diversas formas : pode ser uma subida, por meio de escadas, á uma janella ou muro; ou significar o acto de galgar o muro, subir a uma janella, ou penetrar n'um edificio utilizando-se de cordas ou outro meio *adequado*.

O arrombamento, a escalada, ou o emprego de chaves falsas, denotam que o agente precisou vencer resistencias, que impediam ou dificultavam para tica do crime, revelando assim a pertinacia dos criminosos mais *audazes*. Os ladrões mais temiveis são os arrombadores de portas, na *gyria es-*

crunchantes, quasi sempre recrutados entre os assassinos e delinquentes da peor especie.

Vide arts. 357 e 358 e notas respectivas.

§ 12. Ter sido o crime commettido com entrada, ou tentativa para entrar, em casa do offendido, com intenção de perpetrar c crime (66);

(66) A jurisprudencia dos tribunaes tem considerado que para dar-se esta aggravante é necessario que a casa seja do offendido e não em outra onde elle se ache. *Acc. do Sup. Trib. de Justiça* de 15 de Setembro de 1877, cit. por Autran; *Cod. Pen.* João Vieira, *Cod. Pen.* cit, v. II, p. 125, opina em sentido contrario, mas em face da disposição clara e positiva do § 12 não pode haver duas opiniões.

Citando Thomaz Alves e Dias de Toledo (commentadores do Cod. crim. de 1830), Bento de Faria observa que esta circumstancia diz respeito somente ao caso em que fique provado que a *entrada* ou *tentativa de entrada na casa* foi realisada em intenção de praticar algum delicto. Distingue-se, portanto, das hypotheses dos arts. 196 a 203, que consideram delicto *sui generis* a entrada em casa alheia, sem o consentimento do seu dono, pelo facto de violação do domicilio. (Const. Fed. art. 72 § 11.) Quer se realise de dia ou á noite, a entrada ou a tentativa de entrar em casa do offendido com o intuito de aggre-dil-o, essa circumstancia agrava igualmente o delicto. 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 §, visto como o intento criminoso deve acompanhar o facto da entrada. E assim deve se entender.

§ 13. Ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos (67);

(67) Paula Pessoa, Perdigão, Francisco Luiz, Ferreira Tinoco, cits. por João Vieira, opinão que esta aggravante é inadmissivel no mandato porque é elemento *constitutivo* deste e citão *julgados* no mesmo sentido. E assim tem decidido alguns tribunaes cits. em Mafra, *Jurispr. dos Trib.* v. I, p. 49, v. III, p. 56, reproduzido em Autran, *Cod. Pen.* Em contrario opina João Vieira, suas razões não são de convencer quando considera o *ajuste* aggravante no sentido de *pluralidade* de criminosos (*obr. cit.*, v. II, p. 129). O *ajuste* pode ser considerado tanto no sentido do *pactum sceleris*, como da *societas sceleris*, dependendo a interpretação, para applicação ao case occorrente, das circumstancias que revestirem o facto criminoso, entre as quaes deve se destacar como elemento principal a intenção do agente. O *ajuste* é elementar nas figuras dos arts. 115, 118, 119, 214, 294, 307, e 382.

A interpretação literal do paragrapho não suggere duvidas; a redacção é

clara, o pensamento evidente. Ter sido o crime *ajustado* quer dizer — *estipulado* entre dois ou mais individuos, exclue o *mandato*.

O ajuste é agravante quando *precede* á execução do delicto. O ajuste *posterior*, embora relativo ao objecto do delicto não é agravante; v. g. : praticado o roubo, ajustar o modo de sua divisão. No delicto colectivo instantaneo, não tendo havido concerto previo, não existe a circumstancia agravante do ajuste (Bento de Faria). Se o ajuste mallogrou-se por não terem comparecido as pessoas entre as quaes foi elle feito, ainda que um dos ajustados singularmente praticasse o crime, o ajuste desaparece como agravante; nem pode ser punido o ajustado que deixou de cumprir o ajuste, salvo prova de cumplicidade por outros motivos (Mendes da Cunha). O *ajuste* do § 13, distingue-se do *concerto* dos crimes collectivos, conforme a natureza do delicto; diz-se : *concerto* de conspiradores; *ajuste* entre ladrões. Na conspiração o *concerto*, ou *ajuste*, é elemento constitutivo do crime.

§ 14. Ter sido o crime commettido em auditorios de justiça, em casas onde se celebrarem reuniões publicas, ou em repartições publicas (68).

(68) O *Cod. Pen.* aqui adoptou o *Cod. Port.* (art. 34), que considera aggravante (17) « ter sido commettido o crime em logares *sagrados*, em tribunaes, ou em repartições publicas ». O *Cod. hespanhol* tambem particularisa a circumstancia do crime em logar sagrado ou: official. Entende João Vieira *Cod. Pen. cit. v. II*, p. 131, que o nosso *Codigo* omittio os logares sagrados. Opinamos em sentido contrario, porque os templos religiosos, egrejas catholicas ou acatholicas, estão comprehendidos na expressão — *casas onde se celebrão reuniões publicas*. Não ha razão para a exclusão, nem mesmo seria procedente a da liberdade de cultos consagrada na *Const. Federal*. (A esta nos referimos para não attribuir ao legislador o receio de tornar-se desagradavel aos dominadores da Nação em 1890, que entenderão arrazar tudo, até mesmo instituições que nada tinham que vêr com a politica, ou com a nova forma de governo). Divergimos tambem do illustre I. C. quanto á *razão* da aggravação. Esta razão é o logar onde o agente commette o crime, isto é a escolha do local e da occasião; ou, não havendo escolha intencional, a circumstancia de não ter-se cohibido attendendo ao local em que se achava. A razão não pode ser « a segurança do funcionamento das autoridades e seus agentes » porque para proteger esta segurança existem as figuras definidas nos arts. 124, 134.

Se, porem, o crime foi motivado por provocação da autoridade ou de seus agentes, tratando-se de auditorios da justiça ou de repartições publicas; si d'aquelles a quem competia velar pela ordem e regimento dos trabalhos, nos casos onde se celebrarem as reuniões publicas; se, nas egrejas e templos, pelos sacerdotes, pastores ou encarregados do serviço religioso; desaparece a agravante 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

as pessoas que os escutam, na repulsa de qualquer dos presentes não ha s
aggravante do § 14, caso seja commettido crime.

§ 15. Ter sido o crime commettido faltando o delinquente ao
respeito devido á idade, ou á enfermidade do offêndido (69).

(69) Aceitamos a critica de João Vieira a este § (*Cod. Pen.* v. II, p. 132) excepto na parte em que considera que o § 15 comprehende a victima feminina, porquanto do proprio texto verifica-se a exclusão da mulher que não estivesse enferma, ou cuja idade obrigasse o delinquente ao devido respeito. Parece ainda que na expressão—*faltando o delinquente ao respeito devido á idade*, o Cod. considerou a idade *senil* e não a *infantil*.

Bento de Faria opina que este § comprehende tambem a idade *infantil*. Escorel, diz: Se bem que o legislador tenha omitido as palavras—*quando o offêndido for mais velho, tanto que possa ser seu pae* — que o Cod. de 1830 incluia no § 5 do art. 16, nada obsta que o juiz continue a servir-se do mesmo limite. » E assim deve se entender. Na expressão — *ao respeito devido á idade* — é clara a mente do autor do novo Cod. — a idade do mais velho, pelo menos tanto quanto possa ser seu pae, segundo o dizer do antigo Cod. Para a idade infantil não ha *o respeito devido*; o sentimento que domina é diverso d'aquelle.

§ 16. Ter sido commettido o crime estando o offêndido sob a
immediata protecção da autoridade publica (70).

(70) A *immediata protecção da autoridade publica* exerce-se nos auditorios da justiça, nas prizoês, em qualquer logar onde o criminoso estiver aguardando o processo, ou cumprindo sentença ou á disposição da autoridade. *A pessoa do preso é sagrada*, diziam os antigos. Esta formula era usada para significar que emquanto o julgamento não decidisse a sorte do accusado, ninguem podia offêndel-o; achava-se elle 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.

Esta aggravante encontra-se *ipsis verbis* no Cod. Pen. Port., art. 34 n. 30.

— Considera-se sob a protecção da autoridade publica aquelle que obtem mandado judicial de manutenção de posse da sua propriedade. Acc. Trib. Just. S. Paulo, 8 Junho, 1899, na *Gaz. Jurid.* de S. Paulo, v. 21, p. 26.

— E tambem aquelle que é conduzido preso ou está detido.

§ 17. Ter sido o crime commettido com emprego de diversos
meios (71).

(71) Alem da interpretação que João Vieira (*Cod. Pen.*, v. II, p. 134) dá a este § de accordo com as disposições dos Cods. portuguez, da Baviera, de Zurich e de Friburgo, deve-se entender que está contida na expressão — *diversos meios* — tantos os meios moraes, como os materiaes.

Bento de Faria reputa sem applicação o dispositivo deste §, em completo desacordo com preceitos anteriores. E accrescenta : « As prohibições da lei penal e suas comminações devem ser conhecidas para que possam ser respeitadas, alem do que sendo a analogia ou paridade excluida não só da sua interpretação, como, principalmenie, da sua applicação, contraria evidentemente os principios do direito penal sujeitar o delinquente aos azares de uma arbitrariedade. Taes sejam os meios empregados que, realmente caracterisem maior perversidade do agente, porem, tendo o preceito legal assegurado que ninguem seria castigado por facto não qualificado, pensa aquelle A., não será permittido faltar á garantia promettida para sujeitar a sorte do delinquente ao julgamento de um direito que realmente não existe. Parece-lhe, portanto, que *sómente* aggravam a penalidade as circumstancias expressa e taxativamente consignadas no texto legal. » E conclue que o projecto do novo Cod. pen. braz. não incluiu esta aggravante no art. 32, supprimindo-a assim. Escorel opina que « o emprego de diversos meios pode tirar completamente os meios de defesa do aggreddo, assegurando assim a execução do delicto, o que revela mais perversidade da parte do agente. João Vieira diz que « as expressões do § 17 não correspondem ao pensamento que *deve ter dictado* (o grypho é nosso) essa disposição, cuja applicação pode dar logar a serias duvidas na pratica. E' a mesma circumstancia 14.ª do art. 34 do Cod. pen. port. : « Ter sido commettido o crime com o emprego *simultaneo* de diversos meios ou com *insistencia* em o consummar, depois de *mallogrados* os primeiros esforços. » A fonte do § é o dispositivo de Cod. port. ; o nosso legislador não completou o periodo, de modo que a disposição ficou em termos latos, e, porventura, dubia. A interpretação deve ser a seguinte : Ter sido o crime commettido por meios moraes ou materiaes procurados pelo delinquente, persistindo, lançando mão simultaneamente dos que for julgando mais adequados ou efficazes para conseguir o fim desejado. Essa insistencia do emprego de diversos meios, dos meios adequados, revela, sem duvida, o proposito que o delinquente tem de realisar o crime, a todo transe.

§ 18. Ter sido o crime commettido em occasião de incendio, naufragio, inundação, ou qualquer calamidade publica, ou de desgraça particular do offendido (72).

(72) Na occasião de calamidade publica ou de qualquer dos accidentes mencionados no paragrapho, os sentimentos de solidariedade e de piedade despertam a necessidade do mutuo soccorro, 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 aggravada, porque o crime revela a ausencia d'aquelles sentimentos, a *perversidade* é manifesta. Quanto á ultima parte do paragrapho, Bentham (cit. por João Vieira) definiu : « E' indicio de um caracter *perigoso* aggravar a miseria », ou « *soffrimerto* humano, qualquer que seja a natureza. *Vide* nota ao art. 136.

Identica disposição encontra-se no Cod. pen. port. art. 34 n. 22, que

incluiu tambem entre os accidentes — o terremoto e o obito. Observa Bento de Faria, citando Rivarola *Cod. pen. arg. v. 1, p. 179 bis*, que « as palavras — em occasião — indicam claramente que o incendio, naufragio ou os outros acentecimentos, a que refere-se o texto, não devem ter sido provocados pelo autor do delicto. » E assim é, porque o incendio e a inundação como meios para a pratica do delicto são aggravantes previstos no § 3.

§ 19. Ter o delinquente reincidido.

Art. 40. A reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado a 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 (73).

(73) A disposição laconica do Codigo de 1830 dava logar a muitas duvidas « desde que dentro de uma mesma classe podem se dar crimes do mesmo genero ou da mesma especie, constituindo cada uma figura differente, delineada por modalidade especifica. Resolvido, até certo ponto, pela jurisprudencia que a *mesma natureza* significa a *mesma especie*, como, por exemplo, nos crimes contra a propriedade, nos quaes o furto, o roubo e o estelionato constituíam especies e naturezas diversas, não obstante poder se classificar os dois primeiros em um genero e o ultimo em outro da mesma classe, surgia nova difficuldade pratica e propriamente processual, a saber: — Quando se verifica a reincidencia? só depois de cumprida a pena? durante a sua execução? E para dar-se a reincidencia, precisava a condemnação previa? Com singular concisão, define o actual Codigo Penal, art. 39 § 19, ser aggravante a circumstancia « de ter o delinquente reincidido ». Breve, *tout court*, talvez para deixar a jurisprudencia emaranhar-se de novo no dedalo das distincções, ampliações e limitações de outrora, mais assanhadas agora com a sequidão e a generalidade da nova formula, certamente menos scientifica que a anterior...

« Preoccupa os criminalistas italianos a questão da legitimidade e dos limites da aggravante na reincidencia, e depois de provada a innocuidade das soluções praticas ensaiadas pela França e pela Inglaterra, retoma a theoria o fio do discurso e de novo indaga si a todos os delinquentes classificados segundo as normas da criminalogia positiva, é possivel applicar um unico conceito, legal e sem distincção de criminosos...

« Digamos desde já que não consideramos a reincidencia *circumstancia de crime*, mas somente *signal de character do criminoso*; e é sob este unico aspecto que admittimos a sua legitimidade para aggravação da pena. E a não temes por circumstancia de crime, porque não é circumda, não é cerca por qualquer lado, não infue nelle já quanto ao modo, já quanto ao tempo, já quanto á intenção. O crime anterior e o crime actual são factos distinctos, separados um do outro, não só por certo trato de tempo, mais ou menos longo, como pela intencionalidade, pelos motivos determinantes do primeiro e do segundo, e ainda pela diversidade dos meios, individuaes e sociaes em

que foram commettidos. » Extrahimos estes excerptos de um artigo de A. J. de Macedo Soares sob a epigrapha *A reincidencia perante o novo Codigo penal*, publicado no *Direito*, Agosto, 1891, ps. 529 e segs.

Procedentes na theoria, estes principios modificam-se em face do Codigo. lei escripta, cuja doutrina temos de analysar e applicar aos casos occurrentes.

E' circumstancia aggravante ter o delinquente reincidido e para evitar duvidas ou interpretações diversas, o Codigo define a reincidencia que verifica-se quando o criminoso commette crime da mesma natureza, sendo condemnado no primeiro e passando em julgado a sentença condemnatoria. Para tornar mais clare o pensamento, o legislador define o que seja crime da *mesma natureza*, é o que consiste na violação do mesmo artigo do Codigo.

Crime da *mesma natureza* nem sempre significa, crime da *mesma especie*, pois ha casos em que *crime da mesma natureza* corresponde a crime de *mesmo genero*, que se desdobra em *especies* diferentes, como no homicidio do art. 194, §§ 1 e 2. Os dois paragraphos são especies do crime do homicidio definido no art. Por exemplo, se o criminoso foi condemnado como incurso nas penas do art. 294, §§ 1 ou 2, e na Penitenciaria ferio mortalmente um guarda, vindo a ser o crime classificado no art. 295, §§ 1 e 2, não ha reincidencia. Se o offendido morreu, o crime é homicidio, embora classificado em outro artigo, não ha reincidencia. Mas se o criminoso, incurso no art. 294, § 1, commette outro homicidio classificado no § 2 do mesmo art., passa a ser um *reincidente*.

Em conclusão, crime da *mesma natureza* pode significar *crime do mesmo genero*, ou crime da *mesma especie*. Vide o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.*, nota 55.

Escorel observa : « Se um individuo, depois de condemnado por um crime, commette *outro* crime da *mesma natureza*, ou de natureza diferente, ha *reincidencia*, denominada *geral* ou *absoluta*. Se um individuo depois de condemnado por um crime, commette o *mesmo* crime, ou crime da *mesma especie*, ha reincidencia, denominada *especial* ou *especifica*. O legislador, no art. 40, exige, como elemento da reincidencia, que o *outro crime* seja da *mesma natureza*, porem restringe de tal modo o conceito de *natureza*, para os effeitos da lei penal, que devemos considerar, não *geral*, não *especial*, mas *especialissima*, a *reincidencia* perante o Cod. pen. brazil. Em face da disposição do art. 40, chegamos a absurdo. Exemplo : o individuo condemnado por ter furtado *carne, peixe, banha, coro do MERCADO PUBLICO* crime do art. 330 não tem contra si a circumstancia da reincidencia, si furta essas mesmas cousas de um estabelecimento de *salga*, crime do art. 331 § 2.º. E convem notar que ambos estes factos estão no capitulo que se inscreve.— *Do furto.* » *Sentença condemnatoria*, entende-se : — dos juizes e tribunaes brasileiros, ainda mesmo do tribunal politico-judiciario que se constitue para julgar o presidente da Republica e seus ministros. Não obsta que a sentença condemnatoria seja perdoada ou fique prescripta. O perdão e a prescripção não destroem a reincidencia. Exceptua-se a *amnistia*, cujos effeitos é apagar o crime, que considera-se como se não tivesse sido praticado. Tambem não é necessario que o criminoso tenha entrado no

cumprimento da pena ; basta que a sentença condemnatoria tenha passado em julgado. Não se deve confundir, como observa Bento de Faria, a reincidencia com o concurso de delictos, com a reiteiração de delictos e com o accumulo de penas. A reincidencia está definida nos termos precizos do art. 40. São elementos constitutivos : a) uma sentença condemnatoria passada em julgado ; (b) pratica de *outro crime* (segundo, terceiro ou mais) da mesma *natureza*. isto é, o que consiste na violação do mesmo artigo do Cod. No concurso de delictos, nos delictos reiteirados, se os delictos forem de naturezas diferentes, *tollitur questio*. Se forem da mesma natureza, se não existe condemnação passada em julgado, não ha reincidencia. Vide Van Swinderen, *Esquissé du droit pén*, v. 1, p. 352.

Art. 41. Tambem se julgarão aggravados os crimes :

§ 1º Quando, além do mal do crime, resultar outro ao offendido, ou a pessoa de sua familia ;

§ 2º Quando a dôr physica for augmentada por acto de crueldade ;

§ 3º Quando o mal do crime fôr augmentado ou por circumstancia extraordinaria de ignominia, ou pela natureza irreparavel do damno (74).

(74) O crime por si só constitue um mal que affecta particularmente o offendido, mas desse mal podem resultar consequencias previstas ou imprevisas, que produzam outro mal no offendido, ou attingam á pessoas da familia. Esse outro mal-resultante do crime pode ser de ordem moral ou material. Si se trata da perda de interesses, figurada por João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 163), como a perda de um casamento, de uma collocação, de um negocio lucrativo, em consequencia de sequestração ou de ferimento ; ou si da injuria grave (art. 305), um instrumento aviltante, perdeu o offendido a estima publica, ou vio-se forçado a mudar de terra para evitar o vexame, na impossibilidade de desaffrontar-se castigando o offensor, etc.

A consequencia de todo crime é um mal, quer se considere genericamente, quer especialmente em relação ao offendido, ou pessoa de sua familia. E assim a formula do § 1, do art. 41, ficaria reduzida á uma petição de principio, de rara applicação, pois todo crime se julgaria aggravado baseando se naquella disposição.

— No § 2, verifica-se uma aggravante especifica.

João Vieira alludindo ao *modo de execução*, como um dos principaes factores da aggravação do crime, conforme o *schema* de Alimena (*Cod. Pen.* v. II, p. 83), considerou, como Garofalo, os crimes praticados com *perversidade brutal*, com *fria crueldade*, *torturas* ou *graves sevicias*. Seria logico que considerasse tambem a mutilação após a consummação do crime, ou como dizem os A. A. francezes — *le dépeçage criminel*, o esquartejamento da victima após o homicidio. Estará comprehendida esta figura na aggravante do § 2? O texto deste § refere-se ao acto de crueldade depois

de consummado o crime, antes ou durante a perpetração d'elle? A vista do texto — *quando a dôr for augmentada por acto de crueldade* — parece que o Codigo cogita da aggravante no *acto da perpetração do crime*; e para tornar mais claro ainda, refere-se á *dôr physica*, parecendo excluir a moral. Exemplos: a extorção; o estupro com sevicias, o ferimento ou offensa physica com instrumento de tortura, o homicidio com mutilação antes de consummado, constitue a hypothese da *dôr physica*. O ferimento, o assassinato do pae depois de assistir ao estupro da filha, ou da esposa — hypothese constitutiva da *dôr moral*, parece não ter sido prevista no § 2. Consummado o homicidio, a victima é mutilada ou esquartejada (Processos Pontes Visgueiro e Maria de Macedo), hypothese que parece também não estar comprehendida no mesmo §. Pelo art. 291, § 1, este paragrapho 2, do art. 41, é *qualificativo* do homicidio. Vide uma interessante monographia do dr. Louis Ravoux, *Du Dépeçage criminel* (1888. Paris); e o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.*, nota 56.

— No § 3, o Cod. declara aggravado o crime quando o *mal* d'elle resultante foi augmentado por circumstancia extraordinaria de ignominia, ou pela natureza irreparavel do damno. Na especie do § 2, trata-se de *augmento da dôr physica* (que é um mal resultante do crime) *por acto de crueldade*; na do § 3, o mal não é determinado — *dôr physica*, — é indeterminado, mas sujeito a condição — se fór augmentado — nas duas formas prescriptas.

A circumstancia extraordinaria da ignominia tanto pode *augmentar o mal*, a que se refere o § 3, como constituir outro *mal* resultante do crime nos termos do § 1. Assim, no caso já figurado do art. 305, a offensa physica, com instrumento aviltante, com o fim de injuriar, alem 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, afrontoso, infamante. Ora, se as consequencias moraes e materiaes são as mesmas, confundem-se, quanto ao offendido, as formulas de aggravação dos §§ 1 e 3.

De todo crime resulta um damno. A condemnação do criminoso, logo que passa em julgado, produz, entre os effeitos, o da obrigação de indemnizar o damno (art. 69, letra b).

O damno, segundo o Cod., pode ser *reparavel ou irreparavel*. Pode ter sido feito *nos bens da fortuna, no corpo, na honra, na liberdade*. Qualquer que seja o damno, diz Coelho da Rocha (*Dir. Civ.* § 137), resalve-se em indemnisação, cuja graduação varia conforme os differentes gráus de culpa (*conforme o prejuizo causado pelo delicto*).

Entende Lacerda de Almeida (*Obrigações*, § 69), seguindo Lafayette (*Dir. das C.*, § 205, n. 8), que « uma vez que do delicto criminal não resulte damno apreciavel em dinheiro, cessa a competencia da lei civil, cuja alçada n'este particular é restricta á tutelá dos direitos patrimoniaes » e acrescenta: « que não ha reparação de outro damno que não seja o patrimonial. » Mas *in fine* conclue que para a reparação do damno, a estimação dos prejuizos varia conforme a natureza do direito violado — propriedade, segurança, liberdade, reputação: é, diz elle, questão de facto, em geral, dependente das

circunstancias dadas e que deve constituir materia da acção civil, pela qual se pede a respectiva indemnisação. »

Assentada, assim, a reparação do damno, resta saber o que deve se entender por *damno irreparavel*. No Codigo ha caso em que o mal resultante do delicto pôde determinar *damno irreparavel*, tal é, por exemplo, o defloramento da filha pelo pae, da irmã pelo irmão, delicto monstruoso para o qual não ha satisfação possível.

Se o *damno for irreparavel*, torna-se um *mal*, que, augmentando o *mal do crime*, agrava a penalidade. Vide João Vieira, *Cod. Pen. comm.* v. II, p. 165, p. 105, commentario a este paragrapho. Na *Rev. de Jurisprudencia* de Setembro de 1898, n. XI. p. 56. Sentença do dr. Edmundo Pereira Lins, juiz de direito da cidade de Minas, considerando no estupro de mulher virgem o defloramento como aggravante do art. 44 § 3, fundado no texto do art. 268 do Cod. Pen. : — Estuprar mulher virgem ou não, no Aviso n. 512 de 5 de Novembro de 1862, no Acc. do Supr. Trib. de Just. de 28 de Junho de 1875, na opinião de C. Perdigão commentando este accordão na *Gazeta Juridica* n. 12, p. 757, e finalmente no Acc. do Supr. Trib. Fed. de 17 de Fevereiro de 1897. Não está isenta de critica esta doutrina, porque : 1º, o § 3 do art. 41 refere-se só á ignominia e ao *damno irreparavel*; 2º, o defloramento constitue figura distincta (art. 267) do estupro (arts. 268 e 269). No estupro de mulher virgem o defloramento é elemento constitutivo do crime, não pode ser aggravante, á vista do disposto no art. 37. No estupro de mulher virgem o defloramento não constitue *ignominia* e só produz *damno irreparavel* no caso de ser commettido pelo pae, ou pelo irmão. Seria este o unico caso de poder ser considerado aggravante, mas ainda assim tornava-se necessario que a isso não se oppuzesse o art. 37.

Art. 42. São circunstancias attenuantes :

§ 1º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar (75) ;

(75) As circunstancias attenuantes circumdam o crime e influem na penalidade, tornando-a mais branda, porque a responsabilidade moral diminue, devido a causas independentes da vontade do delinquente. Estas causas podem ser *internas* ou *externas*, *subjectivas* ou *objectivas*. Entre as primeiras figuram as que dão logar ás attenuantes dos §§ 1, 10, e 11. Entre as segundas, se acham as dos §§ 3, 5, 6, 8, e 9. Outras resultam de causas *subjectivas* e *objectivas* cumulativamente, como as dos §§ 2, 4 e 7.

As acções ou omissões contrarias á lei penal que não forem commettidas com *intenção criminosa*, ou não resultarem de negligencia, imprudencia, ou impericia, não serão passíveis de pena (art. 24). O crime, violação *imputavel* e *culposa* da lei penal (art. 7), compõe-se de dois elementos, o *moral*, *animus delinquendi* manifestado na *intenção directa* ou *indirecta*, e o *material*, o *facto*, que deu logar á infracção. Deste conceito resulta a distincção entre crimes *dolosos* e *culposos*, em se tratando da responsabilidade criminal. Quando existe o *animus delinquendi*, que manifesta-se pelo *dolo determinado* ou *indeterminado*, ha crime *doloso*. A intenção

pode ser directa ou indirecta; o conhecimento do mal resultante do delicto pode não ser pleno, por não ter havido a intenção directa de o praticar, como succede no crime preterintencional, em que o resultado, as consequências do facto delictuoso foram alem da intenção do agente, ou porque elle não previo-as, ou porque não queria que ellas se realisassem. N'estes crimes a *intenção* se diz *indirecta*, a ella corresponde o *dolo indeterminado*. Quando não ha o *animus delinquendi*, mas o facto é resultante de imprudencia, impericia ou negligencia, o elemento moral é a *culpa*, o crime se diz *culposo*. Existe a responsabilidade criminal, mas a circumstancia attenuante do § 1 não tem applicação a estes crimes, porque nelles não houve intenção directa nem indirecta.

Alguns AA., como Braz Florentino, sustentam que o conceito da attenuante do § 1 comprehende tanto o dolo indeterminado, a preterintencionalidade, como a culpa; o dr. Eduardo Durão dizia que o homicidio preterintencional é uma especialidade « intermedia, que se enquadra entre os completamente dolosos e os simplesmente culposos. » Vide no *Direito*, Setembro, 1891, p. 5, um artigo deste illustre J. C. sob o epigraphe *A preterintencionalidade no homicidio*; João Vieira, *Coa. Pen. comm.*, v. II., p. 169 e segs.

Escorel, commentando o § diz que não é admissivel reconhecer esta circumstancias attenuantes nos crimes culposos. E depois de observar que, combinada a disposição do § com a do art. 24 e as de outros artigos, o legislador de 1890, acceitou a doutrina sobre intenção directa e indirecta, dolo directo e indirecto, mantendo assim o que já estabelecia o Cod. de 1830, acrescenta : « Não é admissivel reconhecer esta circumstancia nos crimes culposos. Fazemos esta observação, não porque admittamos que possam ser reconhecidos, em favor do agente de um crime culposo, outras circumstancias attenuantes que não as dos §§ 9 e 10, e a do § 11, quando o agente é menor de 21 annos, mas para que seja evitada contradicção em decisões dos tribunaes. São respostas que não se conciliam : Affirmar, por exemplo, que a acção resultou de imprudencia do agente, e affirmar ao mesmo tempo que elle não teve *pleno* conhecimento do mal e *directa* intenção de o praticar. Nos crimes intencionaes para os quaes é estabelecida uma pena, em vista da intenção indirecta não pode ter influencia esta circumstancia porque é elementar, Exs. : Arts. 146, 159, §§ 2 e 3; 161 seg. parte; 164 § unico. Esta circumstancia consiste, *principalmente*, em se demonstrar que por parte do agente não foram, ou não podiam ser previstas todas as *consequências* do seu crime, e que se o tivessem ou pudessem ter sido, elle que só se havia proposto a obter um certo resultado de menor gravidade pelo crime, se teria abtido de o praticar. Esta presumpção da lei, favoravel ao criminoso, é então o fundamento intrinseco da attenuação da pena. Ex. : Um ladrão ou ladrões pretendem roubar alguém, e, a esse fim, não o querendo matar, lhe subministram um narcotico, para durante a somnolencia, perpetrarem o crime. Mas a constituição do individuo, ou o seu estado era tal que não reagiu e o somno, temporareo na intenção do delinquente tornou-se o lethargo da morte. Temos, neste caso, um envenenamento, mas commettido sem uma *intenção directa*, como exige o Cod. pen. do Brazil. Ferrão, *Cod. pen. port.* Cumpre, porém,

distinguir neste paragrapho a funcção grammatical da conjuncção — e — se é disjunctiva ou copulativa. Se ella for copulativa a attenuante integra-se com os dois elementos *ausencia* de intenção *directa* e do *pleno conhecimento do mal*. Esta proposição envolve o reconhecimento da existencia da intenção *indirecta* e do *conhecimento do mal*, embora não tenha sido pleno.

O crime é doloso, porem a pena sera attenuada em vista daquellas circumstancias, mas a attenuante não existe sem o concurso daquelles dois elementos. Se a funcção da conjuncção é disjunctiva, como varias vezes acontece no Código, a attenuante do § 1.º desdobra se em duas — uma relativa á intenção de commetter o crime, que não foi *directa*, outra relativa ao conhecimento do mal, que não foi pleno, mas nem por isso, deixou de existir. Esta distincção é capital admittindo-se-a nos crimes culposos, pois se nestes não ha intenção criminosa, pode haver entretanto o conhecimento do mal. Tal seria v. g. o homicidio por imprudencia praticado pelo cirurgião audacioso que faz correr o risco, sabendo que a operação em certas condições poderia dar a morte ao paciente. N'este caso o não ter havido *pleno* conhecimento do mal é attenuante que pode ser admittia nos crimes culposos. No Cod. de 1830 este § tambem estava assim redigido. Parece-nos que a conjuncção deve ser entendida no sentido copulativo.

§ 2. Ter o delinquente commettido o crime para desaffrontar-se de grave injuria, o seu conjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado (76);

(76) A fonte desta disposição é o art. 51 do Cod. Pen. italiano, cujos interpretes prestaram bons subsidios á boa intelligencia do nosso; diz João Vieira, e accrescenta : Trata-se da parte que podem ter influencia sobre a responsabilidade, certos affectos e sentimentos. *Vide* Jules Lacoïnta, Cod. Pen. d'Ital. comm. ao art. 51, Puglia, *Man. di dir. pen.* v. I, p. 163. Para boa intelligencia da disposição deste paragrapho, convinha definir a *injuria grave*, visto que a desaffronta não se limita á pessoa do delinquente, vae alem, estendendo-se ao conjuge, aos parentes ascendentes, descendentes e até collateraes. Se o motivo da attenuante são certos affectos e sentimentos respeitaveis, que obrigam o delinquente a agir, comprehende-se que a situação do agente varia conforme o gráo de intensidade d'aquelles sentimentos ou affectos. Comprehende-se que a desaffronta da esposa, dos paes, ou do filho offendidos, seja naturalmente mais intensa do que a do irmão e do cunhado. O Cod. collocou, porem, todos no mesmo pé de egualdade, o crime é attenuado, se foi praticado em desaffronta a injuria grave feita a qualquer das pessoas mencionadas no paragrapho.

Jules Lacoïnta, a propósito do art. 51 do Cod. pen. ital. diz : *Après les causes de justification, les excuses atténuantes : ce texte résout, quant à la crainte, à la provocation, à la juste douleur, de difficiles questions qui ont divisé les commissions de la Chambre des députés et du Sénat italiens en 1888. - Voir notamment Crell, Diss. De privilegio doloris, fasc. XII, p. 2051* Puglia, commentando o mesmo art. diz que as condições desta attenuante

que também se refere ás offensas ás pessoas que nos são caras, além da referencia á pratica do delicto no *impeto de ira* e de *dor intensa*, são as seguintes : 1.º un *ingiusta provocazione* ; 2.º che questo produca un *dolore morale* ; 3.º che questo *dolore* sia *intenso* ; 4.º che ecciti l'*impeto* ; 5.º che la reazione avvenga nello *stato d'impeto*. A causa determinante da attenuante é, por conseguinte, o *impetus* que dá logar ao desagravo, á desaffronta. A causa occasional do *impetus* do art. 51 do Cod. ital. pode ser a *ira*, a *dor intensa*, a *offensa* a pessoas que nos são caras. O Cod. hesp. (art. 9, n. 5), contem o mesmo preceito do nosso Cod. estabelecendo, porem, a condição de *proximidade* entre a offensa e a reacção. Pacheco opina que a reacção não precisa ser *immediata*, basta ser *proxima*. *Próximo ó immediato*, diz elle, non son una misma cosa. La immediacion escluye toda a idéa de tiempo intermedio y suppone actos consecutivos. La proximidade indica solo que es una dilacion que ha mediado. No es inmediata la obra que sigue a una precedente, al cabo de una hora, no deja de ser proxima la venganza que se dilata por dos dias. (Bento de Faria cit.). O *impetus* pode ser ocasionado por uma *dor intensa moral* ou *physica*. Uma injuria grave determina uma *dor moral*; uma pancada forte, ou uma simples pisadella de um callo, podem determinar o impeto, principalmente nas pessoas colericas. O *impetus* é o impulso irreflectido, o *accommettimento* subito, e é, por isso mesmo, que diminue a responsabilidade do agente, attenuando-lhe a pena. Considerando o nosso Codigo em relação aos dois supra citados, vê-se bem que, embora a fonte da attenuante do § 2 fosse o art. 51 do Cod. ital., segundo João Vieira, ou o art. 9.º n. 5 do Cod. hesp., segundo Bento de Faria, o nosso refere-se somente á *desaffronta*, ao *desagravo*, de *injuria grave*, sem distinguir se a *desaffronta* foi *immediata* ou *proxima a injuria grave*. Desde que não houve essa distincção parece-nos que a *desaffronta* em qualquer tempo, mesmo premeditada, o que exclue o *impetus*, constitue a attenuante do paragrapho. Se tenho conhecimento de que um individuo procura diffamar-me ou a pessoa que me é cara, das mencionadas no § 2º, e me resolvo a tomar-lhe uma satisfação e um desforço na primeira occasião em que encontrar-o, estarei sujeito ás penas do crime que eu tiver praticado com aquella intenção, mas a meu favor militará a circumstancia attenuante do § 2.º E', porem, necessario que a injuria seja *grave*, para que a *desaffronta* attenne a pena. A dificuldade consiste em saber-se o que deve entender-se por *injuria grave*. O que seja *injuria* o Cod. define nos arts. 317 e 320. A calumnia também está definida (art. 315). São figuras dos crimes contra a *honra* e a *boa fama*. A expressão — *injuria grave* — suppõe gradação na injuria. Qual a grave cuja *desaffronta* dá logar á attenuante? A offensa á honra será uma injuria grave conforme o conceito que desse sentimento tiver o offendido. A educação moral e religiosa, o meio social em que vive, a classe social de que faz parte o individuo, influem sobre aquelle conceito. A bofetada será ou não injuria grave, o chicote será ou não instrumento aviltante para ser em considerados injuria grave, conforme o conceito individual da honra. Para o militar, fugir do inimigo é deshonra, acobardar-se é falta de brio. Para o paisano, em identicas circumstancias, não se apura tanto : a falta de coragem não importa falta de brio. O valor da circum-

tancia attenuante do § 2.º, á vista das considerações supra, não pode deixar de ficar sujeito ao arbitrio do juiz. Para se aferir aquelle valor entra necessariamente como elemento principal a pessoa do delinquente, sua educação, profissão, meio em que vive, etc., porque só assim se poderá apreciar o movel do delicto, e por esse movel concluir a attenuante.

§ 3. Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos, ou em defeza das pessoas e direitos de sua familia, ou de terceiro (77);

(77) Vide art. 32 § 2 e 34 e respectivos commentarios. Já fizemos vêr que esta attenuante verifica-se quando ha *excesso de defeza necessaria*, ou quando falta qualquer dos requisitos que o art. 34 exige para a justificativa da *legitima defeza*.

Vem a proposito transcrever aqui uma sentença do dr. Virgilio de Sá Pereira, juiz de direito da 3.ª vara criminal do Districto Federal. A especie não é propriamente de *legitima defeza*, em face do texto do nosso Codigo, que exige *intercoenção conjuncta* dos requisitos constantes do art. 34. Um dos requisitos é o emprego de *meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão*. Se os meios não forem adequados ou se houver excesso na repulsa, desaparece a justificativa do art. 32 § 2 para dar logar á attenuante do § 3.º supra. A sentença do illustrado juiz é um estudo interessante sob o ponto de vista da doutrina :

Vistos estes autos de appellação crime em que é appellante Mario Madureira Ramos e appellada a Justiça.

Na acção que lhe intentou a Justiça publica, perante o Juizo da 3.ª Pretoria o réo, ora appellante, defendeu-se do crime de offensas physicas contra a pessoa de Bonifacio Garcia, invocando a justificativa do art. 32 § 2º do Codigo Penal, que não considera criminosos os que agirem em legitima defesa propria ou de outrem. A sentença de fl. 45 rejeitou esta justificativa porque : « a) o facto allegado — *injurias verbaes* — não legitima a repulsa havida, pois só a uma offensa real se póde oppor uma offensa activa ; b) além de não se verificar, na hypothese, a injuria real, consistente em vias de facto, equivalente á aggressão material, accresce a não coexistencia dos requisitos, que legitimam a defesa propria. » Em virtude destas razões a sentença conclue condemnando o réo em tres mezes de prisão e nas custas. O appellante renova nesta instancia a defesa rejeitada em primeira e cuja base é a invocada justificativa do art. 32 § 2º do Codigo Penal.

O facto constante dos autos é este : o réo, ora appellante, é empurrado, no passeio de uma das ruas mais frequentadas desta cidade e em hora de maxima frequencia, por Bonifacio Garcia que, interpellado, em vez de excusas prorompe em injurias clamorosas e atrozes contra o réo, e satisfeito do seu acto e palavras prosegue caminho, deixando o lesado na incommoda posição de alvo da curiosidade publica, quiçá dos seus motejos.

Dados porém alguns passos, volta-se o injuriador e reedita as injurias, clamando-as de modo que todos o ouvissem, no que é embargado pelo injuriado que avança e lhe vibra uma ou duas bengaladas, e logo se atraca

com Garcia. Da repulsa de Ramos resultou a offensa physica que o auto de corpo de delicto de fl. verificou no offendido, e por este crime o denunciou o Ministerio Publico e o condemnou á sentença appellada.

O réo agio em defesa de sua honra ?

A defesa da honra é legitima perante o nosso Cod. Pen. ?

No exercicio desta defesa pôde o defensor responder por vias de facto a injurias verbaes ? Eis as questões contidas no facto incriminado e resolvidas ellas, teremos respondido ao primeiro dos dous *considerandos* acima transcriptos da sentença appellada :

I. « Honra, define LISZT, é o valor pessoal correspondente á posição que o individuo occupa entre os seus concidadãos. (*Tratado de Direito Penal*, v. II, pag. 71, trad. de José HYGINO). A honra é, pois, antes de tudo, um facto — a consideração que se adquire pela conducta. Mas, acrescenta elle, a honra significa outro sim, o interesse do individuo a ser considerado segundo a sua conducta. A consideração suppõe primeiramente o valor moral ; exige tambem o preenchimento dos deveres que a posição impõe (valor social). »

Não é outro o pensar de COGLIOLO. (*Trattato de Diritto Penal*, v. 3, p. 88). « Entendemos por honra, diz elle, a estima ou o bom nome inherente a uma honesta conducta, e que constitue o mais sagrado e precioso patrimonio de todo homem. Nenhum direito é portanto mais essencial á pessoa humana que o direito á honra. E' ella o fundamento da vida social e o individuo atacado na honra é offendido em toda sua actividade pessoal. »

As expressões injuriosas dirigidas em altas vozes ao appellante foram, entre outras, as de *safado* e *caften*. A primeira é empregada geralmente para qualificar pessoas de sentimento moral gasto, de brios relaxados, nas quaes a vergonha já não tem reacções. Não lhe dão esse sentido os dictionarios, mas o povo assim o entende e applica.

A segunda, importada em nosso paiz com a chaga que a nutre, serve para designar o homem que vive de explorar a prostituição da mulher. Aquelle a quem se possa applicar, sem falsidade, semelhante expressão, é um homem *sem honra* ; e o que della se defende, defende a *sua honra*. Onde o *valor pessoal*, de que falla LISZT, se o individuo é apontado em publico como exercitando uma profissão objecta, e, portanto, sem o *valor moral* que é o presupposto da *consideração* ? Onde o *bom nome* de que falla COGLIOLO, se fallece a *onesta condotta*, que é a sua base ? Temos, pois, por verificado que o appellante, offendendo physicamente a Bonifacio Garcia, que o injuriara clamorosa e atrozmente, o fez na defesa da sua honra.

II. O nosso Codigo Penal, no art. 32 § 2º, preceitúa : « Não serão criminosos os que praticarem o crime em defesa legitima, propria ou de outrem. A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida ; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados ». E' nosso pensamento que nesta generalisação de direitos está o *direito á honra*, reconhecido pelo proprio legislador criminal, quando para sua defesa traçou os artigos concebidos sob o Titulo XI do Codigo, cuja epigraphe é — *dos crimes contra a honra e a boa fama*. E' esta a opinião de mais autorizado Commentador do Codigo Penal Brasileiro, o Dr. JOÃO VIEIRA, que

assim se exprime : « Também resulta da definição romana dada por Guyer que, sendo o direito de legitima defesa facultado contra qualquer impericia, entre estas se devem comprehender também as aggressões aos bens e á honra ». (Commentário, 2, 20.)

« Do direito á vida, á saúde physica e á liberdade, o conceito dos direitos essenciaes á pessoa se estendeu em seguida ao direito de conservação do pudor, e ao direito á honra. » (COGLIOLO, op. cit. v. 3).

Como o Cod. Brasileiro, o Allemão não pormenoriza os direitos a que se applica a legitima defesa, dá apenas o enunciado geral, nestes termos : « Legitima é a defesa necessaria para a repulsa de uma aggressão actual e illegal, mediante offensa de interesses juridicos do aggressor. » LISZT, op. cit. trad. J. HYGINO, v. 1, p. 227). Commentando este dispositivo escreve o jurista allemão : « A lei não distingue entre os bens juridicos. A legitima defesa é tão admissivel para protecção da honra, do sentimento moral ou religioso, dos direitos politicos, como contra o crime de moeda falsa, e de traição ao paiz, etc. » (Obr. cit. v. 1, p. 230). Será uma opinião isolada ? Em nota sob a letra *d*, o traductor nos responde, por estas palavras : « A opinião commum dos criminalistas allemães é que a legitima defesa cabe contra todo ataque á pessoa, á vida, á honra e ao patrimonio e que por ataque se entende toda invasão na esphera juridica de outrem. » Que o respeito á honra alheia é para cada individuo um dever, e o da honra propria um direito exigivel de todos, é um postulado de philosophia juridica, incorporado hoje em dia ás leis penaes dos povos cultos, que punem a injuria e a calumnia. E' portanto um direito que pôde ser lesado, e como tal está comprehendido na protecção do artigo 32 § 1º do Cod. Pen.

III. A questão articulada em terceiro lugar tem sido examinada pelos tratadistas e ALIMENA (*Dell'Imputabilità*, v. 3, pgs. 49 e 50) formulou-a quasi que nos mesmos termos. « A defesa da honra, pergunta elle, pôde ser entendida de modo tão largo que comprehenda também a defesa legitima contra a injuria e a diffamação, e que o individuo ameaçado, para impedir que se pronuncie a palavra injuriosa ou para evitar uma bofetada, recorra a meios violentos contra a pessoa ? » Se ha proporção entre a offensa e a repulsa, como, por exemplo, se o injuriado se limita a tapar a bocca do injuriador, ferindo-lhe embora os labios com as unhas, pensa ALIMENA que cabe a legitima defesa ; se, porém, elle vai até ao homicidio, não occorrerá a justificativa pela desproporção evidente entre o acto e a reacção. O proprio tratadista italiano entretanto, abre excepções a esta regra, que diriamos geral, e á pergunta — se tem o direito de matar o inimigo o pai que o sabe na imminencia de publicar a deshonor da filha ? — responde : *creio que sim*. Seria, na sua opinião, a legitima defesa contra a diffamação. Deixando de lado o que a critica teria a objectar a estes conceitos, concluamos que ALIMENA é dos que, em these, reconhecem a legitimidade da defesa do injuriado que recorre a meios violentos para repulsar a injuria.

Quando a reacção contra a injuria consiste em verdadeiras vias de facto, pergunta COGLIOLO, não se pôde dar, por excepção, um caso de legitima defesa contra a injuria ? Para figurar uma só hypothese : alguém publicamente me aggride com o epiteto de ladrão e eu procuro impedir-o de fallar,

causando-lhe, porem, com a violencia com que lhe faço pressão sobre a bocca, uma ligeira offensa. A palavra *ladrão*, nesta circumstancia, constitue para mim uma *violencia actual e injusta*. Não posso eu considerar necessario reagir mediante vias de facto, não achando outro meio perante o perigo que me investe e ameaça? Temendo as consequencias da injuria atroz, que me é lançada em publico, não posso eu julgar necessario, para tutelar promptamente o meu direito, aquelle movimento rude e mecanico, apto a conseguir o silencio do que intentava continuar a vituperar-me? Parece-me que sim. (*Tratatto* cit. v. 3, pag. 88).

Ouçamos agora a LISZT (v. 1, pag. 231). « A medida da repulsa, ou a *defesa necessaria* é dada pela violencia da aggressão. Se não fôr possivel repellir a aggressão por outra forma, o mais insignificante bem juridico póde ser protegido com a morte dada ao aggressor. »

Apoiados em taes autoridades, podemos afirmar que, na repulsa a injurias verbaes, a defesa legitima se póde realizar mediante vias de facto.

IV. Considerando que houve *agressão actual*, isto é, que a offensa causada pelo appellante em Bonifacio Garcia repellia, acto continuo, offensas verbaes que este lhe dirigia;

Considerando que a acção foi inesperada, não podia portanto ser prevenida; e que só podia ser obstada se o appellante tapasse a boca ao injuriador, o que afinal redundaria em vias de facto, ou fugisse. A lei, porém, não exige que o individuo sacrifique a dignidade propria ou afronte o perigo ou o desaire, para não usar de violencia na defesa de um seu direito.

O appellante podia ter fugido, mas ninguem de mediano brio haverá que não classifique de vergonhosa e cobarde semelhante acção. « A possibilidade de uma fuga vergonhosa ou perigosa escreve LISZT (v. 1, p. 231), não exclúe a legalidade da defesa, mas a defesa deixa de ser legal, se é possivel escapar á aggressão sem ignominia ou sem perigo. »

Não é razoavel exigir que um homem a quem outro embarga o passo na via publica e dirige em face injurias atrozes, em voz alta, causando escandalo, esquive-se ignobilmente á virulencia do aggressor e vá á Delegacia mais proxima invocar o auxilio da autoridade. Não ha impossibilidade material de fazel-o, mas ha impossibilidade moral, que no homem de pundonor é mais invencivel do que aquella, e acertadamente ensinam certos tratadistas allemães (nota do trad. de Liszt, vol. 1, pag. 232, que devemos apreciar o momento do perigo na legitima defeza, collocando-nos completamente no porto de vista de quem se achava sob a pressão d'elle;

Considerando que o appellante, descarregando a bengala de seu uso commum, e cujo poder offensivo nada tem de extraordinario, sobre o que reiteradamente o injuriava, usou de meio proporcional á aggressão, tanto assim que a offensa physica foi qualificada de leve pelos peritos, accrescendo que em falta a outros meios poderia o appellante ter ido aos extremos do homicidio. conforme a lição de LISZT, de ALIMENA e outros tratadistas;

Considerando que no caso vertente intervém ao mesmo tempo em favor do appellante os requisitos do art. 34 §§ 1º, 2º e 3º do Codigo Penal :

Dou provimento á appellação interposta por termo á fl., para, reformando

como reformo a sentença appellada, absolver o réo appellante da accusação que lhe foi intentada.

Rio, 17 de Junho de 1905. — *Virgilio de Sá Pereira.*

§ 4. Ter o delinquente commettido o crime oppondo-se á execução de ordens illegaes (78);

(78) Art. 35, § 2. Dá-se a attenuante quando ha excesso dos meios necessarios na resistencia para impedir a execução de ordens illegaes.

Vide art. 229 e nota.

§ 5. Ter precedido provocação ou aggressão da parte do offendido (79);

(79) Um dos requisitos da legitima defeza (art. 34) é que tenha havido aggressão *actual*. Ella deve concorrer conjuntamente com os demais requisitos do art. 34, para qualificar a defeza *legitima* (justificativa). Se a aggressão é *actual*, mas falta algum dos requisitos necessarios, a defeza deixa de ser *legitima*, passa a ser a propria figurada no art. 42 § 3, deixa de ser *justificativa*, é *attenuante*.

Se não se trata da defeza *propria*, figurada no art. 42 § 3, a aggressão constitue a attenuante do § 5 isoladamente, quer seja *actual*, quer *anterior*. Esta intelligencia não está de accordo com a de João Vieira contra Toledo, Thomaz Alves e Liberato, nem com a destes. Suggestimol-a, em face dos dispositivos dos arts. 34 e 42 § 3, sob pena de sermos forçados a reconhecer a inutilidade do § 5. A aggressão, em cada uma das trez hypotheses, se apresenta em concurso com outras ou isoladamente, e parece-nos que basta isto para constituir a differença da justificativa e das duas attenuantes entre si.

No § 5 não ha concurso de provocação com a aggressão, que se acham separadas pelas *disjunctiva* — ou —. A provocação da parte do offendido, independente da aggressão, é attenuante. *Provocação* é a acção de provocar excitar, incitar, desafiar. A aggressão pode ser tomada em diversos sentidos, taes como instigação, acommettimento, ataque, combate, hostilidade, investida, *incitamento*, suggestão (Frei Domingos Vieira, *Dicc. Ling. Port.*), mas evidentemente a aggressão do § 4 é o ataque, a investida, o acommettimento. No sentido figurado, usado com frequencia — *aggredir* — quer dizer tambem — doestar, *provocar* de facto e de palavras. Não foi este, sem duvida, o sentido que o legislador teve em vista; assim entendemos para não admitir a superfluidade que na redacção das leis é um dos vicios mais detestaveis.

Vide o nosso Cod. Pen. Mil. comm. n. 61.

Observa Escorel : A *injuria grave* e a *aggressão* não podem constituir aqui *provocação*, porque a injuria grave e a aggressão são circumstancias distinctas da *provocação*, estando indicada aquella no § 2.º; esta na segunda parte do § 5.º. Assim tambem, não pode constituir a circumstancia da *provocação*, qualquer outro facto que embora seja meio de *provocar*, esteja

incluido em outro § como circumstaçcia attenuante. Quanto á *agressão*, trata-se aqui da aggressão pela *força violenta*, porem que *cessou*, sem repulsa do aggreddido. Embora *passada* a aggressão, si o aggreddido, por exemplo, pratica um ferimento na pessoa do seu aggressor, tem a seu favor a circumstañcia attenuante — *ter precedido aggressão da parte do offendido*.

§ 6. Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior (80);

(80) *Vide* arts. 32, § 1, e 33 e notas respectivas. Quando os requisitos do art. 33 não puderem ser provados, o indiciado terá apenas a seu favor a circumstañcia attenuante deste § 6 e não a *justificativa* do art. 32 § 1, diz João Vieira, *Cod. Pen. cit.* v. II, p. 178. Nós entendemos, porcm, que dá-se a attenuante quando for provado *qualquer dos requisitos*, pois, para que tenha logar a *justificativa* deverão intervir *conjunctamente todos os requisitos* do art. 33.

§ 7. Ter o delinquente commettido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel (81);

(81) Dá-se a attenuante quando a ameaça não é acompanhada de *perigo actual*, ou quando o constrangimento physico é *vencivel*. Na interpretação deste paragrapho em confronto com o § 5 do art. 27, convem distinguir entre — *violencia physica* (força) *irresistivel*, *constrangimento physico vencivel*, *ameaças* acompanhadas de *perigo actual*, *simples ameaças*, *ameaças* infundindo *terror e medo*. São distincções tanto mais necessarias quanto no § 5 do art. 27 a justificativa exclue a responsabilidade; ao passo que no art. 42 § 7 ha a responsabilidade, porem, attenuada.

Vide João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 178.

§ 8. Ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico (82);

(82) Arts. 28 e 35 § 2. Verifica-se a attenuante quando houver *excesso* nos casos do art. 28. Assim, tambem pensa João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 179). A fonte desta disposição é o art. 39 § 12 do Codigo portuguez.

Entende Escorel que dá-se a attenuante ainda que a obediencia á ordem não seja *legalmente devida* ao superior hierarchico, comparando a disposição do § 8.º supra com a do art. 28. Pode-se assim considerar no sentido lato, desde que o dispositivo não distingue. Não basta que haja superioridade hierarchica do ordenador é necessario elle esteja revestido de autoridade legitima, que lhe dê *competencia* para ordenar e é *dessa competencia* que emana a obediencia *legalmente devida*, a que se refere o art. 28.

§ 9. Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade (83);

(83) A fonte deste paragrapho é o Cod. Portuguez, art. 39. Esta attenuante não ha de consistir apenas na ausencia de precedentes criminosos : se assim fosse, occorreria esta attenuante a favor de quem quer que, pela primeira vez, delinquisse. Lucio de Mendonça, *Paginas Juridicas, Parecer na appell. crime n. 111, p. 120.*

O *exemplar comportamento anterior* é uma expressão vaga ou restricta, conforme se considerar o procedimento normal do homem na sociedade.

A philosophia, que instituiu o *sensu commum*, como criterio para apreciação dos actos humanos, criou tambem o typo normal do homem, apresentando a media de seus defeitos e qualidades. A moral e o direito accetando-o como verdade inconcussa fizeram delle termo de comparação para julgamento das boas ou más acções, praticadas pelos outros homens. « Esta observação, que colhemos em umas *Razões finaes* de um illustre advogado fluminense, dr. Leopoldo Teixeira Leite, em bem tratada causa de *Gestão de negocios*, esta observação, dizemos, tambem pode se referir ao typo normal do *comportamento exemplar* de um individuo sujeito ás contingencias da vida na sociedade. O homem *exemplarmente comportado* será só o bom chefe de familia? o bom cidadão, ordeiro, respeitador da autoridade, cumpridor da lei? o homem probo, honesto, sem vicios? Será simplesmente aquelle que se distingue por uma boa conducta civil? Ou, no sentido restricto, será aquelle que não tem precedentes que o desabonem, ou que pode apresentar uma folha corrida limpa? Já se vê, portanto, que o *comportamento exemplar* está sujeito ao arbitrio do juiz na apreciação do factu delictuoso e da pessoa do proprio delinquente.

Bons serviços prestados á sociedade. No Código penal militar encontra-se tambem como circumstancia attenuante ter o delinquente prestado bons serviços á *Patria*. Commentando esse Cod. dissemos (nota 64) : « A' circumstancia aggravante do art. 33, § 19 — ter o criminoso máos precedentes militares — oppõe-se a attenuante do § 7. No Cod. comm. é attenuante : « Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade. » Esta disposição é vaga, sujeita a interpretação varia, principalmente sobre o que se deve entender por *bons serviços* prestados á sociedade? Em termos mais restrictos, no Código militar, os bons precedentes militares se manifestam desde que a fé de officio seja limpa de penas ou castigos disciplinares. Os relevantes serviços á *Patria* são os de guerra em geral; no tempo de paz são os prestados em cargos publicos ou commissões, que se destaquem por sua importancia, empregados no bem publico.

A-idea de sociedade é mais lata que a de *Patria*, *Nação*, *Paiz*, onde alguém nasce, e exerce os direitos de cidadão.

Serviços prestados á sociedade podem ser de diversas especies, humanitarios, religiosos, politicos, scientificos e industriaes. As grandes invenções e descobertas que contribuíram para o progresso ou bem estar da humanidade, constituem um patrimonio social, commum a todos os povos, interes-

sando á todas as Nações. Serão estes os serviços a que se refere o Código de 1890? *Serviços prestados á Patria* — são mais restrictos, interessando apenas a um paiz, a uma Nação, a uma Patria : são os serviços de guerra, as comissões administrativas ou politicas, as missões diplomaticas, etc..

§ 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 commetter crimes nesse estado (84);

(84) A attenuante da embriaguez tem dado logar a controversia entre os classicos e os AA. da nova escola. Os commentadores do nosso Código de 1890 tambem divergiam; entendiam uns, como Thomaz Alves e Mendes da Cunha, que a embriaguez devia ser considerada excusativa; outros, como Liberato Barroso, que era uma attenuante, e assim confirmava a jurisprudencia.

João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, v. II, pg. 182 e seg.) faz uma synthese interessante das opiniões de AA. da nova escola, e conclue : « A embriaguez como os simples requisitos do art. 42 § 10 é simples attenuante. Mas a formula do art. 27 § 4 a pode abranger tambem e n'este outro caso, é ella causa exclusiva de criminalidade. Conforme os arts. 396 a 398 do Código penal é ainda uma *contracção* nas especies ahi figuradas. Divergimos por isso inteiramente da opinião do dr. Viveiros de Castro (*A nova escola penal*, p. 335), quando diz, fallando das phases da embriaguez, que o art. 27 § 4 do Código penal se refere ao chamado terceiro periodo em que o embriagado é inoffensivo. A redacção do Código penal é pessima, mas é a disposição que traduz a formula da loucura natural ou *artificial*. Consultar sobre todos os aspectos *juridicos* da embriaguez um notavel interprete do Código italiano, fonte do nosso (Enrico Ferri, *Discorsi*, p. 53). »

Viveiros de Castro cita a opinião de Legrand du Saulle, que divide a embriaguez em tres periodos distinctos : alegre, furiosa, lethargica ou comatosa e nella se basea para, com a maioria dos escriptores, considerar a responsabilidade penal segundo o estado pathologico da embriaguez. Os caracteres de cada um dos periodos são os seguintes : 1° *Embriaguez alegre* : As faculdades da intelligencia e as forças phisicas se exaltam ligeiramente, sentimento de bem estar, rapidez de pensamento, escolha feliz de expressão, amabilidade um pouco exuberante, algumas incoherencias na narração, palavras indiscretas e irreflectidas, integridade de sentidos, consciencia perfeita; 2° *Embriaguez furiosa* : A vivacidade de imaginação diminue, depois extingue-se, a voz eleva-se progressivamente e vem depois a turbulencia, a face torna-se rubra e depois empallidece. extraordinariamente, incham as veias do pescoço, a respiração torna-se anciosa, estabelece-se uma cephalalgia congestiva; os sentidos, primeiramente enfraquecidos, embotam-se depois, os movimentos são incertos, a pronuncia embarçada, tremem os membros inferiores, augmenta sensivelmente a desassociação de idéas e a incoherencia de palavras, fallece a memoria, a

vontade se paralyza, esquentam-se as paixões, fazem explosão sob o menor pretexto e podem conduzir a actos irresistíveis, as illusões, as allucinações e os impulsos accentuam-se mais. O perigo é imminente; o homem egualmente neste momento ao maniaco, é tão perigoso para si como para os outros; 3ª *Embriaguez lethargica ou comatosa*: Aparece um somno profundo, apoplectico, acompanhado de estertor respiratorio. Incapaz de fazer bem ou mal, extranho ás cousas do mundo externo, o individuo é um animal inoffensivo, exposto somente a soffrer as consequencias perigosas deste estado-degradante.

Expostos assim os caracteres que assignalam cada um dos tres estados, conclue o illustre magistrado que no primeiro periodo a responsabilidade é plena e completa, porque as facultades mentaes apenas ligeiramente excitadas, funcionam normalmente, está lucida a consciencia, perfeito o livre-arbitrio. Mas no segundo periodo não ha responsabilidade penal, porque é uma loucura artificial, um estado semelhante á mania furiosa. Do terceiro periodo não se cogita, porque o homem sepultado no somno apoplectico é um bruto inoffensivo. Esta theoria é a seguida no nosso Codigo penal. No art. 27, § 4, elle declara que não são criminosos os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime, e no art. 42 que é circumstancia attenuante ter o delinquente commetido o crime em estado de embriaguez incompleta. Na embriaguez furiosa deve-se procurar saber se ella foi occasional, involuntaria ou propositalmente procurada com o fim de commetter o delicto. N'esta ultima hypothese divergem os escriptores. Vide Viveiros de Castro, *A Nova escola penal*, ps. 329 e segs.

Divergem tambem Bento de Faria e Escorél. Este entende que em face do dispositivo do §, o delinquente tem em seu favor a attenuante, *ainda quando o projecto do crime tenha sido formado antes da embriaguez*. Aquelle opina que um dos requisitos que conjunctamente deve concorrer com outros para a integração da attenuante é — que o delinquente *não tivesse antes della formado o projecto do crime*. Tratando-se de embriaguez completa, *não ha duvida*, o delinquente tem por si a dirimente do art. 27 § 4. Se a embriaguez foi incompleta, convem distinguir se o *projecto criminoso* foi ou não formado antes della, se ella foi ou não *procurada* como meio de o *animar* á perpetração do crime. Se o projecto foi formado antes della e ella *foi procurada* para realisalo — desaparece a attenuante. Se o projecto foi formado antes e ella *não foi procurada* — ha a attenuante. Na embriaguez procurada como meio de perpetração de um delicto é obvio que o projecto criminoso foi formado antes della. Se ella não foi procurada, pode ter havido ou não anteriormente projecto criminoso. Em todo o caso é tambem necessario que o delinquente não esteja *acostumado* a commetter crimes n'este estado. Se a embriaguez for completa, ainda que procurada, está comprehendida no dispositivo do art. 27 § 4, diz Escorél, e concordamos.

§ 11. Ser o delinquente menor de 21 annos (83).

(83) A menoridade é attenuante dos 14 aos 21 annos (art. 27, § 1), em geral.

Dos 9 aos 14 é excusativa se o menor obrar *sem discernimento* (art. 27, § 2), se obrar *com discernimento* é atenuante, mas o menor fica sujeito ao disposto no art. 30. Até os 9 annos considera-se que não ha imputabilidade.

TITULO V

DAS PENAS E SEUS EFEITOS ; DA SUA APPLICAÇÃO E MODO DE EXECUÇÃO

Art. 43. As penas estabelecidas neste codigo são as seguintes (86) :

(86) Commentando o Codigo penal militar, art. 39, nota 68, dissemos :

O conceito scientifico da pena, a proporcionalidade entre a pena e o delicto, caracteres da pena, fundamento do direito de punir, efeitos da pena, sua applicação, modo de execução, systemas penitenciarios, constituem a *penologia*, que é a sciencia das penas, do mesmo modo que a *criminologia* tem por objecto o estudos dos crimes. Garofalo comprehende na *criminologia* o estudo do delicto e da repressão penal. Ferri denomina *sociologia criminal* a sciencia dos delictos e das penas, guiada pelo methodo experimental, com os subsidios da anthropologia e estatistica criminaes. A denominação classica de *direito criminal* comprehende o estudo tanto dos crimes, como das penas e o regimen penitenciario. Qualquer que seja o criterio scientifico no estudo da materia pelos sectarios das diversas escolas, todos convergem para um ponto unico : — a *pena* é uma consequencia necessaria do *delicto*, como diz João Vieira. « Aquelle que delinque se applica uma pena, pois que se esta não existisse a definição de certos actos como criminosos não teria sentido. »

Desde Beccaria até os modernos autores da escola positiva, todos se preocupam com o fundamento do direito de punir, creando systemas diversos. Os principaes systemas da escola classica são o da *vingança* (*vindicta publica*) que na evolução historica da penalidade, representa a idéa de justiça na idade primitiva; o *utilitario* de Bentham, que admite as leis repressivas de *prevenção* et de *intimidação*, tendo por base o interesse publico; o da *legitima defesa* exercida pela sociedade (Locke, Grotius); o *theocratico*, em virtude do qual as leis penaes são a expressão de um direito directamente emanado do céu e um meio de vingar a magestade divina (Joseph de Maistre); o do *contracto social* : as leis penaes repousam sobre um contracto, que attribue o direito de punir ao individuo por intermedio da sociedade (Rousseau); o da *lei moral*, da *retribuição do mal pelo mal*, a *expição do delicto*, systemas espiritalistas, que contam, entre os seus adeptos, Kant, Cousin, Guizot, de Broglie, Rossi; o *phrenologico* de Gall : o direito de punir é uma consequencia da arte de curar o criminoso, que é um doente; o da *conservação social* que Franck considera o primeiro dos direitos da sociedade e para o individuo o primeiro dos deveres, direito que

aquella exerce pela força e pela repressão; o da *reforma do condemnado*, que para Charles Lucas é o caracter essencial e fundamental da repressão; o *eclecticico*, ideado por Victor Foucher, que procurando conciliar os diversos systemas, deu á pena o triplice fim de reformar, instruir e intimidar.

As opiniões tambem divergem entre os AA. da nova escola, tratando do conceito scientifico da pena. Garofalo define-a: « O remedio para a falta de adaptação do réu. O fundamento do direito de punir baseia-se na legitima reacção da sociedade contra o crime. »

Para Berenini a pena consiste no meio mais adequado á protecção da segurança social. Giulio Fioretti estuda o delicto como um facto natural e a pena como uma subsequente *reacção* natural. Para Enrico Ferri a pena tem por fim afastar da vida social o delinquente que, pela anormalidade de sua constituição, tem-se mostrado inadaptado.

Os *remedios* da delinquencia são, para a maior parte dos delictos *remedios sociaes*, isto é, a correcção do ambiente social, na ordem economica, politica, administrativa, pedagogica, por meio daquella serie de providencias preventivas estudadas na theoria dos *substitutivos penaes*.

O systema da *tutela social* é o da « ineluctavel defeza da sociedade solidada pela necessidade da segurança da ordem dualica e de todos os direitos sociaes e individuaes que ella exprime » (Kraepelin).

Para João Vieira a pena é o meio de garantia social de reduzir o criminoso á impossibilidade de prejudicar ou de tornal-o inoffensivo, tendo como fim principal a segurança publica (*Vide* João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 205 e segs.).

Todos estes systemas considerados isoladamente apresentam falhas, porque tem por base o doutrinarmos de escolas exclusivistas, mas, tratados no-conjuncto, vê-se que ha, entre todos, pontos de contacto, idéas geralmente accéptas, de modo a não ser impossivel uma conciliação dando em resultado um systema eclecticico bem entendido, em que entrassem como elementos a utilidade e o interesse social, a intimação, a garantia pela reacção da ordem juridica e social, a defeza social pela repressão, a garantia dos direitos individuaes, o reconhecimento do dever de respeitar os direitos sociaes e individuaes, os meios preventivos e reparatorios, a reforma do criminoso, o expurgo da sociedade pelo meio eliminativo da prisão perpetua.

A pena deve ser legal, justa, proporcional ao delicto, divisivel, necessaria, pessoal e reparavel. Só a lei pode determinar a existencia da pena e a sua execução. E' a applicação do preceito constitucional — ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da lei: A pena só é legalmente applicada pelos orgãos do poder competente (Const. Fed., art. 72, § 15). Deve ser justa, isto é, igual para todos (Const. Fed., art. 72, § 2) que incidirem na sancção penal.

Proporcional ao delicto e divisivel decorrente ao principio — *pœna debet commensurari delicto* da lei romana, isto é, não deve ser excessiva, e pela divisibilidade guardar a relação necessaria entre a gravidade do crime e a repressão (art. 54). Deve ser *necessaria*, meio exemplar da punição e intimação, meio repressivo applicado no momento opportuno. Deve ser *pessoal*, isto é, nenhuma pena passará da pessoa do delinquente (Const. Fed.,

art. 72, § 19): Deve ser *reparavel*, porque a justiça humana não é infallivel, sujeita a erros de facto e de doutrinas e a outras contingencias.

Vide Viveiros de Castro, *A Nova escola penal*, primeira, segunda e terceira partes.

Os trabalhos de Cesar Lombroso despertaram a attenção dos medicos principalmente dos psychiatras, que passaram a se occupar do estudo do criminoso. As observações e experiencias que até então faziam sobre os alienados, passaram a ser feitas sobre os delinquentes. Surgio uma nova escola que é uma variante da escola positiva, em consequencia do methodo de observação e experimental, que emprega para o estudo do criminoso sob o ponto de vista medico legal. Na *Gazetilha do Jornal do Commercio* de 8 de Maio de 1905, publicou o dr. M P. Pinto Guimarães um artigo soba epigraphé — *Da necessidade do exame medico legal para julgamento do criminoso*, que, *data venia*, passamos a transcrever, por não ser possivel resumil-o :

« Lendo ha dias no *Jornal do Commercio* um substancioso artigo do abalisado professor Nina Rodrigues, relativamente ao exame medico legal, julgamos conveniente e opportuno, mórmente tratando-se agora da reforma do processo criminal, fazer algumas considerações ácerca da necessidade desse exame nos criminosos, para distinguir-se o simples criminoso passional ou occasional do criminoso alienado e assim evitar condemnações inuteis e até certo ponto injustas.

A sciencia penal, quer pelo lado da criminologia, quer pelo lado da penologia, vai cada vez mais rasgando novos horisontes e despidendo-se de classicos preconceitos entravadores de sua marcha progressiva, e novos e difficilimos problemas surgem á luz da discussão impondo immediatas soluções.

De facto, sob o influxo efficaz dos criminalistas italianos e com poderoso auxilio da philosophia positiva, surgio uma nova escola de direito penal, que rompendo inteiramente com as idéas e os principios absolutos, até aqui admittidos, busca assegurar a sociedade, defendendo-a fortemente de seus inimigos, destruindo as causas productoras da criminalidade. Adoptando como methodo o experimental e de observação, as estatisticas como preciosos instrumentos de analyses para firmar leis e tirar conclusões, e com os dados fornecidos pela psycho-physiologia e pela anthropologia, a nova escola apresenta resultados admiraveis em beneficio da sociedade.

Para consecução de tal fim lança mão da prophylaxia, por meio dos substitutivos penaes e systemas de recompensas para os que evitarem a perpetração de delictos, e pela suppressão do delinquente, isolando-o da sociedade ou applicando a pena de morte.

Para evitar um alto potencial de criminalidade em suas multiplas fórmias de reincidencia e degenerescencia, creou ella uma hygiene e therapeutica sociaes, baseadas nas condições geneticas, especialmente as qualidades peculiares aos delinquentes, pois o papel do crime, como attesta Raoul de la Grasserie, é pathologico, physiologico e prophylatico.

A escola positiva tem um postulado que marca claramente o seu conceito ácerca do criminoso, que é : o criminoso por suas anomalias organicas e psychicas, hereditarias e adquiridas, é uma variedade do genero humano. »

Marro, eminente chefe do Asylo de Alienados de Turim, define o crime : **um** conjuncto de causas internas e externas que actuam no animo do delin-

quente, umas e outras podendo agir como causas que predispõem ou como causas determinantes do delicto ». Ensina o illustre psychiatra que todos os que se occupam do estudo psychico do criminoso concluem que os delinquentes são seres á parte. Todos os outros escriptores sectarios da nova escola consideram sempre o criminoso como um anormal, como producto. ora de causas biologicas pelo atavismo organico e psychico (Lombroso) ou unicamente psychico (Colajanni), pela pathologia da nevrose (Dally, Maudsley, Virgilio), de neurasthenia (Benedickt), de epilepsia (Lombroso), pela degenerescencia (Morel, Zuccarelli, Sergi), pelo defeito de nutrição do systema nervoso central (Marro), e pela anomalia moral (Garrofalo, Despine), ora de causas sociaes, como pela influencia economica (Turate, Bataglia) de effeito de adaptação politico-social (Vaccaro) e influencias sociaes complexas (Lacassagne, Tardi, Topinard), ora, finalmente, de causas biologico-physico-sociaes (Ferri).

Paul Abrecht, porém, com um modo especial de encarar a criminalidade, procura sustentar que o criminoso é um normal e o homem honesto um anormal. O illustrado professor não encontrou entre os mestres um que o acompanhasse em tão escabroso asserto.

Assim, para a punição de qualquer delinquente, estuda-se hoje não o crime, a figura delictuosa, mas as condições personalissimas do agente do delicto, com observações directas nos gabinetes de anatomia e de physiologia, nas prisões e nos manicornios criminaes, pois busca a escola positiva fixar os caracteres peculiares a cada especie do criminoso, conforme as classificações scientificas de criminosos apresentadas no Congresso de Anthropologia reunido em Roma.

Considerando-se assim o delinquente, perguntaremos : qual será o criterio para a punição dos criminosos?

Certamente que a mentalidade, pois no estudo do delinquente deve-se em primeiro lugar attender a esse elemento, que é, na feliz expressão de La Grasserie, « o potencial da criminalidade ». Mas esse elemento intellectual é vario conforme a pessoa, o sexo, a idade e o estado psychico actual e outros factores sociaes e moraes. Assim, a base da penalogia será o exame prévio do delinquente, porquanto os anormaes não devem ser tratados, sob o ponto de vista da culpabilidade moral ou social, da mesma fórma que os normaes conforme se manifesta de la Grasserie.

Hamon pensa que para o estudo da criminologia não ha competencia nem num professor de medicina, nem num professor de direito, pois cada um delles, isoladamente, não reúne as condições necessarias relativas á sociologia, á psychologia e á anthropologia criminaes. Das palavras do illustre professor da Universidade nova de Bruxellas pôde-se deduzir que é difficil encontrar-se uma pessoa capaz de julgar um delinquente.

Kant já affirmara que os julgamentos sobre as doenças de espirito pertencem tanto ao philosopho como ao medico.

Pôde-se facilmente sanar esse mal de dous modos :

- 1º, com o exame medico-legal obrigatorio;
- 2º, com a criação de uma cadeira especial de clinica criminal nas Faculdades de Direito.

A idéa do exame medico-legal obrigatorio pôde, em grande parte, ser

atribuída a Paul Granier, que no Congresso reunido em Bruxellas em 1892 sustentou a oportunidade de se proceder a uma inspecção medica, mesmo summariamente.

Esse exame medico legal é um direito do culpado e a sociedade não pôde inutilizar seus membros deixando numa promiscuidade desoladora, em uma penitenciaria, os criminosos loucos com os criminosos occasionaes ou passionaes.

Dahi resulta que sob o ponto de vista psychologico a situação é deploravel.

Mesmo admittindo-se a pena de morte para os que não são susceptiveis de regeneração, esse exame é um elemento capital, constitue a base de todo o julgamento.

Felizmente o direito penal, com essa marcha evolutiva, renuncia, se não *in totum*, ao menos em parte, a esta vingança applicada inutilmente aos alienados e em geral aos anormaes.

As obras de Krafft-Ebing, Maudsley, Julio de Mattos e Viveiros de Castro estão cheias do casos de criminosos, que são condemnados inutilmente.

A obrigatoriedade do exame medico-legal tornar-se-ha mais frisante, se formos estudar o papel do criminoso ou por outro dos alienados, nas legislações estrangeiras.

Dividem-se ellas em tres grupos :

1º, as que consideram imputavel o crime praticado no estado de alteração das faculdades mentaes ;

2º, as que evitam qualquer especificação de doença, que excluem a imputabilidade, declarando apenas de um modo geral que o estado de alteração mental é um caso de não culpabilidade ;

3º, as que traçam certas regras para que o magistrado possa determinar quando o réo soffre de alienação mental.

A nossa legislação acha se no segundo grupo, pronunciando-se a respeito do jury.

Tambem varia nos diversos paizes a competencia de declarar se o criminoso é affectado de alienação mental.

As leis francezas e allemãs deixam esta questão á margem ; as austriacas dão esta competencia a uma camara especial ; as hungaras dão a competencia aos medicos, que declaram se o culpado é responsavel e se parece perigoso para a sociedade ; as inglezas, finalmente, dão aos jurados esta attribuição de julgamento de sanidade de espirito.

Comprehende-se que entregar esta competencia aos jurados é um absurdo, pois são homens que muitas vezes têm diminutos conhecimentos e não estão, por isso, na altura de explanar-se em tão melindroso assumpto.

A criação da cadeira especial de clinica criminal no curso de direito é idéa de Tarde, que no Congresso de Roma apresentou a seguinte these : « Les étudiants en droit ne seraient admis au cours de droit criminel qu'à la condition de se faire préalablement inscrire comme membres d'une société de patronage des prisonniers, présidée par leur professeur. En cette qualité, ils seraient astreints, soit isolément, soit en corps, à des visites hebdomadaires aux prisons cellulaires, les plus rapprochés du lieu de leurs études, et apprendraient de la sorte à connaitre les délinquants et les criminels, en

même temps qu'à pratiquer et à propager un des remèdes les plus efficaces contre le fléau de la récidive. L'utilité serait triple : pour les étudiants, pour les condamnés, et pour le public. »

De facto, tal cadeira é um complemento que de ha muito se faz sentir nas escolas de direito.

Coube a Ferri sustentar com o seu brilhante talento essa afirmativa de Tarde no Congresso de Roma.

Em sua obra *Sociologia Criminal* vai elle mais longe, dizendo : « O julgamento penal tem um caracter de uma inquirição, subjectiva e objectiva, sobre o individuo. Assim, é claro que o juiz deve ter instrução scientifica e conhecimentos perfectos, de um lado de direito criminal, e de outro de medicina legal. »

Garofalo encara o problema com grande superioridade de vista. A cadeira do juiz criminal, diz elle, deve ser diversa da do juiz civil, exigindo-se para aquelle estudos especiaes de anthropologia e sociologia criminaes e estatisticas em lugar de direito romano e historia do direito, que não dão luz para o julgamento criminal. O juiz civil estuda o processo, a relação de direito, ao passo que o juiz criminal deve se preoccupar exclusivamente com a pessoa do delinquente e o exame medico-legal.

Ellero tambem adopta este systema de clinica criminal, e de Noilles, conforme attesta Ferri, propõe a criação de uma escola especial para os agentes de policia judiciaria e guardas das prisões.

Nós, porém, não concordamos, seguindo muitos outros escriptores, com Garofalo na parte referente ao estudo de especialidade civil ou criminal, pois numa escola de direito, a exemplo das escolas de medicina, deve-se ensinar todos os seus ramos.

De tudo quanto vimos de dizer podemos concluir que é de grande urgencia a obrigatoriedade do exame medico. legal para o julgamento do criminoso, pelo menos enquanto não fôr creada nas escolas de direito a cadeira de clinica criminal e não fôr mais largamente estudada a medicina legal, e para a sua internação nos manicomios criminaes, como pede a escola positiva.

Não será opportuno voltar o Legislador brasileiro as suas vistas para os sabios ensinamentos da Nova Escola ? »

a) prisão cellular (87).

(87) Vide na *Rev. de Jurisp.* de Dezembro de 1899, n. 26, p. 311, estudo do Dr. A. Bezerra A *Prisão cellular, influencia da cella no animo dos condemnados.* João Vieira *Cod. Pen.* cit. v. II. p. 226. Vide arts. 45, 50 e 55-

b) banimento (88).

(88) Derogado pelo art. 72, § 20 da Const. Federal. Vide dec. n. 1062 de 29 de Setembro de 1903, nota ao art. 107.

c) reclusão (89).

(89) Art. 47.

d) prisão com trabalho obrigatorio (90).

(90) Art. 48.

e) prisão disciplinar (91).

(91) Art. 49.

f) interdicção (92).

(92) Art. 55.

g) suspensão e perda de emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro (93).

(93) Arts. 55 § unico, 56 e 57.

h) multa (94).

(94) Arts. 58 e 59.

Alem das penas enumeradas no art. 43, observa Escorel, ha outras penas, como sejam : Fazer a *despesa* com a reforma do processo, art. 211 § 2 : perda da *moeda achada* e dos *objectos destinados ao fabrico*, arts. 239 a 242; as *penas* de que trata o art. 277, no casos do § unico do mesmo artigo; *perda* de todos os *exemplares*, arts. 342 a 347, 348 a 350, 384, 385; *perda* dos *instrumentos ou aparelhos*, art. 351; *perda* de todos os *bens e valores*, arts. 367 e 368; *perda* de todos os *apparelhos e instrumentos de jogos, dos utensilios, moveis* etc., art. 369; *deportação*, art. 400 § unico.

Não vemos tambem indicada no art. 43 a pena de *privação do exercicio da profissão*, imposta a alguns crimes. EXEMPLOS : Arts. 300 e 302.

Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos (95).

(95) Art. 66, § 4.

O dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas sobre o Cod. penal de 1890 (Rev. de Jurisp., Maio 1890, ps. 16 e 17)* mostra as innovações introduzidas no systema penal do novo Codigo.

« Abolio, diz elle, as penas infamantes e perpetuas, a pena de morte, de galés, de desterro, de degredo, de prisão simples, e decretou que a pena restrictiva da liberdade não possa exceder de trinta annos. Estabelece para

os crimes políticos a pena de reclusão nas fortalezas e praças de guerra em substituição da pena de prisão com trabalho. Adoptou como pena unica para os crimes communs — a de prisão celllular com isolamento durante o primeiro periodo da pena, nunca excedente de dois annos e com trabalho em commum e silencio durante o dia e segregação nocturna nos periodos subsequentes, adaptando os systemas de Philadelphia e Auburn ao systema irlandez ou progressivo com trez estadios penaes. Estabeleceu o livramento condicional em beneficio do condemnado que, tendo cumprido metade da pena, perseverar no bom comportamento de modo a fazer presumir a emenda. »

No *Relatorio* do Ministerio de Justiça de 1891, p. 18, lê-se: Aproveitando a revisão e consolidação das leis criminaes, feita pelo dr. João Baptista Pereira e assentandó em conferencia com elle e outros juriconsultos nos principios que deviam ser consagrados no Cod. pen. da Republica, foi este organizado e por dec. n. 847 de 11 de Outubro de 1890 approved para entrar brevemente em execução. Entre os principios adoptados mencionarei os seguintes. Systema penal adaptado a um bom regimen penitenciarario, tendo por base a prisão celllular. Admissão da pena de *banimento* para o caso unico da tentativa violenta contra a Constituição politica da Republica ou a forma de governo estabelecida; de *reclusão* em fortalezas e praças de guerra para alguns crimes politicos; de *prisão com trabalho* em penitenciarias agricolas ou presidios militares para os ociosos e vagabundos incorrigiveis pelos meios ordinarios; de *prisão disciplinar* para os menores de vinte e um annos em estabelecimentos industriaes; *suspensão e perda do emprego*, com ou sem inhabilitação para exercer outro, que, em muitos casos, é indispensavel applicar aos funcionarios criminosos; de *interdicção* que pareceo ser a consequencia legal de graves penas importando a privação de cargos publicos e distincções honorificas, além da suspensão de todos os direitos politicos; a de *multa* por infracções de menor gravidade, ou como complemento de crimes, que tenham por movel a cubiça.

A pena de banimento foi depois abolida pela Constituição da Republica no art. 72 § 20, assini como a de galés. A commissão do Congresso constituinte propoz a ablicção, dizendo em seu parecer sobre a Constituição, o seguinte : « Prestando completa adhesão ao disposto no art. 72 (o § 21 do projecto abolia somente a pena de galés) que declara abolida a pena infamante de galés, a commissão propõe que se complete o pensamento humanitario que essa disposição encerra, abolindo-se tambem a pena de banimento, que não mais figura nos Codigos modernos, bem como a de morte, que entre nós se acha de facto abolida, ressalvadas as disposições da legislação militar. » Approved a emenda, forão afinal redigidos : o § 20 : Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial; § 21. Fica egualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. Vide João Barbalho, *Com. á Const. Fed. Braz.* p. 327.

Na sessão da Camara dos deputados de 18 de Julho de 1905 o dr. Esmeraldino Bandeira apresentou um projecto de reforma, fructo das novas theorias, que vão abrindo brecha no direito penal. Trata-se da applicação, embora modificada, no Brazil, da lei franceza do *Sursis*, ou vulgarmente conhecida por lei *Berenger*. Por ser extensa a exposiçào de motivos e para

a boa compreensão da reforma, no *Appendice* publicamos o projecto e *data venia*, o resumo do discurso do illustre deputado pernambucano, e abalizado lente da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro.

Art. 45. A pena de prisão celllular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celllular e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras :

a) si não exceder de um anno, com isolamento celllular 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 dous annos; e nos periodos successivos, com trabalhos em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia (96).

(93) Continuando a serie de suas *Notas historicas*, diz o illustre A. do Cod. na *Rev. Jurisp*, Julho 1899, p. 229 : « A imitação do *Codigo* da Hollanda, que admittio como typo a pena unica de prisão celllular, o legislador brasileiro a adoptou egualmente como pena fundamental. O principio da pena unica, preconisado pelo conspicuo professor Thonissen, triumphante no Congresso penitenciario internacional de Stockolmo, e que captivando as maiores adhesões, foi traduzido em lei pelo legislador neerlandez, que o consagrou como a ultima palavra da sciencia penologica. Contra o principio objecta-se que a unificação da pena por todo o tempo da sua duração tem entre outros o inconveniente de desprezar o conceito da individualidade, segundo o qual o seu conteúdo deve adaptar-se á indole d'aquelles que a ella se sujeitam, e á perversidade demonstrada pela acção criminosa e que, assim, não sendo a pena apropriada ao crime, tanto pela sua duração, como pela sua qualidade, vêm a ser identicamente punidos o assassino e o ladrão. Sem repetir os valiosos argumentos com que o insigne professor Thonissen demonstrou que esses inconvenientes são menos graves do que se presume, e facilmente removiveis, para não alargar-me em considerações, a que se presta o fecundo thema, mas que absolutamente não comportam os limites de uma breve noticia historica, observarei que a unidade da pena não impede que se estabeleçam normas differenciaes, segundo os casos, tanto em relação ao modo, como em relação ao logar da expiação do crime. O eminente Pessina, que não foi dos primeiros a adherir ao principio, o defende de modo que não é facil retrucar. « Não basta, disse elle, considerar em concreto a individualidade objectiva do delicto; convem apreciar tambem a condição subjectiva de cada delinquente. O melhoramento dos criminosos, conforme o principio da individuação, é formula que todos os dias vae adquirindo mais credito entre os cultores da sciencia das prisões. Desde que a reforma do carcere tomou por base a separação, quer a separação moral pelo silencio nas horas do trabalho, quer a material durante a noite pela celllula; desde que a separação se tornou fundamento dos institutos penitenciarios, admittir um só genero de prisão, que possa ser graduado pela du-

ração, e pelas consequencias accessorias, não é contravir ao principio da individuação. » Foi este o voto do Congresso de Stockolmo. Evitando os perigos e inconvenientes do systema *pensylvanico*, largamente demonstrados pela experiencia dos paizes que o admittiram, e, fugindo, igualmente, dos que são peculiares ao *auburniano*, o unico que entre nós tem sido praticado em escala modesta, o legislador brasileiro adoptou o systema progressivo irlandez, a que Walter Crofton ligou o seu nome, por ser a forma mais aperfeiçoada do carcere penitenciario e na esperança fundada de conseguir a repressão e a emenda do criminoso pela solidão, que convida á meditação, pela segregação, que é exigencia elementar de ordem e de moralidade, pelo trabalho, que evita os vicios causados pela ociosidade da prisão, combinando de modo harmonico todos estes elementos em um systema penal, que auxiliando, em vez de contrariar a natureza, cujas leis a sociedade não viola impunemente, no dizer de Von der Brougher, permite pelo livramento condicional, que é o seu remate, que o criminoso possa antecipar o tempo do cumprimento da sua condemnação (arts. 45, 50, 51 e 52).

No relatorio do Ministro da Justiça de 1891, p. 89, cit. lê-se : « O Codigo Penal da Republica lançou as bases do systema penitenciario, que ao governo pareceo mais conveniente adoptar. E' o systema de Philadelphia combinado com o de Auburn, e modificado pelo methodo irlandez, numa palavra, o de Crofton.

A diversidade dos crimes e a das condições dos delinquentes determinaram a variedade das penas : a multa, a suspensão e perda de emprego, a interdição, a prisão disciplinar, o trabalho obrigatorio em estabelecimentos agricolas, a reclusão em fortaleza; e, em um caso unico, o banimento. Mas a base do systema é a prisão *cellular*, applicada á generalidade dos crimes.

Esta pena consiste no isolamento *cellular* 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, qual o adoptaram a Belgica e a Hollanda; em caso nenhum poderá exceder de dois annos, isto é, um anno menos de maximo fixado na Inglaterra, Irlanda, Allemanha e Austria. Limita-se o isolamento continuo á 5.ª parte da duração da pena, não excedente de um anno, á 4.ª parte do excedente, nunca se prolongando, porém, além do maximo estabelecido; constitue, pois, o 1.º 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 Europa, onde aliás precede o, 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 *cellular* 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 occupações

Por estimular a regeneração, elle permite que seja transferido para uma penitenciaria 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. Si não perseverar no bom proceder, antes ou depois da concessão e enquanto 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. »

O systema penitenciario do Cod. não é propriamente o progressivo irlandez de Crofton. Ha dois systemas progressivos conhecidos — a *Servidão penal inglesa* e o de *Crofton* ou *irlandez*, embora conttenham o isolamento celllular dia e noite do pensylvaneano, e o trabalho em commum sob rigoroso silencio do auburniano, elles se distinguem por caracteres especiaes. Ambos pretendem a *reforma* do criminoso, seguindo, porem, processos differentes. Na *Servidão penal*, além do primeiro *estagio* de um anno que o condemnado passa em isolamento continuo durante nove mezes, e em trabalhos publicos durante trez, tem como feição original a organização das *marcas* que são concedidas, todos os dias, aos condemnados, e lhes dão direito á passagem de uma para outra classe do 2º e do 3º *estagio*, e a concessão do *ticket of leave*, o qual constitue o 4º *estagio*. O systema de *Crofton* ou *Irlandez* tem trez *estagios*, dos quaes o primeiro é constituído pela prisão celllular, por oito a nove mezes, conforme o comportamento do condemnado. Seu traço característico é o 2º *estagio* constituído por quatro classes, tendo logar a passagem de uma á outra, por meio de *marcas*, como na *Servidão inglesa*. Ha ainda um elemento no systema de *Crofton*, que não existe na *Servidão inglesa*, é a *aprendizagem da liberdade* pela prisão *intermediaria*, a qual prepara o prezo para o regresso á sociedade. A Bezerra, *Projecto de reforma do Codigo penal*, na *Rev. Jurisp.*, Maio 1901, ps. 11 e segs.

« Para se estabelecer com clareza os traços característicos dos systemas penitenciarios, diz o dezembargador Bezerra (*loc. cit.*), é preciso declarar se a prisão é celllular e durante quanto tempo, se o trabalho é em commum e em silencio durante todo o tempo da pena; as provas pelas quaes deve passar o condemnado, depois do 1º *estagio* da pena até a concessão da liberdade condicional, instituto hoje adoptado por todas as nações policiadas, como complemento de qualquer dos systemas penitenciarios, por ser um estimulo ao bom procedimento dos condemnados, e, quando acompanhado de certas cautelas usadas em alguns paizes, tambem meio prophylatico contra a reincidencia. »

O isolamento celllular á noite e o trabalho obrigatorio fazem parte de todos os systemas; não caracterisam nenhum. Nem o livramento condicional caracteriza exclusivamente o progressivo irlandez.

E' possivel que o pensamento do legislador fosse crear um systema *mixto* ou *gradual progressivo*, como diz João Vieira, estabelecendo no art. 45 do Codigo as bases geraes do systema, cujo complemento está nos arts. 50 e 52.

Teríamos então um systema *progressivo brasileiro*, diverso do *irlandez* do adoptado no Codigo italiano.

Não temos penitenciarias preparadas para o regimen penitenciario do Cod. As existentes nos Estados e no Districto Federal, construidas no tempo do Imperio, obedecem ao plano do systema de Auburn, em voga n'aquella epocha, passando por mais adiantado em sciencia penitenciaria e aconselhado pela commissão nomeada para o estudo do assumpto. Em Nictheroy ha construido, no Fonseca, um raio que obedece a um plano de construcção panoptica da uma penitenciaria auburniana. E ficou n'isto. As penitenciarias de Pernambuco, Bahia, S. Paulo, a Casa de correição da Capital Federal, todas auburnianas, não se prestam á pratica do regimen progressivo idealizado pelo Cod. Concluimos, portanto, que a reforma penitenciaria é uma questão de actualidade que impõe-se ao nosso legislador. Esse serviço, por sua natureza, reconhecida a necessidade da uniformidade que deve existir no regimen penitenciario, do qual depende a execução da penalidade estabelecida no Codigo, esse serviço, dizemos, da construcção de penitenciarias deve pertencer ao governo federal. A administração das penitenciarias deve ser federal.

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, si antes não readquirir os direitos de cidadão (97):

(97) Nota ao art. 43 letra b. O art. 46 está derogado pelo art. 72 § 20 da Const. Federal.

Art. 47. A pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares (98).

(98). O Codigo applica essa pena sómente aos crimes politicos dos arts. 107, 108, 109, 111 e 115. « Efeito especial desta pena, diz João Vieira (*vide Cod. Pen. cit.*, v. II, n. 240) parece ser que o condemnado não está sujeito a trabalho alguma não só porque tal obrigação não se infere de nenhuma disposição do codigo penal, como porque os logares onde é cumprida, por sua mesma natureza sujeitos aos regulamentos militares, impedirião a organização do trabalho penitenciario nas condições do art. 53, isto é, mais ou menos adaptado ao estado dos *reclusos*. » E assim se deve entender.

O Regul. proc. crim. mil., art. 260, dispõe : « A pena de prisão simples obrigará os réus a estarem reclusos nas prizaes militares, pelo tempo determinado na sentença, guardados os regulamentos especiaes. »

Art. 48. A pena de prisão com trabalho será cumprida em

penitenciarias agricolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares (99).

(99) « O Codigo penal, arts. 400 a 403, diz João Vieira, applica as penas do art. 48 aos *vadios ou vagabundos* e aos *capoeiras*. Se, porém, o delinquente for estrangeiro, será deportado (art. 400, paragrapho unico). João Vieira, *Cod. Pen.* cit. v. II, p. 252, critica ao Dec. Legisl. n. 145 de Julho de 1893. Vide no *Direito*, Out. 1894, o decreto n. 4794 de 11 de Setembro de 1894, que dá regulamento para a execução do dec. leg. n. 145 de 12 de Julho de 1893. A lei n. 917 de 29 de Dezembro de 1902 que reforma o serviço policial do Districto Federal autorizou o governo a crear uma ou mais colonias correccionaes para reabilitação pelo trabalho e instrucção, dos mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos que forem encontrados e como taes julgados no Districto Federal, comprehendidos nessas classes os definidos no Codigo Penal e no decreto n. 145 de 12 de Julho de 1892. Foi reims tallada a colonia correccional de Dois Rios na Ilha Grande, que acha-se funcionando por esforços do chefe de policia dr. Cardozo do Castro. Vide tambem o dec. n. 4573 de 28 de Janeiro de 1903.

Ora, as mesmas observações que João Vieira faz ao decreto n. 145 de 1892, tem applicação á lei n. 917 de 1902. E' certo que tanto esta como aquelle modificaram o Cod. pen. quanto á penalidade da *prizão cellular* a que estavam sujeitos os mendigos, capoeiras e vagabundos, pois o regimen da colonia correccional não é cellular. O art. 6 da lei n. 917 declara : As colonias correccionaes serão subordinadas ao regimen technico e disciplinar que ao governo parecer mais convenienté. Esse regimen é o que se acha estabelecido no decreto que regulamenta a mesma lei, ao passo que a pena de prizão cellular, a que estão sujeitos aquelles delinquentes, é a que deve ser cumprida na forma prescripta no art. 45.

O defeito é do Codigo; e bem avisado andou o legislador golpeando-o n'esta parte. Houve, porem, um erro e, quiçá, uma injustiça, a medida legislativa devia estender-se aos Estados, e não limitar se á Capital Federal. De sorte que parece que a lei n. 917, sendo local, a modificação do Codigo só aproveita ao Districto Federal. Mas isto seria absurdo tratando-se de uma lei geral, de uma lei substantiva, que ou foi derogada para todos e, portanto, está em vigor a disposição que a substituiu, ou não pode ter sido derogada excepcionalmente para certa e determinada circumscripção, estabelecendo assim uma desigualdade entre os habitantes do paiz. Acresce ainda que a mudança dos delinquentes mencionados para Nichteroy, por exemplo, viria estorvar a acção da policia do Districto Federal. Devemos suppôr, por conseguinte, que não foi esse o pensamento do legislador, localizando o preceito derogatorio. O preceito é geral; o que pode ser local é o estabelecimento correccional, cujo custeio e administração, aliás, são da União, dando assim á colonia o character federal. O regimen penitenciario é materia do direito substantivo, só á União compete regulal-o, como já fizemos sentir.

Exceptuada a pena do art. 393, que na edição official do Cod., está

escripta — *prisão com trabalho* por um a dois mezes — emendada nas edições de diversos comentadores, taes como Autran, Escorel, *Um magistrado mineiro* (Magalhães Gomes), para — *prisão celllular*; exceptuada a pena do art. 393, o typo unico da *pena de prisão celllular*. Ora, a pena de prisão com trabalho do art. 48, com o accrescimo — *obligatorio* — do art. 43 letra *d*, está implicita na *pena de prisão celllular* do art. 45, faz parte integrante desta, não tem applicação especial fóra do typo unico da pena de prisão do Codigo. Por conseguinte, a disposição do art. 48 é desnecessaria, porque não ha crime ou contravenção prevista no Codigo, salva a especie do art. 393 (se é que não houve erro da copia) á qual se possa applicar a pena de prisão com trabalho definido n'aquelle artigo. A pena geral de prisão celllular é applicada aos vadios, vagabundos, capoeiras e mendigos; a *especial* de prisão com trabalho, ao mendigo que fingir enfermidade, simulando motivo para armar á commiseração, ou usando de modo ameaçador ou vexatorio (art. 393).

Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos (100).

(100) Entende João Vieira que « os arts. 39 e 40 subsistem não se tratando de *vagabundagem*, mas de crimes ». E continua : « Uma duvida suscita o art. 49, não se sabendo se o limite a que allude se refere á contravenção do § 2 do art. 399, ou a todos os casos de condemnação de menor, prorogando-se a prisão disciplinar até os 21 annos, ainda que a condemnação seja a pena menor que não atinja áquelle limite? O Cod. penal nada diz que esclareça este ponto, parecendo que si se exprime de modo geral, a obscuridade da disposição a fará restringir na applicação. »

O art. 399 trata dos vadios e vagabundos e o § 2 refere-se portanto a esta classe de delinquentes, que *poderão ser recolhidos* a estabelecimentos disciplinaes industriaes, se fórem maiores de 14 annos, e alli poderão ser conservados até os 21 annos, si ao juiz parecer conveniente.

O art. 30 refere-se aos maiores de 9 e menores de 14 annos criminosos de outras classes, que tiverem obrado com discernimento. *Serão recolhidos* (a forma é imperativa) a estabelecimentos disciplinaes industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 annos.

A duvida está, assim, resolvida. O recolhimento no caso do art. 399 § 2 é facultativo, no do art. 30 imperativo, ficando ao juiz o arbitrio de conservar os menores nos alludidos estabelecimentos até o limite das edades estabelecidas, ainda que o tempo da pena seja inferior.

Quanto ao art. 49, discordamos do illustre mestre, porque a sua disposição abrange todos os menores de 21 annos, sem distincção, incluidos assim os mencionados no art. 30, e os vadios e vagabundos, a que se refere o art. 399, § 2.

— O Supremo Tribunal Federal por Acc. de 17 de Agosto de 1898 concedeu *habeas corpus* a um menor de 21 annos, que, condemnado, *ex vi* do art. 30

do Cod. pen., foi recolhido prezo á Casa de Detenção por não haver no paiz estabelecimento disciplinar industrial. Porquanto, devendo a sentença ser executada pelo modo nella prescripta, salvo as excepções legais, que no caso se não davam, a conservação do paciente na Casa de Detenção, equivalente a uma substituição de pena, não cogitada pela lei, importava constrangimento illegal. Sendo o paciente menor, sem pae conhecido, sujeito á jurisdicção orphanologica, mandou o tribunal que fosse o menor relaxado da prisão, posto á disposição do juiz da 3.^a pretoria, para que lhe desse o destino legal. *Vide na Rev. Jurisp.*, Dez. 1898, p. 394.

Art. 50. O condemnado á prisão celllular por tempo excedente de seis annos e que houver cūmprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1. Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahio.

§ 2. Si 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 dous annos (101).

(101) *Vide nota ao art. 45.*

Art. 51. O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme a competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatorio.

Parapho unico. O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no lugar que for designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia.

Art. 52. O livramento condicional será revogado, si o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfizer 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 (102).

(102) O *livramento condicional* é o complemento do systema progressivo do Cod.; concede-se no ultimo *estagio*, quando o condemnado, pelo seu comportamento, manifesta desejo de emendar-se. Do regimen penitenciario celllular descripto no art. 45, que é sem duvida mais duro, mais rigoroso, elle passa para a penitenciaria agricola, cujo regimen é mais brando, desde que tenha cumprido a metade da pena.

Na penitenciaria agricola, vivendo uma vida mais livre, entregue aos seus sentimentos, o condemnado fica de observação. Se commette alguma falta, manifestando-se refractario á correção, se não persevera no bom comportamento, é recambiado para a penitenciaria donde sahio e ahí permanece até completar o resto da pena. Si, ao contrario, continua a portar-se bem, de modo a fazer presumir a emenda, poderá obter livramento condicional durante os dois annos restantes da pena. São condições de obtenção do livramento condicional: 1º que o criminoso seja condemnado á *prizão celllular* por tempo excedente de *seis annos*; 2º que tenha cumprido metade da pena; 3º que o restante da pena a cumprir não exceda dos dois annos; 4º que nas penitenciaras celllular e agricola tenha mostrado bom comportamento de modo a fazer presumir a emenda ou regeneração.

« As legislações, diz João Vieira, se dividem quanto ao ponto de estabelecerem si do beneficio da soltura condicional ou provisoria devem ser excluidas certas categorias de condemnados. Nenhuma excepção fazem os codigos hollandez, allemão, do Tessino, a lei franceza e o projecto de revisão do codigo francez, salvo para os condemnados á deportação ou aos trabalhos forçados perpetuos, conforme a citada lei franceza de 14 de Agosto de 1885, arts. 1 e 2. Ao contrario, o Codigo hungaro, art. 49, exclue deste beneficio os estrangeiros e os reincidentes em furto, roubo, extorção, apropriação indevida, receptação, fogo posto, incendio. O codigo de Zurich exceptua os estrangeiros. O projecto austriaco, § 18, exceptua os que, uma vez tendo sido condemnados no paiz por extorção violenta ou roubo, ou repetidamente por furto, estes se tem commettido o crime dentro de 5 annos, desde que tenham cumprido na pena por furto, roubo, extorsão violenta ou receptação; os condemnados por estellionato, ou receptação. O novo Cod. italiano, art. 16, exclue diversas classes de criminosos do beneficio da soltura condicional. Os exceptuados são os condemnados por *associação de malfeitos*, ou prizão de 25 ou 30 annos, por commutação da pena do *ergastulo*, aos reincidentes por homicidio ou furto qualificado e ao reincidente pela segunda vez em qualquer crime quando tenha sido condemnado a pena que exceda de cinco annos. Achamos preferivel este systema defendido por d'Azevedo Castello Branco (*Estudos Penitenciaros*, p. 257), que não occultando sua sympathia por tal principio, só lhe parece isenta de perigos a sua conversão em lei, quando não seja permittida a concessão aos condemnados que revelem instinctos *faccinorosos* e aos que sejam da classe dos delinquentes *habituaes* ou de profissão. »

Em face do art. 50 do nosso Codigo são exceptuados do livramento con-

adicional todos os criminosos que incidirem em penalidade inferior a seis annos de prisão celllular. A razão da disposição parece ter sido a de só poder completar todos os estagios do systema progressivo dos quaes a *liberação condicional* é o ultimo, a penalidade de longo tempo, sendo precisos pelo menos seis annos na permanencia e passagem pelos regimens celllular e agricola, afim do regimen produzir o effeito regenerador. Alem disso ha necessidade de tempo para observar-se esse mesmo effeito, os sentimentos e os instinctos do condemnado. Accresce ainda 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 *liberação* com todas as cautelas.

Nas suas *Notas historicas* sobre o Cod. Pen., diz o Dr. Baptista Pereira (*Rev. Jurisp.*, Junho, 1898, p. 154) : « O instituto do livramento condicional, que penetrara, como novidade, na legislação penal, foi adoptado com restricção pelo art. 53 do projecto, que desse beneficio excluio os condemnados por crimes; a) de tentativa directa e por factos de destruir a independencia e a integridade da patria; b) de auxilio a 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 reincidencia, 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 pode 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 maismeticulosos, como o da Hungria (art. 40) que recusou o beneficio aos estrangeiros e aos reicidivistas em crimes contra a propriedade (a fraude, o furto e o roubo) e dos incendiarios, e o Cod. da Italia (art. 16) que delle excluio 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 actividade criminosa d'aquelle 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. »

Não consta que tenha havido exemplo de applicação dos arts. 51 e 52; nem é possivel, desde que o livramento condicional faz parte de um regimen

penitenciario, para cuja execução não existem estabelecimentos aparelhados.

Art. 53. Ao condemnado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado ás suas habilitações e precedentes occupaões (103).

(103) Diz João Vieira que esta disposição é injustificavel e *exdruxula*, porque « se o condemnado a prisão celular 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. » Alem disso « seria reproduzir no carcere as desigualdades da vida social, desmoralizando a repressão com a distincção entre os plebeus e os aristocratas do vicio e do crime. »

Não nos parece que fosse essa a intenção do legislador, que procurava regular a applicação da pena conforme a educação e gráu de instrução e condições phisicas do condemnado. O jornalista ou o banqueiro soffreriam, obrigados aos trabalhos manuaes pezados, pena mais dura, do que os que fossem habituados a esses trabalhos. A intenção do Codigo deve ser — dar ao jornalista, ao banqueiro, trabalho nas officinas de encadernação, de *typographia*; ao covoqueiro, ao carroceiro, ao caffregador, serviços mais pezados de transporte de materiaes, excavações, construcções, etc.; ao agricultor, trabalhos de agricultura, de jardinagem, etc.; tudo, porem, de accordo com as forças e habilitações de cada um. Sob o ponto de vista moral e mesmo juridico, se a desigualdade fosse proposital e motivada pela preferencia decorrente da condição social do condemnado, realmente a disposição, alem de injusta, seria *exdruxula*, pois a lei penal nivela todos os criminosos condemnados ao cumprimento da pena. Não ha distincção de castas, de familia, de posição ou condição social perante a lei, que é igual para todos, preceito, aliás, constitucional. *Vide* o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.*, nota ao parographo unico do art. 42.

Bento de Faria e Escorel tambem entendem que não procede a critica de João Vieira. Ha, porem, divergencia entre os dois primeiros. Opina Escorel : « Si no estabelecimento houver trabalho para o qual o condemnado tenha habilitações e no qual já se occupava, antes da condemnação, outro trabalho não lhe deve ser dado. » Bento de Faria, citando Pincherli (*Cod. ital. ann.* p. 29), diz : Ao condemnado é, portanto, facultado escolher dentro os trabalhos prescriptos no regulamento, áquelle que julgar mais adaptado ás suas habilitações. Si não houver, claro está, terá de sujeitar se a qualquer d'elles. » Preferimos essa opinião, porem com a seguinte restricção : Se não houver trabalho adaptado ás habilitações do condemnado, deve haver prudente arbitrio da administração na imposição do genero de trabalho de accordo com as condições personalissimas do condemnado. Ha nesta restricção um principio de equidade, senão de justiça.

Art. 54. A pena pôde ser cumprida em qualquer estabele-

cimento especial, ainda que não seja no logar do domicilio de condemnado (104).

(104) Este disposiuvo attende a consideração que já fizemos sobre a falta de penitenciarias apropriadas para a execução do regimen e sobre a necessidade de ficar este serviço a cargo da União. Nas penitenciarias que a União estabelecesse em dois ou mais Estados, poderiam cumprir penas os condemnados de todos os Estados.

Art. 55. O condemnado á pena da prisão cellular, maior de seis 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) perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas;
- d) perda de todos os munus publicos (105).

(105) A interdicção não é propriamente *pena accessoria* da de prisão cellular maior de seis annos. O Dr. Baptista Pereira considera esta disposição uma das innovações do Cod. actual (*Rev. Jurisp.*; Maio, 1899, p. 17). Entendemos, porem, com João Vieira, que a interdicção é um *effeito* especial da prisão cellular maior de seis annos.

A Const. Fed., art. 71, § 1, letra b, dispõe que os direitos do cidadão brasileiro suspendem-se por condemnação criminal em quanto durarem seus effeitos. Estes direitos, de cuja perda cogita a Const., são, diz João Barbalho (*Com. á Cons. Fed. Braz.*; p. 293), os que procedem da qualidade de nacional do Brazil e da capacidade politica, isto é, os que se firmam nas relações dos individuos para com o Estado, quer sejam os *direitos politicos* propriamente ditos, quer outros direitos para com o Estado na esphera da legislação administrativa. São todos os direitos de que gozam os membros da sociedade politica brasileira nessa qualidade, como associados della (e não os direitos do homem, os direitos individuaes, que a propria Constituição reconhece nos estrangeiros e garante tanto a elles como aos brasileiros). Chamam de *politicos* porque confere ao cidadão a faculdade de participar mais ou menos immediatamente do exercicio ou estabelecimento do poder e das funções publicas. »

A disposição da letra b presta-se a duvidas. Não ha officio electivo vitalicio. A *eleição* presuppõe *mandato*, que é *temporario*. Alem disso, convem saber o que o Cod. entende por *officio*, locução que apresenta diversos significados. O officio tanto pode ser o cargo publico, administrativo, civil

ou militar, como a occupação, a profissão, o modo de vida, o emprego em casas ou instituições de caracter particular. A construcção da phrase dá a entender que se trata de *officio* na accepção de cargo publico *electivo*, *temporareo* ou *vitalicio* e então chegaríamos á conclusão absurda de considerar o mandato legislativo municipal, estadual ou federal, ou mesmo o mandato do presidente da Republica, meio de vida ou profissão. A interpretação, parece, deve ser a seguinte : O Codigo considera officio na accepção de *cargo publico* que pode ser de trez especies, *electivo*, *temporario*, ou *vitalicio*. O *electivo* é o que emana do voto pupular, da eleição nos termos da lei; o *temporario* e o *vitalicio* são os cargos de nomeação dos poderes e autoridades competentes. Nesta accepção confunde se com o — *emprego publico*, *da Nação ou dos Estados* — palavras estas que poderiam ser riscadas, por desnecessarias, salvo se o legislador quiz considerar o *officio* — genero — comprehendendo as especies — *cargo* — e *emprego publico*.

Segundo a nossa interpretação, esta disposição do Codigo não attinge as profissões individuaes, sejam de artes ou industrias, sejam liberaes ou scientificas. Assim, o juiz (exemplo figurado por João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 263), a quem respondemos), o juiz condemnado a pena deshonorosa por mais de seis annos, perde o *officio* publico de juiz, mas poderá, cumprida ella, advogar perante aquelles que o condemnaram, porque o *officio*, isto é, a *profissão de adogado*, é um direito individual, que só *expressamente* a lei pode tirar. — A disposição da letra c, harmonisa se com o preceito constitucional (*Const. Fed.*, art. 72, § 2.º) : Todos são eguaes perante a lei : A Republica não admite privilegio de nascimento; desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho.

Em 23 de Março de 1891, o ministro do interior, dr. João Barbalho, expedio aviso dando interpretação ao § 2.º do art. 72 da *Const. Fed.*, concluindo que deve ser permittido o uso de titulos e condecorações, até que por acto interpretativo do poder competente o contrario seja determinado (*Vide no Direito*, Abril, 1891, p. 688). Nos seus *Commentarios á Const. Fed. Braz.*, sustenta a mesma doutrina, acrescentando que o governo federal julgou de boa politica assim proceder. Ultimamente, por occasião da criação da *medalha militar*, no governo do dr. Campos Salles, levantaram-se objecções fundadas no preceito constitucional, mas decidiu se pela constitucionalidade da criação.

Munus é locução latina que significa *obrigação*, *dever*, *necessidade*, e tambem *officio*, *encargo*. *Munus publicum* é um encargo publico obrigatorio deferido a alguem por auctoridade competente; assim, a tutela, a curatella, os encargos de depositario, de inventariante, de testamenteiro.

O *munus* é publico porque aquelle que o exercita assume, *ipso facto*, uma autoridade ou poder que a lei lhe confere, e só pelos meios e disposições legais lhe podem ser tirados.

Parapho unico. Sempre que o codigo applicar, além da pena corporal, a de privação de exercicio de alguma arte ou pro-

fissão, esta pena só produzirá os efeitos depois de cumprida a pena corporal (106).

(106) Não temos *penas corporaes*. Sem duvida, o legislador quiz dizer — *pena de prisão cellular*, que é o typo da prisão restrictiva da liberdade estabelecida no Codigo. Elle considerou a restricção da liberdade sob o ponto de vista do constrangimento physico. Os crimes cuja pena importa a de privação de exercicio da arte ou profissão são os do art. 160, § 1º (contra a saúde publica); art. 152 e §§ (attestado falso); art. 302 (aborto). Na contravenção do art. 364, § unico, certidão de obito falsa passada por facultativo, a pena de privação do exercicio da profissão acompanha só a de multa.

O paragrapho unico do art. 55 não comprehende os crimes, a que estiver imposta a pena de *perda do emprego*, ainda que acompanhada da prisão cellular, porque a *perda do emprego* não se deve confundir com a *privação do exercicio* da arte ou profissão por tempo determinado. Não se acha tambem comprehendida no paragrapho a *suspensão do emprego* que não fôr acompanhada da prisão cellular.

A privação do exercicio de alguma arte ou profissão não se acha enumerada entre as penas estabelecidas no art. 43, mas o paragrapho unico do art. 55 não offerece duvida; ella é uma pena accessoria que prolonga-se affectando o criminoso depois de cumprida a de prisão cellular. Assim no caso do art. 160, § 1, o pharmaceutico que, substituindo um medicamento por outro, ou alterando o receitaario do facultativo, ou empregando medicamentos alterados, preparar um remedio que comprometta a saúde do doente, se fôr condemnado no maximo da pena, soffrerá seis mezes de prisão cellular, multa de 500\$000, e, quando fôr posto em liberdade, continuará privado do exercicio da profissão durante mais dois annos.

Art. 56. A pena de perda do emprego importa necessariamente a de todos os serviços e vantagens (107).

(107) Autran, *Cod. Pen.*, nota ao art. 56, opina que *esses serviços e vantagens* podem ser readquiridos, havendo reabilitação do condemnado nos termos do art. 86 deste Cod. Em contrario, pensa João Vieira (*obr. cit.*, p. 265) que o instituto previsto no art. 86 não tem applicação ao caso, porque refere-se sómente á reabilitação do condemnado innocente.

Procede a opinião de Autran, porque não ha reabilitação de condemnado que não seja reconhecido innocente.

A *perda do emprego* exonera *ipso facto* o condemnado e pode ter ainda como efeito *inhabilita-o* ou *não* para exercer qualquer outro emprego. No caso de *inhabilitade*, elle não poderá mais ser nomeado para exercer qualquer outro emprego publico federal, estadual ou municipal. Essa *inhabilitade* acompanha-o toda a vida, como a sombra o corpo. Se a perda de emprego não fôr acompanhada de inhabilitação, o criminoso perde o emprego pela exoneração, mas pode ser nomeado para outro emprego, quando terminar o cumprimento da sentença. Não poderá, porem, ser reintegrado

no mesmo emprego, porque a *perda desse emprego* foi a pena imposta pela sentença, cujos efeitos não podem ser annullados pelo arbitrio do poder executivo.

A perda do emprego não importa a perda do monte pio, porque, como diz Escorel, o monte pio foi instituído para amparar da miséria, principalmente, a família do empregado ou funcionario publico, por fallecimento, deste. Assim diz o dec. 912 A de 31 de Outubro de 1890, art. 1º : O monte pio tem por fim provêr a substancia e amparar o futuro das familias dos empregados de fazenda, quando elles fallecerem ou ficarem inhabilitados para sustental-as decentemente. « O monte pio foi instituído, portanto, em beneficio não do empregado ou funcionario publico, porem, de outras pessoas. Admittir que a perda de emprego traz a perda de monte pio, é admittir que tambem soffram essa pena as pessoas em favor de quem foi instituído o monte pio, o que não se conforma com o art. 72 § 19 da Constituição Federal, que diz : « Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. » Bastariam estas razões para a perda do emprego não importar necessariamente a perda do monte pio. O proprio dec. de 31 de Outubro de 1890, art. 17 acima citado, que estabeleceu o monte pio para os empregados do Ministerio da fazenda e é applicado aos empregados dos outros Ministerios, dispõe : « Quando o empregado for privado do emprego *por sentença*, continuará a concorrer com a quota, como d'antes, afim de que, por sua morte, a familia tenha a pensão correspondente, inteira.

Art 57. A pena de suspensão do emprego privara o condemnado de todos os seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderá ser nomeado para outros, salvo sendo de eleição popular (108)

(108) A pena de suspensão é temporaria; não exonera *ipso facto* o criminoso do emprego, priva-o do exercicio do emprego durante o tempo da condemnação. Distingue-se, porem, da pena de *privação do exercicio*, porque esta referê-se á *arte* ou *profissão*, que não podem ser confundidas com o *emprego publico*, cargo cujo provimento compete á autoridade ou poder publico. Distingue-se ainda da *perda do emprego sem inhabilitação*, porque durante o tempo de *suspensão*, o condemnado não pode ser nomeado para *qualquer outro emprego*. Além destes efeitos, a *suspensão* produz ainda o de privar o condemnado de outros empregos que porventura exerça. Convem, porem, saber se a *privação* destes outros empregos é *exoneração* ou simplesmente *privação (suspensão)* do exercicio, durante o tempo da condemnação. Optamos pela segunda hypothese, porque a pena accessoria não pode ser mais rigorosa do que a principal. Se a pena do crime que affectou o emprego principal é a suspensão temporaria, que priva somente do exercicio mas não exonera o condemnado do emprego, devemos entender que o verbo — *privará* — tem a significação de *suspenderá*.

Pergunta-se si o mandato legislativo deve ser considerado um emprego, para os efeitos da *suspensão*. João Vieira (*Vide Cod. Pen. comm.*, v. II,

p. 268) diz que á vista do art. 71, § 1, letra *b* da Constituição (*Vide* nota a art. 55) é ponto liquidado que o funcionario condemnado á suspensão do emprego não pode ser nomeado para outro, nem mesmo por *eleição popular*. Perante a moral, esta é a sã doutrina, mas, infelizmente, o Cod. não considerou a questão por esse lado, abriu uma excepção, para que os cargos de eleição popular não sejam empregos que possam ser suspensos por sentença judicial. Nem é possível confundir-se — cargo (*mandato*) de eleição popular — com emprego provido por acto de qualquer dos poderes publicos.

João Vieira faz ainda distincção da *suspensão* em virtude de *pronuncia* e de *condenação*, para concluir que a lei eleitoral n. 35 de 26 de Janeiro de 1892, arts. 1 e 2, reproduzindo a Const. Fed., art. 71, § 1, letra *b*, exige como condição de elegibilidade, art. 29, para o Congresso Nacional estar na *posse* dos direitos de cidadão e para ser presidente ou vice-presidente da Republica, art. 32, estar na *posse e gozo* dos direitos *políticos*. « Entretanto conclue, convimos na restricção de poder votar, ser votado, mas não convimos que exerça o cargo ou mandato para que foi assim nomeado. » Se essa doutrina se applica aos *suspensos* por *pronuncia*, com maior força a razão deve se applicar aos *suspensos* por *condenação*.

Entretanto, é preciso fazer uma distincção — se o *suspensado* se achava ou não na *posse* do cargo electivo quando foi pronunciado ou condemnado.

Na primeira hypothese, que parece ter sido a de que o Codigo cogitou, a suspensão não pode attingir o mandato eleitoral. Na segunda, convimos tambem que a suspensão dos direitos politicos por condemnação criminal (Const. Fed., art. 71, § 1, letra *b*), torna o cidadão *inelegivel* e então elle não *pode votar* nem *ser votado*. Tambem concordamos com a opinião de João Vieira, Francisco Luiz e d'aquelles que entendem não ser licito a nenhum poder nomear para diverso emprego o individuo condemnado á suspensão pelo judicial em outro emprego. Essa doutrina prevaleceu no Supremo Tribunal, accrescenta o illustre J. C., sendo afinal respeitada pelos avisos ministeriaes, antes contrarios a ella. E assim deve ser porque os poderes publicos são obrigados pelo preceito constitucional da harmonia e independencia reciprocas, a respeitarem, cumprirem e acatarem as decisões legaes uns dos outros. Nem se comprehende, senão pela anarchia, a lucta impropicia em que se empenham principalmente órgãos do judiciario contra o executivo e vice versa. E este triste espectáculo dá-se, em regra, quando as funcções desses poderes são exercidas por individuos incompetentes, ou nos quaes fallece a noção da respeitabilidade do cargo.

Opina Bento de Faria que a excepção consagrada pela ultima parte do art. a qual permite ao condemnado a suspensão do emprego, exercer cargos de eleição popular, se acha implicitamente revogado pelo art. 71 § 1 letra *b*) da Const. Fed. Esta disposição é reprodução do art. 58 do Cod. pen. de 1830, com algumas modificações na redacção. O art. do Cod. não foi *revogado*, está *derogado* em parte pelo cit. art. da Const. Fed., pois como, dissemos é preciso distinguir : se na occasião de ser imposta a pena de suspensão exercia, ou não, o condemnado emprego (cargo) de eleição popular. Se já exercia o mandato a pena de suspensão não priva o condemnado d'aquelle

exercício. A Const. art. 71 § 1 letra b) diz : Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem por condenação criminal em quanto durarem seus efeitos. Ora os direitos do cidadão brasileiro com relação aos cargos de eleição popular resumem-se em votar e ser votado. Deve se entender que durante a pena de suspensão não pode o condenado exercer aquelles direitos políticos, e assim não poderá ser eleito. Mas se já estiver eleito a disposição legal não tem efeito retroactivo para privar-o do mandato.

Entende Escorel que a *demissão* do emprego não extingue a pena da *suspensão* em que tenha incorrido o funcionario publico. Diz que a propria disposição do art. 57 não deixa duvida e cita em apóio a resolução do Conselho de Estado de 3 de Novembro de 1871, da qual resultou o Aviso n. 110 de 12 de Abril de 1872, confirmando a doutrina uniforme dos Avisos de n. 239 de 2 de Agosto de 1867, conforme as resoluções de 30 de Nov. de 1846 e 25 Fev. de 1860 e conforme a jurisprudencia do supremo Tribunal de Justiça. E' preciso ainda distinguir, mesmo tomando-se por base a doutrina dos Avisos e Resoluções citadas. Pelo art. 57 a suspensão não affecta somente e *emprego* em cujo exercicio foi o crime commettido, os seus efeitos estendem-se a *todos os outros* empregos que elle estiver exercendo, e durante o tempo da suspensão não poderá ser nomeado para outros, nem receber mandato de eleição popular para cargo publico. Assim a demissão do emprego annulla a pena de suspensão desse emprego que virtualmente desaparece, mas não annulla os efeitos com relação aos outros, por isso o Supr. Tribunal de Justiça, a que se refere o parecer cit. do Conselho de Estado, pronunciou e condemnou, á pena de suspensão, por abuso do cargo, um funcionnario, do qual já tinha pedido demissão.

Art. 58. A pena de multa consiste no pagamento ao Theouro 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 (109).

(109) Concordamos com a censura que faz João Vieira, commentando este artigo (*Vide Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 293), porque a definição não comprehende outras formas de multa que o Codigo contemplou na parte especial. Assim, no crime de falsidade de documentos, art. 258, a multa de 5 a 20 % recahe sobre o *damno causado* ou que se *poderia causar*; no de furto (art. 330) a multa é de 5 a 20 % do valor do objecto furtado; no de violação dos direitos de patentes de invenção (art. 351) a multa é de quantia determinada, de 500\$000 a 5 : 000\$ e indeterminada, isto é, de 10 a 20 % do valor do damno causado ou que se poderia causar; no de violação dos direitos de marcas de fabrica e de commercio (art. 353) a multa é de 500\$000 a 2 : 000\$ em favor da Nação e de 10 a 90 % do valor dos objectos sobre que versar a infracção; na contravenção do uso illegal da arte typographica (art. 383) a multa é determinada, 100\$ a 200\$000.

Ora, evidentemente, nenhuma destas multas é regulada pelo disposto no

art. 58. A multa, quando não é determinada por quantia certa, recahe sobre o valor do *damno* ou do *objecto* sobre que versa a infracção, e a determinação desse valor não está sujeita á regra do art. 58.

Parece-nos, porem, que este art. deve ser completado pelo preceito do art. 59.

Art. 59. Si o condemnado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será convertida em prisão cellular, conforme se liquidar.

Paragraphe unico. A conversão da multa em prisão ficará sem effeito, si o criminoso, ou alguém por elle, satisfizer ou prestar fiança idonea ao pagamento da mesma (110).

(110) O art. 59 está mal collocado. A sua disposição devia constituir um paragraphe do art. anterior, não só pela connexão da materia, como porque é elle um complemento do outro. E só assim podemos comprehender a razão da inclusão do art. 58, pois seria disparatada a existencia de uma disposição ociosa, sem applicação pratica, sem regular caso algum, verdadeira excrescencia no corpo do Cod.

Interpretando-se art. 58 completado pelo art. 59, podemos então concluir que, se a definição da pena de multa do art. 58 não comprehende as multas estabelecidas, como penas accessorias, na parte especial, os dois artigos regulam o caso, aliás previsto na legislação do regimen anterior, de não poder ou não querer o condemnado pagar a multa, isto é, no caso da *conversão* da multa em prisão. A liquidação (conversão) da multa em dias de prisão (que equivale á expressão — *conforme se liquidar*, do art 59) será regulada (art. 58) pelo ganho ou rendimento diários *possiveis* do condemnado e desse modo elle pagaria em dias de prisão o valor da multa,

E assim as disposições dos arts. 58 e 59 da parte geral guardariam a relação systematica que deve manter com as dos artigos da parte especial que estabelecem multas.

Vide Regul. 120 de 1842 arts. 423 a 435, Dec. 595 de 18 de Março de 1849, dec. 1696 de 15 de Setembro de 1869. consolidados pelo dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898, que approvou a Consolidação das leis referentes á justiça federal, seg. parte, Capitulo II, que trata da liquidação e conversão da multa em prisão (arts. 388 a 407).

Art. 60. Não se considera pena a suspensão administrativa, nem a prisão preventiva dos indiciados, a qual, todavia, será computada na pena legal (111).

(111) A *suspensão administrativa* o Cod. não considera *pena*, porque, sem duvida, entende que a *pena de suspensão* estabelecida no art. 43 letra g.

« definida no art. 57, só se refere á *suspensão* decretada por sentença judiciaria.

A *prisão preventiva* tambem o Cod. não considera pena, mas determina que seja computada na pena legal, isto é, que se desconte na pena do condemnado o tempo que elle esteve prezo preventivamente.

Autran faz a esse artigo o seguinte reparo « Desde que não se considere pena a suspensão administrativa, nem a prisão preventiva, não se comprehendendo como devam ser computadas na pena legal »

João Vieira diz que o Codigo reproduzio o estado actual do nosso direito, citando a lei n. 1696 de 15 de Setembro de 1869 e dec. n. 774 de 20 de Setembro de 1890. O Cod. anterior continha essa disposição no art. 37, e a favor da computação da prisão preventiva sem reservas manifestavam-se os commentadores Mendes da Cunha, Toledo, Thomaz Alves e Francisco Luiz. E acrescenta João Vieira : « E neste ponto convem lembrar que o accusado não deve soffrer por motivos estranhos á sua vontade o vexame do prolongamento da prisão preventiva pela demora costumada dos processos, quanto á sua instrucção ou julgamento. Esta consideração, antes da lei mandar computar a prisão preventiva na condemnação, actuava sempre no jury que arbitrariamente absolvía ou attenuava a pena dos accusados para eliminar ou descontar no julgamento o tempo de prisão já soffrida. »

Lima Drummond manifesta-se pela revogação do art. 60, preferindo o computo condicional a arbitrio do juiz, mas justifica plenamente a prisão preventiva, e com essa justificação tambem concorda João Vieira (*Vide* um artigo de Lima Drummond no *Jornal do Commercio* de 28 de Março de 1894, reproduzido nos seus *Estudos de Direito Criminal*).

Baptista Pereira responde a Lima Drummond justificando a disposição do Cod. que estabelece o computo obrigatorio da prisão preventiva. O illustre autor do Codigo considera a detenção preventiva sobre triplice aspecto : é uma medida de segurança, é uma garantia de execução da pena; é um meio de instrucção criminal. Considera o computo facultativo, alvitrado pelo seu competidor, 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 pode facilmente degenerar em tyrannia. Iniquo, porque colloca o indiciado em uma situação difficil, constringendo-o, como impõe a lei franceza, a renunciar ao recurso legal, que, uma vez provido, lhe abrirá as portas do carcere, ou como, igualmente cruel estatue o Codigo allemão, a renunciar o recurso, ou d'elle desistir, si já interposto, para que possa aproveitar-lhe o desconto legal.

Outra questão suscitada na controversia : O computo deve ser integral ou parcial? Lima Drummond é partidario do computo parcial. Baptista Pereira diz que o Cod. pen. no art. 60 consagrou o computo da prisão preventiva na pena legal, mas não declarou o modo de sua applicação. Surgiram as duvidas, os tribunaes vacillaram, entendendo uns que o computo devia ser integral, outros parcial. A jurisprudencia variou hesitante até que o supremo Tribunal, mudando de opinião, começou a julgar, com certa uniformidade, que o computo deve ser integral, em contrario ao voto do Instituto dos

Advogados, que se pronunciou pelo computo parcial. 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. 1696 de 15 de Setembro de 1899, e o art. 409 do Cod. penal, continúa o illustre A. do Cod., o voto do Instituto dos Advogados, preferindo o systema do computo parcial, parece inexpugnável, principalmente porque evita o absurdo da impunidade do crime, absurdo á que conduz a opinião adversa, e que o legislador romano, com o seu apurado senso juridico, conjurou prohibido a interpretação benigna *pro réo*, quando della pode resultar a impunidade *non quidem quod ad impunitatem non id lex vetat* (Cod. 9,47, C. 7^o). Este absurdo verifica-se sempre que a pena legal fór absorvida pelo carcere preventivo. Mas a duvida não se pode 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. » Vide na *Rev. Jurisp.*, Agosto, 1899, p. 317, o art. do dr. Baptista Pereira sob a epigraphe *A prisão preventiva e a execução da pena*.

Na *Revista de Jurisprudencia*, Março, 1901, p. 251, encontra-se o Acc. do Supr. Trib. Fed. de 19 de Dezembro de 1900, com os seguintes fundamentos : « Na conformidade da doutrina de alguns criminalistas, o delinquente deve unicamente soffrer a pena estabelecida para a punição do crime por elle committido, e por conseguinte 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 Cod. Pen., adoptando o *systema da imputação obrigatoria* dos codigos penaes italiano e belga, e já consignado no decreto n. 791 de 20 de Setembro de 1890, expressamente determina, em o art. 60, que a *prisão preventiva do indiciado — será computada na pena legal*. N'estes termos, não se pode deixar de reconhecer que, na generalidade da expressão *prisão preventiva*, de que usa o Cod. Pen., 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. »

Esse Acc. merece reparos; 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 somente á prisão preventiva — ou tambem — á suspensão administrativa? A resposta não pode ser duvidosa, diz o dr. Villela, não abrange esta, porque está no singular.

A construcção da phrase está indicando, e alem disso não se pode 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 diferentes — de natureza diversa — *suspensão administrativa* — e — *prisão preventiva*, os quaes tem de commum somente o facto de não constituirem *pena*. E quanto á prisão preventiva, apesar de não ser considerada pena, *todavia* será computada na pena legal. É evidente, portanto, que a suspensão administrativa foi excluida do computo. Os argumentos do dr. Villela não con-

vencem, 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 cousas diferentes.

Ainda mais, o dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas* sobre o *Cod. Pen.* (*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*.

Escorel e Bento de Faria adoptam a doutrina do *Acc. do Sup. Trib. Fed.* O primeiro diz que na expressão — *suspensão administrativa* — está comprehendida a *prisão administrativa*. O segundo limita-se a responder pela affirmativa, transcrevendo os *considerando* do *Accordão*.

— Por *Acc. de 1º de Dezembro de 1897*, o *Sup. Trib. Fed.* decidiu que a *prisão preventiva*, realisada fóra de flagrante delicto, não pode perdurar por mais de um anno, pela mesma razão porque, decorrido esse lapso de tempo depois da data do crime, não tem ella logar (art. 13 § 4 da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871) *Rev. Jurisp.*, Fev., 1898, p. 185.

— A *prisão preventiva* só pode ter logar nos casos taxados no art. 13, § 2º da *Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871*: 1º quando ha declaração de duas testemunhas que jurem de sciencia propria contra o culpado; 2º quando ha prova documental de que resultem vehementes indicios contra o mesmo; 3º quando ha declaração do culpado confessando o crime. *Acc. do Trib. da Rel. do Maranhão de 27 de Maio de 1902 na Rev. Jurisp.*, Jan., 1903, p. 63.

Na *Rev. de Jurisp.*, Dez., 1092, p. 380, uma bem fundamentada sentença do dr. Alfredo Russell, juiz da 5ª pretoria, sobre casos em que não deve ser concedida a *prisão preventiva* e sobre o prudente arbitrio do juiz nos casos de concessão.

— No art. 60, nem em qualquer outro, cogita o *Codigo 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 ne cumprimento da pena.

O art. 409 do citado *Codigo* apenas contém providencias transitorias tendentes a obviar, na falta de estabelecimentos adequados, e em quanto estes não se fundarem em numero sufficiente, a impossibilidade material d'abi 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 *Codigo 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 *Codigo 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 possuírem estabelecimento penitenciário para o cumprimento da pena de prisão com trabalho. Portanto, nada autorizando o desconto da 6.ª parte, até agora praticado, não se pôde dar aos termos restrictos do art. 60 de Código Penal outra intelligencia sinão a de computar-se integralmente na pena legal a prisão preventiva dos indiciados.

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 igual á do art. 409 de Código vigente, — mandava, para completar o tempo da prisão condemnatoria, addicionar ao já cumprido pelo condemnado o da prisão preventiva por elle soffrida. *Acc. do Supremo Tribunal Federal, em 3 de Março de 1897. DIREITO, vol. 73, p. 318* citado por Escorel. *Vide, art. 27 do Dec. n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, no Appendice.*

Art. 61. Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio (112).

(112) E' preceito constitucional, art. 72, § 15, que ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente em virtude de lei anterior e na *forma por ella regulada*. O art. 61 é uma consequencia desse preceito e uma confirmação da regra geral estabelecida no art. 1.º do Cod., para abrir a excepção — *salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio*. Os casos de arbitrio do juiz são restrictos aos art. 29, 30 e 399, § 2.

Art. 62. Nos casos em que este código não impõe pena determinada e sómente fixa o maximo e o minimo, considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o grão médio comprehendido 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 grão médio.

§ 2.º. Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os grãos medio 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 appli-

cada no maximo, e no minimo si fôr acompanhado de uma ou mais circumstancias attenuantes sem nenhuma aggravante (113).

(113) Este art. combinado com o art. 38, ao qual se refere, estabelece as regras para graduação e applicação das penas. Entende João Vieira que este art. estabelece cinco grãos; assim tambem pensam Dias Duarte e Hypolito de Camargo. Outros, como Magalhães Gomes (no *Direito*, v. de 15 do Agosto de 1891, p. 567) entendem que só estabelece os tres grãos : maximo, médio e minimo. Não sorprehende a controversia, porque, como diz João Vieira, se ha materia, em que os codigos variam é exactamente a da graduação das penas, porque esta depende do systema adoptado. « Estes systemas tem sido reduzidos a dois, isto é, aquelle em que a lei estabelece os diferentes grãos da pena para serem applicados, conforme as circumstancias subjectivas e objectivas que occorrerem; e aquelle em que a lei, determinando o maximo e o minimo, deixa maior somma de arbitrio ao juiz. Seguiram o primeiro systema o codigo sardo de 1859, o russo de 1866, o hespanhol de 1870, o de S. Marino de 1860, e o do cantão do Tessino de 1873. Seguiram o segundo o codigo francez, o belga, o austriaco, o allemão, o hungaro, o hollandez, o de Zurich e o italiano. »

Vide notas aos arts. 36 e 38.

Nas suas *Notas historicas* sobre o Cod. Pen. (*Rev. Jurisp.*, Junho, 1898, p. 153) diz o dr. Baptista Pereira : « A disposição dos §§ 1 e 3 é explicativa do modo pratico de se applicar as regras que devem ser observadas no concurso de circumstancias, preestabelecidas já em artigo anterior. Toda a novidade se encerrava na disposição do § 2. Na ausencia de circumstancias aggravantes e attenuantes, ou, quando em concurso de umas e outras, tem lugar a compensação, a pena applica-se no gráu medio. Uma ou mais circumstancias attenuantes, desacompanhada de uma ou mais aggravantes, determina a applicação da pena no gráu minimo. Uma ou mais circumstancias aggravantes, sem nenhuma attenuante, eleva ao gráu maximo.

« O § 2 introduzio no systema da lei um conceito novo, a regra á observar, para a 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 medio, conferio ao juiz o arbitrio de applicar a pena dentro desses limites, alterando os tres grãos de pena, que assim foram augmentados com um sub minimo, comprehendido entre o minimo e o medio. 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 concurrentes pelo que com os tres grãos, que constituem a regra geral, se conciliam os dois sub-grãos, que prevalecem como um criterio especial. »

O Trib. de Just. de S. Paulo por Acc. de 3 Out. 1893, na *Gaz. Jurid. de S. Paulo* v. 4, p., 58, cit. em Bento de Faria, *nota ao art. 38*, abecido que

« fica livre aos juizes avaliar a maior ou menor preponderancia das circumstancias para graduarem a pena, como lhes parecer, entre os grãos medio e maximo, ou entre o medio e o minimo. » Havendo preponderancia de aggravantes ou attenuantes, a pena a applicar-se entre os grãos do sub maximo e do sub medio, deve ser a resultante da metade da somma entre o maximo e o medio e entre o medio e o minimo, v. g. : maximo, 30 annos, medio, 20; o sub maximo será $30 + 20 = 50 \div 2 = 25$. O sub maximo será 25 annos. O mesmo calculo deve se fazer em relação ao sub medio. V. g. : medio 20 annos, minimo, 10; o sub medio será $20 + 10 = 30 \div 2 = 15$. O sub medio será 15 annos. O *sub maximo* é o grão entre o maximo e o medio; o *sub medio*, o grão entre o medio e o minimo. Nada mais logico, observa Escorel, contra a conclusão do julgado do tribunal paulista, não é possivel dar significações differentes á expressão — *entre* — do art. 62 primeira parte e do § 1º do mesmo art. Se não é esta a interpretação que deve ser dada á disposição do § 2, se o juiz não pode applicar *qualquer* pena *entre o maximo e o medio e entre o medio e o minimo*, então o *medio* de que falla o Cod. na primeira parte do ar., 62 é *qualquer* pena entre o *maximo* e o *minimo*, o que não está no art. cit., 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 impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade (114).

(114) Tomando por base a graduação das penas, o Cod. pune a tentativa com as penas do crime correspondente a cada um dos grãos, deduzindo a terça parte do tempo da prisão. Ha, porem, uma excepção a esta regra, quando a tentativa só por si constitue crime especial, v. g. nos casos dos arts, 87, ps. 107, 108, 115, §§ 1, 2 e 3, 127, aos quaes correspondem penas espeziaes.

A minoração da penalidade da tentativa em relação á do crime consummado é consequencia do principio da proporcionalidade que deve existir entre a pena e o delicto. E o meio pratico de chegarmos a esse resultado é considerar o *alarmá*, o *damno*, o *maleficio*, que pessa o acto delictuoso produzir affectando a sociedade em geral, e o offendido em particular. Como acção delictuosa, a tentativa reveste-se de forma menos grave, seus efeitos não são tão graves, ou quiçá irremediaveis, como os do crime consummado.

No art. 64 o Cod. considera a cumplicidade do crime consummado produzindo os mesmos efeitos alarmantes da tentativa; o *cumplice* do crime

consummado apresenta-se com a mesma responsabilidade do *autor*, que apenas tentou o crime. A penalidade é igual para ambos, isto é, o cúmplice responde como o tentador. Em relação ao crime consummado, a cumplicidade é punida com as penas do crime menos a terça parte em cada um dos graus.

A cumplicidade diverge da autoria, porque nesta o criminoso é o agente, o executor directo do acto delictuoso, ou, digamos melhor, é, o sujeito activo, ao passo que na cumplicidade o criminoso, não tomando parte directa na execução, é o sujeito inactivo.

Ora, a relação que guarda a autoria com o crime consummado e a tentativa se traduz na responsabilidade que decorre dos efeitos do acto delictuoso. Assim também na cumplicidade a mesma relação se estabelece, de modo que si se trata de crime consummado, o cúmplice soffre a pena do autor na tentativa. Si se trata somente de tentativa, diz-se que a cumplicidade é da tentativa, isto é, o cúmplice é punido com a pena do tentador, deduzindo-se a terça parte.

Nos casos, porem, em que a tentativa constitue crime especial, á qual é imposta pena especial, a cumplicidade é punida com a pena do crime. A responsabilidade do cúmplice considera-se, neste caso, igual á do tentador.

Art. 65. Quando o delinquente fôr maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe applicará as penas da cumplicidade (115).

(115) Diz João Vieira que o Cod. consagra aqui uma excepção ás regras legaes da codelinquencia. A differença entre a disposição do Cod. actual e a do anterior no art. 18 § 10 está em que o Cod. actual retirou todo o arbitrio. O art. 65 dá logar a uma duvida : Qual a pena applicavel quando o réo menor de 17 annos for cúmplice e não autor? Thomaz Alves pretende que nenhuma é applicavel. Para João Vieira é fóra de duvida que a pena applicavel no caso é a da cumplicidade da tentativa, isto é, a desta menos a terça parte. E' a opinião de Liberato Barroso, Francisco Luiz, Tinoco, que citão Aquino e Castro e Mendes da Cunha, *Vide* nota ao art. 30.

Annotando este art., diz Escorel : « O Cod. crim. de 1830, no art. 18 § 10, contem o seguinte : *poderá* o juiz, parecendo-lhe justo, impôr as penas de cumplicidade. Em face deste art. 65 o juiz não tem arbitrio — *applicará.* »

Art. 66. Na applicação das penas serão observadas as seguintes regras :

§ 1º. Quando o criminoso for convencido de mais de um crime, impor-se-lhe-hão as penas estabelecidas para cada um delles.

§ 2º. Quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, commettidos em tempo e logar diffe-

rentes, contra a mesma ou diversa pessoa, impôr-se-lhe-ha no gráo maximo a pena de um só dos crimes, com augmento da 6 parte.

§ 3°. Quando o criminoso, pelo mesmo factó e com uma só intenção, tiver commettido mais de um crime, impor-se-lhe-ha no gráo maximo a pena mais grave em que houver incorrido.

§ 4°. 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 (116).

(116) O dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas sobre o Cod. Pen.* (*Rev. Jurisp.*, Maio, 1899, p. 17) aponta entre as innovações mais interessantes do Cod. a « modificação do systema da applicação da pena, combinando a regra da *absorção* da pena com a da *exasperação*, da *absorção* e do *cumulo juridico*. O illustre J. C. referia-se á materia do art. 66 e seus §§. Precizamos, porem, entender a significação juridica daquelles termos.

João Vieira, *Cod. Pen. Comm.*, v. II, p. 336) diz que o art. 66 regula o concurso de crimes e penas e tratando da concurrencia de crimes (*concurrentia delictorum*), seguindo a torrente dos A.A. distingue as duas especies de concurrencia : *ideal* ou *formal*, a concurrencia *material* ou *real*. A primeira especie não constitue propriamente pluralidade de crimes, porque em rigor não offerece, quanto ao fundo senão uma só e mesma acção criminosa. A segunda é a que constitue o verdadeiro *concurrentia delictorum* e exige que hajam *crimes distinctos e independentes uns dos outros*. Esta segunda especie pode se dividir ainda em *iteratio* e *cumulatio*, *repetição* e *accumulação*, conforme ha concurso de crimes homogeneos ou heterogeneos. A *reincidencia* não se confunde com a *iteratio* porque ella foi considerada circumstancia aggravante e definida no art. 40 do Cod., de modo a não deixar duvida de especie alguma. Do concurso das penas, que como bem diz João Vieira, é um effeito da concurrencia de crimes, resultam os systemas da *accumulação material*, da *absorção*, da *exasperação*, *accumulação juridica*.

Pelo systema da *accumulação material*, adoptado no § 1 do art. 66, o condemnado cumpre tantas penas quantos são os crimes que commetteu; ou melhor, como diz o citado § 1 : Quando o criminoso fôr convencido de mais de um crime, impôr-se-lhe-ão as *penas estabelecidas para cada um delles*

Applica-se o da *exasperação*, quando ha reiteração ou repetição de delictos figurada no § 2°, isto é, quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, commettido em tempo e logar diferentes, contra a mesma ou diversa pessoa, impor-se-lhe-á no *gráo maximo, a pena de um só dos crimes, com augmento da 6° parte*.

O da *absorção* foi adoptado no § 3, a pena maior absorve a menor, isto é quando o criminoso pelo mesmo factó e com uma só intenção tiver com-

mettido mais de um crime, impor-se-lhe-á ao grão máximo a pena mais grave em que houver incorrido.

O *cumulo jurídico* tem applicação no § 4 : Se a somma das penas restrictivas da liberdade a que o criminoso foi condemnado *exceder de 30 annos, se haverão todas as penas por cumpridas logo que seja completado esse prazo. Vide o Cod. Pen. Italiano arts. 78 e 79, Ferrão, Cod. pen. port., art. 87.*

Tratando da *aberratio ictus* (Vide nota ao art. 26) diz o dr. Baptista Pereira (Vide na *Rev. Jurisp.*, Junho 1899, p. 127, art. *Estudos de Direito Criminal*, resposta ao dr. Lima Drummond) que o nosso Cod. divergindo da opinião dos criminalistas que, como Chauveau e Hélie, Nypels, Levy Jordão, Alimena, Zacharie, Berner, Meyer, Geiyer, e tantos outros sustentam que na *aberratio* ha duas figuras delictuosas distinctas, um *homicidio voluntario* tentado e um *homicidio involuntario* consummado divergindo de Haus que admítte possa haver na *aberratio* dois crimes *intencionaes* e por isso não « atina em que o afamado penalogista belga conciliou as opiniões divergentes », segundo Lima Drummond, accitou o conceito doutrinario que na *aberratio* só ha um crime doloso; este conceito defendido por criminalistas da maior autoridade como Von Liszt, Kostlein, Walker, Pessina e Garraud foi consagrado expressamente no § 3.º do art. 66, segundo o qual : *Quando o criminoso pelo mesmo facto e com uma só intenção, etc. E, na verdade, conclue o illustre A., 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. A figura da aberratio tem afinidade con aquella outra em que se apresenta uma modalidade diversa do elemento moral do crime, influenciando sobre a medida da responsabilidade penal, como succede na preterintencionalidade, que Puglia e outros autores denominam um mixto de dolo e de culpa. Do mesmo modo que na preterintencionalidade, assim na aberratio ictus (desvio do golpe) a vontade do delinquente se encaminha directamente para a violação de determinado direito, e não se prevê, conquanto se possa prevêr, a violação de um direito mais importante, como v. g. no caso do individuo que, com a intenção de causar-lhe simples lesões corporaes, espanca uma mulher, que elle ignora achar-se em estado de gravidez, e a faz abortar. No querer um crime menos grave, e produzir um outro maior, ha o que os criminalistas chamam *excesso de fim*; este excesso differa da culpa em que nos crimes culposos não ha nexo algum no animo do culpado entre o facto — *causa* — e o facto — *consequencia* — enquanto que na preterintencionalidade o nexo entre o crime querido e o mais grave era tal que fóra possivel ao agente prevêr as consequencias. O conceito, portanto, para a solução do problema é este : — quando o mesmo facto constitue duas infracções, uma tendo por causa uma deliberação criminosa, outra uma falta com ou sem previsão, deve ser applicada a mais forte das duas penas concorrentes. » Assim, pois, para os casos de *aberratio ictus* e de *preterintencionalidade*, segundo a opinião do A. do Cod., a pena é regulada pelo dispositivo do art. 66, § 3.*

Tratando-se de pluralidade de delictos ainda distinguir no art. 66 o delicto unico ou *instantaneo*, o *continuo* e o *continuado*. No delicto *instantaneo* a violação do direito exhaure-se em um só momento como acontece no homicidio e no estupro; no *continuo*, prolonga-se indefinidamente, como

nocarcere privado, na occultação de menores e no furto para certos efeitos (Eduardo Durão (*Solus*) no *Direito*, Junho, 1891, p. 194). O crime *continuo* consiste no facto unico, mas a acção do delinquente prolonga-se sem interrupção por mais ou menos tempo. Tomar armas contra a Patria, exercer a pirataria, usar de armas defezas, ter casa de tavolagem, a associação de malfeitores, etc., são especies bem caracterisadas dessa cathegoria de delictos. O criterio seguro para conhecê-los, é como diz o eminente criminalista Haus, a definição legal : o crime só pode ser *continuo* quando a lei o define de modo que a acção do delinquente se prolongue sem interrupção por um tempo mais ou menos longo. O crime é *continuado* quando o delinquente pratica muitos factos delictuosos, todos presos por um nexo causal, todos subordinados ao mesmo plano, de que são a execução successiva. Ha então pluralidade de factos, mas um só delicto. Destas definições decorre que o crime *instantaneo* não pode converter-se nunca em crime *continuo*; mas pode converter-se em crime *continuado*, se os factos delictuosos são repetidos e se dirigem ao mesmo fim, ao mesmo objectivo. O estellionato é por sua natureza um crime *instantaneo*; e nada obsta que se converta em crime *continuado*, quando o delinquente emprega diversas e successivas manobras para a realisação do plano que concebera (José Hygino). Vide, no *Direito*, Fevereiro de 1893, ps. 260 e segs., o *Accordão* do supremo Tribunal Federal de 11 de Janeiro de 1893 no Recurso de *habeas corpus* interposto pelo conde Sebastião de Pinho da sentença do juiz do Tribunal Civil e Criminal que o mandou prender preventivamente n'um processo a que respondia como autor de crimes de estellionato e abuso de confiança. Da discussão oral stenographada o *Direito* publicou as justificações dos votos dos srs. Ministros Trigo de Loureiro (relator) Barão de Sobral (procurador geral da Republica), Amphiphio e José Hygino.

A materia foi larga e proficientemente desenvolvida. No *Direito*, Junho, 1891, p. 192, foi transcripto um estudo do dr. Eduardo Durão (*Solus*), sob a epigrapha *Delicto continuado*. Vide:

— Escorel observa que o legislador brasileiro com as disposições dos arts. 109 e 110 do Cod. da Baviera formou a disposição do § 2 do art. 66 do nosso Cod., accrescentando estas expressões : *em tempo e logar differentes*. Exemplificando, e seguindo Mittermaeir, contra Fuerbach, diz que não é applicavel a disposição do § 2 ao criado que, em dias *differentes* subtrahir objectos da casa de seu amo, nem ao caixeiro que em dias *differentes* subtrahir dinheiro ou mercaderias do *estabelecimento* onde estava empregado. O criado e o caixeiro subtrahiram objectos em dias *differentes*, porem, no *mesmo logar*. O § 2.º exige em *tempo differente* e em *logar differente*. Qualquer delles, conclue o A., *commetteu um só crime* e deve ser punido com a pena desse crime sem augmento algum. Vide Ferrão, *Cod. pen. port.*, art. 87.

Quanto ao § 3.º, o mesmo A. está de accôrdo com a interpretação dada pela Côte de Liège ás expressões — *même fait* — empregadas no art. 65 do Cod. da Belgica. « As expressões — *mesmo facto* — diz o A., não se applicam a *um só acto material* e ás consequencias desse *acto unico*; comprehendem o *conjuncto dos factos* que constituem a infracção, a sua *continuação*, a *execução* ou *successão* d'uma *mesma vontade* ou *intenção criminosa*. » Transcreve uma sentença do dr. Edmundo Pereira Lins, juiz

de direito de Bello Horizonte de 17 de Julho de 1903 (na *Rev. Forense*, v. I, p. 55) cuja intelligencia do § 3.º está de accordo com a do autor do Cod., quando tratando da *aberratio ictus*, respondeo ao dr. Lima Drummond, na *Rev. de Jurisp.*, cit., Junho 1899, p. 127. *data venia*, transcrevemos a referida sentença do illustre magistrado mineiro : Vistos e examinados estes autos, etc. Nego provimento ao recurso necessario interposto do despacho de pronuncia a fis. na parte em que pronunciou a Antonio de Souza Baptista no art. 294 § 2 e a Vicente Miloni no art 303 do Cod. penal, por estar, nesta parte, o dito despacho, conforme a direito e á prova dos autos. Dou, porem, provimento ao mesmo recurso, na parte em que pronunciou ao réu Manoel José de Abreu como incurso nos arts. 294 § 2.º e 303, *observando-se o disposto no art. 66, § 3.º*, do Cod. Penal, para modificar dito despacho sómente quanto a esta ultima parte, e pronuncial-o nos ditos arts. 294, § 2.º, e 303 do Cod. Penal, mas observando-se por occasião da applicação da pena, o disposto no art. 66, § 1.º do Cod. Penal, de accordo com a denuncia e com a promoção de fis. 77. A' especie não pôde ter applicação o dispositivo do art. 66, § 3.º pelas seguintes razões : Como se vê do proprio despacho de pronuncia e consta da prova dos autos, não foi com *uma só e mesma facada* resultante de *uma só e mesma intenção*, que o réo matou a Augusto Alves e feriu a Vicente Miloni, mas sim *com duas* facadas, sendo cada uma dellas vibradas em cada uma das victimas. Ora, o dispositivo do § 3.º, do art. 66 só abrange o caso em que o réo, com uma só intenção, e por um só factio, isto é, e por uma só e mesma acção, por exemplo, uma so e mesma cacetada, um só e mesmo tiro, uma só e mesma facada, etc., commette mais de um crime. E' o que nos mostram, á evidencia, a doutrina, o historico do art. 78 do Cod. italiano, o qual é fonte do nosso art. 66, § 3.º, e a jurisprudencia italiana, relativa ao dito art. 78. Com effeito, a doutrina distingue o concurso real ou material de delictos, — do concurso intellectual, idéal ou fórmal. Dá-se o concurso *material* (verdadeiro *concurso delictorum*), quando de diferentes factos, oriundos de diversas resoluções criminosas, resultam varios delictos. Dá-se porém, o concurso *formal* (*ex eodem facto plurima crimina nascuntur*), quando de *um só factio*, oriundo de *uma só e mesma* resolução criminosas, resultam diferentes delictos (Haus, *Principes*, v. II, n. 848, p. 165; Garraud, *Tr. de Dr. Pén. Fr.*, v. III, ns. 712 a 716, ps. 13 a 19; Pessina, *Elementi*, v. I, p. 303, § 126; Giachetti, *Dei Reati e delle Pene*, v. II, tit. VII, p. 185; Castori, *Concorso di Reati e di Pene*, na *Encycl. de Gogliolo*, n. 1, part. III, ps. 1308 e seguintes, v. Liszt, *Tr. Dr. Pen.*, §§ 54 e 56 e nota (a), de José Hygino, § 54). Alguns criminalistas, como Carrara, Pessina, Canonico, Crivelari e Garraud, distinguem, no concurso formal, — o que resulta da unidade ontologica e o que resulta da unidade ideologica : o primeiro se verifica, quando de um só e mesmo factio, determinado por uma só e mesma intenção, resultam diversas violações da lei penal, como si o pae abusa, com violencia, de uma filha casada, pois pratica os crimes de estupro e de adulterio, alem do de incesto, nas legislações que admittem esta figura da delinquencia; o segundo se verifica quando um delicto é praticado *como meio para perpetração de outro*, por exemplo : entrada em casa alheia para commetter um estupro. Como, porem, o mostra Impallomeni, nesta segunda hypothese dá

se, não o concurso *formal*, mas o *real* de delictos : não existe unicidade de intenção, comquanto o escopo final seja unico : o delinquente quer e obtem diversos effeitos criminosos, pouco importando que, no seu plano, estejam subordinados uns aos outros (*Concorrenza reale e concorrenza formale de reati*, § 11 ; *Il Cod. pen. Ital.*, v. I, n. 126). Daqui se conclue que perante a boa doutrina só existe concurso formal com a unidade ontologica. E é concurso *formal* meramente *ideal*; porque, na verdade, não existe concurso de crimes, mas concurso de diversas leis penaes : « Dá-se não concurrencia de crimes, mas concurrencia de leis e o problema é este : como resolver essa concurrencia ? qual das leis penaes violadas deve ser applicada ? (V. Liszt, § 56). Ora, na especie quer se adopte o conceito de Carraña, Garraud e outros, quer se prefira a licção de Impallomeni, v. Liszt e Haüs, não existe concurrencia formal de delictos : porque não existe nem a unidade ontologica, nem a ideologica, *id est de meio para fim*. Não é outra a solução a que chegaremos pelo estudo do art. 78 do Cod. Pen. italiano, artigo este que conceitua o concurso formal por vinculo ontologico e de que é traducção o dispositivo do § 3.º do art. 66, do nosso Cod. penal. E' o que nos vão mostrar os antecedentes do dito art. 78. O Cod. penal toscano dispunha no art. 81 : *Si una azione puo costituire più titolo di delitto dove sempre riportarsi sotto di quello a cui é minaciata la pena più grave*. Puccioni, um dos mais notaveis commentadores do Cod. toscano, diz a respeito : « Trata o art. 81 da acção que pode constituir varios titulos de delicto. Que intelligencia se deve dar á palavra acção ? Comprehende ella um facto unico, simples, constituindo varios titulos de delicto, ou tambem um facto complexo, comprehensivo de varias operações, acontecidas em um mesmo contexto sem a minima interrupção e sob a influencia de uma unica e mesma causa de delinquir ? Muitos tribunaes se têm pronunciado pela solução comprehensiva de ambos os casos e assim interpretam este artigo de uma maneira ampla e muito moderada.

A palavra — acção —, dizem elles, empregada 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, quer de um facto complexo, é sempre uma acção.

A Corte Suprema, porém, 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 delicto, isto é, a violação de varios direitos.

A Corte Suprema disse que a palavra — acção — do art. 81, equivale a *um só e mesmo facto* que tenha, em si proprio, o character 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 forma, incide em estupro com incesto, ou em estupro com adulterio » (Citado por Giachetti, cit. v. III, p. 254).

Ora, o art. 78 do Cod. Penal Italiano de 1879 decidiu a questão, substituindo a palavra — acção — pelo vocabulo — *facto* — (Relatorio de Zanardelli, v. I, p. 212, citado por Giachetti, cit.)

E' categorico este trecho de « Parecer » da Camara dos Deputados de 1880 « Os projectos precedentes (De Falco, Vigliani e Mancini) estavam concebidos em termos eguaes aos do Cod. Toscano : porque, como aquelle, 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 : « *un medesimo fatto* ».

Fica, pois, manifesto que a unidade da pena depende da unidade do *facto*, da unidade do effeito real criminoso. Semelhante conceituação é a mais conforme aos principios geraes do Direito Penal : não póde subsistir unidade de delicto onde a pluralidade de lesões juridicas decorre 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, uma unica resolução criminosa, ao passo que varios factos, mesmo quando conexos 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 (Giachetti, cit. v. III, ps. 251 e 252). Ora o § 3.º do nosso art. 66 só differe do art. 78 do Cod. italiano por ter acrescentado as palavras — *e com uma só intenção* — tornando assim mais claro que a unidade do elemento intencional é indispensavel no concurso formal. Por estas razões, como na especie não existe, nem a unidade de *facto*, nem a intencional, modifico, na forma supra referida, o despacho de pronuncia, e pronuncio o réu Manoel José de Abreu como incurso nos arts. 294 § 2.º e 303 do Cod. penal, devendo-se observar por occasião da applicação da pena, o disposto no art. 66 § 1.º do mesmo Cod. »

Registramos tambem o seguinte julgado da Côte de Appell. do Distrito Federal :

Acordão em Segunda Camara da Côte de Appellação denegar a ordem de soltura pedida no presente recurso de *habeas-corporis* pelo sentenciado Miguel Francisco da Silva, que, condemnado em virtude de decisão do jury em 19 de Fevereiro de 1896 a 5 annos de prisão cellular e multa de 12 1/2 0/0, gráo médio do art. 356 do Codigo Penal, foi, no dia 15 de Junho do mesmo anno e em processo distincto, novamente condemnado por outro crime da *mesma natureza*, nas penas do gráo maximo, circumstancia que, no entender do impetrante, não autoriza a somma das penas impostas, mas a applicação do art. 66, § 2º do citado Codigo. Por este paragrapho — diz elle — « quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da *mesma natureza*, commettidos em tempo e lugar diferentes, contra a mesma ou diversa pessoa, impor-se-lhe-ha *no gráo maximo a pena de um só dos crimes com augmento da 6ª parte* » ; e applicada esta disposição, em vez de 13 annos de prisão, somma das duas condemnações, sua pena é de 9 annos e 4 mezes, que já cumprio, pois está preso desde 25 de Maio de 1895.

O Codigo dispõe no art. 66 sobre a applicação das penas, não só no caso de *concurso real* de infracções, — quando, por *diferentes factos*, infringe-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 (art. 66 § 1º), o systema extremo da *accumulação das penas*, segundo o qual o ajuste de mais de uma infracção deve soffrer todas as penas correspondentes — *quot delicta tot penae*; e, com excepção (art. 66 § 2º), circumscripção ao concurso de crimes da *mesma natureza*, commettidos em tempo e lugar diferentes, seguio, em parte, o systema ecclético ou do *cumulo juridico*, que, no caso de infracções punidas com penas da mesma especie, fixa um maximo de tempo, além do qual não é permitido ir, e, quando as penas são diferentes, manda impôr a mais grave, augmentada em proporção com o concurso das penas menores.

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. Dahi resulta que para applicação do § 2º não é essencial que as infracções sejam objecto de *um só processo* e que se faça contemporaneamente o seu julgamento. Ainda 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 artigo da lei penal, *não houver sentença passada em julgado* condemnando-o pela primeira violação; porque, verifica da existencia dessa sentença, a regra a seguir não será mais a do *cumulo juridico*, porém, a de *accumulação das penas*, incluída a circumstancia aggravante de *reincidência*.

Nem outra é a jurisprudencia nos paizes, cujos Codigos aceitam aquelle systema, meio termo entre o da *accumulação* e o da *absorção*, pelo qual *pena major absorbet minorem*.

Mas, se o juiz não observar na sentença o dispositivo do § 2º, 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 num 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, certamente não será o recurso extraordinario de *habeas-corpus* o meio judicial proprio para a *reforma* da sentença. O condemnado tem o remedio legal no recurso ordinario de *appellação*, e, exgotado elle, ou findo o prazo para sua interposição, na *revisão* da causa.

Ora, no caso concreto, pede-se a alteração de uma sentença condemnatoria que *passou em julgado* e na qual o Juiz, por qualquer dos motivos apontados, deixou de applicar o alludido § 2º.

Trata-se, pois, de um *processo findo*, cujos efeitos devem subsistir enquanto o condemnado não obtiver indulto, ou não conseguir reforma da sentença por meio da *revisão*.

Para situações como a presente, foi que o art. 81 da Constituição da Republica estabeleceu que « os *processos findos*, em materia crime, poderão ser *revisados*, em qualquer tempo, em beneficio dos *condemnados*, pelo Supremo Tribunal Federal. » Entre os casos de revisão encontra-se em

primeiro lugar o de ser « a sentença condemnatoria contraria ao texto expresso da lei penal » (lei 221 de 1894, art. 74, § 1º)

Pouco importa que não conste do processo o primeiro julgado : a prova de sua existencia pôde ser offerecida perante o Supremo Tribunal Federal. (Decreto n. 818, de 11 de Outubro de 1890, art. 9º, § 4º).

Dar ao *habeas-corpus* o caracter absoluto de remedio contra *qualquer prisão injusta*, é desnatural-o em seu fim juridico e subverter a ordem processual.

O conceito da *violencia* e da *coacção illegal* ou resultante de *abuso de poder*, a que se refere o art. 72, § 22 da Constituição, quando dispõe sobre o *habeas-corpus*, está claramente escripto em diversas disposições legais, que apresentam como obstaculo a esse recurso a *res judicata*, salvo o caso de *incompetencia* do juiz.

Já dispunha a lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871, no art. 18, § 2º, (em inteiro vigor), que « não se poderá reconhecer constrangimento illegal na prisão determinada por despacho de pronuncia ou *sentença de autoridade competente*, qualquer que seja a arguição contra taes actos, que só pelos meios ordinarios podem ser nullificados », disposição confirmada pelo art. 72, do Regimento do Supremo Tribunal, que diz terminantemente não caber o recurso de *habeas-corpus* quando a prisão resultar de *sentença* proferida por juiz *competente*, de que caiba recurso ordinario, ou que *tenha passado em julgado*.

Custas pelo impetrante.

Rio, 23 de Maio de 1905. — *Guilherme Cintra P.* — *Muniz Barreto, relator.* — *Miranda Ribeiro.* — *Salvador Muniz.* — *Pitanga*, vencido : O *habeas-corpus* é o recurso competente para fazer cessar immediatamente qualquer restricção á liberdade manifestamente illegal. Recurso extraordinario illimitado, não pôde ser denegado, desde que a illegalidade da *coacção* esteja cumpridamente comprovada : o intuito capital desse instituto é facultar ao poder judiciario o meio legal de garantir a liberdade ao que della se acha illegalmente privado, e não deve aguardar, nessa situação, o curso do recurso ordinario. — *Viveiros de Castro*, vencido. Ao réu convencido de haver passado moeda falsa em tempo e lugar diferentes a mais de uma pessoa applica-se a pena do art. 241 do Cod. pen, com augmento da sexta parte na forma do art. 66 § 2º. do mesmo Cod. Acc. do Sup. Trib. Fed., 22 Agosto 1900, 18 Setembro 1901, no *Dír.*, v. 86, ps. 121 e 435.

Art. 67. Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará logar á imposição de pena (117).

(117) Presumpção é o juizo que a lei ou o homem fórma sobre a verdade de uma cousa, por uma consequencia tirada de uma outra cousa, conforme o que *commum* e ordinariamente acontece. *Ex eo quod plerumque fit, ducuntur praesumptiones*, diz Cujacio. Menochio distingue a presumpção, do indicio, da conjectura, dos signaes, da suspeita e do adminiculo. *Indicio*, diz elle, não é como alguns pretendem, uma conjectura resultante de cir-

cumstancias prováveis, que podem não ser verdadeiras, mas que ao menos são necessariamente acompanhadas de verosimilhança, porque esta definição também pôde convir á presumpção de direito; o indício é uma certa marca ou demonstração de que uma cousa se fez. Os autores dividem as presumpções em trez especies: presumpção *juris et jure*, presumpção *juris* e presumpção *humana* ou de *homem*. Presumpção *juris et jure*, isto é, presumpção de direito, autorisada por direito, é uma disposição da lei, que presume que uma certa cousa é verdadeira e quer que passe por tal, como se disso houvesse uma prova convincente. Chama-se *juris* porque a lei a introduzio; e *de jure* porque fez della o fundamento de um direito certo de uma disposição constante. Presumpção *juris* de direito é uma conjectura provavel fundada n'um signal certo, que a lei toma por uma prova até que seja destruida por uma prova contraria. Presumpção de *homem*, diz-se assim por não ser escripta em direito, e por ser incerta e sujeita á prudencia do juiz. Ferreira Borges, *Dicc. Jurid. comm. Vide Rev. de Jurisp.* de Fevereiro de 1901, p. 131, estudo do dr. Sergio Loreto, sob a epigraphe: *A prova indiciaria e o art. 67 do Cod. Pen.*; Mittermaier, *Trat. da Prova em Mat. Crim.*, p. 496 e segs.; João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. 2, p. 327; Neves e Castro *Theor. das provas*; Navarro de Paiva *Das proc. no proc. pen.*; Pimenta Bueno *Apont. sobre o proc. crim.*; Paula Pessoa *Cod. do proc. crim.*; Francisco Luiz *Cod. Crim. annot*; Corrêa Telles *Supplem. as Digesto Portuguez*, p. 273.

Presumpção não é *prova*, porque não é sufficiente para produzir a *convicção*. E assim concordamos com o dr. Sergio Loreto: « A palavra *presumpção* do art. 67 do Cod. Pen. não pode ser substituida pela palavra *indicio*, sem que se altere profundamente o pensamento do legislador. E basta isso para demonstrar que essa disposição do Cod. não pode justificar os que pretendem sustentar a inadmissibilidade em nosso direito da prova indiciaria para fundamentar uma sentença condemnatoria ». Nem se pode argumentar com o Cod. de Processo, art. 144, porque o *indicio vehemente* que dá logar á pronuncia, não é *presumpção*.

Art. 68. O condemnado que achar-se em estado de loucura só entrará em cumprimento da pena quando recuperar as suas faculdades intellectuaes.

Parapho unico. Si 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 condemnação (118).

(118) O criminoso pode achar-se em *estado de loucura* — a) na occasião de commetter o delicto; b) durante o inquerito policial; ou : c) o processo judiciario (*summario e plenario*, ou : d) no cumprimento da sentença em virtude de condemnação. Na primeira hypothese a dirimente do art. 27 § 4, impede o processo e a condemnação. O art. refere-se, portanto, á loucura

superveniente — depois da condenção, quando estiver cumprindo a pena ; ou, antes da condenção, por ocasião do inquerito policial ou do processo judiciario. As duas hypotheses estão evidentes — a primeira no paragrapho, isto é, a loucura manifesta-se depois da condenção; a segunda, no art., a manifestação apparece antes de condenção.

Opina Escorel, adoptando a opinião de Ortolan, Chauveau et Hélie, Nypels, Bertauld, que deve ser suspenso o processo contra o delinquente, que depois de ter violado a lei penal, fica louco.

Art. 69. A condenção do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes effeitos :

a) perda em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, no caso em que o offendido não tiver direito á restituição;

b) a obrigação de indemnizar o damno ;

c) a obrigação de satisfazer as despesas judiciaes.

Paragrapho unico. Esta responsabilidade é solidaria havendo mais de um condemnado pelo mesmo crime (119).

(119) A condenção passa em julgado dez dias depois de proferida a sentença definitiva, se não fôr interposto recurso. No caso de recurso, a decisão final do tribunal ou juiz superior passa em julgado findo o decennio. Essa é a regra geral do processo, mas como as leis processuaes são da competencia dos Estados e estes são discricionarios quando legistlam, pode variar o prazo para a sentença passar em julgado.

A sentença passada em julgado é irretiravel e costuma-se dizer que faz do branco preto e do quadrado redondo, expressão que significa ser o caso julgado soberano.

Declara o paragrapho unico que essa responsabilidade, isto é a responsabilidade decorrente dos dispositivos das letras a), b), c), é solidaria, havendo concurso de condemnados pelo mesmo crime. Parece, portanto, que a solidariedade comprehende não só a satisfação do damno, como a das despesas judiciaes. Como se deve entender essa solidariedade? Deve cada um pagar a sua quota de participação? Pode ficar ao arbitrio do offendido preferir um delles que terá de pagar por todos, restando a este o direito de haver dos outros a quota de cada um? Opina Bento de Faria, citando Savigny, *Tr. des obligations*, v, 1, § 20, Coelho da Rocha, *Dir. Civ.* § 116 e segs. Dalloz *Rep. v. Oblig. solid.*, que pode o offendido pedir a qualquer dos delinquentes a indemnização total. Citando Silva Costa (*A satisf. do damno*, p. 59) acrescenta : Prestada a satisfação por um dos codelinquentes pode esse repetir aos socios do delicto a parte que lhes tocar. Comquanto a obrigação de indemnizar o damno deva ser regulada pelo direito civil, conforme dispõe o art. 70, entendemos que a responsabilidade solidaria a que se refere o paragrapho unico do art. 69 deve ser entendida de accordo com o dispositivo do art. 25 e seu paragrapho unico. Se a obri-

gação de indemnizar o damno e de satisfazer as despesas judicias é effeito da condemnação passada em julgado, é obvio que ella é consequencia da pena em que incorreu o criminoso. Se a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal, deve-se entender que essa responsabilidade não attinge a terceiros, recae com todos os seus effeitos unicamente sobre a pessoa do delinquent. No concurso de agentes n'um só crime, a solidariedade não importa em responder um por todos ou ficar ao arbitrio do offendido escolher dentre elles o que mais lhe convenha, responsabilizando-o pela obrigaçào. Opinamos pela obrigaçào de cada um pagar a sua quota de participaçào, não só na satisfaçào do damno, como na das despesas judicias.

Art. 70. A obrigaçào de indemnizar o damno serà regulada segundo o direito civil (120).

(120) No art. 31, o Cod. declara que a isençào da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil. Donde resulta que a satisfaçào do damno pode ser sempre exigida, combinando-se os arts. 31 e 70.

Vide a obra do dr. Lacerda de Almeida, *Obrigações*, § 69, ps. 324 e segs., da qual extrahimos o seguinte : « Na classificaçào das obrigações segundo a sua origem immediata, as que nascem de delicto ou quasi delicto, melhor de facto illicito, são obrigações *reaes* : gera-as um facto ou omisção culposa, e tem por objecto a reparaçào do damno causado.

O facto illicito pode em direito civil ser qualificado delicto ou quasi delicto. Diferença essencial não existe entre um e outro ; distinguem-se, porem, como o dolo distingue-se da culpa. No direito civil, como no criminal, é elemento essencial o dolo ou proposito maligno de offender ; no quasi delicto entra apenas a culpa. A noção de delicto aqui é restricta ao facto ou omisção de que resulta, ou possa resultar, damno ao patrimonio do offendido. Esse facto, essa omisção pode mesmo dar logar, alem da pena criminal, a uma reparaçào determinada na propria lei penal ; uma vez, porem, que do delicto criminal não resulte damno apreciavel em dinheiro, cessa a competencia da lei civil, cuja alçada neste particular é restricta á tutela dos direitos patrimoniaes. Dahi segue-se : a) Que ha delictos civis e delictos criminaes ; b) Que nem todos os delictos criminaes dão logar á reparaçào do damno ; c) Que não ha reparaçào de outro damno que não seja o patrimonial ; d) Que nos delictos criminaes que dão logar á reparaçào do damno deve este ser calculado simplesmente na razão da maior ou menor perda que do facto criminoso tenha resultado aos bens ou interesses do offendido. O delicto criminal é delicto civil pelo lado da reparaçào do damno. Como de ordem privada, o direito á reparaçào do damno tem como conseqüentario immediato a acção civil independente e autonoma no fóro civil, podendo ser intentada mesmo antes da acção criminal e não podendo por esta ser embaraçada ; como, todavia, o facto sujeito ás duas jurisdicções é o mesmo, ha entre ellas influencia e consequente preponderancia de uma sobre outra. A lei, para evitar dissonancias de julgamento e por outras considerações de ordem superior, determina que se não possa questionar sobre a

existência do facto ou quem seja seu autor quando estes pontos já estiverem decididos no crime. Distincto e diverso em seu objecto e fins, o direito a que corresponde a acção civil neste assumpto tem outros moldes, obedece a outros principios. Assim é que : a) A prescripção da acção civil para reparação tenha embora sido precedida da acção criminal para a imposição da pena, é sempre a *commum* de 30 annos, ao passo que a da acção criminal varia conforme a especie de delicto. * Em nota, accrescenta : « Em face do art. 70 do Cod. Penal e art. 68 da L. de 3 de Dezembro não soffre contestação a verdade do nosso asserto. Não era assim no regimen do Cod. do Processo : a prescripção da acção principal accarretava a da accessoria, e a reparação do damno era assim considerada ; b) A obrigação de restituir os productos e proventos do crime passa aos herdeiros do delinquente (*Cod. Pen.*, art. 69, letra a) ; o direito de haver a reparação do damno transmite-se aos herdeiros do offendido e pode exercer-se contra os herdeiros do autor do delicto dentro das forças da herança (*Cod. Pen.*, art. 70, que manda observar a lei civil no assumpto). Não assim a acção criminal (que prescreve em prazos determinados nos arts. 83, 84 e 85, do *Cod. Pen.*) ; c) A acção civil de reparação do damno extingue-se por desistencia ou renuncia do offendido ; a acção criminal prosegue, se o facto criminoso não é daquelles que a lei penal deixa á iniciativa meramente privada. Positivo ou negativo, o facto de que provem damno, deve, para que possa ser considerado delicto civil e dar logar a consequente indemnisação, reunir os caracteres seguintes, e portanto ser : a) *Contra direito*, isto é, não praticado em obediencia a preceito legal (*Cod. Pen.*, art. 28) ; ou no exercicio legitimo de um direito do agente (Lei 3 de Dez. de 1841, art. 10 ; Regul. 31 de Jan. de 1842, art. 127) ; b) *Imputavel*, isto é, que por elle possa o agente responder como acto voluntario. Os menores, os loucos, os violentados, os que se achem privados, no acto de que se trata, do exercicio de suas facultades, são por isso pessoalmente irresponsaveis (*Cod. Pen.*, art. 27 e § 5) ; c) *Doloso* : o facto deve ter sido praticado com intenção de fazer mal (*Argum. do art. 24 do Cod. Pen.*)

Este ultimo requisito dá a nota differencial entre o delicto e o quasi delicto. O delicto é restricto aos factos dolosos, presuppõe má fé, isto é, conhecimento do mal e intenção de pratical-o ; o quasi delicto é amplissimo, como a culpa, em suas variadas gradações, e como ella pode ir até onde não se possa adduzir facto dirimente da responsabilidade de quem o commette. O quasi delicto, por outra, o facto não delictuoso imputavel, tem de *commum* com o delicto os trez elementos, de ser *damnoso*, *contra direito* e *imputavel* ; falta-lhe, porem, o caracteristico essencial do delicto, que é o *dolo*. Pode-se, pois, dizer que o quasi delicto é um facto illicito sem dolo, mas imputavel. A imputação na ausencia de dolo pode provir de facto proprio ou alheio de pessoa ou cousa, pelo qual responde o responsavel. Tal é o caso do curador do louco quando o não tem em boa guarda ; do dono do animal feroz que se solta ; dos paes, amos, mestres, patrões, pelos damnos causados por seus filhos, creados, aprendizes e prepostos.

O effeito do delicto ou quasi delicto é sujeitar o responsavel a indemnisar os prejuizos causados. Estes comprehendem lucros cessantes e damnos emergentes ; a prestação desses lucros cessantes e damnos emergentes é

devida nos casos de delicto; nos de quasi delicto são prestados unicamente os danos emergentes. A satisfação do dano causado pelo delicto peza solidariamente sobre todos os responsáveis (Cod. Pen., art. 69, § unico); a do dano proveniente do quasi delicto é proporcional á participação de cada um, quando se pode averiguar, e quando não, torna-se solidaria como no delicto.

A reparação do dano faz-se repondo as cousas no mesmo estado em que estavam antes, e, não sendo isso possível, pagam-se os prejuizos. A estimação desses prejuizos varia conforme a natureza do direito violado — propriedade, segurança, liberdade, reputação : é questão de facto, em geral, dependente das circumstancias do caso dado e que deve constituir materia de acção civil, pela qual se pede a respectiva indemnização. Regras para a respectiva estimação encontram-se com certo methodo em Coelho da Rocha, *Dir. Civ.*, §§ 137 a 141, Corr. Telles, *Dig. Port.*, 1, §§ 494 a 538 e, mui desordenadamente, observa o illustre J. C., posto que com muitos subsidios e copia de erudição, em Lobão, *Damnos per tot.*, onde é completa a casuística para as necessidades do fóro. » Exgottamos assim o capitulo, na impossibilidade de fazer resumo do substancioso trabalho do dr. Lacerda de Almeida.

— Na *Rev. Jurisp.*, Dezembro, 1901, p. 353, *vide* Accs. do Trib. de Just. do Estado de S. Paulo de 12 e 16 de Abril de 1901 sobre responsabilidade civil das estradas de ferro e empresas de transporte pelos desastres occorridos, dec. 1930 de 26 de Abril de 1857. Indemnização causada por dolo ou culpa.

— Na *Rev. Jurisp.*, Abril 1902, p. 367, *vide* Acc. da Côte de Appellação e Cam. Civ. do Trib. Civ. e Crim. da Capital Federal sobre dano causado por quasi delicto. Consistia o pedido da appellante em uma indemnização por dano resultante d'um quasi delicto causado por preposto do appellado, qual o de ter derrubado, sem as precisas cautelas, uma palmeira, que fazendo desmoronar um poste telegraphico, occasionou o esmagamento de um pé da filha da appellante, causando-lhe deformidade insanavel. Na execução da sentença, ainda a Côte de Appellação teve de pronunciar-se, por Acc. da Cam. Civ. de 25 Agosto 1901, sobre o arbitramento procedido sem as condições de clareza e precisão e sem conclusões conformes a sentença exequenda. *Vide* na *Rev. Jurisp.*, Junho, 1902, p. 177.

— Outro caso de indemnização do dano proveniente de quasi delicto, *vide* na *Rev. de Jurisp.*, Nov. 1901, p. 272. Tratava-se de um destes desastres, muito communs, de mortes e esmagamentos de transeuntes e passageiros nas linhas de bonds. Uma menina teve uma perna esmagada por um bond electrico. A Cam. Civ. do Trib. Civ. e Crim. julgou improcedente o pedido, mas a Cam. Civ. da Côte de Appellação accordou em reformar a sentença appellada, condemnando a Companhia a pagar a indemnização que for liquidada na execução, devendo o arbitramento ser feito nos termos definidos por Coelho da Rocha, *Dir. Civ.*, § 139, 10ª alin. da secc. 7ª.

— O Acc. da Cam. Civ. da Corte de Appellação de 4 Out. 1894, na *Rev. de Jurisp.*, Maio 1900, p. 65, decidiu que nenhuma responsabilidade civil cabe por lei á fazenda municipal pelos abusos, prevaricações ou omissões dos funcionarios municipaes, no desempenho de seus deveres. A essa res-

responsabilidade são sujeitos os proprios funcionarios na forma dos arts. 69, letra b, e 70 do Cod. Pen. bem como do art. 32 *in. pr.* e § 2 da lei n. 85 de 20 de Setembro de 1892, cujas disposições expressamente cogitavam do caso. Vide ainda art. 76 e nota; João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 350 e segs.; Carlos de Carvalho, *Nova Consol. das Leis Civis* (1899), p. 299, *Rubr. da responsabilidade civil e da Reparação do damno*; Teixeira de Freitas, *Consol. das Leis Civis*, arts. 798 e segs. E' responsavel o Estado pelo damno que seus funcionarios causarem aos particulares? Pela negativa, diz o dr. João Barbalho (*Const. Fed. Brazil*, p. 354), tinha decidido o Accordão do Supr. Tribunal Federal, na App. civil, n. 255, de 28 de Abril de 1897, por cinco contra quatro votos. A doutrina, porém, que pelo referido accordão foi adoptado (com um unico voto de maioria e na ausencia de um terço do numero dos ministros do tribunal), deixou de prevalecer em ultteriores decisões. O proferido na App. civil, n. 335 de 20 de Julho de 1898 declara: ... E' pois o caso da responsabilidade civil do Estado pelos actos dos funcionarios publicos, que, em exercicio de suas funcções, lezam direitos de terceiro. Si a lesão assume character criminal, a responsabilidade é exclusivamente pessoal (*Cod. Pen.*, art. 25); se é civil, a responsabilidade pertence tanto ao funcionario como ao poder que o propoz no serviço em questão, ficando ao lesado a escolha do responsavel. Se fôr accionado o poder proponente, a este compete a acção regressiva contra seu preposto. Dest'arte ficam salvos não só a responsabilidade dos funcionarios publicos pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos (*Const.*, art. 82), como tambem os direitos dos individuos em geral, e mais particularmente, dos que, como na especie, forem prejudicados por actos de agentes do governo na sua propriedade sacrificada em beneficio da União (*Lei n. 221, de 1894, art. 13*). Pouco importando Codigos e opiniões extranhos, essa é a lei brasileira e de conformidade com ella tem sempre julgado este tribunal, bastando citar os Accordãos n. 134, 197, 243, 257 e 317, alem de outros. E o Accordão na App. civ., n. 375 de 27 de Julho de 1898, dá por inconcussa a materia, considerando que indisputavel é a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionarios publicos, órgão de sua acção, ficando lhe salvo o direito regressivo contra estes, para haver o que houver pago pelos seus abusos e omissões (*Const.*, art. 82).

— Não se poderá mais questionar sobre a existencia do facto e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime. Art. 68 da lei, n. 261 de 3 de Dezembro de 1841.

— Compete hypotheca legal ao Estado e aos offendidos, ou seus herdeiros, sobre os immoveis do criminoso. Art. 3 § 7 do dec. 169 A de 19 de Janeiro de 1890.

— Nas violações da lei penal em que tomem parte membros de corporação, associação ou sociedade, estas serão tambem responsaveis pelo damno, desde que tirarem projecto do acto, ou se approval-o posteriormente. Lei 179 de 10 de Setembro de 1893, art. 9.

— Por Acc. de 30 de Abril de 1902, na *Rev. de Jurisp.*, v. XV, p. 138, o Sup. Trib. Fed. decidiu que declarada em juizo criminal a inexistencia de crime, é impossivel no civil o exercicio da acção de indemnização

do respectivo damno. Escorel não concorda com a doutrina dessa decisão. « Embora o facto não constitua crime, diz elle, pode ser considerado delicto ou quasi delicto perante a lei civil e o seu autor é obrigado a reparar o damno causado. »

— Damno *possivel* ou *eventual* não dá logar a um pedido de indemnização. Acc. do Sup. Trib. Fed., 23 Jan. 1901, no *Direito*, v. LXXXV, p. 206.

O brocardo jurídico — *electa una via non datur recursus ad alteram* — 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 pode 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 civil preceda á criminal ou esta áquella. Acc. do Cons. do Trib. Civ. Crim. do Distr. Fed. em 3 de Dezembro de 1896, no *Dir.*, v. LXXII, p. 401.

— A satisfação do damno prescreve em 30 annos. Lei 261 de 3 de Dezembro de 1841.

— Registramos o seguinte Acc. da 2.^a Cam. da Côte de Appellação do Distr. Fed., sobre indemnização do damno oriundo de acto culposo :

« Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que é appellante Manoel José de Faria e appellada a Fazenda Municipal.

Perante o dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal allegou Manoel José de Faria que requerera e obtivera licença para construir os predios ns. 6 e 8 da rua Diamantina, de sua propriedade, e, esgotado o prazo, uma prorrogação, na vigencia da qual se fazia a construcção de accôrdo com a planta approvada e as exigencias legais; que sob o falso pretexto da falta de licença embargou a Fazenda Municipal a obra, propondo acção de obra nova, que afinal foi julgado improcedente e levantado o embargo por sentença de 24 de Setembro de 1901; que em consequencia desse embargo até decisão da causa, ficaram as obras paralyzadas desde 4 de Outubro de 1900 até 18 de Outubro de 1902; que essa paralyzação trouxe como consequencia para o autor a privação do uso, gozo, habitação e renda dos predios em construcção; o estrago dos materiaes empregados, despezas extraordinarias com a defeza de seus direitos em Juizo e com salarios da pessoa encarregada da guarda dos predios, prejuizos esses que avaliamos em 20:000\$, que sendo a Fazenda Municipal responsavel pelos actos praticados por seus agentes no exercicio de suas funcções; cabe-lhe a obrigação de indemnizar este damno, visto tratar-se de facto injusto e culposo, qual o embargo requerido por falsa causa; que assim sendo deve a acção ser julgada procedente e condemnada a Fazenda Municipal a pagar a quantia de 20:000\$, ou a que fór liquidada na execução, indemnização dos prejuizos soffridos.

Contestando a acção, allega a Fazenda Municipal que, embargando a obra do appellante, praticou um acto legal, dentro da esphera de suas attribuições, com todas as formalidades da lei. Não ha, portanto, motivo para

indemnização, porque esta sómente tem lugar quando ha dolo ou má fé da parte do agente, e o appellante não provou, nem podia provar, que tivesse havido dolo ou má fé da parte dos agentes municipaes.

Em segundo lugar, se o autor soffreu prejuizo com a paralyzação da obra, foi devido unicamente á sua incuria e negligencia, pois podia ter requerido a caução de *opere demolienao*.

A sentença appellada, adoptando essas duas allegações, julgou improcedente a acção, tendo sido interposta a presente appellação.

Ouvido o Dr. Procurador Geral do Districto, opinou na promoção de fl. 52, que fosse confirmada a sentença appellada, por não estar provado que a Fazenda Municipal tivesse procedido de má fé, propondo a acção de nunciação de obra nova, podendo ter sido evitados os prejuizos se o appellante houvesse requerido a caução de *opere demoliendo*.

O que tudo examinado devidamente ponderadas as allegações de facto e de direito.

Não são procedentes as razões invocadas pela Fazenda Municipal para isentar-se da responsabilidade imputada. Para que alguém seja condemnado a indemnização do damno que praticou não é condição essencial que haja de sua parte dolo ou má fé, basta a culpa. E' principio de direito que a indemnização deve-se, sempre que o damno provém de facto ou omissão em que interveio dolo ou culpa do agente, algumas vezes mesmo a culpa levissima. Coelho da Rocha, § 133. A responsabilidade do agente póde pois provir do dolo ou da culpa. Ha dolo ou má fé, quando o agente praticou sciente e conscientemente o acto illicito, quando teve directa intenção de prejudicar, de fazer um mal, quando se trata emfim de um acto expressamente prohibido e punido pela lei, *delictio*. Ha culpa quando o acto foi praticado sem intenção alguma de lezar, quando houve apenas a omissão de prudencia e previdencia, da attenção ordinaria que um pai de familia emprega em seus negocios, a omissão emfim dos deveres que a vida social impõe a cada um em beneficio de todos, *quasi delictio*. Portanto, o facto de não ter havido dolo ou má fé da parte da Fazenda Municipal não a isenta da responsabilidade, se houve culpa de sua parte, se dessa culpa resultou um prejuizo. Ora, verifica-se dos autos que houve culpa da Fazenda Municipal.

Está provado pela sentença de fl. 124 que a Fazenda Municipal embargou as obras do appellante sob o fundamento de que esgotada a licença não requerera elle prorogação, o que constitue infracção de posturas; mas pela mesma sentença verifica-se que essa prorogação foi em tempo requerida, que não houve, portanto, a infracção, sendo por esse motivo julgado improcedente o embargo. Houve, portanto, culpa manifesta da parte da Fazenda Municipal, requerendo um embargo sem justa causa, imputando ao appellante uma infracção que elle não havia commettido, e dessa culpa resultou um prejuizo pela paralyzação das obras.

Não procede tambem o segundo argumento de serem esses prejuizos devidos unicamente á incuria e negligencia do appellante por não haver requerido a caução de *opere demoliendo*. Primeiramente, nenhuma lei impõe ao litigante a obrigação de requerer a caução de *opere demoliendo*; é uma medida facultativa que elle póde usar ou deixar. *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*, D, fr. 55, de *reg. jur.* Depois, para prestar a caução é

necessario ter recursos pecuniarios e o appellante allegou não dispôr desses recursos.

Pela vistoria de fl. 7 verifica-se perfeitamente qual o prejuizo soffrido com a paralyzação das obras, não havendo, portanto, necessidade de liquidação. Esses prejuizos importam em 4:620\$, sendo 1:500\$ dos damnos causados na obra e 3:120\$ importancia das rendas dos predios de que foi privado o proprietario. São sem fundamento e provas as demais reclamações.

Por estes fundamentos :

Acordão em 2ª Camara da Côte de Appellação dar provimento á appellação para, reformando, como reformam, a sentença appellada, julgar em parte procedente a acção e condemnam a Fazenda Municipal a pagar ao appellante a quantia de quatro contos seiscentos e vinte mil réis (4:620\$), pagas as custas proporcionalmente pelo autor e pela ré.

Rio, 24 de Julho de 1906. — *Miranda Ribeiro*, Presidente. — *Viveiros de Castro*, Relator designado. — *Salvador Moniz*. — *Lima Drummond*. — *Muniz Barreto*. — *Celso Guimarães*, Vencido. »

— É nulla a parte da sentença condemnatoria que obriga á satisfação do damno causado pelo delicto por ser esta materia de direito civil, *ex vi* do art. 70 do Cod. pen. Acc. do Supr. Trib. Fed. n.º 1178 de 22 de Maio de 1909

TITULO VI

DA EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DA ACÇÃO PENAL E DA CONDEMNACÃO

Art. 71. A acção penal extingue-se (121) :

(121) João Vieira, *Cod. Pen.* cit. v. II, p. 355, *Ruor. Da extincção da acção e da condemnação*.

O Cod. trata neste titulo dos casos em que extingue-se a acção e a condemnação e suspende-se a condemnação. Os casos de extincção da acção são communs á condemnação, mas ha dois que são privativos desta : o cumprimento da sentença e o indulto do poder competente. Os casos de suspensão de condemnação são tambem privativos : o livramento condicional e a fiança.

João Vieira faz uma observação muito justa, considerando enxerto injustificavel o art. 73, 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 continua em vigor até a conclusão do tempo do cumprimento da pena. Dá-se a mesma cousa em relação á fiança, que é tambem uma phase da condemnação diferente da do trabalho a que foi condemnado o vadio ou vagabundo. Qualquer que seja a hypothese, não ha suspensão, pois, como diz Garraud, a pena continua em curso até o livramento definitivo do condemnado :

— Entre os modos porque extingue-se a acção penal, include-se a *perempção* da accusação pela não comparecimento do autor. A disposição do Cod. de

processo (art. 221) sobre perempção não foi derogada pelo Cod. penal. Acc. do Trib. Just. S. Paulo de 23 Out. 1894, na *Gaz. Jurid.*, v. VI, p. 272.

1° pela morte do criminoso (122).

(122) *Mors omnia solvit*. A morte do accusado extingue a acção penal; a morte do condemnado extingue a condemnação. *Cod. Pen. Ital.*, art. 85, fonte do nosso. Jules Lacoingt, *Ob. cit.* p. 58. Mas, não extingue a execução pelos sequestros ou confiscações dos instrumentos ou objectos do crime, ou de seu producto. João Vieira *Cod. Pen. cit.*, v. II, p. 359. As leis processuaes dos Estados é que podem regular bem a execução de taes disposições, inspirando-se no pensamento do legislador federal, afim de que a *Lex substantiva* não seja sacrificada á *adjectiva*.

2° por amnistia do Congresso (123).

(123) Const. Federal, art. 34, n. 27 : Compete privativamente ao Congresso Nacional conceder amnistia. Na *Rev. de Jurisp.* de Agosto de 1898, Acc. do Supr. Trib. Militar de 22 de Abril de 1898, Accs. do Supr. Trib. Federal de 15 de Julho, 7 de Março, 5 de Fevereiro, 31 de Outubro, todos de 1096. *Vide* Ruy Barboza, *Amnistia* (1896). João Vieira, *Cod. Pen. cit.*, v. II p. 359).

3° pelo perdão do offendido (124).

(124) Const. Federal, art. 34, n. 28 : Compete privativamente ao Congresso Nacional commutar e perdoar as penas impostas por crime de responsabilidade aos funcionarios federaes. Sobre perdão do offendido — em João Vieira, *Cod. Pen. cit.* v. II, n. 364. *Vide* art. 97 e nota.

4° pela prescrição (125).

(125) João Vieira, *Cod. Pen. cit.*, v. II, p. 371. J. C. Lima Drummond — estudo sob a *Rubr. A prescrição penal no Direito* de 15 de Abril de 1895. *Vide* arts. 78 a 85 e notas.

Art. 72. A condemnação extingue-se por estas mesmas causas, e mais :

1° pelo cumprimento da sentença ;

2° por indulto do poder competente (126).

(126) Const. Federal, art. 38, n. 6 : Compete privativamente ao Presidente da Republica indultar e commutar as penas, nos crimes sujeitos á jurisdicção federal, salvo em casos a que se referem os arts. 34, n. 28 e 52, § 2.

Em João Vieira, *Cod Pen. cit.*, v. II, p. 367, *comm.* a estes artigos. Na *Rec. de Jurisp.* de Setembro de 1899, pgs. 32 e 34. Accs. do Supr. Trib. Militar de 12 e 17 de Maio de 1899.

3º pela reabilitação (127).

127) *Vide* art. 86.

Art. 73. A condenção suspende-se :

a) pelo livramento condicional (128).

(128) *Vide* arts. 50, § 2, 51 e 52.

b) pela fiança (art. 401) (129).

129) *Vide* arts. 401, 405 e 406.

Art. 74. As incapacidades pronunciadas pela condemção cessam em consequencia do indulto de graça (130).

(130) O principio absoluto que este art. consagra não é verdadeiro, nem pode ser applicado, observa João Vieira, *Cod. Pen. cit.*, v. II, 369. Este artigo combinado com o art. 76 envolve e questão de saber-se em que consiste o indulto *de graça*. *Graça* é o genero : *amnistia, indulto, commutação, perdão pelo Congresso*, são especies.

Nos termos da Const. Federal é privativa do Congresso Nacional a concessão da *amnistia, commutação e perdão*, restrictas estas duas ultimas aos crimes de responsabilidade de funcionarios federaes (art. 34, n. 27 e 28); é privativa do Presidente da Republica a concessão do *indulto e commutação* da pena nos crimes sujeitos á jurisdicção federal, excepto os á que se referem os arts. 34, n. 28 e 52, § 2, os quaes são da competencia privativa do Congresso (Art. 48, n. 6). Os arts. 74 e 76 do Cod. devem ser entendidos de accordo com a Constituição Federal. Outra questão cuja solução pela negativa é evidente : Convem saber se podem — o Congresso Nacional *commutar e perdoar*, o Presidente da Republica *indultar e commutar* outros crimes a não serem os de que tratão os arts. 28 e 48, n. 6. Outra questão, que tambem parece-nos deve ser resolvida pela negativa : Tem o Presidente da Republica competencia para perdoar, ainda que sejam os condemnados sujeitos á jurisdicção federal? Não; porque o perdão é privativo do Congresso Nacional, que, nos crimes a que se referem os arts. 34, n. 28 e 52, § 2, representa a Nação, parte offendida; e tambem porque assim determinou a Constituição Federal, dando ao Presidente da Republica a competencia *somente* para a commutação e o indulto. Donde segue-se que, em regra, o *perdão* compete ao offendido e só se applica aos crimes comuns; só por excepção, e em casos restrictos, compete ao Congresso

Nacional. Assim, em relação á competência, e pondo de parte a diferença essencial que existe entre cada uma destas *graças*, concluímos : O perdão compete ao offendido e por excepção ao Congresso Nacional em casos restrictos; a amnistia e a commutação competem ao Congresso Nacional; o indulto e a commutação ao Presidente da Republica. Convem notar que tanto para o Congresso, como para o Presidente da Republica, a concessão da commutação e do indulto é restricto aos crimes a que se referem os arts. 34, n. 28, e 48, n. 6.

Vide o nosso *Cod. Pen. Mil. Comm.*, nota 98 ao art. 63. O Presidente da Republica tem usado do *indulto* como se fora *amnistia* e em Aviso de 20 de Maio de 1891 o Ministerio da guerra deu ao *indulto* os mesmos effectos da amnistia. Essa doutrina tem sido combatida, com grande copia de boas razões pelo Supremo Tribunal Militar, principalmente em face do abuso do indulto de réus ainda não condemnados, impedindo assim a acção da justiça. O dr. Lucio de Mendonça, procurador general da Republica, consultado pelo Ministerio da Justiça, tambem profliga o abuso nos seguintes termos : Correcta me parece a doutrina do Acc. de 22 de Maio de 1896 do Supremo Tribunal Militar, de perfeita harmonia com o nosso direito positivo na materia, o qual, por sua vez, não dissona da verdadeira theoria. Na linguagem legal, como na vulgar, *indulto* e *perdão* confundem-se; a Constituição emprega indifferentemente um e outro vocabulo para exprimir a mesma idéa : art. 34, n. 28 comparado ao art. 48, n. 6 Tambem como synonymo de *perdão* emprega o termo *indulto* o art. 72, § 2 do Cod. Pen. Ora, perdão ou indulto só se dá de *pena* já imposta, e não somente em que o agraciado possa a vir incorrer; em outros termos, que são os do Cod. Pen., a amnistia e o perdão, este quando do offendido, extinguem a acção penal, ou a condemnação, se já existe; o perdão ou indulto quando do poder publico competente, extingue a *condemnação*, ou, mais propriamente, os seus effectos, mas não a *acção penal*, porque só vem depois desta terminada por aquella. Com a doutrina legal está a dos criminalistas. Garraud, *Droit Pénal Français*, vol. 2, n. 88, diz do perdão que « diversamente da amnistia, a qual vae procurar e destruir até no passado as consequencias do julgamento, quando julgamento já tem havido no momento em que ella intervem, o perdão só produz effectos no futuro : deixa subsistir a infracção; deixa subsistir a condemnação; somente dispensa da execução desta. » Em taes termos, indultar réus ainda não condemnados, não é perdoar, é amnistiar, é pôr termo á acção penal, em qualquer phase em que se ache e ainda que não se tenha iniciado, o que é proprio da amnistia ; mas amnistiar só pode o Congresso (Const., art. 34, n. 27). Assim, indultos como o de que se trata são visceralmente nullos, pela incompetencia do poder de que emanaram, com invasão da esphera de acção de outro poder constitucional, o que na lição dos americanistas, os torna sem efficacia alguma : « Nada obsta, diz Cooley, *Const. limit.*, cap. 7, p. 208, a que se qualifique como opposto á Constituição e nullo o acto que, a pretexto de exercer um poder, usurpa outro. » E' meu ver, fóra de duvida, que ao Poder Executivo cumpre abster-se de indultos nos termos do que suscita esta consulta, pois em um regimen de harmonia e independencia dos poderes constitucionaes, como o nosso, a culpa e o erro de taes usurpações encontram severo correctivo na propria ineffica

do acto, que não tem força de obrigar os poderes a quem incumbe a respectiva execução. » Lucio de Mendonça, *Paginas juridicas*, (1903), p. 82.

A doutrina é verdadeira, mas cumpre notar que o Código Penal publicado antes da Constituição Federal deve ser interpretado de accordo com os preceitos constitucionaes e as disposições do Cod. que forem contrarias ao espirito e letra da Constituição devem se considerar derogadas. Ora, pela Const. o perdão e o indulto são institutos differentes, como já fizemos ver, embora produzindo os mesmos efeitos.

A expressão — *indulto de graça* — que o Código emprega nos arts. 74 e 76 é incorrecta. Vide o nosso *Cod. Pen. Mil. Comm.*, nota 96 ao art. 62, n. 2. As incapacidades pronunciadas pela condemnação são as decorrentes dos efeitos da interdicção a que se refere o art. 55 e bem assim do exercicio de funções, empregos e officios publicos. Vide o nosso *Cod. Pen. Mil. cit.*, nota 100, ao art. 64.

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 (131).

(131) A amnistia, como já fizemos ver, é uma graça de natureza especial; a sua decretação faz desapparecer tudo quanto conste sobre o crime e o criminoso.

A expressão que bem traduz o instituto é esta : crimes e criminosos são havidos como se não existissem. Ora, um dos efeitos da condemnação é a obrigação de indemnizar o damno (art. 69); na amnistia não ha crime, não ha condemnação, não ha pena, logo não ha damno, não ha satisfação de indemnização. Concordámos quanto ao *indulto*, que é uma graça de natureza diversa, como já demonstramos.

Bento de Faria, citando Thiry, Garraud, Prins, Pincherli, opina de modo contrario. « Embora desappareça a infracção, diz elle, subsiste o facto prejudicial e a parte lesada pode, a despeito da amnistia, reclamar do amnistiado, por meio de acção civil, a satisfação do damno causado. « Convimos na applicação da doutrina ás outras graças. Quanto á amnistia, não. Ella é uma medida essencialmente politica, « tomada, com o fim de apaziguamento depois de perturbações graves. » Ou, como diz Garrand, amnistia é um acto do poder social que tem por objecto e resultado fazer esquecer certas infracções, e consequentemente abolir a acção penal, pôr termo ás condemnações já proferidas. Justificando o projecto de amnistia para os implicados nos successos de 14 de Novembro de 1905, no Districto Federal, dizia no senado o sr. Ruy Barboza (sessão de 5 de Agosto de 1903) :

« Neste paiz só ha dois meios de suspender a acção dos tribunaes : o indulto e a amnistia, o primeiro é o perdão exercido pelo Poder Executivo, o segundo é a função superior exercida pelo Poder Legislativo; abstem a sociedade de cuidar mais dos factos que ficam entregues á acção do tempo,

no juizo infallivel da Historia. A amnistia não é a glorificação do crime, é a consagração da paz; é a volta das sociedades ao seio do bom senso; é o meio de que, em situação como a actual, estão munidos ainda os poderes constitucionaes para sahir dos casos difficeis, assegurando o futuro mediante concessões opportunas ás exigencias da equidade e do sentimento nacional. »

O art. 76 é expresso. Será, porem, letra morta quanto á amnistia. Citando Obarrio, *Derecho penal*, p. 383, diz Bento de Faria : Distingue se a *amnistia* do *indulto* : 1.º *Por seu character*. A amnistia importa no esquecimento da infracção com abstracção completa das pessoas que a praticaram. O indulto é o perdão da pena imposta a um determinado individuo. 2.º *Pela natureza dos delictos a que se applicam*. A amnistia abrange os delictos politicos, o indulto, em regra, os delictos communs. 3.º *Pela extensão de seus effeitos*. A amnistia é geral : comprehende todos os que tomaram parte no delicto praticado, sem que se torne necessario individualisal-os; o indulto é particular, limita-se ao delinquente ou delinquentes, aos quaes especialmente favorece. 4.º *Pela autoridade de que emana*. A amnistia é um acto legislativo, cuja sancção compete ao Congresso e deve revestir-se do character das disposições que este ordena no uso de suas attribuições constitucionaes; o indulto compete ao Presidente da Republica. 5.º *Pela epocha em que podem ser concedidos*. A amnistia pode ser concedida em qualquer tempo, e mesmo independentemente de qualqucr processo intentado ou por intentar; o indulto só quando já existe sentença condemnatoria passada em julgado.

A amnistia pode ser : *plena*, para todos os effeitos — *geral*, para todas as pessoas — *limitada*, com exclusão de algumas — *restricta*, quanto aos seus effeitos, sendo della excluida certos crimes e quanto a determinados logares — *absoluta*, se é dada sem condições — *condicional*, se fica dependente de se verificarem clausulas estabelecidas no acto da concessão (Escorel).

O dec. 3084 de 5 de Novembro de 1898, seg. parte, art. 416 declara que a *amnistia*, o perdão ou a commutação de pena, para surtirem effeito, devem ser previamente julgados *conforme a culpa*. No art. 418 explica : A *conformidade* consiste na identidade de causa e pessoa. Todavia, no caso de perdão ou commutação de pena (exclue o caso da *amnistia*) verificando o juiz ou tribunal que houve ob ou subreção de alguma circumstancia essencial, que poderá influir para denegação da graça, devolverá o decreto, expondo respectosamente a mencionada circumstancia. Este decreto consolidou disposições de leis anteriores para applical-as á justiça federal. Escorel e Bento de Faria, este citando João Mendes (*Cod. proc. crim.*, v. III, p. 143) transcrevem aquellas disposições. Entendemos, porem, que a *amnistia* deve ser excluida do julgamento previo a que se refere o art. 416 citado, para surtir effeito, attenta ao seu character ou natureza. Medida politica, decretada por motivo de ordem publica, e nunca no interesse individual, os effeitos não dependem do exame ou julgamento do poder judiciario. E assim bem decidio o Supr. Trib. Fed., em Acc. de 20 de Janeiro de 1897, no *Dir.*, v. LXXII, p. 591 : A amnistia podendo ser *geral*, *restricta*, *absoluta* ou *condicional*, somente 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 á causa da Justiça. O proprio dec. 3084 de 1898 diz no art. 410 : « A amnistia põe perpetuo silencio ao processo e extingue todos os efeitos da pena, se sobrevier depois da condemnação. » Era mesmo excusada a segunda parte do art. 410 — *e extingue todos os efeitos*, etc., porque no vocabulo — *processo* — estão incluídos o *summario* e o *plenario*. A amnistia pode ser concedida *antes, durante, ou depois* de restaurado o processo. Em qualquer destas phases *crimes e criminosos* são, em consequencia da amnistia, tidos e havidos como se não existissem. Se ha processo, é posto em perpetuo silencio. O dec. 3084 de 1898 figura o caso de haver processo. Não havia necessidade de distinguir entre o *processo* e a *pena*, e ainda menos para concluir com a restricção — *se sobrevier depois da condemnação*. Esteja o denunciado na formação da culpa, pronunciado, ou não; seja réu no plenario, condemnado, ou não; decretada a amnistia suspende-se immediatamente a acção judiciaria, não ha mais crime, nem criminosos. A intervenção do juiz para julgar previamente a *amnistia*, nos termos do art. 416 do dec. 3084, não se justifica, porque a *culpa* desapareceu em consequencia da amnistia. Os efeitos decorrem immediatamente do acto legislativo. Todos os implicados no processo são immediatamente postos em liberdade, si prezos se achavam. Poderão os amnistiados renunciar a amnistia? Pela negativa, responde Escorel, e concordamos, contra João Barbalho (*Const. Fed. Brazil. comment.*, p. 132 e 133) oppondo a este o que diz M. Helie, citado por Morin : « Sem duvida ha alguma cousa de injusto em tirar ao accusado, que se julga innocente, o direito de fazer proclamar a sua innocencia. A amnistia, porem, é um acto politico; não é concedida senão quando graves perturbações sociaes a reclamam. O interesse particular deve desaparecer deante de um acto de interesse geral. » Sem duvida, não só por estes, como pelo fundamento de não haver necessidade de prova dessa innocencia, nem mesmo de reabilitação. O amnistiado tem a seu favor a presumpção *juris et jure* de innocente, não se lhe pode lançar em rosto crime que não existe, pois a amnistia apaga tudo, tudo faz esquecer. O brocardo — *Invito non datur beneficium*, fundamento da opinião de João Barbalho, não tem applicação ao caso da amnistia.

Art. 77. Nos crimes pelos quaes se não pôde proceder sinão por queixa da parte, o perdão do offendido extingue a acção penal, mas não faz cessar a execução da sentença, si o condemnado recusar acceital-o (132).

(132) João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 365), observa que, sob o dominio do Cod. anterior, art. 67, muito se disputou se o perdão do offendido miseravel representado pelo ministerio publico punha termo ao processo. Toledo, Francisco Luiz e Tinoco resolvem a questão pela affirmativa e a jurisprudencia fixou-se neste sentido. « Mas, continua o illustre J. C., outras questões novas faz surgir a disposição do art. 77, que dá logar a

uma excepção absurda, porque se o Cod. não permite que o perdoado recuse o perdão antes da sentença, 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! Em quanto elle não é condemnado comprehende-se que recuse o perdão para defender-se, mostrar sua innocencia, mas já condemnado é absurdo. *

Aqui cabe a applicação do aphorismo : *Inipito non datur beneficium*. Casos ha em que o condemnado recuse o perdão do offendido e prefira cumprir a sentença. Absurdo não ha, desde que se considere que o mover a recusa deve ser outro sentimento, e não o prazer de cumprir a pena. O offendido entregando o accusado aos tribunaes, tambem lhes entrega a defeza e o reconhecimento do seu direito lesado. A sentença não altera a situação pessoal do condemnado em relação ao offendido. Se o perdão é um direito do offendido, a recusa é um direito do accusado. A acção penal pertence ao offendido nos casos figurados no art. : é um direito seu, exclusivo, de que pode desistir. Mas se ha condemnação, a sentença affecta a pessoa do condemnado e todos os seus direitos. A questão a ventilar-se é — si o perdão do offendido pode ser recusado antes da condemnação, para o effeito de proseguir a acção até final, nos crimes pelos quaes se não pode proceder sinão por queixa da parte. Opinamos pela affirmativa. O Cod., porem, dispõe o contrario.

Art. 78. A prescripção da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação (133).

(133) Instituida para attender a motivos de ordem publica e não para acautelar interesses particulares, a prescripção no direito anterior ao Cod. Pen. actual só affectava a acção. O Cod. Pen. de 1830 dispunha que as penas impostas aos réus não prescreviam em tempo algum (Art. 65). O de 1890 innovou n'esta parte, admitindo a prescripção da condemnação, subordinando-a aos mesmos prazos da prescripção da acção, devendo uma e outra ser pronunciadas *ex officio*. A prescripção criminal distingue-se da civil, pelos seus effeitos. Esta é acquisitiva, extinctiva ou liberatoria; aquella é simplesmente liberatoria, affecta o direito de acção que emana do delicto, ou o direito de execução que se origina na condemnação. A prescripção da condemnação, antes de ser incluída no Cod. comm. já tinha sido consagrada pelo dec. n. 774 de 20 de Setembro de 1890, que alterou a legislação precedente, inspirada nas doutrinas de Bentham e incursa na censura de identificar a natureza da prescripção penal com a da prescripção civil. Ha diversas theorias sobre este instituto : umas contra, outras a favor de toda a prescripção; outras a favor da dos crimes e contra a das penas. Vide sobre o assumpto João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 371; Lima Drummond, *Estudos de Dir. Crim.* — *Da prescrip. pen.*, p. 59.

Os casos especificados que constituem a excepção são os crimes de rapto (art. 275), lenocinio (art. 277), adulterio (art. 281).

— Na impossibilidade de resumir por ser longa e substanciosa, recom-

mendamos a leitura de uma sentença do dr. Firmino Whitacker, juiz de direito de Mogy-mirim (S. Paulo) publicada na *Rev. de Jurisp.*, Novembro 1901, p. 263. O illustre magistrado faz um interessante estudo sobre a prescrição civil e criminal.

— A prescrição da pena não pode abranger a condenação nas custas. Por interessar ao patrimonio das partes, as custas são regidas pela prescrição civil. *Ementas* de um sentença do dr. Nestor Meria, juiz da 11ª Pretoria — na *Rev. Jurisp.*, Março 1900, p. 284; *vide Observações* da Redacção, com as quaes concordamos.

— Não só por argumento do art. 3 do Cod. Pen., que manda estender aos actos passados a lei nova mais benigna, mas ainda pelas exigencias de interesse publico ligadas á excepção da prescrição, applica-se ao delicto anterior o prazo mais breve assignado para a prescrição da acção no art. 85 do Cod. Pen. Não é a *qualificação* dada ao delicto na pronuncia, sim a *qualificação* definitiva do plenario que determina o prazo da prescrição da acção, porque o art. 78 do Cod. o equipara ao da prescrição da pena, e fóra absurdo que o denunciante e o juizo do summario, por erro ou abuso de *qualificação*, pudessem augmentar *ad libitum* o tempo necessario para prescrição. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 21 de Julho de 1900, na *Rev. de Jurisp.*, Jan., 1902, p. 40.

Art. 79. A prescrição da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia (134).

(134) Vem a proposito, tratar aqui de uma questão, que, em poucas palavras, Lima Drummond elucidou nos seus *Estudos de Dir. Crim.*, p. 78, e, *data venia*, reproduzimos : « Cogitando evidentemente da prescrição da acção penal, a lei n. 26 de 3 de Dezembro de 1841 e o regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 imitaram a legislação franceza e estatuiram que o tempo para a mesma prescrição se contasse desde o dia em que fosse o delicto commettido. A esse respeito ventilou-se uma grande questão na França e na Italia, a qual consiste em incluir-se, ou não, no prazo da prescrição, o dia em que foi o crime perpetrado. Para aquilatar-se devidamente da serie dade do assumpto, cujo alcance profundo se reconhece sobretudo nos prazos de curta duração, basta se saiba haverem com elle se preocupado Mangin e Faustin Hélie, sustentando theoría por Ortolan combatida em dissertação, qualificada de *remarquable* pelo insuspeito Garraud e subscripta por Francisco Carrara, que lhe emprestou na Italia o brinho de uma defeza genial. Parece que devendo correr a prescrição desde o dia da perpetração do acto delictuoso e o prazo da prescrição se contar per dia (*de die ad diem*) e não de hora a hora (*de momento ad momentum*), convem admittir que o *dies a quo* forma um todo indivisivel, o qual serve de ponto de partida não só ao *exercício* como á *extinção* da acção publica; não sendo paradoxalmente precedido aquelle por esta, por que ambos simultaneamente se iniciaram. Mas Carrara prefere a estes principios scientificos os apregoados

por Ortolan, que, em sua opinião, *ha trattato profondamente la questione*. E Ortolan é partidario da theoria da exclusão do *dies a quo*, porquanto sendo o dia do delicto o do nascimento da acção penal, e o termo da prescripção o que o extingue, se aquelle dia se contasse nesse termo, addicionar-se-iam quantidades heterogeneas. Na Belgica, onde a controversia promettia tambem perpetuar-se, foi promulgada a lei de 17 de Abril de 1878, cujo art. 24 resolve que o dia no qual realisou-se a infracção se comprehende no prazo da prescripção. Mas na Italia, onde o Cod. de 1859 suscitou identico desaccordo na jurisprudencia, gerando incerteza nas relações juridicas, emergio triumphante dos recentes debates sobre os projectos do Codigo que unificou a legislação penal — a theoria de Carrara. E para exprimir-se condignamente essa theoria acceita, apesar da censura do professor Faranda, pela maioria da camara dos deputados incumbida de examinar o projecto de 1887, approvou-se a proposta de Ellero e, em vez de « la prescrizione comincia » escreveu-se « la prescrizione decorre »; sendo assim tambem redigido o texto definitivo do Cod. Penal.

Entre nós o Codigo de 1890 e o projecto de 1893, copiaram o Cod. italiano, substituindo pelo verbo *decorrer* o verbo *começar*, em congeneres circumstancias. Duvido, porem, que haja recebido por esse meio definitiva solução o discutido problema. Foi sempre objecto de renhida polemica a interpretação do Cod. sardo de 1859, no qual tambem se deparava o verbo *decorrer* que os advogados Morelli e Demetrio Feroci empregaram na versão italiana do Cod. Pen. do Imperio Allemão, citado pelo eminente Garraud, como um dos Codigos que consagraram a theoria da *inclusão do dies a quo* no prazo legal da prescripção. Facilmente dissipar-se-á, entretanto, o equivoco. Dalloz e Mangin reputam filiado á doutrina da *inclusão* o codigo de Instrucção criminal francez, porque nelle se estabeleceu que a acção penal prescreve a contar *do dia*, e não *do dia seguinte*, áquelle em que se verificou o delicto. O legislador brasileiro poderá, portanto, ordenar que no dia seguinte áquelle em que fôr o crime commettido, comece a correr a prescripção. » Combinando-se os dispositivos dos arts. 79 e 80, verifica-se a *inclusão do dies a quo* no *lapsus* da prescripção da acção e da condemnação.

Concordam Escorel e Bento de Faria. O primeiro diz : « O dia em que a violação da lei penal teve logar é contado por inteiro para o tempo de prescripção. Ha ahí uma excepção á regra geral — *dies a quo non computatur in termino*. » O segundo, citando Villeret, *Tr. de la prescription en matière crim.*, n. 122; Le Sellyer, *Act. pub. e priv.*, n. 516, e outros A., diz : « O prazo da prescripção se conta por dias (*de die ad diem*) e não por horas (*de momento ad momentum*), e assim sendo o *dies a quo*, isto é o dia do delicto, forma um todo indivisivel, que serve de ponto de partida tanto para o *exercício*, como para a extincção da acção publica.

— A prescripção da acção começa a correr da data do despacho de pronuncia e não da data da confirmação desta, visto como o recurso de pronuncia não tem effeito suspensivo. Acc. da Cam. Crim. da Corte de App de 29 Nov. 1901.

— O instituto da prescripção é de *direito substantivo*, constitue parte integrante do Cod. pen. da Republica.

A prescripção da accção, fazendo cessar a razão de ser da pronuncia

deve ser discutida preliminarmente. Acc. do Sup. Trib. de Just. do Maranhão de 25 de Agosto de 1897, na *Jurisp.* do mesmo Trib., t. XI, p. 22.

— A allegação de achar-se prescripto o crime de sedição não pôde alterar a natureza do crime (homicidio) connexo. Acc. do Supremo Tribunal Federal, em 8 de Abril de 1899. JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, vol. das decisões de 1899, p. 10.

Referindo-se a este julgado, observa Escorel :

« Esta decisão do Sup. Trib. deixa ver que foi considerado prescripto o crime de sedição, e não prescripto o de homicidio.

« Prescrevendo o crime de sedição, connexo com o de homicidio, no prazo estabelecido para a prescripção do crime de homicidio, desde que a pena deste crime é mais grave, não se comprehende a decisão do Sup. Trib. Parece que o Sup. Trib. considerou o art. 84 ser applicavel sómente ao caso de *um só individuo* commetter diferentes crimes, fazendo uma distincção que o legislador não fez. Isto se evidencia do voto de um dos ministros que disse : « Verdade é que na discussão se disse que isto (disposição do art. 84) era applicavel ao caso de *um só individuo* commetter diferentes crimes. Mas esta limitação carece de autoridade scientifica; porque não se pôde conceber que a lei penal favorece mais a situação de diversos individuos que praticarem crimes entre si ligados pela connexidade. A simples leitura do art. 84 para logo evidencia que esta doutrina não se ampara na letra nem no espirito desse conceito legal.

« O legislador depois de affirmar que « a condemnação a mais de uma pena prescreve no prazo estabelecido para a mais grave » diz logo em seguida — « A *mesma regra* se observará com relação á prescripção da acção ».

« Por conseguinte a regra é que, dada a connexidade entre varios crimes, quer sejam commettidos por *um* ou por *muitos* individuos, a prescripção da acção se conta do prazo estabelecido para o crime de maior gravidade. E este principio é fundado na necessidade de não quebrar o elo que une entre si diversos crimes, de facilitar a prova e a defeza e 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. »

Art. 80. A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença ou daquelle em que fór interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.

Paragrapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescripção começará a correr novamente do dia da evasão (135).

(135) A sentença passa em julgado dez dias depois de proferida definitivamente, em primeira ou ultima instancia, intimadas as partes. Dentro dos dez dias, pode a parte interpor a appellação. Se não for interposto este

recurso, a sentença definitiva da primeira instancia passa em julgado findos os dez dias, que começam a correr da data da intimação ás partes; se houver appellação, a sentença passa em julgado findos os dez dias, intimadas as partes da decisão da appellação. Sentença passada em julgado é a definitiva terminativa do feito, insusceptível de recurso, ou de revogação, por decisão ordinaria do juiz superior — *res judicata quæ finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit* — porquanto é a sentença antes de transitar em julgado, um julgamento ordinariamente revogavel e parece não terminado, ou um dos actos de mera instrucção do processo, de todo sujeita ainda, em garantia da uma boa justiça, á apreciação da autoridade judiciaria superior, de envolta com os varios elementos de prova e das formulas, que são de observar. Acc. do Trib. da Rel. do Estado do Rio, de 1º de Agosto de 1899, na *Rev. Jurisp.* Out. 1899, p. 167. Tambem é interruptivo, em face do art. 79 do Cod., o despacho, provisional ou interlocutorio de pronuncia. Acc. supracitado. Esse despacho é o que depende de confirmação do juiz superior. A sentença deste é que passa ser a definitiva.

— Nos processos criminaes, a notificação da sentença ao *reú revel* deve ser pessoal, *in persona propria*, meio mais seguro, perfeito, e acabado, no dizer de L. Mortara. Acc. supra citado; no caso de ausencia, em logar incerto e não sabido, a citação edital tambem produz os mesmos efeitos, mas não é de uso.

Officiando no feito a que se refere o Acc. supra citado, disse o illustrado dr. Lobo Moscoso Junior, procurador geral do Estado : « A especie dos autos é a de dois crimes — attentado ao pudor e offensa physica leve, art. 223 e 201 do Cod. Crim. pelos quaes *foi julgado a revelia* J. O. G., que denunciado a 22 de Maio, pronunciado a 26 de Junho, e condemnado a 19 de Dezembro de 1890, appellou dessa condemnatoria a 25 de Fevereiro de 1899, eis que, por effeito de precatória, foi prezo em Araruama, a 19, transferido para o districto da culpa, qualificado, notificado da sentença a 22, tudo do mesmo mez, e alli prestou fiança para usar do remedio de que o Tribunal vae conhecer com as razões de fis.

Preliminarmente argue o appellado a *prescripção da condemnação*. E assenta a arguição do art. 80 do Cod. Pen. A prescripção da condemnação era instituto que o art. 65 do Cod. Crim. desconhecia. O Cod. Pen. consoante o criterio das legislações similares modernas, adoptou, com o da acção, essa *circumstancia extinctiva* da pena, do que, aliás, não cogitaram o direito penal allemão da idade média e a *Carolina*. O Dir. Rom. só admittio a prescripção (abstracção feita dos crimes particulares) desde a *Lex Julia de adulteriis* (731 ou 736 A. U.) que fixou o prazo de cinco annos para a prescripção dos crimes por ella qualificados. Posteriormente (á parte os denominados *crimes da carne*), foi reconhecida de um modo expresso e geral, a prescripção de todos os *crimina publica*, com o prazo de vinte annos. E, segundo o Dir. Rom. ulterior, eram, porem, imprescriptíveis o *parricidium*, a *suppositio partus* e a *apostasia*. Von Liszt, *Trat. do Dir. Pen. Allem.* Trad. do dr. José Hygino, vol. I, p. 478, n. III, Per. e Souza *Lin. Crim.*, vol. 576. A regra, portanto, é que a prescripção tem logar a respeito de todos os crimes cit. 1ª Lei, § 325. *Prescriptione crimina omnia delentur*. Mellão Freire, *Inst. juris crim. lus. tit. XXIII, § 2. A' prescripção da acção Cod.*

do Proc., art. 54 a 57, Lei n. 261 de 1841, art. 32 a 36 e Regul. n. 120 de 1842, arts. 271 a 284, equiparou-se a *prescrição da condenção*. Foi um salto mortal, diz o dr. Vieira de Araujo, que, censurando a *equiparação*, a qualifica — singularidade inexplicavel. Cod. Pen., v. II, p. 357 e 371. Incorporado, portanto, o instituto no actual regimen penal, a *prescrição da condenção começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença*. Cod. Pen., art. 80, 1ª *alin.*, ou a prescrição começa a correr do dia em que a *sentença transita em julgado*. Cod. Pen. allem., art. 80, ou ainda — Les peines portées par les arrêts ou jugements en matière correctionnelle se prescrintont par cinq années révolues, à compter de la date de l'arrêt ou du jugement rendu en dernier ressort; et à l'égard des peines prononcées par les tribunaux de première instance, à compter du jour où ils ne pourront plus être attaqués par la voie d'appel. Cod. d'Instr. Crim., art. 636. Ora, succede que, proferida pelo appellante, *ausente do districto da culpa e revel a todos os termos do summario e plenario*, a sentença condemnatoria, em 11 de Dezembro de 1810, só della logrou ser notificado, quando preso a 12 de Fevereiro de 1899, tendo no dia immediato appellado. E si, Cod. Pen., art. 85, a condemnção da pena mais grave ao appellante imposta, fôra de um anno de prisão, Cod. Crim., art. 301, gráu maximo, o lapso de tempo da condemnção será o de *quatro annos*, cit., Cod. Pen., art. 85, 2ª *alinea*, prazo que principiaria a correr desde o 8º dia depois do da notificação da sentença, ou a 4 de Março de 1899, vindo, portanto, a condemnção a prescrever somente em igual dia do anno de 1903. E foi o proprio douto patrono do appellante em 1ª instancia, quem confessou *não haver passado em julgado a condemnção*. Improcede, é bem de ver, portanto, a preliminar extinctiva da condemnção, cujo prazo de prescriçõe *jamaiz começou a correr*, pela simples razão de, *só a 22 de Fevereiro ultimo*, ter sido o presidente notificado da sentença condemnatoria, *não transitada em julgado*, pela sua notoria e comprovadissima contumacia. • Vide João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 373.

— Expedientes moratorios, impedindo a acção de uma das partes, devem interromper o prazo para a prescriçõe. Esta interpretação preconiza o notavel principio de direito — *contra involuntem agere non currit prescriptio* — com applicação a todas as prescriçõe. Deve ser considerado expediente moratorio para tal effeito — haver o réu excedido longamente os prazos legaes nas diligencias que requerer; reter os autos demasiadamente em seu poder. E' igualmente expediente moratorio — a intervençõe do juiz, retardando a marcha do processo, mesmo sob pretexto de contagem e pagamento de custas. Acc. do Trib. Just. S. Paulo, 15 Fev. 1898, na *Gaz. Jurid. S. Paulo*, v. XVIII, p. 200.

Art. 81. A prescriçõe da acçõe e da condemnção interrompe-se pela reincidencia (136).

(136) No art. 40 o Cod. define a reincidencia. Vide nota respectiva.

Resumindo em face da disposiçõe do art 81 e dos anteriores, vê-se que a *prescriçõe da acçõe* interrompe-se por dois meios — pela *pronuncia e*

pela *reincidência*. A *prescrição da condenação* interrompe-se pela *prisão do condemnado*, pela *evasão*, pela *reincidência*.

Quanto ao lapso da interrupção pela reincidência, o Cod. silencia, mas deve-se entender que começa o prazo a correr do dia em que foi committido o crime reincidente. Esta interpretação decorre dos principios estabelecidos para o *lapsus* nos arts. 79 e 80 e no paragrapho unico do art. 80.

Art. 82. A prescrição, embora não allegada, deve ser pronunciada *ex-officio* (137).

(137) A razão da disposição é que a prescrição é estabelecida por motivos de ordem publica, que não podem ser sacrificados aos interesses particulares. João Vieira, *Cod. Pen. cit.*, v. II, p. 373. Acc. cit. do Supr. Trib. Fed. de 23 de Junho de 1896.

— Sendo a prescrição na acção instituto especial de direito publico, pelo qual o esquecimento, *ex lege* presumido, do crime dispensa seu julgamento, não convindo evocar o passado da sua acção criminosa, sob pretexto de applicar a lei, o que seria por assim dizer repetir o mal social reprimindo, o juiz *ex officio* a decretará em qualquer phase do processo, tendo em attenção somente a acção do tempo, observadas as regras prestabelecidas *prescriptione crimina omnia delentur*. Acc. do Trib. da Rel. do Estado do Rio, de 1º de Agosto de 1899, na *Rev. Jurisp.*, Out. 1899, p. 167. Ainda que não seja allegada pela parte, e resultando exclusivamente do tempo decorrido, independentemente de outra prova, a prescrição deve ser decretada pelo juiz, porque não se trata de direito que a lei creou para o réu e sim em proveito da sociedade e da justiça, doutrina esta acceita pela torrente de criminalistas patrios e estrangeiros e consagrada nos arts. 147, 149, 329 do Cod. do Proc. Crim. Sent. do dr. Leovigildo Torres, juiz de direito de Macáubas, no *Direito*, Agosto 1892, p. 629. *Vide* Acc. do Sup. Trib. Fed. de 21 de Julho 1900, na *Rev. Jurisp.*, Jan. 1902, p. 41.

Art. 83. A acção criminal e a condenação, nos crimes a que a lei inflingir exclusivamente pena pecuniaria, prescreverão em um anno, a contar da data do crime ou da condenação (138).

(138) A pena pecuniaria é a de multa que consiste no pagamento ao Thezouro 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. Art. 58. *Vide* nota respectiva. Combinando-se este art. 48 com. o art. 83, vê-se que o Cod. estabelece duas especies de pena de multa — uma *exclusivamente* pecuniaria, outra tambem pecuniaria, mas *accessoria* a outras penas. Entram na primeira classe as penas pecuniarias de que trata o art. 410, as multas estabelecidas nas posturas e outras leis municipaes, exceptuadas as que acompanham as penas de prisão.

Os arts. 54 do Cod. do Proc. Crim. e 271 do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 fixam o prazo de um anno para a prescripção das infracções de posturas municipaes, doutrina confirmada pelo Cod. Pen. no art. 83, attenta a natureza da pena. A prescripção deve correr da data da intimação em que verificou-se a inobservancia da postura e o *animus infringendi*. Desta sentença do sr. desembargador Souza Pitanga, então juiz dos feitos da fazenda municipal, observa a Redacção da *Rev. Jurisp.* Junho, 1898, p. 227, houve appellação para a Camara Civil da Corte de Appel., que por accordo de 25 de Maio de 1896 se declarou incompetente para della conhecer. Remettidos os autos para a Cam. Criminal da mesma Côte, declinou ella tambem de sua competencia, por Acc. de 30 de Outubro seg. ; mas, tendo sido levantado perante o Conselho Supremo o conflicto negativo de jurisdicção entre essas duas camaras, foi resolvido a favor da camara criminal, que, por Acc. de 12 de Novembro de 1897, confirmou unanimemente a sentença appellada, cujos fundamentos adoptou.

Merecem transcripção as seguintes considerações do dr. Geminiano da Franca, juiz da 3.ª Vara criminal do Districto Federal :

« O Codigo Penal no art. 80 consigna, de um modo geral, que o inicio da execução da sentença passada em julgado interrompe a prescripção. E o Codigo Italiano, que foi em materia de prescripção o inspirador do nosso, preceitua no art. 96 : — « a prescripção da condemnação decorre do dia em que a sentença se torna irrevogavel, ou daquelle em que é interrompida, por qualquer modo, a execução já começada da condemnação. Qualquer acto da autoridade para a execução da sentença, legalmente notificado ao condemnado, interrompe a prescripção. »

« O codificador brasileiro ao transplantar para o nosso direito essa disposição, 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 condemnação da pena pecuniaria os actos attinentes a liquidal-a não pôdem, 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 condemnação equivale, sem contestação, á captura nos crimes em que ha imposição de pena corporal.

« Especial, como é a pena de multa, não pôde estar sujeita ás regras estrictamente estabelecidas nos artigos do Codigo para a interrupção da prescripção das penas restrictivas da liberdade.

« A doutrina mais racional e corrente, relativamente á interrupção da prescripção da multa, é, fóra de duvida, a que a subordina ás regras comuns de direito civil. Ortolan — *Eléments de Droit Pénal*, pag. 785, diz : a interrupção da prescripção da pena pecuniaria rege-se pelos mesmos principios que a da prescripção civil ; Von Listz — *Tratado de Direito Penal*, vol. 1.º, pag. 427, declara : a execução da pena pecuniaria deve reger-se pelos mesmos preceitos, concernentes á execução das sentenças civeis ; Pincherli — *Manuale de Diritto Penale*, pag. 131, affirma : qual-quer acto tendente a proceder á cobrança da pena pecuniaria interrompe a

prescrição ; A. Prins — Science Pénal et Droit Positif, pag. 567, segue a mesma doutrina, restringindo, 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 do Código é a que foi dada pelo despacho recorrido.

« Se não for 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 do Código e do decreto 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 (fis. 287 e 293), antes de expirado o anno da prescrição. Estes actos são, indubitavelmente, dada a natureza da pena, o modo instantaneo de seu cumprimento e a fôrma processual violenta de sua liquidação, interruptivos da prescrição liberatoria »

Art. 84. A condemnação a mais de uma pena prescreve no prazo estabelecido para a mais grave.

Parapho unico. A mesma regra se observará com relação á prescrição da acção (139).

(139) Diz João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, v. II, p. 373) que este artigo consagra uma disposição inconveniente. A solução contraria é dada pela jurisprudencia italiana e aceita pelos autores. « Assim, diz Magro, 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 connexão entre crimes de gravidade diversa, cada um fica sujeito a prescrição particular propria e não se pode sustentar que a prescrição mais longa se applique tambem aos crimes menores. Se o art. 81 não se refere a crimes connexos é ainda mais injustificavel a disposição porque é um desmentido solemne ás regras que o Cod. pen. particularizou nos arts. 83 e 85 ». A disposição é clara e terminante, não distinguimos-se attendeu, ou não, a connexidade : tratando-se de mais de um crime, a prescrição da acção ou da condemnação regula-se pela do crime cuja pena é mais grave. Dá se ahi uma *absorção* das penas mais leves pela mais grave.

Art. 85. Prescrevem :

Em um anno, a condemnação que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis mezes ;

Em quatro annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de dous annos ;

Em oito annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de quatro annos ;

Em doze annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de oito annos ;

Em dezeseis annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de doze annos ;

Em vinte annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos (140).

(140) Prazos ou termos das diversas prescripções do crime e da pena. Ha excepções : *vide* art. 78 e nota. Observa João Vieira, commentando este artigo (*Cod. Pen. cit.*, v. II, p. 375) : Quando se tratar desta (pena) não ha duvida na correspondencia della com o prazo da prescripção ; quando se tratar porem, da prescripção da acção, o *Cod. Pen.* que no art. 85, só se refere a condemnação, apenas nos arts. 78 e 83 applica os prazos de uma á outra : e então *quid juris* ? Para regular o prazo da prescripção deve se attender abstractamente ao titulo do crime e sua pena correspondente ou á pena que se teria de applicar, si se tratasse de condemnar o accusado ? O nosso *Cod.* não resolve a questão, aliás resolvida pelo *Cod. Italiano*, fonte delle e do projecto de 1893, que seguio essa fonte, no art. 86. O projecto, do mesmo modo que o *Cod. italiano*, exprimio-se de maneira que regulará o prazo a pena em concreto applicavel ».

Essa doutrina está sujeita a reparo, porque parece ter sido pensamento do legislador considerar a prescripção da pena correspondente ao crime em abstracto, combinando-se os arts. 78, 79, 80 e 85. A base para o calculo da prescripção, no art. 85, é o maximo da pena restrictiva da liberdade. Tanto assim que no art. 83, onde a pena é *exclusivamente pecuniaria*, se encontra disposição especial, excluida do art. 85. N'esse art. 83, o proceito se applica á acção e á condemnação. Ao passo que no art. 85 não ha referencia á acção, porque o art. 78 já dispoz que a prescripção da acção é subordinada aos mesmos prazos da condemnação e estes são estabelecidos no art. 85.

A prescripção criminal é materia processual e como tal sujeita ás leis estaduaes ? Esta these é discutida e resolvida pelo dr. João Luiz Alves (Campanha, Minas) no *Direito*, Nov. 1893, p. 323, contra a opinião do dr. Levindo Ferreira Lopes no seu *Manual dos Juizes de Paz*. As razões assentam sob bons fundamentos juridicos e a conclusão firma a verdadeira doutrina. A prescripção é de direito substantivo, tanto no civil, como no crime. Só a lei federal pode regulal-a.

(*) O tempo de prisão, em que é convertida a pena de multa, quando é esta parte integrante da condemnação por um mesmo facto criminoso, addiciona-se ao da pena de prisão para o calculo da prescripção do crime.

Intelligencia do art. 85 do novo Codigo Penal.

N.º 204. — (2.º Accordão, sobre embargos). Vistos, expostos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime interposto por Ernesto Guaraciaba de Senna e Fernando Rodrigues Pacheco Villanova do despacho de fis. 279,

Observa Escorel :

Em que tempo prescreve a condenção que impuzer a pena de 1 anno. no caso do art. 303?

Em que tempo prescreve a condenção que impuzer a pena de 3 annos, no caso do § 4 do art. 330?

Em que tempo prescreve a condenção que impuzer a pena de 6 annos, no caso do art. 283?

Em que tempo prescreve a condenção que impuzer a pena de 10 annos, no caso do art. 107?

pelo qual o Juiz Federal da 1.^a vara deste Districto indeferiu a petição de fis. 255, em que os recorrentes, allegando estar prescripta a pena de prisão, substitutiva da de multa, a que foram condemnados, requeriam que fosse declarada extinta a condenção, e expedindo-se em favor delles mandado de soltura : — Accordam negar provimento ao recurso, para confirmar, por seus fundamentos, a decisão recorrida, que é conforme o direito.

Supremo Tribunal Federal, 9 de Janeiro de 1909. — *Pindahiba de Mattos, P. — G. Natal*, relator. — *Amaro Cavalcanti. — Herminio do Espirito Santo. — João Pedro. — Ribero de Almeida. — Manoel Murtinho. — Canuto Saraiva. — André Cavalcanti. — Pedro Lessa. — M. Espinola. — Espitacio Pessoa.*

Despacho do Juiz Federal da 1.^a Vara do Districto Federal.

Indefiro o requerimento á fis. 255, porque a prescrição de condenção de pena restrictiva da liberdade por tempo *não excedente* de quatro annos, nos termos do art. 85, 3.^a aliena, do Codigo Penal, só prescreve em oito annos.

Os réus foram condemnados pela sentença á fis. 203, proferida em 8 de Janeiro de 1904, a dois annos e trez mezes de prisão, perda do emprego, e multa de doze e meio por cento da quantia desfalcada, gráu médio do art. 221 do Codigo Penal.

Essas penas são partes integrantes de uma unica pena, applicada a um só crime, desde que se não trata de concurso de delictos, e, portanto, de pluralidade de penas, dominando entre estas varias penas a mais grave para os effeitos da extincção da condenção na prescrição da pena.

Ora, adicionando-se á parte da pena de dois annos e trez mezes, já cumprida, a de um anno e meio ou 18 mezes, em que foi convertida a de multa, é evidente que o total destas partes se eleva a trez annos e nove mezes, tempo *não excedente* de quatro annos, caso em que a prescrição só se pôde verificar em oito annos, de accórdo com o art. 85, 3.^a *alinea* do citado codigo.

A interpretação contraria abriria a porta da prescrição a todos os delinquentes que fossem condemnados a penas inferiores aos tempos ou prazos finaes estabelecidos no art. 85, o que o legislador quiz evitar com a locução *não excedente*, empregada na 1.^a *alinea* deste artigo, e não reproduzida na 2.^a e 3.^a, por ellipse simplesmente.

Córroborá ainda essa interpretação a ultima *alinea* do citado art. 85 quando dispõe — Prescreve em vinte annos, a condenção que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo excedente de doze annos.

Districto Federal, 14 de Setembro de 1909. — *G. Cunha.*

O primeiro caso não está incluído na 2.^a *alinea* do art. 85; porque ali se trata da condennação que impuzer pena por tempo de *dois* annos.

O segundo caso não está incluído na 3.^a *alinea*; porque ali a condemnação é por tempo de *quatro* annos-

O terceiro caso não está incluído na 4.^a *alinea*; porque a condemnação ali é por tempo de *oito* annos.

O quatro caso não está incluído na 5.^a *alinea*; porque a condemnação ali é por tempo de *doze* annos.

Não foi pensamento do legislador, redigindo, como redigiu, o art. 85, considerar imprescriptível a pena nos casos figurados e em quaesquer outros.

Não devemos considerar subentendidas as palavras — *não excedente* — de que usou o legislador nas *alneas* 1.^a e 6.^a; porque tal processo de interpretação contra o condemnado é inadmissível em direito penal.

Não ha outra solução: E' o caso do — *benigna amplianda* e applicar a disposição da 1.^a *alinea* tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de *seis* mezes e *inferior* a *dois* annos; a disposição da 2.^a *alinea* tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de *dois* annos e *inferior* a *quatro* annos: a disposição da *alinea* 3.^a tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de *quatro* annos e *inferior* a *oito* annos; a disposição da *alinea* 4.^a tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de *oito* annos e *inferior* a *doze* annos.

Na REVISTA MENSAL das decisões do Tribunal de Justiça de S. Paulo. vol. 7, pag. 202, encontramos o accordão de 24 de Novembro de 1897, no qual aquelle Tribunal, embora *sem dar a razão*, decidiu: « O prazo para a prescripção do crime previsto no art. 384 do Cod. Penal é de *oito* annos ».

O autor do crime, a que se refere a decisão supra, ainda não havia sido condemnado.

A pena do crime do art. 304 é de 2 a 6 annos de prisão celllular.

O Tribunal de Justiça de S. Paulo deu a mesma solução que agora damos aos casos figurados. »

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 consequencia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria (141).

(141) A reabilitação é um dos meios de extincção da condemnação (art. 72, n. 3). Mas não é uma graça e não pode ser confundida com a amnistia, a commutação ou o indulto. Será antes reparação de uma injustiça ou de erro judiciario, pois a reabilitação só tem logar quando o Supremo Tribunal Federal declara *innocente* o condemnado. A reabilitação é instituto creado pelo Codigo. Não é *effeito* da revisão, porque esta é o recurso, o meio, de que serve-se o condemnado para obter aquella. A

reabilitação é um instituto que tem por objecto reparar a injustiça e o erro judiciario e tanto é assim que o reabilitado adquire o direito a uma justa indemnização (art. 86 § 2). Diz a *Const. Federal*, art. 81 : Os processos findos, em materia crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em beneficio dos condemnados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença, § 1. A lei marcará os casos e a forma da revisão que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo procurador geral da Republica; § 2. Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista; § 3. As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares. O decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, que organisa a Justiça Federal, no art. 9, § 3, regula os casos e a forma da revisão; a Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 (completa a organização da justiça federal) no art. 74 regula a revisão dos processos militares. O Acc. do Sup. Trib. Fed. de 30 de Outubro de 1897 (na *Rev. de Jurispr.* de Janeiro de 1898, n. III) decidiu que cabe o recurso de revisão em todos os crimes e contravenções, por pequena que seja a pena imposta, á vista da generalidade da lei que a instituiu. Foi voto vencido o Sr. Ministro H. do Espirito Santo, fundado no decr. n. 848 de 1890, art. 9, ns. III, § 1, que expressamente exceptua as contravenções. Parece, assim, que a maioria do Tribunal considera revogada aquella disposição do decreto n. 848, pela generalidade do art. 81 da Constituição, promulgada, aliás, em 1891, depois d'aquelle decreto. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 29 de Novembro de 1897 (na *Rev da Jurispr.* de Maio de 1899, n. XIX, p. 40), decidiu que nenhuma das disposições acerca do processo da revisão, quer da Constituição da União, art. 81, quer do dec. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 9, n. III, quer da lei n. 221 de 20 de Setembro de 1894, art. 74, faz depender da prisão previa do condemnado a interposição d'aquelle recurso. Decidiu mais que a revisão pode ser requerida pelo proprio condemnado, por pessoa de sua familia, por qualquer do povo ou pelo procurador geral da Republica, quer antes, quer depois de cumprida a sentença condemnatoria definitiva, mesmo depois do perdão da pena e até depois da morte do condemnado para reabilitação de sua memoria. « E' condição essencial para o cabimento deste recurso, diz o dr. João Barbalho (*Const. Fed. Brasil.*, comment. ao art. 81), que esteja definitivamente encerrado o processo, havendo sido nelle proferida decisão irrevocavel pelos meios ordinarios. E é assim em razão da natureza e fim mesmo do recurso. Trata-se da reparação de erro judiciario, verificado ou somente trazido ao conhecimento da justiça, após a condemnação definitiva, quando os tribunales já tinham proferido sua ultima palavra e a decisão haja assumido o caracter de *cousa julgada*. E' preciso, pois, que o processo esteja inteiramente concluido e findo, sentenciado em ultima (ou unica) instancia e não dependa mais de nenhum dos recursos ordinarios. Teve-se de estabelecer esta excepção ao principio da irrevogabilidade dos julgados (*res judicata pro 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, preterição das provas, ha as instancias, os recursos que no interesse dos culpados, e da

boa distribuição da justiça a lei tem estabelecido). *Vide* o A. e *Obr.* cit. comm. ao art. 59, n. III. Na expressão *processos findos*, usada no art. 81, não se comprehendem os processos de *natureza politica*, impondo as penas de destituição e inhabilitação. Accs. do Sup. Trib. Fed. de 11 de Out. 1895, e de 22 Julho 1899.

Sustenta o dr. Lucio de Mendonça (na *Rev. Jurispr.*, Nov. 1901, p. 213, parecer extrahido dos autos de revisão crime, n. 1582) que não ha revisão de sentença do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por Acc. de 16 de Nov. de 1901 (na *Rev. Jurispr.*, Julho, 1902, p. 229, decidio, contra aquelle parecer, que cabe revisão crime de sentença condemnatoria proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O Acc. está fundamentado e *foi unanime*.

O dr. João Barbalho, *Const. Fed. Brazil.*, comm. sob rub. — *revistos a qualquer tempo* — diz : « A especial natureza deste recurso explica esta excepção á regra que estabelece prazo certo e limitado para a interposição dos recursos em geral. A todo o momento em que se verifique o apparecimento ou o conhecimento de factos e circumstancias que induzam a convicção do erro judiciario, deve ser licito (qualquer que seja a data da condemnação) o appello á justiça para a reparação. Tal momento não poderia ser prefixado, e portanto, nenhum prazo se tem marcado para interpôr-se o recurso. Mas *revistos a qualquer tempo* não quer dizer que fica á vontade do condemnado reproduzir quantas vezes queira o pedido de revisão, como se tem julgado. O recurso é excepcional; só pode caber nos strictos termos em que é facultado; e uma vez decidido, fecha-se a instancia extraordinaria que para conhecimento d'elle se abriu. Apenas a lei admite que á decisão se offereçam embargos de declaração (art. 106 do Reg. do Sup. Trib. Fed. app. pela L. 221, art. 85). A repetição equivale a uma replica, a uns embargos que a lei não autorisa. Entretanto não é para considerar-se simples repetição de recurso, aquelle que uma vez dada decisão negativa de provimento, é ulteriormente apresentado com provas até aquella occasião ainda não submettidas á justiça e que elidam os motivos da condemnação. Isto não será reproducção do recurso exgottado, é um novo recurso, que consideração alguma pode vedar ». Em diversos julgados tem ainda o Supr. Trib. Fed. firmado o seguinte : A revisão e consequente rehabilitação tem logar por *nullidade substancial*, ou quando a sentença de condemnação é contraria a direito expresso ou á *evidencia* dos autos, ou quando se exhibem *provas novas* da innocencia do réo (*Rev. de Jurispr.* de Maio de 1898, n. V, p. 134). Pode-se conhecer de novo pedido de revisão, já anteriormente interposta e julgada improcedente Acc. de 21 de Julho 1900, na *Rev. Jurispr.* Jan. 1902, p. 39. O perdão com que foi agraciado um condemnado não prejudica a revisão crime que elle interpuzer para restauração de sentença absolutoria, visto como a revisão pretende a restauração da sentença absolutorio e consequentemente o restabelecimento da innocencia do impetrante, ao passo que o perdão só tem por effeito a remissão de pena imposta, sem todavia eliminar a culpa. Acc. de 16 de Julho, 1898, na *Rev. Jurispr.*, Out., 1898, p. 167. *Vide* a obra publicada por João Vieira, *Revisão dos Processos penaes* (1900) e o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.*, nota 99.

— Não tendo havido no processo preterição de formalidade essencial, a condenação não sendo contraria a prova dos autos, e a pena estando de accôrdo com a lei, não tem logar a revisão. Jurisprudencia formada pelo Supr. Trib. Fed. em varios accordãos unanimos, entre os quaes citaremos os de 27 de Janeiro, 9 de Junho, 30 de Junho, 11 de Agosto, 13 de Janeiro, todos de 1909.

— Não se conhece de revisão não versando sobre sentença condemnatoria; Acc. do Supr. Trib. Fed. de 29 de Maio de 1909.

§ 1. A reabilitação resulta immediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2. A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indemnização, que será liquidada em execução por todos os prejuizos soffridos com a condemnação.

A Nação, ou o Estado, são responsaveis pela indemnização (142).

(142) Lei n. 221 de 20 de Setembro de 1894. art. 84, regula os casos em que não será devida pela União ou pelo Estado a indemnização garantida pelo art. 86 do Cod. Pen.

A lei de 20 de Novembro de 1894, no art. 84, estabelece que a indemnização garantida no Código Penal, art. 86, não será devida pela União ou pelo Estado, nos casos ali especificados, e no paragrapho unico acrescenta que a União ou o Estado terá, em todo caso, acção regressiva contra as autoridades e a partes interessadas na condemnação, que forem convencidas de culpa ou dolo. Do exposto se conclue que a responsabilidade da União só se pode verificar no caso de reabilitação do réu condemnado pela Justiça Federal, e que a acção regressiva da União não pode ter logar sinão contra as autoridades federaes convencidas de culpa ou dolo. A União não pode ser responsavel senão quando se tratar de revisão do processo de seu poder judiciario. A responsabilidade do Estado só tem logar no caso de revisão de processo da justiça local. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 16 de Novembro de 1901, na *Rev. Jurispr.*, Julho 1902, p. 231.

Vide Rev. de Dir. Agosto de 1906, p. 383.

— Por Acc. de 12 Set. 1900, o Sup. Trib Fed. decidiu que o *perdão prejudica a revisão*.

Diz Escorel, citando este julgado :

• Não concordamos com esta decisão. Juridico é o voto vencido do Ministro Macedo Soares :

• O *perdão* não prejudica nem póde prejudicar a *revisão*; são institutos diversos, como é a *reabilitação*, como o é a *amnistia*. Esta apaga o crime, o perdão extingue a pena; a revisão elimina o crime pela absolvição, ou modifica a pena para menos, ou annulla a condemnação por vicios do pro-

cesso, para submeter o réu a novo julgamento. A reabilitação tem outro fim, claramente demonstrado no art. 86 do Código Penal, isto é a reintegração do condenado em todos os direitos de que foi despojado pela sentença condenatória; e (§ 1) resulta imediatamente da sentença do Supremo Tribunal Federal, que, em processo de revisão, houver declarado o réu condenado.

« E', portanto, facultado ao réu perdoado intentar o recurso extraordinario de revisão, para o fim de reabilitação. E é por isso que a revisão pôde ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, *ex-officio* pelo procurador geral da República (*Constituição Federal, art. 81, § 1*), pelos representantes legais do condenado (*Decreto 848 de 1890, art. 9; Regimento do Supremo Tribunal, art. 103*), a qualquer tempo (*Constituição, art. 81*), ainda mesmo depois do fallecimento do condenado (*Lei n. 221 de 20 de Setembro de 1891, art. 74, § 4*). Ora, si a morte do réu não impede, não prejudica o recurso de revisão, como ha de impedil-o o perdão? »

LIVRO II

DOS CRIMES EM ESPECIE

TITULO I

DOS CRIMES CONTRA A EXISTENCIA POLITICA DA REPUBLICA

CAPITULO I

Dos crimes contra a independencia, integridade e dignidade da Patria (143).

(143) Commentando o *Cod. Pen. Mil.*, dissemos : « O *Cod. Pen. Mil.* na epigraphe deste titulo (*Dos crimes contra a Patria*) diverge do *Cod. Pen. commum*, que adoptou a — *Dos crimes contra a existencia politica da Republica*, comprehendendo os crimes contra a independencia, integridade e dignidade da Patria, contra a Constituição da Republica e fórma do seu governo, contra o livre exercicio dos poderes politicos. São crimes politicos incluídos no art. 60, letra *i* da *Const. Fed.* e referidos no dec. n. 848 de Outubro de 1890, art. 15, letra *i*, cujo processo compete ao juiz seccional e julgamento ao tribunál do jury federal, nos termos da lei n. 221 de 20 de Setembro de 1894, arts. 12, §§ 1 e 20, n. 1; e dos quaes tem se occupado o *Supr. Trib. Fed.* decidindo : 1º que são crimes politicos da competencia dos juizes e tribunaes federaes (*Const. Fed.*, art. 60, *i*; dec. 848 de 1890, art. 15, *i*) os que se acham previstos nos arts. 87 a 123 do *Cod. Pen.*, e arts. 47 a 55 da lei n. 35 de 26 de Janeiro de 1892; 2º que não é delicto de natureza politica o attentado contra o Presidente da Republica em *ocasião diversa d'aquella* em que se achasse exercendo *qualquer* das suas attribuições constitucionaes taxativamente declaradas ao art. 48 e §§ da *Const. Fed.*; 3º que embora seja politico o movel desse attentado, não é este um crime politico, pois o movel *qualifica* o delicto quando constitue o dolo especifico da sua respectiva

definição legal (Acc. de 16 de Fevereiro de 1898); 4.º em geral, os que affectam a existencia e segurança da União (Acc. de 20 de Abril de 1892); 5.º os praticados contra a ordem constitucional dos Estados se houver a intervenção da União na forma do art. 6 da Const. Fed. (Acc. de 8 de Maio de 1895). Concordamos com João Vieira (*Cod. Pen. interp.*, parte esp., v. I, p. 25) criticando o Acc. de 16 de Fevereiro de 1898, na parte em que considera que a sedição e o ajuntamento illicito (arts. 118 a 123) não são crimes politicos. O dec. 848 de 1890 excluiu-os, tendo aliás considerado crime politico a conspiração, que, como aquelles, faz parte dos *crimes contra a segurança interna da Republica*.

O Cod. Pen. mil. adoptando a epigraphe — *Crimes contra a Patria* — deu-lhe significação mais lata. *Patria* é o lugar, a cidade, o paiz onde alguém nasce. É o territorio occupado pela *Nação*, reunião de individuos, fallando a mesma ou linguas differentes, porem, sujeitos a uma forma de governo commum. É o *Estado*, forma juridica da Nação soberana. *Vide Lafayette, Dir. Intern.* v. I, p. 51.

A expressão generica — *Crimes contra a Patria* — devia portanto, abranger não só os crimes commettidos contra a integridade, independencia e dignidade da Nação, como os crimes contra a segurança interna ou externa do Estado, ou, como dizem os Cods. comm. e mil., contra a segurança interna da Republica, que é a *forma de governo*, que a Nação adoptou livremente, no exercicio de sua soberania. O Cod. mil. considera crimes contra a Patria, os commettidos contra a integridade, independencia e dignidade da Nação, os de espionagem, alliciação, traição e cobardia.

O dr. João Barbalho sustenta (*Const. Fed. Brazil.*), comm. ao art. 60, letra *i*) que os crimes politicos são de jurisdicção federal, sem excepções, sendo esta doutrina consequencia da genese e desenvolvimento da disposição constitucional; até perpetuar-se na referida letra *i*. Diversamente, porem, hão entendido, continua o illustre publicista, o Sup. Trib. e o Congresso Nacional. Aquelle tem decidido que a jurisdicção federal acerea de crimes politicos não abrange os que affectam as instituições e autoridades locaes (Acc. de 30 Março e 20 Abril 1892). O Congresso adoptou a mesma doutrina, convertendo-a em lei, com uma restricção, reservando para as justiças da União os crimes que forem a causa ou consequencia de perturbações que, nos termos do art. 6 da Constituição, occasionem uma intervenção armada federal (lei 221 de 20 Novembro 1894, art. 83), o que tem prevalecido nos julgados do Supremo Tribunal (Accs. de 1 de Maio, 8 de Junho, 31 de Agosto 1895). O fundamento de taes decisões foi haurido da distincção fundamental entre as justiças federal e estadoaes, devendo aquella somente attribuirem-se as causas que versarem sobre assumpto de interesse directo, geral e principal da União, salvo somente os casos de recurso (art. 59, vs. II e III) e á outra, as de caracter meramente estadual (cits. Accs. de 1892). Em nota, accrescenta : Nenhuma das citadas decisões, nem das posteriores sobre o assumpto logrou unanimidade de votos e os divergentes fundamentam-se em razões que mui profundamente abalam a doutrina judicialmente triumphante (*Vide Accs. supra cits.*). Discordando da doutrina dos accordãos, considerando um *erro* a disposição do art. 83 da lei 221, que pretendeu legalizar a doutrina procura o dr. João Barbalho demonstrar com grande copia de

bons argumentos que a doutrina verdadeira, a que attribue á justiça federal o conhecimento dos crimes politicos *sem excepção*, tem por si a letra constitucional, o elemento historico e systematico dessa parte da Constituição, o espirito da lei constitucional. » Adoptamos a opinião do illustre commentador. E' certo que os accordãos do Supremo Tribunal tem sido mais ou menos uniformes, tomando por ponto de partida o art. 83 da lei n. 221 de 1894, mas esses julgados não constituem *arestos*. E a proposito convem firmar a intelligencia do termo juridico — *arresto* — como fez o sr. Ministro A. J. de Macedo Soares, fundamentando o seu voto no Acc. de 19 de Abril 1898, *habeas corpus*, n. 1073, na *Jurisprudencia* do Supremo Trib. Fed. de 1898, p. 22 : « O *arresto* é um producto espontaneo, inconsciente da elaboração mental de juizes que, nutridos de idéas e principios, regras e praxes anteriormente apprehendidos ou formados por estudos de occasião, reúnem-se, concentram-se, accordam sem concerto prévio, no julgar *sempre da mesma maneira*, perpetua e semelhantemente, os casos submettidos ao seu conhecimento. E' esse consenso espontaneo, não prevenido, nem constrangido, não proposital, nem occasional, insciente de accordo deliberado, o que constitue o *arresto*, cuja noção exacta foi perfeitamente definida, ha seculos, pelo jurisconsulto romano Callistratus, na L. 38 D. *de Legibus* : — *Nam Imperator noster Severus rescripsit : in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere*. Eis ahi o *arresto* : *res perpetuo similiter judicata* : o caso julgado sempre na mesma conformidade. No nosso regimen judiciario o *arresto* não é obrigatorio, nem tem força compulsoria. Pretender que meia duzia de accordãos, proferidos embora *perpetuo similiter*, ou unanimemente, ou por maioria de votos, obriguem não só as partes, mas a terceiros, aos advogados, aos juizes que dissentiram ou que de novo chegam ao tribunal, seria dar aos accordãos o effeito dos *Assentos*, outr'ora tomados pela Casa da Supplicação e pelas Relações de Lisboa e Porto e com força de lei. E' de notar, porem, que essa faculdade de tomar *Assentos*, concedida ao extincto Supremo Tribunal de Justiça pela lei de 23 de Outubro de 1875, e de que elle jamais usou por jugal-a inconstitucional, pois transferia-lhe, contra a letra expressa da Constituição do Imperio, uma funcção privativa do poder legislativo (e já desde esse tempo existia tribunal superior que resistia ao cumprimento de leis inconstitucionaes), essa faculdade, digo, de tomar *Assentos* não foi conferida ao Supremo Tribunal Federal, nem pelo Decreto da sua criação provisoria, n. 848 de 11 de Outubro de 1890, nem pela lei de sua criação definitiva, qual é a Constituição Federal. »

Art. 87. Tentar, directamente e por factos, sujeitar o territorio da Republica, ou parte delle, ao dominio estrangeiro ; quebrantar ou enfraquecer a sua independencia e integridade :

§ 1º. Entregar de facto ao inimigo interno, ou externo, qualquer porção de territorio possuido, ou occupado pela Nação, ou

cousa sobre que a mesma tenha dominio, ou posse, dispondo de sufficientes meios de defeza e resistencia;

§ 2º. Auxiliar alguma nação inimiga a fazer guerra, ou a commetter hostillidades contra a Republica, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições e meios de transporte;

§ 3º. Revelar á acção inimiga, ou a seus agentes, segredos politicos, ou militares, concernentes á segurança e á integridade da patria; communicar ou publicar documentos, planos, desenhos e outras informações com relação ao material de guerra, ás fortificações e operações militares da Republica, ou de nações alliadas quando operarem contra inimigo commum;

§ 4º. Dar entrada e auxilio a espiões ou emissarios inimigos mandados a espiar as operações de guerra da Republica, conhecendo-os como taes (144).

(144) Este artigo manifesta em cada paragrapho uma figura delictuosa differente, embora pareçam as disposições dos paragraphos subordinadas ao principio geral da preceito. Ha, porem, uma differença, o artigo refere-se á *tentativa*, que passa a ser crime especial, ao qual foi imposta pena especial (art. 63) ao passo que as figuras restantes podem-se apresentar como crimes consummados ou tentativas, variando, portanto, a penalidade.

A tentativa de sujeição do territorio nacional ao dominio estrangeiro deve-se traduzir em factos positivos e por meios directos, como serião, por exemplo, o conluio com o estrangeiro, a venda de territorio, o incitamento da propaganda pela imprensa.

A segunda parte do art. — *quebrantar*, etc. — envolve as demais especies, porque *quebrantar* ou *enfraquecer* são synonymos e qualquer dos actos mencionados na primeira parte do art. e nos paragraphos occasiona de facto nos casos dos §§ 1 e 2, ou pode occasionar (art. 87, ps. e §§ 3 e 4) o quebrantamento ou enfraquecimento, da independencia, ou integridade do territorio da Republica. Mas, pela redacção do art. parece que elle contem duas especies distinctas, isto é, constitue crime: 1º tentar directamente e por factos sujeitar o territorio da Republica, ou parte d'elle, ao dominio estrangeiro; 2º quebrantar ou enfraquecer a independencia e integridade do mesmo territorio. Ao passo que na primeira parte exige o Cod. que a tentativa de sujeição seja directa por actos externos ou por factos que revelem a intenção (*dolo específico*) do agente; na segunda parte ha apenas uma proposição vaga e incerta, que não define o delicto, nem por ella se pode saber quaes os elementos constitutivos da acção ou do facto criminoso. Alem d'isso, se a segunda parte refere-se ao territorio da Republica, é preciso distinguir a *independencia* da *integridade*, que exprimem idéas differentes, lexicologica e juridicamente. A independencia é um attributo da soberania nacional, uma nação é independente quando governa-se por si mesma, quando se constitue em Estado soberano. A integridade é a conservação do territorio inteiro, completo, evitando-se

desmembramento, ou divisão em partes, quer se trate do *territorio physico* ou *geographico*, quer do *politico*.

E' evidente que a primeira parte do art. constitue uma figura delictuosa differente das enumeradas nos §§ 1 a 4. Essa figura refere-se unicamente á sujeição do *territorio* da Republica, ou *parte delle*, ao *dominio* estrangeiro. O *territorio* comprehende não só a porção de terra, o *paiz*, occupado pelo povo constituido em Nação soberana no mesmo continente limitado pelo Oceano ou pelo *territorio* de outras Nações, como tambem quaesquer possessões em continentes diversos ou ilhas no mar territorial ou no mar livre, possessões ou ilhas sujeitas ao seu dominio, sejam ou não habitadas. *Territorio, Republica* (forma de governo), *independencia, integridade* são cousas distinctas, ainda que todas se refiram a *Nação*.

A figura generica do art 87 deveria ser, e talvez fosse esse o pensamento do legislador : Quebrantar ou enfraquecer a independencia e integridade da Nação por qualquer dos modos enumerados nos §§ 1 a 4, e, na primeira parte, isto é, pela tentativa de sujeição do *territorio* etc.

Por *dominio estrangeiro*, diz Bento de Faria, e concordamos, deve entender-se não só a sujeição completa, como tambem a simples dependencia como *tributario, cassallò* ou *protegido*. E assim é, porque tal sujeição attentaria contra a independencia, condição essencial para a existencia da Nação soberana. A porção de superficie terrestre que uma Nação occupa, diz Lafayette (*Dir. Intern. v. I, § 76*), e sobre a qual exerce livremente a sua soberania (*summum imperium, publica potestas, jurisdictio*) recebe na linguagem do direito Internacional o nome de *territorio*. A concepção de *territorio* é complexa : envolve em si duas idéas — a de uma certa area de superficie do globo, e a de subordinação completa e absoluta dessa área á soberania de um povo constituido em nação. Commumente se diz que uma porção dada de terra faz parte do *territorio* do Estado ou que é do dominio ou propriedade de um Estado. Não quer isto dizer que tal porção de terra seja *propriedade*, no sentido do direito civil, do mesmo Estado, mas tão somente que está sujeita aos poderes politicos da nação. O *territorio* da nação compõe-se : a) do solo que ella occupa, sem solução de continuidade, circumscripto pelos limites estabelecidos; b) das superficies separadas do solo principal : c) dos rios, lagos e mares interiores : d) dos rios, maes e lagos contiguos : e) das bahias, portos, enseados, angras e calhetas : f) dos mares territoriaes. A estes tambem deve-se adicionar o *territorio* adquirido por qualquer dos modos de aquisição reconhecidos pelo direito internacional — taes como pela occupação, pela accessão, pelos tractados e convenções, pela prescripção ou usucapião. Não pode ser considerado *territorio*, para o effeito do art. 87 do Cod. penal, o que a Nação perde pelo *abandono*, pela *prescripção* em favor do possuidor, por *tractados, convenções e ajustes*, por *destruição, ruína, desaparecimento*, ou *invasão* do mar. Exceptua-se a perda do *territorio* por *conquista*, porque, como diz Lafayette (*obr. cit. v. I, § 94*) embora a *conquista* accarrete de *facto* a perda de *territorio*, mas como ella é um attentado contra o direito, evidentemente não pode ser enumerada entre os modos legais de perdê-lo. Assim não poderá allegar a *conquista* como excusativa, aquelle que contribuir de *qualquer* forma para que ella se realise.

— No § 1.º parece haver distincção entre *territorio occupado* ou *possuido* e *cousas* sobre as quaes a Nação tem *dominio* ou *posse*. A *occupação*, diz Lafayette (*Obr. cit.*, v. I, § 89) é um modo originario de adquirir territorio. Consiste na tomada de posse de territorio, que não está sob a soberania e jurisdicção de terceiro e na consequente pratica de actos que revelam a intenção de adquirir. São requisitos essenciaes da occupação: 1.º que os territorios a occupar sejam *res nullius*; 2.º que a posse seja effectiva e real, e seguida de actos que revelem claramente a intenção, o animo de adquirir. Consideram-se *res nullius*—os territorios e ilhas deshabitadas, os territorios e ilhas abandonadas pelos seus possuidores (*res derelicta*). Não se consideram *res nullius* os territorios habitados por tribus selvagens. A occupação para ser titulo legitimo de acquisição deve ser realisada por agentes ou representantes legaes do Estado. A que é consummada por simples particulares, sem commissão official, só se converte em titulo legitimo e real, quando é accerta pelo Estado de que são subditos, ou por declaração expressa, ou pela pratica de actos indicativos da intenção. Aos dois requisitos acima expostos, acrescentou a conferencia de Berlim um terceiro — a necessidade de notificar-se a occupação ás outras Nações, para quer possam, se for o caso, fazer valer as suas reclamações, isto é, quaesquer direitos que lhes assistam sobre o territorio occupado. Um tal accordo, porem, por emquanto constitue *direito particular* entre os signatarios do tratado, e segundo é nelle expresso só vigora para a acquisição de territorios nas costas da Africa. Não faz regra para as demais Nações. Assim observa Lafayette, que (*Obr. cit.*, § 89) em nota transcreve os artigos do Acto de 26 de Fevereiro de 1885 do Congresso de Berlim, composto dos representantes da França, Allemanha e Grã Bretanha : e acrescenta : « Modernamente costuma-se substituir a occupação por uma especie de protectorado, que dispensa a tomada de posse effectiva e se constitue pela simples notificação. Bonfilis, n. 558. N'estas condições o protectorado é um inicio disfarçado de conquista. Rivier só admite como occupadas as regiões que ficam sob o poder real do occupante. E' rigor demais. Em todo caso o concerto da occupação induz a posse : territorio occupado é territorio possuido. As cousas sujeitas ao dominio ou posse do Estado podem ser moveis, immoveis ou semoventes, taes como, fortalezas, arsenaes, navios, material de guerra, animaes, todas as cousas, emfim, destinadas ao serviço da Nação pertencentes a qualquer dos ministerios. »

O dispositivo do § 1.º parece que somente refere-se ao estado de guerra interna ou externa. A figura delictuosa consiste na *entrega de facto*, dispondo o que faz a entrega de meios *sufficientes* de defeza e resistencia. Se não houver meios sufficientes de defeza ou resistencia, a entrega, ainda que seja de facto, não constitue crime porque surge o *estado de necessidade*, que dá logar a rendição ou a capitulação. Da forma porque se acha definido, este crime é por sua natureza militar e foi previsto no art. 75, n. 1.º do Codice penal militar :

« Todo individuo no serviço da marinha de guerra que abandonar es entregar ao inimigo qualquer fracção do territorio da Republica, ou, cousa pertencente ao seu dominio, ou posse, dispondo de *sufficientes* meios de resistencia. »

O Cod. mil. distingue o *abandono* da *entrega*, que constituem figuras diferentes do crime, ao inimigo (sem distinguir se *interno* ou *externo*) de qualquer fracção (*porção*) do territorio da Republica, ou, cousa pertencente ao seo dominio ou posse (*territorio possuido pela Nação, ou cousa sobre que a mesma tenha dominio ou posse*). Não cogitou o Cod. mil. do *territorio occupado pela Nação*. Exige ainda o Cod. comm. que a *entrega seja de facto*, isto é, que a porção do territorio ou cousa fique sob o poder do inimigo ou seja por elle occupado. Exige, finalmente, o Cod. comm. como elemento do crime que o delinquente dispondo de *meios sufficientes de defeza e resistencia* faça a entrega, deixando de empregar esses meios, que deviam concorrer como impedimento material. Os meios devem ser sufficientes, isto é, quanto bastem para que sejam efficazes a defeza e a resistencia. E' necessario que concorram os meios de *defeza e resistencia*, pois é possível a hypothese de possuir o commandante de uma praça meios de defeza, mas não de resistencia, embora a idéa de defeza induza á de resistencia. Mas o Cod., distinguindo, considerou a *defeza* como a acção de defender alguma cousa, impedir pela força, pelas armas, que esta caia em poder do inimigo; e a *resistencia* como a acção de impedir com obstaculos materiaes de todo genero, ou de prolongar a defeza até exgottar os ultimos recursos. O Cod. mil. limita-se a exigir a *resistencia* considerando, sem duvida, que ella se acha implicita na *defeza*. O *abandono* ao inimigo importa na entrega do territorio ou cousa, e por isso na figura da *entrega* está implicita a *entrega de facto*.

O § refere-se a inimigo *interno* e *externo*. Ha ambiguidade no texto. Alem de outras denominações segundo o aspecto em que são consideradas, as guerras podem ser externas ou internas, considerando-se o theatro das operações. Se este é o territorio inimigo — a guerra é externa; se o territorio nacional, a guerra é interna. Em ambos os casos, *inimigo* se considera qualquer de belligerantes, em relação um ao outro. Não se distingue *inimigo interno*, nem *externo*. E' certo que, como diz Lafayette, *Obr. cit.*, v. II, § 318, a qualidade de cidadão e os deveres que lhe são inherentes, dado o estado de guerra, communicam aos subditos de um e outro belligerante o predicamento de inimigos. N'este sentido a palavra — *inimigo* — é tomada na mais ampla significação que lhe attribue o direito internacional: include todos os subditos do belligerante, qualquer que seja o seu sexo, idade, condição e onde quer que residam, ou no territorio nacional ou em territorio extranho. Não parece ser este o sentido do Codigo, isto é, considerar *inimigo interno* o subdito do belligerante residente no territorio nacional, pois esse inimigo não sendo combatente, a elle certamente não pode se referir a entrega do territorio occupado ou possuido pela Nação. Si se trata de inimigo combatente é signal de que a guerra é interna e n'este caso a entrega é feita ás forças belligerantes do inimigo. E' ainda duvidoso se a expressão — *inimigo interno* — refere-se ao que nas guerras civis é reconhecido belligerante, ou ao simples adversario que, de armas na mão, *combate* o governo. Em taes guerras, qualquer que seja a situação dos adversarios, não podem ser qualificados *inimigos*, porque assim só podem ser considerados os subditos do belligerante no caso de guerra internacional.

A figura do § 1.º é antes a de um crime militar, não devia figurar eala

os crimes políticos do Código commum. E tratando-se de crime militar a *occupação* já tem outro sentido. E' a posse, a detenção do territorio inimigo pelas forças em operações. A *occupação militar* reputa-se constituída, diz Lafayette, desde que o belligerante se apossa effectivamente e realmente de uma parte, ou da totalidade do territorio inimigo e ahi estabelece de uma maneira absoluta e exclusiva o poder de suas armas. Ella caracteriza-se : a) pela tomada physica da posse ; b) pela instrucção do poder do invasor ; c) e pela consequente cessação da autoridade do Estado a que pertence o territorio. Não é modo de aquisição de territorio e cessa com a superveniencia da paz, salvo se o territorio occupado é cedido no tratado de paz e n'este caso a aquisição da região cedida se opera não por conquista decorrente da occupação, mas pela vontade de ambas as partes que assim estipularam no tratado, como observa Lafayette. A occupação militar, sendo acto de força, não constitue direito, porque as armas são instrumentos para a defeza do direito, e nunca este poderia ser posto ao serviço d'aquellas : *cedant arma togæ*.

— § 2.º O intuito desta disposição parece ser prevenir a destruição da forma de governo republicana adoptada em 1889, por intermedio de alguma Nação inimiga. A acção delictuosa é contra a *Republica*. Em 1890, data do Código, era natural a preocupação dos republicanos contra uma possível restauração da monarchia pelos políticos que não adheriram ás novas instituições. O dispositivo traduz essa cautela, aliás desnecessaria, pois a intervenção armada de qualquer potencia na politica interna de uma Nação soberana é um *casus belli*. E assim a guerra, ou as hostilidades commettidas não seriam contra a Republica e sim contra a Nação. O objectivo do *auxilio* pode ser a guerra declarada, ou a pratica de hostilidades contra a Republica. O auxilio deve consistir nos meios que o § especifica : gente, armas, dinheiro, munições e meios de transporte. Hostilidades são actos de guerra, que tem por fim diminuir, enfraquecer, paralizar e ainda destruir as forças e recursos do inimigo, de modo á reduzi-lo a não continuar a guerra e a submeter-se ás exigencias do belligerante, propondo ou accetando a paz. As hostilidades são dirigidas contra as pessoas ou contra as cousas do inimigo. Lafayette, *Obr. cit.*, v. II, p. 328. E' esta a significação technica das hostilidades, que presuppõem o estado de guerra declarada.

O dr. Baptista Pereira, nas suas *Notas historicas sobre o Cod. Pen.*, na *Rev. Jurisp.*, Agosto, 1898, p. 400, diz : « O § 3 do art. 20 incluiu entre os crimes contra a independencia e integridade da patria a revelação feita á Nação inimiga, ou a seus agentes, de segredos politicos e militares concernentes á segurança do Estado. O citado § reproduzido com mais desenvolvimento a idéa contida no art. 72 do Código Imperial, o qual capitulou como crime — o *facto de entreter um individuo com uma Nação inimiga, ou seus agentes, intelligencia por que se lhe communique o estado das forças do Imperio, seus recursos e planos*. Entendeu a Commissão dever estender a disposição do § ao caso de ser a revelação de segredo commettida em damno de uma Nação alliada. A Commissão considerou que essa infidelidade constitue uma infracção dos deveres do cidadão em detrimento da integridade nacional, visto que a revelação feita ao inimigo do estado das forças do alliado, dos seus recursos de ataque e de resistencia, facilita-lhe meios,

que podem fazer perigar a causa commum, e comprometter o exito das operações militares e, consequentemente, ameaçar a segurança da Nação. Por estas razões accrescentou-se no final do § as palavras seguintes — *ou de nações alliadas quando operarem contra o inimigo commum.* »

O § 3 apresenta diversas modalidades, que constituem especies distinctas, embora na revelação dos segredos possam ser incluídos a *comunicação* (por qualquer modo) ou a *p.blicação* de documentos, planos, desenhos e outras informações, que por sua natureza devem ficar reservados nos archivos da alta administração. São segredos de Estado — os politicos, comprehendidos os diplomaticos e os militares. A violação destes segredos, alem de constituir abuso de confiança, pois só em virtude do cargo que exerça, pode alguém ter conhecimento delles, constitue tambem crime de alta traição contra a segurança interna e externa da Patria.

No § 4, o Codigo emprega as expressões — *dar entrada e auxilio* — parecendo pela copulativa — e — exprimir que a acção criminosa consiste em acolher e auxiliar por quaesquer meios os espiões, emissarios, etc. Disposição paralela se encontra no Cod. Pen. mil., art. 79, n. 2, nos seguintes termos : « Todo o individuo ao serviço da marinha de guerra, ou a elles extranho, militar ou não, que der asylo, agasalho, ou auxilio a espiões e emissarios do inimigo, sabendo que o são, e facilitar-lhes, quando presos, a evasão ou fugida. » Ambos os Cods. fazem distincção entre espiões propriamente ditos e emissarios inimigos. O Cod. mil define a espionagem no art. 79, n. 1: o acto de « introduzir-se disfarçada ou furtivamente, por entre navios da armada ou comboiados, penetrar nelles, nos arsenaes e estabelecimentos da marinha para colher noticias, documentos ou informações proveitosas ao inimigo, ou que possam prejudicar as operações militares ou a segurança dos navios, comboios e estabelecimentos da marinha. »

João Vieira define a espionagem o acto do individuo, a serviço do inimigo, que disfarçada ou furtivamente penetra na praça ou logares semelhantes com o fim de observar o que se passa para informar o inimigo (*Dir. Pen. do Exerc. e Arm.*, p. 71). Considera-a *verdadeira ou propria e presumida*. A primeira consiste no facto de introduzir-se o inimigo em certos logares, cujo accesso é vedado por exigencia dos meios de defeza para segurança do Estado. A segunda caracteriza-se por factos positivos, como, *v. g.*, levantar plantas, photographar logares e cousas, etc. (*Cod. Pen. interpr., parte espec.*, v. I, p. 33). » A significação lexicologica de — espião — é — pessoa que anda espiando, ou que se manda espiar. Do germanico : antigo alto allemão *spehôn*; do allemão *spahen*; dinamarquez *spaa*; inglez *to spy*; latim *spicere*; grego *skentein*; sanscripto *pac*, palavras que significam *ver*; o termo *espiar* quer dizer — espreatar, procurar descobrir com o fim de fazer damno, o que alguém faz, diz, os passos, acções, ditos de outrem. Por extensão : Observar com attenção, tratar de descobrir, de penetrar (Frei Domingos Vieira, *Thez. da ling. Port.*). Na accepção militar os caracteristicos da espionagem são o *disfarce* e a *introducção ás occultas* de individuo, em navios da armada ou comboios, arsenaes, praças de guerra, fortalezas, trincheiras, quarteis, acampamentos, ou logares defezas, com o fim de espiar, observar, colher noticias, documentos, informações proveitosas ao inimigo, por cuja conta é feito o serviço. Tambem considera-se

crime de espionagem quando possam ser prejudicadas as operações militares ou a segurança dos navios, comboios e estabelecimentos militares, ainda que o espião trabalhe por conta propria, visando um interesse futuro. Assim, em tempo de paz, a introdução furtiva e disfarçada nos logares supra referidos, para o mesmo fim, ou para levantamento de plantas, photographias de logares e cousas militares, etc. — são actos de espionagem. « Não são considerados espiões os militares não disfarçados e toda pessoa cumprindo abertamente uma missão do inimigo. O espião aprisionado em flagrante será julgado e tratado segundo as leis em vigor no exercito que o capturou. » Assim estabeleceu o Congresso de Bruxellas de 1874 na *Declaração internacional* relativa ás leis e costumes da guerra, cit. por Oliveira Freitas, *Dir. Int. Marit.*, p. 266.

Quanto aos emissarios inimigos, podem se apresentar de dois modos — ou vêm disfarçados e em segredo, e neste caso são verdadeiros espiões, ou apresentam-se, ás claras, sem rebuço, abertamente, com instrucções do inimigo para espiar as operações de guerra, deixam de ser espiões, mas o crime é o mesmo, para aquelle que lhes der entrada e auxilio. Se outra fór a missão de taes emissarios, como desempenho de commissão que não seja acto de espionagem, aquelle que lhes der entrada e auxilio não incorre em responsabilidade penal, se tem conhecimento dos intuitos da missão.

No Cod. pen. mil. este delicto apresenta diversas modalidades : 1.ª dar asylo; 2.ª dar agasalho; 3.ª dar auxilio; 4.ª facilitar a evasão ou fugida a espiões e emissarios do inimigo, sabendo que o são. Cada uma dessas acções representa uma modalidade, porque não se pode admittir que o Codigo haja empregado termos ociosos, ou redundantes, para exprimir uma só idéa, mormente quando cada um dos termos tem o seu significando proprio. A significação extensiva de asylo é : abrigo, amparo, patrocínio, valhacouto. E' tambem synonymo de refugio, com a seguinte differença : *refugio* indica a idéa de abrigo alcançado em um perigo imminente por meio de fuga, permanecendo ainda o risco. No *asylo* ha a idéa de um abrigo seguro, sem risco de ser perturbado (Frei Domingos Vieira, *Thez. da ling. Port.*) de permanencia do espião por certo tempo, occulto em determinado logar, pelo menos até ser descoberto ou prezo. O *agasalho* é o acolhimento que se faz ao hospede; acção de agasalhar, que significa dar hospedagem, receber em seu aposento, offerecer pousada. O *agasalho* pode ser por uma noite, um dia, por mais tempo, mas sem idéa de permanencia em abrigo seguro. O *auxilio* é coadjuvação, ajuda, adjutorio. O delinquente auxilia o espião facilitando-lhe documentos, informações, prestando ou pondo-se ao serviço do espião. Se o espião, ou emissario, forem prezos, facilitar-lhes, de qualquer modo, a evasão ou fuga (*fugida*), constitue a quarta modalidade, devendo-se notar que *evasão* ou *fugida* exprimem um só intuito, embora realizado de modo differente. *Evadir-se* e *fugir* — applicam-se conforme a situação pessoal do espião; se foi prezo, ou se acha detido em logar seguro ou não, elle *evade-se*; se sabe que foi descoberto, ou vae ser prezo, elle, para evitar a prisão, ou illudir a vigilancia, *foge*. Dahi a differença entre a *evasão* e a *fugida*.

Ha um elemento essencial do crime do § 4, que caracteriza o dolo especifico — é o conhecimento que o delinquente deve ter de que dá entrada e

auxilia a um espião ou emissario inimigo mandados a espiar as operações de guerra da Republica.

Não é tambem extranho aos usos da guerra, diz Lafayette, *Obr. cit.*, v. II § 334, recorrer para illudir o inimigo ao que se chama *dupla intelligencia*. Consiste este artificio em mandar ao campo adverso individuo que faz falsas declarações e propala falsas noticias acerca do exercito de que é emissario e ao mesmo tempo colhe informações sobre o estado e situação do inimigo. Não entram na classe dos espias, nem com elles se confundem os militares (*exploradores, speculadores*), que no desempenho de seus deveres, de uniforme e sem disfarce, transpoem as linhas do inimigo para fazer reconhecimentos e obter informações. No exercicio desta funcção não commettem crime, e em consequencia, quando capturados, são tratados simplesmente como prisioneiros de guerra. Não se consideram tambem espias os particulares que para fins de interesse privado e não militar procuram obter esclarecimentos. Os que viajam, ou conduzem despachos, ordens, communicações ao inimigo em balões, não são havidos como espias, salvo prova em contrario.

Na expressão — *emissarios* do § 4.º comprehende-se os de *dupla intelligencia* ou quaesquer encarregados de serviço de espionagem e são excluidos os *exploradores e speculadores*, de que trata Lafayette.

Pena — de prisão celllular por cinco a 15 annos (145).

(145) Estes crimes prescrevem em 20 annos e são inaffiançaveis. Calculo da graduação da pena : Para os autores : maximo 15 annos, medio 10, minimo 5, de prisão celllular; no caso do art. 62, § 2, preponderando as aggravantes — 12 annos e 6 mezes, prep. as attenuantes — 7 annos e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 17 annos e 5 mezes, medio 11 annos e 8 mezes minimo 5 annos e 10 mezes de prisão simples, prepond. aggr. ; — 14 annos e 7 mezes, prepond. atten. — 8 annos e 9 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 10 annos, medio 6 annos e 8 mezes, minimo 4 annos e 4 mezes, (celllular), prepond. aggr. — 8 annos e 4 mezes, prepond. atten. — 5 annos. Na forma do art. 409 : maximo 11 annos e 8 mezes, medio 7 annos 9 mezes e 10 dias, minimo 3 annos 10 mezes e 20 dias (simples); prepond. aggr. — 9 annos 8 mezes e 20 dias, prepond. atten. — 5 annos e 10 mezes. Cumplicidade na tentativa : maximo 6 annos e 8 mezes, medio 4 annos 5 mezes e 10 dias, minimo 2 annos 2 mezes e 20 dias (celllular); prepond. aggr. — 5 annos 6 mezes e 20 dias, prepond. atten. — 3 annos e 4 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos 9 mezes e 10 dias, medio 5 annos 2 mezes 6 dias e 18 horas, minimo 2 annos 7 mezes 3 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 6 annos 5 mezes 22 dias e 8 horas, prepond. atten. — 3 annos 10 mezes e 20 dias.

Art. 88. Provocar, directamente e por factos, uma nação estrangeira a mover hostilidades ou a declarar guerra á Republica :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos (146).

(146) Nenhuma nação deve se empenhar em lucta armada externa, sem que em primeiro lugar faça a declaração de guerra, que é o meio solenne de tornar publico no interior e no exterior « as razões que julga ter para fazer a guerra, justificando o seu proceder e ao mesmo tempo precisando o começo das hostilidades. » No interior, decretada a guerra (Const. Fed., art. 34, n. 11, art. 48, n. 7), o governo faz a declaração por meio de proclamações ás quaes dá a maior publicidade, no exterior pelas notificações diplomaticas dirigidas aos governos neutros. « Estes *manifestos* publicados nos jornaes e remetidos aos diversos governos equivalem a uma declaração ao adversario. Divergem os publicistas a respeito de saber se as *hostilidades* devem preceder á declaração de guerra. Uns opinam pela affirmativa, outros pela negativa, e entre estes se acham Hefter, Bluntschli, Hautefeuille, Calvo, Fiore, Oliveira Freitas, de cuja obra (*Elem. de Dir. Intern. Marit.* Rio, 1884), transcrevemos este trecho. Varias guerras tem havido sem previa declaração, mas as nações que se prezam como civilizadas procuram justificar a defeza armada de seus direitos por actos de lealdade e boa fé, e nunca pela surpresa, aggressão ou occupação armada inesperadas, por actos, emfim, de deslealdade e má fé. Hoje, diz Oliveira Freitas (*Obr. cit.*) é mui difficil, mesmo impossivel que as intenções hostis de um governo contra outro não sejam por este conhecidos e antes de darem principio ás hostilidades costumam os governos por meio de agentes diplomaticos trocar notas — *ultimatum* e *ultimatissimum* — em que deixam patentes as suas intenções. Se nellas o governo que se crê lezado estabelece como — caso de guerra — a não reparação immediata da lesão existente, aquelle que persiste em recusar satisfazer a pretensão indicada, acceita tacitamente a guerra, e torna-se superflua uma outra especial declaração. Muita vez, sem declaração de guerra, esta reina entre duas ou mais nações, originada de hostilidades parciaes mutuas exercidas a título de represalias, e, nesse caso, não tem razão de ser a notificação especial. E' tambem evidente que uma guerra defensiva (no sentido militar da palavra) dispensa ser precedida de declaração, as hostilidades principaes por uma das partes, são prova manifesta do rompimento da paz. Apesar de frequentes casos de guerras empreendidas inesperadamente, sem ser um principio geral e rigoroso, a declaração de guerra, antes do rompimento das hostilidades, ella subsiste como um costume de direito internacional, e, os proprios publicistas que repellam conveniencia de previa declaração internacional, admittem a necessidade de uma promulgação publica interna : em todo o caso o estado de guerra dev ser denunciado ás potencias neutras. »

Diz Lafayette (*Obr. cit.* v. II. § 307) que no estado actual do direito internacional a declaração ou denuncia previa da guerra não é rigorosamente uma formalidade essencial. E' esta a doutrina que resulta dos factos. Em apoio della pode se allegar o argumento decisivo — que practicamente nunca se estabeleceu differença entre a guerra que começa com declaração e a que começa sem declaração, e que igualmente nunca se invocaram para uma lei de guerra diversas das que são applicaveis a outra. Cita diversos A. A. •

entre os quaes Philimore, que, depois de ter passado em revista grande numero de guerras que começaram e continuaram seu curso sem que houvesse precedido declaração, sustentam que a declaração previa não é formalidade essencial. Outros A. A. entre os quaes Watel, Burlamaqui, Hautefeuille, Heffter, Ortelan, Rayneval, Vergé, Martens, Riquelme, Pauto, opinam em sentido contrario. « Cumpre no emtanto reconhecer, acrescenta, que a opinião, segundo a qual a guerra deve ser previamente declarada, é mais conforme com a razão : consulta melhor a lealdade que as Nações se devem e tem a grande vantagem de marcar com precizão o momento em que começa o estado de guerra. A guerra uma vez iniciada constitue um estado de direito que altera a situação juridica dos subditos dos belligerantes e lhes impõe novos e pesados onus e modifica profundamente as relações entre os belligerantes e os neutros. Dahi a necessidade de publicar no interior a resolução de inicial-a e de communicar-a aos neutros. A communicação no interior se faz por proclamação official, ou por outra qualquer forma ; a communicação aos neutros por meio de manifestos. Segundo a pratica moderna a resolução definitiva de fazer a guerra e iniciar as hostilidades é de ordinario annunciada ao adversario pela suspensão das relações diplomaticas e ainda pela publicação de manifestos e exposição de motivos. A suspensão das relações só pode imputar declaração de guerra quando antecedem-n'a circumstancias que lhe dão essa significação. Na falta de denunciação previa sob qualquer forma o estado de guerra reputa-se começar desde o momento em que se praticam os primeiras hostilidades : a guerra se declara por si mesma ; o que dá logar a dificuldades graves. Nem sempre se pode verificar bem quaes são as primeiras hostilidades e muitas vezes occorrem actos que são em si hostis, mas que no emtanto não determinam ainda o estado de guerra. A declaração pode ser condicional ; e o é quando uma Nação annuncia á outra que considerará *casus belli* a pratica ou omissão de certo e determinado acto. Resta finalmente notar que ainda nos tempos em que a declaração formal era exigida como formula essencial, entendia-se que não estava obrigada a fazela a Nação aggreddida. » Accresce e em nota diz o mesmo A. : « A interrupção das relações por si só não importa declaração de guerra ; pois muitas vezes ella tem por unico fim manifestar ressentimento por alguma offensa ou desattenção, sem, no emtanto, levar a intenção de guerra, do que se podem citar grande numero do exemplos. (Haja vista o incidente entre nós occorrido no governo do Marechal Floriano com o ministro portuguez, por occasião da revolta da Armada em 1893, o qual não importou declaração de guerra). Tambem a não formular um *casus belli*, o *ultimatum* não vale a declaração de guerra. O *ultimatum* é como se sabe, a notá memoria, ou documento diplomatico, pelos quaes uma Nação, expondo em substancia a materia do litigio ou controversia, estabelece de um modo positivo e cathgorico os termos segundo os quaes entende que a questão deve ser resolvida, e pede resposta, prompta e immediata, com a declaração expressa de que na ausencia de resposta, ou de resposta negativa, dará a negociação por terminada. O *ultimatum* deixa a Nação que o faz, livre de proceder como for do seu interesse : pode ella deixar a questão permanecer em silencio, sem solução, ou pode recorrer aos meios de direito, como

interromper simplesmente as relações, empregar a retorsão, as represalias, sem no entanto ir até a guerra. Cita Calvo, § 1664, Hall § 123, Ortolan, III, cap. I, p. 17.

O Código no art. 88 figura um delicto que, em rigor, só pode ser cometido pelo Presidente da Republica, qualquer dos seus ministros, ou membros do corpo diplomatico. O decreto n. 30 de 8 de Janeiro de 1892 que define os crimes de responsabilidade do Presidente da Republica incluiu no capitulo I esta e outras figuras dos crimes contra a *independencia, integridade e dignidade da Patria*, de que trata o Código, mas subordinou-as á epigraphé — dos *crimes contra a existencia da União*. Resta saber qual a lei que regula quando forem os crimes commettidos pelo Presidente da Republica. Parece obvio que o dec. n. 30 de 1892, não excluiu da sancção do Código penal o réo de taes crimes, a vista do dispositivo do art. 2.º do mesmo decreto, alem da simples perda do cargo, ou desta pena aggravada com a incapacidade para exercer qualquer outro, impostas por sentença do Senado, o presidente da Republica fica sujeito á acção da justiça ordinaria que o julgará segundo o direito processual e criminal commum. Não se comprehende, porem, como deva elle ser réu de um só crime e punido com accumulamento de penas dictadas por leis differentes.

O delicto definido pelo Código é *provocar, directamente e por factos*, uma nação estrangeira a *mover hostilidades* ou a *declarar guerra* á Republica. Ora, os factos, que dão logar a taes consequencias, só podem ser praticados por depositarios do poder publico, cujos actos acarretem responsabilidades para a Republica nas suas relações internacionaes.

Alem disso é necessario que a provocação seja *directa*, porque assim verifica-se claramente o *dolo especifico*. E' elemento do crime que o delinquente sendo depositario do poder publico seus actos envolvam responsabilidade para a Republica, ou como seu representante devidamente autorisado, ou em virtude da funcção do proprio cargo. Para este crime ha tres penas, conforme ás consequencias, isto é conforme o damno causado á Nação. A penalidade é mais branda (dous a quatro annos de prisão cellullar) em se tratando somente de hostilidades ou não tendo havido declaração de guerra. As hostilidades podem consistir em represalias ou retorsões, que não obriguem a declaração de guerra. Se, porem, da provocação resultar a declaração da guerra, ou se a Nação para evita-la tiver de fazer sacrificios, verificam se as modalidades dos §§ 1.º e 2.º, cuja pena, mais grave, é de cinco a quinze annos de prisão cellullar.

Prescrição — 8 annos. Auctoría : maximo 4 annos, medio 3 annos, minimo 2 annos (cellullar), prepond. aggr. — 3 annos e 6 mezes, prepond. att. — 2 annos e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 3 annos e 6 mezes, minimo 2 annos e 4 mezes (simples); prepond. aggr. 4 annos e 1 mez, prepond. att. — 2 annos e 11 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 2 annos e 8 mezes, medio 2 annos, minimo 1 anno e 4 mezes (cellullar); prepond. aggr. — 2 annos e 4 mezes, prepond. att. — 1 anno e 8 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 3 annos 1 mez e 10 dias, medio 2 annos e 4 mezes, minimo 1 anno 6 mezes e 20 dias (simples); prepond. aggr. — 2 annos 8 mezes e 20 dias, prepond. att. — 1 anno 11 mezes e 10 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 1 anno 9 mezes e 10 dias,

medio 1 anno e 4 mezes, minimo 10 mezes e 20 dias (cellular); prepond. aggr. — 1 anno 6 mezes e 20 dias, prepond. att. — 1 anno 1 mez e 10 dias. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos 26 dias e 20 horas, medio 1 anno 6 mezes e 20 dias, minimo 1 anno 13 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 1 anno 9 mezes 23 dias e 16 horas, prepond. att. — 1 anno 3 mezes 16 dias e 16 horas. Crime inaffiançavel.

§ 1.º Si seguir-se a declaração de guerra :

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos (147).

(147) *Vide* nota ao art. 87.

§ 2.º Si para não se verificar a guerra, declarada em consequencia da provocação, a nação tiver de fazer algum sacrificio em detrimento de sua integridade ou de seus interesses :

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos (148).

(148) *Vide* nota ao art. 87.

Art. 89. Tomar armas o cidadão brasileiro contra a Republica, debaixo da bandeira inimiga :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos (149).

(149) O Cod. Pen. Mil., art. 75, § 4, pune com a pena de morte no gráu maximo o militar que — *tomar armas contra a Nação, debaixo de bandeira inimiga.*

E' elemento essencial do crime que o agente seja cidadão brasileiro e que a Nação esteja em guerra com o estrangeiro sob cuja bandeira elle alistouse. Se o agente naturalizar-se estrangeiro antes da declaração da guerra ou se perdeu os direitos de cidadão brasileiro, nos termos do Constituição federal, art. 71 § 2, desaparece a responsabilidade criminal.

Procede a opinião do Bento de Faria contra Rauter (*Tr. théor. et prat. de droit crim.* v. I, p. 410), basta o simples facto de alistar-se no exercito inimigo. Não é necessario que o accusado tenha entrado em combates ou feito uso material das armas. O crime previsto no artigo, suppondo guerra com o estrangeiro, exclue a guerra civil, visto como os revolucionarios presumem melhorar a situação de sua Patria combatendo o governo constituido (Bavoux *Lec. prel. sur le Code pénal*, p. 36).

Art. 90. Commetter, sem ordem ou autorização do Governo, hostilidades contra subditos de outra nação, de maneira que se comprometta a paz, ou se provoquem represalias :

Pena — de prisão celllular por dous a quatro annos (150).

(150) Este crime só pode ser commettido por agentes revestidos de character publico, funcionario civil ou militar incumbido de alguma commissão ou representação. Como observa Bento de Faria, é a paz, são os interesses nacionaes que a lei protege; é o prejuizo eventual que os actos referidos podem produzir: eis o que fundamenta a penalidade em tal hypothese. Para o compromettimento da paz basta que haja perigo de guerra, ou que as hostilidades provoquem represalias. Tomada no sentido mais amplo, diz Lafayette, consiste a *represalia* no emprego de *meios violentos*, a que uma Nação, *sem sahir do estado de paz*, recorre para obter de outra a reparação da injustiça que lhe fez (*Obr. cit.* § 291 e segs.). São actos que dizem respeito ás relações internacionaes, e dos mais graves, porque podem acarretar, como effeito immediato, a guerra. A faculdade, pois, de decretar as represalias e ordenal-as é por sua natureza e alcance, uma faculdade soberana e delegada ordinariamente ao chefe do poder executivo. Actos do governo são deliberados por motivo de interesse do Estado; em consequencia não podem e não devem ser praticados e levados a effeito, senão por agentes revestidos de character publico — chefes militares de forças de mar ou de terra, funcionarios civis, ou pessoas que para esse fim tenham recebido commissão do governo ».

Na figura do art. 90 do Codigo o sujeito passivo da infracção não é a Nação estrangeira, mas o subdito dessa Nação. As *hostilidades* a que se refere o art. não são actos de guerra, porem, sim, actos que offendam gravemente a vida e a propriedade do estrangeiro domiciliado no paiz. Se é certo que pela Constituição é garantido em todos os seus direitos como o nacional, elle tem ainda a seu favor a protecção da sua Nação. O dispositivo do Codigo, consequencia de preceito constitucional, constitue a sancção daquella garantia. As *hostilidades* devem ser *graves*, taes como se aos subditos estrangeiros fosse negada a garantia d'aquelles direitos, se suas propriedades fossem saqueadas, se elles fossem perseguidos, presos ou mortos, sem forma de processo, emfim se contra elles fossem praticados actos de tal natureza que obrigassem a intervenção de sua Nação. E', porém, elemento do crime que as hostilidades sejam praticadas por agentes do poder publico. Si se trata, porem, de estrangeiro criminoso, de casten, ou de individuo que pela sua conducta deva ser expulso, não pode ser contestado á Nação onde elle habita o direito de expulsal-o, ou de applicar-lhe o rigor das leis nacionaes. Outro elemento do crime é que as hostilidades sejam commettidos *sem ordem ou autorização do governo*, porque em caso contrario cessa a responsabilidade do agente executor da ordem ou autorização.

Art 91. Seduzir, em caso de guerra externa, no territorio em que tiverem logar as operações do exercito federal, nas guardas, nos quartéis, nos arsenaes, nas fortalezas, nos acampamentos, nos postos militares, nos hospitaes, ou em outros logares, as

praças que fizerem parte das forças do Governo, tanto de terra como de mar, para que desertem para o inimigo.

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos (151).

(151) Este crime é a *alliciação*, que João Vieira define : « a seducção de praças para passar ao inimigo ou o alistamento de quaesquer individuos para auxiliar-o. » (*Dir. Pen. do Exerc. e Arm.*, p. 71).

O texto do art. é reproducção, com pequenas variantes, do art. 1.º, n. 2.º, da lei n. 631 de 18 de Setembro de 1851 que, segundo Titara (*Auditor Braz.*, v. I, p. 79), veio substituir os arts. 6 e 13 dos Reguls. de 1763 e 1764, que puniam as que não respeitavam e atacavam as sentinellas e guardas, e os que penetravam nas fortalezas sem ser pelos postos e logares ordinarios, o alvará de 15 de Julho de 1763, sobre as pessoas, ainda que militares não fossem, que aconselhassem ou induzissem soldados á deserção, etc. A lei n. 631 de 1851, comprehendendo tambem os paisanos alliciadores, « substituiu aquellas por novas disposições, ampliando algumas como melhor convinha », e por sua vez, foi substituida pelos Cods. pen. comm. e mil.

De accordo com a cit. lei n. 631 o Cod. no art. 91, refere-se ao estado de guerra. Para o tempo de paz a disposição é a do art. 93 : « Se os crimes dos dois precedentes arts. forem commettidos em tempo de paz, e em qualquer logar do territorio nacional, pena de prisão cellular por 2 a 6 annos ».

No Cod. Pen. Mil, art. 79, n. 3, este crime está assim definido — « seduzir as praças ao serviço da marinha de guerra para se passarem para o inimigo; facilitar-lhes meios de evasão com esse intuito, ou alistar marinheiros para o inimigo ». Se o crime fôr commettido por militar, a pena é de morte no maximo, de 20 annos no médio, e 10 no minimo, de prisão com trabalho. Se fôr commettido por paisano, a pena, mais branda, é de prisão com trabalho por 10 a 30 annos.

Ambos os Codigos referem-se ao estado de guerra, mas estabelecem conflicto de penalidade quando for o crime praticado por paisano. Esta questão é importante, porque envolve tambem a da jurisdicção dos tribunaes que tem de julgar, pois é certo que os paisanos estão tambem sujeitos aos tribunaes militares, em tempo de guerra, no territorio em que tiverem logar as operações do exercito federal, quando commetterem crimes communs ou militares. A lei militar para o militar é o Cod. Pen. Mil., art. 79, n. 3, mas se o paisano tambem está sujeito á disposição do Cod. Mil., deve se applicar a penalidade mais branda do art. 91 do Cod. comm., ou a mais grave do Cod. mil. ?

O paisano está sujeito á lei militar só nos crimes militares e ao Codigo commum nos crimes communs. Em quanto não houver lei interpretativa ou derogatoria, opinamos pela applicação do Codigo commum, por ser mais branda a penalidade, visto ser este o principio dominante na lei penal.

Paragrapho unico. Si a deserção não fôr para o inimigo :
Pena — de prisão cellular por dous a 10 annos (152).

(152) Prescripção — 16 annos. Autoria : maximo 10 annos, medio 6 annos,

mínimo 2 annos (cellular); prepond. aggr. — 8 annos, prepond. att. — 4 annos. Na forma do art. 409 : maximo 11 annos e 8 mezes, medio 7 annos, minimo 2 annos e 4 mezes (simples); prepond. aggr. — 9 annos e 4 mezes, prepond. att. — 4 annos e 8 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 6 annos e 8 mezes, medio 4 annos, minimo 1 anno e 4 mezes (cellular); prepond. aggr. — 5 annos e 4 mezes, prepond. att. — 2 annos e 8 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos 9 mezes e 10 dias, medio 4 annos e 8 mezes, minimo 1 anno 6 mezes e 20 dias (simples) : prepond. aggr. — 6 annos 2 mezes e 20 dias, prepond. att. — 3 annos 1 mez e 10 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 4 annos 5 mezes e 10 dias, medio 2 annos e 8 mezes, minimo 19 mezes e 20 dias (cellular); prepond. aggr. — 3 annos 6 mezes e 20 dias, prepond. att. — 1 anno 9 mezes e 10 dias. Na forma do art. 409 : maximo 5 annos 2 mezes 6 dias e 16 horas, medio 3 annos 1 mez e 10 dias minimo 1 anno 13 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 4 annos 1 mez 23 dias e 8 horas, prepond. att. — 2 annos 26 dias e 10 horas. Crime inaffiançavel.

Art. 92. Seduzir, no caso de guerra externa, pelo modo, e nos logares mencionados no artigo antecedente, as praças afim de que se levantem contra o Governo ou contra seus superiores :
Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos (153).

(153) A especie figura assim definida no Cod. Pen. Mil., art. 80 : « Todo o individuo ao serviço da marinha de guerra ou a elle estranho que seduzir as praças para se levantarem contra o governo ou seus superiores. Pena do prisão com trabalho por quatro a doze annos.

Reprodução litteral da lei n. 631 de 1851, art. 1 n. 3, a disposição do Cod Pen. com. refere-se ao estado de guerra, pois no tempo de paz, e commettido em qualquer logar do territorio nacional, a pena é de prisão cellular por 2 a 6 annos (art. 93). São, por consequinte, elementos do crime do art. 92 : 1.º o estado de guerra, 2.º que seja commettido no territorio em que tiverem logar as operações de guerra, nas guardas, quartéis, fórtalezas, arsenaes, acampamentos, postos militares e hospitaes.

O Cod. pen. mil., no art. 80, comprehende tanto o estado de guerra como o de paz. A *alliciação* do art. 79, n. 3, assume maior gravidade e dá-se no tempo de guerra quando praticado por militares, punida com a pena de morte no gráo maximo, e por paisanos com a de 30 annos de prisão com trabalho. Na do art. 80 incorrem em igual pena os militares e paisanos. Embora pertencentes ao mesmo genero *alliciação* os crimes definidos nos arts. 79, n. 3 e 80, são diferentes. No art. 80 a *alliciação* tem objectivo diverso, preparando uma insurreição ou sublevação, conforme a extensão ou intensidade do movimento. A *alliciação*, n'este caso, pode se manifestar na *seducção*, no induzimento, nas promessas feitas, suborno, convite para o levantamento, quer este se realise, quer não.

Art. 93. Si os crimes dos dous precedentes artigos forem

commettidos em tempo de paz, e em qualquer logar do territorio nacional :

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos (154).

(154) A alliciação commettida em tempo de guerra em certos logares onde deve reinar a ordem e principalmente a disciplina, assume maior gravidade e por isso o crime é mais severamente punido em ambos os Cods. São as especies dos arts. anteriores. A do art. 93 é a da alliciação em tempo de paz e em qualquer logar do territorio nacional, seja dentro, ou fóra, dos estabelecimentos ou repartições militares.

Prescripção — 12 annos. Autoria : maximo 6 annos, medio 4 annos, minimo 2 annos (cellular); prepond. aggr. 5 annos, prepond. att. — 3 annos. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos, medio 4 annos e 8 mezes, minimo 2 annos e 4 mezss (simples); prepond. aggr. — 5 annos e 10 mezes, prepond. aggr. — 5 annos e 10 mezes, prepond. att. — 3 annos e 6 mezes. Cumplicidade ou tentativa : maximo 4 annos, medio 2 annos e 8 mezes, minimo 1 anno e 4 mezes (cellular); prepond. aggr. — 3 annos e 4 mezes, prepond. att. — 2 annos. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 3 annos 1 mez e 10 dias, minimo 1 anno 6 mezes e 20 dias (simples); prepond. aggr. — 3 annos 10 mezes e 20 dias, prepond. att. — 2 annos e 4 mezes : Cumplicidade na tentativa : maximo 2 annos e 8 mezes, medio 1 anno 9 mezes et 10 dias, minimo 10 mezes e 20 dias (cellular); prepond. aggr. — 2 annos 2 mezes e 20 dias, prepond. att. — 1 anno e 4 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 3 annos 1 mez e 10 dias, medio 2 annos 26 dias e 16 horas, minimo 1 anno 13 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 2 annos 7 mezes 3 dias e 8 horas, prepond. att. — 1 anno 6 mezes e 20 dias. Crime inaffiançavel.

Paragrapho unico. A pena será applicada com augmento da terça parte, si a deserção fôr para paiz estrangeiro (155).

(155) A alliciação pode ter por objectivo, em tempo de guerra a deserção das praças, para o inimigo, reforçando assim as fileiras deste; ou a simples deserção para enfraquecer as forças nacionaes. No tempo de paz a alliciação pode visar a simples deserção dentro do paiz, ou a deserção para o estrangeiro. Das duas primeiras especies tratam o art. 92 e paragrapho unico; das duas ultimas, o art. 93 e paragrapho unico.

Art. 94. Dar, em tempo de guerra, asylo ou transporte a desertores, conhecendo-os como taes :

Pena — de prisão cellular por tres a nove annos (156).

(156) *Vide nota ao art. 97, § 4, e o nosso Cod. Pen. Mil. comm., art. 117 e notas.* O crime do art. 94, pode occorrer em tempo de guerra ou de paz, e por isso correspondem-lhe duas penalidades, uma de 3 a 9 annos de pri-

ção celular, outra de 6 mezes a 1 anno. Mas é necessario que o delinquente conheça-os, como taes, os desertores a que der asylo ou transporte. O Cod. Pen. Mil., art. 117, considera desertor : 1.º todo militar que excedendo o tempo de licença, deixar de apresentar-se, sem causa justificada, a bordo, no quartel, ou estabelecimento de marinha onde servir, dentro de oito dias contados daquelle em que terminar a licença ; 2.º o que deixar de apresentar-se dentro do mesmo prazo, contado do dia em que tiver sciencia de haver sido cassada ou revogada a licença ; 3.º o que, sem causa justificada, ausentar-se de bordo, dos quartéis e estabelecimentos da marinha onde servir ; 4.º o que, sem causa justificada, communicada incontinenti, não se achar a bordo, ou no logar onde sua presença se torne necessaria em razão do serviço, no momento de partir o navio, ou força, para viagem ou commissão ordenada ; 5.º o que, tendo ficado prisioneiro de guerra, deixar de apresentar-se á autoridade competente seis mezes depois do dia em que conseguir libertar-se do inimigo ; 6.º o que não apresentar-se logo depois de ter cumprido sentença condemnatoria ; 7.º o que tomar praça em outro navio, ou alistar-se no exercito, antes de haver obtido baixa ; 8.º o que, em presença do inimigo, deixar de acudir a qualquer chamada ou revista.

Vide os commentarios deste artigo e §§ no nosso *Cod. Pen. Mil.*, e nota ao art. 56.

Prescrição — 16 annos. Auctoridade : maximo 9 annos, medio 6 annos, minimo 3 annos (cellular), prepond. aggr. — 7 annos e 6 mezes, prepond. att. — 4 annos e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 10 annos e 7 mezes, medio 7 annos, minimo 3 annos e 6 mezes (simples) ; prepond. aggr. — 8 annos e 9 mezes, prepond. att. — 5 annos e 3 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 6 annos, medio 4 annos, minimo 2 annos (cellular) : prepond. aggr. — 5 annos, prepond. att. — 3 annos. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos, medio 4 annos e 8 mezes, minimo 2 annos e 4 mezes (simples) : prepond. aggr. — 5 annos e 10 mezes, prepond. att. — 3 annos e 6 mezes : Cumplicidade na tentativa ; maximo 4 annos, medio 2 annos e 8 mezes, minimo 1 anno e 4 mezes (cellular) ; prepond. aggr. — 3 annos e 4 mezes, prepond. att. — 2 annos. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 3 annos 1 mez e 10 dias (simples) ; prepond. aggr. — 3 annos 10 mezes e 20 dias, prepond. att. — 2 annos e 4 mezes. Crime inafiançavel.

Si em tempo de paz :

Pena — de prisão celular por seis mezes a um anno (157).

(157) Prescrição — 4 annos. Auctoridade : maximo 1 anno, medio 9 mezes, minimo 6 mezes (cellular) ; prepond. aggr. — 10 mezes e 15 dias, prepond. att. — 7 mezes e 15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno e 2 mezes, medio 10 mezes e 15 dias, minimo 7 mezes (simples) ; prepond. aggr. — 1 anno 7 dias e 12 horas, prepond. att. — 8 mezes 22 dias e 12 horas. Tentativa ou cumplicidade : maximo 8 mezes, medio 6 mezes, minimo 4 mezes (cellular) ; prepond. aggr. — 7 mezes, prepond. att. — 5 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 9 mezes e 10 dias, medio 7 mezes, minimo

4 mezes e 20 dias (simples); prepond. aggr. — 8 mezes e 5 dias, prepond. att. — 5 mezes e 25 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 5 mezes e 10 dias, medio 4 mezes, minimo 2 mezes e 20 dias (cellular); prepond. aggr. — 4 mezes e 20 dias, prepond. att. — 3 mezes e 10 dias. Na forma do art. 409 : maximo 6 mezes 6 dias e 16 horas, medio 4 mezes e 20 dias, minimo 3 mezes 3 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 5 mezes 13 dias e 8 horas, prepond. att. — 3 mezes, 26 dias e 16 horas. Crime affiançavel.

Art. 95. Comprar ás praças, que fizerem parte das forças do exercito federal, peças de armamento, fardamento, equipamento, ou munições de guerra :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a um anno e multa do decuplo do valor dos objectos comprados (158).

(158) O *Cod. Pen. Mil.*, art. 177, dispõe que « todo o individuo ao serviço da marinha de guerra (por ampliação — todo o individuo ao serviço do exercito ou armada, que vender, empenhar, permutar ou alienar de qualquer modo, artigo de armamento, equipamento, ou quaesquer objectos pertencentes á Nação ou a outro — Pena, de prisão com trabalho por trez mezes a dois annos. » Os artigos de guerra (Regul. de 1763) diziam :

« (Art. 19) Todo o soldado que não tiver cuidado nas suas armas, no seu uniforme, em tudo que lhe pertencer ; que o lançar fóra, que o romper, ou arruinar de proposito, e sem necessidade; e que o vender, empenhar ou jogar, será pela primeira e segunda vez prezo, porém á terceira será punido de morte. »

O art. 95 do *Cod. Pen. comm.* estabelece a figura da compra, correspondente á da venda. Tanto é crime vender armamento, equipamento, etc., pelas leis militares, como comprar esse mesmo armamento, etc., pelo *Cod. comm.*

Vide nota 138 ao art. 94, segunda parte, com acrescimo da multa; e o nosso *Cod. Pen. Mil.*, *comm.* nota aos arts. 177 e 178.

Art. 96. Transgredir as ordens e decretos do Governo, que prohibirem, no territorio onde tiverem logar as operações de guerra, publicações e reuniões que puderem favorecer o inimigo. ou excitar a desordem :

Pena — de prisão celllular por dous a seis mezes (159).

(159) Esta disposição comprehende duas figuras distinctas. Na primeira trata-se de publicações e reuniões que podendo favorecer o inimigo o Governo julga inconvenientes e prohibe; na segunda ha a mesma prohibição porque as publicações ou reuniões podem excitar a desordem. Em ambas a medida governamental verifica-se no territorio onde tem logar as operações de guerra, e legitima-se, porque devido ao estado excepcional da guerra,

são necessarias medidas de segurança, de ordem e disciplina, que não em-
baracem as operações das forças. A transgressão dessas ordens e decretos
constitue o crime definido no art. 96, cuja pena aliás podia ser mais rigo-
rosa, attenta a gravidade da infracção.

Prescripção — 1 anno. Aatoria : maximo 6 mezes, medio 4 mezes, minimo
2 mezes (cellular); prepond. aggr. — 5 mezes, prepond. att. — 3 mezes. Na
forma do art. 409 : maximo 7 mezes, medio 4 mezes, minimo 2 mezes e
10 dias (simples); prepond. aggr. — 5 mezes e 25 dias, prepond. att. — 3 mezes
e 15 dias. Tentativa ou cumplicidade : maximo 4 mezes, medio 2 mezes e 10
20 dias, minimo 1 mez e 10 dias (cellular); prepond. aggr. — 3 mezes e 10
dias, prepond. att. — 2 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 4 mezes e
20 dias, medio 3 mezes 3 dias e 8 horas, minimo 1 mez 19 dias e 16 horas
(simples); prepond. aggr. — 3 mezes 26 dias e 16 horas, prepond. att. —
2 mezes e 10 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 2 mezes e 20 dias,
medio 1 mez 23 dias e 8 horas, minimo 26 dias e 16 horas (cellular); prepond.
aggr. — 2 mezes, 6 dias e 16 horas, prepond. att. — 1 mez e 10 dias. Na
forma do art. 409 : maximo 3 mezes 3 dias e 8 horas, medio 2 mezes e 2 dias,
minimo 1 mez e 1 dia (simples); prepond. aggr. — 2 mezes 17 dias e 18
horas, prepond. att. — 1 mez 16 dias e 16 horas. O réo livra-se solto.

Art. 97. Alliciar, sem autorização do Governo, gente para o
serviço militar de um paiz estrangeiro :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos (160).

(160) A alliciação aqui já não se apresenta sob a forma da seducção, dos
arts. 91, 92 e 93, cujo objectivo era promover a deserção de praças alistadas
no exercito e armada nacionaes. Alliciação do art. 97 é o acto pelo qual
alguem procura induzir, ou mesmo seduzir, por qualquer meio, gente do
paiz para o serviço militar estrangeiro. O facto em si da alliciação seria
licito, se não ficasse dependente da clausula — autorização do governo. A
falta desse requisito é que torna o acto criminoso.

Prescripção — 4 annos. Aatoria : maximo 2 annos, medio 1 anno e
6 mezes, minimo 1 anno (cellular; prepond. aggr. 1 anno e 9 mezes, prepond.
att. — 1 anno e 3 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos e 4 mezes.
medio 1 anno e 9 mezes, minimo 1 anno e 2 mezes (simples); prepond. aggr.
— 2 annos e 15 dias, prepond. att. — 1 anno 5 mezes e 15 dias Tentativa ou
cumplicidade : maximo 1 anno e 4 mezes, medio 1 anno, minimo 8 mezes,
(cellular); prepond. aggr. — 1 anno e 2 mezes, prepond. att. — 10 mezes. Na
forma do art. 409 : maximo 1 anno 6 mezes e 20 dias, medio 1 anno e 2
mezes, minimo 9 mezes e 10 dias (simples) : prepond aggr. — 1 anno 4
mezes e 10 dias, prepond. att. — 11 mezes e 20 dias. Cumplicidade na ten-
tativa : maximo 10 mezes e 20 dias, medio 8 mezes, minimo 5 mezes e 10
dias (cellular) : prepond. aggr. — 9 mezes 10 dias, prepond. att. — 6 mezes
e 20 dias. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno 13 dias e 8 horas, medio
9 mezes e 10 dias, minimo 6 mezes 6 dias e 16 horas (simples); prepond.
aggr. — 10 mezes 26 dias e 16 horas, prepond, att. 7 mezes 23 dias e 8 horas.
Crime affiançavel.

Art. 98. Violar tratados legitimamente feitos com as nações estrangeiras :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a quatro annos (161).

(161) Os tratados legitimamente feitos com as nações estrangeiras são compromissos de honra, cuja violação pode dar logar a declaração de guerra.

Aquelle que viola esses tratados, si investido de funcção publica, tem reponsabilidade de tal sorte que de seu acto possa causar damno ás relações internacionaes, ou expôr a Nação ao perigo de uma guerra, commette crime contra a independencia, integridade e dignidade da Patria.

• Não reconhecendo os Estados soberanos um poder terrestre superior e portanto não existindo um Codigo que regule os direitos e deveres dos Estados e suas relações externas, precisam estabelecer de mutuo accordo as regras de sua conducta. Desta necessidade que tem todo o Estado, que não viva em completo isolamento, resulta a celebração de convenções de Estado a Estado, regulando como devem proceder a respeito da materia que faz o assumpto do convenio. Já desde os mais remotos tempos, os povos, mesmo os mais barbaros, obrigavam-se por pactos a fazer ou deixar de fazer certos actos. A's convenções entre Estados se dá o nome de — *Tratados publicos*. Os *Tratados publicos* formam uma das bases do direito internacional, elles criam direitos e deveres positivos, independentes d'aquelles que resultam da propria natureza dos Estados como pessoas moraes. Podem ser celebrados entre dois ou mais Estados e ter por objecto qualquer assumpto licito. Sendo elles os laços da relações externas entre os Estados para que possam nascer preciso é o conjuncto das condições seguintes : 1^a Ter por objecto uma coisa licita e possivel; 2^a Capacidade das partes; 3^a Consentimento livre; 4^a Que sejam preenchidas as formalidades externas, taes como que sejam consignados em documentos e ratificados pelos Governos ou sancionados pelos poderes competentes quando forem celebrados *ad referendum* desses poderes. Os tratados subsistem independentemente dos governos que os celebraram, porquanto estes não são mais que representantes dos Estados, e os Estados, embora variem a sua forma de governo, no que repeita ás relações internacionaes conservam suas personalidades. A certos convenios internacionaes regulando entre dois ou mais Estados um só objecto precisamente determinado, dá-se o nome de *convenção*. Assim, diz-se — *convenção consular, convenção de correios, convenção telegraphia, convenção litteraria*; são verdadeiros tratados publicos e designados por tal termo, não porque exista differença essencial entre os termos *tratado* e *convenção*, mas sim porque este indica, na terminologia diplomatica, mais geralmente, um compromisso de menor alcance e referente a um só assumpto. São as convenções, tratados de menor importancia, porem sujeitas ao mesmo regimen destes. Alguns accordos entre os Estados são qualificados de *declaração*. E' a *Declaração* um acto em que, as partes contractantes, consignando haverem concordado sobre certos pontos determinam como obrarão a respeito ».

(Viveira Freitas, *Dir. Intern. Marit.*, ps. 46 e segs.

A disposição do art. 98 comprehende qualquêr tratado comtanto que seja legitimamente feito.

Para que o tractado se considere *legitimamente feito* é necessario o preenchimento dos requisitos intrinsecos essenciaes — capacidade dos contractantes, consentimento reciproco livre, objecto determinado e licito, alem do preenchimento das solemnidades externas ou extrinsecas. Diz Lafayette (*Obr. cit.* v. 1 § 172) que a lei internacional não prescreve formalidades externas, rigorosas e substanciaes para a celebração dos tratados e convenções. Desde que as partes chegam a accordo definitivo acerca do objecto da estipulações e de suas clausulas e se declaram reciprocamente a resolução tomada de se obrigarem, o tractado reputa-se perfeito e acabado, qualquer que seja a forma de expressão adoptada, a oral ou a escripta. Tal é em absoluto a doutrina, conforme attestam diversos Autores (Martens, Klüber, Heffter, Phillimore, Hael, Pradier, Bluntschi). Hoje, porem, a pratica invariavelmente seguida, pelas razões que Lafayette expõe, é serem os tractados e convenções reduzidos a instrumento escripto, no qual se consignam as estipulações. Esta pratica tem sido confirmada e a sua conveniencia é de tal ordem que varios Autores, taes como Wheaton, Schmalz e outros citados por Lafayette, sustentam que são nullos os tratados não reduzidos a escripto.

Se a violação de um tratado pode motivar uma declaração de guerra é certo, no entanto, que a superveniencia da guerra *nem sempre* extingue os tratados, como demonstra Lafayette (*Obr. cit.* v. I § 187). Esta é a doutrina. Para cortar duvidas e incertezas, diz Lafayette, continuam as Nações nos *tratados de paz* a enumerar os tratados preexistentes que ellas querem restabelecer, incluindo as vezes entre elles os transitorios — o que tem servido de fundamento para erroneamente se concluir que a guerra rompe todo o genero de convenções internacionaes,

Prescrição — 8 annos. Autoria : maximo 4 annos, medio 2 annos e 3 mezes, minimo 6 mezes (cellular); prepond. aggr. — 3 annos 1 mez e 15 dias, prepond. att. — 1 anno 4 mezes e 15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 2 annos 7 mezes e 15 dias, minimo 7 mezes (simples); prepond. aggr. 3 annos 7 mezes 22 dias e 12 horas, prepond. att. — 1 anno 7 mezes 7 dias e 12 horas. Tentativa ou cumplicidade : maximo 2 annos e 8 mezes, medio 1 anno e 6 mezes, minimo 4 mezes (cellular); prepond. aggr. — 2 annos e 1 mez, prepond. att. — 11 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 3 annos 1 mez e 10 dias, medio 1 anno e 9 mezes, minimo 4 mezes e 20 dias (simples); prepond. aggr. — 2 annos 5 mezes e 5 dias, prepond. att. 1 anno e 25 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 1 anno 9 mezes e 10 dias, medio 1 anno, minimo 2 mezes e 20 dias (cellular); prepond. — aggr. 1 anno 4 mezes e 20 dias, prepond. att. — 7 mezes e 10 dias. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos 29 dias e 16 horas, medio 1 anno e 2 mezes, minimo 3 mezes 3 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 1 anno 7 mezes 13 dias e 8 horas, prepond. att. — 8 mezes 16 dias e 16 horas. Crime affiançavel.

Art. 99. Violar a immuidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos (162).

(162) No intuito de entreterem e cultivarem as relações internacionaes, tem

aido pratica antiquissima dos Estados enviarem-se reciprocamente funcçõarios publicos especiaes, encarregados d'aquella missão, e de cuidarem de todos os interesses dos subditos de sua nação domiciliados no paiz estrangeiro. A esta classe de funcçõarios se denomina — *diplomatas*, e as relações por intermedio delles mantidas — *Relações diplomaticas*. Os negocios, objecto dessas relações — *Negocios diplomaticos* — são tratados nos ministerios, ou departamentos especiaes da administração publica que se occupam das relações exteriores ou internacionaes. A reunião dos ministros accreditados junto a um mesmo governo se denomina Corpo diplomatico. Tem sido pratica nomear-se entre os ministros um *decano* do corpo diplomatico, cujas funcções é representar o corpo diplomatico em certas funcções ou reuniões, em que se torne necessaria a acção collectiva.

Tambem se denomina *corpo diplomatico* a reunião dos funcçõarios diplomaticos de um paiz; assim se diz o *corpo diplomatico brasileiro, inglez, francez*, etc. Cada paiz organisa a sua diplomacia como entende mais conveniente.

Ha nas organizações diplomaticas dos paizes tendencia para uniformizarem-se, de modo que pode se dividir os representantes diplomaticos em quatro classes: Embaixadores, enviados e ministros plenipotenciarios, ministros residentes, encarregados de negocios. Dos representantes de Santa Sé os nuncios tem a categoria de embaixadores e os internuncios de enviados e ministros plenipotenciarios. Qualquer que seja a classe a que pertença o ministro estrangeiro, goza elle de immunidades que o collocam em situação especial. Assim, a sua pessoa é inviolavel no territorio onde vae servir desde que entra até que sahe. Mesmo sobrevindo uma guerra, o ministro do Estado inimigo deve ficar a coberto de toda a violencia até á sua partida do territorio e jámais ser retido prisioneiro. A inviolabilidade do ministro só desaparece quando elle, esquecendo o seu character, torna-se aggressor; fóra deste caso todo o ataque a elle dirigido é considerado um ultrage a sua pessoa e ao Estado que representa. Gozam tambem os ministros estrangeiros do direito de exterritorialidade, o qual consiste em eximir, ás pessoas que a elle tem direito, da jurisdicção local. A pessoa do ministro por uma ficção convencional é supposta continuar a residir em seu proprio paiz e como tal sujeita ás leis patrias, sendo o seu fundamento a conveniencia que têm os Estados em os seus agentes conservarem-se independentes da autoridade do paiz onde funcçõnam, afim de preencherem livremente a sua missão. Esta immunidade estende-se á familia do ministro, aos empregados e aos servidores que de um modo permanente estão ao seu serviço. A residencia do ministro, bem como seus effectos, archivos, papeis, correspondencia, são tambem protegidos pela mais rigorosa inviolabilidade, cumprindo notar-se que o ministro não pode converter sua casa em asylo de criminosos, devendo caso penetrem estes em seu domicilio, entregal-os á autoridade competente ou autorizar os agentes de policia á captura. Qualquer que seja a religião do ministro, elle exerce livremente o culto respectivo em sua residencia. Estão isentos de taxa de alfandega para os objectos de seu uso. As violações das leis do paiz praticadas pelo ministro ou por seu sequito, não dão logar a autoridade local proceder criminalmente contra as ditas pessoas salvos os casos em que a segurança do Estado ou a ordem publica peri-

quem, a policia não prenderá taes pessoas, exigindo a reparação da falta ou do delicto por via diplomatica. O enviado deve respeitar as leis do paiz em que está, e em caso de grave violação dellas, pode até ser expulso do territorio. Os tribunaes locaes sendo incompetentes para julga-lo, a punição será reclamada ao governo que o acreditou. As pessoas do sequito do ministro podem ser prezas em flagrante delicto, sendo a prisão levada ao conhecimento do ministro e ditas pessoas postas á sua disposição. » Vide Oliveira Freitas, *Dir. Intern. Marit.* p. 33.

O art. 99 do Cod. falla em *embaixadores* ou *ministros*. Os embaixadores são tambem ministros, porem de categoria mais elevada. Elles não só representam o Estado, mas tambem a propria pessoa do Soberano (do Chefe do Estado) que os acredita, e como tal tem direito ás mesmas honras que o seu constituinte. Os ministros, sejam plenipotenciarios, sejam residentes, são acreditados juntos ao Chefe do Estado, mas não representam a dignidade pessoal do Chefe do seu Estado. Os encarregados de negocios são tambem ministros, com esphera de acção mais limitada, seu character representativo é limitado aos negocios que respeitam com os seus plenos poderes. Oliveira Freitas, *Obr. e loc. cit.* e ainda mais Hefter, *Droit Public europ.*; Ch. de Martens, *Guide diplomatique*; Wheaton, *Elém. de Droit Intern.*; Calvo, *Droit Intern.*

Lafayette. (*Obr. cit.* v. I § 234), citando a classificação dos ministros publicos do Accordo do Congresso de Vienna com a modificação introduzida pelo de Aix la Chapelle, o primeiro de 19 de Março de 1815 e o segundo de 21 Março de 1818, diz que os ministros se dividem nas quatro classes supra mencionadas, incluindo, entre os embaixadores e nuncios, os *legados*. São eguaes em cathgoria e dignidade dos embaixadores os *legados* e *nuncios*, os quaes pela mesma ficção se reputam representar a magestade e a pessoa do Papa. Os *legados*, agentes diplomaticos da Santa Sé, *legati a latere*, são nomeados dentro os Cardeaes e recebem suas instrucções directamente do Papa : modernamente só são enviados para negocio extraordinario e de importancia especial. Entre os ministros das diversas classes, conclue o cit. A., não ha differenças substanciaes e propriamente juridicas : todos elles são delegados das Nações para gerirem os interesses e negocios dellas dentro dos limites dos poderes conferidos; todos elles representam a vontade e o pensamento de quem os constitue; todos elles são revestidos do character publico e official de funcionarios do Estado; todos elles finalmente têm direito ás mesmas immunidades. A divisão em classes differentes não tem outra causa e fundamento senão a differença de prerogativas puramente honorificas e de ceremonial. Os ministros estrangeiros gozam de privilegios e immunidades, necessarios para que possam desempenhar suas missões. Um dos privilegios é a *inviolabilidade* e de tal importancia que a offensa a pessoa do ministro publico, diz Lafayette, considere-se como offensa feita ao proprio Estado que elle representa e por seus effeitos mediatos affecta os outros Estados, tambem interessados em que seja mantida a inviolabilidade dos seus representantes no estrangeiro. Dahi vem que a dita offensa se transforma em *crime de Estado*, adquire maior gravidade do que se fosse commettida contra particulares, e deve em consequencia ser punida com penas mais severas. Por força desta doutrina todo o Estado junto ao qual

se acham acreditados ministros publicos é estrictamente obrigado a prevenir pelos meios á seu alcance a perpetração de offensas, violencias ou vias de facto contra a pessoa dos ditos ministros e, quando praticados, a fazer punir os autores com toda a severidade das leis. A negligencia ou recusa do governo em cumprir este dever é *justa causa* para reclamação diplomatica por parte do Estado, de quem o offendido é representante, para interrupção de relações, e ainda, segundo as circumstancias, para o emprego de medidas violentas.

O nosso Codigo não falla em privilegio, e somente em *immunidade*, mas fica entendido que essa palavra é empregada no sentido generico, comprehendendo tambem os privilegios. Para manter illesa a independencia do ministro publico perante o governo estrangeiro, diz Lafayette, o Direito Internacional tem creado um systema de garantias, que são conhecidas sob a denominação de *immunidades* dos ministros publicos. Estas immunidades são em geral as seguintes : Isenção da jurisdicção criminal, policial e administrativa do Estado junto ao qual servem; Isenção da jurisdicção civil; Isenção do palacio ou casa em que reside de toda e qualquer jurisdicção territorial; Inviolabilidades da correspondencia e dos correios; Liberdade de culto; Isenção de certos impostos. Para maior desenvolvimento vêr Lafayette, *Obr. cit.* § 242 e segs. que trata dos *Privilegios e immunidades*. Todavia, como observa Bento de Faria, citando outros A., esses privilegios e immunidades são limitados. Casos ha em que não podem ser invocados : Assim não se reputam offensas ao ministro, mas offensas communs contra o particular as que são commettidas contra a pessoa do ministro por quem estava em plena ignorancia do caracter official do offendido; as que o ministro recebe em acto de aggressão contra terceiro, praticadas pelo mesmo terceiro no exercicio de legitima defeza (Lafayette, citando outros A. A.); se o ministro é autor ou cumplice de crimes politicos contra o Estado ou o governo junto ao qual se acha arreditado; quando commerciar ou praticar actos que impliquem renuncia tacita de seu titulo de enviado diplomatico.

Vide o calculo da penalidade do art. 97.

Art. 100. Dilacerar, destruir, ou ultrajar em logar publico, por menosprezo ou vilipendio, a bandeira ou qualquer outro symbolo de nacionalidade de alguma nação estrangeira, ou a bandeira nacional :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno (163).

(163) Praticado por militar, este crime é tambem militar, previsto no Cod. Pen. Mil., que, no art. 78, apenas supprime o verbo — *dilacerar* — que significa fazer em pedaços, rasgar com violencia. *Destruir* é synonymo de aniquillar, derribar, arruinar, arrazar, devastar. O que se *destroe* cessa de subsistir, mas podem restar vestigios; o que se *aniquila* desaparece inteiramente. *Destruir* é dissipar inteiramente e ordema a até a apparencia das cousas. *Derribar* é lançar por terra o que estava ao alto; derriba-se uma arvore, uma casa, etc. *Arruinar* é fazer cahir em pedaços (*fazer em pe*

daços); arruina-se o que se destroe a ponto de ficarem apenas restos informes e desordenados. *Arrazar* é nivelar com o chão, *destruindo* tudo o que está mais alto e entulhando os sulcos e concavidades. *Decastar* é tornar deserto e solitario o lugar da couza devastada, sem que nelle fique nada do que o povoava, edificava, adornava, etc. (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*) Tendo os verbos — *dilacerar* — e — *destruir* — o seo significado proprio, referem-se a cousa que tornou-se o objecto do crime. Si se trata de uma bandeira — o termo proprio é *dilacerar*; se de um escudo, de um braço d'armas, ou cousa semelhante, *destruir* é o termo adequado. *Ultrajar* quer dizer injuriar, offender por obra ou por palavra, com desprezo.

O ultraje traz implicita a idéa de vilipendio, menosprezo, desprezo, menoscabio; de modo que a expressão — *por menosprezo ou vilipendio* — que os dous Cods. empregam deve se referir ao acto de dilacerar ou destruir, e não ao ultraje sob pena de redundancia. E' condição necessaria do crime que seja praticado publicamente.

O dolo especifico do delicto é a intenção de menosprezar ou vilipendiar a bandeira ou o symbolo da nacionalidade.

A penalidade é a do art. 94, segunda parte.

Art. 101. Comprometter em qualquer tratado, ou convenção, a honra, a dignidade ou os interesses da nação; tomar compromissos em nome della; ou de seu governo, sem estar devidamente autorizado :

Pena — de prisão cellular por um a seis annos (164).

(164) *Vide* nota ao art. 98. João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, part. esp., v. I, p. 33) considera a figura deste art. a quarta forma do grupo de crimes politicos sob a denominação de *machinações* em damno do proprio Estado, ou de um Estado alliado e acrescenta : « E' a *infidelidade do mandatario*, trahindo os interesses nacionaes legitimos nas negociações diplomaticas. A materia do art. 101 do Cod. neste ponto é muito delicada. Os elementos constitutivos do crime são : — que se torne culpado d'elle quem tenha sido encarregado pelo Governo de tratar com um governo estrangeiro negocios de Estado; que haja o animo de trahir o proprio mandato, o que é muito diverso de haver-se com pouco habilidade em exequil-o, e que a trahição se verifique de sorte a poder prejudicar o interesse publico. A redacção do texto, como quasi sempre, não prima nem pela clareza, nem pela precisão. » A disposição do art. 101 contem duas modalidades. A primeira consiste em pôr em perigo, arriscar, expôr a desar, fazer damno moral ou material á honra, á dignidade ou aos interesses da Nação. A significação de — *comprometter* — é essa. Frei Domingos Vieira (*Thez. da Ling. Port.*) observa que no sentido de *arriscar*, *expôr*, etc., *comprometter* é palavra condemnada pelos puristas como gallicismo, mas está já consagrada pelo uso. A segunda modalidade importa um abuso de poder, porque o agente não estava devidamente autorizado a tomar os compromissos em nome da Nação, ou do seu governo.

Prescrição — 12 annos. Auctoria : maximo 6 annos, medio 3 annos e 6 mezes, minimo 1 anno (cellular); prepond. aggr. — 4 annos e 9 mezes, prepond. att. — 2 annos e 3 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos, medio 4 annos e 1 mez, minimo 1 anno e 2 mezes (simples); prepond. aggr. — 5 annos 6 mezes e 15 dias, prepond. att. 2 annos 7 mezes e 15 dias. Tentativa ou cumplicidade; maximo 4 annos, medio 2 annos e 4 mezes, minimo 3 mezes (cellular); prepond. aggr. — 3 annos e 2 mezes, prepond. att. — 1 anno e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 2 annos 8 mezes e 20 dias, minimo 9 mezes e 10 dias (simples); prepond. aggr. — 3 annos 8 mezes e 10 dias, prepond. att. — 1 anno e 9 mezes. Cumplicidade na tentativa : maximo 2 annos e 8 mezes, medio 1 anno 6 mezes e 20 dias, minimo 5 mezes e 10 dias (cellular); prepond. aggr. — 2 annos 1 mez e 10 dias, prepond. att. — 1 anno. Na forma do art. 409 : maximo 3 annos 1 mez e dias, medio 1 anno 9 mezes 23 dias e 8 horas, minimo 6 mezes 6 dias e 16 horas (simples); prepond. aggr. — 2 annos 5 mezes 16 dias e 16 horas, prepond. att. — 1 anno e 2 mezes. Crime inaffiançavel.

Art. 102. Entrar jurisdiccionalmente em paiz estrangeiro, sem autoridade legitima :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a quatro annos (165).

(165) O Cod. Pen. Mil., considera abuso de poder, art. 111, n. 3, « entrar jurisdiccionalmente em aguas ou territorio de paiz estrangeiro, sem autoridade legitima ». Esta disposição é, como se vê, reproducção da do Cod. comm., com o accrescimento unicamente das palavras — *em aguas ou territorio*. — Em todo caso na expressão — *em paiz estrangeiro* — do art. 102 supra, podia-se considerar implicitas aquellas palavras, pois o *paiz estrangeiro* comprehende o *territorio* e as *aguas territoriaes*.

A figura do art. 102 é a da usurpação de funcção publica, que tambem manifesta-se no art. 224 : Arrogar-se effectivamente, exercer sem direito, funcção publica, civil ou militar. Ora, entrar jurisdiccionalmente em paiz estrangeiro, sem autoridade legitima, é arrôgar-se o exercicio de funcção, cargo ou commissão que não lhe foram conferidos. A jurisdicção illegitima, illegal, exercida por quem não tinha autoridade, só por si constitue usurpação de funcções. O Cod. arrolou, porem, este crime entre os que affectam a independencia, integridade e dignidade da Patria.

Vide o calculo da penalidade do art. 98.

Art. 103. Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effectiva :

Pena — de prisão cellular por quatro mezes a um anno (166).

(166) A redacção deste art. torna-o inintelligivel. *Reconhecer algum superior* — equivale a — *reconhecer em alguem autoridade*. Mas o pensamento parece ter sido o reconhecimento de *superior* ou *autoridade illegitima* em paiz estrangeiro. Não ha duvida que fóra do paiz, isto é, no estrangeiro, ha

autoridades brasileiras legítimas, ás quaes o cidadão brasileiro deve obediencia. Não se pode ainda contestar que o brasileiro em paiz estrangeiro está sujeito ás leis e autoridades locais e portanto a ellas também deve obediencia. Dizer-se que o crime consiste em reconhecer o brasileiro, aqui residente, superior no estrangeiro, a quem se dispóz a prestar obediencia, seria crear um delicto imaginario. Exceptuadas as relações do clero com a Santa Sé, das communitades religiosas com os seus superiores residentes no estrangeiro, cuja *obediencia* não é *acto* que constitua crime, não ha caso em que o nacional possa reconhecer no estrangeiro superior, cuja obediencia deva ser prohibida pela lei penal. Na expressão — *obediencia effectiva* — parece significar a *obediencia* que se traduz em *actos*, ou *factos*, que não se limita á simples palavras ou desejo.

Prescrição — 4 annos. Auctoría : maximo 1 anno, medio 8 mezes, minimo 4 mezes (cellular); prepond. aggr. — 10 mezes, prepond. att. — 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno e 2 mezes, medio 9 mezes e 10 dias, minimo 4 mezes e 20 dias (simples); prepond. aggr. — 11 mezes e 20 dias, prepond. att. — 7 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 8 mezes, medio 5 mezes e 10 dias, minimo 2 mezes e 20 dias (cellular); prepond. aggr. — 6 mezes e 20 dias, prepond. att. — 4 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 9 mezes e 10 dias, medio 6 mezes 6 dias e 16 horas, minimo 3 mezes 3 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 7 mezes 23 dias e 8 horas, prepond. att. — 4 mezes e 20 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 5 mezes e 10 dias, medio 3 mezes 16 dias e 16 horas, minimo 1 mez 23 dias e 8 horas (cellular); prepond. aggr. 4 mezes 13 dias e 8 horas, prepond. att. — 2 mezes e 20 dias. Na forma do art. 409 : maximo 6 mezes 6 dias e 16 horas, medio 4 mezes 4 dias e 10 horas, minimo 2 mezes e 2 dias (simples); prepond. aggr. — 5 mezes 5 dias e 21 horas, prepond. att. — 3 mezes 3 dias e 8 horas. Crime affiançavel.

Paraphographo unico. Si este crime for commettido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimem :

Pena — aos chefes, de prisão cellular por um a seis annos; aos outros membros, por seis mezes a um anno (167).

(167) No primeiro caso, *vide nota ao art. 101*; no segundo, *vide nota ao art. 94, segunda parte.*

Art. 104. Exercitar a pirataria — e este crime julgar-se-ha commettido :

§ 1. Praticando no mar qualquer acto de depredação e violencia contra brasileiros, ou contra subditos de nação com a qual o Brazil não esteja em guerra;

§ 2. Abusando da carta de corso, legitimamente concedida, para praticar, sem estar autorizado, hostilidades contra navios brasileiros, ou de outras nações;

§ 3. Apossando-se alguém, por meio de fraude ou violencia contra o respectivo commandante, do navio de cuja equipagem fizer parte;

§ 4. Entregando a piratas, ou inimigo, o navio a cuja equipagem pertencer;

§ 5. Opondo-se alguém, por ameaças ou por violencia, a que o commandante ou tripolação do navio o defenda em occasião de ser atacado por piratas ou por inimigo :

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

§ 6. Aceitando carta de corso de governo estrangeiro, sem competente autorização :

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos (168).

(168) A pirataria é um crime marítimo. O Cod. Pen. Mil. revogando, art. 191, as disposições legislativas e regulamentares relativas á punição dos crimes militares marítimos, exceptuou as disposições especiaes sobre o crime de pirataria. O Cod. Pen. comm., define o crime de pirataria no art. 104 e §§ e art. 106 e §§.

Ha differença entre *corso* e *pirataria*, como se pode ver em Oliveira Freitas, *Dir. Intern. Marit.*, pags. 130 e segs. e 290 e segs. « Chama-se *corso*, diz este A., a guerra feita no mar por navios de propriedade particular de subditos do Estado belligerante, armados e acosteados pelos proprios proprietarios, competentemente autorizados pelo governo de sua nação. Os navios assim commissionedos para fazer a guerra se chamam corsarios. Para que os corsarios sejam considerados como legitimos instrumentos de guerra e como taes sob a protecção do direito internacional, devem satisfazer a seguinte indispensavel condição : Estarem munidos de cartas patentes, chamadas cartas de marca (*commission de guerre, letters of marque, patente de corso*) passadas pelo Estado belligerante, cuja bandeira arvoram (1). Todo navio não munido de tal autorisação para fazer a guerra, se commette hostilidades, é tratado como pirata. Os corsarios ficam sujeitos ás leis e regulamentos que regem a marinha militar, os delictos commettidos por suas

(1) O *Dicc. Marit. Braz.*, do Barão de Angra, define *carta de marca* — autorisação escripta que um Estado belligerante dá a navios particulares para armarem-se em guerra e exercerem o corso. Alguns publicistas entendem que mesmo no estado de paz pode um paiz conceder esta autorisação para o caso de simples represalias. O commandante do navio armado em corso que for encontrado sem esta carta pode ser prezo e tratado como pirata. *Vide Ferreira Borges, Dicc. Jurid. Camm. vò. Corsario.* — A penalidade dos cinco primeiros paragrafos é a do art. 87. *Vide* o calculo. A do paragrapho sexto é a do art. 93, cujo calculo se encontra na respectiva nota.

tripolações são julgados por tribunaes militares; os armadores são solidarios e civilmente responsaveis das infracções ás ordens do seu governo. O corsario não pode combater sob outra bandeira que não a propria. O corso é regimentado, entre nós, pelo Alvará de 30 de Dezembro de 1822 na guerra da independencia. Como vimos, o Cod. comm. considera pirataria o abuso do corso nos termos referidos no art. 104, § 2. Piratas, diz ainda o mesmo illustrado A. cit., são os individuos que por conta propria, sem autorisação de governo algum, correm os mares, commettendo depredações a mão armada, attacando e roubando os navios que encontram, sem respeitar bandeira alguma, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra. Ao navio tripulado por taes individuos se denomina pirata, e á pratica dos actos criminosos por elles commettidos, pirataria. Posto que a definição de pirata suppõe a intenção de fazer um ganho, todavia os navios que sem essa intenção, mas sim a de satisfazer odios ou exercer vinganças, sahem ao mar para destruir os navios de uma nação estrangeira, metter a pique a carga desses navios, devastar o littoral do Estado de que estes dependem, e allivelar tudo a ferro e a fogo, são navios piratas. Taes actos entram na accepção da pirataria, segundo a linguagem internacional. Sendo a pirataria uma violação dos principios de toda a moral, um estado de guerra aberto contra a sociedade, todas as nações, mais ou menos cultas, repellem de seus seios os individuos que se entregam a esse crime, os quacs, perdendo assim as suas naturalidades, civil e politica de origem, são considerados malfeitores sem patria, essencialmente inimigos do genero humano. A bandeira arvorada por taes individuos é sempre uma bandeira usurpada e nada representa, seja qual fôr a nação que ella symbolise. Mesmo, caso tenham os piratas papeis de bordo, devidamente legalisados, elles perdem todo valor para representarem apenas provas evidentes de alguns dos seus crimes. Sendo a pirataria uma violação dos principios permanentes do direito internacional, todo o navio de guerra que tenha sciencia de actos dessa natureza, tem o dever de verificar o caracter do navio suspeito, caso os suspeitos se verifiquem aprisional-o e mesmo destruil-o, se de outro modo não puder proceder. Os navios piratas capturados, com o respectivo armamento e carga, pertencem ao Estado captor, se não ha direitos de terceiro em jogo. O Estado recompensará o captor, maximé se este foi um navio mercante que, atacado por um pirata conseguiu ser o vencedor ». Pertence á justiça federal o processo-julgamento do crime de pirataria, os juizes seccionaes preparam, o tribunal do jury julga, com recurso para o Supremo Tribunal Federal (Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, arts. 12 e 20). Vide ainda Ferreira-Borges, *Dicc. Jurid. Comm. vb. Pirata — Pirataria*; João Vieira, *Cod. Pen. Comm. part. esp.*, vol. 1, ps. 37 e segs.

Os piratas, diz Lafayette (*Obr. cit.*, v. I § 105), não adquirem o dominio das embarcações e objectos de que se apossam, porque o roubo nunca pode ser titulo legal de aquisição de propriedade. O direito de reaver taes embarcações e objectos ou seus valores, emquanto não estiver prescripto, fica sempre salvo aos legitimos donos.

Art. 105. Pena igual á estabelecida para os cinco primeiros paragraphos do artigo antecedente se imporá :

§ 1. Aos estrangeiros que commetterem contra navios brasileiros depredações ou violencias em tempo de guerra, sem estarem munidos de carta de corso;

§ 2. A todo commandante de embarcação que commetter hostilidade debaixo de bandeira que não seja da nação de que tiver recebido carta de corso.

Art. 106. Tambem commetterá crime de pirataria :

§ 1. O que fizer parte da equipagem de qualquer embarcação que navegue armada, sem ter passaporte, matricula de equipagem, ou outros documentos que provem a legitimidade da viagem :

Pena — ao commandante, de prisão celllular de quatro a 12 annos; ás pessoas da equipagem, de dous a seis annos (169).

(19) Vide Cod. Commercial, arts. 457 e segs.; dec. n. 2304 de 2 de Julho de 1896 que approva o regulamento da navegação de cabotagem.

Quanto ao cálculo da penalidade para as pessoas da equipagem, vide nota ao art. 93. Para o commandante : Prescripção — 16 annos. Penalidade : maximo 12 annos, medio 8 annos, minimo 4 annos (cellular); prepond. aggr. — 10 annos, prepond. att. — 6 annos. Na forma do art. 409 : maximo 14 annos, medio 9 annos e 4 mezes, minimo 4 annos e 8 mezes (simples); prepond. aggr. — 11 annos e 8 mezes, prepond. att. — 7 annos. Crimes inafiançaveis, em ambos os casos.

§ 2. O que, residindo dentro do paiz, traficar com piratas conhecidos, ou lhes fornecer embarcações, provisões, munições, ou qualquer outro auxilio, ou entretiver com elles intelligencias que tenham por fim prejudicar o paiz;

§ 3. Todo commandante de navio armado que trouxer documentos passados por dous ou mais governos differentes :

Pena — de prisão celllular por seis a 12 annos (170).

(170) Prescripção — 16 annos. Penalidade : maximo 12 annos, medio 9 annos, minimo 6 annos (cellular); prepond. aggr. — 10 annos e 6 mezes, prepond. att. — 7 annos e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 14 annos, medio 10 annos e 6 mezes, minimo 7 annos (simples); prepond. aggr. — 12 annos e 3 mezes, prepond. att. — 8 annos e 9 mezes. Crime inafiançavel.

CAPITULO II

Dos crimes contra a constituição da republica e forma de seu governo (171).

(171) Estes crimes são processados pelos juizes de secção e julgados pelo jury federal (dec. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 15, letra *i*; lei 221 de 20 de Setembro de 1894, art. 20, n. 1).

Art. 107. Tentar, directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição politica da Republica, ou a fórma de governo estabelecida :

Pena — de banimento, aos cabeças ; e aos co-réos — a de-reclusão por cinco a 10 annos (172).

(172) E' elemento primordial do crime deste artigo o *meio violento*, revolucionario, sedicioso. A Nação pode mudar a Constituição e adoptar a forma de governo que lhe convier. O exercicio desse direito é um dos attributos da soberania. Mas, essa mudança deve ser feita pelos meios regulares, manifestados por uma constituinte composta de representantes do povo, eleitos nas urnas livres, com poderes especiaes para aquelle fim. Esse processo é legal, constitue o exercicio de um direito. Um movimento armado, uma revolta, uma rebelião, uma revolução, são meios violentos, representam o predomínio da força material; mas, por isso mesmo, nunca serão o exercicio de um direito. A força é um instrumento para a defeza do direito.

O dec. n. 1062 de 29 de Setembro de 1903 alterou a penalidade, estabelecendo .

Art. 1.º Nos crimes de que trata o art. 107 do Codigo Penal, promulgado pelo decreto n. 847, de 11 de Outubro de 1890, será applicada aos cabeças a pena de reclusão por 10 a 20 annos.

Art. 2.º Na segunda parte do art. 107 do referido Codigo, onde se diz **co-réos**, diga-se co-autores.

Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrario.

Prescripção — 16 annos. Co-réos : maximo 10 annos, medio 7 annos e 6 mezes, minimo 5 annos (reclusão); prepond. aggr. — 8 annos e 9 mezes, prepond. att. — 6 annos e 3 mezes. Crime inaffiançavel.

Art. 108. Tentar, pelos mesmos meios, mudar algum dos artigos da Constituição :

Pena — de reclusão por dous a seis annos (173).

(173) *Vide* nota ao art. 93, applicada, porem, a reclusão.

Reputam-se — cabeças — os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento (174).

(174) Em 1891 o governador do Maranhão foi deposto por um movimento popular, filiado á revolução de 23 de Novembro contra o golpe de Estado do Marechal Deodoro, sendo acclamada uma junta governativa em 25 de Novembro do mesmo anno. O governo federal reconheceu a legalidade da junta governativa. Em 14 de Janeiro de 1892, o procurador seccional deu denuncia contra os membros da junta drs. Francisco da Cunha Machado, Joaquim Raymundo Ewerton Maia e Benedicto Pereira Leite. O juiz, dr. Viveiros de Castro, não recebeu a denuncia e entre os fundamentos da recusa figura o seguinte: — « *O movimento ficou victorioso, o que justifica e legalisa todos os seus actos.* » E em segundo despacho disse: « A theoria de que as revoluções victoriosas tudo legalisam, é ensinada por todos os publicistas, e até Othwell e Adams Cunnings consideram a revolução a *ultima ratio* dos povos. » Essa doutrina foi sustentada pelo sr. Barão do Sobral, procurador geral da Republica, no Supr. Trib. Fed. Disse s. ex.: « O fundamento da regeição da denuncia é que a justiça publica não pode qualificar criminoso o acto revolucionario que triumphou, e expressa ou virtualmente mereceu a approvação do povo e do governo nacional. Oppõe o procurador seccional que o poder judiciario é independente, e deve ser o guarda fiel da Constituição. Ambas as proposições são verdadeiras e, bem entendidas, não se contradizem. Quer dizer a primeira que a revolução vencedora é lei politica, que se impõe ao juiz, como a todos os cidadãos, investida ou não em funcções publicas, e debalde se tentaria destruil-a ou annullar-lhe os effeitos por meio de sentença que julgasse crime o que ella proclama virtude ou patriotismo, que impuzesse pena ao triumphador pelos proprios actos que lhe conferem o poder e os louros. A outra proposição significa que, na sua esphera o poder judiciario é tão soberano, como dentro das que lhe compete, são os outros poderes constituídos; e que nos casos submettidos á sua jurisdicção, deve collocar a Constituição acima das leis ordinarias do Congresso e dos actos do poder executivo. Mas esses poderes e essas instituições emanam da soberania nacional, que é omnipotente em materia politica; e si a sua vontade ordinariamente se manifesta na forma e dentro dos limites estabelecidos na Constituição, não raro irrompe nessa outra forma, que fôra tão inutil inscrever no corpo das leis, como proscrever-se a da revolução. Os actos revolucionarios, e ainda os dictatoriaes, procedem frequentemente do conflicto entre duas vontades oppostas, que pretendem ambas ser a genuína expressão da soberania, e, a não ser o predominio da força, só o direito da maioria pode resolver o conflicto, desde que são postos em pratica aquelles meios. Si o povo, por si ou por seus delegados, reprime esses actos, estão elles sujeitos a sancção penal: se nelles consente, expressa ou tacitamente, legitima-os porque a lei politica é a vontade do povo. Assim é que a maior parte das leis politicas do Brazil se originaram da revolução ou do golpe de Estado. Dissolvendo a primeira constituinte, declarou a Constituição monarchica; a revolução de 7 de Abril deu-nos o Acto Adicional; outro golpe de Estado depóz a Regencia, e entregou o

governo ao Príncipe, antes da idade fixada na Constituição; ainda foi a revolução de 15 de Novembro que aboliu a monarchia e deu-nos a Constituição da Republica, bem como a de 23 de Novembro ultimo, que annullou o golpe de Estado, pelo qual em 3 do mesmo mez fôra dissolvido o Congresso, suspensa em grande parte a Constituição e convidada a Nação a reformal-a. Nenhum desses actos foi jamais submettido ao julgamento dos tribunaes, porque somente a Nação, por si ou por seus representantes, podiam approval-os ou condemnal-os. O movimento popular do Maranhão, que foi objecto da denuncia, está filiado á revolução de 23 de Novembro. O povo insurgio-se contra o governo do Estado, porque este approvára o acto dictatorial contra o Congresso e a Constituição. Nem elle, nem a junta governativa que acclamaram, tiveram por fim obstar o livre exercicio de attribuições constitucionaes, ou o effeito de determinações do poder executivo conformes á Constituição, nos termos do art. 111, invocado pelo procurador seccional; pois eram manifestamente contrarios á Constituição o decreto da dissolução do Congresso e a ordem para a eleição de outro com poderes para reforma de artigos constitucionaes sem observancia dos tramites estabelecidos. Manifestaram, sim, a impossibilidade em que se acham de continuar no governo do Estado quem approva esses actos dictatoriaes. O Governo não prohibio o ajuntamento popular, não mandou proceder contra os autores da moção como conspiradores; entregou o poder á junta governativa sem resistencia. Não entendeu a justiça estadoal que elle se arrogasse e effectivamente exercesse, sem direito, funcção publica (art. 224 do Cod. Pen.). A junta funcionou com assentimento do Estado e da União até ser empossado o novo governador acciamado, e pelo Vice-Presidente da Republica approved, em virtude dos amplos poderes que lhe conferio o Congresso para resolver os conflictos sobre governo estadoal resultantes do golpe de Estado e da revolução que o annullou. O movimento politico consummou-se; produziu todos os seus effeitos, e si para isso contribuiu justa ou injustamente a abstenção da força federal, como allega o procurador seccional, é facto que não culpa o povo ou a junta, e de que só pode conhecer o Congresso. Ora, muito intencionalmente o Cod. Pen. da Republica, tratando dos arts. 107 e 108 da mudança da Constituição e da forma de governo por meios violentos, eliminou a qualificação de crime dada ao facto consummado nos correspondentes arts. do Cod. Crim. do Imperio, arts. 85 e 86. Já a jurisprudencia franceza tinha fixado a intelligencia de igual expressão do Cod. Pen. da França no sentido de corresponder ao delicto frustrado (*délit manqué*), porque, diziam Chauveau et Hélie, em materia politica a consummação do facto é a victoria, e a victoria é a impunidade. Si esta é a regra, ainda quando se trata dos mais graves crimes politicos, não se pode pretender a punição dos actos revolucionarios, que em defeza da Constituição, responderam a um golpe de Estado. Não se pode invocar a Constituição para criminalar os cidadãos que se levantaram contra os autores ou sustentadores do golpe de Estado violados da Constituição, quando toda a União, cada um dos Estados, tem condemnado esse acto dictatorial, e approved a renuncia ou a deposição dos governadores que o apoiaram. Parece que não era caso de proceder a formação de culpa para verificar a justificativa do mal menor com o fim de evitar o maior; pois o consentimento nacional justifica, legi-

tima os actos e a revolução vencedora não pode ser submettida a processo criminal. ■

Essa doutrina, que, aliás, não é conservadora, não importa no reconhecimento do direito de revolução, como pretendem opiniões radicaes. Ella é, como disse o sr. Ministro A.-J. de Macedo Soares, justificando o seu voto, « *um apanhado* de um facto de observação pratica, para corroborar a momentanea impotencia do direito fora das condições normaes das sociedades politicas ». Da revolução resulta *um estado de facto*, mas não *de direito*, porque ella é a subversão da ordem preestabelecida. Torna-se legitima, quando os intuitos são de ordem politica elevada, como foi a de 23 de Novembro; será ainda um meio de legitima defeza de direitos e liberdades conculcados pelos poderes arbitrarios; mas nunca será um *meio legal* de attingir os fins, ainda que estes sejam legitimos. A doutrina pode ser adoptada, porem, com estas reservas. *Vide no Direito*, Maio, 1892, p. 65.

Tanto no caso do art. 107, como no do art. 108, a figura delictuosa é a *tentativa*, a qual se applica pena especial (art. 63). Sem duvida a figura não podia ser a do crime consummado, em consequencia da doutrina dos *factos consummados* pela victoria do movimento revolucionario. E para concluir logicamente: Só ha crime quando ha fracasso do movimento, collocando assim os vencidos em situação duplamente inferior a de réus de crime politico; a de perseguidos politicos dos adversarios que triumpharam. Estas doutrinas, se satisfazem aos politicos dominantes, repugnam aos moralistas. Proal (*La Criminalité politique*, p. 304) conclue sua obra dizendo: « La politique s'est déshonorée par l'emploi de moyens coupables et l'adoption de maximes immorales. Elle a besoin de se réhabiliter en se moralisant. Après avoir pratiqué depuis si longtemps la ruse et le mensonge, l'intrigue et la violence, elle devrait, ne serait-ce qu'à titre de nouveauté, essayer un peu de la loyauté, de la tolérance et de la justice. Aujourd'hui plus que jamais on aime la nouveauté. Or, quoi de plus nouveau qu'une politique morale? Peut être finirait-on par reconnaître que dans la vie publique, comme dans la vie privée, la probité est la plus grande des forces et la suprême habileté. Science sans conscience, disait Rabelais, est la ruine de l'âme. Politique sans morale est la ruine de la société. » De facto, não se comprehende como se pode separar a individualidade, a consciencia, do homem politico da do homem particular? A probidade, a honestidade são qualidades que pertencem ao individuo, qualquer que seja a esphera de sua actividade. Vida particular e vida publica: como distinguil-as n'um só individuo que se permite a liberdade de ser proba na vida particular e deshonesto como homem politico? Dizem ainda — a politica não tem entranhas: E' outra maxima immoral com que os politicos de baixa estofa procuram justificar todos os seus actos de deshonestidade. E' certamente a linguagem dos que dizem que em politica não ha honra, porque tudo se permite para conseguir-se os fins.

Em face do art. 1.º da Constituição federal, o art. 108 doCodigo não se refere ao art. 1.º da Constituição. O crime deste incide na sanção do art. 107 doCodigo, assim opina Bento de Faria e concordamos.

CAPITULO III

Dos crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos (175).

(175) Tratando-se de crimes politicos, convem distinguir se interessam á União ou aos Estados, afim de firmar-se a competencia da justiça. Convem ainda distinguir se nos crimes politicos que interessam ao Estado houve ou não intervenção armada da União. Quando o crime interessa aos poderes da União, ou, interessando aos poderes estadoaes, houve a intervenção armada da União, a competencia para o processo e julgamento é do juizo federal, no caso contrario pertence á justiça local. Assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal em grande numero de accordãos. Para o julgamento dos crimes politicos que interessam o Estado o fóro competente é o Estado mais visinho que não estiver sob a influencia da commoção intestina que motivou a declaração do estado de sitio. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 14 de Agosto de 1895. E' incompetente o juiz seccional para conhecer de crime politico que só affecta os interesses do Estado, sem ter havido intervenção armada por parte do governo da União. Acc. do Sup. Trib. Fed. de 31 de Agosto de 1895. E' illegal a prisão ordenada por juiz ou autoridade do Estado em razão de processo por crime politico, que deu motivo a intervenção armada da União. Desde que, nos termos do art. 6 da Const. Fed., se operou a intervenção federal, os crimes politicos praticados contra o ordem constitucional do Estado, e que forem causa da mesma intervenção, cahem sob a acção da jurisdicção federal. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 8 de Maio de 1895. *Vide* nota 137. *Vide* ainda a lei 221 de 20 de Setembro de 1894, art. 83.

Art. 109. Oppor-se alguém, directamente e por factos, execução das leis e decretos do Congresso :

1.º Oppor-se directamente, e por factos, á reunião do Congresso;

2.º Entrar tumultuariamente no recinto de alguma das camaras do Congresso; obrigar-a, por meio de força ou ameaças de violencia, a propor ou deixar de propor alguma lei ou resolução; ou influir na maneira de exercer as suas funções constitucionaes :

Pena — de reclusão por dous a quatro annos (176).

(176) *Vide* nota ao art. 88, applicada, porem, a reclusão.

§ 1. Si qualquer destes crimes for praticado contra as assembleias legislativas dos Estados :

Metade da pena (177).

(177) Vide nota ao art. 97, applicada, porem, a reclusão.

§ 2. Si contra as intendencias ou conselhos municipaes :

A terça parte da pena (178).

(178) As especies criminosas do art. 109 e seus §§ devem ser interpretadas em confronto com os crimes de conspiração e sedição definidos nos arts. 115 e 118. De facto, é crime de conspiração (art. 115, §§ 4 e 5), concertarem-se vinte ou mais pessoas para opporem-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados; á reunião do Congresso e á das assembleias legislativas dos Estados. Constitue sedição (art. 118, n. 3, 5) a reunião de mais de vinte pessoas que, embora nem todas se apresentem armadas, se ajuntarem para com arruido, violencias ou ameaças, impedir a execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença de poder judiciario, ou ordem de autoridade legitima; constranger, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções.

Vê-se, portanto, que o objectivo do crime é o mesmo, mas as figuras são differentes. Na do art. 109 o agente é — *alguem* — *Oppor-se a quem*, etc., ao passo que na conspiração e na sedição ha pluralidade de agentes, vinte pessoas pelo menos. São ainda elementos constitutivos da conspiração — o *concerto*, e da sedição — o *ajuntamento com arruido, violencias ou ameaças*. O distinctivo dos crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos é a singularidade do acto, que, aliás, da logar a absurdos pela inxequibillidade da acção. Seria curioso vêr-se *alguem*, directamente e por factos, oppôr-se á reunião do Congresso, de uma assembleia legislativa, de uma intendencia ou camara municipal; ou entrar tumultuariamente no recinto do Congresso; obrigar esse mesmo Congresso com ameaças de violencia (!), ou á força (!!), a propor ou deixar de propor alguma lei ou resolução.

Accresce que é elemento essencial do crime que a opposição seja *directa, por factos, e com violencia*. A menos que o intuito do legislador não fosse acautelar o poder legislativo contra incursões ou excessos do chefe do poder executivo ou de algum dos seus agentes, não se comprehende o alcance dos dispositivos. O objectivo é, porem, manifesto : garantir o exercicio constitucional das funcções legislativas da União, dos Estados ou dos municipios

Entende Bento de Faria que no art. 109 não se comprehende o facto de impedir a reunião do Senado, no exercicio de suas funcções judiciaes de tribunal de justiça, nos termos do art. 33 da Constituição, visto tratar-se de garantia de *funcções legislativas*. A especie não foi prevista com relação a reunião do Senado como tribunal de justiça, porque quando se delineaó as figuras criminosas doCodigo, a Constituição ainda não existia. Harmonizando-se, porem, o preceito penal com o dispositivo constitucional, deve-se entender que o crime existe sempre, qualquer que seja a funcção constitucional

que estiver exercendo o Congresso, ou qualquer das suas camaras. É evidente que a sua conversão em tribunal de justiça é uma das funções constitucionaes do Senado. Não concordamos tambem na exclusão dos attentados por incendio ou dynamite como meios de opposição á reunião do Congresso pois estes meios, alem de violentos, constituem factos directos que impedem o funcionamento do Congresso ou de qualquer de suas camaras, seja ou não destruido o recinto ou edificio das sessões. Será este talvez o unico caso em que *alguem* possa directamente e por factos commetter os crimes previstos no art. 109.

Prescrição — 2 annos. Auctoridade : maximo 1 anno e 4 mezes, medio 1 anno, minimo 8 mezes (reclusão); prepond. aggr. — 1 anno e 2 mezes, prepond. att. — 10 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 10 mezes e 20 dias, medio 8 mezes, minimo 5 mezes e 10 dias (reclusão); prepond. aggr. — 9 mezes e 10 dias, prepond. att. — 6 mezes e 20 dias. Cumplicidade na tentativa : maximo 7 mezes 3 dias e 8 horas, medio 5 mezes e 10 dias, minimo 3 mezes, 16 dias e 16 horas (reclusão); prepond. aggr. — 6 mezes, 6 dias e 16 horas. prepond. att. — 4 mezes 13 dias e 8 horas. Crime affiançavel.

Art. 110. Usar de violencia, ou ameaças, contra qualquer membro das camaras do Congresso no exercicio de suas funções :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos (179).

(179) *Vide* nota ao art. 97.

§ 1. Si este crime for praticado contra qualquer membro das assembléas legislativas dos Estados :

Metade da pena (180).

(180) *Vide* nota ao art. 91, segunda parte.

§ 2. Si contra qualquer membro das intendencias ou conselhos municipaes :

A terça parte da pena (181).

(181) O exercicio das funções de membro do congresso, assembléa legislativa estadual, da intendencia ou conselhos municipaes é elemento constitutivo do crime: O Cod. diminue a penalidade se se trata de offensa aos poderes, ou representantes destes poderes, estadual ou municipal, como se a lesão do direito fosse diversa conforme a esphera de acção desses poderes. Nos limites da sua competencia e no exercicio de suas funções, os direitos da camara municipal são tão respeitaveis como os do Congresso Nacional. A lesão desses direitos produz alarma social tão intenso, como se se tratasse dos d'aquella corporação federal.

O município é a cellula da federação, um ataque a sua autonomia é tão grave como se fosse dirigido á do Estado. O Cod. considerou sem duvida a gravidade da infracção penal proporcional á extensão da circumscripção territorial dirigida pela corporação offendida.

Prescripção — 4 annos. Auctoria : maximo 8 mezes, medio 6 mezes, minimo 4 mezes (cellular) ; prepond. aggr. — 7 mezes, prepond. att. — 5 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 9 mezes e 10 dias, medio 7 mezes, minimo 4 mezes e 20 dias (simples) ; prepond. aggr. — 8 mezes e 5 dias. prepond. att. — 5 mezes e 25 dias. Tentativa ou cumplicidade : maximo 5 mezes e 18 dias, medio 4 mezes, minimo 2 mezes e 20 dias (cellular) ; prepond. aggr. — 4 mezes e 28 dias, prepond. att. — 3 mezes e 10 dias. Na forma do art. 409 : maximo 6 mezes, 6 dias e 16 horas, medio 4 mezes e 20 dias, minimo 3 mezes, 3 dias e 8 horas (simples) ; prepond. aggr. — 5 mezes, 13 dias e 8 horas, prepond. att. — 3 mezes, 26 dias e 16 horas. Cumplicidade na tentativa : maximo 3 mezes, 16 dias e 16 horas, medio 2 mezes e 20 dias, minimo 1 mez, 23 dias e 8 horas (cellular) ; prepond. aggr. — 3 mezes, 13 dias e 8 horas, prepond. att. — 2 mezes, 6 dias e 16 horas. Na forma do art. 409 : maximo 4 mezes, 4 dias, 10 horas e 40 minutos, medio 3 mezes, 3 dias e 8 horas, minimo 2 mezes, 2 dias, 5 horas e 20 minutos (simples), prepond. aggr. — 3 mezes, 18 dias, 21 horas e 20 minutos, prepond. att. — 2 mezes, 17 dias, 18 horas e 40 minutos. Crime affiançavel.

Art. 111. Oppôr-se alguem, directamente e por factos, ao livre exercicio dos poderes executivo e judiciario federal, ou dos Estados, no tocante ás suas attribuições constitucionaes ; obstar ou impedir, por qualquer modo, o effeito das determinações desses poderes que fôrem conformes á Constituição e ás leis :

Pena — de reclusão por dous a quatro annos (182).

(182) O Cod. Pen. tendo distinguido os crimes politicos em duas especies — federal e local — a letra *i* constitucional do art. 60, ha sido interpretada como restricta á primeira especie, doutrinalmente pelo Supr. Trib. Federal e authenticamente pelo Congresso Nacional, ainda composto de muitos constituintes, na lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 83, principio. Dispondo de facto a citada letra *i*, que compete aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar os crimes politicos, não obsta a intelligencia dada pelos poderes legislativo e judiciario a falta de repetição final de qualificativo — federaes — visto como se ella preponderasse, ficariam inclusos na jurisdicção da União todos os crimes politicos havidos no Universo, e aquella falta de repetição reproduz-se frequentemente no texto da Constituição, entre outros, nos arts. 16, §§ 2 e 3, 18, 25, 29, 31, 33, 35, 36, 43, 46, 82 e 89, sem que se haja pretendido, todavia, estender aos deputados, senadores, governadores e funcionarios locaes os respectivos preceitos, nem submeter ao tribunal de contas o exame da receita e despeza dos Estados. Tendo sido a mente do legislador constituinte crear duas justicas e duas organizações parallelas, uma pertencente á União e outra aos Estados, a

Interpretação da acção pelo juiz seccional do Rio de Janeiro offende o pensamento e o escopo da Constituição e, portanto, deve ser eliminada sem embargo da maxima juridica que prohibe distinguir onde a lei não distingue, por quanto tal regra veda, que, sem razão especial deduzida da lei ou do motivo em que ella se baseia, se lhe ponha excepção alguma. O elemento historico corrobora a interpretação logica, visto como ao poder unitario da monarchia succedeu a federação, cuja essencia não tolera o aniquilamento ou o atrophamento dos poderes locaes. A invasão da justiça federal na jurisdicção criminal dos Estados subordinaria a existencia destes a meros Poderes da União, por quanto, sendo politicos todos os crimes praticados contra o livre exercicio dos poderes e dos direitos politicos e contra a segurança interna, a vida dos Estados e o funcionamento regular de suas instituições, na hypothese da legitimidade d'aquella invasão, ficariam dependentes assim das sentenças da justiça federal como das leis do Congresso nacional e dos decretos do Presidente da Republica, que porventura resolvessem, amnistiassem ou indultassem os autores de taes crimes. Tendo-se organizado os Estados Federaes, o do Rio de Janeiro promulgou aos 9 de abril de 1892 a sua Constituição, cuja base é o Municipio autonomo (art. 4) e na qual creou um tribunal especial para julgar o Presidente do Estado e seus secretarios pronunciados em caso de responsabilidade pela Assembléa legislativa (arts. 26, § 15, 54 e 60, paragrapho unico) e estendeu aos vereadores a mesma inviolabilidade pessoal pelas opiniões enunciadas no exercicio das funcções de que gozam os representantes daquella Assembléa (arts. 13 e 101), os quaes não poderão ser presos sem prévia licença de sua corporação, salvo flagrante delicto inafiançavel (art. 14). A brusca intervenção da justiça federal na formação da culpa dos inimigos dos poderes politicos locaes ou da segurança interna dos Estados romperia os órgãos e aparelhos especiaes destinados a manter nelles a paz publica e a defesa da propria existencia e cancellaria revolucionaria e despoticamente os privilegios parlamentares dos membros das respectivas Camaras legislativas, sobrelevando que na especie dos autos está denunciado o Presidente do Estado do Rio de Janeiro como autor ou cúmplice de um facto que, si fosse criminoso, envolveria necessariamente processo de responsabilidade, de onde se segue que o juiz seccional, caso prosiga no summario, invadirá, nada mais, nada menos, que a jurisdicção do Poder Legislativo do Rio de Janeiro, unico competente para processar aquelle denunciado em crime de responsabilidade até a pronuncia inclusive (Constituição fluminense, art. 26, § 15). Havendo o impetrante e os demais vereadores eleitos em 14 de Outubro de 1894 para a Camara Municipal de Nictheroy se reunido em sessão a 1º de Janeiro do corrente anno e então nomeado as commissões de verificação de poderes, verificados estes e celebrada a sessão de inauguração no dia 8, na qual prestaram todos a promessa do éstylo, tudo em observancia da lei estadual n. 17, de 20 de Outubro de 1892, arts. 18 e 22, estava o impetrante legal e solemnemente investido no seu cargo popular e, portanto, quando fôra criminoso, o facto de ter elle reassumido o respectivo exercicio com os outros vereadores na sessão de 5 de Fevereiro ultimo, por não ter o Tribunal da Relação do Rio annullado a verificação de poderes dentro do prazo de 10 dias, capitular-se-hia antes na usurpação de funcções publicas locaes, crime de responsabi-

dade definido no art. 24 do código penal, o que mais uma vez demonstra a incompetência da justiça federal, á qual é, pois, indifferente saber si ao impetrante se proporcionou ou não a audiência prévia ordenada pelo decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, no art. 96, porque ella fórma culpa de responsabilidade tão sómente aos funcionarios e juizes federaes (lei 221. art. 42) Sendo, incompetente a justiça federal para processar o facto constante da denuncia de fis., o qual nem sequer é criminoso, visto que, revestindo o art. 88 n. 12 da Constituição Fluminense o poder judiciario do Estado pelo órgão do seu Tribunal Superior com a faculdade duplamente exorbitante de negar sanção a deliberações municipaes de natureza não meramente judiciaria, mas essencialmente politica e individualmente inherente ao pessoal das corporações electivas e tendo sido marcado o prazo fatal de 10 dias para o exercicio dessa attribuição na lei estadual de 16 de Novembro de 1892, art. 95, §§ 3 e 105 e no Regul. fluminense n. 20 de 18 de Fevereiro de 1893, arts. 144 e 146, o superior tribunal de Relação não proferio o *veto* dentro do decennio contado da data da apresentação dos recursos e, portanto, ficou subsistente e em seu pleno vigor a verificação de poderes municipaes de Nictheroy. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 8 de Junho de 1895, no *Direito*, 15 de Agosto de 1895, p. 545.

— Commette o crime previsto no art. 111 do Cod. Penal e é processado e julgado pela justiça local e não pela federal, o escrivão que se oppõe á execução de mandado expedido pelo juiz local, em que serve. Acc. do Cons. Supr. da Corte de Appel. do distr. Fed. de 11 Junho 1893, no *Direito*. Dezembro 1893, p. 542.

— E' elemento constitutivo do crime definido no art. 111 do Cod. Pen. a permanencia do juiz no cargo, a cujas funcções ou a cujas determinações se oppõe obstaculo. Acc. do Sup. Trib. Fed., 19 Dezembro 1894, no *Direito*, Março 1895, p. 403.

— São elementos da segunda parte do art. 111 : 1º que haja determinação de autoridade competente; 2º que a *determinação* seja de conformidade com a Constituição e as leis; 3º obstaculo ou empecilho aos efeitos da determinação.

Officiando no processo do dr. Miguel Vieira Ferreira, accusado do crime de mandar quebrar a imagem de Christo Crucificado do Tribunal de Jury da Capital Federal, officando nesse processo, o dr. Lima Drummond entendia que o accusado incorreo nas penas do art. 111, segunda parte combinado com o art. 18, § 2 do Cod., e escreveu o seguinte : « E' necessario interpretar o art. 111, segunda parte, do nosso Código, de accordo com o elemento systematico, buscando a unidade harmonica da nossa legislação penal. A doutrina absoluta de que cada cidadão pode ser juiz supremo da legalidade ou illegalidade das determinações derivadas dos poderes competentes não se concilia com a da responsabilidade dos funcionarios que a delinquem, e apresenta o enorme perigo de inocular a anarchia e a dissolução no organismo da sociedade. Este perigo foi ainda ha poucos annos assignalado eloquentemente pela magistratura na Italia, quando se elaborava o novo Código penal desse paiz. E no senado italiano conforme, affirma Zanardelli, se propoz fosse a redacção do texto legal, relativa a delicto congenere ao de que se trata, empregado o adjecto — *manifesto* — para qualificar, como digno de legitima-

repulsa o arbitrio do poder publico. O cidadão « non si può farse giudice in causa propria, dove existe un punto giuridicamente disputabile, la cui decisione appartienne al solo magistrato » (Carrara — *Progr. part. esp. v. V, § 2777*). N'esta importantissima questão, a verdade está, affirma Garraud, entre as duas opiniões : ao cidadão não cabe a obrigação absoluta de se submeter aos actos illegaes da autoridade, nem o direito, absoluto de a esses actos resistir. O arbitrio do funcionario, diz Carlo Giachetti, deve ser evidente e certo. E indispensavel se torna essa interpretação da lei para evitar a subversão social pela annullação completa do principio de autoridade na demagogia infrene. » *Vide, no Direito, Fevereiro 1895, p. 247; e nota ao art. 185.*

— Para o calculo da penalidade *Vide* nota ao art. 88, applicando-se, porem, a reclusão.

Art. 112. Usar de violencia, ou ameaças, contra os agentes do poder executivo federal, ou dos Estados, para os forçar a praticar ou deixar de praticar um acto official :

Pena — de prisão cellular por um ou dous annos (183).

(183) No art. 111 a offensa é dirigida a qualquer funcionario dos poderes *executivo e judiciario federal ou dos Estados* impedindo-o de exercer alguma das suas attribuições constitucionaes, obstando, impedindo de qualquer modo, o effeito de suas determinações legaes (conforme á Constituição e ás leis).

No art. 112 refere-se ao funcionario (agente) do *poder executivo* federal ou dos Estados, que é *forçado* a praticar ou deixar de praticar um acto official, sob a pressão de violencias ou ameaças. Na expressão do art. 111 — *obstar ou impedir POR QUALQUER MODO* — estão incluidas a violencia e as ameaças. De modo que a caracteristica dos dois crimes, tratando-se de agentes do poder executivo, consiste na *determinação legal* que é obstada por qualquer meio, e *acto official* que é praticado á força, por meio da violencia physica, material, ou de ameaças, que é uma violencia moral. Por *determinação legal* deve se entender — toda a ordem, sentença, instrucção, todo acto, emfim, que, de accordo com a Constituição e as leis, deva ser cumprido. *Acto official* significa — acto legal, que em virtude do cargo, emprego ou officio, deve ser exercido pelo funcionario.

O crime do art. 112 consiste no uso da violencia e da ameaça para forçar o funcionario a praticar o acto, ainda que legal. Assim, é elemento essencial que o funcionario esteja no exercicio de suas funcções.

— Sobre o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 97.

Art. 113. Usar de violencia, ou ameaças, para constranger algum juiz, ou jurado, a proferir, ou deixar de proferir, sentença, despacho ou voto; a fazer ou deixar de fazer algum acto official :

Pena — de prisão cellutar por um ou dous annos (184).

(184) A figura do art. 113 é a do art. anterior, porem, *com* relação aos funcionarios do poder judiciario, sem distinguir se federal ou estadual. Essa omissão não exclue a regra que estende a disposição aos funcionarios judicarios da União e dos Estados. O uso da violencia, que pode ser material, ou moral (ameaças) para *constranger* o juiz ou jurado no desempenho de suas funcções, equivale ao uso d'aquelles meios para *forçar* o agena executivo a praticar ou deixar de praticar o acto official. E' tambem elemento essencial do crime que o juiz esteja no exercicio de suas funcções e quanto ao jurado que tenha sido sorteado para servir em determinada sessão do jury. Embora não seja expresso no Código, deve se entender que a mesma disposição se applica ao *vogal* sorteado para o tribunal correccional.

— Sobre o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 97.

Art. 114. Levantar motim, ou excitar desordem, durante a sessão de um tribunal de justiça ou audiencia de juiz singular, de maneira a impedir, perturbar ou determinar a suspensão do acto :

Pena — de prisão cellutar por dous ou seis mezes (185).

(185) A figura deste artigo assume uma feição especial. O objectivo do crime é impedir, perturbar ou determinar a suspensão da sessão do tribunal judiciario ou a audiencia do jury, por meio de motim ou excitação de desordem. O motim e a excitação da desordem são as características do crime. A diferença entre *motim* e *desordem* consiste em uma questão de palavras, porque ambas decorrem de um só facto — a alteração da ordem, que deve reinar no recinto onde funcionem a sessão do Tribunal ou a audiencia do juiz. E se quizerem estabelecer um traço diferencial, diremos que o *motim* é uma desordem tumultuaria; de efeitos mais graves conforme a intensidade do alarma, a *desordem* será um movimento de menor extensão, menos violento. No Cod. Pen. Militar o *motim* é crime definido no art. 93, praticado por militares reunidos em numero de quatro, pelo menos, e armados. Está incluído no capitulo que trata da revolta e da insubordinação. *Vide* o nosso *Cod. Pen. mil. Comm.* Mas o art. 114 diz — *excitar* desordem. A excitação é a provocação, o convite, o alliciamento, das pessoas presentes para que promovam a desordem, perturbem a sessão ou a audiencia. Da excitação resultará, ou não, a desordem. No primeiro caso a desordem pode-se considerar o motivo; no segundo, a excitação por ei só constitue o crime, que se consumma em qualquer das hypotheses. E' elemento essencial que o tribunal ou juiz estejam no exercicio das funcções, quer haja impedimento do acto continuar, quer seja suspensão, quer se verifique simples perturbação. A penalidade é fraca, não é proporcional á gravidade do delicto.

Vide para o calculo respectivo, nota ao art. 96.

TITULO II
DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA INTERNA
DA REPUBLICA

CAPITULO I
Conspiração (186)

(186) Fizemos referencia ao art. 115 quando, em nota ao art. 109, tratamos dos crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos. O Cod. inscreve a conspiração entre os crimes contra a segurança interna da Republica, mas de facto, as especies dos §§ 4 e 5 do art. 115 tem por objectivo o livre exercicio dos poderes constitucionaes da União ou dos Estados. A differença das figuras é que nas do art. 109 não ha, como na conspiração, concerto, nem pluralidade de agentes, em numero de vinte pelo menos. Duas destacam-se, porem, do art. 115, que só se referem á União, as dos §§ 1 e 3. As outras são communs á União e aos Estados. A conspiração é um delicto collectivo.

Art. 115. E' crime de conspiração concertarem-se 20 ou mais pessoas para :

§ 1.º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional ;

§ 2.º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida ;

§ 3.º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal ;

§ 4.º Oppôr-se, directamente, e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados ;

§ 5.º Oppôr-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e á das assembléas legislativas dos Estados :

Pena — de reclusão por um a seis annos (187).

(187) João Vieira, criticando o Cod. pen., diz : « Sobre o Cod. italiano, fonte do nosso, Carrara observa que tratando se de crimes *formaes e para*

os quaes a lei tem exigido para sua concretização acções directas, não era o caso de fazer distincção qual e que proporção haviam assumido os actos preparatorios, nem de occupar-se do character extranho á verdadeira acção-do crime. Removida esta anomalia, definiu-se o crime de conspiração como a resolução concertada e concluida entre varias pessoas de commetter algum dos crimes indicados na disposição... Concerto e conclusão do mesmo, dirigido para aquelle determinado escopo de delinquir, eis os verdadeiros e unicos elementos da conspiração. Para concretizar o crime de conspiração bastam os elementos do concerto e das conclusões do projecto de realizar algum dos crimes a que se refere a conspiração. A determinação dos meios não é definida, nem acerca da natureza dos mesmos, nem sobre a epocha de sua exterminação. Basta que tal determinação exista e nada mais, porque é mister considerar que se trata de um crime *formal*, que urge extinguir nos seus primordios. A conspiração não deve se confundir com um simples desejo, e nem mesmo com um projecto que tenha deixado a vontade indecisa. A resolução dos conspiradores deve ser firme e positiva : precisa alem disto que todos elles se tenham posto de accordo sobre o fim e sobre os meios de execução ; que cada um tenha recebido e accedido o proprio papel no drama commum, que toda difficuldade tenha sido eliminada, toda dissidência tenha desaparecido. Não obstante, o Cod. Pen. no art. 115 nos dá noções muito diffusas do crime e exige para elle, ao contrario do direito italiano, francez, hespanhol e outros, o concerto de vinte ou mais pessoas, repetindo assim sem criterio o art. 107 do velho Cod. de 1830. Os art. 116 e 117 são tambem reproducção dos art. 108 e 109 do Cod. anterior. » Os elementos do crime de conspiração são pelo Cod. comm. : 1º O concerto criminoso entre vinte ou mais pessoas ; 2º unidade de escopo, sem o que não é possivel concerto nem a resolução sobre os meios de a empregar ; 3º que o concerto recaia sobre os meios de agir, o que significa que aquellas operações que devem formar ou constituir, na sua apparição material a aggressão á soberania do Estado, seja na pessoa que a representa, seja na sua lei fundamental, tenham devido constituir materia de exame commum das conspirações ; 4º é mister que ao concerto corresponda a resolução sobre os meios de agir, de sorte que, preparado e concertado o designio, dos varios actos a executar-se por todos ou por cada um dos conspiradores, outra cousa não falte senão a respectiva execução material dos mesmos actos. E' este o conceito de Pessina, commentando o Cod. ital. e que tambem se adapta ao nosso. A característica da conspiração é a existencia da associação, uma especie de contracto com o fim determinado contra a segurança do Estado, que se revela pela unidade de vontade, unidade perfeita, completa, definitiva. Mas esta associação differe da *societas criminis*, que é uma convenção realisada entre diversas pessoas para o fim do consummar um delicto no interesse commum ou respectivo de todos os associados (Carrara, *Prog.*, p. ger., § 450), os quaes são considerados a causa moral efficiente do delicto ; estes tem igual responsabilidade e devem soffrer a mesma pena, salvo o caso de aggravantes e attenuantes *pessoaes*, por mais insignificante 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. No crime de cons—

piração definido no art. 115 do Cod. Pen. ha o concerto de 20 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. Existe em ambas as associações o *pactum sceleris*, mas divergem quanto aos intuitos e modos de execução. Vide em o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.*, no *Appendice*, e na integra, o Acc. do Conselho Trib. Civ. e Crim. do Distr. Fed. de 11 de Julho de 1896, sobre o attentado de 5 de Novembro de 1897 contra o Presidente da Republica.

— No § 1º do art. 115 não ha um crime consummado, no sentido do art. 12 do Codigo, mas a tentativa constitue crime sujeito a pena especial na forma do art. 63. A tentativa deve ser *directa*, isto é, no concerto devem os conspiradores manifestar a intenção clara, positiva, de destruir a integridade nacional *por factos*, que são os meios escolhidos para a realização do objecto. Estes *factos* podem consistir nas reuniões celebradas para o concerto, nos recursos materiaes e intellectuaes que tenham accumulado para o momento opportuno da destruição. Convem saber em que consiste a *integridade nacional*, a que se refere o paragrapho. O significado lexicologico do termo *integridade* é a qualidade de ser inteiro; estado do que é inteiro, completo — *conservar a INTEGRIDADE de um territorio*, conservalo inteiro não consentir que seja dividido ou alienado em partes. N'este sentido a figura do § 1º confunde-se com a do § 3, pois a separação de um Estado é um ataque á integridade nacional. A integridade nacional é o conjuncto de condições necessarias e estrictamente ligadas entre si, de modo que a eliminação de qualquer d'ellas causa ao todo um prejuizo material e moral irreparavel. O territorio, a forma do governo, a Constituição, as instituições, a organização politica e administrativa, o exercício dos poderes constituídos da nação, tudo isto reunido constitue a integridade nacional. Destruir a integridade nacional é attentar contra qualquer d'aquelles elementos componentes. N'aquella expressão estariam incluidos todos os casos que o Cod. estabelece em os §§ 2 a 5. O Cod. foi, porem, casuístico em cada um dos paragraphos, parecendo incluir na especie do § 1º qualquer ataque á integridade nacional que não estiver previsto nos outros paragraphos.

Vide nota 169 A.

— No § 2 do art. 115 encontra-se reproduzida a disposição do art. 107, com o acrescimo das palavras — *ou dos Estados*. A' parte a differença pelas características da conspiração (concerto e pluralidade de agentes, com o numero determinado no minimo), parece que no art. 107 só se cogita dos interesses da Republica. E assim os crimes contra a Constituição da Republica e forma do seu governo podem ser praticados por meio de conspiração ou por qualquer outro, e não escapará á punição, porque o Codigo prevenio todas as formas da manifestação do delicto (Vide notas 166 e 167 A). Mas, na conspiração a mudança violenta da Constituição ou forma do governo estabelecida pode ter por objecto a União ou os Estados. E por isso o Supremo Tribunal Federal tem decidido, traçando a orbita das justicas federal e local, em face do art. 60, letra i, da Const. Fed. combinado

com o dec. 848 de 1890 e lei 221 de 1894, art. 83, que os crimes políticos que affectam os poderes estadaes são da competencia da justiça estadual; salvo quando, por força do art. 6 da Constituição, a União teve de intervir armada.

§ 3. A separação de algum Estado affecta á integridade nacional, pelo desmembramento do territorio, pois a Nação Brasileira constituiu-se, sob a forma de governo republicano federativo, por união perpetua e indissolúvel das suas antigas provincias, em Estados Unidos do Brasil (Const. Fed. art. 1). Sem embargo deste preceito, os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se, para se annexar a outros ou formar novos Estados, mediante acquiescência das respectivas assembléas legislativas, em duas sessões annuaes successivas, e approvação do Congresso Nacional (Const. Fed. art. 4). Esse é o meio legal. O crime consiste em tentar, directamente e por factos, *fora daquelle meio*, a separação do Estado, *desmembrando-o da União*. Esse desmembramento ou separação pode visar a constituição do Estado independente da União, ou a annexação a outra nação visinha. E' isto que a Const. não permite e o Cod. previne pela punição.

§§ 4 e 5. O facto de que tratam estes §§, pode constituir delicto consummado ou tentativa. Em nota ao art. 109, que contem disposição identica, fizemos referencia a esses §§ e para as respectivas notas remettemos o leitor.

Vem a proposito, citar a divergencia de opiniões que suscitou o julgamento dos implicados no attentado de 5 de Novembro de 1897 contra o presidente da Republica, relativamente ao fóro competente. O Supremo Tribunal Federal, por Acc. de 16 de Fevereiro de 1898, julgou-se incompetente. Houve accentuada divergencia de votos que foram justificados, de modo que não se pode considerar firmada jurisprudencia sobre esse ponto. Eis o accordão: Vistos, expostos e discutidos estes autos de conflicto positivo de jurisdicção, levantado pelo procurador da Republica na Secção do Districto Federal, entre o juiz da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal e o juiz seccional do Districto, por se terem ambos julgado competentes para o processo dos indiciados no inquerito policial referente ao attentado de 5 de Novembro do anno proximo findo contra a pessoa do Snr. Presidente da Republica, resolvido como preliminar que o caso proposto é de conflicto de jurisdicção, e Considerando que os crimes politicos a que alludem o art. 60 da Constituição Federal e o art. 15 do decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, e cujo processo e julgamento competem aos juizes e tribunaes federaes, nos termos dos citados artigos pr. são os que se acham previstos nos arts. 86 a 123 do Código Penal e nos arts. 47 a 55 da lei n. 35 de 26 de Janeiro de 1892;

Considerando que os factos de que cogita o referido inquerito não apresentam os elementos constitutivos de nenhum dos crimes definidos nas leis apontadas, pois em nenhuma dellas foi previsto como delicto de natureza politica o attentado contra a pessoa do Presidente da Republica em occasião diversa daquella em que se achasse exercendo qualquer das attribuições constitucionaes, taxativamente declaradas no art. 48 e paragraphos da Constituição;

Considerando, além disso, que o crime de 5 de Novembro, não tendo obstado ao livre exercício daquellas attribuições do Poder Executivo Federal (pois em momento algum o Presidente da Republica deixou de exercer qualquer das indicadas attribuições por opposição directa e por factos que se lhe fizesse), não pôde ser capitulado no art. 111 do Codigo Penal, como em seu interlocutorio de fls. 14 pretende o juiz seccional, nem no art. 115, § 4 do mesmo Codigo, como parece ao juiz da 4ª. Pretoria em seu despacho de fls. 2 v.; ainda

Considerando que, embora politico o movel do attentado de 5 de Novembro, não basta, entretanto, para qualificar de natureza politica o mesmo attentado, por isso que o movel só qualifica o delicto quando constitue o dolo especifico de sua respectiva definição legal, como nas hypotheses do art. 320, § 2, *in fine*, 359 e outros do mencionado Codigo, o que, porem, não se verificou na especie vertente; e

Considerando que só por analogia ou paridade poder-se-ha capitular o attentado contra a pessoa do Presidente da Republica nos artigos do Codigo relativos aos crimes contra o livre exercício das attribuições constitucionaes do Poder Executivo Federal (citados arts. 111 e 115 § 4.º); mas

Considerando que tal capitulação é vedada pelo art. 1.º do Codigo Penal, que prohibe terminantemente a interpretação extensiva por analogia ou paridade, para qualificar crime ou applicar-lhe penas; e

Considerando que se assim não fosse, os attentados contra a vida do Presidente da Republica seriam punidos com penas muito inferiores áquellas que são applicadas aos delictos contra a vida de qualquer particular, mesmo desclassificadas, porquanto ao passo que o homicidio qualificado contra um simples cidadão é punido com a pena de 12 a 30 annos de prisão cellular (art. 294 § 1.º do Codigo Penal), seria, entretanto, punido com as penas de 2 a 4 annos de reclusão, na hypothese do art. 111, e com as de 1 a 6 annos no caso do art. 115 § 4.º do Codigo, quando tal crime fosse perpetrado contra o Presidente da Republica, o que é contrario ao bom senso; finalmente

Considerando que, já conforme a doutrina corrente da maioria dos escriptores de direito penal, já segundo a theoria consagrada nos differentes tratados de extradição celebrados entre o Brazil e diversas nações civilizadas, são considerados crimes ou delictos communs os attentados commettidos contra o Chefe do Estado.

Accordão por esses fundamentos em julgar competente o Juiz da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal para o processo que deu causa ao conflicto levantado pelo procurador da Republica do Districto Federal.

Supremo Tribunal Federal, 16 de Fevereiro de 1898.

Assignaram sem restricções os srs. ministros Aquino e Castro, André Cavalcante, Ribeiro de Almeida, Bernardino Ferreira, Macedo Soares, Augusto Olyntho e Pindabyda de Mattos (7). Assignaram vencidos os srs. ministros Lucio de Mendonça, Pereira Franco, H. do Espirito Santo, Piza e Almeida e João Barbalho (5), que consideravam o attentado crime politico, o assassinato do Marechal Bettencourt e os ferimentos do general Medeiros crimes connexos com aquelle, devendo todos ser julgados pela justiça federal. O sr. ministro Manuel Murtinho assignou — vencido na.

preliminar por entender que no caso sujeito não se dava realmente conflicto positivo de jurisdicção, parecendo, porem, adoptar a doutrina do Accordão. Vide o nosso *Cod. Pen. Mil. comm.* que, no *Appendice*, traz, na integra, os votos vencidos daquelles ministros e o Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 11 de Julho de 1898. A proposito da doutrina sustentada pelo Accordão encontram-se ainda estudos dos drs. A. Coelho Rodrigues e Carlos de Carvalho, que opinam pela competencia do fóro militar (*Vide Rev. Jurisp.*, Março, 1898, ps. 267 e 271. Em artigo publicado na *Rev. Jurisp.*, Setembro, 1898, p. 29, o dr. Novaes Carvalho diverge do dr. Coelho Rodrigues quanto ao fóro em que deviam responder os co-réus paisanos, que só podiam ser processados e julgados pelas justizas ordinarias.

— A' justiça federal compete conhecer e julgar somente os crimes politicos que affectam á existencia e segurança da União ; aos juizes e tribunales dos Estados cabe o conhecimento dos demais crimes politicos. E' illegal o constrangimento ordenado pela autoridade federal, sendo os pacientes indiciados autores de um crime politico que, quando provado, perturbaria apenas o governo autonomico e a constituição peculiar de um Estado. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 20 Abril 1892, no *Direito*, Junho, 1892, p. 313. Assim tambem decidio o Acc. do mesmo Trib. de 8 de Maio de 1895. O dr. M. J. Carvalho de Mendonça, no *Direito*, Maio, 1893, p. 5, analysando a doutrina dos accordãos, observa que tantas foram as divergencias na votação, os motivos de decisão variaram tanto, que aquellas decisões não são proprias para estabelecer jurisprudencia acerca do assumpto. O illustre magistrado sustenta que o crime de conspiração contra o governo dos Estados é da competencia da justiça federal. Verdade é que elle escrevia em 26 de Março de 1893, antes de conhecer o art. 83 da lei n. 221 de 1894.

— O crime de conspiração do art. 115 § 2 é crime politico. Compete á justiça federal o conhecimento de tal crime, sem distincção entre delinquentes civis e militares (art. 60 letra i da Const. Fed.). A lei 221 de 1894 apenas excluiu dessa competencia privativa os crimes que attentarem somente contra as autoridades dos Estados ou contra a ordem e segurança de algum delles. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 18 Agosto de 1900, na *Rev. Jurispr.* Maio, 1901, p. 58.

Art. 116. Si os conspiradores desistirem do seu projecto, antes de ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e ficarão isentos de culpa e pena.

Art. 117. Qualquer dos conspiradores que desistir do projecto criminoso, antes de descoberto ou manifestado por algum acto exterior, não será passivel de pena, ainda que a conspiração continue entre os outros (188).

(188) O art. 116 refere-se ao conjuncto dos conspiradores, o art. 117 a cada um de per si. Em ambos os artigos, o Cod. reconhece a existencia do

concerto, que não é senão o projecto da conspiração, porem *antes de ter sido descoberto* pela autoridade, ou *manifestado por algum acto exterior*, que pode constituir ou não principio de execução. A desistencia do projecto n'aquellas condições isenta os conspiradores de culpa e pena, porque desaparece a responsabilidade criminal. A conspiração é tida como se não existisse.

Mas, continuando a conspiração, algum dos coparticipantes pode arrepende-se, ou mesmo divergir do plano concertado, a lei vem ainda em seu auxilio, isentando-o da culpa se elle desistir *antes de descoberta ou manifestada por algum acto exterior*.

Observa Bento de Faria, citando Borciani *in* Cogliolo, que não deve ser confundida a *desistencia* com a simples *inacção*, e, assim deve resultar de algum facto que não deixe a menor duvida sobre o reconhecimento da falta com arrependimento do culpado. E citando ainda Tuozzi, diz que na desistencia do concerto devem concorrer duas condições : 1.ª que não esteja começada a execução do delicto ; 2.ª que não se tenha iniciado o procedimento criminal. O nosso Código não exige, porem, a segunda condição no art. 116, nem no art. 117. A expressão — *antes de ter sido descoberto* — não significa inicio de procedimento criminal. A expressão é generica — *descoberto de qualquer forma, por um meio qualquer*.

CAPITULO II

Sedição e ajuntamento illicito (189)

(189) O processo e julgamento destes crimes competem ás justiças dos Estados, salvo quando a sedição for contra funcionario federal ou contra a execução de actos e ordens emanadas de legitima autoridade federal (Lei 221 de 1894, art. 20, n. II).

Art. 118. Constitue crime de sedição a reunião de mais de 20 pessoas, que, embora nem todas se apresentem armadas, se ajuntarem para com arruido, violencia ou ameaças : 1º obstar a posse de algum funcionario publico nomeado competentemente e munido de titulo legal, ou prival-o do exercicio de suas funcções ; 2º exercer algum acto de odio, ou vingança, contra algum funcionario publico, ou contra os membros das camaras do Congresso, das assembléas legislativas dos Estados ou das intendencias ou camaras municipaes; 3º impedir a execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciario ou ordem de autoridade legitima ; 4º embaraçar a percepção de

alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 3º constranger, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções :

Pena — aos cabeças, de prisão cellular por tres mezes a um anno (190).

(190) Em nota ao art. 109, fizemos referencia ao crime de sedição de que trata o art. 118. A sedição é um delicto collectivo, exigindo o concurso de mais de vinte pessoas, distinguindo-se da conspiração pela ausencia do *concerto* e porque a sedição manifesta-se na praça publica : E' a desordem, o tumulto, o agrupamento de pessoas armadas ou não, com arruido, violências ou ameaças. Essa é a figura do crime, cujo objectivo pode ser qualquer das especies constantes dos ns. 1º a 5º. O *dólo especifico* não é o *concerto*, como quer João Vieira, porem manifesta-se no concurso (ajuntamento ruidoso, violento e ameaçador) de individuos para o fim determinado. O concerto não é elemento essencial na sedição, porque esta pode irromper e tomar proporções sem que houvesse ao menos intelligencia entre os coparticipantes. Assim, convocado um *meeting* legal, pode degenerar em sedição, se o promotor, ou algum orador inflammado, concitar o povo á pratica de actos sediciosos. A *concitatio populi* transformou a reunião pacifica, legal, constitucional, em reunião tumultuaris, violenta, ameaçadora, criminosa. Se a desordem tem como escopo unicamente a anarchia, a perturbação da tranquillidade publica, toma o nome de *arruaça*. O typo criminoso do *arruaçeiro* é quasi sempre o do individuo desclassificado, sem profissão, vicioso, que explora a subversão da ordem publica para commetter delictos contra a propriedade, ou exercer actos de vingança.

E' logica a conclusão de Bento de Faria : Não ha sedição : quando a reunião compõe-se somente de 20 ou menos de 20 pessoas ; quando composta de mais de 20 pessoas todas ellas desarmadas. A questão consiste em saber se na locução adverbial — *embora nem todas se apresentem armadas* — deve se comprehender — *armas procuradas para o fim sedicioso*.

Parece-nos que não foi essa a intenção do Codigo, porque a sedição pode ser um delicto instantaneo, como a do *meeting* pacifico que degenera em sedição, pois nesse caso bengalas, guardas-sol, pedras, paus, utensilios, quaesquer instrumentos de ataque ou resistencia, são armas de que os sediciosos podem utilizar-se. Taes instrumentos não são armas propriamente ditas, mas são objectos transformados em armas. Se o movimento foi premeditado, preparado, posto em execução, achando-se alguns sediciosos munidos de armas propriamente ditas, o delicto é sedição, ainda que pareça mais grave a sua forma, desde que os intuitos dos sediciosos sejam a realisação dos factos mencionados no art.

O Codigo distingue si o fim sedicioso foi ou não conseguido, aggravando penalidade no primeiro caso, conforme se verifica no § unico.

Prescrição — 4 annos. Autoria : maximo 1 anno, medio 7 mezes e 15 dias, minimo 3 mezes (cellular), prepond. aggr. — 9 mezes 22 dias 12 horas, prepond. att. — 5 mezes 7 dias e 12 horas. Na forma do art. 404 : maximo

1 anno e 2 mezes, medio 8 mezes 22 horas, minimo 3 mezes e 15 dias (simples); prepond. aggr. — 11 mezes, 11 dias e 6 horas. Tentativa : maximo 8 mezes, medio 5 mezes, minimo 2 mezes (cellular); prepond. agg. 6 mezes 15 dias, prepond. att. 5 mezes e 15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 9 mezes e 10 dias, medio 5 mezes e 22 dias, minimo 2 mezes e 10 dias (simples); prepond. aggr. — 7 mezes e 17 dias e 12 horas, prepond. att. — 4 mezes 2 dias e 12 horas. Crime affiançavel.

Paragrapho unico. Si o fim sedicioso for conseguido :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (191).

(191) Prescripção — 4 annos. Aatoria : maximo 4 annos, medio 2 annos e 6 mezes, minimo 1 anno (cellular); prepond. aggr. — 3 annos e 3 mezes, prepond. att. — 1 anno e 9 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 2 annos e 11 mezes, minimo 1 anno e 2 mezes (simples); prepond. aggr. — 3 annos 9 mezes e 15 dias, prepond. att. — 2 annos 15 dias. Crime inaffiançavel.

Art. 119. Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em logar publico, com o designio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada : 1° commetter algum crime; 2° privar ou impedir a alguem o gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3° exercer algum acto de odio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4° perturbar uma reunião publica ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa :

Pena — de prisão por um a tres mezes (192).

(192) Crime colectivo, o *ajuntamento illicito* distingue-se da sedição, porque para a sua existencia basta que se reunam pelo mehos trez pessoas, ao passo que a sedição exige o concurso de mais de 20 pessoas. Tambem distinguem-se as duas figuras pelos intuitos que tem em vista. A sedição visa o funcionario, obstando a sua posse ou privando-o das funcções (art. 118, n. 1), o ajuntamento illicito procura privar ou impedir á alguem (qualquer cidadão) o gozo ou exercicio de um direito ou dever (art. 119, n. 2). A sedição procura exercer *acto de odio* ou *vingança* contra algum funcionario publico, ou algum representante do poder legislativo federal ou local (art. 118, n. 2), o ajuntamento illicito procura exercer *acto de odio* ou *desprezo* contra qualquer cidadão (art. 119, n. 3). A sedição *constrange* ou perturba o exercicio das funcções de qualquer corporação politica ou administrativa (art. 118, n. 5), o ajuntamento illicito *perturba* uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa. Outra caracteristica de ajuntamento illicito é o *designio* que formam os desordeiros, ou delinquentes, de se ajudarem mutuamente para commetterem algum crime (art. 119, n. 1) ou praticarem qualquer dos actos designados nos ns. 2 e 4° do art. 119.

Esse designio de auxilio mutuo não existe na sedição. O meio de acção tam-
bem diverge em parte, pois a *assuada* é privativa do ajuntamento illicito,
assim como são privativas da sedição a *violência* e a *ameaça*, que não são
elementos indispensaveis do motim ou do tumulto do ajuntamento illicito. O
ajuntamento com arruído da sedição pode se considerar motim ou tumulto,
conforme a gravidade do movimento. Todos constituem o genero — desor-
dem, alteração da ordem e tranquillidade publicas, que obriga a intervenção
da policia para evital-a ou restabelece-la. Na sedição ha pessoas armadas, no
ajuntamento illicito não se cogita disso. As caracteristicas essenciaes dos
dois delictos são o *numero de pessoas* no minimo que os promovem, os
moeis dos delinquentes e o *designio* do auxilio mutuo. Este *designio* não é
o *pactum sceleris* da conspiração, mas, sim, o accordo momentaneo, rapido,
alli mesmo, em logar publico, para a pratica immediata do acto, e que
desaparece logo, sem deixar mais vestigios, após a consummação. A
assuada, a que se refere o art. 119 é a *vaia*, a gritaria, o barulho com o
fim de ridicularizar, expór ao desprezo a victima alvejada. No tempo da
Ordenação Affonsina a *assoada* (do latino baixo *assonada*; na Orden. cit.
assunada), era o ajuntamento d. gente, sem consentimento da autoridade
publica, com o fim de fazer mal, ou perturbar a ordem. — « *Assoadas á
minha porta* », dizia Jorge Ferreira, *Ulyssippo*, art. III, sc. 7 (Fr. Domingos
Vieira, *Thez. da Ling. Port.*).

N'esta Capital tivemos um ajuntamento illicito bem caracterizado na
questão dos frades de S. Bento. Não se tratava propriamente de sedição,
porque o objectivo não era impedir a execução da sentença judiciaria, mas,
sim, privar ou impedir que os frades entrassem no gozo e exercicio de
seus direitos assegurados pelo mandado de manutenção do poder judiciario
e ainda mais sendo expostos ao odio e desprezo publico. Tal era o objectivo
do Abade relapso promotor do movimento. Effectuaram-se meetings, o ultimo
dos quaes, segundo o attestado unanime da imprensa, degenerou em verda-
deiro attentado á vida e á propriedade, sendo obrigados a fugir do Convento,
perseguidos a horas mortas, os frades Benedictinos, tendo havido arrom-
bamento da porta principal do Convento e outras violencias, além das assuadas
pelas ruas centraes da cidade e insultos grosseiros ás pessoas dos mesmos
frades e até a redactores de jornaes. O juiz requisitou força para a execução
do mandado e o governo interveio. A intervenção da força era, porem,
necessaria independente de requisição, não para o cumprimento do man-
dado, porque o unico que se oppunha á execução do mandado era o Abade
desobediente, e sim para impedir e dissolver o ajuntamento illicito, assegu-
rando os direitos dos frades e promovendo a punição dos criminosos.

Prescripção — 1 anno. Autoria : maximo 3 mezes, medio 2 mezes, minimo
1 mez (cellular); prepond. aggr. — 2 mezes e 15 dias, prepond. att. — 1 mez e
15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 3 mezes e 15 dias, medio 2 mezes e
10 dias, minimo 1 mez e 5 dias (simples); prepond. aggr. — 2 mezes 27 dias
e 12 horas, prepond. att. — 1 mez 22 dias e 12 horas. Tentativa : maximo
2 mezes, medio 1 mez e 10 dias, minimo 20 dias (cellular); prepond. aggr.
— 1 mez e 20 dias, prepond. att. — 1 mez. Na forma do art. 409 : maximo
2 mezes e 10 dias, medio 1 mez 10 dias e 16 horas, minimo 23 dias e 8 horas
(simples); prepond. aggr. — 1 mez 28 dias e 8 horas, prepond. att. — 1 mez

• 5 dias. Cumplicidade na tentativa: maximo 1 mez e 10 dias, medio 26 dias e 16 horas, minimo 13 dias e 8 horas (cellular); prepond. aggr. — 1 mez 3 dias e 8 horas, prepond. att. — 20 dias. Na forma do art. 409: maximo 1 mez 16 dias e 16 horas, medio 1 mez 1 dia 2 horas e 40 minutos, minimo 15 dias 13 horas e 20 minutos (simples); prepond. aggr. — 1 mez 8 dias 21 horas e 20 minutos, prepond. att. — 23 dias e 8 horas. Livra-se salto.

Art. 120. Ficam isentos de pena os que deixarem de tomar parte na sedição, ou ajuntamento illicito, obedecendo á admoestação da autoridade.

Art. 121. Quando a autoridade policial for informada da existencia de alguma sedição ou ajuntamento illicito, irá ao logar, acompanhada do seu escrivão e força, e reconhecendo que a reunião é illicita e tem fins offensivos da ordem publica, o fará constar ás pessoas presentes e as intimará para se retirarem.

Si a autoridade não for obedecida, depois da terceira admoestação empregará a força para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças (193).

(193) A Const. Fed., art. 72, § 8, diz que á todos é licito associarem-se e *reunirem-se livremente e sem armas*; não podendo intervir a policia, sinão para manter a ordem publica. Este preceito assegura a liberdade de reunião e é completado pela disposição do art. 123 do Cod. (*Vide a nota respectiva*). Manifestando-se a sedição ou ajuntamento illicito sob a forma de desordem, desaparece a garantia constitucional do direito de reunião. A policia é obrigada a intervir. Essa intervenção pode se apresentar sob dois aspectos — preventivo ou repressivo. No primeiro caso, a autoridade dirigindo-se aos cabeças ou ás pessoas presentes, proeurará pelos meios suasorios, dissuadil-os do intento. E' n'isto que consiste a *admoestação* do art. 120. Os que obedecerem e deixarem de tomar parte na acção, a lei ampara, isentando-os da responsabilidade criminal. Se, não obstante, a admoestação, continuarem na mesma attitude, a autoridade fará constar a todos os presentes que a reunião é illicita, fará as trez intimações para que se retirem. Se depois da terceira intimação (a palavra — *admoestação* — é tomada neste sentido) não for obedecida, a autoridade empregará a força para dispersar o ajuntamento, prendendo os cabeças e os recalcitrantes.

O procedimento da autoridade é legal, é constitucional.

Art. 122. Os que, depois da primeira intimação da autoridade, conservarem-se no logar e praticarem alguma violencia,

incorrerão mais nas penas que corresponderem ao crime resultante da violencia.

Paragrapho unico. Se a violencia for commettida contra a autoridade, ou algum de seus agentes, a pena será imposta com augmento da terça parte (194).

(194) A primeira intimação para que se retirem já é uma ordem legal da autoridade. Os que permanecerem no lugar commettem desobediencia e se praticarem alguma violencia, incorrerão nas penas do crime resultante da violencia, alem das do crime principal, sedição ou ajuntamento illicito.

Art. 123. Não se considera sedição, ou ajuntamento illicito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e máu procedimento dos empregados publicos; nem a reunião pacifica e sem armas, do povo nas praças publicas, theatros e quaesquer outros edificios ou logares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negocios publicos.

Paragrapho unico. Para o uso desta faculdade não é necessaria prévia licença da autoridade policial, que só poderá prohibir a reunião annunciada, no caso de suspensão de garantias, limitada, em tal caso, a sua acção a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei, e sob as penas nella comminadas (195).

(195) — O direito de associação e reunião, diz o dr. João Barbalho (*Const. Fed. Brazil. comm.* o art. 72, § 8º), não vinha mencionado entre os 33 §§ do art. 179 da Const. do Imperio (correspondente ao art. 72 da Constituição vigente) mas a reconhecia e regulava a legislação ordinaria, como um desdobramento da liberdade individual. A Republica amparou esse direito dando-lhe a garantia constitucional, pela inclusão entre aquellos dos quaes proclama a inviolabilidade; por modo que não é mais uma concessão da legislatura ordinaria, sujeita a arbitrio desta quanto ao modo e extensão de seu exercicio. A Constituição solememente assegura o gozo do direito da reunião e associação. A lei n. 30 de 8 de Janeiro de 1892, art. 29, inclue entre os crimes de responsabilidade do presidente da Republica impedir, perturbar ou dissolver as reuniões pacificas do povo, fóra dos casos em que a lei o permittê ou sem as fórmalidades que ella prescreve.

« Mas o direito de reunião só pode ser exercido, conforme prescreve o art. 123 do Cod. pen., isto é *sem armas e sem prejuizo da ordem publica*. As razões desta limitação militam tambem para que não se permitta ser exercido de modo desordenado, tumultuario, anarchico, o direito de repre-

sentar aos poderes publicos. A representação, queixa, reclamação, proposta, ou moção, se deverá fazer *mediante petição*, isto é, poderá ser discutida, deliberada e resolvida em reuniões publicas ou qualquer forma não prohibida por lei, mas será presente á autoridade publica por meio de requerimento escripto (que é, no uso commum de fallar, o significado do vocabulo — *petição*). Este expediente é preferivel ao de deputações ou commissões. A exposição verbal é passageira (*verba volant*) e sendo incumbida a muitos corre o risco de não offerecer completa uniformidade e de prejudicar o exito. O requerimento escripto concretiza e registra o pedido, a pretensão e os motivos allegados em seu abono e justificação, offerecendo assim condições favoraveis ao detido e meditado exame do caso que se apresenta.

Pimenta Bueno, cuja competencia e largas vistas, nesta materia, são indiscutíveis, assignala as seguintes regras e condições que devem prevalecer no uso da faculdade de que se trata : A petição somente se admitirá por escripto ; deve ser em termos respeitosos, e assignada por todos e cada um dos peticionarios pelo seu proprio nome e não sob denominação collectiva de sociedade politica ou anonyma, ou mesmo de municipalidade, pelo menos que não esteja para isso autorizada por lei ; não deve ser apresentada por grupos ou multidão, e a apresentação ás camaras legislativas não lhes deve ser feita á barra, sim na respectiva secretaria ou por algum dos membros dellas. O autorisado publicista fundamentava estas regras em razões, por elle desenvolvidas, de bem entendida prudencia e garantia do acatamento devido á autoridade constituída (*Dir. Publ. Braz.*, n. 601). » A liberdade de reunião é um direito cujo uso não depende de licença da autoridade, nem por esta pode ser impedido, salvo no caso do estado de sitio, em que ficam suspensas as garantias constitucionaes, que affectam ao exercicio dos direitos politicos do cidadão. Mas ainda neste caso a acção da autoridade não é discricionaria, pois deve limitar-se a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nella comminadas ; essas formalidades e penas são as de que tratam os arts. 121 e 122.

CAPITULO III

Resistencia (196).

(196) O processo e julgamento competem á justiça federal se a resistencia fór á autoridade federal (lei n. 221 de 1894, art. 20, n. III). No caso contrario pertence o conhecimento á justiça local.

Art. 124. Oppór-se alguém, com violencia ou ameaças, á execução de ordens legaes emanadas de autoridade competente, quer a opposição seja feita directamente contra a autoridade, quer contra seus agentes ou subalternos :

§ 1º. Si, em virtude da opposição, a diligencia deixar de

effectuar-se, ou effectuar-se, soffrendo o executor da parte dos resistentes qualquer lesão corporal :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos (197).

(197) Nem todas as ordens da autoridade devem ser cumpridas. Só é obrigatorio o cumprimento das *ordens legaes*, que são as emanadas de autoridade competente, revestidas das solemnidades externas necessarias para a sua validade e que estejam de accordo com a Constituição e as leis (Argum. do art. 229). As ordens illegaes não se cumprem. Expedir ordem illegal é crime punido pelo art. 228. A ordem illegal é nulla; considerada como se não existisse; o seu executor é punido pelo excesso de poder ou jurisdicção que commetter (art. 229). A resistencia á ordem illegal é um direito de legitima defeza propria ou de terceiro, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução (art. 35, § 2º). *Vide nota respectiva*. E se houver excesso nesses meios, a resistencia é attenuante da penalidade (art. 42, § 4). Assentados estes principios que decorrem do preceito constitucional — Ninguem pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma cousa, senão em virtude da lei, Art. 72, § 1 — nós vemos que á *resistencia legal*, que é um direito, oppõe-se a *resistencia illegal*, que é um crime. Mas a *resistencia illegal* pode ser um delicto colectivo ou singular. No primeiro caso, se os delinquentes são em numero de mais de vinte, verifica-se a sedição prevista no art. 118, n. 3. Se o ajuntamento é de mais de trez pessoas, o crime é o do ajuntamento illicito figurado no art. 119, n. 1. Quer se trate de um, quer de outro caso, a sedição ou ajuntamento illicito só se manifestam pela forma descripta nos referidos arts. Como delicto singular, a *resistencia illegal* é a figura do art. 124. « Alem do elemento intencional, que a distingue de outros crimes politicos e graves, diz João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, part. esp. vol. p. 73) e que deve comprehender um ataque á autoridade e não somente á pessoa que a exerce, e com sciencia do caracter publico do funcionario, a *resistencia* presuppõe a *violença* ou *ameaças* por um particular contra o depositario da autoridade publica ou contra o funcionario no exercicio legitimo de suas funcções. » A execução de ordens legaes toma o nome de *diligencia*, quando se refere ao serviço publico que a autoridade manda fazer por agentes ou subalteraos, ou quando ella mesma se incumbe de executal-o. Da resistencia, *directa*, contra a autoridade, ou *indirecta*, contra os seus agentes ou subalternos, podem resultar os seguintes effectos : 1ª a diligencia deixa de effectuar-se e a ordem não é cumprida, ficando suspenso todo o procedimento da autoridade e seus agentes; 2ª a diligencia effectua-se, não obstante a opposição dos resistentes que são repellidos por actos de força dos agentes da autoridade. Nesta segunda modalidade, podem-se dar ainda duas hypotheses que interessam ao executor e influem na penalidade : se o executor soffrer da parte dos resistentes qualquer lesão corporal, a pena é mais severa, prescripta no § 1; se não soffrer lesão corporal, a pena, mais branda, é a do § 2. O Codigo refere-se á lesão corporal e sciencia sobre a hypothese da morte do executor. Prevista a lesão corporal, a qual corresponde á penalidade de 1 a 3 annos de prisão cellular, excluindo, assim, a capitulação do delicto nas penas dos arts. 303 a 305, deve-se entender que no

caso de morte do executor, o resistente responde pelo homicídio do art. 294, combinado com a resistencia do art. 124, § 1.

Entende João Vieira que *não ha resistencia (criminosa) na opposição á prisão em flagrante effectuada por um particular.* « Este principio irrecusavel, diz o illustre mestre, resulta da propria indole da resistencia que presuppõe como extremo ou elemento constitutivo um acto de força dirigida contra a autoridade, seus agentes ou cidadãos chamados a prestar-lhes auxilio (o grypho é nosso), na presença de official publico ou por elle acompanhados. » Divergimos, n'este ponto, porque quando o particular (qualquer cidadão) prende o delinquente em flagrante usa, não propriamente de um direito, mas de uma *função* que a lei lhe confere. No interesse da repressão da criminalidade, da *conservação social* e da propria conservação individual, que importam na defeza tanto da sociedade como do individuo, a lei abriu essa excepção ao principio geral do exercicio da *função publica* que só pode ser exercida pelo representante do poder publico, deferindo-a tambem ao cidadão, no caso tambem excepcional, da prisão em flagrante daquelle que commette um crime, não se achando presente a autoridade. O acto do particular é legal e tão valioso como o da autoridade, porque elle o exerce, já o dissemos, não como um direito individual, mas como um direito decorrente de função outorgada pela lei. A resistencia ao acto do particular, é criminosa, porque importa a resistencia á lei, e o particular não foi senão o executor da lei, do mesmo modo como sel-o-ia a autoridade.

Bento de Faria, citando Manduca (*in Cogliolo e Magno*), opina tambem no sentido de João Vieira e diz : Desde que a pessoa que pratica o acto não é autoridade competente, não ha resistencia. Assim, não existe resistencia na opposição á prisão em flagrante, quando effectuada por um particular. » Nós, porem, mantemos a nossa opinião, pelos fundamentos expostos.

— Nos termos do art. 124 de Cod. Pen., para que a resistencia se torne delictuosa, não basta a opposição manifestada por violencia ou ameaças : é elemento essencial do delicto que a ordem seja legal e emanada de autoridade competente. Quem resiste a uma ordem de prisão, dada em caso que a lei não permite, não commette crime, exerce um direito. *Decisão* do dr. Viveiros de Castro, de 26 de Julho de 1896.

— O facto de ter o resistente empunhado uma faca em que ameaçava o commissario de policia, na occasião em que evitava a prisão, não se pode considerar uma tentativa de morte com todos os caracteres organicos assignalados na lei penal — apenas evidencia a intercorrença formal de um acto de violencia, concomitante á resistencia opposta com o intuito de vencer todos os obstaculos de occasião. E' assim que qualquer offensa physica que porventura soffresse a autoridade policial, tornaria o paciente que a ella resistio (admittida a legalidade do procedimento policial), incurso no § 1 do art. 124 do Cod. Pen., uma das modalidades do crime de resistencia. Mas nessa especie delinquente não é concebivel uma tentativa de morte, crime que por sua estrutura complexa, requer a gradação normal de uma intenção homicida, manifestada por actos exteriores que, por sua relação directa com o facto punivel, constituam começo de execução, burlada em seus efeitos por circunstancias alheias á vontade do agente, phenomenos estes que denunciam o desdobramento das variadas phases do delicto e que evidente-

mente não podem ocorrer de subito, na emergencia de um acto impulsivo, de reacção por parte do agente que se esforça por evitar um mal imprevisito. Estudada a configuração delictuosa de quaesquer actos violentos oppostos, á mão armada, pelo resistente, é facil concluir que todos virão a ter um cunho de crimes consummados, ou seja de lesões physicas, em suas variadas manifestações, ou seja de morte, nunca, porem, o de uma tentativa de homicidio. Acc. do Trib. Sup. de Alagóas de 17 de Dezembro de 1901, na *Rev. Jurisp.*, Março, 1902, p. 266. *Vide* notas aos arts. 135 e 231.

Prescrição — 8 annos. Autoria : maximo 3 annos, medio 2 annos, minimo 1 anno (cellular) : prepond. aggr. — 2 annos e 6 mezes, prepond. att. — 1 anno e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 3 annos e 6 mezes, medio 2 annos e 4 mezes, minimo 1 anno e 2 mezes (simples); prepond. aggr. — 2 annos e 11 mezes, prepond. att. — 1 anno e 9 mezes. Tentativa ou cumplicidade : maximo 2 annos, medio 1 anno e 4 mezes, minimo 3 mezes (cellular); prepond. aggr. — 1 anno e 8 mezes, prepond. att. — 1 anno e 8 mezes, prepond. att. — 1 anno. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos e 4 mezes, medio 1 anno, 6 mezes e 20 dias, minimo 9 mezes e 10 dias (simples), prepond. aggr. — 1 anno, 11 mezes e 10 dias, prepond. att. — 1 anno e 2 mezes. Cumplicidade na tentativa : maximo 1 anno e 4 mezes, medio 11 mezes, 3 dias e 8 horas, minimo 6 mezes, 6 dias e 16 horas (cellular); prepond. aggr. — 1 anno, 1 mez, 16 dias e 16 horas, prepond. att. — 8 mezes e 20 dias. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno, 6 mezes e 20 dias, medio 1 anno, 28 dias, 21 horas e 20 minutos, minimo 10 mezes, 3 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 1 anno, 4 mezes, 10 horas e 40 minutos, prepond. att. — 9 mezes, 28 dias, 13 horas e 20 minutos. Crime affiançavel.

§ 2. Si a diligencia effectuar-se não obstante a opposição, sem que o executor soffra, da parte dos resistentes, alguma lesão corporal :

— Pena de prisão cellular por seis mezes a um anno (198).

(198) *Vide* nota ao art. 94, segunda parte.

Art. 125. O mal causado pelo executor na repulsa da força empregada pelos resistentes não lhe será imputado, salvo excesso de justa defeza (199).

(199) No cumprimento da ordem legal, a repulsa do executor tem por objecto vencer a resistencia criminosa. Essa repulsa é a defeza da lei representada na ordem legal da autoridade. Ella deve ser tanto mais intensa, ou energica, devendo-se mesmo empregar meios de força, conforme a intensidade da resistencia. Por outros termos, a repulsa deve ser proporcional á resistencia. O mal resultante da repulsa pode ser desde a offensa physica leve até a morte do resistente. Considera-se justa a defeza se não houve excesso nos meios empregados pelo executor. Todo emprego de força desnecessaria

é excesso. Assim, o mal causado, só deixará de ser imputado ao executor se a repulsa reunir todos os elementos constitutivos da excusa na forma do art. 125. Se a resistencia foi violenta de tal forma que da repulsa por acto de força necessaria (defeza justa) resultou a morte do resistente, diz-se que o *homicídio é legal, legitimo ou licito*. Essa expressão é technica em direito criminal, encontra-se no Cod. Pen. francez de 1791, art. 3, secc. 1, tit. 2, 2ª parte, e nos escriptores como Chauveau et Hélie, *Théor. du Code Pen.*, épigr. — *De l'Homicide légal et légitime*, Ortolan; *Elém. du Droit Pénal*, tom. I, n. 481, Garraud; *Droit Pénal Franç.*, tom. I, p. 249. Lucio de Mendonça, *Paginas juridicas*, p. 127.

Art. 126. Provocar directamente, por escriptos impressos ou lithographados, que se distribuirem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em publica reunião, a pratica de crimes especificados nos capitulos I e III deste titulo e nos diversos capitulos do precedente :

Pena — de prisão celllular por um a trez mezes (200).

(200) Este art. está deslocado. Os capitulos 1.º e 3.º *deste titulo* (que é o titulo II) tratam da conspiração e da resistencia. Os diversos capitulos do precedente (parece que o adjectivo *precedente*, refere-se a *titulo*) são o I, que trata dos crimes contra a independencia, integridade e dignidade da Patria; o II, dos crimes contra a Constituição da Republica e forma do seu governo; o III, dos crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos. Vê-se logo, pela materia, que em outro lugar devia se achar e não no capitulo da resistencia criminosa.

Observa João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, part. esp., v. I, p. 58), que « a disposição do art. 126 tem sua semelhante no art. 125 do Cod. ital. e Carrara diz que ella visa a excitação para delinquir n'uma classe especial de crimes. Para que tal propaganda constiua crime é necessario que seja feita publicamente, porque só assim assume os caracteres de meio indirecto, destinado ao escopo de attentar contra a soberania ou a Constituição politica do Estado. » Depois de citar a opinião de Pessina, diz que a interpretação que estes Autores dão ao Cod. ital. applica-se ao art. 126 do nosso, e conclue : « O nosso Cod. Pen. neste art. 126 do texto trata da provocação a certos crimes; mas basta confrontal-o com os projectos de 1893, arts. 144, e de 1897, art. 147, para vér que a disposição ora vigente servio-se ma suas fontes, isto é, as correspondentes dos arts. 90, 99 e 119 do velho codigo anterior.

O defeito principal está em não attender ás varias modalidades da provocação ou excitação a crimes diferentes por diversidade de gravidade e nem aos meios dissemelhantes com que se pode realisar a provocação ou excitação, por meio da imprensa ou discursos em *meetings*, reuniões publicas, etc. » Diverso do da resistencia é o objecto do crime de provocação ou excitação figurado no art. 125. A excitação (provocação) pode se realisar de duas formas, pela imprensa, escriptos impressos ou lithographados que

se distribuirem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em reunião pública. O art. não se refere aos manuscritos, que, entretanto, distribuídos por mais de 15 pessoas, produzem os mesmos efeitos dos impressos. A distribuição dá a ideia de tiragem de mais de 15 exemplares dos impressos, mas não importa a circulação que pode effectuar-se entre mais de 15, não tendo sido impresso senão um unico exemplar.

Não são capciosas estas hypotheses, que, aliás podem occorrer, illudindo o preceito legal, se na interpretação do art. 126 não forem incluídas como modalidades do mesmo crime. Outra característica da *excitação* do art. 126 é que ella tem por objecto certos e determinados crimes, fora dos quaes desaparece a figura delictuosa, diminuindo assim a responsabilidade penal do excitador.

— Sobre o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 119.

CAPITULO IV

Tirada ou fugida de prezos do poder da justiça e arrombamento das cadeias (201).

(201) Compete ao juizo federal o processo e julgamento no caso do art. 20, n. III da lei 221 de 1894. Nos demais casos, á justiça estadual.

Art. 127. Tirar, ou tentar tirar, aquelle que estiver legalmente prezo, da mão e poder da autoridade, de seus agentes e subalternos, ou de qualquer pessoa do povo, que o tenha prendido em flagrante, ou por estar condemnado por sentença :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno (202).

(202) *Vide* nota ao art. 94, segunda parte.

Paragrápho unico. Si para esse fim se empregar violencia, ou ameaças, contra a pessoa :

Pena — de prisão cellular por um ou quatro annos (203)

(203) *Vide* nota ao art. 118, paragrapho unico.

João Vieira observa que os tratadistas reduzem todas as especies deste capitulo á *eximicão* ou *tirada*, á *evasão* ou *fuga*, e á *effracção do carcere* ou *arrombamento de cadeia*. Em geral chama-se *eximicão* o factio de subtrahir á justiça uma *cousa* ou pessoa sobre a qual ella tivesse posto a mão e se achasse em uma caserna, albergue, em uma estação publica ou em casa particular, em qualquer lugar, desde que tratando-se de pessoa não esteja dentro de um carcere. O nome de *evasão* é dado ao delicto de quem foge ou faz-se fugir de um carcere. Distinguem, emfim, denominando

effracção, aquella especie de evasão que se commetta rompendo uma parte interna ou externa do carcere. »

Commentando o Cod. Pen. Mil., art. 103, dissemos que o illustre J. C. considera a tirada qualificada do art 127 § unico, identica á figura da *esimissione* do Cod. Toscano, que elle traduz por *eximicção*, neologismo criminal que não exprime bem a figura do delicto definido no referido art. De facto, em vernaculo o vocabulo *eximicção* corresponde á idêa de *isenção*, muito diversa da de *tirada* de uma cousa ou pessoa da mão, ou do poder de alguem.

No art. 129 são definidas duas figuras : a do crime consummado e a da tentativa, ambas punidas com a mesma penalidade. A tentativa fica sujeita a pena especial na forma do art. 63. Dá-se o crime consummado — *Tirar aquelle que estiver legalmente prezo*, etc., — quando o facto reunir todos os elementos de que trata o art. 12 (Vide nota respectiva).

O crime previsto no art. 127 desdobra-se nas seguintes especies : 1ª, a prizão é feita em *flagrante* pela autoridade, seus agentes ou qualquer pessoa do povo; 2ª, a prizão é realisada por se achar o paciente condemnado por sentença. Em ambas as especies o paciente pode receber voz de prizão e só por esse acto está effectivamente prezo, ou pode ser apprehendido, seguro, ficando em poder da autoridade, seus agentes, ou pessoa do povo. Em qualquer das hypotheses a legalidade da prizão é elemento essencial no delicto. No caso do *flagrante* a legalidade consiste na prizão do delinquente no acto de commetter o crime, ou sendo perseguido pelo clamor publico; no da condemnação por sentença é necessaria a exhibição do mandado da autoridade competente, ou a observancia das formalidades da lei em casos taes.

No caso da voz de prizão, sem estar ainda apprehendido (sob a mão e poder da autoridade), se alguem se oppõe com violencia ou ameaças, ha a resistencia criminosa (art. 124), que não se confunde com a *tirada* que é acto de natureza diversa da *opposicção*, ainda que a *tirada* seja com violencia ou ameaças, na forma do § unico do art. 127. N'este ponto divergimos de João Vieira. A *tirada com violencia* do § unico distingue-se da resistencia, porque esta consiste na *opposicção com violencia ou ameaças á execução de ordens leaes* emanadas de autoridade competente. Na *tirada* aggravada a forma do acto é differente, ainda que o delinquente tenha recebido somente voz de prizão e ainda não se ache apprehendido.

Commentando o Cod. Pen. Mil., art. 103, notamos a divergencia que existia entre este e o art. 127 do Cod. commum. O Cod. militar diz — *da mão ou poder da autoridade* — empregando a disjunctiva — *ou*. O art. 127 emprega a copulativa — *e* — *da mão e poder da autoridade*. O emprego destas particulas faz variar a interpretação; pareceu-nos então que, em face do Código militar — *estar o prezo sob a mão da autoridade*, referia-se á occasião de *effectuar-se a prizão : tirar ou tentar tiral-o* — equivalia a impedir por meios materiaes que a prizão se effectuasse. Na segunda hypothesis, *achar-se o prezo sob o poder da autoridade* — equivalia a *ter sido effectuada a prizão*, e então houve a tirada ou tentativa de tirada do prezo. Pelo art. 127, a copulativa — *e* — confunde em uma só á situação do prezo — *estar sob a mão ou estar em poder da autoridade* — significa a mesma cousa. João Vieira entende que a distincção entre *resistencia*, art. 124, e

a *tirada*, art. 127, consiste n'uma circumstancia ou condição de tempo. Se a prisão está realisada ha a *tirada* ou *eximicção*, se ainda não está ha *resistencia*.

Art. 128. Accommetter qualquer prisão com força e constringer os carcereiros ou guardas, a facilitarem a fugida dos presos :

§ 1.º Si esta se verificar :

Pena — de prisão celllular por dous a seis annos (204).

(204) *Vide* nota ao art. 93, primeira parte.

§ 2.º Si a fugida não se verificar :

Pena — de prisão celllular por um a quatro annos (205).

(205) *Vide* nota ao art. 118, paragrapho unico.

Art. 129. Fazer arrombamento na cadeia, por onde fuja ou possa fugir o preso; para esse mesmo fim praticar escalada, violencia, ou usar de chaves falsas :

Pena — de prisão celllular por um a quatro annos (206).

(206) *Vide* nota anterior A circumstancia aggravante do art. 39, § 11, é constitutiva do crime.

Art. 130. Facilitar aos presos por meios astuciosos a sua fugida :

Pena — de prisão celllular por tres mezes a um anno (207).

(207) *Vide* nota ao art. 118, primeira parte.

Art. 131. Consentir o carcereiro, ou pessoa a quem fôr confiada a guarda, ou a conducção do preso, que este fuja :

Pena — de prisão celllular por um a tres annos (208).

(208) *Vide* nota ao art. 124, § 1.º.

Art. 132. Deixal-o fugir por negligencia :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a um anno (209).

(209) *Vide* nota ao art. 94, segunda parte.

§ 1.º Si a fugida for tentada, ou effectuada, pelos mesmos

presos, serão punidos de conformidade com as disposições regulamentares.

§ 2.º Fugindo, porém, os presos por efeito de violencia contra o carcereiro ou guarda :

Pena — de prisão cellular por tres mezes e um anno, além de outras em que incorrerem pela violencia commettida (210).

(210) Vide nota ao art. 118, primeira parte.

O Codigo, nos arts. 128 a 132, trata do crime de *evasão* ou *fugida* de presos, que João Vieira define « O delicto de quem foge ou faz se fugir do carcere. » Esta definição é deficiente porque não abrange todos os casos de fugida previstos no Codigo. Em primeiro lugar é preciso distinguir a *fugida simples* e a *qualificada*. Esta realisa-se quando ha violencia a pessoa ou cousa, taes são as figuras dos arts. 128, 129 et 132, § 2.º; aquella dá-se quando a fugida é facilitada por qualquer dos meios mencionados nos arts. 130, 131 e 132, § 1.º. O *meio astucioso* a que se refere o art. 130 não é violento, nem physica, nem moralmente; será fraudulento ou artificioso. A situação dos presos tambem é elemento constitutivo da figura delictuosa. Nos crimes dos arts. 128, 129, 130, 131 e 132, exceptuados os §§ 1.º e 2.º, a situação dos presos é passiva, pois os agentes são outras pessoas. Assim, no art. 128 o delinquente é todo aquelle que *accommetter* qualquer prisão com força e constringer o carcereiro ou guardas a facilitar a fugida dos presos. O *accommettimento* da prisão com força é violencia material, visando o constringimento (que constitue tambem violencia moral) dos carcereiros ou guardas, no intuito de obrigar-os a consentir que os presos fujam. Se a fugida verificar-se, a penalidade é mais grave, porque o damno causado á justiça é maior e mais intenso foi o alarma; se a fugida não verificar-se, ou porque os presos não annuiram, ou porque os agentes foram repellidos, mais branda torna-se a punição. Ha quem sustente que o art. 128 completa-se com os dois §§, considerando-se consummado o crime na hypothese do § 1.º e tentativa na do § 2.º, pois sendo o *movel* do crime *facilitar a fugida do preso*, o *accommettimento* com força não é sinão o meio de realisalo. E, assim desde que o fim não é attingido, o crime não se consumma. Entretanto, a tentativa, hypothese do § 2.º, é punida especialmente na forma do art. 63.

O crime do art. 129 é violencia feita a cadeia, feita a cousa, com o intuito de facilitar ou dar fugida aos presos. A violencia aqui apresenta-se sob a forma do arrombamento, da escalada ou do uso de chaves falsas.

No art. 130 o crime é *facilitar por meios astuciosos* a fugida dos presos. *Meios astuciosos* são todos aquelles que a astucia humana pode engendrar, o ardil, a artimanha, a trapaça, a mentira, a esperteza, a fraude, emfim todos os meios de illudir a boa fé, a confiança ou a vigilancia dos encarregados de guardar a prisão. Até aqui os agentes do crime são pessoas estranhas á prisão; nos arts. 131 e 132 os agentes são o proprio carcereiro ou os guardas dos presos.

No art. 131 é preciso distinguir se o preso estava na prisão de alli fugiu, ou se era *conduzido* para a prisão ou para assistir a qualquer acto onde

sua presença se tornava necessaria. O crime consiste em *consentir* o carcereiro, ou guarda, que o preso fuja.

Se por negligencia o carcereiro ou guarda deixar que o preso fuja, desenha-se a figura do art. 132, que é o resultado da culpa. Neste art. apresenta-se as duas especies de fugida simples ou aggravada, em que os agentes são os proprios presos. No caso da fugida simples (§ 1.º) os presos são punidos de conformidade com as disposições penaes do regulamento do estabelecimento onde se acharem. Se a fugida é aggravada pela violencia ao carcereiro ou guarda, os presos soffrem a pena estabelecida no § 2.º. Nos casos do art. 132 e do § 2.º só ha crime consummado, no do § 1.º pode haver tentativa, ou crime consummado. Tanto uma como outro são punidos de accordo com as disposições regulamentares. A pena é disciplinar. Mas alem dos presos que são punidos conforme os §§ 1.º e 2.º, ha a responsabilidade do carcereiro ou guarda que são os agentes do crime. — *Deixar fugir o preso por negligencia.* Cumpre, porem, observar que se o preso fugir em consequencia da violencia contra o carcereiro ou guarda, haverá caso em que a negligencia desapareça para dar logar a força maior, que até mesmo isente o carcereiro da responsabilidade.

Tendo-se em vista as disposições dos §§ 1.º e 2.º do art. 132, parece que são estes os unicos casos em que deva o preso ser punido pela fugida, pois a imputabilidade sendo dos agentes, a estes e não áquella cabe a responsabilidade criminal. A penalidade do § 2.º é devida não tanto pela fugida, mas pela violencia contra o carcereiro ou guarda. (O § não se refere ao arrombamento da cadêa, *violencia a cousa, feito pelo preso*).

O legislador considerou, sem duvida, que o instincto de liberdade, sendo o movel da fugida do preso, não se pode imputar criminalidade em uma acção natural, em que falta o elemento principal do crime, que é o *animus delinquendi*. Ninguém dirá que o preso que procura libertar-se da acção da justiça, ou foge da prisão, encontrando facilidade, tinha a intenção de delinquir. Ao preso que foge não se deve imputar o mal da fugida, mas sim, áquelle que promove a fugida, ou deixa-o fugir.

João Vieira entende ainda que a materia do capitulo não comprehende os detidos por dividas civis ou em casos semelhantes, v. g. a *detenção pessoal*, porque o Código só se refere a factos penaes, cuja impunidade acarreta um prejuizo social. Acrescenta que esta é a doutrina geral dos commentadores do Código italiano, fonte geral do nosso. O Código não distingue; se, porem, o preso se acha á disposição da autoridade criminal, policial ou civil, a condição é que esteja *legalmente preso* por ordem da autoridade. Ora, ninguém dirá que a *detenção pessoal* não seja uma *prisão legal*, tomando-se o termo *prisão* no sentido de privação da liberdade de locomoção, retenção do paciente por ordem da autoridade, em logar seguro, para que não se evada. Assim, também em relação á *detenção* do paciente para ser extradictado. Parece-nos que a penalidade dos arts. 128 a 132 refere-se a qualquer preso ou detido em virtude de sentença ou despacho ou por ordem de qualquer autoridade. Concorde B. Faria, citando von Listz.

— No *Direito* de Janeiro, 1892, p. 114, encontra-se a seguinte sentença do Dr. Alfredo Pinto Vieira de Mello, juiz de direito de Ouro Fino (Minas) :

• O ponto de vista jurídico applicavel a este processo pode ser estudado á luz moderna do direito penal, comprehendendo-se assim a natureza psychologica do delicto previsto no art. 132 do Cod. Pen. Este delicto em face do conceito da imputabilidade é *culposo*, e não *doloso*; porquanto a negligencia é uma simples contravenção completamente diversa do *dolo*, que constitue a acção criminosa revestida de má fé acompanhada da intenção deliberada, dando ambas o resultado — crime. « Na culpa, diz Tolomei, por mais lata que seja, não ha vontade de produzir mal algum, ha sobretudo imprudencia de não evital-o. » Ora, fundado nessa orientação philosophica da imputabilidade para a divisão dos delictos, os criminalistas dividiram a culpa em lata, leve e levissima; a 1.ª é a falta daquella attenção que costuma ser empregada até pelos homens os mais negligentes nas suas acções: *lata culpa finis est non intelligere quod omnes intelligunt*. É leve quando consiste na falta de diligencia que se costuma observar commumente nos homens attentos e prudentes. É finalmente levissima quando consiste na falta d'aquella summa e especialissima diligencia, que é prerogativa extraordinaria de poucos, isto é, d'aquelles que são privilegiados por uma circumspecção superlativa. Da distincção feita, Tolomei (*Direito e Procedura penale*, ns. 964 e segs.), Ortolan (*Droit pénal.*, ns. 387 e segs) e Carrara (*Progr.*, §§ 88 e segs.), e com elles a maior parte das modernas legislações, decidem que a culpa, para sugeitar a uma pena, deve ser *lata*, e quando muito em casos especiaes, *leve*; porem, não a *levissima*. E, portanto, considerando que o denunciado, deixando por momentos a cadêa ás 7 horas da manhã afim de tomar alimento e depois de haver assistido á limpeza da prisão, não teve a intencionalidade de commetter um delicto, nem transgredir o regulamento a que estava subordinado no character do carcereiro, e assim sendo não é passivel de pena (Cod. art. 34); Considerando que a cadêa desta cidade é sem segurança alguma, de modo a poder evadir-se um preso sem difficuldade, não havendo severa e continua vigilancia por parte da guarda judicial a quem compete essa attribuição mais do que ao carcereiro, ao qual só é vedado estar fora da cadêa depois do sol posto sem permissão da respectiva autoridade (Regul. n. 120, art. 165); Considerando que o denunciado tem culpa levissima na fuga dos presos, cabendo a maior responsabilidadd á policia, que abandonou o seu posto effectivo; e, como ficou demonstrado, a *culpa levissima* não é passivel de pena; Considerando que a 4.ª testemunha, companheira da prisão, n'aquella epocha, dos evadidos, affirma que o preso Antonio Rodrigues da Silva dera *dois esbarros* na porta, que estava com as linguetas da fechadura corridas, o que demonstra ter o denunciado cumprido o seu dever, antes de retirar-se; Considerando que, embora os carcereiros, entre as attribuições taxadas no Regul. n. 120, arts. 158, 164 e segs., tenham a de manter a segurança nas prisões, comtudo o denunciado não pode ser responsavel pela desidia dos poderes publicos, que mantem um pardieiro infecto, sem segurança alguma com o titulo de cadêa; Considerando, finalmente, que o art. 132 do Cod. Pen. refere-se a negligencia propriamente dita ou culpa lata, como, por ex., si o denunciado abandonasse a cadêa durante a noite, deixasse sahir o preso para qualquer serviço sem permissão da autoridade competente, ou se olvidasse de fechar a porta da prisão, e em outros casos que sujeitam o agente a sanção penal, mas não diz respeito

às circunstancias que influiram no presente processo, julgo improcedente a denuncia, etc.»

Desse despacho, recorre o juiz *ex officio* nos termos do art. 43, § 2.º, do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, para o Tribunal da Relação do Distrito, que unanimemente negou provimento, sustentando o despacho recorrido por seus fundamentos conforme a direito e provas dos autos.

Art. 133. Arrombar, ou acometter qualquer prisão com força para maltratar os presos :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (211).

(211) *Vide* nota ao art 118, paragrapho unico.

A especie deste art. é diferente de todas as outras anteriores. Não se trata aqui de fugida de presos. O arrombamento ou acomettimento da prisão com força é violencia que tem por objecto outra violencia aos presos, *maltratando-os*. A violencia á prisão apresenta duas figuras diversas — a do *arrombamento* e a do *acomettimento com força*, deixando ver, que uma pode existir sem a outra, ou ambas conjunctamente. O *acomettimento* é a acção de acometter, que significa — assaltar, investir, atacar, forçar alguém a fazer ou a consentir n'alguma cousa. A violencia decorrente do acomettimento é mixta, é moral e material ao mesmo tempo. No arrombamento ella é material somente, porque consiste em destruir um obstaculo material, para dar logar á evasão dos presos, ou á entrada de alguém na prisão com o intuito de maltratar-os, tal é, v. g., o arrombamento de uma parede, uma porta, um muro.

O delicto previsto no art. 133 visa — *maltratar os presos*. Nessa expressão não se comprehende o *lynchamento*. E, n'este caso, a duvida resolve-se ficando os agentes incursos nas penas do homicidio aggravado do art. 294 combinadas com as do art. 133. O *lynchamento* se não pode considerar entre as especies do máu trato, porque este não vae alem da offensa physica. O insulto, o ultrage, o vexame, tambem serão especies do mau trato, nunca sel-o-á, porem, o lynchamento, cujo escopo é a morte do prezo. E' certo que o prezo pode vir a morrer em consequencia do máu trato, mas ainda assim a figurá não é a do lynchamento. O Cod. devia especificar o caso, porque já tem occorrido no paiz mais de um delicto desta natureza.

CAPITULO V

Desacato e desobediencia ás autoridades (212).

(212) Competem o processo e julgamento á justiça estadual, exceptuados os casos do art. 20, n. III da lei 221 de 1894.

Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou funcionario

publico, em exercicio de suas funcções offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida e á obediencia hierarchica :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro mezes, além das mais em que incorrer (213).

(213) Os AA. são accordes em considerar o desacato uma offensa *moral* ou *material*. A forma moral é a *verbis* — palavras; a material é a *injuria re facta* — actos. Pode se dar ainda *in officio* ou *propter officium*, quer se trate do desacato *in verbis* ou da *injuria re facta*. Seus modos de extenuação, diz João Vieira, são a palavra, o gesto, a ameaça ou qualquer outra violencia. O offensor pode ser : a) qualquer pessoa; b) pessoa vinculada ao offendido por obediencia hierarchica.

• E' elemento constitutivo do delicto, diz o dr. Carlos de Carvalho (*Parecer sobre consulta, na Rev. de Jurisp.*, Abril, 1898, p. 387), o que o caracteriza — estar o desacatado *em exercicio* da funcção publica, isto é, que o desacato, em geral, ou a falta de consideração devida ao superior hierarchico seja commettido, estando a autoridade ou funcionario publico *in officio*, em acto funccional, quer a offensa seja *propter officium*, quer não. A presença do offendido revestido de qualidade juridico-politica de órgão do poder publico, é essencial e sem isso não ha offensa do funccionamento do poder social, que é o protegido. Si o offendido não está em acto de suas funcções de órgão do poder publico, si não está em presença do offensor ou si a offensa é por publicações na imprensa, a lei protege o funcionario offendido por palavra, por escripto ou por acto, *quer propter officium, quer não*, com a acção de injuria, ou de calumnia, ou de ameaça ou de lesão corporal (art 315 e segs., 184, 303 do Cod. Pen. com a circumstancia aggravante: do art. 39, § 8. E si a offensa é feita por meio da imprensa, e em razão do officio, a pena é mais grave do que a indicada no art. 134 (art. 319). Si a offensa toma forma de officio dirigido ao superior hierarchico, constitue ou falta disciplinar, e como tal pode ser punida, ou injuria ou calumnia, e então a protecção ao funcionario offendido está nos arts. 316, § 2 e 319, § 3, que indicam a regra a seguir na applicação da sanção penal. A lei não confunde as figuras dos delictos que tem por offendido o órgão do poder publico. Se o desacato, ou a falta de consideração devida ao superior hierarchico, o que o art 134 do Cod. Pen. dá o caracter de offensa a *funcção politico-social*, comprehende a que reveste a forma de *escripto dirigido ao offendido* — isto é, se a expressão — *palavras* — refere-se tambem ás escriptas, foi assumpto mui debatido a proposito do art. 222 do Cod. Pen. francez e resolvido em sentido negativo pela lei de 13 de Maio de 1863, que manda accrescentar ao texto — « *par écrit ou dessin non rendus publics*. » (Roger et Sorel — *Codes et lois usuelles*; Garraud, *Traité de Droit Pénal français*, t. III, n. 415, *in fine*). O art. 134 do Cod. Pen. tem por fontes proximas o art 181 do Cod. Pen. portuguez, o art. 266 do Cod. Pen. hespanhol, o art. 194 do Cod. Pen. italiano. O legislador brasileiro extrahio dellas o elemento caracteristico ou fundamental — a *presença do offên-*

modo — fixando-o com as expressões — *em exercicio e directamente. Em exercicio* é o mesmo que — *em acto de officio*; — *directamente* é — *face a face*. N'isto consiste a forma especifica do menosprezo pelo poder publico, da humilhação da autoridade — da perturbação da ordem politica, da inversão de posições hierarchicas, do fermento da anarchia, que a lei penal pretendeu punir. (*Verbale n. xxiii della Commissione* — 1888 — *relatore Luchini*). Consulte-se Pessina, *Nuovo Cod. Pen.* Part. I, art. 194; Fuorzi Pasquale, *Corso di dir. pen.*, v. 3, p. 243 e segs.; Puglia, *Man. di dir. pen.*, v. 2, p. 112; Impallomeni, *Il Cod. pen.*, v. 2, vs. 391 e segs.; Felippo Manduca, *Dei delitti contro la publ. administr.*, cap. VIII; Chauveau et Hélie, *Théor. do Cod. Pén.*, ns. 2,059 e 2,061; Beltzens. *Les Codes Belges ann. Cod. Pén.*, art. 276. Em synthese, conclue o dr. Carlos de Carvalho : « O crime do art. 134 do Cod. Pen. verifica-se quando as palavras ou actos são ditas ou praticados na presença da autoridade e não fóra da sua presença ou em escripto a ella dirigido ou publicado pela imprensa. II. A phrase — *faltando á consideração devida* — está subordinada ás anteriores. A falta de consideração ao superior hierarchico é uma das formas do desacato á autoridade presente em exercicio ou acto funcçional. »

No art. 135 o Codigo refere-se á autoridade, *em acto* ou *exercicio* de suas funcções, parecendo assim distinguir o *acto* do *exercicio funcçional*, considerando á desobediencia no caso de achar-se, ou não, presente a autoridade. E se o Codigo distinguio as duas situações da autoridade desobedecida, não havia razão para deixar de distinguil-os em relação á autoridade desacatada, pois o motivo de ordem publica que determinou a necessidade de garantir o exercicio do funcionario é o mesmo. A interpretação do art. 134 do dr. Carlos de Carvalho, que temos visto adoptada em sentenças de varios juizes, é restrictiva, excluindo o desacato em escripto dirigido á autoridade ou publicado pela imprensa. Parece que o legislador não distinguindo, como no art. 135, na expressão — *exercicio de suas funcções* — comprehendeo o desacato contra a autoridade *em acto* de suas funcções, ou em qualquer logar em que se encontre, embora não esteja em acto funcçional. Neste caso o adverbio — *directamente* — não equivale á expressão *face a face*, mas significa que a offensa é *directa*, isto é dirigida á pessoa da autoridade, sem a menor duvida. E segundo essa interpretação, seria admittido o desacato em escripto dirigido a autoridade ou publicado pela imprensa. A figura do *desacato* seria diferente da da *injuria*, porque nesta a offensa dirigida a *qualquer pessoa* (art. 317) e naquella o offendido é a *autoridade* no exercicio de suas funcções.

O Codigo diz : *Desacatar autoridade ou funcionario publico*. No sentido generico, funcionario publico é todo aquelle que exerce uma funcção publica. E nesta accepção comprehende qualquer autoridade ou empregado publico. Os Autores de direito administrativo, sob o ponto de vista doutrinário, distinguem o *funcionario* do *empregado publico*. Segundo Bluntschli, a funcção publica é um órgão do corpo do Estado tendo a sua missão publica peculiar, e conferindo ao respectivo funcionario um poder de determinação propria, na sua esphera de acção, o que, aliás, não exclue a subordinação hierarchica. A idéa de *funcionario* implica a de *auto-idade imperium* ou *jurisdiction*) exercendo um dos direitos da soberania. Os em-

pregados, pelo contrario, não teem autoridade, nem esphera de acção proprias; são auxiliares e subordinados dos funcionarios, e, embora exercitem tambem a sua actividade na esphera organica dos serviços publicos, as suas attribuições, em regra, exigem apenas um mediocre trabalho intellectual. » Lançando os olhos sobre o vasto e complicado mechanismo administrativo, diz Ribas, facilmente se conhece que alguma de suas peças exercem acção de que depende essencialmente o movimento geral, e, portanto, são indispensaveis para que elle pessoa preencher o seu destino, emquanto outras somente tem por fim facilitar e coadjuvar a acção das peças essenciaes, de modo que a sua existencia não é indispensavel para o movimento geral. As funcções de que assim depende a vida da administração e o preenchimento de sua missão, costumam denominar-se — *directas* — e mais exactamente se chamariam *essenciaes*; aquellas que somente servem para facilitar o exercicio destas geralmente se denominam *indirectas* ou *auxiliares* e tambem se poderiam qualificar de *especiaes*. Denominam-se *funcionarios* os que exercem as primeiras e *empregados publicos* os que exercitam as segundas. Cumpre, porem, attender-se que a phraseologia da nossa legislação administrativa não está inteiramente assentada sobre esta materia. Geralmente denominam-se *funcionarios publicos* todos os agentes directos ou indirectos da administração. A. O. Viveiros de Castro, *Trat. da Scien. da Adm. e Dir. Adm* cap. XI.

Na expressão — *qualquer autoridade ou funcionario publico* — o Codigo comprehende qualquer agente de qualquer dos poderes constitucionaes. O adverbio *directamente* significa *na presença, face a face*. A *offensa* pode ser por *palavra fallada ou escripta*, por *actos de força, violencia, gestos* ou *ameaças*. São estas as formas de que se reveste o *desacato por offensa*, da primeira parte do artigo. A outra modalidade do *desacato* que se contem na segunda parte do artigo separada pela disjunctiva ou consiste na falta de consideração e de obediencia devidas ao superior hierarchico. Na figura do *desacato* do art. 184 é evidente a distincção das duas modalidades, embora sujeitas á mesma penalidade. Se o delinquente é um simples particular só pode commetter o *desacato* descripto na primeira modalidade. Se é um funcionario pode incorrer em ambas, mas a segunda é privativa, principalmente na que se refere á obediencia hierarchica e neste ultimo caso só ha *desacato* quando o *desacatado* foi superior hierarchico. E assim entendemos porque, na opinião dos Autores, ou como diz Manduca, *non é la persona che il legislatore vuole difendere, ma la publica Autorità; non é l'ufficiale che se protegge, ma l'ufficio e più precisamente l'ufficio nella persona dell'organo del potere sociale, o, il che torna lo stesso l'ufficiale per la ragione dell'ufficio*.

Em ambas as modalidades o *dolo especifico* é a *intenção de offender, de ultrajar*. E é este dolo especifico que distingue a segunda modalidade do *desacato* do crime de *desobediencia* descripto no art. 135. E' indifferente que o movel do delicto seja o odio, a inveja, a vingança, a animadversão ou qualquer interesse; mas é necessario que haja a *vontade de offender*, porque esse é o elemento moral que o caracteriza. Manifestações de colera e outros actos em que o agente demonstre que não teve intenção de offender, sendo a sua acção puramente impulsiva, não constituem *desacato*. Como diz

Bento de Faria, citando **Boissonade** (*Proj. réo. du Cod. pén. du Japon* p. 562) ao acusado, porém, é que cabe provar que não tinha intenção de desacatar, pois o acto em si determina tal presumpção que subsiste até a prova em contrario. Igualmente não haverá desacato e sim outro delicto, quando o acusado offendendo ignorava a qualidade da pessoa. **Garraud** *Trait. de droit Pén.* v. IV, 1321. Pode dar-se desacato contra pessoa que não seja autoridade ou funcionario publico? Alguns autores resolvem pela affirmativa, desde que a pessoa seja chamada a auxiliar a autoridade, pois neste caso essa pessoa está exercendo, embora momentaneamente, uma função publica.

Não ha tambem desacato quando a autoridade ou funcionario provoca, maltrata ou offende a parte com quem tratar, porque neste caso a offensa é repulsa justificada; e si ha injuria, é retorsão. Se o offendido é o subordinado, não ha desacato por parte do superior hierarchico e sim excesso de poder definido no art. 230.

A offensa escripta por meio de carta ou telegramma dirigida á autoridade em exercicio de suas funções, constitue desacato, porque embora não seja *face a face*, é *directa*. A *ausencia* do transmittente não muda a natureza nem os effectos da offensa. Bento de Faria opina em sentido contrario, citando uma sentença do dr. Claudio Leal Filho, juiz de direito de Graya, no *Direito* v. 90 anno XXXXI p. 648, que adoptou a interpretação do dr. Carlos de Carvalho. Aquelle magistrado fundamentando a sentença diz que « a offensa por meio de telegramma não pode absolutamente, pela *ausencia* do transmittente, revestir o caracter de crime de desacato, que só pôde ser committido *face a face*, ou para usar da expressão do Codigo, *directamente*. Na especie o telegramma pode apenas ser equiparado á *carta injuriosa dirigida fechada ao destinatario e somente por este lida*, mas é ponto muito controversa entre os juristos se por esse meio pratica se ou não o *crime de injuria*. » O ponto que deve distinguir o *desacato* da *injuria* é o elemento moral, a intenção do agente. Se no telegramma verifica-se, o *animus injuriandi tollitur questio*, ha a *injuria*. Se a intenção foi outra, isto é, offender, não á pessoa, mas á autoridade nessa qualidade, o crime é *desacato*.

Na figura do desacato do art. 134 ha diversas modalidades: a) offensa *directa* por palavras ou actos; b) falta de consideração devida á autoridade, ou funcionario, que devem ser acatados, respeitados em virtude das funções que exercem; c) falta de obediencia devida ao superior hierarchico, desde que essa falta se manifesta por actos ou palavras no proposito de desconsiderar o superior. A primeira e a segunda modalidades podem ser praticadas *por qualquer pessoa*; a terceira só pode ser praticada por funcionario subalterno do desacatado. A primeira modalidade tambem pode ser praticada por qualquer funcionario publico.

— Quando o conflicto entre o funcionario e o aggressor não teve origem por motivo de serviço publico — *non contemplatione officii* — mas por um motivo de ordem privada (tratava-se do caso de gestos indecentes feitos ao inspector pelos filhos do denunciado), não tem applicação a disposição do art. 135 do Cod. Pen. (**Fabreguettes** — *Treat. das infrac. da palavra*, v. II, § 1,492). Para existir o crime de *desacato* é necessaria a presença de

funcionario desacatado, constituindo injurias as palavras offensivas dirigidas em sua ausencia (Rivarola Cod. Pen. argent., v. 3, p. 47). Sendo as injurias proferidas por motivo de ordem particular e na ausencia do funcionario, constituem, não o crime de desacato, mas, sim, o delicto definido no art. 319 do Cod. Pen., e este delicto, nos termos do art. 407, § 2 do mesmo Cod. é d'aquelles em que a acção penal se inicia por queixa da parte offendida. As sentenças devem mencionar de um modo bem expressivo quaes as palavras ou factos que constituem o desacato. E' nulla a sentença que se limitou a declarar ter o réu desacatado a autoridade, sem mencionar em que consistio esse desacato. Dr. Viveiros de Castro, *Sentenças e decisões*, ps. 23, 77 e 100.

Prescripção — 1 anno. Autoria : maximo 4 mezes, medio 3 mezes, minimo 2 mezes (cellular); prepond. aggr. — 3 mezes e 15 dias, prepond. att. — 2 mezes e 15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 4 mezes e 20 dias, medio 3 mezes e 15 dias, minimo 2 mezes e 10 dias (simples); prepond. aggr. — 4 mezes, 2 dias e 12 horas, prepond. att.— 2 mezes, 27 dias e 12 horas. Tentativa ou cumplicidade : maximo 3 mezes e 20 dias, medio 2 mezes e 15 dias, minimo 1 mez e 10 dias (cellular); prepond. aggr. — 2 mezes e 10 dias, prepond. att. — 1 mez e 20 dias. Na forma do art. 409 : maximo 4 mezes, 8 dias e 8 horas, medio 2 mezes, 27 dias e 12 horas, minimo 1 mez, 16 dias e 16 horas (simples); prepond. aggr. — 3 mezes, 17 dias e 22 horas, prepond. att. — 2 mezes, 7 dias e 2 horas. A penalidade é estabelecida além das mais em que incorrer o réu. Livra-se solto.

Paragrapho unico. Si o desacato fôr praticado em sessão publica de camaras legislativas ou administrativas, de juizes ou tribunaes, de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição publica :

Pena — a mesma, com augmento da terça parte (214).

(214) No art. 134 o desacato é praticado contra o funcionario, ou autoridade no exercicio das funcções. João Vieira censura o § unico porque prevê o desacato em sessões publicas das *camaras legislativas*, mas não se refere absolutamente á *deputado* e somente a qualquer *autoridade* ou *funcionario* publico, entre os quaes não se pode comprehender o deputado ou senador. A disposição, na verdade, não é clara, mas o desacato em sessão da camara legislativa só pode ser praticado contra representantes do poder publico e n'estas condições deve-se considerar o deputado, que faz parte do poder legislativo, que exerce função publica.

Viveiros de Castro, na sua obra *Jurisprudencia criminal*, p. 19, observa que, conforme a definição de Garraud, a palavra *autoridade* se applica ao funcionario que exerce por uma delegação directa da lei, quer na ordem judiciaria, quer na administrativa, uma porção do poder publico, lhe dando o direito de governo (*imperium*) ou o direito de julgar (*jurisdictio*). As autoridades, são, portanto, de ordem administrativa ou judiciaria. Na primeira categoria estão incluidos todos os funcionarios encarregados da missão

de governo, de fazer executar e cumprir as leis, os decretos, os regulamentos, as posturas municipaes; taes são o Presidente da Republica, os ministros de Estado; os governadores ou presidentes dos Estados; os prefeitos municipaes; os directores dos serviços officiaes, como telegraphos, estradas de ferro, correios; os chefes da policia, etc.; n'esta cathègoria não estão, porem, comprehendidos os *senadores* e *deputados* federaes ou estaduaes e os *intendentes* municipaes. Elles não exercem o *imperium*, o direito de governo. A sua missão é a confecção das leis. Não são autoridades administrativas, e sim legisladores, Fabreguettes, *Trat. das infrac. da palacra*, v. II, n. 1516; Blanche, vol. IV, § 133; Acc. da Corte de Cassação de 20 de Outubro de 1829. E' certo, porem, que podem ser considerados autoridades as mezas destas corporações, porquanto pelos regimentos estão sob sua direcção as secretarias e a policia das sessões. » Estas observações são muito verdadeiras, mas o facto do deputado não exercer o *imperium* não lhe tira a funcção publica que exerce de legislador e até com o privilegio de immunidades. Considerando a funcção a lei premunio-o tambem contra o desacato, mas achando-se elle no exercicio de suas funcções.

Art. 135. Desobedecer á autoridade publica em acto ou exercicio de suas funcções, deixar de cumprir suas ordens leaes, transgredir uma ordem ou provimento legal emanado de autoridade competente :

Pena — de prisão cellular por um a trez mezes.

Paragrapho unico. Serão comprehendidos nesta disposição aquelles que infringirem os preceitos prohibitivos de editaes das autoridades e dos quaes tiverem conhecimento (215).

(215) Forma *passiva* da resistencia criminosa, a desobediencia distingue se por não apresentar os elementos de força — *violencia* ou *ameaças* — que constituem aquella figura delictuosa. « Este caracter de *passividade* é, diz o dr. Viveiros de Cástro (*Jurisprudencia criminal*, p. 18), o distinctivo do delicto de desobediencia do delicto de resistencia, punido no art. 124 do Cod. Penal. Na desobediencia o accusado limita-se a não cumprir a ordem que recebeu. São elementos geraes do crime de desobediencia . 1º o facto material do não cumprimento da ordem; 2º que esta ordem seja dada por autoridade competente; 3º que seja legal; 4º que haja a intenção de desobedecer. Vide em Viveiros de Castro, *obr. e loc. cit.*, o desenvolvimento destas ementas. João Vieira (*Cod. Pen. Comm.*, part. esp., v. I, p. 89) considera tambem a desobediencia *resistencia passiva*, inerte, quando a resistencia criminosa « caracteriza-se, ao contrario, principalmente pela força, *vis*. » Accentua que a fonte do nosso Cod. aqui foi o anterior e o vigente portuguez art. 1881, § 1, que reproduzio em parte o anterior de 1852, que teve tambem como fonte o nosso de 1830. Atribue-se como fonte primitiva de todos, segundo Silva Ferrão, o Codigo da Baviera, que diz : « Art. 318 : Todo depositario da autoridade terá o direito para a manutenção do respeito que

lhe é devido, de infligir a todo *recalcitrante* um ou dois dias de prisão, sem prejuizo das penas previstas no art. 316 contra a rebellião ou resistencia. » A disposição do art. 135 apresenta diversas modalidades, que referem-se a acções diferentes. Assim, *desobedecer á autoridade em acto ou exercicio de suas funcções* — dá a entender que a autoridade está presente, *em acto ou em exercicio de suas funcções*. A conjuncção — ou — não é aqui disjunctiva, pois o *exercicio das funcções* é condição generica que abrange todas as modalidades. A autoridade que não estiver no exercicio de suas funcções não tem jurisdicção, nem competencia, para se fazer obedecer. *Em acto* significa que a autoridade, no exercicio de suas funcções, está presente em uma diligencia, em sessão de tribunal, em uma audiencia, ou mesmo na repartição onde, nas horas do expediente, ella se acha.

A segunda modalidade — *deixar de cumprir* as ordens legaes da autoridade — constitue tambem desobediencia, mas em condições diversas da primeira. A acção da autoridade não é directa sobre o desobediente, exercose por intermedio de seus agentes. A testemunha intimada para depôr, desobedece á autoridade deixando de comparecer, porque não cumpro a intimação, que é uma ordem legal. Mas, é claro que só ha o delicto quando o não comparecimento foi proposital, intencional; pois a força maior, ou qualquer evento, exoneram a testemunha da responsabilidade criminal.

A *transgressão da ordem* ou *provimento* da autoridade competente, que é a terceira modalidade, já constitue um delicto de acção. Diversa da *desobediencia passiva*, a *transgressão* consiste na pratica de um acto contrariario que foi determinado na ordem ou provimento. A do § unico é a da transgressão, restringindo-se, porem, a responsabilidade aos que tiverem conhecimento dos proceitos prohibitivos dos editaes. Cada uma destas modalidades, alem de subordinadas aos elementos geraes, a que nos referimos, são tambem constituidas por elementos especificos. Assim, na primeira, é preciso que a autoridade esteja em *acto* de suas funcções. Na segunda, a ordem deve ser transmittida por agentes da autoridade, quer seja o agente funcionario publico, quer seja um simples cidadão encarregado de transmittir a ordem. Incumbido pela autoridade, o cidadão assume para esse serviço o character de funcionario publico, porque foi investido, embora provisoriamente, de uma funcção publica, por autoridade competente. Na terceira modalidade é indispensavel que por seu acto ou facto o desobediente manifeste a intenção clara de transgredir, isto é, de contrariar a ordem da autoridade transmittida pelos seus agentes e constantes dos editaes publicados na imprensa ou afixados nos logares mais publicos da circumscripção territorial *que se acha sob a jurisdicção da autoridade*, pois a jurisdicção constitue um dos requisitos da *competencia*.

— Não pode ser desobediencia o facto de fecharem os accusados a janella da casa (trata-se de cerco dado pela policia a uma casa de tavolagem), pois sem as formalidades legaes, devidamente mencionadas no respectivo auto, não é licito ás autoridades policiaes penetrarem na casa alheia por meio de escalada. O delicto de desobediencia deixa de existir, quando o funcionario publico provocou o facto, excedendo por actos arbitrarios os limites de suas attribuições (Cod. Pen., ital. art. 199). Viveiros de Castro, *Sentenças e Decisões*, p. 78. — Para verificar-se a existência do crime de desobediencia,

torna-se necessário que de parte da autoridade, que se julgou desobedecida, haja o direito de dar ordens, de exigir o cumprimento de um dever, por virtude de disposição de lei. Accs. do Supr. Trib. Fed. de 15 de Junho de 1898 e de 10 de Agosto de 1895.

— Pode livrar-se solto o indiciado no delicto do art. 135, punido pelo novo Cod. com trez mezes de prisão celllular no maximo, equivalente a trez mezes de prisão com trabalho do Cod. crim. de 1830. E' caso de *habeas corpus*, ser o paciente obrigado a prestar fiança, no caso em que a lei a dispensa, como d'aquelle em que o réu livra-se solto. Acc. do Supr. Trib. Fed., 9 Fevereiro, 1895. Vide na *Jurispr. do Sup. Trib. Fed.*, collecção de 1895, os fundamentos dessa decisão.

Vide art. 35 § 2 e nota.

TITULO III

DOS CRIMES CONTRA A TRANQUILLIDADE PUBLICA

CAPITULO I

Do incendio e outros crimes de perigo *commum* (215).

(215) O processo e julgamento competem á justiça local, salvo os casos dos arts. 139, 141 (á Nação), 143, 144, 145, da competencia da justiça federal. Vide art. 26 do Dec. 2110 de 30 de Setembro de 1909, no *Appendice*.

Art. 136. Incendiar edificio, ou construcção de qualquer natureza, propria ou alheia habitada, ou destinada á habitação, ou a reuniões publicas ou particulares, ainda que o incendio possa ser extincto logo depois da sua manifestação e sejam insignificantes os estragos produzidos :

Penas — de prisão celllular por dous a seis annos, e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (216).

(216) Commentando este capitulo, João Vieira propõe a substituição da expressão — *crimes de perigo commum* assim denominados pelos allemães

— ou crimes contra a segurança geral das pessoas e bens, usada pelos Cods. da Hollanda e de Zurich — pela de — crimes contra a incolumidade publica, a exemplo do Codigo italiano que no vocabulo *incolumità*, abrange uma vasta familia de delictos, comprehendendo não só a saúde, mais ainda a tranquillidade e a segurança, e, segundo a fonte latina, tambem a integridade. A epigraphie geral do titulo é crimes contra a tranquillidade publica, que envolve tambem a particular, e abrange os crimes de perigo commum, incendio ou fogo posto, inundação, foges accesos sobre escolhos ou praias para fingir pharões e provocar naufragios, avarias em embarcações, abalroamento; os crimes contra a segurança dos meios de transporte ou communicação : damno e destruição de estradas de ferro, estradas de rodagem, pontes, linhas telegraphicas; os crimes contra a saúde publica : exercicio illegal da medicina, espiritismo, magia, feitiçaria, medicina de curandeiros, venda criminosa de medicamentos, envenenamento de fontes, corrupção de agua potavel, falsificação de substancias alimenticias e de bebidas. João Vieira considera impropria a denominação crimes — contra a tranquillidade publica, porque diversas especies alli descriptas affectam a segurança que, sendo objectiva, diverge da tranquillidade, facto *subjectivo*, porem, decorrente da « consciencia de estar seguro ». Mas a consciencia de estar seguro não é senão a propria tranquillidade, effeito da segurança. Havemos de convir, então, que a segurança pode se apresentar sob os aspectos *objectivo* ou *subjectivo*. Na segurança *objectiva* ha a certeza da *incolumidade material* (apliquemos o termo); na *subjectiva* apparece a tranquillidade, que será a *incolumidade moral* (?). N'esta accepção, como expressão juridica dos dois estados, talvez não repugnasse ao nosso legislador a substituição da epigraphie, pela expressão italiana, embora traduzida em « portuguez de lei », como diz o illustre mestre.

Os delictos previstos n'este capitulo estão sujeitos a duas classificações — são *dolosos* ou *culposos*. N'este surge a culpa, proveniente de negligencia, imprudencia, impericia ou inobservancia de disposições regulamentares; n'aquelles ha o *propositum*, o animo deliberado de commetter o crime.

O incendio doloso tambem se denomina *fogo posto*, porque esta expressão indica claramente que houve o proposito de incendiar a cousa. O art. 136 trata do incendio doloso de edificio ou construcção de qualquer natureza nas condições especificadas. João Vieira, citando Pessina, observa que o incendio não deve confundir-se com a simples destruição, ou deterioração d'uma cousa qualquer queimando-a; o incendio consiste em applicar o fogo de maneira a propagar-se em vastas proporções. E accrescenta : « N'este sentido devem, pois, ser entendidos os arts 136 a 141, 146 a 148 do Cod. pen., sendo excusado dizer que o crime não deixa de subsistir, ainda que não tenha quasi consequencias prejudiciaes, como é expresso no art. 136. » O incendio voluntario, no seu elemento essencial, é « pôr fogo em objectos, nos quaes o fogo posto possa atear o incendio. » Esta proposição envolve a questão, que, como diz o illustre J. C., tem dividido os criminalistas, isto é, quando deve se considerar consummado ou tentado o crime de incendio. A opinião citada de Carrara é aceitavel em parte, pois « dada a condição de perigosas nas chammas pegadas, o facto de tel-as excitado exhaure a consummação do crime; e no pôr fogo se acha quanto basta para infringir toda

▲ **pena ordinaria.** Para dizer que ha tentativa é mister que o fogo não tenha ainda pegado os objectos que se queriam queimar. O *incendio posto* ou *pegado* não é simples tentativa, mas admite uma tentativa na phase precedente. » Carrara, *Progr.*, part. spec., §§ 3081 a 3084, vol. 6. Dissemos *acceitavel em parte*, a opinião do J. C. italiano, porque o simples acto de pôr fogo em alguma cousa, ou a simples excitação das chammas, não constituem a consummção do crime, a qual depende da propagação ou *possibilidade* de propagação do incendio. Para que haja a tentativa é necessario que por um acto inequivoco, o incendiario demonstre que teve o intuito de incendiar o predio. Essa intenção não se manifesta senão pelo começo de execução, que é o acto *de pôr fogo*. A resolução de commetter crime, manifesta por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é sujeita a acção penal, salvo se constituir crime especificado em lei. (Art. 10). Vê-se mesmo, pela noção que Pessina nos dá do incendio, combinada com a opinião de Carrara, que a tentativa e o crime consummado de incendio ficam subordinados ás regras estabelecidas nos arts. 12 e 13 do Cod. A tentativa caracteriza-se, então, pelo facto de haver sido impedida a propagação do incendio, ou de não haver possibilidade de propagação, por causas independentes da vontade do incendiario. Estas causas serão sempre objectivas.

No art. 136 do Codigo verifica-se duas especies distinctas: o *incendio propagado* que destroe o edificio ou construcção produzindo maior damno, e o *incendio manifestado* e logo extinto, produzindo estragos insignificantes. Considera-se o crime consummado em qualquer das hypotheses e a pena é uma só. Cumpre notar, porem, a manifesta *desproporcionalidade* que existe entre a pena e o delicto, já pelo perigo e alarma, que são mais intensos em uma do que em outra especie, já pela extensão do damno causado. Entendiamos que a primeira figura deveria constituir o crime consummado e a segunda a tentativa, e então pela regra da penalidade imposta a uma e outra, o tentador seria punido deduzindo-se a terça parte da pena (art. 63). Mas, ou no crime de incendio não existe tentativa, ou seremos forçados a considerar como tal o facto do fogo posto, logo extinto, não havendo começo de incendio, isto é, começo de propagação, devendo se entender a expressão — *incendio manifestado* — como synonymo de *fogo posto em começo de propagação* ou *fogo posto com possibilidade de propagação*. Vide o relatório dos srs. José de Alencar e desembargador Isidoro Borges Monteiro, deputados, e discursos dos srs. Uchôa Cavalcante, Nunes Gonçalves e José Bonifacio, senadores, sobre o projecto que converteu-se na lei n. 3311 de 15 de Outubro de 1886 (crimes de damno, incendio e outros), reunidos em folheto e publicados pelo dr. José M. Vaz Pinto Coelho (editor Laemmert). Ainda tem oportunidade, principalmente o discurso do sr. senador Nunes Gonçalves, que, na phrase em aparte do Visconde de Paranaguá, fez um commentario verdadeiro da lei.

Bento de Faria declara que é elemento essencial do crime de incendio o *perigo commun* e cita o Acc. do Sup. Trib. Fed. de 18 de Maio de 1898, no *Direito* v. 76, p. 426. Do art. 136 não se infere esse elemento como essencial para integrar a figura delictuosa, porque o edificio incendiado pode achar-se isolado de outros e estar deshabitado, e nem por isso deixa de existir o crime, sem ter havido, no entretanto, *perigo commun*. O ele-

mento essencial é que haja *proposito* ou *culpa* do incendiario, pois o incendio casual não constitue crime.

(193) Prescrição — 12 annos. Autoria : maximo 6 annos, multa 20 0/0, medio 4 annos, multa 12 1/2 0/0, minimo 2 annos, multa 5 0/0 (cellular); prepond. aggr. — 5 annos, multa 16 1/4 0/0, prepond. att. — 3 annos, multa 8 3/4 0/0. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos, multa 20 0/0, medio 4 annos e 8 mezes, multa 12 1/2 0/0, minimo 2 annos 4 mezes, multa 5 0/0 (simples); prepond. aggr. — 5 annos e 10 mezes, multa 16 1/4 0/0, prepond. att. — 3 annos e 6 mezes, multa 8 3/4 0/0. Tentativa ou cumplicidade : maximo 4 annos, multa 13 1/3 0/0, medio 2 annos e 8 mezes 8 1/3 0/0, minimo 1 anno 4 mezes, multa 3 1/3 0/0 (cellular); prepond. aggr. — 3 annos e 4 mezes, multa 10 5/6 0/0, prepond. att. — 2 annos, multa 5 5/6. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos 8 mezes multa, 12 1/3 0/0, medio 3 annos 1 mez e 10 dias, multa 8 1/3 0/0, minimo 1 anno 6 mezes e 20 dias, multa 3 1/3 0/0 (simples); prepond. aggr. — 3 annos 10 mezes e 20 dias, multa 10 5/6 0/0, prepond. att. — 2 annos e 6 mezes, multa 5 5/6 0/0. Cumplicidade na tentativa : maximo 2 annos e 8 mezes, multa 8 8/9 0/0, medio 1 anno 9 mezes 10 dias, multa 5 5/9 0/0, minimo 10 mezes e 20 dias, multa 2 2/9 0/0 (cellular); prepond. aggr. — 2 annos 2 mezes e 20 dias, multa 7 2/9 0/0, prepond. att. — 1 anno e 4 mezes, multa 3 8/9 0/0. Na forma do art. 409 . maximo 3 annos 1 mez e 10 dias, multa 8 8/9 0/0, medio 2 annos 26 dias e 16 horas, multa 5 5/6 0/0, minimo 1 anno 13 dias e 8 horas, multa 2 2/9 0/0 (simples); prepond. aggr. — 2 annos 7 mezes 3 dias e 8 horas, multa 7 2/9 0/0, prepond. att. — 1 anno 6 mezes 20 dias, multa 3 8/9 0/0. Crime inafiançavel.

Incluem-se na significação dos termos — construção habitada ou destinada á habitação :

- 1.º os armazens ;
- 2.º as officinas ;
- 3.º as casas de banho e natação ;
- 4.º as embarcações ou navios ;
- 5.º os vehiculos de estradas de ferro pertencentes a comboio de passageiros, em movimento, ou na occasião de entrar em movimento ;
- 6.º as casas de machinas, armazens e edificios dos estabelecimentos agricolas.

Parapho unico. O proprio dono não ficará isento das penas deste artigo, sem provar que o objecto por elle incendiado já não tinha algum dos destinos ou usos especificados, e que do incendio não poderia resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro (217).

(217) Entendeu o legislador que devia definir o significado dos termos — construção habitada ou destinada á habitação — a que se refere o art. 136. A proposito, escrevem o dr. Baptista Pereira na *Rev. Jurisp.*, Agosto, 1898, p. 401 : « O art. 139 do projecto definindo o crime de incendio, que consiste em pôr fogo a edificios ou construcções habitadas ou destinadas á habitação, deixou de incluir de modo explicito na significação daquelles termos os edificios e construcções dos estabelecimentos agricolas. Se bem que determinando o artigo que, por construção habitada ou destinada á habitação se entende — os armazens e officinas — na generalidade desses termos se devesse entender incluídos os estabelecimentos ruraes, todavia, para tornar mais clara a disposição, e melhor accentuar o pensamento de proteger a propriedade rural com egual efficacia, accrescentou-se ao art. o seguinte numero *às casas de machinas, armazens e edificios dos estabelecimentos agricolas*. E' o numero 6 do actual art. 136. »

O Cod. diz no art. 136, incendiar *edificio* ou *construcção de qualquer natureza* destinada, etc. Ora, o edificio devia ser incluído, no genero — construcção de qualquer natureza, etc. O edificio é um predio, que pode ser rustico ou urbano, e tambem significar, *in genere*, toda e qualquer construcção. Frei Domingos Vieira observa que « de ordinario limita-se a palavra edificio a significar as construcções de notavel elegancia ou extensão. » Entre nós, porem, no sentido restricto — o edificio é um predio onde funciona algum serviço publico, ou onde celebram-se reuniões publicas. Um templo é um edificio, a camara dos deputados é um edificio, a secretaria de estado é um edificio, mas a casa onde mora o sacerdote, o deputado, ou o ministro, é um predio, ainda que tenha as proporções de um palacio. E' tambem um edificio o palacio do Governo onde reside o Presidente da Republica, mas outra casa qualquer onde elle vá morar é um predio. Embora haja sido excluído da definição o predio de residencia particular, deve-se entender que elle está incluído na expressão — *construcção de qualquer natureza, habitada ou destinada á habitação*.

O paragrapho unico admite a possibilidade do incendio proposital, mas não criminoso, pois o *propositum* aqui não envolve o dolo, nem a culpa. Homenagem prestada ao reconhecimento do direito de propriedade, que dá ao dono da cousa a faculdade de dispôr della como lhe approuver. Mas, em relação ao fogo posto o uso d'aquelle direito é restricto, visto como dispõe o paragrapho que o dono de qualquer construcção não poderá destruil-a pelo fogo sem provar : 1.º que o objecto incendiado já não tinha o destino para que foi feito ou o uso especificado no destino ; 2.º que do incendio não poderia resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro. Estas condições concomitantes são necessarias para isentar o dono do objecto da responsabilidade penal. Se bem analysarmos a disposição do paragrapho, concluiríamos que não ha caso algum em que seja permittido o uso do incendio como meio de destruição, salvo de cousa movel sem valor. Abstrahindo-se o caso de *hypotheca* ou qualquer onus, tratando-se de immoveis, ha sempre o prejuizo de terceiros, pois ainda que não existam outros interessados ou mesmo herdeiros do dono da cousa, resta, na successão, a fazenda nacional, que seria o terceiro prejudicado. Isto, admittindo-se que as outras hypotheses mencionadas no § não occorressem.

Ha ainda uma consideração, que, sem duvida influio no animo do legislador, que procura impedir a destruição das casas, mesmo pelo proprio dono. Justificando o projecto que converteu-se na lei n. 3.311 de 1886, dizia o sr. senador Nunes Gonçalves : « Em todo o tempo, a casa mereceu do legislador protecção especial ; a nossa Constituição considera a casa um asylo inviolavel. Mas porque a casa merece essa protecção especial do legislador? Porque alem do mal material, do prejuizo, ha na destruição da casa outro mal — o moral ». A despeito do sentimentalismo, algo ha de verdade no argumento. O vocabulo — *objecto* incendiado — mal empregado pelo Cod., significa — *cousa* incendiada — a qual pode ser — movel ou immovel. Entretanto, o art. 136 só se refere á immoveis.

Bento de Faria opina, em face do dispositivo do § unico, que é facultado por meio de incendio a destruição do que é proprio. Esta facultade é porém, sujeita ás restricções correntes entre os Autores. A cousa incendiada deve pertencer exclusivamente ao proprio dono, o que não se dá quando a propriedade é parcial, commum ou indivisa, ou quando um terceiro tem sobre ella um direito de usufructo, de uso ou de habitação. A construcção não deve estar habitada, nem pelo proprio dono (aqui divergimos de Bento de Faria, em vista do § unico, na parte *sem provar*, etc.) Não deve estar segura contra incendio; nem gravada por qualquer onus ; nem deve haver qualquer interesse presente ou futuro que possa ser sacrificado pelo incendio. Do incendio não deve resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro.

Art. 137. Nas penas do artigo precedente incorrerão :

§ 1.º Aquelle que incendiar objectos collocados em lugar de onde seja facil a communicacão do fogo aos edificios e construcções especificados no mesmo artigo, si acontecer que o incendio effectivamente se propague, e qualquer que seja a destruição causada ;

§ 2.º Aquelle que destruir os mesmos edificios, ou construcções, por emprego de minas, torpedos, machinas ou instrumentos explosivos (218).

(218) No art. 137 § 1.º ha uma *cousa movel* (*objecto*) incendiado collocada em lugar que ponha em perigo a incolumidade (usemos mais uma vez o termo) da construcção visinha, de modo que seja facil a communicacão do fogo. Aqui o crime não consiste no fogo posto no objecto, mas no incendio da construcção, sujeito, porem, o incendio á condição da propagação effectiva. Si *acontecer que o incendio effectivamente se propague*, diz o §. Dessa propagação effectiva depende a responsabilidade criminal, e quanto á questão do damno causado (destruição), este é accessorio que tambem depende da existencia d'aquella responsabilidade. A propagação effectiva do incendio dá a entender que se trata não de um incendio de proporções extraordinarias, e, sim, de um incendio, cujos elementos forem sufficientes

para classificar-o como crime consummado, quer seja o incendio doloso, quer culposo. E o crime figurado no § consumma-se, qualquer que seja a destruição causada, isto é, qualquer que seja o valor do damno causado.

Para a integração do delicto, cumpre verificar, não a *voluntariedade*, como quer Bento de Faria, mas a *intenção* do agente, revelador do *propositum*. A *culpa* resultante da imprudencia, negligencia, impericia ou inobservancia de disposição regulamentar é o elemento rural da figura definida no art. 148. A tentativa admette-se quando collocado o objecto incendiado no local onde a comunicação do incendio era facil, este não teve logar por motivo independente da vontade do incendiario. A cousa incendiada deve ser considerada meio apto para consecução do fim, pois a tentativa deixará de ser punida se o meio empregado for de inefficacia ou impossibilidade absolutas para o fim a attingir, *ex vi* do art. 14 e seu § unico.

O emprego de minas, torpedos, machinas, ou instrumentos explosivos como meio de destruição, é um crime de perigo commum, e devia figurar em artigo differente. Diz João Vieira, que « a mina e a explosão sempre foram egualadas ao incendio pelo perigo de desastres e ruinas que accarretam. Independentemente de pôr fogo, as leis penaes tem considerado crime de perigo commum a adaptação das forças da natureza para a destruição de cousas de modo a produzir desastres. » Mas, a razão de figurar no art. 137 o § 2 é porque a fonte é a lei n. 3.311 de 18 de Outubro de 1886, art. 5, que, com pequenas modificações de redacção o legislador reproduziu no Codigo e naquelle art. 5, figura o § unico que previo a destruição *por meio de minas ou do emprego de quaesquer materias explosivas*. O § trata da destruição dos *mesmos* edificios ou construcções, que são os de que trata o art. 136, mas por meios diversos de incendio. O crime do § 2 não é o de incendio, e sim o de *destruição*, que tambem diverge do damno, porque *destruir* aqui é tomado no sentido de arrazar, derrubar, fazer ir pelos ares; se da explosão advier incendio, este será um accidente, mas não constitue o crime figurado no §.

Art. 138. Si os edificios, ou construcções, não fôrem habitados ou destinados para habitação, e não pertencerem ao autor do crime :

Penas de prisão cellular por um a tres annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (219).

(219) *Vide* notas ao art. 124, § 1 para a graduação da prisão, e ao art. 13, quanto á multa.

Pela disposição do art. 136 parecia que na expressão — *construcção destinada á habitação* — estava implicitamente incluída a *construcção deshabitada*, mas o art. 138 veio distinguir: No art. 136 trata-se de edificios, ou construcções *habitados* e que *forem destinados á habitação*; no art. 138 figura-se edificios ou construcções *deshabitados* ou que *não forem destinados á habitação*. A disposição generica do art. 136 não distingue se o incendiario é ou não o proprio dono. E como o paragrapho unico referia-se

especialmente ao proprio dono, parecia que o art. 136 comprehendia *qualquer incendiario*, fosse ou não dono da cousa incendiada. Mas, o art. 138 distingue : — Se a cousa incendiada não pertencer ao incendiario, a penalidade é menor do que a dos arts. 136 e 137. Se tomassemos como criterio de interpretação a pena estabelecida chegaríamos á conclusão de considerar que do art. 136 ficariam excluidos todos os incendiarios que não fossem donos da cousa incendiada. O paragrapho unico seria uma excrescencia, uma inutilidade, servindo apenas para provocar maior confusão. A razão da minoração da penalidade do art. 138 parece ser outra : o fogo posto em edificios ou construcções nas condições figuradas, torna-se menos perigoso, não ha risco de vida ; o incendiario teve apenas o animo de destruir ou de danificar, pois considerou bem que os efeitos do incendio não podiam ir alem da *meta optata*.

Art. 139. Incendiar edificios, construcções, depositos, armazens, archivos, fortificações, arsenaes, embarcações ou navios pertencentes á Nação :

Penas — de prisão cellullar por dous a seis annos, e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (220).

(220) *Vide nota ao art. 136.* Embora não esteja comprehendido este art. na lei 221 de 1894 (art. 20 n. V) o juizo competente deve ser o federal.

As cousas mencionadas neste art. são publicas, do dominio da Nação, fazem parte do patrimonio nacional e algumas até servem para a defeza do paiz. O incendio doloso destas cousas é punido com a mesma pena do art. 136. Donde se conclue que o legislador considerou, quanto á gravidade, no mesmo pé de egualdade, o crime de incendio de cousas publicas e particulares.

Art. 140. Incendiar o proprio dono qualquer das cousas, precedentemente especificadas, com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro, ou defraudar os direitos de alguém :

Penas — de prisão cellullar por um a seis annos e multa de cinco a 20 0/0 do valor do damno causado, ou que poderia causar (221).

(221) A fonte da disposição deste art. é a lei n. 311 de 15 de Outubro de 1886, art. 4, § 6 que diz : Se os ditos edificios e construcções pertencerem ao autor do incendio, sendo este praticado com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro ou defraudar direitos de alguém.

Penas de prisão com trabalho por um a seis annos e multa de 5 a 25 0/0 do valor da responsabilidade ou do prejuizo resultante dos direitos fraudados. » No art. 140, o Cod. previo os casos de incendio quando, alem de

dolo generico entra ainda o proposito de causar prejuizo a alguem, tratando-se v. g. de predio hypothecado; de tornar responsavel outrem, que não o proprio dono, pelo sinistro, como v. g. o caso de predio em poder do depositario judicial; de defraudar os direitos de algum, como o incendio para obter o seguro da companhia. E' essa a forma mais frequente no commercio deshonesto, vulgarmente denominado — *liquidação á fogo*. O proposito de realizar cada uma destes especies constitue o *dolo especifico*, que manifesta-se conforme a natureza da deliberação criminosa.

As *cousas* (já o Cod. mudou de tecnologia, já não diz — *objectos*) as *cousas precedentemente especificadas*, a que se refere o art., são as de que tratam os arts. 136, 137, 138, quando pertencentes ao proprio dono.

A graduação da multa é a da nota ao art. 136. Prescripção — 12 annos, Autoria : maximo 6 annos, medio 3 annos e 6 mezes, minimo 1 anno (cellular); prepond. aggr. — 4 annos 9 mezes, prepond. att. — 2 annos e 3 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos, medio 4 annos e 1 mez, minimo 1 anno e 2 mezes (simples); prepond. aggr. — 5 annos 6 mezes e 15 dias, prepond. att. — 2 annos 7 mezes e 15 dias. Tentativa ou cumplicidade; maximo 4 annos, medio 2 annos e 4 mezes, minimo 8 mezes (cellular) : prepond. aggr. — 3 annos e 2 mezes, prepond. att. — 1 anno e 6 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 2 annos 8 mezes e 20 dias, minimo 9 mezes e 10 dias (simples); prepond. aggr. — 3 annos 8 mezes e 10 dias, prepond. att. — 1 anno e 9 mezes. Cumplicidade na tentativa : maximo 2 annos e 8 mezes, medio 1 anno 6 mezes e 20 dias, minimo 5 mezes e 10 dias (cellular); prepond. aggr. — 2 annos 1 mez e 10 dias, prepond. att. — 1 anno. Na forma do art. 409 : maximo 3 annos 1 mez e 10 dias, medio 1 anno 9 mezes 23 dias e 8 horas, minimo 6 mezes 6 dias e 16 horas (simples); prepond. aggr. — 2 annos 5 mezes 16 dias e 16 horas, prepond. att. — 1 anno e 2 mezes. Crime inaffiançavel.

Art. 141. Incendiar plantações, colheitas, lenha cortada, pastos ou campos de fazenda de cultura, ou estabelecimentos de criação, mattas, ou florestas pertencentes a terceiro ou á Nação :

Penas — de prisão cellualar por um a tres annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (222).

(222) A lei n. 3.311 de 15 de Outubro de 1886, no art. 8, dispunha : « Incendiar, ou destruir por qualquer maneira, plantações, colheitas, mattas, lenha cortada, pastos ou campos de fazendas de cultura ou estabelecimentos de criação pertencentes a terceiros. Penas — de prisão com trabalho de 1 a 3 annos e multa de 5 a 25 0/0 do valor do damno causado. » A disposição do Cod. é reproducção da lei, supprimida — a *destruição por qualquer maneira* — e accrescentando á palavra — *terceiros* — a phrase — ou á *Nação*. A lei n. 628 de 24 de Outubro de 1899, art. 2, m. III. considera inaffiançaveis os crimes capitulados no arts. 141 e 142 do Cod. Pen. A penalidade (1 a 3 annos) é inferior ás dos arts. 136, 137 e 138, sem duvida, porque nestes arts. se trata de edificios ou construcções, e no art. 141 não

na o mesmo perigo ou risco, como succede tambem na hypothese do art. 138. Na figura do art. 141 em que mais se deve considerar o damno material do que o risco que corre a incolumidade da pessoa, a penalidade não é proporcional á extensão ou gravidade do damno causado. Casos ha em que o incendio de mattas e florestas envolve ou põe em risco predios e construcções.

— Para o calculo da pena *vide* nota ao art. 124, § 1 ; para o da multa, nota ao art. 136.

Art. 142. Causar a inundação da propriedade alheia, ou expô-la a esse, ou outro perigo, abrindo comportas, rompendo represas, açudes, aqueductos, ou destruindo diques ou qualquer obra de defeza commum :

Penas — de prizão cellular por um a tres annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (223).

(223) Crime de perigo commum, a inundação foi prevista na lei 3.311 de 1886, art. 11 : « Innundar por meio de aberturas de comportas ou rompimento de represas, aqueductos, açudes, ou por qualquer outro modo a propriedade alheia. Penas — de prizão com trabalho por 1 a 2 annos e de multa de 5 a 25 0/0 do damno causado. » O Cod. foi mais casuistico, prevendo hypotheses que não se encontram na lei e incluindo a especie da obra de defeza commum, de que aquella não cogitou.

O art. 142 apresenta tres especies distinctas : — 1.ª causar inundação da propriedade alheia ; 2. expô-la a esse perigo ; 3.ª expô-la a outro perigo diverso desse. Todas estão, porem, subordinadas aos mesmos meios de realização do delicto, que constituem as modalidades, isto é, *innundação, o perigo desta, ou o outro perigo*, se realisam por meio da abertura de comportas, rupturas de represas, açudes, aqueductos, destruição de diques ou qualquer obra de defeza commum. Todos estes meios são obras destinadas a conter o elemento — *agua*, força da natureza, que assim como o fogo, pode ser utilizada para o bem e para o mal, para a vida e para a morte. Na expressão final do art. -- *qualquer obra de defeza commum* — deve-se entender — a *defeza commum contra o elemento agua*, tal seria v. g. a construcção de qualquer obra para impedir a invasão do mar, do rio, da lagóa, da propria inundação proveniente de fortes chuvas.

Na primeira especie a inundação é um facto consummado, a propriedade alheia ficou innundada com grande abundancia d'agua, causando prejuizos ou expondo a risco a vida das pessoas. A inundação é mais do que o simples alagamento, constitue um perigo pelos effeitos que pode produzir em consequencia da massa d'agua submergindo o que fôr encontrando. O Codigo diz — expôr a propriedade a esse (*perigo da inundação*) ou a outro perigo, etc. Quanto ao *outro perigo*, que não seja inundação, mas causado pela agua, não pode ser outro senão o da destruição pela força mechanica das aguas na sua passagem. A distincção entre esse perigo da destruição pela agua e o perigo da inundação, pode consistir no facto de ser possível

uma inundação sem destruição, mas com submersão perigosa para as pessoas, ou submersão cujo perigo consista unicamente no damno causado ás cousas.

Na segunda especie não houve inundação, mas a abertura da comporta, a ruptura do açude expõe a propriedade áquelle perigo. N'essa figura é elemento essencial do delicto que verifique se o perigo, mas para isso é tambem necessario que haja a abertura da comporta, á qual seguir-se-á necessariamente a inundação. Ha aqui manifesta contradicção, salvo si, interpretando pelo lado mais favoravel ao cuidado do legislador na redacção do texto, considerarmos como tentativa, embora punida com pena especial (art. 63), o crime definido no art. 142 de expôr a propriedade alheia ao perigo de inundação, etc.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. anterior. O crime é inafiançavel nos termos da lei n. 628 de 1899, art. 2, n. III.

Art. 143. Accender fogos sobre escolhos, arrecifes, bancos de areia ou outros sitios perigosos que dominem o mar, fingindo pharões, ou praticar outros artificios para enganar os navegantes e attrahir a naufragio qualquer embarcação :

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (224).

(224) Entra na classe dos crimes maritimos, tambem previstos na lei n. 3.311 de 1886, art. 9 : « Accender fogos sobre escolhos, arrecifes, bancos de arrêa ou outros sitios perigosos, que dominem o mar, fingindo pharões, ou praticar outros artificios capazes de enganar os navegantes e conduzir qualquer navio ou embarcação a perigo de naufragio. Penas : de prisão com trabalho de 6 a 12 annos e multa de 5 a 25 0/0 do damno causado. » A figura deste crime, com que a lei supprio a lacuna do Cod. de 1830, e o Cod. actual reproduzio, não é nova, pois a Ordenação L. 4, tit. 9, art. 43, punia com a pena ultima aquelles que accendessem de proposito fogos de noite nas praias para enganar os navios e fazel-os encalhar. Houve tempo em que reproduziam-se naufragios devidos a fogos que accendiam nas praias ou sitios que dominam o mar, cujo intuito era simular pharões, concorrendo assim para a perda dos navios. Em inquerito verificou-se que nesses fogos, propositalmente accessos, o interesse que tinham os delinquentes era a pilhagem da carga do navio naufragado que dava á costa. Depois da lei de 1886 os falsos pharões começaram a rarear, contribuindo assim a providencia legislativa para garantir a segurança dos navegantes. O dolo especifico, elemento essencial do crime, é que os fogos, sejam accessos em sitio onde possam simular pharões, sendo *intenção* do delinquente attrahir embarcação a naufragio. Na expressão — *praticar outros artificios* — estão incluidos quaesquer outros meios que não sejam fingir pharões, e esses meios podem ser signaes falsos, apagamento de pharões verdadeiros, tirada de boias e balisas ou quaesquer outros signaes que indiquem perigo submerso (Regul. das capitancias dos portos, art. 340).

colocação de boias, balizas — em lugar indevido, com o fim de enganar os navegantes, etc.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 136.

Art. 144. Praticar em embarcação de qualquer natureza, propria ou alheia, em viagem ou em ancoradouro, qualquer abertura que possa produzir invasão de agua sufficiente para fazel-a submergir :

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno causado (225).

(225) A lei n. 3.311 de 1886 tambem previo este crime no art. 12 : « Praticar em navio ou embarcação de qualquer natureza, propria ou alheia, em viagem ou em ancoradouro, qualquer abertura que produza invasão de agua sufficiente para fazel-o submergir. Penas de prisão com trabalho por 6 a 12 annos e de multa de 5 a 25 0/0 do damno causado. » O crime é de submersão proposital de embarcação propria ou alheia, accarretando perigo commum para as pessôas que estiverem a bordo. E' necessario, porem, em face do § unico, que completa a disposição do artigo, fazer-se distincção : 1° se a embarcação submergida pertence ao autor da submersão ; 2° se pertence a outrem. No caso de pertencar ao autor da submersão cumpre ainda distinguir : 1° se a embarcação se achava ou não em estado de innavegabilidade ; 2° se tinha ou não pessoal a bordo na occasião do arrombamento (abertura) ; 3° se com esse arrombamento poderia ou não resultar perigo commum ; 4° se a submersão deu ou não prejuizo a terceiro, como, v. g., no caso de estar a embarcação embargada, penhorada ou sujeita a qualquer onus que interesse a terceiros. Se a embarcação pertence ao autor da submersão este incorre na mesma penalidade, como si se tratasse de embarcação alheia, salvas as restricções que fizemos. O proprio dono só será isento de pena *si provar* os requisitos, cujo concurso é necessario para integrár a figura da irresponsabilidade. No art. 144 o Cod. diz — qualquer *abertura* que possa produzir invasão, etc. O paragrapho unico falla de — *arrombamento* praticado, etc. Lexicologicamente os vocabulos — *abertura* — e — *arrombamento* — não tem o mesmo significado. Juridicamente tambem divergem — o *arrombamento* supõe a *vis*, força, ao passo que a *abertura*, não. O *arrombamento* será uma *abertura* com violencia. Mas na hypothese do art. 144 é seu paragrapho, os dois termos produzem os mesmos effeitos, quer se trate da *abertura de uma escotilha* ou da abertura de um rombo (hypothese do arrombamento) o effeito será sempre o mesmo, desde que pela abertura a agua, invadindo a embarcação, faça submergil-a. Estar a embarcação no ancoradouro ou em viagem são modalidades que não alteram a essencia do crime, nem influem na responsabilidade do agente. — Para o calculo da penalidade, *vide* art. 136.

Paragrapho unico. O proprio dono não será isento das

penas deste artigo sem provar que a embarcação já estava em condições de innavegabilidade e que do arrombamento por elle practicado não poderia resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro (226).

(226) O termo — *innavegabilidade* — tem no direito commercial maritimo significado proprio. O navio é considerado innavegavel, diz Silva Costa, *Dir. comm. marit.*, v. I, p. 346, quando tem perdido todas as condições de navegabilidade: é a innavegabilidade absoluta; ou quando carece de concertos, cuja importancia equivale, pelo menos, a trez quartos do seu valor, ou tambem quando não ha fundos para pagar os concertos, ou não ha materiaes para fazel-os: é a innavegabilidade relativa. A estas condições, Bento de Faria, citando Bedarride *Du Comm. marit.*, v. 2, n. 771, acrescenta: ou ainda quando a importancia a gastar se excede ou corresponde ao valor que o navio teria depois de concertado.

O Codigo não distingue a *innavegabilidade absoluta* ou *relativa*; exige, porem, para a integração de delicto que do arrombamento não resulte perigo commum ou prejuizo de terceiro. Aliás quanto ao perigo commum seria desnecessaria a prova, pois não é crível que seja utilizada para carga ou passageiros uma embarcação em estado de innavegabilidade.

Art. 145. Fazer abalroar embarcação, propria ou alheia, com outra em viagem, ou fazel-a varar ou ir a pique, procurando por qualquer d'estes meios naufragio:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno causado (227).

(227) A lei n. 3.311 de 1886 diz no art. 12: « Abalroar navio ou embarcação propria ou alheia com outra em caminho ou fazel-o varar, procurando por qualquer desses meios naufragio. Penas — as mesmas do crime de submersão. » Confrontando-se os arts. 143, 144 e 145, vê-se que o Cod. distingue as figuras do naufragio e submersão, considerando-as especies do genero — perda do navio accarrelando perigo commum. O escopo do delinquente nas figuras dos arts. 143 e 145 é o naufragio, n'aquelle por meio do pharol falso e outros arifícios enganadores, neste por meio do *abalroamento*, da *varação* ou fazendo a embarcação ir a pique. Qualquer destas modalidades constitue elemento do crime, que é promover o naufragio. Commentando o art. 125 do Cod. Pen. mil. dissemos: A perda do navio pôde ser occasionada por qualquer sinistro; pôde ser total ou parcial; devido a caso fortuito, a *fortuna* do mar, ou a culpa de commandante ou capitão. O sinistro pôde ser naufragio, abalroamento, encalhe, incendio, agua aberta, a aria grave que produza a innavegabilidade do navio. Quando o sinistro é devido à fortuna do mar, não ha responsabilidade penal.

Naufragio é a perda do navio, despedaçando-se contra escolhos, ou indo a pique por qualquer accidente na costa, ou no alto mar. Este infortunio

póde derivar de fortuna do mar, ou de impericia e negligencia (*Merlin*) Muitos derivam *naufragio* da etymologia que importa *fractura do navio* Se a fractura não é causa, pelo menos é a consequencia do naufragio (*Pian tanida*). Baldasseroni observa que naufragio é as vezes diverso de fractura de embarcação, porque póde dar-se navio fracturado sem haver naufragio, e naufragio sem o navio se fracturar; daqui vêm que as leis maritimas fallam de duas especies de naufragio — 1º quando o navio se despedaça sobre rochedos e vêm ás praias, dá á costa; 2º quando se submerge e é engulido pelo mar sem desfazer-se. Daqui a differença entre *fractura e naufragio*. Emerigue divide a *fractura* em *absoluta e parcial*. *Absoluta* é quando o navio, dando contra uma rocha, se despedaça e é preza das ondas. Os borchélos, os restos naufragos, podem salvar-se, mas o navio como navio já não existe. Dá-se a fractura parcial quando o navio abre agua por bater contra um corpo estranho. Se esta *veia* ou *via d'agua* não occasiona naufragio, nem obriga a *varar*, o damno que dahi resulta é *avarías simples* e não *sinistro* (no sentido do direito mercantil); porem se a fractura, posto que parcial, produz naufragio, ou *varação* d'um modo irreparavel, forma-se um sinistro maior. Segundo o mesmo autor ha mais duas especies de naufragio: — 1º quando o navio é submergida sem que delle reste vestigio algum na superficie das aguas; 2º quando o navio varando faz agua e se enche sem desaparecer absolutamente. O *Dicc. Marit. Braz.*, ed. off., define naufragio a perda do navio por tormenta, combate, etc., em escolhos, bancos, rocha, costa ou no alto mar. *Naufragar* — perder se, despedaçar-se o navio em escolho, banco, nas costas, sossobrar. Este verbo tambem applica-se aos tripolantes e passageiros de bordo do navio que naufraga. Quando o navio sossobra, enchendo-se d'agua, mas não vae ao fundo, chama-se a este acto *alagamento*. Alagado significa navio coberto d'agua, ou que se metteu debaixo d'agua para certos fins, v. g. matar ratos, cupim, etc. Tambem se diz alagado — de uma embarcação, costa, pharol, etc., quando a convexidade do globo nolla occulta á vista, total ou parcialmente conforme a distancia. Vide Oliveira Freitas, *Dir. Inter. Marit.* cap. XXII, *Naufragios e Salvados*. O abalroamento póde ser causa total ou parcial da perda do navio; é assim definido pelo *Dicc. Marit. Brazil*: — « Choque, quasi sempre desastroso, entre dois navios, produzido pelo encontro inopinado de um com outro. Ha um regulamento internacional, a que o Brazil adherio, estabelecendo regras para evitar-se o abalroamento. » O regulamento em vigor para evitar abalroamento no mar, é o mandado observar pelo decreto n. 1988 de 14 de Março de 1895, que adopta as modificações propostas pelo governo inglez ás regras estabelecidas na Conferencia maritima internacional de Washington, modificado depois pelo decreto n. 2402 de 10 de Dezembro de 1896. Vide a legislação respectiva no *Promptuario* de J. M. Monteiro, *Legislação da Marinha*, vb. *Abalroamento*.

Encalhe é o acto de dar o navio em secco e parar; se encalha momentaneamente e segue, diz-se que *pegou* e *surdio*, se pelo movimento das aguas dá contra o fundo diz-se que *bateu*. Quando a quilha de um navio corre por cima de uma corôa de areia, ou investe por uma praia e não póde mais heciar, este acto chama-se *varação*. Donde propriamente fallando, toda *varação* importa encalhe, mas nem todo encalhe é *varação*. Os autores de juria-

prudencia marítima dividem o encalhe em *simples* e *com fractura*. *Dá-se* aquelle quando o navio pôde e alcança desencahar-se sem partir-se, nem fazer agua. *Dá-se* este quando alguma das partes de seu casco se fractura; e então se diz também *semi naufragio* (*Baldasseroni*). O encalhe e a variação podem resultar de caso fortuito; de caso voluntario, mas necessario; ou de culpa do commandante ou capitão. Ferreira Borges (*ob. cit.*). *O Dicc. Marít. Brazil*, define — *Encalhar*, varar em terra uma embarcação, dar em secco, tocar em banco de areia, ou pedra, ficando sem movimento. *Abrir agua* é a acção de entrar agua em um navio, quer pelas costuras, quer pela abertura de um rombo, devido a uma causa interna ou externa. Todo navio em geral faz mais ou menos agua, mas quando a sua quantidade obriga a pôr em movimento as bombas com mais ou menos actividade é que se diz — o navio abriu agua. Em taes casos, empregam-se alem das bombas, os baldes e outras vasilhas; a esta ultima operação chama-se tirar agua a gamote. Fazer agua significa que o navio está com agua aberta, ou que a agua penetrou por qualquer parte.

Para evitar os abalroamentos no mar, dentro do porto ou fora d'elle, á entrada ou saída da barra, mais ainda entre pontas, o Regul. das Capitánias dos Portos em vigor (dec. n. 3929 de 20 de Fevereiro de 1901, art. 331) determina que os capitães ou mestres deverão observar as regras estabelecidas na Conferencia Marítima Internacional de Washington, que o decreto n. 1988 de 14 de Março de 1895 mandou executar para os navios em movimento.

O dec. n. 4018 de 15 de Maio de 1901 manda observar as regras propostas pelo governo de S. M. Britannica afim de preencher lacunas existentes no regulamento para evitar abalroamentos no mar a que se refere o dec. n. 1988 de 14 de Março de 1895.

Vide na *Rev. Jurisp.*, Agosto, 1898, p. 393 e segs., estudo do dr. Francisco D. Machado Junior sob a epigrapha — *Abalroação e as diversas relações juridicas a que esse facto se prendem*.

Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 136.

Art. 146. Quando do incendio, ou de qualquer dos meios de destruição, especificados nos differentes artigos deste capitulo, resultar a morte, ou lesão corporal, de alguma pessoa, que no momento do accidente se achar no logar, serão observadas as seguintes regras :

1.º no caso de morte — pena de prisão cellular por seis a 15 annos (228).

(228) Quando se discutio no Senado o projecto que converten-se na lei 3311 de 1886 um dos pontos que suscitaram maior controversia foi a questão de saber se o incendio devia ser considerado uma circumstancia aggravante ou crime autonomo. O senador José Bonifacio produziu um bom discurso, verdadeira preleção sobre a theoria das circumstancias aggravantes e atte-

nuantes, mas o **Senador Nunes Gonçalves**, relator, demonstrou a conveniência de definir-se o incendio como crime autonomo, justificando o projecto. « A questão sobre se é, ou não, justificado o converter-se o incendio em um dos casos definidos como crime, deixando de permanecer como está no Codigo, simples circumstancia aggravante, disse o illustre senador, está plenamente resolvida por toda a parte. Tem-na resolvida a legislação de todos os povos modernos, e de modo concludente se pronunciam os relatorios dos ministros da justiça nestes ultimos 25 annos, em muitos dos quaes encontrará o nobre senador periodos chamando a attenção do poder legislativo para que sejam reprimidos os crimes de incendio; nem menos cabal argumento se pode tirar dos muitos projectos apresentados á camara dos deputados desde 1873. » Passa em seguida a examinar as disposições dos Cods. portuguez art. 469; de Saxe, arts. 171 a 178; de Wurtemberg, arts. 378 a 384; de Hannover, art. 181 a 187; da Baviera, arts. 247 a 253; Argentino, art. 343, da Prussia, art. 285, da Hollanda, art. 157; a lei franceza de 28 de Abril de 1832 (parte da nossa lei n. 3311 de 1886 e do Cod. pen. actual) art. 434, § 1; citando opiniões de Rossi, Chauveau, Louvet, Faure, Comte de Bastard, relator da lei cit. de 1832. Menciona depois os projectos apresentados á camara regulando o assumpto, sendo o primeiro o de n. 286 de 1873 assignado pelo deputado Moraes e Silva, o segundo de n. 3 de 1875 assignado pelo desembargador Borges Monteiro; o terceiro de n. 55 de 1875 assignado pelo dr. Alcoforado; o quarto de n. 142, assignado pelos deputados Duarte de Azevedo, Gomes de Castro, Pereira da Silva, Agésilau e Alves dos Santos; o quinto de n. 62 de 1877, assignado pela commissão de justiça criminal da camara composta dos deputados José de Alencar, Izidro Borges Monteiro e Domingues; o sexto de n. 56 de 1879, assignado pelo ex-ministro da justiça Lafayette, e que serve de base á actual discussão. E accrescentou: « Portanto, como vê o nobre senador, ha como que um assentimento unanime e universal em se considerar o crime de incendio de maneira especial e nunca como simples circumstancia aggravante; o projecto procedendo de accordo com a legislação penal de outras nações, não fez mais do que attender a uma clamorosa e instante necessidade de nossa segurança. » Entra depois na questão da imputabilidade e da intenção directa e indirecta quando se der a morte ou offensas physicas em alguém, segundo os casos previstos no projecto. Sobre esse ponto o senador José Bonifacio espraizou-se, sustentando a doutrina dos classicos. *Vide* essa interessante discussão, que ainda tem opportunidade, no opusculo do dr. Vaz Pinto Coelho: *A lei sobre os crimes de destruição, damno e incendio*, onde se acham colleccionados os discursos.

O dr. Eduardo Durão, no *Direito*, Setembro 1891, ps. 11 e segs., faz estudo interessante do art. 146, a parte alguns exaggeros de critica. Diz o illustre e mallogrado J.-C., no referido estudo sob a epigraphe *a preterintencionalidade no homicidio*: « No art. 146 o Codigo trata do homicidio e da lesão pessoal preterintencionaes que resultam do incendiato e de outros delictos de perigo commum, como a inundação, o naufragio provocado e os falsos pharões, delictos autonomos quando não praticados pelo agente com o fito directo de matar ou lesar pessoa certa ou incerta. Neste caso ha o homicidio e a lesão um dolo directo, fóra do quadro traçado por este ligeiro estudo. »

De facto, o Cod. reconhece o incendio e a inundação (art. 39, §§ 3 e 18) o naufragio (art. 39, § 18) como circunstancias elementares do assassinato previsto no art. 294 (homicidio aggravado) ou como simples circunstancias aggravantes da penalidade, nos demais casos. Accresce ainda, que como circunstancia aggravante o incendio, a inundação e o naufragio entram como *meios*, ou, melhor, como instrumentos de perpetração de delictos (art. 39, § 3) ou como circunstancia de occasião, que determina uma situação excepcional. O incendio do art. 146 não é um *meios de execução* da morte ou lesão corporal, não é circunstancia aggravante, porque o agente não teve a intenção directa de praticar o homicidio ou a lesão corporal; é um accidente, mas pelo qual responde o incendiario responsavel pela preterintencionalidade resultante do mixto de dolo e culpa : *dolo* pelo incendio propositalmente ateado, *culpa* pela morte da pessoa que no momento do accidente se achava no logar, morte que não foi prevista ou não foi querida pelo agente. E porque se trata de uma figura de feição especial, a penalidade é menor que a das especies dolosas e maior que a das especies culposas do homicidio e das lesões corporaes.

A lei n. 3311 de 1886 dispunha, art. 4, § 1. que « se do incendio resultar a morte de alguma pessoa, que, *no momento em que o fogo foi posto se achava no logar incendiado*, penas as do art. 193 do Cod. Crim. (galés perpetuas no maximo, doze annos de prisão com trabalho no medio e seis annos no minimo).

O Cod. deo forma ampliativa á idéa da lei n. 3311, substituindo a phrase — no momento em que o fogo foi posto — pela — no momento do accidente — que abrange o incendio em todas as suas phases, desde o inicio até extinguir-se, e bem assim a explosão.

Prescripção — 20 annos. Auctoría : maximo 15 annos, medio 10 annos e 6 mezes, minimo 6 annos (cellular); prepond. aggr. — 12 annos e 9 mezes, prepond. att. — 8 annos e 3 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 17 annos e 6 mezes, medio 12 annos e 3 mezes, minimo 7 annos (simples); prepond. aggr. — 14 annos 10 mezes e 15 dias, prepond. att. — 9 annos 7 mezes e 15 dias. Cumplicidade : maximo 10 annos, medio 7 annos, minimo 4 annos (cellular); prepond. aggr. — 8 annos e 6 mezes, prepond. att. 5 annos e 6 mezes. Na forma do art. 809 : maximo 11 annos 8 mezes, medio 8 annos e 2 mezes, minimo 4 annos e 8 mezes (simples); prepond. aggr. — 9 annos e 11 mezes, prepond. att. — 5 annos e 5 mezes. Inaffiançavel.

2º no de alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 — pena de prisão cellular por tres a sete annos (229).

(229) Prescripção — 12 annos. Auctoría : maximo 7 annos, medio 5 annos, minimo 3 annos (cellular); prepond. aggr. — 6 annos, prepond. att. — 4 annos. Na forma do art. 409 : maximo 8 annos e 2 mezes, medio 5 annos e 10 mezes, minimo 3 annos e 6 mezes (simples); prepond. aggr. — 7 annos, prepond. att. — 4 annos e 8 mezes. Cumplicidade : maximo 4 annos e 8 mezes, medio 3 annos e 4 mezes, minimo 2 annos (cellular); prepond. aggr. — 4 annos, prepond. att. — 2 annos e 8 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 5 annos

5 mezes e 10 dias, medio 3 annos 10 mezes e 20 dias, minimo 2 annos e 4 mezes (simples); prepond. aggr. — 4 annos e 8 mezes, prepond. att. — 3 annos 1 mez e 10 dias. Inaffiançavel.

Art. 147. O incendio de cousas, não comprehendidas neste capitulo, será regulado pelas disposições que se applicam ao damno (230).

(230) As cousas comprehendidas nesse capitulo sao os immoveis de que tratam os artigos anteriores e os moveis mencionados no art. 137. Outras cousas corporaes que não sejam estas, será, talvez, preciso descobrir, porque o capitulo exgotou a lista das cousas susceptiveis de incendio. *Vide* os arts. 326, 329, 389 e 390.

Art. 148. Todo aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de disposições regulamentares, causar um incendio, ou qualquer dos accidentes de perigo commum mencionados nos artigos antecedentes, será punido com a pena de prizão cellular por um a seis mezes e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (231).

(231) Já vimos que o incendio e qualquer dos accidentes revestem duas formas, *dolosa* e *culposa*, conforme se trata do *animus delinquendi* ou da culpa (*Vide* nota ao art. 136). O art. 148 trata do incendio ou do accidente culposo, devido a imprudencia, negligencia, impericia ou inobservancia de disposição regulamentar. O agente é causa involuntaria, mas a responsabilidade criminal sempre existe.

A graduação da multa é a do art. 136. Prescripção — 1 anno. Aatoria: maximo 6 mezes, medio 3 mezes e 15 dias, minimo 1 mez (cellular); prepond. aggr. — 4 mezes, 22 dias e 12 horas, prepond. att. — 2 mezes, 7 dias e 12 horas. Na forma do art. 409: maximo 7 mezes, medio 4 mezes, 2 dias e 12 horas, minimo 1 mez e 5 dias (simples); prepond. aggr. — 5 mezes, 16 dias e 6 horas, prepond. att. — 2 mezes, 18 dias e 18 horas. Tentativa ou cumplicidade: maximo 4 mezes, medio 2 mezes e 10 dias, minimo 20 dias (cellular); prepond. aggr. — 3 mezes e 5 dias, prepond. att. — 1 mez e 15 dias. Na forma do art. 409: maximo 9 mezes e 20 dias, medio 2 mezes, 21 dias e 16 horas, minimo 23 dias e 8 horas (simples); prepond. aggr. — 3 mezes, 20 dias e 20 horas, prepond. att. — 1 mez, 22 dias e 12 horas. Cumplicidade na tentativa: maximo 2 mezes e 20 dias, medio 1 mez, 16 dias e 16 horas, minimo 13 dias e 8 horas (cellular); prepond. aggr. — 2 mezes, 3 dias e 8 horas, prepond. att. — 1 mez. Na forma do art. 409: maximo 3 mezes, 3 dias e 8 horas, medio 1 mez, 24 dias, 10 horas e 40 minutos, minimo 15 dias, 13 horas e 20 minutos (simples); prepond. aggr. — 2 mezes, 13 dias, 21 horas e 20 minutos, prepond. att. — 1 mez e 5 dias. **Livra-se solto.** Na Cap. Fed. o julgamento compete á junta correccional.

Parapho unico. Si do incendio resultar a alguém morte :
Pena de prisão cellular por dous mezes a dous annos (232).

(232) Prescripção — 4 annos. Aatoria : maximo 2 annos, medio 1 anno e 1 mez, minimo 2 mezes (cellular); prepond. aggr. — 1 anno, 6 mezes e 15 dias, prepond. att. — 7 mezes e 15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos e 4 mezes, medio um anno, 3 mezes e 5 dias, minimo 2 mezes e 10 dias (simples); prepond. aggr. — 1 anno, 9 mezes, 17 dias e 12 horas, prepond. att. — 8 mezes, 22 dias e 12 horas. Cumplicidade : maximo 1 anno e 4 mezes, medio 8 mezes e 20 dias, minimo 1 mez e 10 dias (cellular); prepond. aggr. — 1 anno, 10 dias, prepond. att. — 5 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno, 6 mezes, 20 dias, medio 10 mezes, 3 dias e 8 horas, minimo 1 mez, 16 dias e 16 horas (simples); prepond. aggr. — 1 anno, 2 mezes 11 dias e 16 horas, prepond. att. — 5 mezes, 25 dias. Crime affiançavel.

CAPITULO I

Dos crimes contra a segurança dos meios de transporte ou communicação (233).

(233) A' justiça local compete processar e julgar estes crimes, salvo quando o objecto fôr cousa pertencente á União e neste caso a competencia é da justiça federal, *ex vi* do art. 20, n. 5 da lei n. 221 de 1894, *ibi-crimes contra a fazenda e propriedade nacional*.

Art. 149. Damnificar, ou desarranjar, qualquer parte de estrada de ferro, machinas, vehiculos, instrumentos eapparelhos que sirvam ao seu funcionamento; collocar sobre o leito ou trilhos um obstaculo qualquer que embarace a circulação do trem, ou o faça descarrilhar; abrir ou fechar as chaves de desvio ou communicação; fazer signaes falsos, ou praticar qualquer acto de que resulte, ou possa resultar desastre :

Penas — de prisão cellular pör seis mezes a um anno e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (234).

(234) *Vide* nota ao art. 94, segunda parte, para a penalidade da prisão, e nota ao art. 136, primeira parte, sobre a multa.

§ 1. Si o desastre acontecer :

Pena — de prisão celllular por um a tres annos, e a mesma multa (235).

(235) *Vide* nota ao art. 141.

§ 2. Si do desastre resultar a morte de alguém — pena de prisão celllular por seis a 15 annos (236).

(236) *Vide* nota ao art. 146, n. 1.

§ 3. Si alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 — pena de prisão celllular por tres a sete annos (237).

(237) *Vide* nota ao art. 146, n. 2.

Art. 150. Nas mesmas penas, e guardadas as mesmas distincções, incorrerá aquelle que arremessar projectis, ou corpos contundentes, contra um comboio de passageiros em movimento.

Art. 151. Todo aquelle que por imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de regulamento, ordem ou disciplina, for causa de um desastre em estrada de ferro :

Pena — de prisão celllular por um a seis mezes (238).

(238) A penalidade é a do art. 148 pr., excluída a multa. Na Cap. Fed. compete o julgamento á junta correccional (dec. 2579 de 1897, art. 10).

Paragrapho unico. Si do desastre resultar a alguém morte :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a dous annos (239).

(239) **Prescripção** — 4 annos. **Autoria** : maximo 2 annos, medio 1 anno e 3 mezes, minimo 6 mezes (celllular); **prepond. aggr.** — 1 anno, 7 mezes e 15 dias, **prepond. att.** — 10 mezes e 15 dias. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos e 6 mezes, medio 1 anno, 5 mezes e 15 dias, minimo 7 mezes (simples); **prepond. aggr.** — 1 anno, 10 mezes, 22 dias e 12 horas, **prepond. att.** — 1 anno, 7 dias e 12 horas. **Cumplicidade** : maximo 1 anno e 4 mezes, medio 10 mezes, minimo 4 mezes (celllular); **prepond. aggr.** — 1 anno e 1 mez, **prepond. att.** — 7 mezes. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno, 6 mezes e 20 dias, medio 14 mezes e 20 dias, minimo 4 mezes e 20 dias (simples); **prepond. aggr.** — 1 anno, 3 mezes e 5 dias, **prepond. att.** — 8 mezes e 5 dias. **Crime affiançavel.**

Em 1830, quando promulgou-se o Cod. Crim., ainda não se conhecia o *caminho de ferro*. Escreve o illustrado engenheiro dr. V. A. de Paula Pes-

soa, na sua obra *Guia da Estrada de ferro Central do Brazil*: « A revolução rio-grandense, que explodiu em 20 de Setembro de 1835, produziu uma outra revolução no Brazil — a da industria dos transportes. Com effeito, o primeiro acto official relativo á nossa viação ferrea appareceu em consequencia d'aquelle acontecimento, que suggerio aos homens do governo de então, a idéa de ligar, por meios mais rapidos, ao Rio de Janeiro, não só a provincia revoltada como mais outras duas. Concebida a idéa a regencia do paulista padre Diogo Antonio Feijó fez publicar immediatamente a lei n. 101 de 31 de Outubro de 1838, que autorisava o governo a conceder privilegio por 40 annos a uma ou mais companhias que construissem caminhos de ferro entre a Capital do Imperio e as provincias do Rio Grande do Sul, Minas Geraes e Bahia. » Depois de referir o fracasso da missão do marquez de Barbacena, encarregado pelo governo de estudar, na praça de Londres, as disposições a respeito da organização de uma companhia que se incumbisse da construcção de uma qualquer das estradas consideradas na referida lei n. 101, faz o historico de concessões requeridas e obtidas pela iniciativa particular nas provincias de S. Paulo e do Rio de Janeiro em 1838, do privilegio concedido em 1840 ao dr. Thomaz Cockrane, da organização em Londrès com capitães inglezes em 1852, da concorrência effectuada em virtude da promulgação da lei n. 642 de 26 de Junho de 1852, a primeira que concedeu garantia de juros e outros favores ás estradas de ferro, obtendo a concessão o dr. Cochrane, que ainda desta vez não conseguiu organizar a companhia. A esse tempo já a Assembléa provincial do Rio de Janeiro havia autorizado pela lei de 9 de Maio de 1840 o governo a contractar com Antonio da Silveira Caldeira ou com a companhia que organizasse, a construcção de uma estrada de ferro entre a villa de Iguassú e qualquer outro ponto da bahia de Nictheroy, que se reconhecesse mais conveniente. Essa projectada estrada de 16 kilometros, foi a primeira que teve o nome de *Estrada de ferro de D. Pedro II*, mas não chegou a construir-se. A mesma Assembléa fluminense votou outra lei n. 409 de 28 de Maio de 1846, autorizando o governo a contractar com o Visconde de Barbacena uma estrada entre o porto do Brejo na freguezia de S. Antonio de Jacotinga e o Guandú, podendo tirar uma ramal para a villa de Iguassú. Ficou em projecto essa estrada. Ainda em 27 de Abril de 1852 a provincia do Rio de Janeiro contractou a construcção de uma estrada de ferro que partindo da praia da Estrella fosse ter á raiz da serra de Petropolis e ao mesmo tempo a navegação por vapor da Côte ao ponto onde começasse a estrada de ferro: O governo geral, approvando o referido contracto, concedeu por decreto n. 987 de 12 de Junho de 1852 a Irineo Evangelista de Souza, depois Visconde de Mauá, privilegio por 10 annos, sem garantia de juros, para as mencionadas navegação e estrada de ferro, que deveria estar concluida dentro de dois annos. Em 29 de Agosto de 1852 teve começo a construcção da *primeira via ferrea brasileira*, a estrada de ferro de Petropolis, denominada depois E. F. Mauá. Em 16 de Dezembro de 1856 foi entregue ao trafego o resto da linha até a Raiz da Serra. A locomotiva que servio na inauguração, em 30 de Abril de 1854, intitulada *Baroneza*, é conservada como preciosa reliquia nas Officinas da Estrada de ferro Central.

No anno seguinte, a 26 de Abril de 1857, o governo baixou o decreto n. 1930,

que approva o Regulamento para fiscalização da segurança, conservação e policia das estradas de ferro, em virtude do § 14 do art. 1 do decreto n. 641 de 26 de Junho de 1852. No art. 1 o Regulamento define — as estradas de ferro servidas por locomotivas, ou sejam administradas pelo Estado, ou por companhias anonymas, ou por qualquer individuo ou corporação, são vias publicas, e como taes sujeitas ás regras geraes da legislação concernentes ao arruamento, esgotto das aguas, edificação lateral e quaesquer outras na parte em que não forem contrariadas pelas disposições do presente regulamento. E' uma lei minuciosa, sabia, providente. No art. 26 define sobre diversas infracções, impondo a multa de 50\$000 e a obrigação de reparar o damno causado. No art. 27 declara : E' tambem prohibido, e se reputará crime, ainda que do damno causado não resulte desastre : 1º Introduzir de proposito animaes dentro de terreno occupado pela estrada de ferro; 2º Cortar as cercas para linha ou qualquer fim, sem que seja na epocha de dobral-as, e sempre em presença de um guarda da estrada; 3º Arrancar a gramma ou outras plantas dos taludes; 4º derribar os postes e marcos; 5º destruir no todo ou em parte qualquer obra pertencente a estrada de ferro : Penas : — multa de cem mil reis, alem das mais em que incorrerem segundo o Codigo criminal. O art. 29 dispõe sobre a segurança do transporte : Nenhuma estrada de ferro será aberta ao transitto publico sem ter-se previamente reconhecido por exame mandado fazer pelo governo na Côte e pelos presidentes nas provincias, que offerece a duvida segurança. Art. 30 : Todas as regras policiaes estabelecidas para as estradas de ferro, ou seja nos regulamentos do governo, ou nos da respectiva administração devidamente approvados, comprehenderão, alem da estrada de ferro propriamente dita, os taludes, cavas, fossos, caminhos lateraes, desvios, estações, armazens, cercas vivas, muros, pontes de embarques, officinas, depositos e quaesquer obras de que dependa o trafego da linha ferrea. Art. 33 : Todas as pessoas e vehiculos que entrarem nas estações ou pateos ou em qualquer ponto dos terrenos pertencentes a estrada de ferro, ficarão sujeitos, em quanto ahi permanecerem, aos regulamentos e instrucções concernentes ao serviço e policia das estradas de ferro. Art. 34 : Nenhuma infracção do regimen das estações e dos carros, commettida por estranhos, será punida senão depois que o infractor fór advertido com palavras urbanas sobre a regra a que deve sujeitar-se, e desprezar a advertencia. Os arts. 52 a 60 dispõem sobre os casos em que os guardas devem prender os infraactores obrigados ao pagamento da multa e o respectivo processo administrativo. No art. 58 firma o direito dos prejudicados contre o abuso dos guardas em prizão arbitraria.

Os prejudicados para se libertarem do constrangimento pagarão a multa, mas terão direito contra os ditos guardas a quaesquer acções civis ou criminaes estabelecidas pelas leis do paiz, devendo alem disso a administração restituir a multa, sempre que a tiver recebido. Este direito prescreve no prazo de seis mezes. Outras medidas de segurança são estabelecidas nos arts. 66 e segs. No art. 80 providencia sobre o carro de soccorros com todos os instrumentos e preparos necessarios para occorrer promptamente a qualquer accidente. O capitule IV trata da *circulação das estradas de ferro* e no art. 96 dispõe : *A pessoa que de proposito collocar sobre os carris algum estorvo*

ou destruir qualquer parte essencial da estrada, ou por qualquer modo provocar accidentes, ainda que estes sejam evitados por acto alheio á vontade do delinquente, soffrerá a pena de prisão por um a oito annos, alem da reparação do damno causado á estrada de ferro. Se porem resultarem contusões, ferimentos ou mortes, alem de soffrer as penas decretadas neste artigo, será processado como autor de taes contusões, ferimentos ou mortes. Art. 97 : A pessoa que para qualquer fim derrubar mattas nas visinhanças da estrada de ferro deverá fazel-o de modo que não obstrúa os trilhos. O infractor será sujeito ás comminações do artigo antecedente. Art. 98 : Se algum dos crimes de que tratam os dois artigos antecedentes for committido por uma reunião de pessoas que constitua sedição, rebellião ou insurreição, serão por ella puniveis como autores tambem os que o forem por qualquer destes crimes, embora o fim delles fosse diverso. Art. 99 : *Os empregados que por omissão ou negligencia derem causa a accidentes, se destes não resultarem ferimentos ou mortes, serão punidos com as penas estabelecidas nos regulamentos da estrada. Havendo ferimentos ou mortes, serão alem disto processados e punidos na forma do Codigo criminal.* Art. 100 : O machinista ou foguista que abandonar o comboio antes de completar a viagem redonda que principiou, será punido com prisão de seis mezes até dois annos, salvo á administração da estrada o direito de demissão.

A acção delictuosa dos machinistas e foguistas individual ou collectiva foi mais tarde prevista no dec. n. 2813 de 23 de Abril de 1863 que ampliou o regulamento de 1857. No art. 1º o dec. de 1862 puna com 15 dias a 2 mezes de prisão e multa de 50\$ a 100\$000, salvo a administração da estrada o direito de demissão, o machinista ou foguista que inscripto no serviço da estrada, ou contractado pela companhia, recusar-se por proposito ou negligencia a servir no comboio para que for designado, de modo que a viagem não possa por sua falta começar na hora marcada. O art. 2 é a figura da grêve. Combinando-se dois ou mais machinistas ou foguistas para deixarem de prestar os serviços, a que se obrigaram, seja qual fôr a cousa que alleguem, serão punidos com prisão de um a tres mezes e multa de 100\$ a 200\$000, salvo (como no artigo anterior) á administração da estrada o direito de demissão. O art. 3 contém uma disposição preventiva para evitar as grêves e ao mesmo tempo constitue uma garantia para os direitos dos empregados. Em geral as grêves são devidas á falta dos pagamentos ou não cumprimento dos contractos com os operarios. O art. 3 dispõe : Ficarão isentos de pena, quando os factos a que se refere o artigo precedente se darem em virtude de falta de pagamento, ou quando os contractos não forem cumpridos por parte da administração da estrada, em cuja hypothese ficará ella responsavel por todos os prejuizos, perdas e danos que resultarem desta falta. No art. 4 determina que a administração da estrada, nos contractos que fizer de ora em diante com os machinistas ou foguistas, fica obrigada a inserir as disposições do art. 100 do Regul. de 26 de Abril de 1857, assim como as do presente decreto, assim que taes empregados não possam em tempo algum allegar a ignorancia que os justifiquem.

O Regul. de 1857 no art. 142 declara ainda : A administração individual ou collectiva de uma estrada de ferro é civilmente responsavel pelos dam-

nos que causarem os seus empregados no exercicio de suas funcções. No art. 146 define : A palavra — Administração — empregada em diversos artigos acima estabelecidos, comprehende não só a administração superior da estrada de ferro, como quaesquer agentes seus, segundo as attribuições de cada um, na conformidade dos respectivos estatutos, contractos ou instruções.

O Governo declarou por Aviso n. 139 de 4 de Abril de 1867 que as penas e multas estabelecidas no dec. n. 1930 de 26 de Abril de 1857 são applicaveis tambem aos infractores das estradas em construcção e exclusivamente a cargo dos trabalhadores, cabendo a obrigação de propór a competente acção ao promotor publico, ou procurador dos feitos, ou á companhia como parte offendida e interessada. Por Aviso de 19 de Noxembro de 1868, declarou ao Presidente da Bahia : « O art. 42 do Regul. n. 1930 de 26 de Abril de 1857 não estabeleceu immuidade alguma a respeito das estações e outros edificios da mesma natureza, pertencentes a companhias de estradas de ferro e francas ao publico; nem semelhante immuidade fora compativel com a legislação do paiz. Aquella disposição refere-se unicamente ao recinto ou leito da estrada, como bem demonstra a segunda parte do artigo, quando determina que se arvore o signal afim de pararem os trens. Não teve ella em vista estabelecer immuidade, mas unicamente prevenir desastres. Ampliada a restricção á parte franca das estações, a consequencia fôra que os passageiros não poderiam entrar naquelle edificio a elles destinado sem pagar multa; ou que a autoridade não teria ingresso onde penetrasse, e livre, indistinctamente qualquer individuo. Foi, portanto, regular o acto de prizão do criminoso Manoel Pinto de Carvalho na plataforma da estação de Alagoinhas, effectuada pelo official de justiça, se este se achava munido de um mandado legal; e o chefe da estação José Ferreira Menezes si tirou o prezo do poder da justiça, commetteu o crime previsto no art. 120 do Cod. Crim. pelo qual deve ser processado. »

Os crimes previstos nos arts. 149, 150 e 151 do Cod. Pen. tem por objecto as estradas de ferro e como fonte o Regulamento de 1857. Do mesmo modo que a sua fonte, distingue o Cod. os crimes dolosos e culposos. Mas no Regulamento existe a especie do crime colectivo (art. 98) que não se encontra no Codigo, salvo se considerarmos incluída a figura do citado art. 98 na disposição generica — *commetter algum crime* — do ajuntamento illicito, previsto no art. 119, n. 1 do Cod. Todos os crimes constantes dos arts. 149, 150 e 151 são singulares. O Codigo distingue nas especies dos arts. 149 e 150 dois grupos de crimes — um visando unicamente o damno em cousas pertencentes a estrada do ferro; outro tendo por escopo provocar accidentes que embarcem a circulação dos trens ou produzam desastres. E' a mesma disposição do Regulamento, art. 96, com a differença de que o Cod. foi mais casuistico, mas por isso mesmo não abrangio todas as hypotheses que a expressão do art. 96 citado — *ou por qualquer modo provocar accidentes* — comprehendia. Até mesmo o *arremesso de projectis*, figurado no art. 150, pode-se incluir n'aquella expressão.

Assim, entendemos que as disposições do Regulamento de 1857 apenas foram alteradas pelo Cod. na parte relativa á penalidade nos casos previstos no Cod., que é lei mais restricta.

No art. 150 parece que houve intenção de distinguir os *projectis* e os *corpos contundentes*. Todo corpo contundente arremessado é um *projectil*, mas a bala de uma espingarda é um corpo perfurante; uma faca pode ser um *projectil* perfurante, cortante ou simplesmente contundente se em vez da ponta ou da lamina fôr o cabo que produza a offensa. A casuística do Cod. obrigou-nos, para evitar exclusões de punição de casos imprevisitos, a considerar incluídos no vocabulo — *projectis* — todos os corpos perfurantes, cortantes ou perfuro-cortantes, conforme a natureza da lesão, isto é, si se trata de ferimento. Esses mesmos corpos, como já vimos, pode-se considerar *projectis* contundentes se a lezão fôr uma contusão.

Os crimes previstos nos arts. 149 e 150, em relação aos accidentes, apresentam-se sob dois aspectos : si do accidente *resulta, ou não*, desastre. No desastre pode ainda ocorrer simplesmente damno nas cousas pertencentes á estrada ou a terceiros (bagagem, carga, etc.), ou pode attingir as pessoas que se acham no trem, resultando morte ou lesões corporaes. Para cada modalidade o Codigo estabelece uma penalidade que varia em intensidade conforme a gravidade das *consequencias do acto criminoso*. Vide na *Rev. Jurisp.*, p. 252, Acc. do Trib. Sup. de Just. de Santa Catharina sobre um caso de *indemnização* por damno causado por empregado de estrada de ferro no exercicio de suas funções.

Nos arts. 149 e 150 se do desastre ou arremesso de *projectus* resultar morte ou lesão corporal de passageiro ou empregado do trem, a figura é a do delicto preterintencional, seguindo o Codigo, quanto á responsabilidade do agente e respectiva penalidade, o criterio do capitulo anterior.

Art. 152. Destruir, ou damnificar, qualquer parte de estrada ou via de comunicação de uso publico, obstando ou interrompendo o transito por ella; remover, ou inutilisar, os objectos destinados a garantir a sua segurança :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos (240).

(240) As estradas publicas, ou vias de comunicação de uso publico, terrestre ou fluvial, são o objecto do art. 152, que apresenta diversas modalidades, conforme se trate da destruição ou damno, comtanto que seja obstando ou interrompido o transito. E' este o elemento essencial da primeira figura. A segunda refere-se aos objectos (pontes, pontilhões, aterros, taludes, vaílas, etc.), destinados a *garantir a segurança* da estrada. A primeira parte do art. destina-se a *garantir o transito* nas vias publicas de comunicação. Si se trata de caminho particular, o crime é o de damno previsto no art. 329 (Vide nota respectiva). As estradas são publicas (de uso publico) quando custeadas pelo Estado, tomam o nome de estrada de *rodagem* para distinguil-as das vias ferreas. Antigamente chamava-se *estrada real*, a principal ou militar e *caminho vicinal* a estrada de menor extensão que communica as cidades e villas entre si. As estradas reaes ou caminhos vicinaes eram consideradas cousas do *uso publico*, assim como as ruas publicas, os rios navegaveis, e de que se fazem os navegaveis, se são caudaes, que

corram em todo o tempo. Hoje as estradas de uso publico são federaes, estaduais ou municipaes, conforme corra o custeio por conta da União, do Estado ou do Municipio. — A penalidade é a do art. antecedente, paragrapho unico. A fonte é o art. 317 do Cod. pen. ital.

Art. 153. Damnificar as linhas telegraphicas da Nação, ou dos Estados; derribar postes, cortar fios, quebrar isoladores, cortar ou arrancar madeiras plantadas, ou reservadas para o serviço das linhas, e em geral causar, por qualquer modo, damno aos respectivos aparelhos :

Pena — de prisão cellullar por seis mezes a dous annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (241).

(241) Sobre a prisão, *vide* nota ao art. 151, paragrapho unico; sobre a multa nota ao art. 136, prim. parte.

§ 1. Si os actos precedentemente mencionados forem praticados por descuido ou negligencia :

Pena — de prisão cellullar por cinco a 30 dias (242).

(242) Prescrição — 1 anno. Autoria : maximo 30 dias, medio 17 dias e 12 horas, minimo 5 dias (cellullar); prepond. aggr. — 23 dias e 18 horas, prepond. att. — 11 dias e 6 horas. Na forma do art. 409 : maximo 35 dias, medio 20 dias e 10 horas, minimo 5 dias e 20 horas (simples); prepond. aggr. — 27 dias e 17 horas, prepond. att. — 13 dias e 8 horas. A tentativa ou cumplicidade não são puniveis (arts. 16 e 64 do Cod.).

§ 2. Si delles resultar interrupção intencional do serviço do telegrapho :

Penas — de prisão cellullar por um a tres annos, e a mesma multa (243).

(243) *Vide* nota ao art. 141.

§ 3. Si a interrupção do serviço for causada, em caso de commoção intestina, ou guerra externa, nas linhas por onde tenham de ser transmittidas as ordens e communicações das autoridades legitimas :

Penas — de prisão cellullar por dous a quatro annos e a mesma multa (244).

(244) Sobre a prisão *vide* nota ao art. 88 pr.; sobre a multa, nota ao art. 136, prim. alin. *Vide* ainda nota 207.

Art. 154. Nas mesmas penas incorrerá aquelle que perturba a transmissão dos telegraphmas, ou interceptal-os, por meio de derivação estabelecida por fio prezo ao fio do telegrapho.

Art. 155. Para os effeitos da lei penal são equiparados aos telegraphos os telephones de propriedade da Nação, ou dos Estados, ou destinados ao serviço publico (245).

(245) A Const. Fed. assegura á União e aos Estados o direito de legislarem sobre viação ferrea e navegação interior, devendo esse direito ser regulado por lei federal (art. 13). E' da competencia exclusiva da União decretar as taxas dos correios e telegraphos federaes; e aos Estados compete regular as contribuições concernentes aos seus telegraphos e correios (arts. 7 e 9). A lei a que se refere o art. 13, foi promulgada sob n. 109 de 14 de Outubro de 1892; Art. 1. E' de exclusiva competencia dos poderes federaes resolver sobre o estabelecimento: 1.º De vias de comunicação fluviaes ou terrestres constantes do plano geral de viação que fór adoptado pelo Congresso; 2.º De todas as outras que futuramente forem, por decreto emanado do poder legislativo, consideradas de utilidade nacional, por satisfazerem a necessidades estratergicas ou corresponderem a elevados interesses de ordem publica ou administrativa. Art. 2. Em todos os mais casos, aquella competencia é dos poderes estadoaes. Art. 3. Quando o melhoramento interessar a mais de um Estado, sobre elle resolverão os governos respectivos. Art. 4. Além das vias de comunicação, de que trata o art 1, poderá a União estabelecer ou auxiliar o estabelecimento de outras, precedendo, neste caso, accordo com os poderes competentes dos Estados ou do Estado a que possam ellas interessar. Poderá tambem permittir que as linhas, a que se refere o mesmo artigo, sejam estabelecidas por conta de um ou mais Estados interessados, celebrando para isso, com os Governos respectivos, convenios pelos quaes fiquem garantidas a uniformidade da administração e outras conveniencias de caracter federal. Paragrapho unico. Taes accordos e convenios, sempre celebrados pelo poder executivo, só cream obrigações para a União, depois de approvados pelo Congresso Nacional. »

O serviço dos telegraphos da União é regulado pelo dec. n. 4053 de 24 de Junho de 1901, expedido em virtude da autorização constante do art. 23, n. 3, da lei n. 746 de 29 de Dezembro de 1900, que mandou reformar, sem augmento de despeza, o regulamento approvado pelo dec. n. 1663 de 30 de Janeiro de 1894. As linhas telegraphicas de propriedade da União destinam-se ao serviço da administração publica federal e ao da correspondencia particular interior e internacional. A administração desse serviço é confiada á Repartição geral dos telegraphos. Ao Governo federal compete exclusivamente fazer inspecconar as linhas telegraphicas da União e punir as faltas commettidas pelos meios definidos no regulamento. As linhas telegraphicas das estradas de ferro da União, são parte integrante da rede federal e

regem-se pelas disposições do referido regulamento. A Repartição geral dos telegraphos poderá se incumbir da direcção dos trabalhos de construcção das linhas de telegraphos ou telephones particulares se as respectivas administrações assim o requererem, preenchidas as condições mencionadas no art. 5 do regulamento. Ha duas cathogorias de linhas telegraphicas, segundo a sua extensão, posição e natureza do seu trafego ; primeira e segunda. São consideradas de primeira cathogoria as linhas da rêde tronco, que se desenvolve no littoral dos Estados da União o na qual se effectua a correspondencia internacional em transito, e as suas ramificações principaes com desenvolvimento superior a 400 kilometros e dispostas a formar novos circuitos pelo interior dos Estados. Serão de segunda cathogoria as linhas ramaes que não attingirem o desenvolvimento de 400 kilometros. Ha o serviço ordinario e permanente da conservação das linhas e extraordinario de segurança das linhas no caso de guerra, perturbação da ordem publica, mesmo simples presumpção de perturbação. Estes serviços estão regulados nos arts. 16 a 23. No art. 22 providencia-se sobre a prizão dos guardas ou telegraphistas em serviço, quando qualquer delles tenha de ser prezo na forma da lei, de modo que o serviço da linha não seja interrompido.

Quanto aos danos causados ás linhas telegraphicas, as disposições do regulamento são as seguintes : « Art. 24. E' prohibido a qualquer pessoa (art. 389 do Codigo Penal), plantar arvores ou quaesquer vegetaes, que se embaracem nas linhas telegraphicas, fazer obras que obstruam os esgotos e vedem o escoamento das aguas, fazer queimadas ou depositar materias inflammaveis na proximidade das linhas, atar animaes aos postes, collocar sobre os fios objecto que possa causar damnificação, ou impedir o transito dos guardas pelas linhas : Penas — Multa de 50\$ a 100\$, além da obrigação de reparar o damno causado e de remover os obstaculos creados nas linhas.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerão os donos ou consignatarios de navios que fundearem ou largarem ferro na direcção de algum cabo telegraphico immerso, indicado, pelas boias. Si o ferro agarrar o cabo immerso e o deslocar ou quebrar, a multa será dobrada.

Art. 25. E' tambem prohibido (art. 153 do Codido Penal), damnificar as linhas telegraphicas, derribar postes, cortar fios, quebrar isoladores, cortar ou arrancar madeiras plantadas ou reservadas para o serviço das linhas, e em geral causar, por qualquer modo, damno aos respectivos apparatus. Penas — De prizão celllular por seis mezes a dois annos, e multa de a 20 0/0 do damno causado.

§ 1. Si os actos precedentemente mencionados forem praticados por descuido ou negligencia : Pena — De prizão celllular por 5 a 30 dias.

§ 2. Si delles resultar interrupção intencional do serviço do telegrapho Penas — De prizão celllular por um a tres annos e a mesma multa ;

§ 3. Si a interrupção do serviço for causada, em caso de commoção interna, ou guerra externa, nas linhas por onde tenham de ser transmittidas as ordens e communicações das autoridades legitimas : Penas — De prizão celllular por dois a quatro annos e a mesma multa.

Art. 26. Nas mesmas penas incorrerá aquelle que perturbar a transmissõ dos telegrammas ou interceptal-os por meio de derivação, estabelecida por fio prezo ao fio do telegrapho (art. 154 do Codigo Penal).

Art. 27. Si qualquer pessoa estranha á Repartição, a quem for imposta uma multa, recusar pagal-a, o director geral, o chefe do districto, o inspector ou encarregado da estação que a tiver imposta, remetterá á autoridade judicial federal mais proxima um termo lavrado, afim de que esta proceda como fôr de direito.

Art. 28. No caso de imposição de multa a pessoas que não tenham meios de satisfazel-as, será a dita pena substituida pela de prisão, na fórmula do codigo.

Art. 29. Os crimes de que tratam os artigos anteriores serão processados e julgados na conformidade da legislação em vigor.

Além das estações telegraphicas, possui ainda a União estações telephonicas, cujo serviço é feito por intermedio das linhas telegraphicas, estações semaphoricas e meteorologicas. As estações telegraphicas são classificadas de accordo com a importancia e quantidade do serviço. São divididas em *principaes*, de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª ordem, sendo esta subdividida em duas classes A e B, se o movimento respectivo fôr maior ou menor de 100 telegrammas mensaes. As estações de 4ª ordem B poderão ser convertidas em telephonicas com serviço telegraphico, quando a permanencia dellas como estações telegraphicas não for justificada pela necessidade do serviço telegraphico ou pela conveniencia da administração publica, e apresentarem insignificante movimento de telegrammas e *deficit* avultado. O serviço telephonico federal, estadual ou particular é regulado nos arts. 56 a 63. As estações semaphoricas são estabelecidas ao longo da costa para troca de correspondencia com os navios que passam á vista e classificam-se em duas categorias : — estações semaphoricas propriamente ditas e vigias maritimas. As primeiras são os pontos que trocam recados quaesquer com os navios e que, ligados á rede telegraphica, podem logo entregal-os ao percurso electrico que tenham de fazer por via telegraphica ou telephonica. São postos de vigia maritimos ás torres ou mastros de signaes que trocam signaes indicativos somente de serviço maritimo, como pedidos de soccorro, praticos, etc., e assignalam as evoluções dos navios nas entradas dos portos. O meio de correspondencias das estações semaphoricas são os signaes do Codigo Internacional Maritimo. O serviço semaphorico é regulado nos arts. 64 a 72. As estações meteorologicas foram creadas para determinação das condições climatericas das differentes zonas percorridas pelas linhas telegraphicas, e para a obtenção de dados que possam contribuir ao estabelecimento das leis geraes que regem os phenomenos atmosphericos n'aquellas zonas. Annexa ás estações telegraphicas funcionará a rede de estações meteorologicas, classificadas em tres ordens de accordo com a quantidade de observações, os aparelhos e instrumentos que existirem e natureza do serviço, conforme estabelecem os arts. 73 a 81. O titulo III do Regulamento trata do *Trafego telegraphico*; o titulo IV, dos diversos serviços a cargo da Repartição geral dos telegraphos : telephonico e semaphoric, os titulos V e VI da Organização da Repartição geral dos telegraphos, administração. O cap. XLIX, arts. 486 a 494, trata da penalidade a que estão sujeitos os empregados por faltas disciplinares e crimes previstos nos arts. 238, 192, 221 e 225 do Cod. Penal. O art. 535 manda observar todas as disposições da Convenção Telegraphica Internacional e o regulamento do respectivo

serviço, bem assim as modificações que forem resolvidas nas futuras revisões e que alterem o disposto no regulamento actual, precedendo autorização do Governo.

CAPITULO III

Dos crimes contra a saude publica (246)

(246) Compete á justiça estadual conhecer destes crimes. Na Cap. Fed. foi instituido o juizo dos feitos da saude publica, juizo privativo que se rege pelo dec. n. 5156 de 8 de Março de 1904.

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia ; praticar a homœopathia, a dosimetria, o hypnotismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 400\$ a 500\$000.

Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio illegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa (247).

(247) A primeira questão a resolver é a de saber se a disposição do art. 156 está revogada pelo art. 72, § 24 da Constituição que garante o *libre exercicio* de qualquer profissão, moral, intellectual e industrial. A questão tem sido debatida e é para notar-se que os argumentos *pro* ou *contra* quasi sempre obedecem á influencia do interesse d'aquelles a quem aproveita a solução. Os partidarios intransigentes da medicina e da advocacia livres são sectarios da escola positivista, ou em geral pessoas que não cursaram as Academias. Mas a verdadeira interpretação do texto constitucional encontra-se em João Barbalho, *Const. Fed. Braz. Comm.*, ao art. 92 § 42. Tem-se questionado, diz o illustre publicista se em vista dos termos do § 24, subsiste ainda a exigencia de titulo ou diploma, conferido por institutos officiaes ou a estes equiparados, como requisito de habilitação para o exercicio das profissões que antes sem elle não podiam ser praticadas. Os *Annaes* do Congresso constituinte ministram elementos para firmar se a solução affirmativa : O § em questão, nos proprios termos em que está redigido, procedeu de uma emenda additiva ao art. 72 apresentada pela Commissão do Congresso (*Ann. cit.*, vol. I, p. 131). Entrando em discussão e projecta foram offerecidas varias emendas prescindindo de diploma academico ou

titulo scientifico como habilitação para o exercicio das profissões. O Congresso preferio o additivo da commissão, approvando-o na sessão de 16 de Janeiro de 1891, e na mesma occasião regeitando a emenda do deputado Demetrio Ribeiro, que, ao additivo da commissão, mandava accrescentar o seguinte : « *independente do titulo ou diploma de qualquer natureza, cessando desde já todos os privilegios que a elles se liguem ou delles emanem* ». A regeição da emenda do sr. Demetrio demonstrou claramente a intenção do legislador. Na segunda veio novamente a báila a idéa repellida na primeira, fulminou-a ainda o Congresso na sessão de 12 de Fevereiro de 1890, regeitando a emenda do deputado Stockler e outro, a qual mandava accrescentar ao § 24 as palavras — *independente de qualquer titulo de habilitação official* (Ann. cit., v. III, p. 109). E que os constituintes quizeram resalvar os titulos de habilitação profissional, vê-se não só do elemento historico, como tambem do que occorreu quanto ao art. 73. O art. 73 estabeleceu o franco accesso de todos os brazileiros aos cargos publicos, *observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir*. Emendas surgiram para accrescentar-se a esta disposição a admissão independentemente de diploma ou titulo de habilitação official e nenhuma dellas logrou successo : todas o Congresso regeitou. Nem cabe aqui allegar-se terem sido regeitadas taes emendas por superfluas. Do que se disse no Congresso, do que consta dos *Annaes*, absolutamente nada consta que autorize essa crença. E que excusadas não eram vê-se, já pelo alcance e importancia de taes emendas, já pela grande insistencia, quasi teimosia, em provocar sobre a materia a attenção e voto do Congresso. E não é diversa do que expendemos a intelligencia que na pratica se tem dado á disposição constitucional de que tratamos. O parlamento tem-n'a admittido, não suffragando a tentativa de por lei ordinaria dar-se vida á idéa contida nas emendas que o Congresso constituinte fulminára. Em parecer (n. 142, de 1891) da commissão da Constituição, legislação e justiça da camara dos deputados. (Ann. do mesmo anno, v. III, p. 166), foi dito o seguinte : « Esta commissão já emittio juizo definitivo sobre a materia no sentido de que a intelligencia do art. 72, § 24 da Constituição não é essa que se lhe tem querido dar, de que abrange em si mesmo aquellas profissões que reclamam estudos basicos e scientificos e conhecimentos especiaes e technicos, sob pena de graves prejuizos publicos. A garantia do exercicio das profissões de modo algum exclue a exigencia de habilitações scientificas que fazem parte e são elementos constitutivos dessas mesmas profissões. A garantia constitucional é ampla, abrange o exercicio de todas as profissões ; mas todas ellas podem e devem ser exercidas, respeitadas as condições de sua existencia legal. » E ao passo que o Congresso se tem abtido de legislar no sentido de eliminar a exigencia de prova de capacidade para o exercicio de certas profissões, perante as justças não tem vingado a pretensão de se achar abolida essa exigencia, do que são prova o Acc. do Supr. Trib. Fed. de 19 de Maio de 1891 ; o Acc. de 14 de Out. de 1898 do Super. Trib. de justiça do Maranhão e o Acc. do Cons. do Trib. Civ. Crim. de 31 de Agosto de 1899. Por sua vez o poder executivo não tem entendido diversamente, bastando citar em apoio a Convênção para o exercicio das profissões liberaes firmada entre o Brazil e a Bolívia em 14 de Novembro de 1896 (approvada pelo dec. leg. n. 494 de

22 de Julho de 1898) e o regul. expedido com o dec. n. 3014 de 26 de Setembro de 1898 para a fiscalização do exercício da medicina e da pharmacia.

Na *Rev. de Jurisp.* de Dezembro de 1898 vem publicado o Acc. do Sup. Trib. da Relação de Maranhão de 14 de Outubro de 1898, sustentando que o art. 72, § 24 da Const. Fed. não estabelece a liberdade de profissão intellectual tão ampla que dispense para o seu exercício a prova da capacidade especial ou profissional. Esta these é sustentada de accordo com a orientação a que tem obedecido os legisladores em trez legislaturas seguidas, com innumerous actos dos poderes legislativo e executivo, citando os mais frizantes, e como elemento historico, com os casos da rejeição pelo senado da nomeação do Dr. Barata Ribeiro e outros para membros do Supremo Tribunal Federal por lhes faltar a capacidade especial para exercerem esses cargos; os Avisos do ministerio da justiça de 10 de Abril e 1º de Maio de 1897 e finalmente baseado nas opiniões de Story, comm. da Const. Americana e Aristides Milton da nossa e ao qual se reune outro commentador, o dr. João Barbalho. O Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 31 de Agosto de 1899, está publicado na *Rev. de Jurisp.*, Dezembro, 1899, p. 347, sustentando a mesma doutrina, que desenvolve em substanciosos fundamentos. Em seguida vem publicado o parecer do dr. Gabriel Luiz Ferreira, sub-procurador do Districto. Ainda na *Rev. de Jurisp.* cit., Dezembro, 1898, p. 422 a redacção nas *Observações* diz que consoante a essa doutrina tem sido a jurisprudencia da quasi totalidade dos tribunaes dos Estados e de todos os da União e transcreve as « notaveis considerações » que o dr. Lima Drummond escreveu em uma contra-minuta de recurso que de um seu despacho interpuzera o dr. 2º promotor publico para o Cons. do Trib. Civ. e Crim. do Distr. Fed.

O Dr. Viveiros de Castro sustentou opinião contraria n'um caso que teve de julgar de individuo incurso no art. 158 do Cod. Pen. por exercer o officio de *curandeiro*. Publicada a sentença no *Diario de Pernambuco*, provocou discussão, sendo o doutrina repellida. Combatendo-a tambem e referindo o facto, o dr. Trajano A. de Caldas Brandão publicou na *Rev. de Jurisp.*, Junho, 1902, um estudo interessante. Outrosim, carece de fundamento a opinião de Autran, nota 184 a do seu *Cod. Pen.* Vide ainda a questão elucidada em João Vieira, *Cod. Pen. comm., part. esp.*, v. II, ps. 197 e segs.

De accordo com essa interpretação do texto constitucional está o Dec. n. 5186 de 8 de Março de 1904 que só permite o exercicio da arte de curar, em qualquer de seus ramos e por qualquer de suas fcrmas aos legalmente habilitados por títulos scientificos (arts. 250 e segs). No mesmo sentido opinam Bento de Faria e João Vieira, ambos accordes em que não ha razão para excluir-se da mesma interpretação o exercicio da advocacia. A doutrina contraria repousa sobre uma falsa apreciação das noções da liberdade e do direito no regimen democratico. Não querem comprehender que a ordem politica não se confunde com o exercicio dos direitos civis, que regulam a capacidade profissional.

O dr. Geminiano da Franca, juiz da 11ª pretoria do Districto Federal, já teve occasião de decidir de accordo com a melhor doutrina, o seguinte caso de exercicio illegal de advocacia :

« O art. 703 do Reg. 737 de 1850 declara que todos os articulados e alle-

gações devem ser assignados por advogados. Advogado, segundo nossa legislação, é o diplomado pelas Faculdades de Direito da Republica, ou os habilitados em exame de sufficiencia perante os tribunaes. O reclamante, conforme allega, é laureado por um dos institutos scientificos da Belgica, mas ainda não prestou como exige o art. 11 do regimento da Côte de Appellação a prova de habilitação exigida para o exercicio da advocacia; nessas condições não tem direito de subscrever os embargos de fl.

Não compete a este juizo conhecer da constitucionalidade da disposição citada, além de ser em extremo perigoso e quiçá mesmo subversivo da ordem judiciaria decidir sem que seja em acção propria materia de tanta relevancia; accresce que a estatuida no art. 72 § 24 da Constituição tem sido perfeitamente considerada conciliavel com a exigencia da prova de capacidade scientifica, já pelo Poder Legislativo, como se vê em dous pareceres da Camara dos Deputados, já pelos commentadores da nossa Constituição (João Barbalho e Milton), já pela Jurisprudencia de nossos tribunaes — acórdãos do Supremo Tribunal Federal de 1 de Maio de 1893, da Côte de Appellação de 6 de Julho de 1898, do Tribunal Civil e Criminal (extincto) de 31 de Agosto de 1899.

O argumento tirado do facto de terem as convenções do Chile e da Bolivia estabelecido que os titulados das republicas contractantes podem exercer livremente em qualquer dellas a profissão para que estejam habilitados, ao envez de suffragar a pretensão do reclamante, demonstra de um modo positivo que a disposição constitucional não tem a elasticidade que alguns lhe querem dar, porque se o exercicio das profissões liberaes não tivesse subordinado a restricções legaes, inutil e ocioso seriam aquellas convenções. Ainda mesmo quando se admitta que essas convenções tiveram por fim derogar a doutrina dos avisos n. 206 de 1866 e de 30 de Julho e 7 de Outubro de 1831, incorriam ellas na mesma censura, pois o art. 72 da Constituição assegura aos estrangeiros e Brasileiros igualmente os direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, e entre esses está o consignado no § 24 do mesmo artigo.

Em apoio da necessidade da fiscalização por parte do Estado da capacidade scientifica dos aspirantes ás funcções forenses vêm as leis de organizações judiciarias de quasi todas as nações : Na Belgica, onde foi diplomado o reclamante, a lei de 15 de Abril de 1878 requer o titulo de doutor em direito para a investidura de funcções judiciarias; na Hespanha, a lei de 1870, additada pela de 1882, tambem exige o titulo scientifico; em Berna (Suissa), a lei de 1847 estatuiu nos arts. 59 e 61 a necessidade de um exame especial, antes da eleição, dos candidatos aos cargos judicarios; na Russia, diz Demonbynes — *Constitutions Européennes* — os codigos judicarios de 1864 exigem o curso completo dos estudos juridicos para o desempenho das funcções forenses.

Se é verdade o que diz o reclamante que os seus adversarios no Fóro são *bachareis prenhes de empafia e vazios de sciencia*, o remedio para este seu infortunio não é, por certo, facultar, contra a expressa disposição da lei, o amplo exercicio de uma profissão, da qual dizia o Chanceller d'Aguesseau que é tão antiga como a magistratura, tão nobre como a virtude, tão necessaria como a justiça.

Em vista do disposto e sem desconhecer o merito do reclamante, como de tantos outros que sem titulo scientifico, honram e illustram o nosso Fóro, indefiro a reclamação, bem como a petição de fl., visto não se tratar de acto que possa ser ratificado pela parte.

Rio, 10 de Junho de 1905. — *Geminiano da Franca.* »

O art. 156 desdobra-se nas seguintes figuras : 1ª *Exercer* a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; 2ª *praticar* a homœopathia, a dozimetria; 3ª *praticar* o hypnotismo ou magnetismo animal. Em qualquer das especies é elemento essencial do crime o facto de não se achar o agente *habilitado* segundo as leis e regulamentos. O Cod. faz distincção entre *exercer a medicina* em qualquer dos seus ramos e *praticar a homœopathia e a dozimetria*. Ora, como termo de medicina o verbo — *praticar* — significa — *exercer a profissão medica*. Donde concluímos que, ou a segunda figura é redundante por estar implicitamente incluída na primeira, ou o legislador quiz formar uma figura diferente dando á *pratica* da homœopathia e da dozimetria significação mais restricta. E então interpretaríamos o *exercício da medicina* da primeira figura no sentido lato significando — o *exercício da profissão* de medico, como meio de vida habitual do delinquente. A *pratica* da homœopathia seria restricta á significação de *ministrar, receitar* remedios de homœopathia, etc., mas sem que o delinquente exerça habitualmente a profissão com lucro ou proveito. No *exercício da medicina em qualquer dos seus ramos* está incluída a *obstetricia*, ramo da medicina que se occupa dos partos.

Relativamente á *pratica do hypnotismo ou magnetismo animal*, terceira figura, o dr. Baptista Pereira, escreveu nas suas *Notas historicas* sobre o Cod. Penal; na *Rev. Jurisp.* Agosto, 1898, p. 401, o seguinte : « Um dos artigos supprimidos foi o art. 162 que occupava logar no cap. 3º, tit. 3º, sob a rubrica — *dos crimes contra a saúde publica*. O artigo prohibia : « Celebrar sessões publicas de hypnotismo, ou magnetismo animal fóra das salas de clinica de doenças que reclamem o emprego desse agente, como meio curativo, ou fora das salas de psychotherapia e medicina legal das Faculdades officiaes. » A disposição parecia ser um complemento necessario do systema adoptado com o intento de salvaguardar os interesses da sociedade, que se relacionam com a saude publica, conjurando os perigos do uso indevido da medicina e cohibindo a industria dos especuladores, que por qualquer modo exploram a credulidade publica. Se o legislador comprehendeu que não era um acto innocente a pratica do espiritismo, por exemplo, como meio de especulação industrial, não podia deixar de impressionar-se com os perigos das praticas do hypnotismo e do magnetismo animal. Assim prevenendo-se, o legislador obedecia a uma boa orientação. A hypnotisação, disse o sabio Charcot, não é tão inoffensiva, como se tem querido inculcar; o estado de hypnotismo se approxima de tal modo da nevrose hysterica, que em certas circumstancias pode, como esta ultima, tornar-se francamente contagiosa. Se a medicina, em nome da sciencia e da arte, se apoderou do hypnotismo, ella deve contel-o nos strictos limites do seu dominio, e servir-se como um agente therapeutico poderoso e jamais entregal-o a mãos profanas capazes de abusar em detrimento da saúde geral. Os perigos do hypnotismo não são unicamente de ordena medico-legal, porquanto, como bem pondera

o dr. Marin, podem existir ainda quando praticado por mãos honestas e por simples curiosidade; elles interessam tanto a moral como a saúde; são para receiar como consequencia de sessões particulares e mais ainda de representações publicas, que podem produzir uma especie de epidemia hypnotica, com assignou o eminente chefe da escola da Salpêtrière. Os males causados pelas representações publicas de magnetismo e hypnotismo, nas grandes capitães da Europa, e que tanto as alarmaram, depois dos escandalosos processos de Hansen, Donato e outros especuladores audazes, obrigaram os respectivos governos a tomar medidas de prevenção, e prohibir rigorosamente essas exhibições. Acompanharam a Austria os governos da Italia, da Prussia, da Dinamarca e de muitos cantões suíços, que o perseguiram com tenacidade. Era esse exemplo que, me pareceu, deveriamos imitar, e não o da França, que continúa a tolerar a exploração da perigosissima industria, não obstante ser o paiz, onde mais se tem abusado das praticas do hypnotismo e do magnetismo. A questão foi bem posta nestes termos : ou os empyricos se servem do magnetismo e do hypnotismo, como de um meio de lucro para si, e de divertimento para os assistentes; e devem taes praticas ser prohibidas, como um jogo immoral e perigoso pelos accidentes que accarretam; ou bem se servem delles, como um meio therapeutico, que não sabem applicar, e devem ser prohibidos, como exercicio illegal da medicina. Foi este conceito, rigorosamente scientifico, que inspirou o artigo que foi cancellado. » A respeito do cancellamento do art. a que se refere o illustre J. C., é esta a interpretação do art. 156 na parte relativa á *pratica* do hypnotismo e magnetismo, que o Cod. só permitte aos que se acham habilitados a exercer a profissão medica, segundo as leis e regulamentos.

Na Capital Federal appareceu em 1900 e aboletou-se na Tijuca, Eduardo Silva, já conhecido em S. Paulo e Minas, pelas suas *curas maravilhosas*, pela simples pratica de pôr as mãos sobre o paciente. A policia abriu inquerito, sendo nomeados peritos os Drs. Marcio Nery, Henrique de Sá e Cunha Cruz, aos quaes foram propostos os seguintes quesitos : « O Doutor (Entre as praticas introduzidas ultimamente nos nossos costumes destaca-se a do uso da palavra — *doutor*. Como um simples signal de distincção, já não corresponde mais ao tratamento a que tinham direito os homens formados nas Faculdades de Medicina e Direito e nas Escolas Polytechnica e Militar. Não será para admirar que o estrangeiro que venha visitar-nos, observe com assombro o apurado gráu de cultura intellectual do nosso povo, pois até cosinheiros e cocheiros são *doutores*...) O doutor Eduardo Silva cura? Quaes os processos ou meios empregados para realisar taes curas? » Os primeiros peritos apresentaram o seu parecer resumindo-o na seguinte conclusão : « Eduardo Silva opera por suggestão. O Dr. Cunha Cruz assignou com restricções, um parecer em separado, em monographia que publicou em 1901 sob o titulo *Medicina Psychica (Caso Eduardo Silva)*. Depois appareceu outro *doutor*, Domingos Ruggiano, intitulado-se *conde italiano*, dando á sua industria o titulo de *cura pela mão santa*. Processado como incurso no art. 156 do Cod. Pen., foi condemnado pela Camara Criminal do Trib. Civ. e Crim. a 3 mezes e 15 dias de prisão cellular e multa de 300\$, gráo medio do referido art. O Dr. Montenegro assignou vencido.

Absolvio o réu, porque entre outras razões que expôz, « o curativo pela *aplicação das mãos*, factio unico presenciado pelo delegado e que deu motivo á prisão do réu, escapa á qualificação delictuosa do art. 156 do Cod. Pen.; porquanto sobre ser extranho á therapeutica academica ou official não se poderá cogitar da natureza e eventualidade do prejuizo ou risco d'elle resultante para a *saúde publica*, epihraphe a que está subordinado o supracitado art. 156. E ainda menos presumível é a má fé e intenção dolosa, elemento essencial do crime, *na pratica de acto sem outro intuito e vontade, que o de fazer o bem, na convicção de uma força intima, de uma crença ou doutrina* (o grypho é nosso), que, no supposto de ser contraria á lei penal, não é passível de pena, nos termos do art. 24 do Cod. » Não pelo fundamento da phrase supra gryphada, mas por outros, a Camara Criminal da Corte de Appellação reformou a sentença, absolvendo o réu. Entre os fundamentos do Acc. de 26 de Novembro de 1901 (*Vide Rev. Jurisp.*, Fevereiro 1902, p. 178), destaca-se o seguinte : « Sendo alguma das modalidades do art. 156 de natureza technica, cuja apreciação para ser exacta não pode ser deixada ao arbitrio livre dos juizes, é bem de vêr que fazia-se mister exame pericial na hypothese para determinação da natureza dos factos que são os elementos essenciaes de cada uma dellas. Tal exame pericial, porem, não se verificou, e dahi a incerteza para o espirito do julgador acerca da natureza e alcance dos mesmos factos, entre os quaes o *da applicação das mãos* — em relação á saude, sobre a qual os effeitos daquelles factos podem ser innocuos. O outro fundamento consiste no *erro de direito excusavel* por ser o réu estrangeiro, recentemente chegado, e a vista da divergencia de opiniões sobre a interpretação do art. 72, § 24 da Constituição. O Acc. foi unanime. A doutrina do voto vencido do Dr. Montenegro é duvidosa. Em regra a *cura por mão santa* (assim denominam hoje a nova industria introduzida) tem por objectivo um meio de vida, havendo, portanto, o interesse de proventos pessoaes.

No paragrapho unico o legislador estabeleceu que alem das penas do art. 156 pelo *exercicio ou pratica illegaes* referidas, o delinquente incorre nas dos crimes preterintencionaes a que derem causa.

Prescripção — 1 anno. Autoria : maximo, 6 mezes e multa de 500 \$; medio, 3 mezes, 15 dias e multa de 300 \$; minimo, 1 mez e multa de 100 \$ (cellular). Prepond. aggr. — 4 mezes, 22 dias, 12 horas e multa de 400 \$. Prepond. att. — 2 mezes, 7 dias, 12 horas e multa de 200 \$. Na forma do art. 409: maximo, 7 mezes e multa de 500 \$; medio, 4 mezes, 2 dias, 12 horas e multa de 300 \$; minimo, 1 mez, 5 dias e multa de 400 \$. Prepond. att. — 2 mezes, 18 dias, 18 horas e multa de 200\$. Livra-se solto. Em contrario á opinião de Autran (nota 184 a do seu *Cod. Pen.*).

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias, para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cūras de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica :

Penas — de prisão celllular por um a seis mezes e multa de 100 \$ a 500 \$.

§ 1.º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas :

Penas — de prisão celllular por um a seis annos e multa de 200 \$ a 500 \$.

§ 2.º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles (248).

(248) Alguns juristas sustentam que o espiritismo é uma religião garantida pelo art. 71, § 3, da Const. Fed., que estabelece a plena liberdade de consciencia, não podendo ninguem ser processado e punido em consequencia de crenças religiosas. O espiritismo é perante a lei uma religião tão respeitavel como qualquer outra, diz o Dr. Viveiros de Castro (*Vide Jurisprudencia Criminal*, p. 220 e segs.). O Dr. Lucio de Mendonça vae alem, considerando que o art. 157 do Cod. Pen. não pode subsistir deante do art. 72 da Const., § 3 (*Paginas Juridicas*, p. 77). Tratada assim em termos absolutos, a questão fica deslocada. O Cod. não se refere ao espiritismo como religião, ou culto publico e livremente exercido, tão pouco trata da simples pratica do espiritismo nas sessões em que se reúnem adeptos desta seita. A pratica do espiritismo que o legislador prohibe é o uso desse meio, bem como do da magia e seus sortilegios, do de talismans e cartomancias, com o intuito de realisar alguns dos fins mencionados no art. : despertar sentimentos de amor e odio, inculcar curas de molestias curaveis ou incuraveis, em geral, fascinar e subjugar a credulidade publica. O proprio Dr. Viveiros de Castro reconhece que « o espiritismo, como qualquer outra religião, pode servir de meio fraudulento para alguém locupletar-se á custa de terceiro, illudindo a credulidade ou abusando da confiança da victima, casos já succedidos e mencionados em Viada y Vilaseca e em Dalloz (*Jurisprudencia Criminal*, p. 221). Aceitamos, tambem, as theses que o illustre jurista estabelece nas *Sentenças e Decisões*, p. 31 : A simples pratica do espiritismo não constitue crime, é uma manifestação da liberdade de consciencia garantida pela Constituição politica da Republica. Mas o art. 157 do Cod. Penal não está revogado. O espiritismo pode ser a causa efficiente de um delicto, quer contra a personalidade, quer contra a propriedade. Contra a personalidade se algum chefe de seita espirita provocar, pelas ceremonias e ritos de seu culto, praticados imprudentemente deante de degenerados, graves alterações da saúde ou mesmo a morte, incide nas penas dos arts. 157, § 1.º, e 297 do Cod. Pen. ; contra a propriedade se houver emprego de manobras fraudulentas, de uma habil encenação capaz de produzir a esperança ou o temor de um acontecimento chimerico, locupletando aquelles que dellas usam, o espiritismo

reveste os caracteristicos juridicos do estellionato. Quanto a esta ultima parte, ha entre nós, um ponto de divergencia. Exige o Dr. Viveiros que para a pratica do espiritismo constituir crime é necessario a concurrencia de tres elementos que constituem o estellionato : « 1.º intenção fraudulenta do agente de adquirir para si um lucro, um proveito em prejuizo da victima, locupletando-se da jactura alheia, na technologia do novo Cod. Pen. 2.º que o agente tenha usado de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, de qualquer ardil para captar e illudir a confiança da victima, 3.º o resultado da operação, o lucro illicito obtido com prejuizo da victima. » Entendemos que a pratica do espiritismo para os fins mencionados no art. 157 seria uma das figuras do estellionato, se o Codigo não o constituisse crime *sui generis*, com elementos proprios, que são os seguintes : 1.º que haja invocação dos espiritos, ou qualquer acto de cerimonia espiritista, em sessão, ou isoladamente; 2.º que o delinquente procure realisar qualquer dos fins mencionados no art. 157; 3.º que haja, emfim, dolo ou má fé. A par do *espiritismo* o Cod. colloca a magia e seus sortilegios, o talisman e a cartomancia. Considera-os instrumentos distinctos, porem, produzindo os mesmos effeitos : despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar curas de molestias curaveis ou incuraveis, fascinar e subjugar a credulidade publica.

A *magia* é um dos ramos das *sciencias occultas*, cultivadas na antiguidade pelos philosophos, astrologos, etc. Na Persia a magia significava *sabedoria*. Era considerada a sciencia que ensinava a produzir, graças ao conhecimento profundo dos segredos da natureza, effeitos ou phenomenos tão extraordinarios, que pareciam sobrenaturaes. O Oriente, berço da civilização, foi tambem o da magia; é lá que se encontra a origem das praticas mysteriosas, das sciencias occultas, cujo segredo era cuidadosamente guardado pelos chefes das tribus e pelos sacerdotes. Da India passou ao Egypto, onde os magicos floresceram e atrahiram os mais illustres philosophos da Grecia. Espalhou-se em seguida pelas colonias jonicas, pela Grecia, Italia e todo o Occidente. Em Roma só conseguiu entrar mais tarde, quando, após as conquistas, as legiões trouxeram, com os captivos, as superstições e costumes dos vencidos. Com a invasão dos barbaros a magia desapareceu do Occidente, mas a crença popular das sciencias occultas perpetuou-se nas legendas sobrenaturaes. Na idade media as relações dos Arabes com a Europa e principalmente as cruzadas reviveram o uso da magia na França, Espanha e Italia. Os mouros e os judeos ensinaram-n'a transformando-a em arte regular. Distinguiram-n'a em *alta* e *baixa* magia, em *magia branca* e *negra*, conforme empregavam como instrumentos da pratica as forças celestes ou terrestres, os bons ou os maus espiritos.

Com a idade media desapareceu a crença nas sciencias occultas; no decimo sexto e na primeira metade do decimo setimo seculo a magia ainda conseguiu permanecer e dahi em diante decahiu de tal modo, que hoje ella não existe senão sob a forma conhecida e inoffensiva da *magia branca* que serve de divertimento nos espectaculos publicos e salões particulares (*Vide* W. Duckett, *Dict. de la Conversat. et de la Lect.*, vb. *Magie*). Larousse (*Grand Diction.*, vb. *Magie*), define a magia a arte de produzir effeitos maravilhosos pelo emprego de meios sobrenaturaes e particularmente pela intervenção do demonio : *La magie n'est que la religion séparée du senti-*

ment religieux (B. Const.). *Le mysticisme enfante l'extase et la magie, source de crimes et de folies* (Geruzez). Distingue também a *magia negra da magia branca*. A *magia negra*, *magia propriamente dita*, procura produzir efeitos sobrenaturaes pela intervenção dos espiritos e do demonio. A *magia negra* foi outr'ora considerada crime capital, punido com a morte em fogueira. *Magia branca ou natural* é a arte de produzir certos factos maravilhosos na apparencia, devidos, porem, na realidade, á causas naturaes. Chamava-se *magia theurgica* ás ceremonias religiosas dos Chaldeus que pretendiam communicar-se com os espiritos superiores. Da *magia negra* surgiu a *feiticaria* ou *bruxaria* que criou raizes nas classes inferiores. Diz Larousse que a *feiticaria* é a irmã gêmea (*cadette*) da *magia*. Ha entre ellas pontos de semelhança que induzem á confusão. Ambas appoiam-se sobre idéas absolutamente erroneas, supersticiosas e absurdas. Mas, em quanto a *magia* procura um fim mais elevado, pretendendo submeter as forças da natureza á vontade do homem, dirigir os elementos, intervir na marcha dos astros, etc., a *feiticaria*, cujo character é mais grosseiro, e não aspira a tão alto, consiste principalmente em procurar a intervenção dos genios malfeitores que divulgam o futuro, os encantamentos, sortilegios, maleficios, philtros, etc. É difficil distinguir precisamente a *magia* da *feiticaria*. Hoje, porem, faremos a distincção que já em outros tempos se fazia : O magico é o individuo que pelo estudo procura dominar as forças da natureza empregando-as no fim desejado. Ha aqui um individuo agindo de boa fé, cujos intuitos não são maleficos. O *feiticeiro* é o magico, que conhecendo os segredos da *magia*, faz uso della com o intuito de molestar ou prejudicar os seus semelhantes, de incutir terror, ou tornar-se objecto de terror. Seria necessario um volume, diz ainda Larousse, para fazer-se uma descripção completa dos instrumentos e utensilios da *feiticaria*, as diversas especies de *talismans*, taes como a pelle de hyena, as pedras preciosas, e outros objectos naturaes, e bem assim os *talismans* fabricados, obra da *magia negra*. Na idade media o mais popular dos *talismans* era o anel ou argola de Salomão. No arsenal da *feiticaria* figuravam como peças principaes : o espelho magico, instrumento favorito de Catharina de Medicis, que reflectia o futuro; a *pistole* volante, moeda marcada com um signal cabalistico que voltava sempre para a algibeira do dono; os bonecos de metal; as armas encantadas; o quadrado magico; a varinha magica; enfim os aneis, pulsciras, collares, pelles diversas aos quaes se attribuiam virtudes especiaes. Os unguentos, os pós, e as mais estranhas beberagens representavam tambem importante papel. Entre as plantas davam preferencia ás venenosas e infectas : a cicuta, a valeriana, as que germinavam nos tumulos taes como a hera, a malva, a abrótea. Entre os animaes : o galló, a serpente, o lobo, a coruja, e principalmente o sapo. Os cadaveres dos malfeitores, dos excomungados, dos enforcados, eram tambem usados como instrumentos de *feiticaria*. O Dr. Aurelino Leal, estudando a *Religião entre os condemnados na Bahia* (Vide *Estudos de Sociologia e Psychologia Criminal*, 1902, p. 22), respondendo á critica do Dr. Nina Rodrigues sobre um trabalho seu relativo a *mandinga*, faz notar a distincção entre *fetiches*, *amuletos*, *talismans*, citando A. Reville *Les Religions des peuples non civilisés*. « O *fetiche* é um objecto vulgar, sem nenhum valor em si mesmo, mas que o negro

guarda, venera, adora, porque acredita que é a morada de um espirito. Não é preciso indagar-se do que pode ser um *fetiché* aos olhos do negro; far-se-ia melhor indagando-se do que não pode ser-o. Uma pedra, uma raiz, um vaso, uma penna, uma acha, uma concha, um panno de côres, um dente de animal, uma pelle de serpente, uma caixa, uma espada velha enferrujada, tudo, emfim, pode ser fetiché para esses meninos grandes. » « E' preciso não esquecer nunca : o fetiché é um espirito envolvido de uma forma material. Não é uma força inconsciente como a do *amuleto* ou a do *talisman*; ou, se o quizerem, é um amuleto animado. E' por isso que se o adora, o espirito, não se adorando nunca senão elle, em quanto que não se adora um amuleto. A puerilidade do fetichista consiste em que o fetichista é capaz de reconhecer o signal do espirito onde nós não veriamos senão a materia bruta, indigna de nossa attenção. » « O *amuleto* é um objecto magico é impessoal que afasta as influencias malfazejas; o amuleto não sabe o que faz, é uma força inconsciente. O *talisman* é um objecto exercendo mysteriosamente uma acção determinada sobre as cousas para mudar a natureza ou o curso dellas. O talisman é como o amuleto uma cousa e não uma pessoa. Uma medalha benta a que se attribue o poder de afastar os accidentes, as molestias, a morte, entra no genero dos amuletos; um diamante sobre o qual fosse gravada uma sentença para effeitos magicos e que tivesse por propriedade, por exemplo, fechar hermeticamente os vasos sobre os quaes elle tiver sido posto, seria um talisman. O *fetiché* é differente do *amuleto* e do *talisman*, porque é *consciente* e tira a sua força de si mesmo. » Entende o Dr. Aurelino que a *mandinga* não é um *fetiché*, como diz o Dr. Nina Rodrigues. A primeira parte que elle estudou da *mandinga* foi a que se limita ás *orações preservativas* e *agressivas* ou uma é outra cousa ao mesmo tempo. A segunda parte foi a que se forma de objectos differentes : pedra d'ara, agnus dei, sanguinho, calix-bento, santo lenho, cera de vela benta, hostia consagrada, osso dos apóstolos, algodão servido em occasião de baptismo, fios das vestes dos padres, leite de Nossa Senhora, que dizem ser uma pedra alva com uma imagem em um dos lados, etc., etc. « Estas cousas, diz o Dr. Aurelino, não são usadas como tendo em si um espirito protector. Como a maior parte vem da Igreja, consideram cousas santas e que, por isso, devem ser invulneraveis. » O *feitico* não é *fetiché*, nem *mandinga*, *talisman*, *amuleto* ou *cartomancia*. O *feitico* faz parte da *magica* ou *magia* e onde se pode estudar bem a sua essencia é no *Grande Livro de S. Cypriano, Thezouro do Feiticeiro*, que conta grande numero de edições e de editores. Cypriano, denominado *Feiticeiro*, para distinguir do celebre Cypriano, bispo de Carthago, escreveu um livro cujo intuito foi instruir os religiosos e religiosas no tratamento dos enfermos. No seu tempo acreditava-se que as molestias eram, umas naturaes e outras *feiticos* ou artes do diabo. A medicina de S. Cypriano era um mixto de espiritismo e magia. A *mandinga* é uma superstição que assume muitas formas e, não ha duvida, pode exercer influencia decisiva sobre a genese da criminalidade. A forma mais commum é o *patud*, principalmente entre os sertanejos. O Dr. Corre encontrou-a como factor na criminalidade entre os creoulos, sem contestar que em gráo menor ella contribuisse para a historia generica dos crimes entre os povos civilizados do seu paiz.

Hans Gross (*Man. prat. de instruc. judic.*, p. 423), citado pelo dr. Aureliano, observa que « o conhecimento exacto das praticas supersticiosas pode ser util ao juiz de instrucção com o fim de evitar-lhe muitas conclusões e muitos erros. Ainda hoje, grandes crimes não se explicam senão pela superstição. »

A necromancia (evocação dos mortos), a ornithomancia (adivinhação pelo canto e voo das aves), a electryomancia (pelas entranhas dos animaes), a arithromancia (pelos numeros), a onomatomancia (pelos nomes), a oneirocritica (pelos sonhos), eram praticadas pelos sacerdotes, adivinhos e profetas de todas as religiões idolatras, desde a mais remota antiguidade. Constituiam a sciencia das conjecturas, um dos ramos do occultismo. A chiromancia, arte de adivinhar pelas linhas da mão a fortuna ou desgraça dos individuos, *buena dicha* dos ciganos, era tambem contemporanea d'aquellas. A *cartomancia*, ou adivinhação pelas cartas de jogar é mais moderna, porque antes de Carlos V ainda não se haviam inventado as cartas. Este ramo da sciencia das conjecturas, diz o *Grande Livro de S. Cypriano*, ainda hoje praticado por muita gente, e sinceramente acreditado por muito mais; é o grande recurso dos enamorados, apertados por ciúmes ou desconfianças, ou pelas saudades do objecto amado. S. Cypriano era tambem cartomante e no seu livro se vê como elle *botava as cartas*.

Os effeitos da pratica do espiritismo, da magia, dos sortilegios, da feitiçaria, de talismans e cartomancia actuando sobre espiritos fracos, podem occasionar *traumatismos moraes* e *psychicos*, privação, alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas. E' a figura do paragrapho 1, cuja penalidade é mais grave. O delinquente responderá n'este caso pelos dois crimes definidos no art. e no paragrapho, combinando-se a penalidade na forma do art. 66.

Os artificios mencionados no art. 157 são illicitos, não podem ser confundidos com o exercicio legal da medicina, e sob nenhum pretexto poderá o medico eximir-se da responsabilidade penal, quer pratique por si (*directamente*) os referidos artificios, quer procure acobertal-os com a sua responsabilidade profissional. Os charlatães que curam com a intervenção dos espiritos, perseguidos pela justiça, procuraram medicos sem clinica e sem dignidade para *darem o nome* aos consultorios. A' sombra destes *testas de ferro*, conseguiam illudir a vigilancia da lei. O Codigo impedio, porem, que continuasse a especulação, fixando o preceito do § 2. Taes medicos incorrem, por conseguinte, nas penas de um a seis annos de prisão cellular e multa de 200\$ a 500\$000 e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual á da condemnação, quer se limite aos simples actos mencionados no art. 157, quer destes actos resultem os males referidos no § 1. E o medico que commette o delicto do art. 157 é punido com maior severidade, por uma razão de ordem moral que envolve a dignidade profissional, ainda mais pelo abuso da confiança, tendo em vista o titulo scientifico, que influe sobre a credulidade.

O art. 157 emprega a expressão — *para fascinar e subjugar a credulidade publica*. A fascinação é effeito da magia, dos sortilegios, da feitiçaria, do espiritismo; mas não será do talisman, nem da cartomancia, artificios que produzem aquelle resultado. O termo *subjugar* está impropriamente

empregado, pois que a credulidade publica é *coisa immaterial*. Subjugar quer dizer submitter, collocar alguém ou alguma cousa sob o jugo de outrem; é um verbo activo, de acção material. Mesmo figuradamente, no sentido de submitter a credulidade publica ao poder, influencia, ou acção de alguém, não exprime o acto gerador do delicto definido no art. 157 nas suas diversas modalidades. Alem disso, o Cod. refere-se á *credulidade publica*, quando o agente passivo do delicto é o individuo, cuja credulidade soffre tambem a mesma fascinação, o mesmo engano, fica igualmente subjogado (deixemos passar o termo).

Não tendo o Cod. distinguido, adoptemos a regra — *a maior contem a menor*. Na expressão — *credulidade publica* — inclue-se a — *individual*.

— Adoptamos tambem a these que o dr. Viveiros de Castro formula sobre a feitiçaria : « O individuo que se entrega ao officio de feiticeiro não pode invocar a liberdade professional garantida na Const. Fed Ha neste ponto um abuso de credulidade de pessoas ignorantes, incutindo-se em seu espirito fraco e inculto, esperanças chimericas, que aliás podem ser nocivas á saúde. *Vide Sentenças e Decisões*, ps. 24 e 91.

— Instituido o juizo dos feitos da saúde publica do Districto Federal comprehendida a campanha contra os *curadores pela mão santa* e pelo *espiritismo*, varias sentenças tem sido proferidas pelo dr. Eliezer Tavares, juiz da primeira instancia. Processada a *Federação Spiritica Brasileira*, na pessoa do seu presidente Leopoldo Cirne, foi a denuncia julgada improcedente, entre outros pelo fundamento de que o auto lavrado contra a *Federação Spiritica Brasileira*, refere-se a uma entidade abstracta, que não pôde delinquir, nem é passivel de pena, e o delicto só pôde ser commettido pela pessoa natural, o homem, a responsabilidade é individual, é pessoal — noções estas rudimentares. Accresce que, segundo o § unico do art. 25 do Cod. pen. 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.

Outro denunciado, Joaquim José Ferraz, foi tambem absolvido, e entre os fundamentos da sentença destacamos os seguintes :

« Considerando sem embargo da disposição do art. 251, paragrapho unico do decreto Regulamentar n. 5.156, de 8 de Março de 1904, que deve ser entendido de accôrdo com a do art. 157 do Cod. Penal, que a simples pratica do spiritismo não constitue crime ou violação da lei passivel de pena « não ha crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique ». Já dizia o Cod. de 1830 : « Ninguem 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 applicar-lhes penas » — é disposição do Cod. em vigor, art. 1º;

« Considerando que, subordinada, como está, a intelligencia do art. 251, paragrapho unico do decreto Regulamentar n. 5.156, de 8 de Março de 1904, á do artigo que lhe é relativo, de numero 157 do Cod. Penal, inadmissivel é punir, como se crime fôra, a simples pratica de spiritismo, desde quando o praticante dessa religião não se locupleta com a jactura alheia, não a utiliza, como de meio fraudulento para prejudicar a terceiro, illudindo a sua con-

fiança, mas então, como já foi ponderado na sentença por certidão de fls. 135 à 139, proferida em processo contra o mesmo réo, por facto identico ao do presente « é necessario que o Ministerio Publico demonstre existir no acto incriminado a reunião de tres elementos que constituem o crime de estelionato : 1º a intenção fraudulenta do agente de adquirir para si um lucro, um proveito em prejuizo da victima, locupletando-se da jactura alheia, na tecnica do nosso Codigo Penal; 2º que o agente tenha usado de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, de qualquer manobra fraudulenta, de qualquer ardil para captar e illudir a confiança da victima; 3º o resultado da operação, o lucro illicito obtido com prejuizo da victima »;

« Considerando que, tendo em seu favor a mencionada sentença, o réo se julgou ao abrigo de qualquer perseguição judiciaria pela pratica da sua religião, o spiritismo, e a prova de estar convencido da legitimidade dos seus actos se encontra na circumstancia, que allega, de haver posto na sua sala, em um quadro, a certidão da sentença que, suppunha elle, era a garantia do seu direito, e tão seguro se achava de que, praticando o spiritismo, não procedia criminosamente, que, como se vê do documento de fls. 143, requereu a um dos Juizes do extinto Tribunal Civil e Criminal uma ordem de *habeas corpus* preventivo, que lhe foi concedida, para obstar as vexações de que era victima: por parte da autoridade policial, que mais de uma vez tinha invadido a residencia do réo e espalhado o panico entre as pessoas ahi encontradas reunidas para as sessões spiritas e ameaçando-o de prisão, caso perseverasse nessas sessões;

« Considerando, pois, que, escudado como estava por duas decisões judicias, para continuar como dantes a praticar o spiritismo, o réo legitimamente reputava licito o seu acto;

« Considerando que, ainda quando contraria á lei penal a acção imputada ao réo na denuncia « praticar o espiritismo » essa acção não seria passivel de pena, porque evidentemente não fôra commettida com intenção criminosa (Cod. Penal, art. 24);

« Considerando que as testemunhas do processo abonam, em termos os mais lisongeiros, a conducta do réo, apresentando-o como um verdadeiro crente da religião spiritica;

« Considerando que, segundo estatúe a Constituição Federal no seu art. 72 é livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam á moral publica e ás leis, bem assim que, segundo as nossas leis, não se pôde impedir, por qualquer modo, a celebração de ceremonias religiosas, solemnidades e ritos de qualquer confissão religiosa, ou perturba-la no exercicio de seu culto (Cod. Penal, art. 186);

« Considerando que o réo foi preso, segundo o auto de informação do crime a fl. 3 do processo, quando presidia a uma sessão spiritica em sua residencia, são sómente por este facto.

« Por estes motivos e pelo mais que dos autos consta, julgo improcedente a denuncia á fl. 2 para o fim de absolver, como absolveo o réo Joaquim José Ferraz da accusação que lhe foi intentada, e condemno a Fazenda nacional nas custas. »

Estas sentenças foram publicadas no *Jornal do Commercio* de 11 de Abril de 1906.

— Outro denunciado, Domingos de Barros Lima Filgueiras, *medium receitista* da *Federação Spirita Brasileira*, encontrado, pelas autoridades sanitarias da 4ª delegacia de saúde, a rua de Rosario, 97, em um gabinete da mesma Associação, na pratica illegal da medicina. Foi tambem absolvido. A sentença, publicada no *Diario Official* de 23 de Fevereiro de 1906, é longa e della destacamos os seguintes fundamentos :

« Considerando que constitue crime punido com as penas de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ e 500\$ o exercer a medicina em qualquer de seus ramos sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos (Cod. art.);

« Considerando que assim dispendo a lei penal é bem de ver que reputou violação imputavel e culposa o facto do exercicio da profissão medica ou da arte de curar e em qualquer dos ramos dessa arte oficialmente reconhecidos como taes e são precisamente aquelles de que tratam as leis e regulamentos que habilitam a esse exercicio o individuo; quem, pois, exercita essa arte em qualquer dois seus ramos sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos é que é passivel de pena;

« Considerando que factos isolados não constituem o exercicio de que trata a lei penal, porque é necessario que o individuo faça da medicina ou da arte de curar uma profissão a que se dedique ou que explore habitualmente;

« Considerando que o denunciado é accusado na qualidade de *medium receitista* da *Federação Spirita Brasileira*, e porque exerce nessa qualidade a medicina; mas, considerando que, segundo as leis e regulamentos em vigor, não é possivel que o individuo se habilite ao exercicio da medicina pela mediumidade e assim responsabilizar o denunciado por esse exercicio porque o denunciado não se mostrou habilitado segundo as leis e os regulamentos, importa em exigir o impossivel;

« Considerando sob o ponto de vista scientifico que o medium não é sinão um transmissor das *revelações* dos espiritos ou não passa de um *allucinado sem o saber*, e hoje é sciencia corrente que ha no medium um estudo de *consciencia secundaria* ou *inferior de sub-consciencia*, dentro do qual este pratica todos os actos que depois no *estado de consciencia superior*, de consciencia mais lucida não reconhece como seus, attribuindo-os a um ente especial que se apresentou só em espirito, trazendo as ideias ou copias escriptas de pensamentos originaes e desconhecidos do medium; o espirito que é bom medium é o que em regra geral, já tem tido um outro acesso nervoso ou outro de natureza semelhante; de modo que com facilidade possa em estado de *sub-consciencia* ter idéas e conceber actos que incontinenti tem principio na escripta automatica e na emissão de palavras auto-suggestivas no momento de grande excitação dos centros cerebraes que presidem a tão retumbantes manifestações. A relação entre a consciencia propriamente dita ou estado primeiro e da sub-consciencia, ou estado segundo, não é ainda conhecida, ahi estão dous dynamismos cuja ligação é até agora de todos ignorada. (F. Fajardo, tratado de *Hypnotismo*, cap. XIV, *Hypnotismo e Espiritismo*.) E o mesmo eminente professor escreve mais adeante que a quasi totalidade dos phenomenos do espiritismo encontra explicação nos

factos, hoje bem observados, da *dupla consciencia*, e o *espirita* que evoca apenas o seu *eu segundo estados sub-consciente* no qual tudo se passa como partido do ente já desta evolado e reduzido a um pouco de materia mineral;

« Considerando que em taes circumstancias que devendo-se reputar perfeita a sinceridade do *medium* quando escreve phrases suggeridas e até paginas inteiras sem ter consciencia do que escreve, facto do estado de *consciencia secundaria* ou inferior de sua *sub-consciencia*, o *medium* não é passivel de responsabilidade penal;

« Considerando que si em verdade os espiritos *podem curar e realmente curam*, segundo os praticantes do espiritismo que isto affirmam e proclamam, não é licito ao juiz repellir, nem mesmo discutir, não podendo ser objecto de duvida para os pensadores a existencia de forças naturaes ainda desconhecidas e que entre ellas psychicas seja uma das mais importantes e uma das mais ignoradas, não é isto menos evidente;

« Considerando que ao juizo não assiste o direito de condemnar como resultado do embuste os phenomenos espiritas quando é certo que a sciencia delles se tem occupado com seriedade procurando investigar-lhe as causas como o fez o criminalista italiano Lombroso, professor da Universidade de Turim, em pacientes pesquisas acerca do espiritismo em companhia de Tamburini, Virgilio, Vizioli e Bianchi, concluindo por admitir as causas do espiritismo como reaes e a presença do *fluido nervoso* ou força psychica como uma verdade incontestavel. Elle examinou a transmissão do pensamento os factos medianimicos, acceitando-os como reaes. Lombroso era contra o espiritismo e insultava até os espiritas o celebre professor, observando a negação de certos phenomenos hypnoticos, que eram reaes, foi então levado a perguntar si o seu scepticismo para com os phenomenos espiritas não tinha a mesma natureza que o de outros sabios para com os phenomenos hypnoticos, fez seu *medium* de M^{me} Eusapia e estudou a fundo o espiritismo. Admittindo a exteriorização da sensibilidade, assim conclue Lombroso: nenhum destes factos (que é preciso admitir, porque não se pode negar o que se viu), é, entretanto, de natureza a fazer suppôr, para explicital-os, um mundo differente daquelle que admittem os novos pathologistas... Nada vejo de inadmissivel que nos hystericos e hypnoticos a excitação de certos centros provoque uma transposição e uma transmissão em força motora ou em força cerebral; a força luminosa de um *medium*, levantar uma mesa, etc. » (cit. obra, *Tratado de hypnotismo*, do professor Fajardo, pag. 318);

« Considerando que a lei constitucional não véda a manifestação do pensamento, antes a proclama livre em qualquer assumpto, pela imprensa e pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo, porém, cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórmula que a lei determinar (Const. art. 72, § 12);

« Considerando que nenhuma lei ordinaria poderia validamente estabelecer providências em contrario do preceito da lei basica;

« Considerando outrosim, que ainda quando a opinião que attribue aos espiritos a faculdade de curar e de cujo pensamento é o *medium* o transmissor, não fosse rigorosamente scientifica, ella constituiria em todo o caso,

materia de crença ou de fé religiosa, porque o espiritismo é também uma religião ;

« Considerando que é principio constitucional que todos os individuos podem exercer publica e livremente o seu culto, tão sómente condemnaveis as praticas que offendam a moral publica e as leis, não se admittindo perseguição por motivo de crença ou de função religiosa ;

« Considerando que o denunciado não exercia a arte de curar, ignora a medicina, não a pratica, não receita, servindo apenas de *medium* na Federação Spiritica, sem que por isso receba qualquer remuneração pecuniaria, e são unanimes em affirmar as testemunhas de fs. 40 a 47 v. ;

« Considerando que o denunciado exerce profissão que não é a de medico ; é o segundo commandante dos guardas da Alfandega, onde trabalha ha longos annos com as mais honrosas referencias de seu superior hierarchico (documento a fs. 61) bem assim como se declara a fs. 58 v. *in fine*, do arrazoado fs. 49 a 60 « emprego e posição definida » ;

« Considerando que a materia constante do auto de fs. 4 a 5, ainda quando verdadeira fosse, e que é contestada pela prova testemunhal, não constitue crime, porque não indica um só elemento que o possa constituir, um só factio ou acto que demonstre a sua existencia « e a existencia desse crime » não passa de uma simples conjectura, inutil para o effeito penal, dos medicos e pharmaceuticos « que figuraram nesse auto ». Tudo ahi é vago, incerto, indeciso, o que ha de mais contrario á clareza é á precisão de um documento dessa natureza, destinado a servir de base a um processo criminal como bem se pondera na defeza de fs. 40 a 60 ;

« Considerando que nos papeis encontrados no pavimento, apprehendidos pela autoridade sanitaria, e juntos aos autos de fs. 6 a 11, não existe a assignatura do denunciado, nem foram escriptos do punho do mesmo denunciado, nem podem ser consideradas receitas medicas, e assim o demonstrou o exame pericial, laudo de fl. 32 ;

« Por estes motivos, e pelo mais que dos autos consta, julgando procedente a defeza que está devidamente instruida, absolvo o reo Domingos de Barros Lima Filgueiras da accusação que lhe foi intentada ; custas *ex-lege*. »

— O Dr. Geminiano da Franca. Juiz da 3ª Vara Criminal proferiu nos autos de *habeas-corpis* preventivo impetrado em favor de Manoel da Silva Teixeira, a seguinte sentença :

Vistos estes autos de *habeas-corpis* em que é impetrante o Dr. Anselmo Torres da Silva.

A Constituição Federal no art. 72, § 3º, garante effectivamente a todos os individuos o livre e publico exercicio dos cultos.

Esta garantia, porém, como outras explicitas no mesmo artigo, está limitada pela observancia de exigencias, oriundas do poder de policia do Estado. Este poder objectiva-se na adopção de medidas de character permanente ou transitorio, conforme as circumstancias necessarias á assegurar á sociedade, a ordem e a tranquillidade, a fazer respeitar a moral e os bons costumes, e a preservar a saúde publica.

Na execução dessas medidas pôde o Estado até desconhecer individual ou collectivamente a protecção das garantias constitucionaes, desde que ellas sejam invocadas para pratica de actos que collidam com aquelles interesses

sociaes. Assim, apesar do dispositivo constitucional acima citado, jámais poderia o Estado permittir entre nós o estabelecimento da seita dos mormões ou dos thugs, ou mesmo a reviviscencia de certas ceremonias do paganismo; como tambem não poderia consentir que os sacerdotes da mais pura e generalizada das religiões, a pretexto de diffusão de suas verdades fundamentaes, transformassem o pulpito de combate e de ensino, na tribuna de arengas subversivas da lei e da ordem publica. Diz Hollyendorf — Principios de Politica — « Ninguem pôde impedir que os religionarios proclamem a sua crença unica e verdadeira, que se aproveitem do ensino para fazel-a preponderar sobre as outras. Os limites da tolerancia, porém, seriam transcendidos si o Estado permittisse que, sob a capa da religião, se pregasse o desrespeito e a violação da lei.

O Estado pôde e é conforme com os seus fins juridicos limitar ou mesmo prohibir o exercicio de certos cultos, desde que assim o exijam as conveniencias sociaes ou os interesses da paz publica.»

O espiritismo, debaixo do ponto de vista strictamente religioso, não constitue um perigo para a sociedade e tem elle os mesmos fundamentos de outras religiões, deve, portanto, ser garantido o seu culto, na conformidade do texto constitucional; quando, porém, de suas praticas deflue damno para a saúde publica, já pelo exercicio illegal da medicina, já pelo emprego de drogas não examinadas, incidem os que dest'arte o deturpam nas ponalidades. estatuidas na lei.

Dir-se-ha, entretanto, que ainda nesse caso o espiritismo não podem ser punidos, porque um outro texto constitucional garante o livre exercicio de todas as profissões (art. 72, § 24).

E' hoje fóra de duvida que este dispositivo do estatuto fundamental está subordinado á exigencia das leis ordinarias sobre as condições de capacidade moral, technica e legal para o exercicio de certas profissões. « Entre as funções do Estado, diz Henry Black — *Direito Constitucional Americano* — acha-se a de regular o exercicio de certas occupações, em que a segurança do publico, relativamente á saúde, á vida e á propiedade depende de possuir aquelles que as exerçam um certo gráu de habilidade, sciencia ou preparo technico. O Estado, exercitando a sua função policial, tem a faculdade incontestavel, por consequinte, de exigir provas de capacidade satisfatorias, daquelles que se queiram entregar a certas occupações. »

Os nossos tribunaes já varias vezes têm declarado que não ha absolutamente antinomia entre o preceito constitucional e as disposições das leis ordinarias, sobre a prova legal da capacidade profissional.

Da informação prestada pelo Dr. Delegado e pela cópia do auto de flagrante, vê-se que os pacientes faziam sessões de espiritismo para tratamento de pessoas enfermas, e nessas sessões não se limitavam a simples supplicas, a que se soccorrem no dizer de Viveiros de Castro. Jurisprudencia Criminal, « os que desenganados pela sciencia e torturados pelo soffrimento, apagam-se á intervenção mysteriosa do sobrenatural, como ultima e suprema esperanza », mas, pôr meio de passes e combinações ageitadas, faziam diagnosticos e forneciam medicamentos, até para molestias, como a epilepsia exercendo desta fórmula illegal e prejudicialmente a medicina.

Não se trata, consequentemente, da pratica desinteressada de um culto,

que é a manifestação exterior do sentimento religioso e que consiste sobretudo nas homenagens fervorosas e sinceras do coração por meio da prece e da adoração, mas da exploração immoral da crença dos desalentados por enfermidades. O *habeas-corpus* não é portanto invocado no caso, para assegurar uma garantia constitucional, e sim para a sombra d'elle especularem ás escancaras os pacientes com uma profissão, para o exercicio da qual, a lei sabia e prudentemente, no interesse da saúde publica, exige a capacidade technica.

Pelo expoto vê-se que se trata de actos attentatorios da saúde publica, e para repressão de taes actos, a lei n. 1151 de 5 de Janeiro de 1904, criou uma justiça especial, independente deste Juizo.

E' verdade que a lei n. 1338 de 9 de Janeiro de 1905 mandou de um modo geral vigorar o art. 101 do Decr. n. 1030 de 15 de Novembro de 1890, e nesse artigo n. V. está prescripto que os crimes contra a saúde publicar devem ser julgados pela Camara Criminal e hoje, portanto, pelos Juizes Criminaes.

Essa disposição generica não pôde designar, porém, o dispositivo especial da lei n. 1155, que conferiu ao Juiz da Saúde Publica a competencia exclusiva para conhecer de todos os processos civeis ou crimes referentes á hygiene e salubridade publicas (art. 1.º, § 10), porque, determina como a Ord., t. 2.º, T. 44. uma lei geral posterior só revoga a especial anterior, quando a ella se refere particularmente.

E a não ser os crimes do cap. III do Codigo Penal, não ha em nossa legislação outros, aos quaes se possa referir a disposição especial da lei n. 1151.

Si porventura invertendo os principios de hermeneutica juridica se queira admittir que a lei n. 1338 derogou o art. 1.º § 10 da lei n. 1151, então é preciso tambem sustentar que elle revogou o art. 137 da lei n. 1269 de 15 de Novembro de 1904, que dá competencia ao Juiz Seccional para conhecer dos crimes capitulados no t. 4.º cap. 3.º do Codigo Penal, visto pelo citado art. 101 do Decr. n. 1030 pertencer o conhecimento destes á Camara Criminal, e ainda o art. 89 do Decr. n. 859 de 16 de Agosto de 1902 na parte referente ao julgamento dos crimes de fallencia. Isto posto: Julgo-me incompetente para conhecer do pedido de *habeas-corpus* preventivo em favor de Manoel da Silva Texeira e sua mulher D. Maria da Silva Texeira por tratar-se de factos cujo conhecimento cabe ao Juiz da Saúde Publica com recurso para a Côte de Appellação. Custas pelo impetrante. Rio, de Março de 1907. »

— O dr. J.-R. da Costa Doria, professor nas Faculdades de medicina e de direito da Bahia, escreveu uma interessante memoria sobre os *traumatismos moraes em face de Codigo penal*. Estas lezões psychicas, que geram diversas molestias, mencionadas pelo illustre professor, não são comprehendidas nas lezões corporaes descriptas nos arts. 303 a 306. Foram, porém previstas no art. 157, § 1.º.

— Para o calculo da pluralidade do art. 157, vide nota ao art. 156. O calculo da penalidade dos §§ 1 e 2 é o seguinte :

Prescrição — 12 annos. Aatoria : maximo 6 annos e multa de 500\$, madio 3 annos, 3 mezes e multa de 350\$, minimo 1 anno e multa de 200\$ (celular); prepond. aggr. — 4 annos, 9 mezes e multa de 425\$, prepond. att. — 2 annos, 3 mezes e multa de 275\$. Na forma do art. 409 : maximo 7 annos, médio 4 annos e 1 mez, minimo 1 anno e 2 mezes (simples); prepond. aggr.

— 5 annos, 6 mezes e 15 dias, prepond. att. — 2 annos, 7 mezes e 15 dias. A multa é a mesma. Cumplicidade : maximo 4 annos e multa de 333\$334, médios 2 annos, 4 mezes e multa de 233\$334, minimo 8 mezes e multa de 133\$334 (cellular) ; prepond. aggr. — 3 annos, 2 mezes e multa de 233\$334, prepond. att. — 1 anno, 6 mezes e multa de 133\$334. Na forma do art. 409 : maximo 4 annos e 8 mezes, médio 2 annos, 8 mezes e 20 dias, minimo 9 mezes e 10 dias (simples) ; prepond. aggr. — 3 annos, 8 mezes e 10 dias, prepond. att. — 1 anno e 9 mezes. A multa é a mesma. Crime inafiançavel.

Art. 158. Ministrarr, ou simplesmente prescrever, como meio curativo, para uso interno ou externo, e sob qualquer fórma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim o officio denominado de *curandeiro* :

Penas — de prisão cellualar por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000 (249).

(249) *Vide* nota ao art. 156.

Paragrapho unico. Si do emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou aparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade :

Penas — de prisão cellualar por um a seis annos e multa de 200\$ a 500\$000 (250).

(250) *Vide* nota ao art. 157, § 1.

Si resultar a morte :

Pena — de prisão cellualar por seis a vinte e quatro annos (251).

(251) *Vide* nota ao art. 294, § 2.

A figura do art. 158 define o officio de *curandeiro*, que consiste em *ministrar*, isto é, fornecer como meio curativo, remedio ou droga já manipulado, ou ingredientes (substancias animaes, vegetaes ou mineraes), para a manipulação; outra forma do officio de *curandeiro* descripto é a *simples prescripção* (*prescrever simplesmente*) de medicamentos para curar molestias, sem que forneça os medicamentos ou drogas. N'este caso o officio limita-se ao receituario. O legislador distingue nas expressões — *fazendo*, ou *exercendo assim*. — dois modos diferentes no uso do officio de curandeiro. Parece que *fazer officio de curandeiro* refere-se á primeira modalidade.

Ministrarr, fornecer medicamentos ou drogas, etc., *exercer officio de curandeiro*, segundo parece, liga-se á segunda modalidade — a da *simples*

prescrição. Em qualquer das hypothses, a *curandice*, o officio do curandeiro, constitue figura diversa das do art. 157, de modo que não se confunde o officio do curandeiro com o do feiticeiro, do espirítista, do magico ou do cartomante, quando o objecto destes delinquentes seja inculcar curas de molestias curaveis e incuraveis. Os traços característicos das duas figuras são os meios e processos postos em pratica afim de chegarem ao resultado desejado. O feiticeiro, o cartomante, o espirítista, usam dos artificios que lhes são peculiares, o curandeiro fornece ou prescreve medicamentos (substancia de qualquer dos reinos da natureza). Ainda mais, os delinquentes incursos no art. 157, visam *illudir a credulidade publica (ou individual)*, o escopo do *curandeiro* é a cura de molestias. O dr. Gabriel Luiz Ferreira (*Rev. Jurisp.* Dezembro, 1899, p. 357), observa que a disposição do art. 158 do nosso Cod. convencionando penas contra curandeiros, constitue na esphera do direito penal uma singularidade que melhor fóra não figurar no quadro do nosso systema repressivo, evocando as reminiscencias irrisorias do livro V das velhas Ordenações. Não conheço Cod. algum moderno que consagre disposição identica, diz o illustre J. C., e seria preferível que o nosso, tendo já estabelecido penas contra o exercicio illegal da medicina no art. 156, deixasse a repressão de curandeiros ao cuidado dos regulamentos de policia municipal onde figuraria com mais propriedade. Depois os elementos fornecidos pelo Cod. para a qualificação legal do curandeiro, isto é, *ministrar ou simplesmente prescrever*, etc., absolutamente não o definem, sendo como são os mesmos que caracterizam o exercicio da medicina em geral, pois, exceptuada a parte cirurgica, ella só dispõe dos meios curativos que lhe proporciona a natureza em algum dos seus reinos. O que parece que se teve em vista foi abranger na prohibição do exercicio da medicina, alem dos não legalmente habilitados, que, entretanto, podem ser pessoas de certa cultura, a classe dos embusteiros boçaes, cujos meios de tratamento consistem em fórmulas grosseiras que provocam o riso da gente culta, mas illudem as camadas mais baixas e ignorantes da sociedade; onde exclusivamente tem cotação o curandeiro. Os termos, porem, em que está concebido o art. 158, não delineam claramente essa entidade, que seria inapprehensivel aos efeitos da sanção penal, se não pudesse comprehender-se na generica amplitude do art. 156, que, entretanto, segundo penso, visou delinquentes do mesmo genero, mas de outra especie, cuja distincção só pode ser assignalada pelo modo porque a transgressão legal se verifica. » Adoptamos com algumas restricções o parecer do illustrado sub-procurador do Districto Federal. Entendemos que a phrase — *o officio do denominado curandeiro* — está indicando claramente que o legislador quiz distinguir a especie do art. 156 da do individuo que o povo denomina *curandeiro*. A especie do art. 156 é a do individuo que exerce a medicina, a arte dentaria, a pharmacia, etc., *illegalmente, sem direito*, isto é, *sem estar habilitado* SEGUNDO AS LEIS E REGULAMENTOS. A *habilitação* aqui não é a *professional* propriamente dito, que só o estudo dá, e sim a *habilitação legal*, que confere o *direito* de exercer livremente a profissão. Essa habilitação só se obtem pelo titulo scientifico conquistado pelo estudo nas escolas superiores. Assim interpretamos o art. 156 e esse foi o espirito do legislador que ainda não conhecia o art. 72, § 24 da Constituição, promulgada depois do Codigo. Não pode haver, por-

tanto, confusão entre a figura do art. 156 e a do art. 158. Exercendo seu officio, o curandeiro, ministrando, ou simplesmente prescrevendo as suas drogas, pode ser causa voluntaria ou involuntaria de accidentes, que em vez da cura, produzem os males mencionados no § unico e até mesmo a morte. No caso da *voluntariedade* verifica-se o *dolo*, no segundo caso dá-se a *culpa*. Mas, em relação á penalidade, o Codigo não distingue si se trata ou não de lesão ou morte, dolosa ou culposa. Alem das especies do homicidio definidas nos arts. 294, 295 e 297, ha ainda esta prevista no art. 158, § unico, segunda parte. Cumpre, porem, distinguir nesta especie de homicidio — o dolo ou a culpa. Se houve dolo e a causa do homicidio foi o envenenamento por substancia toxica, o curandeiro incorre nas penas dos arts. 294 e 296 combinados com o art. 158, paragrapho unico, segunda parte, devendo-se lhe impor no gráo maximo a penalidade do art. 294, á vista do art. 65, § 3. Se a morte foi devida á *culpa* simplesmente, o curandeiro responde na forma do art. 158, § unico.

Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios :

Pená — de multa de 200\$ a 500\$000 (252).

(252) Vide nota ao art. 157, § 1, excluida a prisão.

O art. apresenta duas modalidades : *expór a venda* é — vender, fazer commercio de substancias venenosas sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios. *Ministrar substancias venenosas*, etc., significa — *fornecer simplesmente*, ou *dar a beber*. Parece que na primeira modalidade o legislador refere-se ao commercio de venenos, que é excluido da segunda. Assim, a interpretação seria esta : Fornecer substancias venenosas, sejam ou não vendidas, é crime, salvo se houver legitima autorização e se forem preenchidas as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios. Por *autorização legitima* — deve-se entender a da autoridade competente.

Art. 160. Substituir, o pharmaceutico ou boticario, um medicamento por outro, alterar o receituario do facultativo, ou empregar medicamentos alterados :

Penas — de multa de 100\$ a 200\$ e de privação do exercicio da profissão por seis mezes a um anno (253).

(253) Prescrição — 4 annos. Autoria : maximo 1 anno e 200\$ de multa, medio 9 mezes, 150\$, minimo 6 mezes, 100\$; prepond. aggr. — 10 mezes e 15 dias, 175\$, prepond. att. — 7 mezes 15 dias, 125\$. Tentativa ou cumplicidade: maximo 8 mezes, 133\$334, médio 6 mezes, 100\$, minimo 4 mezes, 66\$667; prepond. att. — 5 mezes, 83\$333. A pena é de privação do exercicio da profissão.

§ 1.º Si por qualquer destes actos fôr compromettida a saude da pessoa :

Penas — de prizaõ cellular por 15 dias a seis mezes, multa de 200\$ a 500\$ e privação do exercicio da profissão por um a dous annos (254).

(254) Prescripção — 4 annos. Aatoria : maximo 6 mezes de prizaõ, 500\$ de multa, 2 annos de priv. ex. prof., medio 3 mezes 7 dias e 12 horas de prizaõ, 350\$ de multa, 1 anno e 6 mezes de priv. ex. prof., minimo 15 dias de prizaõ, 200\$ de multa, 1 anno de priv. ex. prof. Prepond. agr. — 4 mezes 18 dias e 18 horas de prizaõ, 425\$ de multa, 1 anno e 9 mezes de priv. ex. prof.; prepond. att. — 1 mez 26 dias e 6 horas de prizaõ, 275\$ de multa, 1 anno e 3 mezes de priv. ex. prof. A prizaõ é cellular. Na forma do art. 409 : maximo 7 mezes de prizaõ, 2 annos de priv. ex. prof., medio 3 mezes 23 dias e 18 horas de prizaõ, 1 anno e 6 mezes de priv. ex. prof., minimo 17 dias e 12 horas de prizaõ, 1 anno de priv. ex. prof. Prepond. agr. — 5 mezes 11 dias e 21 horas de prizaõ, 1 anno e 9 mezes de priv. ex. prof.; prepond. att. — 3 mezes 5 dia2 e 15 horas de prizaõ, 1 anno e 3 annos de priv. ex. prof. A prizaõ é simples e a multa a mesma. Tentativa ou cumplicidade : maximo 4 mezes de prizaõ, 333\$334 de multa, 1 anno e 4 mezes de priv. ex. prof., medio 2 mezes 5 dias de prizaõ, 233\$334 de multa, 1 anno de priv. ex. prof., minimo 10 dias de prizaõ, 133\$334 de multa, 8 mezes de priv. ex. prof. Prepond. agr. — 3 mezes 2 dias e 12 horas de prizaõ, 283\$334 de multa, 1 anno 2 mezes de priv. ex. prof., prepond. att. — 1 mez 7 dias e 12 horas de prizaõ, 183\$334 de multa, 10 mezes de priv. ex. prof. A prizaõ é cellular. Na forma do art. 409 : maximo 4 mezes e 20 dias de prizaõ, 1 anno 4 mezes de priv. ex. prof., medio 2 mezes 15 dias e 20 horas de prizaõ, 1 anno de priv. ex. prof., minimo 11 dias e 16 horas de prizaõ, 8 mezes de priv. ex. prof. Prepond. agr. — 3 mezes 17 dias e 22 horas de prizaõ, 1 anno 2 mezes de priv. ex. prof., prepond. att. — 1 mez 13 dias e 18 horas de prizaõ, 10 mezes de priv. ex. prof. A prizaõ é simples e a multa a mesma. Crime affiançavel.

§ 2.º Si de qualquer delles resultar morte :

Penas — de prizaõ cellular por dous mezes a dous annos, multa de 500\$ a 1:000\$ e privação do exercicio da profissão (255).

(255) Prescripção — 4 annos. Aatoria : maximo 2 annos de prizaõ; 1:000\$ de multa, medio 1 anno e 1 mez de prizaõ, 750\$ de multa, minimo 2 mezes de prizaõ, 500\$ de multa. Prepond. agr. — 1 anno 6 mezes e 15 dias de prizaõ, 875\$ de multa; prepond. att. — 7 mezes e 15 dias de prizaõ, 625\$ de multa. A prizaõ é cellular, adicionada a privação do exercicio da profissão. Na forma do art. 409 : maximo 2 annos e 4 mezes, medio 1 anno 3 mezes e 5 dias, minimo 2 mezes e 10 dias de prizaõ simples. Prepond. agr. — 1 anno 9 mezes 17 dias e 12 horas, prepond. att. — 8 mezes 22 dias

de 12 horas de prisão simples. A' pena de prisão adiciona-se a de privação do exercicio da profissão. A multa é a mesma. Cumplicidade : maximo 1 anno e 4 mezes de prisão, 666\$667 de multa, medio 8 mezes e 20 dias de prisão, 500\$ de multa, minimo 1 mez e 10 dias de prisão, 333\$334 de multa. Prepond. aggr. — 1 anno e 10 dias de prisão, 582\$334 de multa, prepond. att. — 5 mezes de prisão, 416\$667 de multa. A prisão é celllular, adicionada a privação do exercicio da profissão. Na forma do art. 409 : maximo 1 anno e 2 mezes e 20 dias, medio 10 mezes 3 dias e 8 horas, minimo 1 mez 16 dias e 16 horas de prisão simples. Prepond. aggr. — 1 anno 2 mezes 11 dias e 16 horas, prepond. att. — 5 mezes e 25 dias de prisão simples. A multa é a mesma e a prisão adiciona-se a privação do exercicio da profissão. Sempre que o Cod. applicar, alem 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. Art. 55, paragrapho unico.

§ 3.º Si qualquer destes factos for praticado, não por imprudencia, negligencia ou impericia na propria arte, e sim com vontade criminosa :

Penas — as mesmas impostas ao crime que resultar do facto praticado (256).

(256) O crime definido no art. 160, entende-se com o exercicio da profissão do pharmaceutico, que tambem está sujeita ás leis e regulamentos sanitarios. O Codigo faz distincção entre *pharmaceutico* e *boticario*. Entretanto, não ha differença essencial. Pode-se considerar *boticario* um termo antiquado. Antigamente a *botica* era onde se fabricavam e vendiam medicamentos, o *boticario* era o dono da botica. Ainda hoje os vocabulos *pharmacia* ou *botica*, *pharmaceutico* ou *boticario*, empregão-se indistinctamente exprimindo a mesma idéa. Ha, porém, uma classe de individuos que são auxiliares dos pharmaceuticos e se denominam *praticos de pharmacia*, os quaes exercem a mesma profissão d'aquelles, mas, não sendo formados, não gozam de certos direitos que a lei assegura aos profissionais de titulo scientifico. Assim, nos logares onde existir pharmaceutico estabelecido, não pode o pratico abrir pharmacia em seu nome; nem pode exercer a profissão sem que esteja habilitado por exame de sufficiencia, ou por qualquer formalidade exigida nas leis e regulamentos sanitarios. Os infractores incorrem na penalidade do art. 156. A regulamentação do serviço sanitario é da competencia estadual. Cada Estado possui suas leis e regulamentos sobre a materia. A infracção destas normas legais define o crime do exercicio illegal da profissão.

O Codigo distinguindo o *pharmaceutico* do *boticario*, sem duvida, refere-se ao *pharmaceutico formado* e ao individuo, isto é, ao *pratico* que exerce a profissão de pharmacia, mas não é formado. E' este o *boticario* do Codigo. Assim, não recae somente sobre o pharmaceutico, dono da pharmacia, mas tambem em certos casos, sobre o *pratico*, que nella trabalha, a responsabilidade penal resultante do crime a que deu causa. Sendo o dono da phar-

macias o responsavel legal por tudo quanto se passa no seu estabelecimento, elle responde como co-auctor do crime committido pelo pratico. Não é, porem, o pratico responsavel, nem como cumplice, se foi o proprio pharmaceutico o manipulador do remedio. A lei responsabilisa sempre o pharmaceutico, como medida da segurança da saúde publica, porque o pratico deve ser pessoa da confiança do pharmaceutico. E responsabilisa o pratico, no caso de ser o manipulador do remedio, tambem pelo mesmo motivo, pois o pratico sendo um profissional sujeito a obrigações decorrentes do exercicio da profissão, a sua responsabilidade é ainda uma garantia para a saúde publica.

O art. 160 apresenta as seguintes modalidades : 1.º *substituição* de um medicamento receitado por outro que tenha a mesma applicação therapeutica ou que produza os mesmos effeitos do primeiro; 2.º *alteração* do receituário do facultativo, que consiste na manipulação de medicamento diverso d'aquelle que foi receitado; 3.º *emprego* de medicamentos alterados, isto é deteriorados. Não foi prevista a hypothese do emprego de medicamentos falsificados. De cada um destes actos pode resultar o comprometimento da saúde ou a morte da pessoa que ingerio o medicamento. O comprometimento da saúde tanto se refere á *aggravação* da molestia que devia ser combatida pelo medicamento receitado, como a outra molestia intercorrente devida á *acção* do medicamento criminoso. Na figura do art. 160, pode manifestar-se o *dolo* ou a *culpa*. Ha *dolo* quando verifica-se proposito na *substituição* do medicamento, na *alteração* do receituário, ou no *emprego* do medicamento alterado. O proposito envolve o animo, com pleno conhecimento, de fazer o mal. Na *culpa* verifica-se a imprudencia, negligencia ou impericia. A penalidade das especies varia conforme o elemento determinante da responsabilidade.

A *vontade criminosa* a que se refere o § 3 é o mesmo *dolo*, é o *animus delinquendi*.

O dr. Viveiros de Castro entende que o § 2 do art. 160 é desnecessario e inutil. Nas diversas modalidades do homicidio culposo, definidas no art. 297 estão incluidas a imprudencia, a negligencia, a ignorancia dos profissionaes no exercicio de sua arte. E acrescenta que estão accordes neste ponto a jurisprudencia e a doutrina. Vide Viveiros de Castro, *Jurisprudencia criminal*, p. 146, onde se encontra uma sentença bem fundamentada do illustre magistrado. Trata-se de um caso de morte por envenenamento culposo por meio do arsenico, que não fôra preparado segundo a formula receitada (10 centigrammas de arseniato de sodio em 300 grammas d'agua). A defeza quiz insinuar a possibilidade de um suicidio, tomando o paciente de uma só vez todo o medicamento. Mas, o juiz demonstrou que « a dose toxica do arsenico capaz de determinar a morte é de 15 centigrammas, segundo Tardieu, ou de 20 centigrammas, segundo Orfila. O habito pode trazer uma tolerancia extraordinaria das doses progressivamente augmentadas do arsenico, como entre os arsenicophagos da Styria, que absorvem quotidianamente 20 ou 30 centigrammas e doses ainda mais elevadas de acido arsenioso, com os resultados os mais felizes para a sua saúde em geral e principalmente para as funcções respiratorias ». Dr. Henri Coutagne, *Medicina legal*, p. 324 e 325. O dr. Viveiros pronunciou o pharmaceutico que manipulou o remedio,

no art. 160, § 2, por ter a instrução criminal revelado que não se tratava de homicídio intencional, e sim de um erro, de uma negligencia no exercicio da profissão, e despronunciou o outro pharmaceutico, socio d'aquelle, tambem denunciado. Esta sentença foi reformada pela camara criminal do Tribunal Civil e Criminal, em grão de recurso, mas os fundamentos do accordão não são de convencer.

Art. 161. Envenenar fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixes e viveres destinados a consumo publico :

Pena — de prisão cellullar por dous a seis annos (257).

(257) A penalidade é a do art. 93 pr.

Si do envenenamento resultar a morte de alguma pessoa :

Pena — de prisão cellullar por seis a 15 annos (258).

(258) Vide nota 202 ao art. 146.

O Cod. define, no art. 296, paragrafo unico, « veneno é toda a substancia mineral ou organica, que ingerida no organismo ou applicada no seu exterior, sendo absorvida, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde ». Na *substancia organica* comprehende, sem duvida, a vegetal e a animal, veneno ophidico. O veneno pode ser ministrado internamente (ingerido) ou externamente (absorvido em injeccão hypodermica). E' crime de envenenamento, diz o art. 296, todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por meio de veneno, *qualquer que seja o processo* ou methodo de sua propinação, e sejam quaes forem seus effeitos definitivos. O homicidio por envenenamento é o assassinato descripto no art. 294. O envenenamento de fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixes e viveres destinados a consumo publico é attentado contra a vida de uma população ou de determinadas pessoas, é o envenenamento descripto no art. 296, sendo o veneno propinado internamente. Mas, o Cod. creou figuras especiaes no art. 161, primeira e segunda partes, diversas da do envenenamento previsto no art 296 e da do assassinato ou homicidio aggravado do art. 295. O emprego do veneno como meio de causar a morte é aggravante (art. 39, § 3) que classifica o homicidio no art. 294, cuja penalidade é prisão cellullar por douze a trinta annos, ao passo que a morte de alguém proveniente do envenenamento de fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixes e viveres destinados a consumo publico, é crime punido com a metade daquella penalidade (seis a quinze annos). Qual o motivo desta disparidade? Parece que confrontando-se os arts. 161 e 294, é preciso attender a intenção do delinquente. Se elle quiz matar determinada pessoa por meio de envenenamento, e esta morrer, tendo bebido a agua da fonte, comido o peixe ou os viveres, se o veneno foi lançado na fonte, na viveiro ou se os generos forem do consumo publico, o delinquente está incurso no art. 294 combinado com o art. 161. Se o veneno foi propinado na substancia ingerida pela victima, e não na fonte, no viveiro, ou se os viveres

ão eram de consumo publico, mas unicamente destinados á victima, o crime é classificado no art. 294. Se o envenenamento da fonte, do viveiro, ou dos viveres, não tinha por fim matar pessoa determinada; ou, se o tinha, causou a morte, não a esta, e sim a outra indeterminada, o delinquente está incurso nas penas do art. 161, segunda parte, combinado com o art. 161, primeira parte. Neste artigo ha dois crimes differentes, embora seja um resultado do outro. Ha o envenenamento da fonte, etc., e o homicidio resultante do envenenamento. No caso de homicidio, dá-se accumulção de crimes e de penas, regendo-se pela disposição do art. 66, § 3.

Art. 162. Corromper, ou conspurcar, a agua potavel de uso commum ou particular, tornando-a impossivel de beber ou nociva á saúde :

Pena — de prisão cellulař por um a tres annos (259).

(259) Vide nota 174 ao art. 124.

A agua é um dos elementos naturaes necessarios para a vida. Considerada com relação aos corpos extranhos que contem, ella é *doce, salgada ou mineral*. A agua doce é aerea ou terrestre; á primeira pertence a chuva, orvalho, neve, gránizo, geada; á terrestre ou propriamente *agua doce*, a das lagôas, charcos, brejos, regatos, rios, paúes, fontes, cachoeiras, etc. *Agua salgada* é a dos mares e quando é levemente salgada, como acontece em alguns poços, ou é doce misturada com salgada, a agua é *salobra*. Agua mineral é a que tem em dissolução ou suspensão substancias mineraes, em proporções taes, que suas propriedades physicas e chemicas se tornam medicamentosas. Chama-se *agua potavel* a que é boa para se beber, devendo ser limpida, temperada no inverno, fresca no verão, sem côr, nem cheiro, de um sabor agradável. Deve ser arejada, dissolver o sabão sem formar grumos, cozer os legumes seccos. A agua deve o seu sabor á presença do ar e por isso quando pela ebulição ou distillação se faz desaparecer este gaz, torna-se a agua insipida e pesada no estomago (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*; Chernoviz, *Dicc. Med. Pop*). A agua potavel é a que se utiliza para abastecimento da população de uma cidade ou villa, de um estabelecimento industrial, ou de uma familia; ella é de uso publico ou particular. A figura do art. 162 consiste em ser a agua arruinada de modo a não se tornar mais potavel, ou porque torna-se impossivel beber-a em virtude do mau sabor, ou por nociva á saúde. Não se trata aqui do envenenamento da agua, mas do emprego de substancias organicas ou mineraes que corrompam a agua, que, por isso, deixa de ser potavel. O Cod. emprega as palavras — *corromper* ou *conspurcar* — parecendo considerar o crime com duas modalidades. *Conspurcar* significa *sujar, infliccionar*, do latim *conspurare*. *Corromper*, do latim *corrumpere*, tem diversas accepções. Applicado ao caso em questão, significa alterar o estado ou natureza da agua que estava boa e perfeita. Quanto aos efeitos praticos, não ha differença; a agua conspurcada ou corrompida deixa de ser potavel. E' desnecessario definir o crime sob os dois aspectos. *Corromper* é synonymo de *conspurcar*. A figura do crime é uma só.

Art. 163. Alterar, ou falsificar, substancias destinadas á publica alimentação; alimentos e bebidas :

Penas — de prisão cellular por tres mezes a um anno e multa de 100\$ a 200\$000 (260).

(260) A multa é a do art. 160, princ. Prescrição — 4 annos. Auctoría : maximo 1 anno, medio 7 mezes e 15 dias, minimo 3 mezes. Prepond. aggr. — 9 mezes 22 dias e 12 horas, prepond. att. — 5 mezes 7 dias e 12 horas. A prisão é cellular. No fórma do art. 409 : maximo 1 anno e 2 mezes, medio 8 mezes 22 dias e 12 horas, minimo 3 mezes e 15 dias (simples); prepond. aggr. — 11 mezes 11 dias e 6 horas, prepond. att. — 6 mezes 3 dias e 18 horas. Tentativa ou cumplicidade : maximo 8 mezes, medio 5 mezes, minimo 2 mezes; prepond. aggr. — 6 mezes e 15 dias, prepond. att. — 3 mezes e 45 dias (cellular). No fórma do art. 409 : maximo 9 mezes e 10 dias, medio 5 mezes e 25 dias, minimo 2 mezes e 10 dias; prepond. aggr. — 7 mezes 17 dias e 12 horas, prepond. att. — 4 mezes 2 dias e 12 horas (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 5 mezes e 10 dias, medio 3 mezes e 10 dias, minimo 1 mez e 10 dias; prepond. aggr. — 4 mezes e 10 dias, prepond. att. — 2 mezes e 10 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 6 mezes 6 dias e 16 horas, medio 3 mezes 26 dias e 16 horas, minimo 1 mez 16 dias e 26 horas; prepond. aggr. — 5 mezes 1 dia e 16 horas, prepond. att. — 2 mezes 21 dias e 16 horas (simples). Crime affiançavel.

Art. 194. Expôr á venda substancias alimenticias, alteradas ou falsificadas :

Penas — as mesmas do artigo antecedente.

Parapho unico. Si de qualquer destes factos resultar perigo para a vida, ou morte da pessoa :

Penas — imposta ao crime que do facto resultar (261).

(261) A alteração ou falsificação dos alimentos, bebidas, substancias destinadas á publica alimentação, constituem modalidades do crime definido no art. 163. A alteração diverge da falsificação. A alteração de uma substancia alimenticia obtem-se por diversos meios, corrompendo-a de modo a produzir damno á saúde, ou ajuntando-lhe outras substancias, sem que da alteração resulte aquelle damno, v. g., no café a mistura do milho, ou do feijão torrados.

A alteração pode tambem referir-se á qualidade, v. g., misturar uma parte de farinha de 1.^a com duas de 2.^a e vender toda como de 1.^a. A falsificação não deixa de ser uma alteração fraudulenta, mas o processo é diverso : ella consiste propriamente na imitação da substancia verdadeira, que é substituida por outra que a ella se assemelha. Assim o pó de uma fava qualquer que fosse vendida como pó de café, seria uma substancia falsificada. Os caracteristicos da imitação são a imitação ou substituição do género verdadeiro por outro que se destina ao consumo d'aquelle. A alteração pode ainda

provir de deterioração, putrefacção, ou de avaria. Mas, n'este caso, ella é devida a agentes naturaes, não depende da vontade do delinquente. A Nova Consolidação das Leis das Alfandegas e Mezas de Rendas de 13 de Abril de 1894, art. 445 § 6, prohibe o despacho de mercadorias e generos alimenticios ou medicinaes em estado de putrefacção, ou de avaria, que possam ser nocivos á saúde publica. O crime definido no art. 164 do Cod. é *expôr á venda* substancias alimenticias alteradas ou falsificadas, quer seja a alteração feita por outrem ou produzida pela corrupção devida aos agentes naturaes, quer seja a falsificação praticada por outrem. No art. 163 o criminoso é o autor da alteração ou falsificação. Ambos, vendedor e productor, estão sujeitos á pena do art. 163; mas se em consequencia da substancia alterada ou falsificada algum adoeecer ficando em perigo de vida, ou se morrer, a penalidade imposta ao vendedor ou productor, é, no caso de morte, a do art. 297, por não ter sido observada a disposição regulamentar que prohibe a venda das substancias alteradas ou falsificadas. No caso do perigo de vida, ha difficuldade na classificação da pena, pois não se sabe como se ha de considerar esse *perigo de vida*, se como offensa physica pelo facto da alteração da saúde, ou de molestia occasionada pela substancia alterada ou falsificada. O perigo de vida induz gravidade da molestia, qual a pena que deve ser applicada, a do art. 304, a do art. 305? Parece-nos, que no caso de perigo de vida, no Codigo não ha pena para o crime.

— A camara criminal do Tribunal Civil e Criminal decidiu e o dr. Viveiros de Castro adoptou (*vide Sent. e Decisões*, ps. 23 e 105) a doutrina seguinte : O nosso Cod. Pen., nos arts 163 e 164, não exige, como aliás fizeram os Cods. Penaes Portuguez, art. 251, Hungaro, art. 314 e Argentino art. 295, que a falsificação e alteração dos generos alimenticios seja nociva á saúde publica.

Basta como elemento constitutivo do delicto a alteração das qualidades componentes do genero ainda que não nocivas á saúde, como tambem determina o Cod. Pen. Italiano no art. 322. O fim do legislador foi não somente garantir á saúde publica, mas tambem punir a ganancia illicita do vendedor, que illude a boa fé do comprador, reproduzindo a doutrina já sustentada em Farinacio *vendens au nonam corruptam pœna falsi tusetur.* » O dr. Lopes de Miranda discorreu da doutrina e fundamentou assim o seu voto : « Ao descrever os crimes previstos nos arts. 163 e 164 do Cod. Penal, o legislador não teve em vista a ganancia illicita dos vendedores, porem prevenir aquelles actos que constituissem uma ameaça contra a saúde publica. Essa ameaça, a nocividade, pode ser positiva ou negativa, sendo da segunda especie a da hypothese ou antes, porque o café misturado com milho não dá ao consumidor os mesmos beneficios que o café puro — Pincherli, *Cod. Pen. Ital.* annot. p. 443 A simples ganancia illicita a que se refere o accordão acha-se prevista pelo Codigo nos arts. 353 a 355 ». O dr Lima Drummond tambem concordou com o voto divergente. O reu appellou para a camara criminal da Corte de Appellação. O Tribunal deu provimento sustentando a doutrina dos votos divergentes. Decidiu o Tribunal que o facto praticado pelo réu não constitue de forma alguma o crime definido no art. 164 do Cod. Penal. O reu foi accusado por ter em sua casa commercial café torrado e moido, destinado ao consumo publico, que misturava com milho

torrado e moido, e assim falsificado o expunha á venda. N'esta mistura dos dois generos. sem que contivesse ella outra qualquer substancia, como ficou averiguado no exame chimico legal e o declararam os medicos legistas, consiste a falsificação arguida. Tal facto, porem, não incide sob a sancção penal do nosso Codigo, desde que se trata de uma alteração ou falsificação de substancias alimenticias, de si mesma inoffensiva. Segundo o art. 164 combinado com o § unico do Cod. Pen., o elemento essencial para a constituição do crime contra a saúde publica, é ser perigosa ou nociva a substancia exposta á venda. Tanto assim é que o Cod. nesse artigo, como no art. 163, pune com as mesmas penas não só o que altera ou falsifica como o que expõe á venda a substancia; e seria uma verdadeira aberração dos principios de justiça, tratando-se de uma alteração ou falsificação inoffensiva á saúde publica, punir com as mesmas penas o que falsifica ou altera e aquelle que vende e aufere o lucro, enganando o comprador. Nem cabe o argumento invocado pelo accordão appellado do art. 322 do Cod. Pen. Italiano, pois este Codigo claramente distingue no artigo citado a venda de generos falsificados e perigosos á saúde, o que o nosso Cod. absolutamente não fez. Entre nós a venda de generos não perigosos ou nocivos á saúde, mas simplesmente falsificados, constitue contravenção á lei municipal, como se vê do Cod. de Posturas, secção 1.ª tit. 2.ª § 1.ª, sendo punida com as penas ali estabelecidas; e ainda por isso não se deve dar aquellas disposições do nosso Cod. Penal interpretação ampliativa, aliás prohibida em direito criminal. Assim julgando, não obstante as irregularidades havidas no processo, quer na instrução, quer no plenario, mandam que se dê baixa na culpa ao appellante, pagas as custas pelo Thesouro Federal, na forma da lei. Rio, 19 de Abril de 1895. *Magalhães*, Presidente; *Espinola*, Relator; *Coimbra*; *Dias Lima*; *Miranda Ribeiro*, com restricções quanto aos fundamentos *Tavares Bastos* ». O reu tinha sido condemnado pela Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal a 7 mezes e 15 dias de prisão cellullar, multa de 150\$000, gráo medio do art. 164 do Codigo Penal.

TITULO IV

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE GOZO E EXERCICIO DOS DIREITOS INDIVIDUAES

CAPITULO I

Dos crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos (262).

(262) Compete ao jury federal o julgamento dos crimes commettidos em eleições federaes ou por occasião de actos a ella relativos. (Lei 221 de 1894, art. 20, ns. IX e XII.). Nas eleições estadoaes, compete á justiça estadual.

Art. 165. Impedir, ou obstar, de qualquer maneira, que o eleitor vote :

Pena — de prisão cellular por quatro mezes a um anno (263).

(263) *Vide* nota 147 ao-art. 103.

Diz Puglia, citado por João Vieira, que a figura mais grave do delicto contra a liberdade é a que viola o direito eleitoral, pois que o Estado, para servir-nos das expressões de Pessina, não pode dizer-se livre na sua actividade sem a verdade da função eleitoral, em que a soberania do povo perennemente se afirma, não só como fonte das representações communaes e provinciaes, mas sobretudo como fonte da representação nacional na constituição do Parlamento. Os delictos eleitoraes podem reduzir-se a tres fôrmas fundamentaes — a *coerção* ou *violencia* que impede a *liberdade* da eleição, a *fraude* tirando a *verdade* da eleição, a *corrupção* tirando-lhe a *honestidade*. A violencia verifica-se de dois modos, ou como pressão exercida sobre o eleitor individualmente, ou como violencia perturbadora dos comicios eleitoraes, por meio de ameaças, de tumultos ou aggressões, ás mezas eleitoraes. A fraude é praticada nos alistamentos de eleitores quando se procede á qualificação determinada pela lei, ou quando se realisa alguma eleição. A corrupção eleitoral consiste na venalidade do voto e na cabala eleitoral. (*Vide* João Vieira, *Cod. Pen. Comm.*, part. esp., v. I, ps. 65 e segs.)

No Brazil, principalmente depois da Republica, estão-se introduzindo practicas que muito depõem contra a moral dos nossos costumes politicos. Todos sentem a necessidade de garantir-se a verdade da eleição; todos bradam contra as violencias, as fraudes e a corrupção eleitoraes, que lavram despuadoradamente. Todo o mundo blatera. A lei Saraiva, no regimen imperial, conseguiu, de certo modo, garantir a liberdade do voto; ministros da Corôa foram derrotados nas urnas francas ao eleitorado. Mas na Republica essa lei foi substituida pelo Regulamento do ministro Cezario Alvim, que ganhou a triste celebridade de considerar-se a *fraude regulamentada* para fins inconfessaveis! Estabeleceu-se o suffragio universal, e para garantir a liberdade do voto incluiu-se noCodigo e na lei eleitoral os delictos eleitoraes. A desmoralização dos costumes, porem, tocou ao maior auge; são raras as eleições isentas de fraude; fazem-se a *bico de penna*; a lei penal é letra morta. Nunca se vio tanta desfaçatez como nestes ultimos tempos...

O art. 165 define a especie do crime que impede pela violencia, ou por qualquer outro modo, incluindo-se n'este o constrangimento moral, ou qualquer artificio, engano ou fraude, de modo que obste que o eleitor compareça á eleição ou deixe de votar. O Supr. Trib. Fed., por Ac. de 23 de Agosto de 1902 (na *Rev. Jurisp.*, Dez. 1902, p. 333) decidiu que a jurisdicção federal acerca dos crimes politicos não abrange os que affectam as instituições e autoridades estadoaes; como é o que refere o recorrente em sua denuncia (tratava-se de um subdelegado que, acompanhado de capangas, impiedio com ameaças que trinta cidadãos eleitores se approximassem da secção eleitoral) pois que ahi se trata de embaraço ao exercicio de direitos politicos em uma eleição para a camara municipal, sendo esta a interpretação que tem dado este tribunal ao art. 60, letra i, da Constituição em repetidos accordãos,

como o de n. 2 de 30 de Março de 1902, ns. 797, 798 de 26 de Abril do mesmo anno, de n. 26 de 1.º de Maio, de n. 799 de 8 de Junho, de n. 812 de 31 de Agosto de 1895. Esta interpretação dada pelo Tribunal, que é legitimo interprete da Constituição, foi adoptada pelo poder legislativo consignando-a no art. 83 da lei n. 221 de 30 de Novembro de 1894, quando estabelece que a jurisdicção privativa da justiça federal em relação aos crimes politicos não comprehende os praticados contra as autoridades dos Estados. Nem procede a allegação de ser inconstitucional a disposição do art. 83 da lei de 1894, porque não podia ser pensamento do legislador constituinte, creando duas justicas e duas organizações parallelas, uma pertencente á União e outra aos Estados, dar á justiça da União o processo e julgamento de todos os crimes politicos e assim tambem os praticados contra os poderes politicos dos Estados, o que offenderia a autonomia e a organização da justiça estadual que tem competencia para conhecer e julgar dos factos que interessam directamente aos poderes locais.

— Bento de Faria, citando Von Listz (*Dir. pen. act. v. 2, p. 450*) observa que impedir o exercicio de votar, ou de eleger, é obstar por violencia ou ameaça de uma acção punivel que o cidadão exerça o seu direito politico de votar, ou de eleger, isto é, o direito de tomar parte nos negocios publicos do Estado mediante o voto em geral, e a eleição dos representantes em especial. Ao impedimento não equivale o *constrangimento* para o exercicio do direito de votar e de eleger em geral, mas equivale o *constrangimento* para exercel-o em um sentido diverso d'aquelle, que corresponde á vontade do coagido. » Por outras palavras, e mais claramente, o impedimento equivale ao constrangimento quando o eleitor deixa de votar, por ter sido impedido ou obstado por alguém e contra a sua vontade.

E assim é. O impedimento pode ser devido á coacção physica ou moral e na expressão — de *qualquer maneira* — o art. 165 implicitamente comprehende qualquer meio empregado pelo agente para conseguir o fim — evitar que o eleitor vote. A intenção do legislador foi garantir plenamente ao eleitor o voto, livre de qualquer coacção, ou influencia extranha á sua vontade.

A nova lei eleitoral (esta é a quarta depois da Republica e já pensam em reformal-a!) n. 1269 de 15 de Novembro de 1904, estabelece muitas para diversas infracções e no capitulo XV, *disposições penaes*, declara :

Art. 129. Além dos definidos no Codigo Penal, serão considerados crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos os factos mencionados nos artigos seguintes :

Art. 130. Deixar qualquer dos membros da mesa eleitoral de rubricar os boletins da eleição dados aos fiscaes :

Pena — de dous a seis mezes de prisão.

Art. 131. A fraude, de qualquer natureza, praticada pela mesa eleitoral ou junto apuradora, será punida com a seguinte :

Pena — de seis mezes a um anno de prisão.

§ 1.º A falsificação de actas eleitoraes será punida com o dobro da pena estabelecida neste artigo.

§ 2.º Serão isentos dessa pena o membro ou membros da junta apuradora ou mesa eleitoral que contra a fraude protestarem no acto de ser praticada.

Art. 132. Deixar o funcionario federal de denunciar, promover ou dar andamento aos termos do processo, por crimes definidos nesta lei :

Pena — suspensão dos direitos politicos por dous a quatro annos, e perda do emprego, com inhabilitação para outro, pelo mesmo tempo.

Art. 133. O cidadão que usar documento falso para ser incluido no alistamento, ou de titulo falso ou alheio para votar :

Pena — prisão por dous a quatro mezes.

Art. 134. Deixar o 1º supplente do substituto do juiz seccional, ou quem o substituir, de comparecer no lugar, dia e hora designados pela lei, afim de receber os officios dos eleitores para a organização das mesas eleitoraes; recusar taes officios ou deixar de praticar outros actos que lhe incumbem :

Pena — de dous a seis mezes de prisão.

Art. 135. Deixar qualquer funcionario de dar as certidões a que é obrigado pela presente lei :

Pena — de um a tres mezes de prisão.

Art. 136. Todas as vezes que a Camara ou o Senado, na verificação e reconhecimento dos poderes de seus membros, julgar nullos ou não apurar — por vicios e fraudes — documentos ou actas eleitoraes, remetterá, por intermedio da respectiva mesa, as mesmas actas e documentos á competente autoridade para que, pelos meios legaes, se torne effectiva a responsabilidade dos que para taes fraudes e vicios houverem concorrido.

Art. 137. Os crimes definidos na presente lei e os de igual natureza do Codigo Penal serão de acção publica, cabendo dar a denuncia, nas comarcas das capitaes dos Estados, aos procuradores da Republica perante o juiz seccional e, nas demais comarcas, aos ajudantes dos mesmos procuradores perante os supplentes do substituto do juiz seccional.

§ 1.º A denuncia por taes crimes poderá ser igualmente dada perante as referidas autoridades por cinco eleitores, em uma só petição.

§ 2.º O processo correrá perante a justiça federal, e a fórma será a estabelecida na legislação vigente para os crimes de responsabilidade dos empregados publicos; competindo originariamente ao Supremo Tribunal Federal, quando o culpado for o Governador ou Presidente do Estado.

§ 3.º As penas serão accrescidas de um terço quando os crimes forem commettidos por funcionarios publicos.

Art. 166. Solicitar, usando de promessas ou de ameaças, votos para certa e determinada pessoa, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda :

Penas — de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos (264).

(264) A penalidade é a do art. 163, excluida a multa, adicionada a privação dos direitos politicos por 2 annos.

A figura do crime deste artigo é a *corrupção* no caso de *promessas* e da *compra* de votos; é *violencia* no caso de ameaças. Ha aqui uma *amphibologia* — *solicitar* usando de *ameaças*. Quem solicita, pede; quem ameaça,

ordena, coage moralmente. Este crime constitue o que na gíria eleitoral denomina-se — *cabala*. Entre os romanos a cabala, *de ambitu*, era punida com a *aquæ et ignis interdictio*, depois substituída pela *deportatio*, pelo uso dos meios violentos, acompanhada de *infamia* e ainda de uma pena pecuniária pela simples corrupção. Ferrini, *apud* Cogliolo, cit. por João-Vieira. Entre nós ha até *cabalistas de profissão*, que exercem essa *industria* á custa dos cofres publicos, e vivem em communidade com os *politicos profissionaes*. A compra de votos pode ser feita directa ou indirectamente. O eleitor ou o chefe politico local pode ser subornado recebendo dinheiro em troca do voto, ou quaesquer utilidades, ou favores officiaes, como, segundo era corrente, um ministro do ultimo gabinete da monarchia pretendia vencer as eleições com os *auxilios á lavoura*.

Art. 167. Vender o voto :

- Penas — de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos (265).

(265) A penalidade é a do art. precedente.

Outra forma de corrupção eleitoral, reverso da figura da compra descripta. no artigo anterior. Tanto o corrompido como o corruptor são punidos pelos crimes de compra e venda do voto e incorrem na mesma penalidade.

Art. 168. Votar, ou tentar votar, com titulo eleitoral de outrem :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 300\$000 (266).

(266) Prescripção — 1 anno. A pena de prisão é a do art. 156. Quanto á multa : Auctoridade : maximo, 300\$; medio, 200\$; minimo, 100\$; prepond. aggr., 250\$; prep. att., 150\$. No caso do art. 409, a multa é a mesma. Tentativa ou cumplicidade : maximo 200\$; medio, 133\$334; minimo, 66\$667; prepond. aggr., 166\$667; prepond. att., 100\$. No caso do art. 400, a mesma. Tentativa na cumplicidade : maximo, 133\$334; medio, 88\$889; minimo, 44\$445; prepond. aggr., 111\$111; prepond. att., 66\$667. *Vide* art. 65 da lei n. 35 de 26 de Janeiro de 1892. Livra-se solto.

Nas mesmas penas incorrerá :

§ 1.º O eleitor que, fornecendo o seu titulo, concorrer para essa fraude;

§ 2.º O que votar mais de uma vez na mesma eleição, aproveitando-se de alistamento multiplo (267).

(267) Iria no art. 168 o crime consummado e a tentativa, sendo esta punida

com pena especial (art. 63), que é a mesma d'aquelle. Em todas as figuras do art. e seus paragraphos, a forma é a fraude. Na gyrta eleitoral o eleitor que vota com titulo eleitoral de outro chama-se *phosphoro*. A creação deste typo criminoso vem do regimen passado. Na Republica proliferou porque em quasi todas as leis de processo eleitoral dos Estados reproduzio-se a disposição da lei n. 35 de 1892, art. 43, § 4.º : « O eleitor não poderá ser admitido a votar sem apresentar o seu titulo, não podendo em caso algum, exhibido este, lhe ser recusado o voto, nem tomado em separado. » As leis estadoaes não quizeram entender essa disposição no sentido restricto; isto é : em caso algum pode ser recusado o voto do eleitor quando este exhibir o seu titulo, o titulo que lhe dá a qualidade de eleitor, que lhe pertence, que é reconhecido como seu, pois, se não o fôr, elle commette o crime previsto no art. 68 do Cod. Pen. Entenderam no sentido lato e uma lei do Estado do Rio foi mais longe declarando que, exhibido o titulo de eleitor, a meza não tem competencia para entrar na apreciação da identidade da pessoa do eleitor, qualquer que seja o caso (Lei estadual n. 540 de 10 de Janeiro de 1902, art. 49). Não mais vigora, porem, esta lei. Na reforma, lei 781 de 14 de Novembro de 1906, não se encontra aquella disposição. No art. 132 declara : As mezas eleitoraes tem competencia para lavrar auto de flagrante delicto contra o cidadão que votar ou tentar votar com o titulo que lhe não pertença, e para apprehender o titulo suspeito; devendo livrar-se solto, independente de fiança, o delinquente, logo que estiver lavrado o auto, que será remetido, com as provas do crime, á autoridade competente. »

O dispositivo do art. 43 § 4 da lei n. 35 de 1892 foi substituido pelo seguinte do art. 74 § 3 da nova lei n. 1269 de 1904 : « O eleitor não poderá ser admitido a votar sem previa exhibição do seu titulo, bastando que o exhiba para lhe não ser recusado pela meza. Entretanto se esta tiver razões fundadas para suspeita da identidade do eleitor, tomará o seu voto em separado e reterá o titulo exhibido, enviando-o com a cedula á junta apuradora do districto. »

O Codigo considera fraude o votar ou tentar votar com titulo alheio. Tão criminoso é o eleitor que vota, como o que fornece o seu titulo para aquelle fim. *Concorrer para essa fraude*, diz o § 1.º. E', portanto, elemento do crime previsto no § 1.º que o fornecedor do titulo assim proceda conscientemente. Ha no seu acto má fé e pleno conhecimento do mal. Se porem, elle forneceu o titulo, de boa fé, para outro fim, ou ignorando o intuito do eleitor que lh'o pedio, cessa a sua responsabilidade, porque não houve de sua parte o concurso voluntario para a fraude.

A lei n. 1269 de 15 de Novembro 1904 declara no art. 1.º : Nas eleições federaes, estadoaes e municipaes somente serão admittidos a votar os cidadãos brazileiros maiores de 21 annos que se alistarem na forma da presente lei. Art. 3.º O alistamento dos eleitores será preparado em cada municipio nor uma commissão especial. Terminado o alistamento, são expedidos os titulos, que, na forma do art. 48, deverão conter, alem do anno do alistamento, a indicação do municipio, o nome, profissão, estado, filiação, idade e o numero de ordem do eleitor no alistamento geral do municipio. O eleitor só pode votar na secção do municipio onde estiver qualificado e perante a meza eleitoral legalmente organizada na secção, salvo se elle for mezario

apresentado por cada grupo de 30 eleitores, na forma do art. 64, e neste caso votará na secção onde é mezarario ainda que seja qualificado em outra secção. Não poderá, porem, votar, nem ser mezarario, se estiver qualificado em outro municipio (art. 64, § 1). Ha também outra excepção : O eleitor que for apresentado pelo candidato para fiscalizar a eleição em qualquer secção, na forma do art. 78, votará nessa secção, ainda que esteja qualificado em outro municipio, mas do mesmo districto eleitoral. O art. 77 assim determina e accrescenta : o seu voto será apurado na secção em que estiver exercendo o encargo de fiscal, apresentando o seu titulo.

O Codigo no art. 168 § 2 quiz impedir a fraude do eleitor votar mais de uma vez na mesma eleição, *aproveitando-se do alistamento multiplo*, isto é, estando elle incluido em diversos alistamentos. Não cogitou, porem, dos casos do eleitor mezarario ou fiscal que votar na meza onde estiver servindo e na secção onde estiver qualificado. Esta fraude escapa à sancção do Codigo por não constituir a figura casuistica do art. 168 § 2.º.

Art. 169. Impedir ou obstar, de qualquer maneira, que a meza eleitoral, ou a junta apuradora, se reuna no lugar designado, ou obrigar uma ou outra a dispersar-se, fazendo violencia ou tumulto :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 500\$ a 1:500\$, além das mais em que incorrer pelos crimes a que der causa a violencia (268).

(268) A penalidade da prisão é a do art. 94, seg. parte. Quanto á multa : Autoria : maximo, 1:500\$; medio, 1:000\$; minimo, 500\$; prepond. aggr., 1:250\$; prepond. att., 750\$. Tentativa ou cumplicidade : maximo, 1:000\$; medio, 665\$667; minimo, 333\$334; prepond. aggr., 833\$334; prepond. att., 500\$; Cumplicidade na tentativa : maximo, 666\$667; medio, 544\$445; minimo, 222\$223; prepond. aggr., 555\$556; prepond. att., 383\$334.

A figura deste crime é a da violencia contra a meza eleitoral ou a junta apuradora e apresenta duas modalidades : 1.º impedir ou obstar que a meza ou junta se reúna no lugar designado; 2.º obrigar uma ou outra a dispersar-se. São elementos constitutivos de ambas a violencia ou o tumulto. A violencia pode ser material, ou moral, ou provir de ameaças. A meza eleitoral é a que se organisa nas secções em que são divididos os municipios, destinadas a receberem os votos dos eleitores; a junta apuradora reúne-se nas sédes dos municipios, ou dos districtos eleitoraes, com o fim de apurarem o resultado da eleição procedida nas mezas eleitoraes.

Art. 170. Apresentar-se alguém nãs assembléas eleitoraes com armas ou trazel-as occultas :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 100\$ a 300\$000 (269).

(269) A penalidade de prisão é a do art. 119, a da multa do art. 168 pr.

O uso de armas offensivas sem licença da autoridade é contração punida com a pena de 15 a 60 dias de prisão celllular. Tratando-se, porem, de comicios eleitoraes, a prohibição do uso de armas é medida preventiva, destinada a impedir a violencia ou ameaças, garantindo assim a liberdade eleitoral.

As armas a que se refere o art. são armas propriamente ditas, armas prohibidas, e não os objectos transformados em armas. As prohibidas são as que por natureza não se destinam ao uso commum e offerecem maior perigo á segurança individual. Taes são as armas de fogo e os instrumentos cortantes, ou perfurantes ou perfuro-cortantes : navalha, punhal ou faca de ponta. Não são prohibidos os cacetes e bengalas, salvo se os portadores revelam intenções criminosas. Nas cidades, a bengala, e no interior, o cacete, são instrumentos ou objectos de uso commum, e só se consideram armas quando empregadas na pratica de algum crime.

Art. 171. Violar de qualquer maneira o escrutinio, rasgar ou inutilisar livros e papeis relativos ao processo eleitoral :

Penas — de prisão celllular por um a tres annos e multa de 1:000\$ a 3:000\$, além das penas em que incorrer por outros crimes (270).

(270) Vide art. 124, § 1, quanto á prisão. Multa : Aatoria : maximo, 3:000\$; medio, 2:000\$; minimo, 1:000\$; prepond. aggr., 2:508\$; prepond. att., 1:500\$. Tentativa ou cúmplicidade : maximo, 2:000\$; medio, 1:332\$334; minimo, 666\$667; prepond. aggr., 1:666\$667; prepond. att., 1:000. Tentativa na cúmplicidade : maximo, 1:333\$334; medio, 888\$889; minimo, 414\$445; prepond. aggr., 1:111\$112; prepond. att., 666\$667.

A figura deste crime é a violencia praticada contra a meza eleitoral com o fim de inutilizar a eleição. E' o que na gyria dos politicos profissionaes denomina-se — *quebrar urnas*. A fórma mais commum é o tumulto promovido no recinto da secção por *capangas* eleitoraes, que aproveitam-se da occasião para realisarem o crime.

O artigo decompõe-se em trez figuras; duas podem-se apresentar sem violencia, quando praticadas pela propria meza eleitoral : a violação do escrutinio de *qualquer maneira* (incluida, portanto, a *fraude*, aliás prevista no art. 173), e a inutilização dos livros e papeis relativos ao processo eleitoral.

Art. 172. Extraviar, occultar, inutilisar, confiscar ou subtrahir de alguém o seu titulo de eleitor :

Penas — de prisão celllular por um a tres mezes e multa de 100\$ a 300\$000 (271).

(271) Vide art. 170.

• crime definido neste artigo apresenta diversas modalidades, correspon-

dentes á cada um dos actos de extravio, occultação, inutilização, confisco, ou subtracção do titulo de algum eleitor. O Cod. não distingue se o acto criminoso é praticado em qualquer tempo, isto é, fóra dos comicios eleitoraes, não sendo intuito do delinquente obstar que o eleitor vote em determinada occasião. Mas, como na expressão — *de qualquer maneira* — empregada no art. 165, deve-se incluir não só a *maneira violenta*, como *qualquer outra* e n'esta pode-se incluir qualquer das acções constitutivas das modalidades do art. 172, segue-se que o crime do art. 172 verifica-se em qualquer tempo ou logar desde que haja da parte do delinquente o dolo correspondente. *Extraciar* significa *desencaminhar, fazer perder ou dar destino diverso*. O *extravio* pode ser ou não proposital, e, n'este caso, só existe crime quando ha má fé. *Occultar é esconder* alguma cousa; *encobrir*, tambem pôde ser tomado na accepção de *sonegar*. A *occultação* de um titulo pertencente a outrem é sempre um acto de má fé. *Inutilizar* é a acção de tornar inutil uma cousa, que por sua natureza era destinada a fim determinado. A inutilização de um titulo de eleitor pode ser accidental ou proposital, se houve ou não má fé. Por diversos meios materiaes pode-se dar a inutilização, mas o Cod. considera inutilizado o titulo destruido, ou que esteja em condições de não poder servir para a eleição. A figura do *confisco* foi mal incluída. *Confiscar* é acto de autoridade publica, tem accepção propria, como termo juridico. Significa adjudicar ao fisco os bens do condemnado no seu perdimento (Frei Domingos Vieira, *Thes. da Ling. Port.*). A *subtracção* é a figura do furto do art. 133, com a differença que o titulo de eleitor é documento para effeitos eleitoraes. A subtracção pode-se dar de dois modos — pela *tirada* do titulo do poder do eleitor, ou de algum logar onde se ache guardado; ou pela *apropriação*, quando por erro, engano, caso fortuito, ou quando houver sido confiado, o titulo venha ao poder do delinquente, e n'este caso a subtracção confunde-se com a occultação.

Art. 173. Falsificar em qualquer eleição o alistamento dos eleitores; alterar a votação, ler nomes diversos dos que constarem das listas, accrescentar ou diminuir nomes ou listas; falsificar as respectivas actas :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 1:000\$ a 3:000\$000 (272).

(272) - A multa é a do art. 171; a penalidade de prisão é a do art. 118, paragrapho unico.

A figura do crime é a da fraude operando diversas modalidades, que constituem especies distinctas. A *falsificação do alistamento* dos eleitores em qualquer eleição, pode ser praticada pelos encarregados de remetter ás mezas eleitoraes as copias authenticas do alistamento das respectivas secções, ou pelo presidente da propria meza eleitoral. A lei n. 1269 de 1904, art. 28, determina que « os presidentes das commissões do alistamento farão extrahir com antecedencia, copias authenticas do alistamento, por secções, segundo as divisões feitas, e as remetterão de forma a serem entregues na

vespera do dia designado para a eleição, aos presidentes das mezas eleitoraes, que darão recibo da entrega ». O art. 30 responsabilisa os presidentes das comissões de alistamento pelas substituições ou alterações dos nomes dos cidadãos nelle alistados. A lei deu, assim, aos presidentes das comissões de alistamento e das mezes eleitoraes a attribuição de garantir a authenticidade das listas por onde deve ser feita a chamada dos eleitores no dia da eleição. Sujeito á sua fiscalização, o alistamento não poderá ser falsificado sem o seu consentimento que pode ser doloso ou culposo, conforme o elemento moral constituir do delicto. A alteração da votação é outra especie, que consiste em tornar o resultado da eleição diverso do verdadeiro. A alteração pode consistir : do numero de votos; dos nomes dos candidatos votados pela substituição de outros não votados; do accrescimo de nomes constantes das cédulas; do accrescimo ou diminuição de cédulas, isto é, da existencia na urna de cédulas em numero superior ou inferior ao de eleitores que votaram. A lei n. 1269 de 1904 previne essa fraude com as seguintes disposições : Art. 75. Encerrada a chamada, o presidente fará lavrar termo de encerramento, em seguida á assignatura do ultimo eleitor, e nesse termo será declarado o numero de eleitores que tiverem comparecido e votado e dos que não o houverem feito. O termo de encerramento será datado e assignado pelos mezarios e fiscaes. O eleitor que comparecer depois de terminada a chamada e antes de se começar a lavrar o termo de encerramento no livro de presença, será admittido a votar.

§ 2.º Lavrado o termo de encerramento, far-se-ha a apuração pelo modo seguinte : aberta a urna pelo presidente, contará este as cédulas recebidas depois de anunciar o numero dellas, conforme a eleição de que se tratar, as emmassará de accordo com os rotulos, recolhendo-as immediatamente á urna. A' proporção que o presidente proceder á leitura de cada cédula, deverá passal-a aos fiscaes e mesarios, para a verificação dos nomes por elle lidos em voz alta.

§ 3.º O voto será escripto em cédula collocada em envolucro fechado e sem distinctivo algum, podendo ser impressa e devendo trazer a indicação da eleição de que se tratar. Embora não se ache inteiramente fechada alguma cédula, será não obstante apurada.

A cédula que não tiver rotulo será tambem apurada, excepto no caso de, na mesma occasião, se proceder á eleição para mais de um cargo e de cada eleitor votar com mais de uma cédula.

§ 4.º Serão apuradas em separado as cédulas que contiverem alterações por falta, augmento ou suppressão de sobrenome ou appellido do cidadão votado, de modo que não se possa verificar que se refere visivelmente a individuo determinado.

§ 5.º As cédulas apuradas em separado serão rubricadas pela mesa e remetidas á junta apuradora do districto.

§ 6.º Não serão apuradas as cédulas :

- a) quando contiverem nome riscado e substituído por outro ou não;
- b) quando, procedendo-se a mais de uma eleição conjunctamente, contiverem declaração contraria á do rotulo, ou, no caso acima previsto, de não haver indicação no envolucro;

c) quando se encontrar mais de uma dentro de um mesmo envolucro, quer estejam escriptas em papeis separados, quer no proprio envolucro.

Art. 76. Concluida a votação e depois de lavrado o termo de encerramento no livro de presença, a mesa dará aos candidatos e aos fiscaes boletim datado e assignado por ella, declarando o numero de eleitores que tiverem comparecido e votado e o numero dos que deixarem de comparecer; e, terminada a apuração dos votos, immediatamente lhes entregará outro boletim, tambem datado e assignado, contendo a votação que cada um dos candidatos houver obtido.

§ 1.º Os candidatos e fiscaes passarão recibos de ambos os boletins, no acto da entrega de cada um delles, do que se fará menção na acta, bem como si se recusarem a passar os ditos recibos.

§ 2.º Terminada a apuração, o presidente proclamará, em voz alta, o resultado da eleição, procedendo á verificação, si alguma reclamação fór apresentada por mezario, eleitor, fiscal ou candidato, e fará lavar no livro proprio a acta da eleição, a qual será assignada pelos mezarios, fiscaes e candidatos.

§ 3.º A eleição começará e terminará no mesmo dia. »

Para que se verifique a fraude é necessario que estejam mancomunados o presidente da meza e os mezarios se não estiverem presentes os fiscaes. Neste caso presidente e mezarios são co-autores do delicto. Os fiscaes serão tambem co-autores se consentirem na fraude que tenha por fim prejudicar a outro candidato que não seja o seu. « Poderá ser fiscal, diz o art. 77 da lei n. 1269 de 1904, o cidadão brasileiro que tenha as condições de elegibilidade, embora não esteja alistado eleitor; e, sendo eleitor, ainda que de outro municipio, mas do mesmo districto eleitoral, o seu voto será apurado na secção em que estiver exercendo o encargo de fiscal, apresentando o seu titulo. Art. 78. A nomeação de fiscal será feita em officio dirigido á mesa eleitoral, datado e assignado pelo candidato ou seu procurador, independente de reconhecimento de firmas, podendo o mesmo officio ser entregue em qualquer estado em que se achar o processo eleitoral. § 1.º O mesmo direito é conferido aos eleitores desde que formem um grupo de dez pelo menos. § 2.º A meza, em caso algum, poderá recusar os fiscaes.

A falsificação das actas eleitoraes é a especie mais commum. Os *professionaes* denominam taes actas — feitas a bico de penna. Esta é a fraude mais descarada introduzida ultimamente nos nossos costumes politicos, ostentando-se com desenvoltura jamais presenciada entre nós.

A lei n. 1269 de 1904 procurou prevenir essa fraude nas disposição do art. 76 e seus §§ supra transcriptos e na do art. 81 : Finda a eleição e lavrada a acta, será esta immediatamente transcripta em livro de notas de qualquer tabellião ou, na falta deste, de escrivão *ad hoc*, nomeado e juramentado pela mesa, os quaes darão certidão da mesma acta aos candidatos e fiscaes que a pedirem.

§ 1.º A transcripção da acta por escrivão *ad hoc* será feita em livro especial, aberto, numerado, rubricado e encerrado pelo 1º supplente do substituto do juiz seccional, e por este remetido á mesa eleitoral juntamente com os livros de actas e de presença.

§ 2.º A distribuição dos tabelliães e escrivães incumbe á autoridade judi-

ciaria que tiver presidido a comissão do alistamento, e será publicada por edital, reproduzido na imprensa, onde houver, com antecedencia, pelo menos, de dez dias da eleição.

E para evitar a transcripção de outra acta, que não seja a lavrada pela meza ao findar a eleição, o § 3.º diz : A transcripção da acta será assignada pelos membros da meza e *pelos fiscaes que o quizerem*. O meio de evitar a fraude é a intervenção dos fiscaes em todos estes actos.

A *falsificação da acta* pode provir da factura de acta diversa da que foi lavrada no livro respectivo, trazendo as assignaturas falsas dos mezarios e fiscaes que assignaram, e n'este caso denomina-se *acta falsificada*; pode apresentar-se como copia authentica da lavrada no livro respectivo tendo as assignaturas verdadeiras dos mezarios, mas alterado o resultado da eleição, neste caso dá-se o nome de *authentica falsa*. Chamam-se authenticas as copias fieis da acta lavrada no livro proprio (Lei n. 1269 de 1904, art. 84) as quaes depois de assignadas pelos mezarios e concertadas por tabellião, ou escrivão *ad hoc*, serão enviadas ao secretario da camara dos Deputados, ou do Senado, ao presidente da junta apuradora do districto e ao presidente da junta apuradora da Capital do Estado ou do Districto federal. Estas authenticas serão remetidas no prazo de trez dias sob registro postal. Ou, segundo a definição do art. 97 : Considera-se cópia authentica a que estiver devidamente conferida e concertada pelo escrivão que fizer a transcripção da acta e boletim authentico o que tiver as firmas dos mezarios reconhecidas por notario publico.

O tabellião ou serventuário da justiça, ou escrivão *ad hoc*, que concertam a authentica são os que tem a seu cargo transcrever no livro de notas, sendo tabellião, no livro proprio, sendo escrivão *ad hoc*, a acta da eleição logo depois de lançada pela meza no livro a isso destinado. Da authentica deve constar o *concerto* do serventuário, o qual importa na transcripção, pois o *concerto* é o acto pelo qual o tabellião declara, sob a fé do officio, que a copia está de conformidade com a acta lavrada no livro da meza e transcripta no seu livro de notas. Estas formalidades são necessarias para dar ás copias das actas o character de authenticidade e por isso taes copias denominam-se *authenticas*. Na especie da *acta falsificada* a fraude é grosseira, quando, pela simples inspecção, vê-se logo que faltam aquellas formalidades; ou, se della constam as formalidades, verifica-se que as assignaturas dos mezarios e do tabellião ou escrivão *ad hoc* são falsas. Na especie da *authentica falsa*, pode-se dar duas hypotheses : a falsidade foi realisada pela meza na occasião de lavrar a acta no livro proprio, e, neste caso, respondem unicamente pelo crime os mezarios; ou a falsidade se fez na occasião da transcripção da acta, e n'este caso respondem, como co-autores, a meza e o tabellião; ou a falsidade pode-se dar no *concerto*, concertando o tabellião copia cujo resultado é diverso do que se acha na acta transcripta, e tambem n'este caso, respondem o tabellião e os mezarios como co-autores. Os mezarios co-autores porque tanto na acta transcripta no livro do tabellião, como nas copias, elles assignam de proprio punho, e as suas assignaturas são necessarias como uma das provas de authenticidade

A lei n. 1269 de 1904 no art. 131 dispõe : A fraude de qualquer natureza, praticada pela meza eleitoral ou junta apuradora, será punida com a pena

de seis mezes á um anno de prisão. § 1.º A falsificação de actas eleitoraes será punida com o dobro da pena estabelecida neste artigo. § 2.º Serão isentos dessa pena o membro ou membros da junta apuradora ou meza eleitoral que contra a fraude protestarem no acto de ser praticada.

Esta disposição tem por fim evitar a fraude, ou tornal-a patente pela prova do protesto. As penas de prisão estabelecidas no Cod. são : prisão celllular, reclusão, prisão com trabalho obrigatorio, e prisão disciplinar (art. 43). Ha ainda a pena de prisão simples em que são convertidas as penas de prisão celllular e de prisão com trabalho, na forma do art 409. A lei eleitoral não determina a especie da pena de prisão a que devem ser submettidos os infractores incursos nas disposições penaes. Na duvida, deve-se applicar a pena mais favoravel, que é a prisão simples.

Art. 174. Reunir-se a mesa eleitoral, ou junta apuradora, fóra do lugar designado para a eleição ou apuração :

Penas — de prisão celllular por seis mezes a um anno e multa de 500\$ a 1:500\$000 (273).

(273) Terminando o alistamento eleitoral a mesma commissão que o tiver organizado fará a divisão do municipio em secções e, numeradas estas, serão logo designados os edificios em que se terá de proceder ás eleições.

§ 1.º A divisão do municipio em secções obedecerá ao numero de eleitores alistados, não podendo nenhuma dellas exceder de 250 eleitores, nem conter menos de 150 eleitores.

Em nenhum municipio haverá menos de duas secções eleitoraes, qualquer que seja o numero de eleitores.

§ 2.º Os edificios em que tiverem de funcionar as mezas eleitoraes não poderão, sob pena de nullidade do processo, ser situados fóra do-perimetro da séde do municipio ou de cada uma de suas subdivisões judicarias creadas pelas Constituições estaduaes.

§ 3.º Serão designados para o processo eleitoral os edificios publicos e, só na falta destes, poderão ser escolhidos os edificios particulares, ficando estes equiparados áquelles para todos os effeitos de direito.

§ 4.º A designação dos edificios, uma vez feita, não poderá ser alterada durante a legislatura, salvo o caso de força maior, comprovada por vistoria, devendo então a nova designação anteceder de 15 dias, pelo menos, ao da eleição (Lei n. 1269 de 1904, art. 26).

Sempre que se tiver de proceder á eleição, o 1º supplente do substituto do juiz seccional e, na sua falta ou impedimento, o seu immediato, mandará com antecedencia de vinte dias, affixar edital, ou publical-o pela imprensa, onde a houver, convidando os eleitores a darem os seus votos, declarando o dia, logar e hora da eleição (Lei n. 1269 art.. 70).

No dia anterior ao da eleição, reunidos, no edificio designado, ás 10 horas da manhã, os membros da mesa eleitoral, elegerão dentre si, á pluralidade de votos, o seu presidente. Este, logo depois de eleito, designará o secretario, o encarregado da chamada dos eleitores, o de examinar os titulos

respectivos e o de verificar a regularidade dos envelopros das cédulas, e declarará installada a mesa, sendo lavrada a respectiva acta em livro especial, dos de que trata o artigo antecedente (Art. 72).

Si na vespera da eleição, até ao meio dia, não comparecerem mesarios e supplentes em numero sufficiente para a installação da mesa, ficará este acto adiado para o proprio dia da eleição, uma hora antes da marcada para o começo dos trabalhos. Art. 73.

Si até ás 10 horas do dia da eleição não comparecerem cinco mesarios, effectivos ou supplentes, não haverá eleição (Art. 73 § unico).

A junta apuradora compôr-se-ha :

I. Na séde dos districtos, excepto os da Capital dos Estados e do Districto Federal, do 1.º supplente do substituto do juiz seccional, como presidente, só com voto de qualidade, e dos presidentes dos conselhos, camaras ou intendencias municipaes da respectiva circumscripção eleitoral, ou dos seus substitutos legaes em exercicio.

Na falta do 1.º supplente e de seus immediatos, presidirá a junta o presidente do governo municipal da séde do districto.

II. Na Capital dos Estados, do substituto do juiz seccional, como presidente, tambem só com voto de qualidade, e dos presidentes dos conselhos, camaras ou intendencias municipaes da respectiva circumscripção eleitoral, ou dos seus substitutos legaes em exercicio. Na falta do substituto do juiz seccional, a presidencia competirá ao presidente do governo municipal da Capital.

III. No Districto Federal a junta será presidida pelo juiz de secção que não tiver funcionado na junta de recursos e compôr-se-ha dos juizes das pretorias urbanas. Na falta do juiz seccional funcionará seu respectivo substituto (Art. 91).

O presidente da junta convocará por officio, com antecedencia de 10 dias, os respectivos membros, e na mesma occasião annunciará por edital, reproduzido na imprensa, onde a houver, o dia e hora em que deverão começar os trabalhos (Art. 92).

Na falta ou impedimento do presidente e de seus substitutos, servirá o membro da junta por esta eleito (Art. 92 § unico).

Caso não tenha sido feita a convocação, os cidadãos que em virtude desta lei são chamados a fazer parte da junta deverão comparecer no lugar designado no § 1.º do artigo seguinte e dar começo aos trabalhos.

§ 1.º A junta só poderá funcionar com a presença, pelo menos, de cinco de seus membros, além do presidente.

§ 2.º Não incorrem em multa nem em responsabilidade criminal os que, por causa justa, deixarem de comparecer (Art. 93).

A apuração começará 30 dias depois da eleição :

§ 1.º A junta reunir-se-ha no edificio do governo municipal da séde do districto, ás 11 horas da manhã, e funcionará, diariamente, durante o tempo necessario para a conclusão de seus trabalhos.

§ 2.º Servirá como secretario da junta, na Capital dos Estados e no Districto Federal, um dos escrivães do juizo seccional, e nos demais districtos um dos escrivães do judicial da Comarca da séde (Art. 94).

As sessões das juntas serão publicas, e é permittido aos candidatos ou aos seus procuradores fiscalizar o processo da apuração (Art. 95).

O crime previsto no art. 174 do Cod. consiste em reunirem-se as mezas eleitoraes ou junta apuradora fora dos logares designados para a eleição ou apuração, na forma da lei. Convem notar que os Estados possuem as suas leis de processo eleitoral, todas de conformidade com a lei federal, salvas pequenas divergencias que não alteram a substancia, que é a preocupação de garantir-se o mais possivel a liberdade do voto, a verdade eleitoral, contra o abuso e a fraude.

Embora deva ser esta a preocupação dos legisladores federal e estadual, os executores da lei procuram sempre burlal-a, principalmente quando elles pertencem ao numero dos *politiqueiros profssionaes*. Para estes não ha *moral* na politica, não ha lei possivel moralisadora dos costumes politicos. Crime é perder a eleição, dizia, sem rebuços, um fallecido *profssional* que chegou a ser *senador* da Republica!

— Para o calculo da penalidade, *vide* art. 94, segunda alinea ; quanto á multa, art. 169.

Art. 175. Deixar a mesa eleitoral de receber o voto do eleitor que se apresentar com o respectivo titulo :

Penas — de privação dos direitos politicos por dous annos e de multa de 400\$ a 1:200\$000 (274).

(274) Dispõe o art. 74 § 3.º da lei n. 1269 de 1904 que o eleitor não poderá ser admittido a votar sem previa exhibição de seu titulo, bastando que o exhiba para lhe não ser recusado o voto pela meza. Entretanto se esta tiver razões fundadas para suspeitar da identidade do eleitor, tomará o seu voto em separado e retirará o titulo exhibido, enviando-o com a cedula á junta apuradora do districto. Mas, ainda nesse caso, a meza não poderá deixar de receber o voto do eleitor. As cedula apuradas em separado serão rubricadas pela meza e remetidas á junta apuradora do districto. (Art. 75 § 5.)

Tanto a lei, como o Cod., referem-se ao eleitor munido do seu titulo, que lhe dá o direito de votar. Deixar a meza de receber o voto é não consentir que o eleitor exerça aquelle direito, o que constitue uma violencia. Mas se o eleitor se apresentar com o titulo de outrem, a meza pode impedir que elle vote, porque, n'este caso, verifica-se a figura criminosa do art. 168. (Vide art. 53 da Lei 1269.)

— A prescripção é de 4 annos. A pena é de privação dos direitos politicos sempre por dois annos, acompanhada da multa assim graduada : Maximo : 1:200\$; medio, 800\$; minimo, 400\$; prepond. aggravantes, 1.000\$; prepond. attenuantes, 600\$. Tentativa ou cumplicidade : maximo, 800\$; medio, 533\$333 ; minimo, 266\$667 ; prepond. aggrav., 666\$666 ; prepond. atten., 400\$000.

Art. 176. Alterar o presidente e membros da meza eleitoral,

ou junta apuradora, o dia e hora da reunião, induzindo por este, ou por outro meio, os eleitores a erro :

Penas — de privação dos direitos politicos por dous annos e multa de 500\$ a 1:500\$000 (275).

(275) Para a multa *vide* art. 169.

Em nota ao art. 174 mostramos como a lei eleitoral determina que pela imprensa e por editaes se publique, o *dia, hora e logar*, em que devem se reunir as mezas eleitoraes, ou a junta apuradora, para procederem á eleição, ou á apuração. O art. 174 refere-se á reunião das mezas ou da junta *fóra do logar designado*. O crime do art. 176 refere-se á *alteração do dia e hora da reunião* das mezas ou da junta, de modo a induzirem os eleitores a erro. O movel do delicto é a fraude, mas sob as formas do *engano* com relação aos eleitores, e da *falsidade* que resulta da *alteração* do edital ou publicação.

Art. 177. Fazer parte, ou concorrer para a formação meza eleitoral, ou de junta apuradora illegitimas :

Penas — de privação de direitos politicos por dous annos multa de 300\$ a 1:000\$800 (276).

(276) Multa : maximo, 1:000\$, medio 650\$, minimo 300\$; prepond. aggr. 500\$, prepond. att. — 300\$000.

Art. 178. Deixar de comparecer, sem causa participada, para formação da meza eleitoral :

Penas — de privação de direitos politicos por dous annos e multa de 280\$ a 600\$000 (277).

(277) Multa : maximo, 600\$, medio 400\$, minimo 200\$; prepond. aggr. — 500\$, prepond. att. — 300\$000.

Parapho unico. Si por essa falta não se poder formar meza :
Pena — a mesma em dobro (278).

(278) Em cada secção do municipio, cujo numero de eleitores qualificados não poderá exceder de 250, nem conter menos de 150 eleitores (art. 26 § 1) haverá uma meza eleitoral encarregada do recebimento das cédulas e mais trabalhos do processo eleitoral. (Art. 60.)

As mezas serão organisadas por uma junta composta do 1º supplente do substituto do juiz seccional, como presidente, sem voto, do ajudante do procurador da Republica, tambem sem voto, dos membros effectivos da comissão de alistamento e dos seus respectivos supplentes.

§ 1.º No Districto Federal funcionará o 1.º procurador seccional e na capital dos Estados o procurador da Republica.

§ 2.º O 1.º supplente do substituto do juiz seccional será substituído, em suas faltas e impedimentos, pelos outros supplentes, na respectiva ordem.

§ 3.º Funcionará como secretario da junta o ajudante do procurador seccional, o qual lavrará as actas em livro proprio, que ficará sob sua guarda. (Art. 61.)

No dia 20 de Dezembro do ultimo anno de cada legislatura, o 1.º supplente do substituto do juiz seccional convidará, por officio e por edital, os membros da junta de que trata o artigo anterior a se reunirem, no dia 30 do mesmo mez, no edificio do governo municipal, ao meio-dia, para a organização das mezas eleitoraes.

§ 1.º Si o 1.º supplente do substituto do juiz seccional até o dia 25 de Dezembro não tiver convocado a referida junta, será feita a convocação pelos seus substitutos, pelo ajudante do procurador seccional ou por qualquer dos membros da junta.

§ 2.º Em todo caso, a junta reunir-se-ha no dia fixado para a organização das mezas e, na falta do 1.º supplente do substituto do juiz seccional e de seus immediatos, elegerá, á pluralidade de votos, o presidente de entre os seus membros.

§ 3.º A junta funcionará no dia, logar e hora designados, com os membros que comparecerem, não sendo permittida a substituição dos que faltarem, houverem fallecido ou mudado de residencia. (Art. 62.)

Cada meza ccmpor-se-ha de cinco membros effectivos, havendo igual numero de supplentes, que terão de substituir aquelles em suas faltas, segundo a ordem da collocação.

Parapho unico. Essas mezas serão constituidas pela fórma prescripta nos artigos seguintes. (Art. 63.)

Reunida a junta no dia, logar e hora designados no art. 62, é permittido a cada grupo de 30 eleitores ou mais da mesma secção eleitoral apresentar nomes para mezarios da secção a que pertencerem.

§ 1.º Essa apresentação será feita por officio dirigido á junta e assignado por 30 eleitores, pelo menos, reconhecidas as firmas por tabellião publico e instruído com certidões que prõvem serem eleitores da respectiva secção, não podendo a apresentação recahir em cidadão que não seja eleitor no municipio, nem conter cada officio mais de uma apresentação.

O tabellião que se recusar a reconhecer as firmas para o disposto neste artigo incorrerá em multa de 500\$, alem da responsabilidade criminal, podendo, em caso de duvida, fazer o reconhecimento pelo confronto das firmas do officio com as do livro em que os eleitores assignaram por occasião do alistamento.

§ 2.º Nenhum eleitor poderá, sob pena de falsidade, assignar mais de um officio, e, si o fizer, não será o seu nome contemplado em nenhum desses officios.

§ 3.º As apresentações feitas de accordo com as prescripções deste artigo não poderão ser recusadas. (Art. 64.)

Si os officios de apresentação forem em numero superior ao de mezarios,

serão preferidos para membros effectivos os cidadãos apresentados por maior numero de eleitores, e para supplentes os que se lhes seguirem.

Paraphrasso unico. No caso de igualdade do numero de assignaturas da apresentação, decidirá a sorte entre effectivos e supplentes. (Art. 65.)

A's 2 horas da tarde do mesmo dia 30 de Dezembro, a junta procederá á apuração dos officios apresentados para cada secção do municipio. Em seguida elegerá os mezarios ou supplentes que faltarem, ou toda a meza, si nenhum officio tiver sido apresentado, votando cada membro da junta em dous nomes escolhidos dentre os eleitores da respectiva secção, conforme o alistamento feito, qualquer que seja o numero de mezarios ou supplentes a eleger.

§ 1.º No primeiro caso, completarão as mezas, quer como membros effectivos, quer como supplentes, os cidadãos mais votados na ordem da collocação, decidindo a sorte se houver empate.

§ 2.º No caso de ser a eleição para toda a meza, considerar-se-hão membros effectivos os 1.º, 3.º, 5.º, 7.º e 9.º mais votados e supplentes os 2.º, 4.º, 6.º, 8.º e 10.º, decidindo igualmente a sorte, si houver empate. (Art. 66.)

Lavrada a respectiva acta em livro creado pela junta, quando não fornecido pelas delegacias fiscaes nos Estados e pela Secretaria do Interior no Districto Federal, o presidente da junta mandará, sob pena de responsabilidade, publicar incontinenti, pela imprensa, onde a houver, ou por edital affixado no logar competente, os nomes dos mezarios e supplentes escolhidos.

Desses nomes serão dadas, immediatamente, certidões aos cidadãos que as requererem, não podendo ser recusadas, sob pena tambem de responsabilidade. (Art. 67.)

Dentro em tres dias após a reunião da junta, o seu presidente, por officios ou cartas registradas pelo correio, communicará a cada um dos mezarios effectivos e supplentes a sua eleição e a designação do edificio em que tiver de funcionar a respectiva meza eleitoral. (Art. 68.)

As mezas eleitoraes constituídas por esta fórma presidirão a todas as eleições para preenchimento de vagas que se abrirem no periodo de cada legislatura. (Art. 69.)

No dia anterior ao da eleição, reunidos, no edificio designado, ás 10 horas da manhã, os membros da meza eleitoral elegerão dentre si, á pluralidade de votos, o seu presidente. Este, logo depois de eleito, designará o secretario, o encarregado da chamada dos eleitores, e de examinar os titulos respectivos e o de verificar a regularidade dos envolveros das cédulas, e declarará installada a meza, sendo lavrada a respectiva acta em livro especial, dos de que trata o artigo antecedente. (Art. 72.)

Si na vespera da eleição, até ao meio dia, não comparecerem mezarios e supplentes em numero sufficiente para a installação da meza, ficará este acto adiado para o proprio dia da eleição, uma hora antes da marcada para o começo dos trabalhos.

Se até as 10 horas do dia da eleição não comparecerem cinco mezarios, effectivos ou supplentes, não haverá eleição. (Art. 73 e § unico.)

Nenhum mezario pode deixar de comparecer para formação de meza, salvo motivo de força maior, que deverá participar, sob as penas do art. 178; se pela falta dos mezarios não se puder formar a meza, não se effectua a

eleição, n'este caso a penalidade é a do paragrapho unico. As figuras dos arts. 177 e 178 são differentes. Uma refere-se á formação de meza ou junta apuradora illegitimas, fraudulentas. A outra tem por fim garantir a realisação da eleição, que depende da formação da meza.

— Vide no *Dirceto*, Junho 1893, p. 264, Acc. do Trib. da Rel. do Pará, de 25 Fev. 1893, que estabelece a seguinte doutrina : O uso de documentos falsos no processo eleitoral está subordinado ao preceito do art. 358 do Cod. Pen. O art. 52 da lei n. 35 de 1892 quando incrimina e pune o uso de documentos falsos, no processo eleitoral, *não creou nova entidade juridica*, mas adoptou a definição conceitual do corpo da legislação criminal, adaptando-o a uma nova especie. »

O art. 52 da lei n. 35 de 1892, a que se refere o Accordão, corresponde na lei n. 1269 de 1904 ao art. 53, cuja disposição é esta : O uso de um titulo falso ou alheio será punido com a multa de 500\$ a 1:000\$, além da sanção penal em que incorrer o delinquente.

CAPITULO II

Dos crimes contra a liberdade pessoal (279).

(279) O processo e julgamento competem á justiça local.

Art. 179. Perseguir alguém por motivo religioso ou politico :

Pena de prisão celluar por um a seis mezes, além das mais em que possa incorrer (280).

(280) A Const. Fed., art. 72, assegura a brazileiros, e a estrangeiros residentes no paiz, a inviolabilidade dos direitos concernentes a *liberdade*, a segurança individual e a propriedade. Será, porem, completa e absoluta a equiparação do estrangeiro ao nacional, quanto aos direitos que a Constituição garante no seu art. 72? O dr. João Barbalho, *Const. Fed. Braz., Comm.* ao art. 72, p. 300 e segs., discute bem a questão, tornando salientes as restricções constantes do art. 13, § unico sobre navegação de cabotagem; do direito de expulsão declarado em varias decisões do Supr. Trib. Fed. em casos que lhe ficam sujeitos e na qualidade de interprete final da Constituição; das distincções entre nacionaes e estrangeiros firmadas e mantidas pelo direito internacional, quando os Estados se acham em hostilidade. Finalmente, cita ainda o illustre A., apesar da generalidade dos termos em que está redigido o principio do art. 72, que parece inculcar, como igualmente applicaveis a nacionaes e estrangeiros, todas as trinta e uma disposições d'elle, é certo que não se referem senão a *cidadãos brazileiros* os §§ 28 e 29; e os §§ 8, 9 e 12 devem, com relação a estrangeiros, entender-se com certa restricção.

O exercicio do direito reconhecido pelo trez ultimos dos citados paragraphos, de livre manifestação de pensamento pela imprensa, de representação aos poderes publicos e de livre associação, não pode, quanto a assumptos e fins politicos, ser permittido senão aos nacionaes. Os estrangeiros, na qualidade de hospedes, nada tem que vêr com o governo da casa; se este não lhes agrada, ou procurem outro paiz que entendem ser mellor governado, ou calem-se e não se intromettam nem procurem infuir na direcção do que não lhes toca. Merecem bom agasalho, si bem procedem; mas sua intrusão nos negocios publicos, alem de ser invasão no dominio das prerogativas proprias e privativas do cidadão do paiz, pode vir em certos casos a crear difficuldades ao governo nacional. Esta restricção o illustre A. justifica ainda citando Von Holtzendorf, *Principios de Política*, trad. do dr. Souza Bandeira : « As liderdades de que temos fallado, mantem estreitas relações com uma classe de direitos, que se denominam politicos, porque vinculam-se á qualidade de cidadão e não são communs aos estrangeiros : o direito de reunião e de associação, a liberdade de imprensa e de ensino. Taes direitos referem-se ás relações entre o individuo e a collectividade; por sua natureza, pois, são excluidos do direito privado. Comquanto mesmo, nesta materia, deva predominar o principio da liberdade individual, cumpre não esquecer que ella está subordinada á vontade e ao interesse da collectividade, afim de que possa subsistir o Estado. A origem dos direitos politicos não é a natureza humana, posto que algumas vezes se lhes dê a qualificação de direitos do homem; do mesmo modo que o direito do voto, elles baseam-se nas Constituições nacionaes. Entre a liberdade civil e a liberdade politica existe a obvia differença que aquella reclama das leis uma acção negativa, ao passo que esta suppõe a influencia positiva do individuo na formação do Estado. » E' evidente que não se advoga aqui a prohibição aos estrangeiros das discussões puramente doutrinarias e scientificas sobre materia politica, mas tão somente a das que entendem com o modo porque se conduz a governação do Estado, a critica e a opposição aos actos das autoridades, a propagação mesmo moderada e pacifica contra a ordem politica existente, a incitação mesmo indirecta á desobediencia ás leis do paiz, á mudança das instituições, etc. Ainda que tudo isso se faça nos termos mais temperantes e comedidos, seria ineptia toleral-o. A hospitalidade que autorizasse essa immistão e impertinencia seria mal entendida e nociva, e sobretudo derogatoria do direito em virtude do qual ao cidadão, e não ao forasteiro, é que caba a ingerencia, tal como a lei a faculta e pelos meios que ella estabelece, nos negocios publicos. Nem com relação ao seu proprio paiz se poderá tolerar ao estrangeiro a imprensa politica e os associações e impressos que o hostilizem. E' facil imaginar as complicações de ordem internacional que dahi promanariam. Emigrados politicos e anarchistas teriam assim meios de constituirem-se no paiz onde viessem se refugiar, elemento de perturbação das boas relações delle com nações amigas e quiçá de subversão dellas. »

Estabelecidas as restricções da liberdade politica dos estrangeiros, a dos nacionaes é limitada pela responsabilidade de seus actos. 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 : Const. Fed., art. 72, § 12.

Vide o Cod. Pen. nos arts. 22, 23, 96, 316, 319, 320, 342 a 350, 383 a 387. Em materia religiosa ha completa liberdade de cultos. E' garantida a todos, sem distincção de nacionalidades, a liberdade de consciencia. Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seo culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições de direito commum : Const. Fed., art. 72, § 3. O dec. n. 173 de 10 de Setembro de 1893, regula a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3, da Const. Fed. Por motivo de crença ou de funcção religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seos direitos civis e politicos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico : Const. Fed. art. 72, § 28. • Em virtude deste § 28, diz o dr. João Barbalho (*Obr. cit.*, p. 334), nenhuma crença religiosa obstará a nomeação para cargos publicos de qualquer natureza; o juramento deixa de ser exigido dos funcionarios publicos, e, nos mais casos em que a lei o possa exigir, deverá ser prestado conforme a religião de cada um; as penas ecclesiasticas não terão jamais efeitos civis; do serviço do jury e do exercito e de depór em juizo, ninguém é isento por ter isso como incompativel com sua fé religiosa, ou por seu caracter sacerdotal, etc. A emenda de que resultou esse paragrapho inspirou-se no art. 49 da Constituição Suissa. Ha uma excepção ao disposto n'este paragrapho e é a disposição do art. 70, § 1, n. 4, que recusa o voto politico aos religiosos de ordens monasticas, companhias, congregações, ou commuidades de qualquer denominação sujeitos a voto de obediencia, regra, ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual. O paragrapho só se refere ao cidadão brasileiro e não ao estrangeiro, porque estes não gozam de direitos civis em nossa legislação criminal. • Entendida a liberdade politica e religiosa segundo o preceito constitucional e as leis que a regulam, qualquer acto que importe a restricção, fóra da lei, do exercicio desse direito, constitue um attentado á liberdade pessoal. A figura da perseguição descripta no art. 179, não se limita, porem, ao simples attentado, ella importa actos successivos, continuados, ou intermitentes, visando sempre o mesmo escopo — impedir o exercicio de um direito garantido nos termos da Constituição. O proprio estrangeiro não pode ser perseguido por motivo religioso ou politico, pois se a sua conducta, por actos de religião ou politica, tornou-o prejudicial ao paiz, ha o recurso da expulsão, que é um direito que o governo exerce em nome da soberania nacional. A expulsão não é perseguição. *Perseguir* (do latim *persequi*) significa molestar, importunar, atormentar, seguir alguém por toda a parte; (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*), impedir que alguém trabalhe, exerça officio ou emprego, procurar por meios materiaes ou moraes, produzir damno material ou moral. A figura da perseguição apresenta diversas modalidades conforme o meio de acção do perseguidor, mas é elemento essencial que o movel da perseguição seja o facto do perseguido professar idéas religiosas ou politicas contrarias ás do perseguidor ou ás da seita ou partido, por cuja conta esteja o perseguidor obrando.

— Para o calculo da penalidade *vide* o art. 168, excluida a multa.

Art. 180. Privar alguém de sua liberdade pessoal, já impe-

dando de fazer o que a lei permite, já obrigando a fazer o que ella não manda :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes (281).

(281) Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 168, excluida a multa.

Paragrapho unico. Si para esse fim empregar violencia, ou ameaças :

Pena — a mesma, com augmente da terça parte, além das mais em que incorrer pelos actos de violencia (282).

(282) A Const. Fed., art. 72, § 1, declara que ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, sinão em virtude de lei. Commentando este paragrapho, diz o dr. João Barbalho (*Obr. cit.*, p. 302) : « O que este § contem constitue um dogma fundamental nos governos livres. A organização politico social em que consiste o Estado tem por principal escopo a manutenção da liberdade, a tutela e garantia do direito, e com isto totalmente incompativel é o arbitrio da autoridade nas suas relações com o individuo. Estatuo-se, pois, para limitar a acção desta, e para dar ensanchas ao livre exercicio do direito, aquella sabia determinação : *Cuique facere licet nisi quid iure prohibetur*. De modo que, ao individuo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não pode elle ser obrigado sinão ao que ella lhe impõe. Com a autoridade, porem, com os funcionarios publicos, dá-se justamente o contrario — só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autoriza. Suas attribuições são sómente as que se acham definidas nas leis e nos regulamentos que com ellas se conformam. E é assim, 1^o a bem da liberdade individual, e 2^o da propria regularidade dos serviços administrativos, que hão de ser geridos, não á arbitrio dos que os têm a seu cargo, mas observados os preceitos legais e regulamentados que os regem. » O art. 180 figura duas modalidades. Na primeira a liberdade apresenta-se como a faculdade de agir, *facultas agendi*, no exercicio de um direito, garantido pela lei e que foi impedido pelo delinquente. Esse impedimento pode ser um obstaculo material pela violencia physica, ou moral pela ameaça. Na segunda modalidade, a obrigação imposta ao paciente, que na primeira hypothese era activo e nesta torna se passivo, ha uma coacção que actua de modo diverso não sobre a *facultas agendi*, e, sim, sobre a de não fazer, *facultas non faciendi*, o que a lei não manda. As duas modalidades distinguem-se ainda no seguinte — a primeira refere-se a direito declarado na lei e por ella permitido; a segunda refere-se ou a direito que a lei declara não permitir, ou a objecto de que a mesma lei não cogita.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 168, excluida a multa. Prescripção 4 annos.

Art. 181. Privar alguma pessoa da sua liberdade, retendo-a

por si, ou por outrem, em carcere privado, ou conservando-a em sequestro por tempo menor de 24 horas :

Pena — de prisão celllular por dous mezes a um anno (283).

283) Prescripção — 4 annos. Autoria : maximo 1 anno, medio 7 mezes, minimo 2 mezes; prepond. aggr. — 9 mezes e 15 dias, prepond. att. — 4 mezes e 15 dias, (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 1 anno e 2 mezes, medio 8 mezes e 5 dias, minimo 2 mezes e 10 dias; prepond. aggr. — 11 mezes, 2 dias e 12 horas, prepond. att. — 5 mezes, 7 dias e 12 horas (simples). Tentativa ou cumplicidade : maximo 8 mezes, medio 4 mezes e 20 dias, minimo 1 mez e 10 dias; prepond. att. — 3 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 9 mezes e 10 dias, medio 5 mezes 13 dias e 8 horas, minimo 1 mez, 16 dias e 16 horas; prepond. aggr. — 7 mezes, 13 dias e 16 horas; prepond. att. — 3 mezes e 15 dias (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 5 mezes e 30 dias, medio 3 mezes, 5 dias e 8 horas, minimo 26 dias e 16 horas; prepond. aggr. — 4 mezes 6 dias e 16 horas, prepond. att. — 2 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 6 mezes, 6 dias e 16 horas, medio 3 mezes, 18 dias, 20 horas et 20 minutos, minimo 1 mez, 1 dia, 2 horas e 40 minutos; prepond. aggr. — 4 mezes, 27 dias, 18 horas e 30 minutos, prepond. att. — 2 mezes e 10 dias (simples). Affiançavel.

§ 1. Si a retenção exceder desse prazo :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a dous annos (284).

(284) Vide nota ao art. 151, paragrapho unico. Prescripção — 8 annos. Affiançavel.

§ 2. Si o criminoso commetter o crime simulando ser autoridade publica, ou usando de violencia :

Pena — a mesma, com augmento da terça parte.

Art. 182. Causar á pessoa retida, ou sequestrada, máos tratos, em razão do logar e da natureza da detenção ou qualquer tortura corporal :

Pena — de prisão celllular por um a tres annos (285).

(285) Vide nota ao art. 124, § 1. Prescripção — 8 annos. Affiançavel

Art. 183. Si aquelle que commetter o crime de carcere privado não mostrar que restituiu o paciente á liberdade, ou não indicar o seu paradeiro :

Pena — de prisão celllular por dous a 12 annos (286).

(286) Prescrição — 16 annos. — Aatoria : maximo 12 annos, medio 7 annos, minimo 2 annos; prepond. aggr. — 9 annos e 6 mezes, prepond. att. — 4 annos e 6 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 14 annos, medio 8 annos e 2 mezes, minimo 2 annos e 4 mezes; prepond. aggr. — 11 annos e 1 mez, prepond. att. — 5 annos e 3 mezes (simples). Tentativa ou cumplicidade : maximo 8 annos, medio 4 annos e 8 mezes, minimo 1 anno e 4 mezes; prepond. aggr. — 6 annos e 4 mezes, prepond. att. — 3 annos (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 9 annos e 4 mezes, medio 5 annos, 5 mezes e 10 dias, minimo 1 anno, 6 mezes e 20 dias; prepond. aggr. — 7 annos, 4 mezes e 20 dias, prepond. att. — 3 annos e 6 mezes (simples). Inaffiançavel.

No art. 180 vimos a acção delictuosa affectar a liberdade individual sob o ponto de vista subjectivo — *libertas facultas agendi, libertas facultas non faciendi*. Na figura do *carcere privado*, descripta nos arts. 181, 182 e 183, a liberdade individual é affectada objectivamente. O encarcerado fica impedido de locomover-se, ha uma detenção corporal, a violencia é physica. João Vieira, (*Cod. Pen. comm.*, part. esp. v. 1, p. 100), observa que as formas de actuação deste crime, chamado pelos romanos *vis privata*, são tres : o *arresto*, a *detenção* e o *sequestro* da pessoa. O Codigo só distingue, porem, as formas da *retenção (detenção)* e do *sequestro*. Divergimos da interpretação que o illustre mestre dá ao nosso Codigo. Muito importa a questão das modalidades do crime, mas parece-nos que a característica do *carcere privado* não é o simples facto do *arresto*, da *detenção* ou do *sequestro illegaes*, que todos se resumem na *prizão illegal*, e, sim o *logar onde é mettido em prizão* o paciente, e a qualidade da pessoa que o conserva em prizão. O *sequestro* não é senão a *prizão incommunicavel*. Si se trata de prizão effectuada pela autoridade competente, que nos termos legaes, manda deter o paciente incommunicavel em uma casa publica de prizões (xadrez, cadeia, casas de Detenção ou de Correção, casa particular arrendada ou alugada para servir de prizão publica) não ha crime de *carcere privado*, porque o carcere é um edificio ou predio destinado a prizão publica. A *incommunicabilidade* não importa no *sequestro criminoso*. Si a autoridade, ainda competente, manda reter o paciente na casa de sua residencia, ou em casa de um particular, embora haja justo motivo para a prizão, verifica-se o crime de *carcere privado*, e si houver incommunicabilidade, dá-se o *sequestro criminoso*. Se a prizão foi effectuada por autoridade incompetente ou por um particular, a *retenção* do paciente em casa particular; importa no crime de *carcere privado*, com *sequestro* no caso de incommunicabilidade, e se a *retenção* é na prizão publica verifica-se somente a figura do *sequestro* se houver incommunicabilidade, a qual é tambem punida como se fosse *carcere privado*. As duas modalidades — *carcere privado* propriamente dito e *sequestro* podem co-existir confundindo-se no mesmo facto criminoso, ou apresentar-se separadamente, como fizemos ver. Parece-nos que não é a *forma* da prizão que caracteriza o crime de *carcere privado*, mas o *logar* onde se acha recluso o paciente; assim tambem a característica do *sequestro* é a illegitimidade da prizão com a clausula da *incommunicabilidade*, qualquer que seja o *logar* da reclusão, se o delinquente é autoridade. Quer haja ou não incommunicabilidade verifica-se o *carcere privado* com o *sequestro*, se a reclusão é effectuada por um particular

na casa de sua residência ou de outrem. O dolo específico do crime é o animo de privar o paciente de sua liberdade, occultando-o ás vistas de outrem, collocando-o em situação de não poder defender-se, nem obter auxilio, soccorro ou quaesquer meios de defeza de sua liberdade. No art. 181 e os seus paragraphos faz-se mister distinguir o carcere privado, ou sequestro, praticados por autoridade, por particular, com ou sem violencia, e por particular simulando ser autoridade publica. Conforme o tempo da retenção, varia a penalidade, que é agravada no caso de exceder o prazo de 24 horas (§ 1). Se o crime for perpetrado por autoridade ou particular, que não tenha usado violencia ou simulado ser autoridade, a penalidade é a do art. 181 se o tempo da retenção for menor de 24 horas. Se exceder esse praso, a penalidade é do § 1. A figura do § 2 é a de crime committido por particular simulando ser autoridade, ou com violencia, e o praticado por autoridade com violencia. Em qualquer das hypotheses ambos ficam sujeitos á penalidade do § 1, com augmento da terça parte. O Codigo emprega o vocabulo — *retenção* — em vez de — *detenção*. Ambos os termos exprimem a mesma idéa, produzem os mesmos efeitos materiaes. *Detenção, reclusão, custodia ou prisão* são termos equipolentes sob o ponto de vista da privação da liberdade de locomoção. Todos significam *retenção* de alguem em logar seguro, donde não possa sahir. A distincção especifica consiste no seguinte : a reclusão, a prisão cellular, simples, com trabalho obrigatorio, ou disciplinar são penas estabelecidas no Codigo, cumpridas em logares determinados, nos termos dos arts. 45 47, 48 e 49. A *detenção, retenção* ou *custodia* não constituem *penas*, são medidas de segurança, da policia administrativa. Os bebados eram postos em *custodia*, isto é, detidos nos xadrezes até o prazo maximo de 24 horas, porque a *custodia* tinha por fim guardal-os, em logar seguro, para que não fossem victimas do seu proprio estado ou não causassem mal ou incommodo a alguem. Tambem eram postos em *custodia* os presos em flagrante ou preventivamente. Praticamente não ha hoje distincção entre *custodia* e *detenção*. As *penas* de *prisão* são cumpridas nos estabelecimentos penitenciarios cellulares ou agricolas, fortalezas, casas de correção, etc. A *prisão* administrativa (*detenção, custodia, retenção, prisão preventiva*) tem logar nas casas de *detenção, xadrezes, cadeias, etc.*

O crime de carcere privado em relação a autoria pode ser praticado directamente pela autoridade, ou por particular (*por si*), ou por outrem, cumprindo ordens da autoridade ou de particular. N'este ultimo caso, respondem como co-autores o que ordena e o cumpridor da ordem.

A figura do art. 182 é a mesma do art. 181, porem aggravada pela offensa physica ou moral infligida ao encarcerado. A offensa physica pode provir de castigos corporaes, contusões, ferimentos, sevicias. Offensa moral pode-se considerar a injuria, a situação no meio de viciosos ou criminosos, ou de gente de baixa condição; inferior á do encarcerado. Ha offensas que são de natureza physica e moral ao mesmo tempo, como as torturas da fome, da sede, do frio por falta do vestuario, a situação em logar infecto, humido, sem luz. A expressão generica — *máus tratos* — abrange todas estas especies de offensas.

A disposição do art. 183 pode se considerar uma pena accessoria, pois o delinquente, alem da pena comminada nos arts. 181 e 182, soffrerá ainda

a do art. 183, se não mostrar, isto é, não provar que restituiu o paciente a liberdade, ou não indicar o lugar onde elle se acha. A figura é a do carcere privado propriamente dito, ou a do sequestro, aggravados por aquellas circumstancias.

Farinacius definia o crime de carcere privado — *quocumque modo quis inclusus seu non inclusus, cum vinculis vel sine vinculis retinetur, at tamen residere non possit, semper dicitur sub carcere privato inclusus.*

Adoptamos as doutrinas do dr. Viveiros de Castro nas *Sentenças e Decisões* sobre carcere privado, excepto quando considera que não commette crime de carcere privado quem prende alguém em flagrante delicto e o conserva preso, porque em caso de flagrante delicto cessa a garantia individual e, desaparecendo o direito protegido, desaparece a qualificação do delicto estabelecido para a sua protecção.

Em apoio de sua opinião cita Rivarola, *Cod. Pen. da Rep. Argent.* v. 2. p. 662. E' certo que para existir o delicto definido no art. 181 é necessaria a concordancia das duas condições — 1ª um facto de detenção ou sequestro; 2ª a illegalidade desse facto (Boitard *Dir. Crim.* § 399; Chauveau Hélie § 2950). E' certo ainda que tendo a lei delegado aos particulares o direito de conduzir perante a autoridade o individuo surprehendido em flagrante delicto ou perseguido pelo clamor publico, um facto constituido nestas condições não pode caracterisar o crime de carcere privado (Garraud, *Traité de Droit Pén. Fr.* v. 4º, § 543). Mas, destes factos não decorre que o particular tenha o direito de deter, ainda que seja apenas para guardar, ou sequestrar o preso. Nem a prisão em flagrante suspende a garantia individual, nem faz desaparecer o direito de defeza, que é garantido pela Constituição em termos claros, isentos do qualquer duvida, no art. 72, §§ 13, 14, 15 e 16.

Em caso extraordinario, quando não houver na localidade prisão publica, pode a casa de um particular servir para detenção de um preso em flagrante até que seja transportado para onde deve ir, mas essa detenção não importa em carcere privado porque demonstra-se a força maior, e principalmente falta o elemento essencial do crime, que é o dolo especifico, o animo da retenção ou do sequestro. Mas ahí não ha cessação de garantia individual, pois ao detido não pode ser negado o direito de mandar chamar quem o defenda, de requerer *habeas corpus*, de prestar fiança, de usar, enfim, de todos os meios de defeza que a lei faculta (Const. Fed., art. 72, §§ 22). Si, porem, o detentor particular impedir que o preso tenha communicação com alguém, ou procure meios de defeza, desenha-se a figura do carcere privado pelo sequestro.

Tambem adoptamos a doutrina do illustre magistrado sustentada na sentença de 26 de Maio de 1893 (*Sent. e Decisões*, p. 183). Para existir o delicto de carcere privado não basta um facto de detenção ou de sequestro, são tambem necessarios dois outros elementos, a illegalidade deste facto e que tenha sido praticado com intenção criminosa. (Garraud, *Droit Pén. Franç.* v. 4º, p. 543). O caso da jurisprudencia hespanhola citada (Vide *Sent. e Decisões*, p. 187) merece ser ponderado, pois o marido que detem ou sequestra a mulher em compartimento, embora confortavel e hygienico, dispensando-lhe todos os cuidados, para impedir suicidio ou qualquer perigo de que ella seja victima ou autora inconsciente, o marido, dizemos,

preciza demonstrar o motivo de força maior que impossibilitou-o de removê-la de casa para um estabelecimento apropriado. Seria ainda necessária a prova de que a paciente estava affectada da molestia, que tornou necessária a providencia do sequestro ou da retenção. Se o sequestro fôr desnecessario, ainda que haja molestia, ou se o motivo determinante do sequestro é illicito ou immoral, a medida não pode ser justificada, a retenção, ou o sequestro constituem o crime de carcere privado.

Vide art. 207 § 9.

Art. 184. Prometter, ou protestar, por escripto assignado, ou anonymo, ou verbalmente, fazer a alguem um mal que constitua crime, impondo, ou não, qualquer condição ou ordem :

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

Parapho unico. Si o crime fôr commetido contra corporação, a pena será applicada com augmento da terça parte (287).

(287) João Vieira (*Cod. Pen. comm.*, parte esp., v. 1, p. 102, considera o Codigo defeituoso n'este art. 184: « Elle ahí conceitua muito deficientemente e sem graduar as penas, conforme as respectivas modalidades ensinadas pela doutrina. Mas ao mesmo tempo parece que elle havia dado outro conceito da ameaça no § 2 do art. 180, mas incluindo-a na privação da liberdade, o que é muito differente. A phraseologia do Cod. é que lança a confusão nas especies. No art. 180 trata-se do que chama-se *violencia privada* ou *particular*, embora a primeira parte do art. exclua o elemento essencial, a *vis*; no art. 184 é que o Cod. trata da ameaça propriamente dita. A especie mal definida no art. 180 figura em todos os projectos e no art. 159, do de 1899, como paralelo á do art. 154 do Cod. Pen. Ital., chamada intimidação coercitiva, a *vis privada* dos romanos, a *ameaça com injuncção*, do Cod. Francez, as *cartas ameaçadoras* do direito inglez, etc. Este artigo, diz Carrara, contempla os actos de violencia e ameaça praticados contra uma pessoa para constringer-a a fazer ou a commetter, ou tolerar que outras façam cousa contra o querer e o direito da pessoa passiva do crime. A contrariedade do querer emerge por natureza da indole do crime e dos modos porque este é realisado, pois que desde que existisse o consento, não se poderia fallar nem de violencia, nem de ameaças. Os elementos, portanto, do crime são a illegitimidade da acção e a violencia physica e moral dirigida a um dos escopos indicados pela lei. Este facto constitue um crime por si mesmo. O fim da ameaça para constringer é a *ameaça simples* que tem logar sem ser acompanhada de injuncção alguma. Esta ameaça não leza directamente a liberdade, mas a leza indirectamente, porque perturba a tranquillidade do animo e o estado de agitação e incerteza d'aquelle que não se crê seguro na vida ou nos bens tolhe seus proprios movimentos. »

O art. 184 apresenta duas modalidades nas figuras do *protesto* e da *promessa*. O protesto é a mesma promessa, porém de forma cathorica, vehementemente. Frei Domingos Vieira (*Thes. da Ling Port.*) diz : Protestar, prometter fortemente, assegurar positivamente, publicamente, declarar solem-

amente. Na *promessa* a acção do agente é menòs intensa, limita-se a simples ameaça, sem que se manifeste positivamente o animo de realisal-a. Em qualquer dos casos, porém, os effeitos juridicos são os mesmos e por isso a penalidade não varia; protesto ou promessa, o crime é o mesmo. E' elemento constitutivo que o mal protestado ou promettido seja um crime. São meios de consummação : a palavra e o escripto assignado ou anonymo. Se a ameaça foi verbal ou por escripto assignado, a responsabilidade é inilludível. Mas se o escripto é anonymo faz-se necessario que o autor assumna a responsabilidade do escripto em juizo ou por qualquer outra forma. A ameaça pode ser simples quando não visa *impôr qualquer condição ou ordem*. A imposição da condição ou ordem pode ter por fim obrigar o paciente a *dar, fazer* ou *não fazer* alguma cousa. Neste caso assemelha-se a figura da extorsão do art. 362, §§ 1 e 2, com a differença que na ameaça o damno ou mal promettido ou protestado é *futuro* e na extorsão ha uma vantagem illicita, damno, ou effeito juridico *actuaes*, o mal é *p-ente*. A ameaça é ainda elemento constitutivo da extorsão definido nos §§ 1 e 2 do art. 362.

— Para que as ameaças constituão delicto é necessario que revelem uma intenção formal e positiva de fazer mal, não constituindo delicto a simples intemperança de linguagem, a vã jactancia, as explosões da basofia — Peret, *Reforma do Cod. Pen. Frances.*, p. 47; Aguirre, *Cod. Pen. Argentino*, p. 237; Rivarola, *Cod. Pen. Argent.* v. 2, p. 244; Stoos, *Cod. Pen. Suisso*, p. 115; Fabreguettes, *Trat. das infracções da palavra*. v. 2, p. 147. Pertence ao juiz da causa interpretar os termos e o alcance da ameaça. Acc. da Corte de Cessação de 10 de Dez. de 1863; Faust-Helie, *Ttat. Crim.* v. 2. p. 317. As ameaças dirigidas aos funcionarios publicos ou aos seus agentes em exercicio de suas funcções, constituem o crime de desacato. Boissonade, *Cod. Pen. do Japão*, p. 978; Viada e Vilaseca, *Cod. Pen. Hespanhol* v. 3. p. 309. Deve-se declarar no processo quaes as ameaças e em que consistiram ellas, de modo a não confundil-as com as injurias, Sentença do Dr. Viveiros de Castro, nas *Sent. e Decisões*, p. 308.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 119.

CAPITULO III

Dos crimes contra o livre exercicio dos cultos (288).

288) Compete a justiça local conhecer destes crimes.

Art. 185. Ultrajar qualquer confissão religiosa villipendiando acto ou objecto de seu culto, desacatando ou profanando os seus symbolos publicamente :

Pena — de prizão cellular por um a seis mezes (289).

(289) A Const. Fed. garante a liberdade religiosa. Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto (art. 72, § 3.) Os cemiterios são secularizados, ficando, porem, livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis (art. 72, § 5.). Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependência, ou alliança, com o governo a União ou dos Estados (art. 72, § 8). Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e politicos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico (art. 72, § 78). Para garantia da liberdade religiosa, cuja manifestação externa é o livre exercicio dos cultos, o Codigo n'este capitulo define e pune os delictos que affectam ou violam aquella liberdade.

O art. 185 consiste no *ultrage* a qualquer confissão religiosa por meio de *vilipendio* de acto ou objecto de seu culto, de *desacato* ou *profanação* publica de seus symbolos. São assim distinctas as trez modalidades pelos meios de acção e pelo objecto. Em primeiro lugar convem notar que a expressão — *confissão religiosa* — é empregada como synonyma de *religião*, *seita religiosa*, em geral, sem discriminar a sua natureza; tanto pode ser a religião catholica, como qualquer das seitas christãs, ou outra qualquer extranha ao christianismo. A religião tem seu culto interno e externo. No culto externo, ella se manifesta por actos e ceremonias. Além disso existem symbolos que figuram e são objecto do culto pela idéa que representam. Ha algumas religiões que manifestam se externamente por actos e ceremonias, mas não possuem symbolos. As *confissões de Augsbourg e Emden*, são *profissões de fé* feitas pelos lutheranos em 1530 na dieta de Augsbourg, e pelos belgas reformados em 1562 no Brabante. São confissões religiosas, mas não tomadas no sentido da expressão do Codigo. A figura do *ultrage por vilipendio* é diferente das do *desacato* e *profanação*, refere-se a *acto ou cerimonia* (objecto) do culto externo. As outras duas limitão-se aos symbolos. *Ultrage com vilipendio* é uma offensa, por actos ou palavras, por meio de injurias e desprezo. O vilipendio já por si constitue um ultrage; pois vilipendiar significa desprezar, tratar com desprezo com obras e palavras (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*)

O *desacato* significa desprezo, menoscabo, falta de respeito e consideração devidas (*Vide nota* ao art. 134 do Cod. sobre *desacato* á autoridade). O *desacato* pode ainda tomar a forma do *ultrage* e do *vilipendio*. A *profanação* é o trato irreverente das cousas religiosas, podendo apresentar-se sob as formas de *ultrage*, *vilipendio* ou *desacato*. O Cod. não considerou, pleonasmoo o emprego daquelles vocabulos; constituiu figura do crime o *ultrage* manifestando-se pelas modalidades do *vilipendio* tratando-se de ceremonias do culto, do *desacato* e da *profanação*, quando tiverem por objecto os symbolos, realisando-se, porem, o factoo publicamente. O *desacato* de um symbolo religioso é uma *profanação*. E' difficil encontrar a differença especifica, salvo se o Cod. pretende considerar *desacato* a *profanação* aggravada por obras, v. g. a destruição de uma imagem ou objecto do culto acompanhada de injurias ou vilipendio ou mesmo de tumulto; e a *profanação* o simples *desacato* por palavras, v. g. a injuria, o escarneio, o apodo, a vaia.

— Damos em seguida a sentença do dr. Celso Aprígio Guimarães, juiz do Tribunal Civil e Criminal da Capital Federal n'um processo crime que, em 1893, tornou-se celebre : Vistos os autos. Denuncia o dr. segundo Promotor Publico a Domingos Heleodoro Pereira e dr. Miguel Vieira Ferreira, pelo facto de haver o primeiro, com um companheiro desconhecido, no dia 25 de Março do corrente anno, penetrado no edificio do Tribunal do Jury quebrado a cadeira do presidente do conselho de jurados, uma Imagem de Christo crucificado, na sala secreta, e uma outra Imagem, tambem do Christo crucificado, na sala das sessões; e o segundo por ter mandado praticar o delicto, abusando da influencia e superioridade hierarchica que sobre Heleodoro exercia como pastor da Igreja Evangelica Brasileira, do qual é sectario o mesmo Heleodoro. Terminando pede a punição do primeiro no art. 411, 2ª parte do Cod. Pen. e do segundo nesse mesmo art. combinado com o art. 18, § 2 do Cod. Pen. Depois de fazer um resumo minucioso da prova dos autos, continua a sentença : « Do exposto e do mais que dos autos consta, está portanto provada a existencia de vehementes indícios contra Domingos Heleodoro como autor do facto criminoso praticado na casa do jury. A Constituição no art. 72 consagra a liberdade de cultos e de consciencia em sua maior plenitude, e em virtude disso todos os individuos e confissões religiosas, com limitação unica na observancia das disposições do direito commum, podem exercer livremente o seu culto (art. cit., § 3) não mantendo o governo da União ou dos Estados nenhum dos cultos, nem tendo com elles relação de dependencia ou alliança (art. cit., § 12).

Separada como está a Egreja do Estado, a consequencia é que os poderes da Republica são de todo extranhos a qualquer sentimento religioso e a ação de cada um delles é perfeitamente exercida independente de invocação da divindade, presença de symbolos, etc. Dos principios consagrados na Constituição (art. cit., §§ 28 e 29) emana necessariamente o dever de conservar-se o Estado em posição perfeitamente neutra em materia religiosa, como o unico meio capaz de evitar aos cidadãos a colisão entre os deveres impostos pela religião de cada um e as obrigações civicas ordenadas pela lei. Donat, tratando da separação da Egreja e do Estado, diz : governar cidadãos e governar christãos constituem duas funções distinctas, que devem estar separadas; pois essa separação é o unico meio pratico de fazer reinar a paz nas consciencias e a ordem na rua (*Loiset, Mœurs républicaines*, p. 206). Sobre o mesmo assumpto, Carlier, occupando-se dos Estados Unidos da America do Norte, doutrina : Pela separação da Egreja e do Estado, devem seguir uma marcha paralela, e dada a grande diversidade de seitas existentes no paiz, o Estado deve restringir-se a uma esphera de tal modo determinada, que não possa se immiscuir na manifestação das crenças e sentimentos religiosos dos diversos cidadãos que o compõe (*La République Américaine*, tom. 3, p. 468). Assim entendida a disposição da segunda parte do art. 111 do Cod. Pen. perante a Const. da Republica e a vista da materia dos autos : Considerando que é condição *sine qua non* para a existencia do delicto declarado na segunda parte do cit. art. do Cod. Pen. que a determinação dos poderes respectivos seja conforme a Const. e ás leis; Considerando que a determinação em virtude da qual permaneciam no edificio do Tribunal do Jury as imagens de Christo Cru-

cificado, está em opposição aos principios firmados pela Const. por significar por parte do Estado intervenção em materia de crença religiosa, pela manifestação de preferencia dada a uma religião; Considerando que não pode ser objecto de decisão do poder judiciario o effecto, que nas consciencias de individuos de seitas diversas, pode produzir a existencia de symbolos religiosos pertencentes á uma dellas, em logar onde esses individuos são chamados pela força da lei para exercer deveres civicos; Considerando que o serviço do jury é obrigatorio, á vista do art. 103 da lei de 3 de Dezembro de 1847 e art. 345 de Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842; Considerando que por Acc. nos actos de *habeas corpus* n. 88, a fls. 170 dos autos, determinou o Conselho Superior da Córte de Appellação não poder o facto denunciado ser classificado no art. 111 do Cod. Pen. por não ter havido ordem do poder executivo e judiciario conforme a Const. e as leis; Considerando que pelas razões expendidas sendo inapplicavel o art. 113, 2.ª parte do Cod. Pen. ao facto denunciado, não deixa elle por isso de ser passivel de pena; Porquanto, considerando que as imagens despedaçadas na casa do Jury, no dia 25 de Março do corrente anno, são incontestavelmente symbolos da Religião catholica e apostolica romana; Considerando que com o despedaçamento foram esses symbolos desacatados; Considerando que a vista da disposição do art. 185 do Cod. Pen. para que seja considerado crime o desacato ou profanação de symbolos de qualquer confissão religiosa basta que tenha sido praticado publicamente; Considerando que a casa do Jury é pela natureza da instituição que lá funciona, logar publico, principalmente na occasião do facto que foi praticado em dia de sessão de Tribunal estando o edificio franco ao publico; Considerando que depois do despedaçamento ficaram as imagens expostas á vista de todas as pessoas que entravam no edificio; Julgo procedente a denuncia e pronuncio o réu Domingos Heleodoro Pereira como incurso no art 185 do Cod. Pen. e o sujeito a prisão e livramento. Quanto ao dr. Miguel Vieira Ferreira, segundo denunciado, depois de descrever a prova dos autos, conclue a sentença : « Considerando que segundo o art. 18, § 2.º do Cod. Pen. agentes intellectuaes são : « Os que tendo resolvido a execução do crime, provocarem ou determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica. » Considerando que no caso do art. cit. havendo um autor intellectual e outro physico, necessaria é a existencia de relação entre elles para que se possa dar a provocação do delicto; Considerando que os autos não fornecem os elementos precisos dos quaes se possa concluir que o denunciado houvesse resolvido desacatar ou profanar as imagens, pois a propaganda pela imprensa e as petições dirigidas ás autoridades, sendo o exercicio dos direitos garantidos pela Const., art. 72, §§ 7 e 11 só revelam direito de marchar dentro das raias legais; Considerando que as phrases contidas nos artigos publicados na imprensa e proferidas pelo denunciado, por mais energicas que sejam, não passam de phrases vagas, incapazes de patentear resolução a um dado delicto; Considerando que dos autos não consta ter havido entre os dois denunciados relação alguma tendente á pratica de crime; Considerando que a declaração de Heleodoro, confessando-se mandado, quando mesmo não fosse por elle contestado, é uma interpretação de todo incerta

que só produz conjecturas; Considerando que o denunciado como pastor da Igreja Evangelica nunca pregou o quebramento das Imagens; Considerando, finalmente, que a attitudo indifferente do denunciado ante as Imagens despedaçadas, como affirma o officio de fis. 206, ainda denotando approvação, não é signal de participação criminosa, porquanto a approvação dada a um crime por mais significativa que seja não pode assumir o character de autoria moral (Tobias Barretto, *Estudos de Direito*, p. 241); Julgo impropriedade a denuncia quanto ao réu Dr. Miguel Vieira Ferreira. »

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 168, excluida a multa.

Art. 186. Impedir, por qualquer modo, a celebração de ceremonias religiosas, solemnidades e ritos de qualquer confissão religiosa, ou perturbal-a no exercicio de seu culto :

Pena — de prisão cellular por dous mezes a um anno (290).

(290) Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 181 pr.

Art. 187. Usar de ameaças, ou injurias, contra os ministros de qualquer confissão religiosa, no exercicio de suas funcções :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno (291).

(291) *Vide* nota ao art. 94, segunda. parte.

Art. 188. Sempre que o facto fôr acompanhado de violencias contra a pessoa, a pena será augmentada de um terço, sem prejuizo da correspondente ao acto de violencia praticado, na qual tambem o criminoso incorrerá (292).

(292) As figuras dos arts. 185, 186 e 187 tem sua fonte no Codigo italiano, arts. 140, 141, 142, 143. *Vide* Jules Lacointa, *Cod. Pén. d'Italie*, annot. p. 77 e nota). O *ultrage publico* de acto (ceremonia) ou symbolo religioso é, tomando-se por base a penalidade, um delicto que o Codigo considera menos grave do que os definidos nos arts. 186 e 187. No ultrage do art. 385 ha uma offensa não só á liberdade religiosa, como á manifestação dessa liberdade no livre exercicio dos cultos. O impedimento ou perturbação de cerimonia religiosa é um delicto de acção material, cujo damno moral é momentaneo, não produz os effeitos moraes, sem duvida visados pelo ultrage sob a forma de vilipendio, desacato ou profanação. O delicto do art. 186 pode consistir n'um acto de força, de violencia, com outro fim qualquer que não seja o de offender a liberdade de cultos. Assim tambem em relação ao do art. 187. Ao passo que no ultrage do art. 185, alem do acto material, manifesta-se sempre a intenção directa, o animo deliberado, do ataque áquella liberdade.

O art. 186 apresenta duas modalidades, consistindo uma no impedimento,

a outra na *perturbação* de ceremonias e solemnidades religiosas. Convem distinguir na modalidade da *perturbação* se a cerimonia ou solemnidade se realisa dentro ou fóra dos templos. No primeiro caso o agente é sempre responsavel, porque um templo religioso é logar onde deve haver todo o respeito e acatamento; no segundo, a responsabilidade só existe se o agente teve o proposito de perturbar a cerimonia ou solemnidade.

As ameaças ou injurias contra os ministros de qualquer religião, constituem o crime do art. 187 *se estiverem no exercicio de suas funcções*. Essa condição é indispensavel, porque, ainda que o agente não tenha intenção de offender o livre exercicio do culto, mas unicamente a pessoa do ministro, elle é responsavel porque faltou ao respeito devido ao logar onde se achava e á situação do ministro no exercicio de suas funcções. O crime é sujeito á mesma penalidade, quer seja praticado com o animo de offender a religião na pessoa do ministro, quer seja a offensa somente á pessoa do ministro, v. g., se o agente, por outro motivo que não o religioso, espancasse ou injuriasse o sacerdote na occasião em que estivesse celebrando a missa, encommendando um cadaver, casando, baptizando ou confessando alguém. Se a violencia e injuria são praticadas contra o ministro, que não esteja no exercicio de suas funcções, ainda que elle se ache dentro do templo, o agente não responde pelo delicto previsto no art. 187, mas pelos que commetteo definidos em outros artigos. A expressão — *no exercicio de suas funcções* — deve-se entender quando — *estiver celebrando algum acto do seu ministerio*.

A disposição do art. 188 é uma aggravante da penalidade dos arts. 185, 186 e 187, cujas penas serão augmentadas de um terço, se além dos factos descriptos como crimes houver violencia contra a pessoa que, por dever do officio, ou por qualquer outro motivo, estiver intimamente relacionada com a religião, figurando nas ceremonias, solemnidades, emfim, nos actos religiosos. O agente responderá tambem pelo crime resultante da violencia.

CAPITULO IV

Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (293).

(293) Ao jury federal compete julgar os crimes de interceptação ou subtração de correspondencia postal ou telegraphica do governo federal (Lei 221 de 1894, art. 20, n. VIII). Nos demais casos, compete á justiça local.

Art. 189. Abrir maliciosamente carta, telegramma, ou papel fechado endereçado a outrem; apossar-se de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia, ainda que não esteja fechada, e que por qualquer meio lhe venha ás mãos; tiral-a de repar-

tição publica ou do poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho unico. No caso de ser revelado em todo, ou em parte, o segredo da correspondencia violada, a pena será augmentada de um terço (294).

(294) A Const. Fed., art. 72, § 18 declara : « E' inviolavel o sigillo da correspondencia. » Commentando este artigo, escreve o Dr. João Barbalho (*Const. Fed. Brazil. comm.*, p. 325) : « São as cartas communicações de idéas a pessoas ausentes, conversação por escripto, que nas relações da vida, o affecto, o dever, o interesse entretem. Ellas constituem uma necessidade e uma obrigação no tracto social. Contém intimidades, expansões, diktadas pela confiança e não destinadas á publicidade. Tornal-as *inviolaveis*, em respeito ao direito de quem as envia e de quem as recebe, é um dever do Estado e ao mesmo tempo seu interesse pelo seguro cultivo e desenvolvimento das relações que ellas mantem e fomentam. E tanto maior é essa obrigação quanto o vehiculo d'ellas, o correio, é monopolio do Estado, que por isso se constitue depositario, até a effectiva entrega, aos destinatarios, da correspondencia que lhe é confiada e em cuja guarda elle deve ser leal. Sem a inviolabilidade o correio poder-se-ia converter n'um meio commodo de espionagem e perderia a confiança publica. Uma emenda do deputado Meira de Vasconcellos e outros, seguindo a Constituição suissa, art. 36, pretendia o acrescimo ao paragrapho das palavras — *postal e telegraphica* e foi approvada na primeira discussão. Na segunda, porem, foi eliminada em consequencia da approvação da emenda suppressiva, offerecida pelo deputado Milton, que com ella propunha evitar-se que viessem a ficar impunes os que accaso violassem a correspondencia conduzida por particulares (*Annaes do Congr. Const.* v. I ps. 236 e 326, v. II, p. 109; *A Const. do Brazil* por A. Milton, nota ao § 18 do art. 72).

A disposição constitucional ficou abrangendo, pela generalidade de seus termos, a correspondencia epistolar, postal ou não, e a telegraphica, embora não expressamente nomeada. A Constituição imperial acrescentava : « A administração do correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste artigo. » E si na disposição correspondente, a Constituição de 1891 não faz egual declaração, é por ser isso excusado em vista do seu art. 82, que institue, de modo geral, a responsabilidade de todos os empregados publicos. A sancção deste § 18 encontra-se, quer no cit., art. 82 da Const., quer na legislação postal e telegraphica, quer no Cod. Pen., arts. 154, 189 a 195. As disposições do Regul. dos Telegraphos expedido com o dec. n. 4053 de 24 de Junho de 1901 garantindo o uso e o sigillo da correspondencia telegraphica, são as seguintes : Art. 82. O direito de correspondencia por meio das Telegraphos da União é reconhecido a toda e qualquer pessoa. Art. 83. O Governo se reserva a faculdade de suspender por tempo indeterminado o serviço telegraphico, quer o interior, quer o internacional, já o serviço em geral, já o de certas linhas e certas especies de correspondencias.

Art. 84. Não terão curso nas linhas telegraphicas da União os telegrammas contrarios ás leis do paiz, á ordem publica, á moral, e aos bons costumes, e bem assim aquellos que contiverem noticias alarmantes, cuja falsidade seja reconhecida. § 1.º A censura destes telegrammas cabe aos encarregados das estações, havendo recurso para os chefes de districto, para a Directoria Geral dos Telegraphos e ainda para o Ministro da Industria, Viação e Obras Publicas. § 2.º Quando por este ou qualquer outro motivo deixe de ser transmittido um telegramma particular, será o expedidor immediatamente prevenido, cabendo-lhe a restituição da taxa, nos termos do art. 212. § 3.º Os telegrammas de serviço publico não são sujeitos á censura. **Art. 85.** O expedidor de um telegramma privado é obrigado a legitimar sua identidade, todas as vezes que isto for exigido pela estação de origem. § 1.º A identidade poderá ser provada por testemunho de duas pessoas conhecidas do encarregado da estação, ou por passaporte e cartas de naturalização. § 2.º Ao expedidor por sua vez cabe o direito de mandar transmittir a sua assignatura legitimada, em cujo caso pagará a taxa das palavras para isso empregadas. § 3.º Quando se tratar de serviço publico, a assignatura da autoridade só pôde ser reconhecida legitima quando acompanhada do carimbo ou sello official, e no caso em que se torne necessaria a legitimação da assignatura por exigencia do serviço telegraphico, quando reconhecido por tabcilião publico. **Art. 86.** O direito ao sigillo dos telegrammas é absoluto e a Directoria Geral dos Telegraphos velará pela perfeita observancia do sigillo por parte do pessoal sob suas ordens. **Art. 87.** Só o expedidor e o destinatario de um telegramma ou seus procuradores têm direito de requerer cópias dentro do prazo marcado para a conservação nos archivos. **Art. 88.** A Repartição Geral dos Telegraphos tomará todas as providencias necessarias, afim de que o serviço telegraphico seja feito com toda a regularidade e presteza; porém, não acceita responsabilidade alguma pelos prejuizos que possam advir ao publico correspondente, pela perda, estropiamento e retardamento dos telegrammas, nem garante que a entrega seja feito em tempo determinado, assistindo, porém, o direito de reembolso nas condições previstas pelos arts. 242 e 243. »

A nova lei das fallencias, dec. n. 859 de 16 de Agosto de 1902, art. 21, diz : « A correspondencia do fallido será pelos agentes do correio e do telegrapho entregue ao syndico, que abrirá em presença do fallido ou pessoa por elle autorizada, a quem entregará o que se referir a assumpto alheio á fallencia. » Commentando este art., o dr. Bento do Faria [*Das Fallencias* (Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902) annot., etc.] taxa-o de manifestamente inconstitucional, citando o commentario do dr. João Barbalho sobre o § 18 do art. 72 da Const. Fed. e a nota de Barboza de Magalhães, que considera immoral a disposição do Cod. portuguez das fallencias correspondente á da nossa lei. E conclue o illustre commentador : « Portanto, salvo autorização especial do fallido, nem os agentes do correio ou do telegrapho poderão entregar conscientemente ao syndico cartas ou telegrammas dirigidos áquelle, nem este, tendo-as recebido, poderá abril-os e muito menos lér o seu conteúdo. O syndico que se utilizar da correspondencia do fallido, seja qual fór o meio pelo qual a tenha havido, incorre na sancção do art. 192 do Cod. Pena. » Esta opinião merece alguns reparos. A disposição da lei das fallencias não attenta

contra o preceito constitucional, porque a fallencia colloca o fallido em situação excepcional. As garantias constitucionaes de certos direitos ficam restrictos, por motivo de ordem publica e particular em relação aos interesses que a lei procura acautelar. Assim, a liberdade de locomoção é tambem restricta. O fallido não poderá afastar-se do seu domicilio sem licença do juiz, ouvidos os syndicos e a comissão fiscal. (Dec. n. 859, art. 20.) E o illustre commentador não considera essa disposição inconstitucional por atacar o preceito do art. 72, § 10. Além de outras restricções de direitos quanto á pessoa do fallido, mencionadas no art. 23 da lei, elle fica privado da administração de seus bens e dos que adquerir durante a fallencia (art. 24).

Entre esses bens, diz o dr. Bento de Faria, citando outros A.A., comprehende-se não só aquelles que existem no momento da arrecadação, como tambem os bens futuros, isto é, aquelles que, emquanto fallido, lhe advenham ou accresçam por qualquer modo ou titulo, quer gratuito, quer oneroso. » Estas restricções ao direito de propriedade, nenhum Autor consideraria uma offensa ao preceito constitucional do art. 72, § 17.

O art. 192 do Cod. Pen. refere-se ao *segredo profissional* (João Vieira, *Cod. Pen. comm. part. esp.*, p. 112), especie differente da do art. 189. Quem uza de um direito não faz injuria a ninguem, é brocardo juridico applicavel ao caso. A acção do syndico no recebimento e abertura da correspondencia do fallido não é illicita : a lei assim o determina. Além disso a abertura se faz na presença do fallido ou de pessoa por elle autorizada, a quem o syndico entregará a correspondencia que se referir a assumpto alheio á fallencia (Lei n. 859, art. 21). Não ha aqui a malicia, a apropriação subrepticia ou violenta, característicos do dolo do art. 189, nem a *revelação de segredo* do art. 192. Entretanto, o syndico incorrerá na sanção do art. 192 se revelar algum segredo alheio a interesses da fallencia, que chegar ao seu conhecimento por via da correspondencia. Incorrerá tambem nas penas do art. 189, se não quizer entregar a correspondencia que for alheia á fallencia; e se der á publicidade essa correspondencia, commette o crime previsto no art. 191, verificadas as condições alli mencionadas. O Regul. dos Telegraphos de 24 de Junho de 1901 no art. 181 dispõe : O telegramma dirigido a commerciante fallido será entregue ao curador fiscal (hoje pela nova lei — ao syndico) desde que a Junta Commercial ou quem de direito tenha feito previamente communicação á estação, de accordo com o art. 19 do dec. n. 917 de 27 de Outubro de 1890 (hoje — art. 21 da lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902).

O art. 189 refere-se a toda e qualquer correspondencia, postal, telegraphica, ou particular, fechada ou aberta. Apresenta as seguintes modalidades : 1ª abertura de correspondencia fechada dirigida a outrem; 2ª apropriação (apossar-se) de correspondencia alheia fechada ou não, que por qualquer meio lhe venha ás mãos; 3ª tiral-a de repartição publica ou do poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo. Todos constituem a figura da *violação da correspondencia*, que apresenta mais duas modalidades no paragrapho unico, no caso de ser revelado *no todo* ou *em parte* o segredo contido. E' elemento essencial de todos que a correspondencia seja dirigida a outrem. O da segunda na *apropriação* (apossar-se) reveladora do animo de consumir dolo especifico da primeira modalidade manifesta-se na *malicia* da abertura; ou não entregar a correspondencia ao seu destinatario; da terceira na *tirada*

por subtracção ou violenta) com o intuito de *conhecer o conteúdo* da correspondencia. Nas duas ultimas o dolo consiste na *revelação*, seja ou não proposital, do segredo violado. Se houve proposito na revelação, o dolo é explicito; se não houve, torna-se implicito. — Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 168, excluida a multa.

Art. 190. Supprimir correspondencia epistolar ou telegraphica endereçada a outrem :

Pena — de prizão cellular por um a seis mezes (295).

(295) A figura deste art. é a do *extravio proposital* da correspondencia. O agente recebe a correspondencia para entregar ao seu destinatario e deixa de fazel-o, consummindo-a. E' indifferente que haja ou não a violação, porque o dolo não consiste no desejo de conhecer o conteúdo da correspondencia, e, sim, no proposito de não fazel-a chegar ao seu destino. — Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 168, excluida a multa.

Art. 191. Publicar o destinatario de uma carta, ou correspondencia, sem consentimento da pessoa que a endereçou, o conteúdo, não sendo em defesa de direitos, e de uma ou outra resultando damno ao remetente :

Pena — de prizão cellular por dous a quatro mezes (296).

(296) Uma carta, na correspondencia particular, não pertence só ao destinatario, mas tambem ao remetente, porque ella representa o nexo das relações de dependencia existente entre ambos, relações que affectam a interesses reciprocos. O objecto da correspondencia pode ser interesses de cuja publicidade resulte prejuizo ou damno de qualquer especie ao expeditor; ou pode tratar da defesa de direitos do destinatario ou do expeditor. O consentimento do expeditor é indispensavel para a publicidade, no primeiro caso. O destinatario que publicar correspondencia não destinada á publicidade, commette um abuso de confiança tanto mais censuravel si da publicidade resultar damno ao expeditor. A *publicidade* é a acção de tornar publica a correspondencia. Realisa-se pela imprensa, ou na tribuna, ou reuniões publicas. São elementos essenciaes do crime — que a publicidade se dê sem autorização e della resulte damno de qualquer natureza ao remetente. João Vieira, commentando o art., observa que o Cod. alterou para peor a disposição parallela de sua fonte, no Cod. italiano. « Não ha crime, e n'este ponto estamos de accordo com o illustre mestre, se a carta é publicada por necessidade, como defender direitos (o vocabulo — *exercitar* não exprime a idéa da — *defeza do direito*, a que se refere o art.) exhibindo-a como documento, repellir um ataque, tutelar a propria honra e dignidade em geral, si se trata de favorecer os proprios interesses legitimos do remetente. — Veda o art. 191 do Codigo, garantindo a *inviolabilidade dos segredos*, que o destinatario *publique* o conteúdo da carta ou correspondencia *sem consentimento da*

*pessoa que a endereçou, não sendo em defeza de direitos e resultando damno ao remetente. Violou Lohingrin esta disposição, porque não tendo direitos a defender entregou aos querellantes a carta, base do presente processo, prejudicial sem duvida ao querellado, pela sua posição de réu e acção penal. Fora da excepção contida no art. 191 — consentimento expresso ou implicito do remetente, a carta mantém seu character *confidencial*, desde que da divulgação do conteúdo della resulte um prejuizo ao autor do escripto. Pouco importa que o remetente não declare que faz uma *confidencia* : o meio porque é manifestado o pensamento a impõe. Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 28 de Dezembro de 1898, na *Rev. Jurisp.*, Fev. 1899, p. 192. — Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 134 pr.*

Art. 192. Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão de officio, emprego ou profissão :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e suspensão do officio, emprego ou profissão por seis mezes a um anno (297).

(297) A penalidade da prisão é a do art. 119; a de suspensão é a do art. 149 pr. excluida a multa. Disposição do Regul. geral dos telegraphos : Art. 491, § 1. O empregado, que revelar segredo, de que tiver noticia ou conhecimento, em razão do emprego, pena : de prisão cellular, de um a tres mezes e suspensão do emprego por seis mezes a um anno (art. 192 do Codigo Penal) *Vide* nota ao art. 189. O Codigo trata neste art. do segredo profissional, cujos elementos são, como observa João Vieira, a qualidade do agente, a revelação voluntaria do segredo, a falta de justa cousa, o damno causado ou que possa causar. A especie é differente da do § unico do art. 189 e da do art. 191, que referem-se ao segredo da correspondencia que é violada na hypothese do paragrapho, ou que é publicada sem consentimento do remetente (art. 191).

O segredo profissional é obtido pelo agente no exercicio do seu officio, emprego ou profissão, naturalmente, por força das circumstancias, sem que tenha necessidade de pôr em acção meios illicitos. O delicto não consiste em sorprehender o segredo, mas em revelal-o. Essa revelação é um abuso de confiança, salvo quando a lei obriga. N'este caso desaparece o *propositum*, a revelação deixa de ser um crime para constituir um dever. Assim, no caso em que o depositario do segredo é obrigado a revelal-o como testemunha. Entende João Vieira que o confidente pode deixar de depôr allegando simplesmente o segredo profissional; mas se depuzer, não é criminoso, attentó o justo motivo que lhe assiste. E' a opinião de Blanche que pode ser applicada ao silencio do nosso Codigo. Hallays pensa diversamente, diz João Vieira; e por outro lado sustenta que haverá delicto, ainda quando a pessoa, que tem confiado o segredo, autorise e seu confidente a fallar, opinião inadmissivel, porque entra na constituição do delicto grande parte da protecção ao interesse privado. *Vide* Hallays, *Le Secret professionnel* (Paris, 1890, ps. 25, 33 e 53).

O dr. João Monteiro (*Theoria do Proc. Civ. e Comm.*, vol. 1, p. 301)

entende que o segredo profissional tanto é um direito quanto um dever. Se o advogado tem o direito de se recusar a depôr em juízo, continua o illustre professor, sobre factos que lhe foram confiados ou que elle surprehendeu no exercicio de sua profissão, a honestidade conscienciosa do advogado, como diz Glück (§367) especialmente exige que elle de modo algum traia os segredos do cliente. E' por isso que desde o pr. 25 *de testibus* (XXII, 5) é prohibido que deponham elles como testemunhas nas causas de seus clientes. O gabinete do advogado, diz Dalloz (*Repert. ob. Avocat*, n. 300) é como o tribunal da penitencia; e assim, *fora dos casos previstos pela lei*, segundo a Côte de Cassação franceza, no aresto de 20 de Janeiro de 1826, os advogados como depositarios, por estado ou por profissão, dos segredos que se lhes confia, não os podem revelar. Entre nós na falta de lei, sempre vigorou a mesma doutrina, sanccionada pela jurisprudencia. Se a respeito do sacerdote, expressos eram os canones, e se vé do capitulo *Omnis ultriusque* do Concilio de Latráo; se relativamente aos medicos, desde Hyppocrates, constitue regra inabalavel o chamado ségredo profissional — que razão haveria para excluir o advogado? Vide a erudita dissertação do desembargador Aureliano Coutinho, *Ségredo Profissional*, no vol. 3º da *Revista da Faculdade de Direito* (de S. Paulo), p. 36. Está alli brilhantemente exgottado o assumpto. » Essa é a boa doutrina e o Codigo, no art. 192, nada mais fez senão consagra-la; garantindo-a com a sancção penal comminada aos infractores.

Art. 193. Nas mesmas penas incorrera o empregado do Correio que se apoderar de carta não fechada, ou abril-a, si fechada, para conhecer-lhe o conteúdo, ou communicar-o a alguem, e bem assim o do telegrapho que, para fim identico, violar telegrapha, ou propagar a comunicação nelle contida.

Paragrapho unico. Si os empregados supprimirem ou extra- viarem a correspondencia, ou não a entregarem ou communi- carem ao destinatario :

Penas — de prisão cellula por um a seis mezes e perda do emprego (298).

(298) As disposições deste art. referem-se aos empregados do correio e do telegrapho. Alem das penas impostas pelos respectivos regulamentos, elles incorrem ainda nas do art. 193 do Cod. A penalidade é a do art. 192. Quer se trate da correspondencia postal, quer telegraphica, a figura do crime previsto no art. 193 é a da violação da correspondencia, visando dois intuitos — conhecer o conteúdo, ou communicar-o a alguem. O conteúdo da correspondencia pode aproveitar sómente ao violador ou a terceiro (alguem). Aproveitando a terceiro, a comunicação do conteúdo não importa em publicidade, mas é uma revelação de segredo. Esse segredo será profissional tratando-se de agente do telegrapho encarregado de transmittir o telegrapha. N'este caso o segredo elle obtem em razão do officio. Mas se se trata de corres-

pondencia postal, o segredo deixa de ser profissional, porque o empregado ou apoderou-se de carta não fechada, ou violou-a abrindo-a. Na correspondencia telegraphica tambem não será profissional o segredo se o violador fór o encarregado da entrega dos telegrammas recebidos, ou qualquer outro empregado que não seja o encarregado da transmissão ou o recebedor do telegramma para ser transmitido.

Na violação de correspondencia postal do art. 193 distinguem-se a apropriação de carta não fechada e a violação de carta fechada, sendo intuito do violador, quer em um, quer em outro caso, conhecer o conteúdo ou communicar-o a alguém. Na violação da correspondencia telegraphica, alem dos fins visados na postal — o conhecimento do conteúdo, ou a communicação do conteúdo a alguém — o Cod. acrescenta a da propagação, que não é senão a publicidade verbal do conteúdo do telegramma.

No paragrapho unico, está prevista a figura da *supressão da correspondencia*, descripta no art. 190, praticada, porem, pelo empregado do correio ou do telegrapho, apresentando as modalidades do extravio proposital da correspondencia postal ou telegraphica que não é *entregue*.

O paragrapho refere-se á correspondencia que não é *entregue*, e á que não é *communicada* ao destinatario. A primeira tanto pode ser a carta postal, como o telegramma. Em relação á segunda, parece que o Cod. refere-se aos *avisos* do seu serviço postal, ou dos registrados, ou da correspondencia retida, ou depositada no correio, ou no telegrapho por qualquer motivo.

No art. 178 dispõe o Regul. dos telegraphos de 1901 que os telegrammas podem ser entregues no domicilio do destinatario, depositados ou encaminhados pelo correio, e ainda depositados na estação telegraphica, de accordo com as indicações que constarem do endereço, para serem procurados pelos interessados. No art. 185 diz : « Ao destinatario de um telegramma que não tenha sido possivel fazer a entrega, por se achar fechada a porta indicada no endereço, ou por não haver na casa quem queira recebê-lo, será deixado no domicilio indicado um *aviso* para procurá-lo na Estação. »

Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 158. Alem da prisão cellullar, o delinquente está sujeito á perda do emprego. A perda do emprego começa da data da sentença condemnatoria : Acc. Supr. Trib. Fed. de 24 de Junho de 1895. Empregado do correio que viola cartas e subtrahе valores responde perante a justiça federal em um só processo pelos dois crimes de responsabilidade e furto : Acc. Supr. Trib. Fed. de 1º de Março de 1893. O empregado publico do correio que subtrahе por occasião do recebimento e conferencia de malas um registrado com valor declarado, extraviando a factura relativa e alterando depois a escripturação do livro de recebimento das malas, por meio de cancellamentos de palavras, não commette os crimes de peculato (art. 221 do Cod. Pen.) e de estelionato (art. 338 n. 6), mas sim os de furto (art. 330), de extravio de correspondencia (art. 193, § unico) e de cancellamento de livros officiaes (art. 208 n. 7, 1ª parte), a cujas penas fica sujeito, na conformidade do art. 66, § 3, tudo do mesmo Cod. Pen. N'este caso o crime de furto (art. 330) sendo connexo com o de responsabilidade (arts. 193 a 208) por haver entre elles unidade de intenção e relação de meio a fim, compete seu processo e julgamento á justiça federal. Acc. do Sup. Trib. Fed. de 19 de Julho de 1893. *Vide no Direito de Out.*, 1892, p. 253, o

parecer do sr. Barão de Sobral, procurador geral da Republica, do qual destacamos os seguintes trechos : « A expressão da denuncia — furto ou subtracção de mala — é equívoca ; porque a mala pode ser o continente com todo o conteúdo, ou só o continente, ou só o conteúdo, no todo, ou em parte, Mala, na tecnologia do correio nacional, é qualquer numero de objectos envolvidos em papel, panno ou couro, lacrado ou fechado, constituindo por si volume, e com endereço de um correio a outro. Por extensão tambem denomina-se mala o recipiente que transporta a correspondencia (art. 100 das instrucç., appuradas pelo dec. n. qq. 12 de 26 de Março de 1888). Este recipiente pode ser um sacco ou bolsa, ou simplesmente um envolvero de papel atado, lacrado, authenticado com o sinete da repartição e denominado mala papel (arts. 119 e 120). Dentro deste recipiente se acondiciona toda a correspondencia, tanto a ordinaria, como a registrada (art. 128) e esta é recolhida n'um saquinho especial ou n'um malote de papel (arts. 325 a 327). Malote é, em todo caso, um envolvero de papel que contem um ou mais registrados com ou sem valor declarado. Na mala destinada ao transporte pode haver muita, pouca ou nenhuma correspondencia, porque no dia marcado para a expedição das malas, devem ser ellas expedidas, embora vacias, com uma factura n'este caso traçada em toda a extensão, de modo a indicar a ausencia de correspondencia (art. 124). Desapparecida a factura, outra prova se faz necessaria do que continha a mala. »

Art. 194. A autoridade que, de posse de carta ou correspondencia particular, utilisal-a para qualquer intuito, seja, embora, o da descoberta de um crime, ou prova deste, incorrerá na pena de perda do emprego e na de multa de 100\$ a 500\$000 (299).

(299) *Vide* nota ao art. 156, primeira parte.

Art. 195. As cartas obtidas por meios criminosos não serão admittidas em juizo (300).

(300) Ainda mesmo que provem contra quem as escreveu.

CAPITULO V

Dos crimes contra a inviolabilidade do domicilio.

Compete á justiça local regular o processo e julgamento destes crimes.

Art. 196. Entrar á noite na casa alheia, ou em quaesquer de suas dependencias, sem licença de quem nella morar :

Pena — de prisão cellular por dous a seis mezes (301).

(301) A penalidade é a do art. 96. *Vide* art. 35, § 1.

Parapho unico. Si o crime fôr commettido exercendo-se violencia contra a pessoa, ou usando-se de armas, ou por duas ou mais pessoas que se tenham ajuntado para aquelle fim :

Pena — de prisão cellular por tres mezes a um anno, além daquellas em que incorrer pela violencia (302).

(302) *Vide* nota ao art. 118 pr.

Art. 197. E' permittida a entrada de noite em casa alheia :

§ 1. No caso de incendio.

§ 2. No de immediata e imminente ruina.

§ 3. No de inundação.

§ 4. No de ser pedido soccorro.

§ 5. No de se estar alli commettendo algum crime, ou violencia contra alguém.

Art. 198. Entrar de dia na casa alheia, fóra dos casos permittidos, e sem as formalidades legais ; introduzir-se nella furtivamente ou persistir em ficar contra a vontade de quem nella morar :

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes (303).

(303) *Vide* nota ao art. 119.

Art. 199. A entrada de dia em casa alheia é permittida :

§ 1. Nos mesmos casos em que é permittida á noite ;

§ 2. Naquelles em que, de conformidade com as leis, se tiver de proceder á prisão de criminosos ; á busca ou apprehensão de objectos havidos por meios criminosos ; á investigação dos instrumentos ou vestigios de crime ou de contrabandos ; á penhora ou sequestro de bens que se occultarem.

§ 3. Nos de flagrante delicto ou em seguimento de réo a **habe em flagrante**.

Art. 200. No casos mencionados no § 2 do artigo antecedente se guardarão as seguintes formalidades :

§ 1. Ordem escripta da autoridade que determinar a entrada na casa.

§ 2. Assistencia de escrivão ou qualquer official de justiça com duas testemunhas (304).

(304) A Const. Fed. garante a inviolabilidade de domicilio nos seguintes termos : Art. 72 § 11 : « A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem pode ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador. senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescriptos na lei. » « A inviolabilidade do domicilio, diz o dr. João Barbalho, commentando este paragrapho, é um dos *direitos concernentes á segurança individual*, a que se refere o principio do art. 72 e sob esta razão enquadra-se entre as garantias constitucionaes. Consiste na prohibição a todos, incluidos os agentes da autoridade publica, de entrar na casa de quem quer que seja, contra a vontade ou sem permissão do morador, salvo nos casos e com as formalidades estatuidas pela lei. » A lei que prescreve os casos em que é permittida a entrada em casa alheia, de dia ou de noite, é o Cod. Penal, arts. 197, 199, 200, 203. Alem do art. 196 que consagra a regra geral da inviolabilidade do domicilio, no art. 35, § 1, o Cod. torna ainda effectiva a garantia, reputando praticado em defeza propria ou de terceiro 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, quando fechados, salvo os casos em que a lei o permite. O art. 39, § 12 considera circumstancia aggravante ter sido o crime commettido com entrada ou tentativa para entrar na casa do effendido com intenção de perpetrar o crime. Esta circumstancia por si só é bastante para classificar o homicidio do art. 294. Vide os commentarios que João Vieira faz a este capitulo (*Cod. Pen. comm. p. asp., v. I, p. 115 a 118*).

No art. 196 o Cod. estabelece o preceito geral prohibitivo da entrada á noite, e no art. 198 o da entrada de dia. Ambos estão sujeitos ás excepções previstas nos arts. 197 e 199, casos em que qualquer cidadão ou a autoridade pode entrar na casa sem licença de quem nella morar. A inviolabilidade á noite é mais severa, porque a excepção limita-se unicamente ao casos dos §§ 1 a 5 do art. 197. Ao passo que a entrada de dia é permittida não só nos casos em que se permite a entrada á noite, como ainda nos dos §§ 2 e 3 do art. 199.

O crime não consiste na entrada na casa somente, mas tambem em quaesquer de suas dependencias. O art. 35, § 1, refere-se aos pateos e dependencias da casa quando estiverem fechados. Nos arts. 196 e 198 não ha essa restricção, mas subentende-se. Por dependencias da casa deve se entendê o pateo, jardim, quintal, quaesquer outras construcções fóra da casa, mas dentro do terreno occupado pela mesma, porem fechado. O art. 35 § 1 dá o direito de repulsa não só ao morador, como ao que, á noite, estiver na casa, ainda que não seja o morador. O art. 196 só se refere ao morador e não art. 198, primeira modalidade, nem ha essa referencia, basta que a casa seja alheia. Combinando-se, porem, as disposições dos trez artigos, vê-se que foi intenção do legislador garantir a inviolabilidade do domicilio, quer

de dia, quer de noite, impedindo a entrada na casa alheia, quer esteja, ou não, presente o morador. No caso de ausencia deste, sem licença de quem estiver na casa, comtanto que este esteja na casa com consentimento d'aquelle. E' elemento essencial do crime a falta de licença do morador, a qual não se presume senão nos casos dos arts. 196 e 199.

O art. 196 apresenta duas figuras, a primeira consiste na entrada simples, a segunda é essa mesma entrada aggravada pela violencia contra a pessoa que morar ou estiver na casa, pelo uso de armas, ou quando a entrada fór praticada por duas ou mais pessoas que se tinham ajustado para aquelle fim. E' a figura do paragrapho unico. Ha no art. 198 trez modalidades : 1.ª a entrada de dia em casa alheia fóra dos casos permittidos nos arts. 197 e 199 e sem as formalidades legais do art. 200 ; 2.ª a introdução furtiva na casa alheia ; 3.ª a persistencia em ficar na casa alheia contra a vontade do morador. Não se acha expressa, como no art. 196, o elemento da falta de licença, mas pela natureza das modalidades do art. 198 vê-se que está implicito esse elemento constitutivo do crime.

Na *Rev. de Jurisp.*, Nov. 1898, p. 347, encontrá-se a seguinte sentença do sr. dr. Lima Drummond, confirmada em gráo de recurso pelo Cons. do Trib. Civ. e Crim. : Vistos estes autos. D. Ermelinda Louzada Taylor, apresentou queixa contra o coronel José de Miranda Ferreira Campello, allegando que no exercicio do cargo de delegado de policia, o querellado commetteo a violencia de entrar, acompanhado de diversas pessoas, ás 9 horas mais ou menos da noite, de 15 de Setembro de 1897, sem licença da querellante, na casa de sua residencia no largo da Lapa n. 90, onde o querellado, auxiliado pelas pessoas que o acompanhavam, arrombou a cancella da escada que communicava com a rua procedendo em seguida, a pretexto de ser a residencia da querellante uma casa de tavolagem, a rigorosa busca, durante a qual abriu malas e armarios e arrombou portas internas. Por isso, requereu a querellante se instaurasse contra o querellado o respectivo processo de responsabilidade como incurso nos arts. 231 e 196 paragrapho unico do Codigo Penal. A queixa foi instruida com o auto de exame e corpo de delicto de fl. 10, com o documento de fl. 13, que é o recibo passado á querellante do aluguel de um mez do sobrado do predio n. 99 da rua do Passeio vencido em 31 de Agosto de 1897. Feita a affirmação legal e ouvido o Ministerio Publico, recebi a queixa e ordenei se intimasse o querellado para responder no prazo de 15 dias, enviando-se-lhe copia da mesma queixa, dos documentos que a instruirão e do rol das testemunhas. Na fórmula da lei, apresentou o querellado a sua defesa escripta, acompanhada dos documentos a fl. 23, fl. 24 e fl. 25, na qual allega ter sido effectuada a busca na casa da querellante, por ordem escripta do Dr. Chefe de Policia, baseada em uma informação official de que a casa da querellante é de tavolagem e, outro sim não haver elle praticado violencia alguma. Por isso disse o querellado parecer-lhe que nenhum crime havia commettido á vista do art. 203 do Cod. Pen. Das oito testemunhas arroladas na queixa forão inquiridas seis, em presença do querellado, que foi, afinal, interrogado, tendo sido préviamente qualificado. Dos depoimentos de duas testemunhas, que não forão encontradas, desistio a querellante. No triduo legal apresentou o querellado a sua defeza escripta insistindo em suas ultteriores allegações e acrescentando

ser defeituosa e incapaz a prova testemunhal produzida pela querellante. O ministerio publico, ouvido novamente no processo, limitou-se ao *fiat iusticia*. O que tudo devidamente examinado. A apreciação exacta do presente processo depende do intuito do querellado, quando praticou os actos, a que se refere a queixa. Algumas legislações penaes, como, por exemplo, a da França e a da Itália, definem como um delicto autonomo e distincto a violação do domicilio por um funcionario publico. No nosso Codigo, porem, essa figura delictuosa só se obtem, combinando-se o art. 231 com o art. 196, o que fez a querellante. As leis dos povos policiados concedem, assim, solemne protecção á inviolabilidade de domicilio do cidadão. Nos tempos medievos a violação do domicilio tinha a designação característica do *crimen fractæ pacis domesticæ*, os Codigos penaes tedescos adoptaram para designal-a a magnifica expressão : *Hausfriedensbruch*, que significa perturbação da tranquillidade domestica. Mas a vida collectiva tem exigencias inadaveis, que se traduzem no equilibrio racional dos direitos individuaes e dos direitos sociaes, e, por isso, as leis crearam excepções ao principio salutar da inviolabilidade do domicilio. Na economia do nosso Cod. Pen. integravam-se essas excepções, estabelecendo-se por exemplo no art. 203 do mesmo Cod. que as disposições sobre a entrada na casa do cidadão não se applicam ás casas de tavolagem e a outras semelhantes. Ora, o dr. Chefe de Policia soube, por officio a elle dirigido por um dos delegados (doc. fl. 24) que no predio n. 90 de largo da Lapa, funcionava uma *casa de tavolagem* e então ordenou ao querellado contra a mesma casa procedesse nos termos da lei. E' certo que dos depoimentos das testemunhas se desprehende não ter funcionado no referido predo essa *casa de tavolagem*; mas aos depoimentos das testemunhas se oppõe o documento de fl. 24, do qual consta que, das diligencias effectuadas pela autoridade policial, que o subscreveu, resultou o conhecimento daquelle facto. Como quer que seja, porém, o que é verdade, é que o querellado procedeu pela forma já descripta, cumprindo uma ordem do dr. Chefe de Policia, baseada em averiguações officiaes. Isto posto, é evidente que o procedimento do querellado acha-se legitimado pela lei. Chauveau e Hélie, insignes commentadores do Codigo Penal Francez, tratando do abuso da autoridade, ensinão que o funcionario accusado de violencias no exercicio de suas funcções, não é passivel de uma penalidade qualquer desde que se não demonstre, terem ellas sido commettidas sem motivo legitimo : esta circumstancia é substancial e, por consequente, necessaria para imprimir ás violencias o caracter de criminalidade. A jurisprudencia sanccionou esses principios scientificos, consoante noticiao Dalloz e Sirey. A justificação do funcionario, no dizer de Morin, citado por Chauveau e Hélie (*Théorie du Cod., Pen., vol. 1, § 1.923, nota 1, ed. belga*) depara-se em um motivo admittido pela lei como, por exemplo, *a pratica de um acto, que importa no cumprimento do seu dever*. Ora, o querellado cumpriu um dever, obedecendo a ordem legal do dr. Chefe de Policia; logo está legitimado o procedimento do querellado. Na Allemanha, Berner, referindo-se ao respectivo Codigo Penal, doutrina que esse delicto funcional presuppõe a intenção por parte do agente de praticar uma violencia *injusta*. Na Italia, ainda ha pouco tempo, Francisco Lombardi, no *Supplemento á Revista Penal* (vol. 4, fasc. 6; 1896), em um lucido estudo, a propósito do

mesmo crime, insistio em ponderações identicas ás dos criminalistas alludidos. Isto quer dizer que semelhante delicto funccional desaparece — provado motivo justo, legitimo, por parte do funcionario a quem se accusa. A prova do motivo legitimo identifica-se com a da inexistencia do dolo. E preciso accrescentar que as testemunhas apresentadas pela querellante e ella propria, quer na queixa de fl. 2, quer no auto de perguntas de fl. 44, asseverão ignorar qual o motivo do procedimento do querellado, mas, em seguida, observão que o mesmo querellado, durante a rigorosa busca procedida na casa da querellante, justificou-se sempre, dizendo que alli fôra, em consequencia da denuncia que tivera a policia de que alli funcionava uma *casa de taboagem* — o que coincide perfeitamente com a defesa neste processo, apresentada pelo querellado. Consta tambem da queixa e dos depoimentos das testemunhas que a querellante foi intimada pelo querellado para que abrisse a cancella da escada de sua casa, e que, não sendo obedecido, ordenou o querellado fosse arrombada a referida cancella, entrando então elle na casa, onde procedeu a rigorosa busca. Este procedimento do querellado tem por fundamento a disposição expressa do art. 22, § 8, Decr. n. 1.034 A de 1º de Setembro de 1892, combinado com o art. 24, § 1, do mesmo Decr. e tambem com o art. 200 do Cod. do Proc. Crim. Procedendo á busca nos termos da lei, a autoridade *tem direito de arrombar a porta que não fôr aberta á sua intimação e de entrar á força, e o mesmo praticará com qualquer porta interior, armario ou qualquer outra coisa onde se possa com fundamento suppôr escondido o que se procura*. Portanto, julgo improcedente a queixa de fl. 2, apresentada por D. Ermelinda Louzada Taylor contra o Coronel José de Miranda Ferreira Campello, delegado de policia. Pague a querellante as custas. Da presente decisão recorro para o Conselho do Tribunal, ao qual o escrivão remetterá immediatamente estes autos. Rio, 6 de Maio de 1898. O Juiz, *João da Costa Lima Drummond*. » O Conselho do Tribunal confirmou a sentença por seus juridicos fundamentos. Ha, porem, na sentença um ponto que merece reparo. E' perigosa e inconstitucional a doutrina que colloca fôra da lei as estalagens, hospedarias e ainda mesmo as casas de taboagem. Ninguem dirá que a estalagem, a hospedaria, a taverna, ou mesmo a casa de taboagem deixem de ser domicilio de quem nellas morar: A excepção que o Cod. faz em relação á inviolabilidade desses domicilios não pode ser considerada senão no sentido restricto da phrase final do art. 203: *emquanto estiverem abertas*.

O art. 203 deve ser interpretado de accordo com o disposto nos arts. 196, 198, 200, 201 e 202, isto é: nas estalagens, hospedarias, tavernas, casas de taboagem e outras semelhantes *emquanto estiverem abertas*, pode a autoridade entrar, de dia ou de noite, sem licença de quem nellas morar (art. 196, 198) e sem formalidades (arts. 200 e 202). E se estas casas estiverem fechadas, só é permittida a entrada, de noite ou de dia, nos termos precisos dos arts. 197, 190 e 200.

E' certo que a policia costuma considerar essas casas fora da lei e prefere fazer á noite as diligencias do assalto e do varejo. Mas os factos demonstram que a policia quando age fôra da lei torna-se instrumento de oppressão e de crimes que ficam impunes. A policia arbitrarria é um do piores flagellos

da sociedade. A sua acção preventiva e repressiva annulla-se completamente.

— Merece ser transcripto o seguinte Accordão do Supremo Tribunal Federal :

« N. 2.244 — Vistos e relatados estes autos de recurso de *habeas-corporis* preventivo, interposto pelo Dr. Pedro Tavares Junior, em favor de Manoel Fortunato de Araujo Costa : Dos mesmos consta que, tendo este recebido, pela segunda vez, intimação de um inspector sanitario para franquear a casa de sua residencia, sita á rua D. Eugenia n. 2, C. desta Capital, afim de nella proceder-se á desinfeccão por motivo da febre amarella, occorrida em predio contiguo, e por parecer illegal essa intimação, della podendo resultar injusta coacção, impetrou o recorrente uma ordem de *habeas-corporis* preventivo ao Juiz seccional da 2.ª Vara do Districto Federal, sob fundamento de que, garantida, como é pela Constituição da Republica, a inviolabilidade de domicilio do cidadão, sendo apenas permitida a entrada em casa, mesmo de dia, sem consentimento do morador, unicamente nos casos e pela fórma prescripta na lei, a imminencia da entrada forçada em casa do paciente para as operações do expurgo sanitario, autorizado pelo regulamento anexo ao decreto n. 5.156, de 8 de Março de 1904, sem prévia disposição legislativa regulando o caso, constituia ameaça de constrangimento illegal, susceptivel do remedio de *habeas-corporis* preventivo, consagrado no art. 72, § 22 da citada Constituição; que pelo dito Juiz foi denegada a ordem requerida, attenta a intelligencia dada por este Tribunal ao preceito constitucional relativo a *habeas-corporis*, só admittindo este como medida protectora da liberdade corporea do cidadão, pelo que, não occorrendo no caso dos autos prisão e nem ameaça della, era descabida a providencia solicitada; que de tal decisão interpoz-se o presente recurso, na fórma e dentro do prazo da lei.

Isto posto, e :

Considerando que, mesmo sem contrariar a doutrina firmada por diversos arestos deste Tribunal, de que o *habeas-corporis* apenas visa garantir a liberdade physica do cidadão, era admissivel o pedido do recorrente desde que a intimação expedida pelo inspector sanitario e recebida pelo paciente podia dar ensejo a uma coacção physica, sendo, como é, facultado áquella autoridade, em caso de resistencia, requisitar o auxilio da policia para que a operação sanitaria do expurgo seja levada a effeito immediatamente, conforme o expresso no art. 172 do citado regulamento n. 5.156;

Considerando, porém, que a entrada forçada em casa de cidadão para o serviço de desinfeccão, sendo apenas autorizada por uma disposição regulamentar, importa flagrante violação do art. 72 § 11 da Constituição Federal, o qual commetteu á lei o encargo de prescrever em que casos é permitida, de dia, a entrada em casa particular sem consentimento do respectivo morador.

Considerando tambem que não colhe o argumento de que o regulamento de que trata foi expedido em virtude da autorização conferida pela lei n. 1.151, de 5 Janeiro de 1904, a qual encarregou o Poder Executivo de organizar o respectivo serviço sanitario, visto como, restringida a questão á especie vertente nos autos, sendo funcção exclusivamente legislativa regular a entrada forçada em casa de cidadão nos expressos termos do mencionado parographo do art. 72, não podia o Congresso Nacional subdelegar essa attribuição as

Governo, sem offender a mesma Constituição Federal, que traçou a esphera de cada poder politico;

Considerando, pois, que sendo inconstitucional a disposição regulamentar que faculta á autoridade sanitaria penetrar, até com o auxilio da força publica, em casa particular, para levar a effeito operações de expurgo, a coacção que de tal acto possa provir é manifestamente injusta, e, portanto, a imminencia della importa ameaça de constrangimento illegal que legitima a concessão do *habeas-corporis preventivo*.

Accordão dar provimento ao *recurso* para, concedendo o *habeas-corporis preventivo*, mandar que cesse incontinenti a ameaça de constrangimento illegal a que se refere o recorrente, resultante da imminencia da entrada da autoridade sanitaria em casa do paciente sem consentimento deste, não havendo lei alguma que autorize tal entrada; *custas ex-causa*.

Supremo Tribunal Federal, 31 de Janeiro de 1905. — *Aquino e Castro*, p. — *Manoel Murтинho*. — *João Pedro*. — *Ribeiro de Almeida*. — *Mavedo Soares*. — *André Cavalcanti*, votei sómente em especie. — *Piza e Almeida*, vencido. — *Pindahiba de Mattos*, concedi a ordem de *habeas-corporis preventivo* sómente para que não fosse preso o paciente, por não me parecer justificavel a ameaça de prisão, de que se queixou. Não considerei, nem considero inconstitucionaes a lei e o regulamento a que se referem os considerandos do accordão, que nesse ponto não aceitei. — *H. do Espirito Santo*, vencido. — *Alberto Torres*.

Foi voto vencedor o do Sr. Ministro Pedro Antonio de Oliveira. Ribeiro. »

Art. 201. Si o official publico, encarregado da diligencia, executal-a sem observar as formalidades prescriptas, desrespeitando o recato e o decóro da familia, ou faltando á devida attenção aos moradores da casa :

Penas — de prisão cellullar por um a dous mezes e multa de 50\$ a 100\$008 (305).

(305) Prescripção — 1 anno. Aatoria : maximo 2 mezes de prisão e multa de 100\$, medio 1 mez e 15 dias, 75\$, minimo; prepond. aggr. — 1 mez 22 dias e 12 horas, 87\$500, prepond. att. — 1 mez 7 dias e 12 horas, 62\$500. A prisão é cellullar. Na forma do art. 409 : maximo 2 mezes e 10 dias, medio 1 mez 22 dias e 12 horas, minimo 1 mez e 5 dias; prepond. aggr. — 2 mezes 1 dia e 6 horas, prepond. att. — 1 mez 13 dias e 18 horas. A multa é a mesma e a prisão é simples. Tentativa ou cumplicidade : maximo 1 mez e 10 dias, 66\$667, medio 1 mez 50\$, minimo, 20 dias, 33\$333; prepond. aggr. — 1 mez e 5 dias, 58\$333, prepond. att. — 25 dias, 41\$667. A prisão é cellullar. Na forma do art. 409 : maximo 1 mez 16 dias e 16 horas, medio 1 mez e 5 dias; minimo 23 dias e 8 horas; prepond. aggr. — 1 mez 10 dias e 20 horas, prepond. att. — 29 dias e 4 horas. A multa é a mesma e a prisão é simples. Livra-se solto.

Art. 202. Da diligencia se lavrará auto assignado pelos encarregados da mesma e pelas testemunhas (306).

(306) A figura do art. 201 não é a da violação propriamente dita de domicílio, mas a da execução de ordem superior deixando, porém, o executor de observar as formalidades prescriptas no art. 200, desrespeitando ou faltando com a devida consideração aos moradores da casa. Estas trez modalidades do crime importam — a primeira, na illegalidade da diligencia; a segunda, no desrespeito ao recato ou decôro da familia; a terceira, na falta de attenção devida ao morador. As trez podem-se manifestar conjuntamente; as duas ultimas podem existir ainda que a diligencia seja legal com preenchimento das formalidades prescriptas. As formalidades legaes são unicamente as declaradas no art. 200. O respeito devido ao recato e decôro de uma familia é antes um dever de toda a autoridade, e não uma formalidade. A lei exige as formalidades justamente para impedir o arbitrio das autoridades, o abuso ou excesso de poder. Cumpre, porém, notar que a exigencia das formalidades só se refere aos casos mencionados no art. 199, § 2. No casos dos art. 197 e nos do art. 199 §§ 1 e 3, a natureza urgente dos factos não permite a execução de diligencia com as formalidades alludidas, attenta a necessidade da providencia rapida immediata.

O art. 202 trata da diligencia que nos termos do art. 200, § 2, deve ser executada pelo escrivão ou official de justiça acompanhado de duas testemunhas. O auto torna-se necessario, porque é por meio d'elle que se prova que a diligencia se fez com as formalidades legaes. Deve ser lavrado pelo escrivão, ou pelo official e assignado pelas duas testemunhas, que assistiram á diligencia.

Art. 203. As disposições sobre a entrada na casa do cidadão não se applicam ás estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavalagem, e outras semelhantes, emquanto estiverem abertas (307).

(307) *Vide nota 292, in fine.*

CAPITULO VI

Dos crimes contra a liberdade de trabalho (308).

(308) Aos Estados compete regular o processo destes crimes.

Art. 204. Constranger, ou impedir alguém de exercer a sua industria, commercio ou officio; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e officinas de trabalho ou negocio; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes (309).

(309) O preceito constitucional, art. 72, § 24 : « É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e *industrial* » torna-se effectivo nas disposições do Código que definem os crimes contra a liberdade de trabalho. O livre exercício de qualquer industria, commercio ou officio, é, como diz o dr. João Barbalho, um direito inherente a cada individuo de, segundo a sua propria determinação, applicar e desenvolver suas faculdades naturaes e adquiridas, na pratica de alguém mister, officio, trabalho de qualquer genero, á sua escolha e independentemente de licença da autoridade, sendo apenas permittida a acção desta quanto ao que accaso prejudique ao bem geral e ao direito de terceiros. O art. 204, cuja fonte é o art. 165 do Código italiano, prevê diversas especies distinctas, tendo todas como elemento constitutivo a violencia manifestada no *constrangimento* ou no facto de ser alguém *impedido* de exercitar a sua liberdade de trabalho. O Cod. italiano refere-se em geral expressamente á *violencia ou ameaça* empregadas por aquelle que restringir ou impedir, de qualquer modo, a liberdade de industria e de commercio. O nosso Código foi mais restricto, preferindo especificar as figuras do crime. Tanto o *constrangimento* como o *impedimento* podem ser occasionados pela ameaça ou pela violencia material : a differença das modalidades, consiste nos effectos da acção delictuosa. Se a liberdade do paciente é coagida de modo que elle fica impossibilitado de exercer sua industria, seu commercio, de abrir ou fechar seu estabelecimento, de trabalhar em certos e determinados dias, ha a figura do *impedimento*. Se esta impossibilidade não se verifica, mas a liberdade do paciente é perturbada de modo que elle não pode, como de costume, exercer tranquillamente, com segurança, sua industria, seu commercio ou officio, ha o *constrangimento*. Em qualquer dos casos o crime consumma-se desde que é atingido o escopo que o agente pretendia.

— Para o calculo da penalidade, vide nota ao art. 119.

Art. 205. Seduzir, ou alliciar, operarios e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa ou ameaça de algum mal :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 200\$ a 500\$000 (310).

(310) Este art. foi substituido pelo seguinte : Desviar operarios ou trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas : Penas de prisão cellular por um a tres mezes e de multa de 200\$ a 500\$000. (Dec. n. 1162 de 12 de Novembro de 1890, art. 1, n. 1, no *Appendice*). A penalidade é a do art. 119 e a de multa a do art. 160, § 1.

Art. 206. Causar, ou provocar, cessação de trabalho, para impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario :

Pena — de prisão celllular por um a trez mezes (311).

(311) Este art. foi substituido pelo seguinte : Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violencias, para impôr aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de salario ou serviço - **Penas** — de prisão celllular por dois a seis mezes e de multa de 200\$ a 500\$000. (Dec. cit. n. 1162 de 1890, art. 2.) A penalidade da prisão é a do art. 96 e a de multa a do art. 160, § 1.

§ 1. Si para esse fim se colligarem os interessados :

Pena — aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão celllular por dous a seis mezes (312).

§ 2. Si usarem de violencia :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrerem pela violencia (313).

(312 e 313) Derogados pelo cit. dec. n. 1162 de 1890.

Nas suas *Notas historicas* sobre o Cod. Pen. de 1890, escreveu o dr. Baptista Pereira o seguinte, na *Rev. de Jurisp.*, Março, 1899, ps. 248 e segs. « Dois mezes depois de publicado o Codigo, o qual devia entrar em execução em todo o territorio da Republica dentro de seis, contados da publicação na Capital Federal, o Chefe do governo Provisorio, expedio sob n. 1162, em data de 12 de Dezembro de 1890, um decreto redigindo de modo diversos arts. 205 e 209 do Codigo Penal afim de evitar, como se declarou no preambulo, do mesmo decreto, duvidas e interpretação erroneas, que poderiam occorrer na execução, compromettendo a clareza indispensavel nas leis penaes. Por mal comprehendidas as disposições dos citados artigos levantaram suspeitas na classe operaria, a qual pelo órgão do centro do partido, armou uma cruzada na imprensa e representou ao governo contra os *dizeres sophisticos* do novo Codigo, que escondia sob uma fórmula seductora *tyrannicos intentos*. Não podia ser mais incorrecta e exagerada a apreciação das suas disposições, que, inspiradas embora no sentimento de protecção ao trabalho, foram pelo espirito partidario desvirtuadas dos seus generosos intentos, chegando a intolerancia dos adversarios a vêr nessas disposições até mesmo a condemnação do direito de reunião e de associação! O decreto n. 1162 fez cessar o clamor, muito embora a solução não contentasse os mais exigentes, que pugnavam pela completa abrogação dos referidos artigos, que haviam incorrido na animadversão dos directores da classe operaria, e foram alvo de rudes ataques. O decreto não explicou só, modificou em parte as disposições increpadas. O fito da lei nova era proteger o trabalho e assegurar a sinceridade e a liberdade dos contractos. O assumpto, de natureza delicada, pela primeira vez fazia entrada na legislação; era natural, portanto, que encontrasse resistencia da parte de certa escola que prêga como dogma que a verdadeira liberdade consiste em cada um fazer o que quizer, e por isso ataca como uma ameaça, ou perigo, toda a restricção razoavel ao uso dessa liberdade. Não se propoz, seguramente, o legislador

criminal a regular as relações entre o capital e o trabalho, problema arduo e penoso que tem sido o tormento dos governos, em todos os tempos, e que ainda hoje, como a esphinge pavorosa, ameaça derruir a sociedade, se não souberem, ou não poderem resolvê-lo. O intuito da lei, mais modesto, mas não menos útil, foi prevenir as coalisões, assegurando a cada um o livre exercício de sua actividade até onde começa a lezão do direito alheio; não pretendeu erigir em delicto a evolução industrial, por damnosa que seja ao equilibrio e ao desenvolvimento das forças economicas do paiz, e sim garantir a situação reciproca do patrão e do obreiro. Em todas as questões que se apresentam em legislação, diz Wolowoski, principalmente nestas questões difficeis, tão espinhosas e tão novas ainda, em que o direito se encontra com a economia politica, ha dois principios a que se deve prestar séria attenção — o interesse da liberdade individual e o interesse social que ninguém deve desconhecer. O interesse individual é, sem duvida, limitado pelo social, mas não deve ser por este absorvido, cumprindo haver entre ambos um ponto de intercessão que dê satisfação legitima ás exigencias de cada um. Foi a este criterio que obedeceu o novo Codigo; o legislador não inventou o crime; aceitando os factos buscou regular por medidas brandas e discretas o direito e a liberdade do trabalho e no exercicio de sua função preventiva attendeu á necessidade de submeter a uma sancção actos que pudessem perturbar o regimen legal. A idéa capital era prevenir as coalisões. As nações civilisadas as reprimem, e seria ingenuidade acreditar que sobre ellas não tem actuado o sentimento da liberdade, e que suas leis são producto da tyrannia e do despotismo.

Em materia de coalisões se conhecem trez escolas, as quaes, partindo de pontos differentes, chegam a resultados diversos: 1^o a que, tolerando as coalisões, as reputa acto licito; 2^o a que as reprime somente quando acompanhadas de circumstancias accessorias, como as intimidações, violencias e ameaças; 3^o a que as reprime sempre, ainda que se apresentem sem o cortejo dos meios materiaes. A primeira escola é a ingleza; em 1825 um *bill* do parlamento aboliu o *delicto de combinação*; as coalisões se organizaram sob o nome de *trade union*. Lord Cranworth explicou a tolerancia da lei pelo imperio irrecusavel dos factos; o legislador, disse elle, prudentemente autorisa as coalisões, porque não é politico prohibir aquillo que, permittido ou não, não pode deixar de existir. Por este criterio se deveria deixar impune o crime, visto que o freio da lei nem sempre consegue comprimir a actividade delictuosa. Para que punir o crime, se necessariamente ha de produzir-se? A segunda escola filiam-se algumas legislações, como as da Italia e da Allemanha; á terceira as da Belgica e de Portugal. Na França tem prevalecido os principios das duas ultimas. O Cod. de 1832 adoptou o segundo typo; em 1849 prevaleceu o ultimo, mas em 1864 se tornou ao primitivo regimen. Qual destas theorias é a verdadeira? Só a palavra — coalisção — implica um facto reprehensivel; a coalisção não deixa a liberdade moral aos obreiros que quizerem continuar nas officinas. A coalisção constitue por sua natureza uma ameaça implicita. A liberdade das coalisões tem como resultados dividir os patrões e obreiros em dois grandes exercitos que trazem a espada na mão. São de Léon Foucher estes conceitos. Waneuil, relator da commissão da Constituinte franceza que orga-

nison o projecto convertido na lei de 27 de Novembro de 1849, exprimio-se em relação ao assumpto nestes termos : No estado normal e regular da industria e do commercio dois elementos determinam o preço de todas as cousas, comprehendido o trabalho; estes dois elementos são em primeiro logar a proporção entre a offerta e a procura e em 2º logar a concorrência de um lado entre os que offertam e do outro entre os que procuram. Quando estes elementos de fixação do preço operam sem entraves, a industria, o trabalho e o commercio são livres, e os preços se estabelecem de uma maneira verdadeira e leal. No caso contrario, a liberdade de industria, de commercio e de trabalho é alterada, e os preços tornam-se ficticios. Ora, as coalisões tem por effeito manifesto destruir ou modificar a relação da concorrência e da proporção entre a offerta e a procura; são contrarias á liberdade de commercio, de industria e de trabalho, e portanto contrarias á Constituição que garante estas liberdades. O Codigo de 1890 seguiu a vereda do legislador constituinte da França em 1848. A coalisão, embora desacompanhada de meios materiaes, não perde jámais o seu character delictuoso; para isso conspiram razões de ordem economica e de ordem politica. Na faculdade que cada um tem de empregar a sua actividade, como bem lhe aprouver, e de contratar os seus serviços, consiste a verdadeira liberdade do trabalho; todos tem o direito de procurar o seu trabalho onde o encontrem mais lucrativo e de ajustar a locação dos seus serviços. O direito individual exercido isoladamente não tem consequencia; quando operarios e patrões agem individualmente, o preço do trabalho segue o seu curso normal. Se estes, por má comprehensão dos seus interesses, deixam de retribuir o trabalho por preço convidativo, soffrem as consequencias, os operarios desertam das fabricas e das officinas; si aquelles, mal orientados tambem, se tornam exigentes, os patrões os despedem. N'estas condições, tudo é normal e nenhuma perturbação se manifesta nas relações do trabalho e da industria; quando, porem, a coalisão se estabelece para impôr, para fixar o preço, a liberdade é ameaçada, ha abuso do direito. A suspensão subita do trabalho tem consequencias que affectam muitas relações; produz uma perturbação na vida economica pela paralygação dos serviços; o individuo soffre e com elle a sociedade. A prohibição da coalisão, qualquer que seja a causa de sua manifestação, ataca o mal na sua origem e previne os seus effeitos perniciosos. Ou o operario contracta os seus serviços a prazo, ou não : no primeiro caso é obrigado a preencher o tempo ajustado; no segundo não o póde abandonar de subito, sem prevenir com antecedencia aquelle que o contractou para fazel-o substituir, do mesmo modo que ao patrão não pode ser licito despedil-o sem justa causa e previo aviso. Este é o principio geral de direito, que está consagrado na legislação commercial, em relação aos prepostos do commercio, e seus preponentes (art. 81 do Cod. Comm.) e não ha razão plausivel para não estender-se sua applicação aos contractos de locação de serviços pessoaes. O operario, o artista, o official mechanico nunca pode ser constrangido a servir, mas não é justo reconhecêr-lhe o direito de abandonar o patrão, quando bem lhe aprouver, para forçal-o a maiores concessões. Se a retirada voluntaria e subita de um operario em dadas circumstancias, pode não embaraçar o andamento da officina onde trabalha, a retirada em massa caracteriza uma violencia, uma coacção moral, embora desacompanhada de

meios materiaes, e produz a perturbação sinão a desorganização dos serviços tanto mais séria, quanto menos esperada. Segundo a nova redacção dada ao artigo, o crime não se manifesta pela deserção da officina, pelo abandono do trabalho e pela desordem que resulta desse abandono; consiste, sim, em fazer cessar ou suspender o trabalho por meio de violencias e ameaças, o que significa que, na theoria legal, a *grève pacifica* não é crime. »

Tanto no art. 202, como no art. 206, a figura do crime é a da *grève* por meio de constrangimento moral ou material da liberdade dos patrões ou dos operarios. No art. 205 ha uma terceira modalidade, *manobras fraudulentas*, que escapou ao art. 206. A forma da *grève* do art. 205 é o *desvio* dos operarios, que pode ser provocado pelos proprios operarios, ou por pessoa extranha ao estabelecimento. O desvio pela força ou pela ameaça tem por fim impedir o trabalho dos operarios, causando damno material ao estabelecimento em consequencia da cessação do trabalho. Entre as manobras fraudulentas pode-se incluir a sedução e o alliciamento, o engano, qualquer artificio, emfim, que, illudindo a boa fé do operario, explorando as paixões ruins, ou propagando idéas subversivas, contribuam para o resultado da cessação do trabalho no estabelecimento.

A figura do art. 106 é a da *grève violenta* com intuito determinado de impôr aos operarios ou aos patrões augmento ou diminuição de salario ou serviço, sendo a cessação do trabalho utilizada como *meio* de conseguirem o resultado almejado.

De accordo com o dr. Baptista Pereira, opinamos pela impunidade da *grève pacifica*, em face das disposições dos arts. 205 e 206.

TITULO V

DOS CRIMES CONTRA A BOA ORDEM E ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

CAPITULO UNICO

Das malversações, abusos e omissões dos funcionarios publicos (314).

(314) Compete o processo á justiça federal, se os funcionarios torem federaes e bem assim se o objecto do crime fór cousa pertencente á fazenda ou propriedade nacional. (Lei 221 de 1894, arts. 20 ns. IV e V). Fóra destes casos, compete aos Estados regular o processo.

SECÇÃO I

Prevaricação.

Art. 207. Commetterá crime de prevaricação o empregado publico que, por afeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu (315) :

(315) Entre os crimes contra a boa ordem e administração publica, o Cod. distingue as malversações, abusos e omissões dos funcionarios que comprehendem a prevaricação, a falta de exacção no cumprimento do dever, a peita ou suborno, a concussão, o peculato, o excesso ou abuso de autoridade, a usurpação de funcções publicas, a irregularidade de comportamento. Estes crimes são funcçionaes, assim qualificados porque o delinquente se acha investido de uma funcção publica, ou de um officio, do qual se prevalece, ou em cujo exercicio encontra facilidade para commetter o crime. O funcionario sendo o depositario do poder publico, por isso mesmo tem a sua norma de conducta restricta aos termos da lei, que é a fonte da legitimidade do poder. Só ao *poder legitimo* deve o cidadão obediencia, e só elle pode regular as relações de direito publico e privado. O funcionario tem maior somma de responsabilidades, de deveres e obrigações a cumprir do que o simples cidadão. O funcionario quando executa a lei, pode-se dizer, é a lei viva em acção. Elle não pode ter outro sentimento, sinão o do dever, cumprindo e fazendo cumprir os preceitos legaes. A prevaricação pode se definir, de modo geral — a falta do cumprimento do dever funccional, tendo por movel a improbidade. Os elementos da prevaricação são subjectivos quando o movel do crime é o odio, a contemplação ou a afeição; são objectivos quando o prevaricador procura interesse seu ou de terceiro. O odio e a afeição são sentimentos oppostos. O odio perverte o coração, insensibiliza a alma; deseja-se mal a quem se odeia. A afeição produz effeito contrario : gera a *sympathia*, a dedicação, a benevolencia, a parcialidade. A contemplação é condescendencia, acto de condescender, conformando-se com a vontade alheia. O interesse pode-se definir — o que importa á pessoa de qualquer modo que seja. Pode ter por objecto um lucro ou ganho material, uma vantagem moral, uma ambição, uma vaidade. O interesse é o movel das acções humanas, diz antigo proverbio, mas o interesse na accepção lata. O interesse pode ser ainda licito quando é legal e illicito quando contrario á lei e ao direito. Como elemento da prevaricação o interesse pode ser material ou moral, porem é sempre illicito. A prevaricação distingue-se ainda por suas modalidades : apresenta-se como crime de acção, quando o acto praticado ataca as disposições legaes; de omissão, quando deixa de cumpril-as.

1º Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei (316).

(316) A lei é um preceito de direito, que deve ter applicação fiel ao pensa-

mento do legislador. *Bona est lex, si quis ea legitime utatur*. Em relação aos factos sujeitos ao seu dominio ella deve ser clara e precisa. N'este caso não está sujeita a interrupção, que é a exposição do verdadeiro sentido de uma *lei obscura por defeitos de sua redacção*, ou duvidosa com relação aos factos occurrentes, ou silenciosa : *Interpretatio cessat ni claris*. Quando *verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio*. Se a lei precisa de interpretação, esta é, em sua origem, *authentica*, se emana do legislador, ou *doutrinal*, se emana dos juizes, ou dos administradores, como inherente á applicação e execução positiva das leis, ou dos juriconsultos como simplesmente consultiva ou instructiva. A *authentica* é estatuida por meio de disposição geral, que pode modificar a lei, sem que perca por isto o character de interpretação; a *doutrinal* é restricta ao caso submettido a exame, no qual o interprete, sujeito a regras positivas, limita-se a expôr o pensamento da lei tal qual nella se contem; a *authentica* é obrigatoria como são todas as leis; a *doutrinal*, porem, só tem a força e importancia que merecerem seus motivos e razões fundamentaes. Nas leis, como preceitos da razão eminentemente social, devemos achar tres cousas : 1º *palavras*, 2º *pensamentos* e 3º *exacta conformidade destes pensamentos com a razão natural, justiça, ordem e bem geral*, inseparaveis de todas as associações humanas. Os elementos de interpretação, por conseguinte, devem ser tres : *grammatical, logico e scientifico*. O primeiro diz respeito á forma exterior da lei, *sua letra*; o segundo e o terceiro dizem respeito á sua força intima, *seu espirito*. Pode qualquer destes elementos exercer tal preponderancia ou tomar tamanha parte no acto da interpretação, que seja desnecessario fazer menção dos demais. Assim, umas vezes são as palavras que, com suas significações proprias, determinam o sentido da lei (interpretação geralmente conhecida por *grámmatical*) outras vezes o pensamento em sua verdade é que determina o sentido rectificando as palavras (interpretação *logica*); mas em qualquer dos dois methods, que, segundo as circumstancias fór empregado, os tres elementos estarão presentes como necessarios para dar ao interprete plena consciencia da lei. Paula Baptista, *Hermeneutica Juridica*, §§ 3, 4, 5, 8, 13. Quer se trate de lei clara que dispensa interpretação, quer seja necessaria a interpretação, *probidade, illustração e criterio de intelligencia*, taes são as habilitações, que, como diz Paula Baptista, *Obr. cit.*, § 7, devem acompanhar o interprete no uso e applicação das regras de interpretação, quaesquer que ellas sejam. Em consequencia, deve o interprete abster-se do sentido defeituoso e anormal, e tal se diz em geral : 1º o que attribue á lei algum absurdo que fere a razão natural (*Interpretatio illa sumenda quæ absurdum evitetur*); 2º o que enerva o sentido da lei a ponto de ficar illusoria (*Interpretatio in dubio capienda semper, ut actos et dispositio potius valeat, quam pereat*) sendo que é tão defectivo o sentido, que a deixa ficar sem effeito, como o que não fal-a produzir effeito, senão em hypotheses tão gratuitas, que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para prevenil-as; 3º o que attribue-lhe superfluidades (*Interpretatio in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sin, superflua et sine virtute operandi* : No texto da lei se deve entender não haver phrase nem mesmo *palacra superflua*, regra consagrada no Assento de 22 de Outubro de 1778), ou fal-a contradictoria e destructiva de si mesma

(A *contradição e incompatibilidade na lei não e cousa admissivel.* Lei de 6 de Agosto de 1770, § 11 e Lei de 15 de Dezembro de 1774).

A primeira qualidade do interprete é a probidade, porque é esse sentimento que dá a nota da sinceridade, no empenho e esforço em procurar o sentido da lei segundo os dictames da justiça e da recta razão : a improbidade tem por consocias naturaes a má fé e a depravação, capazes de corromperem com sophismas o sentido e a applicação das melhores leis. Paula Baptista, *Obr. cit.*, §§ 12 e 7.

No *juulgamento* ou *procedimento* contrario á litteral disposição da lei ha improbidade, que constitue o dolo especifico, quando o acto do funcionario tem por movel qualquer dos elementos essenciaes da prevaricação. Mas si se trata somente de interpretação erronea da lei sem suspeita de má fé, e sem prejuizo de terceiro, não ha crime. *Vide* o desenvolvimento desta these em A. J. Macedo Soares, *Estudos Forenses* (1887), p. 332. Assim tambem parece entender Autran, *Cod. Pen.*, nota 247 a. E quanto ao art. 207, recommenda este annotador : « Não basta para provar os factos, de que tratão os paragraphos deste artigo : é preciso provar tambem que o accusado foi levado por algum dos moveis nelle mencionados, o que é indispensavel em face da jurisprudencia firmada pelos nossos tribunaes. » Acc. Supr. Trib. Fed. 1.º de Julho de 1896, corrobora a doutrina supra. E' absolvido o juiz que deixa de cumprir a lei sem intenção criminosa. Acc. Supr. Trib. Fed. 19 de Dezembro de 1896. O simples erro de apreciação da parte do juiz, commctido em boa fé, e sem prejuizo publico, ou particular, não constitue crime de responsabilidade. *Vide* no *Direito*, Fev., 1892, p. 330.

A expressão — *litteral* disposição de lei — comprehendende não só a lei *clara* que dispensa interpretação, como tambem a *disposição* que precisa ser interpretada.

2º Aconselhar qualquer parte em litigio pendente de sua decisão ;

3º Deixar de prender e formar processo aos delinquentes nos casos determinados em lei, e de dar-lhes a nota constitucional de culpa no prazo de 24 horas ;

4º Recusar, ou demorar, a administração da justiça, ou as providencias do officio requisitadas por autoridade competente, ou determinadas por lei ;

5º Exceder os prazos estabelecidos em lei para o relatorio e revisão do feito para proferir sentença definitiva ou despacho (317).

(317) Os casos supra referem-se ás autoridades judicarias e administrativas, obrigadas, no exercicio de suas funcções, a cumprirem os preceitos legais. Nos ns. 3, 4, 5, a figura é a da falta do cumprimento do dever imposto pela lei. No n. 2, ha a improbidade, em que pelo menos entra o elemento da contemplação para definir a prevaricação. O conselho dado a qualquer dos

litigantes pelo juiz que tem de decidir o pleito, torna-o suspeito de parcialidade com sacrificio da justiça. Vide nota ao art. 212, que refere-se ao n. 4. (demora).

6° Dissimular, ou tolerar, os crimes e defeitos officiaes dos seus subalternos e subordinados, deixando de proceder contra elles, ou de informar á autoridade superior respectiva, quando lhe falte competencia para tornar effectiva a responsabilidade em que houverem incorrido (318).

(318) Vide nota ao art. 208. A figura deste crime apresenta duas modalidades — a da *dissimulação* e a da *tolerancia* dos crimes ou defeitos officiaes dos subordinados, etc. *Dissimular* e *tolerar* exprimem idéas differentes. O funcionario dissimula os crimes e defeitos do seus subalternos, occultando-os para não serem divulgados, fingindo que não os vê, conhece, ou observa, usando de artificios para encobri-los. *Tolerar* significa *permitter* tacitamente, *consentir* que se pratique acto contrario á lei, *deixar* de punir o mesmo acto ou de communicar-o a quem de direito. São elementos essenciaes do crime que o funcionario esteja no exercicio de suas funcções e seja superior hierarchico com jurisdicção sobre o culpado. O paragrapho falla ainda em *defeitos officiaes*. Parece que o legislador, nessa expressão, refere-se aos defeitos *funcionaes*, isto é, ao serviço mal feito, excluindo os actos da vida particular do funcionario, menos os de irregularidade de comportamento (art. 238).

7° Prover em emprego publico, ou propor para elle, pessoa que notoriamente não reunir as qualidades legaes (319).

(319) A dignidade da funcção publica depende da pessoa que vae exercer o cargo. Além das qualidades moraes essenciaes ao funcionario — a probidade, a aptidão, a condição social — ha outras exigencias legaes, v. g. a idade, a habilitação em concurso, a classificação, a precedencia na ordem de antiguidade, etc., as quaes não devem ser preteridas, quando a lei assim determinar. A nomeação ou proposta para nomeação de pessoa que não esteja em condições de ser nomeada para o cargo, na forma da lei, constitue a figura deste paragrapho.

8° Julgar causas em que a lei o declare suspeito como juiz de direito, de facto, ou arbitro, ou em que as partes o hajam legitimamente recusado ou suspetado (320).

(320) Refere-se este paragrapho a todo aquelle que tiver de decidir um pleito judiciario ou administrativo sujeito ao seu julgamento. Na expressão — *juiz de direito* — comprehende-se o *juiz togado*, qualquer que seja a sua

denominação nas diversas organizações judiciarias, federal e estadoaes : ministro do Supremo Tribunal Federal, juizes seccional, do Tribunal civil e criminal, dos feitos da fazenda municipal, pretor; desembargador da Corte de Appellação, dos Tribunaes da justiça e da relação, juizes de direito, municipaes, substitutos, de paz. Na expressão — *juizes de facto* — comprehende-se os jurados acceitos para formarem o conselho do tribunal do jury e os vogaes do tribunal ou junta correccional. Juizes arbitros são as pessoas escolhidas pelas partes para decidirem como juizes uma questão que ellas não querem sujeitar á autoridade judiciaria, ou que, em virtude de contracto, não podem sujeital-a aos tribunaes. Podem ser nomeados arbitros todos aquelles que são habeis para ser juizes e não tem inibição por lei civil, taes como o menor de 21 annos, o surdo-mudo, o que estiver soffrendo das faculdades mentaes e todos os que tem impedimento legal. Vide Ramalho, *Praxe Brasileiro*, §§ 24 e 30. O processo do juizo arbitral consta do Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 411 e segs. Quando as partes tem fundadas razões de duvidar da imparcialidade do juiz, pode recusal-o, averbando-o de suspeito; porem a lei não deixou as causas de suspeição nem ás susceptibilidades do juiz, nem ao capricho das partes (Ramalho, *Obr. cit.*, § 238). O Regul. n. 737 de 1850 determina que a suspeição só é legitima sendo fundada nos seguintes motivos : Inimizade capital; amizade intima; parentesco por consanguinidade ou afinidade até ao segundo gráu, contado segundo o direito canonico; particular interesse na decisão da causa. O processo da suspeição e os motivos podem variar, conforme a lei processual dos Estados e bem assim os motivos de suspeição. Na justiça federal os motivos são os mesmos do Regul. 737 cit., exceptuado o parentesco por consanguinidade ou afinidade que se conta até o segundo gráu por *direito civil* (Dec. n. 848 de 11 de Out. 1890, art. 133). O processo está estabelecido nos arts. 111 a 118 do Regimento do Supremo Tribunal Federal, quando a suspeição attingir ao ministro. A suspeição do juiz seccional regula-se pelo dec. n. 848 de 1890, art. 433 e segs. Na capital federal os juizes do tribunal civil e criminal, quando não se reconhecerem suspeitos, poderão ser recusados nos casos unicos dos §§ do art. 135 do dec. n. 5,618 de 1874 (dec. n. 1030, art. 89), segundo declara o Regimento daquelle tribunal: art. 96, seguindo-se nos demais artigos o respectivo processo. O juiz pode reconhecer ou não a suspeição, conforme a legitimidade do motivo. Ainda que não seja opposta suspeição legitima pela parte, deve o juiz declarar-se suspeito, e fica inhibido de funcionar no pleito. Se a suspeição for opposta pela parte e declarada legitima no respectivo processo, fica o juiz inhibido do mesmo modo de julgar a causa. A infracção destes preceitos constitue a figura criminosa do paragrapho 8. O juiz que declara-se suspeito chama-se — *juiz suspeito ou suspeitado*; o que é reconhecido suspeito em virtude de opposição da parte chama-se — *juiz recusado*. Feita a nomeação dos arbitros, só por commum accordo das partes poderá ser revogada. Só poderão os arbitros ser recusados pelas partes por causa legal posterior ao compromisso, salvo se della não tinham conhecimento, e jurarem ter chegado a sua noticia depois de feita a nomeação. São causas legaes de recusação dos arbitros os mesmos dos demais juizes e o processo a seguir é tambem identico. Reg. n. 737 de 1850, arts. 442, 443 e 444.

9º Ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso causa ou competencia legal, ou tendo-a, conservar alguém incommunicavel por mais de 48 horas, ou retel-o em carcere privado ou em casa não destinada á prisão;

10º Demorar o processo do réo preso, ou affiançado, além dos prazos legaes, ou faltar aos actos de seu livramento (321).

(321) A figura do paragrapho 9, apresenta diversas modalidades referentes umas á competencia ou incompetencia da autoridade para ordenar a prisão; outras á prisão com ou sem causa; outras á pessoa do paciente sujeito á prisão incommunicavel por mais de 48 horas, retido em carcere privado ou em casa não destinada á prisão. Quando tratamos dos crimes contra a liberdade pessoal, fizemos referencia ao processo de responsabilidade a que está sujeita a autoridade que commette o crime de prevaricação, além do de carcere privado e de sequestro (*Vide* notas aos arts. 181 a 193). Quasi sempre estes crimes andam associados aos de excesso ou abuso de autoridade previstos nos arts. 226, 228, 231 (*Vide* notas respectivas). Pelo dec. de 7 de Agosto de 1702 e Alvará de 5 de Março de 1790 § 2, a autoridade podia conservar incommunicavel o prezo durante cinco dias, sendo isso indispensavel para melhor investigação do crime e pratica de diligencias que de outra sorte se frustrariam. O Cod. Pen. vigente (art. 207, n. 9) não o permite senão por 48 horas. João Barbalho, *Const. Fed. Brazil.*, p. 322.

As leis processuaes estabelecem prazos para o andamento dos processos crimes, afim de evitar que, principalmente os reos presos, permaneçam por tempo indeterminado á espera do julgamento. No interesse da justiça não devem esses processos ser demorados além dos prazos legaes, salvo havendo motivo justificado, como affluencia de serviço mais urgente, ou que prefira a qualquer outro. Não declara o Codigo o limite da demora criminosa, de modo que é difficil a responsabilidade penal, que só se verifica quando o dolo manifesta-se no proposito da demora além-dos prazos legaes. A expressão — faltar aos actos do seu livramento — quer dizer tambem demorar por qualquer modo a soltura do réu.

— Sobre carcere privado, *vide* art. 183 e nota.

— Merece ser transcripta a seguinte sentença do dr. juiz seccional da 2.ª vara do Districto Federal no *habeas corpus* impetrado a favor do dr. Vicente de Souza, lente da Escola Polytechnica, prezo como conspirador :

Resulta das allegações de fl. 2, informação de fls. 4 e 9 v. e certidão de fl. 5 que, preso preventivamente e processado por crime de conspiração, foi o paciente impronunciado e posto em liberdade, recorrendo o Ministerio Publico na fórmula do art. 65 do decreto n. 848, de 1890, para o Supremo Tribunal Federal, onde ainda se acham os autos do processo;

Que, informada a autoridade policial de que o Egregio Tribunal havia resolvido por maioria de votos reformar o despacho de impronuncia, deu-se pressa em prender o mesmo paciente antes que fosse lavrado, assignado e

publicado o accordão e sem que pelo Juiz competente tivesse sido expedida a respectiva ordem;

Mas,

Considerando que á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois da pronuncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, « e mediante ordem escripta de autoridade competente », Constituição, art. 72 § 13;

Considerando que « para ter lugar a prisão é necessario que concorram os casos, circunstancias e solemnidades previstas pela lei e que fóra disto ella é arbitraria e criminosa », e que só no caso de flagrante ella independe de ordem escripta (P. Bueno, Proc. Crim., n. 164 : Cod. do Proc. ns. 131, 144 e 146);

Considerando que tal é neste particular o rigor de nossas leis que, permitindo á autoridade ordenar a prisão dos culpados de crime inaffiançavel, mesmo na falta de mandado da autoridade formadora da culpa, circumscrevem esta faculdade aos casos da requisição de autoridade competente ou da autoridade da expedição de ordem regular para a captura, devendo ser immediatamente levado o preso á presença da autoridade judiciaria para delle dispôr » (Decreto n. 3,084, de 1898, parte 1ª, art. 79. — Lei n. 2,433 de 1872, art. 13 §§ 2º e 3º);

Considerando « que a lei não só determina expressamente os unicos casos em que tem lugar a prisão mas tambem quaes as condições que devem legitimar essa ordem. lugares em que é exequível, como se intima e executa e, finalmente, quaes as formalidades a observar, se o réo refugia-se em alguma casa », e que « são condições legaes : a) que seja expedida por autoridade legitima; b) que seja escripta por escrivão e assignada pelo Juiz; c) que designe a pessoa que deve ser presa; d) que declare o motivo porque é presa; e) que seja dirigida a official de justiça » (P. Bueno, obra citada n. 160. Cod. do Proc., art. 176);

Considerando que, assim sendo, é illegitimo o constrangimento que soffre o paciente, uma vez que não foi preso em flagrante nem por ordem escripta de autoridade judiciaria;

Julgo procedente o recurso para, concedendo a ordem pedida, mandar que em favor do mesmo paciente se passe alvará de soltura se por al não estiver preso.

Custas *ex-causa*. Districto Federal, 9 de Maio de 1905. — Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque.

11º Recusar, ou retardar, a concessão de uma ordem de *habeas-corpus*, regularmente requerida.

12º Fazer remessa do preso a outra autoridade, occultal-o ou transferil-o da prisão em que estiver; não apresental-o no lugar e no tempo determinado na ordem de *habeas-corpus*; deixar de dar conta circunstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, illudindo por esses meios a concessão do *habeas-corpus*;

13º Tornar a prender, pela mesma causa, o que tiver sido solto em provimento de *habeas-corporis* (322).

(322) A Const. fed. no art. 72, § 22 declare : Dar-se-á o *habeas-corporis* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder. No art. 61, § 1, dispõe ainda que as decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto ao *habeas-corporis*, pois em tal caso haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal. Estas disposições mostram que o legislador constituinte preocupou-se com especial attenção deste instituto, universalmente havido como o principal baluarte da liberdade pessoal (*Vide* João Barbalho, *Const. Fed. Brazil*, comment. aos arts. 61, § 1 e 72 § 22). O dr. Lucio de Mendonça em um excellente estudo sob a epigraphe — *Limitações de habeas-corporis*, na *Rev. de jurisprud.*, Agosto 1898, p. 357 e segs., define — *habeas-corporis* é o meio extraordinario de assegurar a liberdade de locomoção aos que illegalmente estão della privados, ou ameaçados de o serem. Conclue que sendo o *habeas corporis* um remedio extraordinario, consequente é que o *habeas-corporis* não cabe onde e quando haja remedios ordinarios com que acudir a uma lesão de direitos. Passa a enumerar os casos em que não se concede o *habeas-corporis* e estabelece o principio — nem toda a prizão illegal se relaxa por *habeas-corporis*, senão de *prizão illegal*, ou *ameaça* desse constrangimento e não de todo e qualquer constrangimento illegal, de toda e qualquer violencia á liberdade individual, como falsamente deprehendem alguns da generalidade dos termos do art. 72, § 22 da Constituição. O generico preceito constitucional é para entender-se em termos, pena de incorrer em absurdo. Demonstra com solidos argumentos esta these, citando a autoridade de publicistas americanos, a opinião de Rossi e a consulta do Conselho de Estado de 13 de Outubro de 1883 no voto vencedor do conselheiro Lafayette : « O *habeas-corporis* é um recurso extraordinario instituido para fazer cessar de prompto e immediatamente a prizão ou o constrangimento illegal. Não o caracteriza tão sómente o seu objecto e fim, que é a protecção e defeza da liberdade : ha outras instituições que tem identica missão. O que particularmente o distingue e caracteriza é a promptidão e a celeridade com que elle restitue á liberdade aquelle que é victima de prizão ou constrangimento illegal. A violação da liberdade pessoal, ou como outros denominam, da liberdade physica (*jus manendi, ambulandi eundi ultro citroque*) causa damnos e soffrimentos que não admittem reparação condigna. Dahi a necessidade de fazer cessar promptamente a offensa de direito tão sagrado. (*Direito*, v. 33, p. 31). E' além de tudo a idéa consagrada em nosso direito positivo : basta ler o art. 65 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal nos §§ 1, 5, 7, 8 e 9 e os artigos seguintes. Se, a cada passo no processo de *habeas-corporis*, a lei falla em prizão e detenção, em carcereiro ou detentor, é porque só cogita de tal medida, como remedio para as prizões illegaes, ou ameaça destas. Conclue o dr. Lucio de Mendonça o seu interessante estudo, demonstrando que a decisão que denega *habeas-corporis* não pode constituir *cousa julgada*, pois um pedidó de *habeas-corporis* indeferido pode sempre ser renovado ainda

que seja com os mesmos fundamentos. Só constitue cousa julgada a concessão do *habeas-corpus*, porque esta é irreccorivel. Ha escolas oppostas sobre o conceito juridico do *habeas-corpus*. A' frente da escola liberal, o dr. Ruy Barboza dá grande elasticidade ao conceito juridico do *habeas-corpus*, e tão longe leva as suas consequencias que poder-se-ia consideral-o remedio para todas as lezões de direito. A tanto equivale dizer-se que dá-se *habeas-corpus* sempre que houver constrangimento illegal da liberdade, sem distincção. Preferimos a escola conservadora do dr. Lucio de Mendonça, cujas conclusões adoptamos.

A Constituição no art. 61 estatue que as decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados não porão termo ás questões quanto a *habeas-corpus*, havendo em tal caso recurso voluntario para o Supremo Tribunal federal. Quer isto dizer que de uma sentença de justiça estadual denegatoria de *habeas-corpus*, sempre se poderá recorrer para o Supremo Tribunal; e a lei n. 221 de 1894, no art. 23, § unico, esclareceu que, em tal caso, nem é preciso que a decisão da justiça local seja final, isto é, tenha passado pe'lo recurso para a superior instancia estadual: pode o recurso para o Supremo Tribunal ser logo interposto da sentença de primeira instancia. Lucio de Mendonça, *Estudo cit.*). A lei 221 de 1894 dirimio a controversia que existia nos tribunaes e no parlamento — sobre se tinha o Supremo Tribunal competencia para conceder o *habeas-corpus originario e directo*, ou se só podia fazel-o por *via de recurso*. Vide João Barbalho, *Const. Fed. Brazil*. p. 261. A lei 221 de 1894 providenciou para facilitar a segura apresentação ao referido tribunal do pedido de *habeas-corpus* e remover os embaraços accaso levantados nas jurisdicções inferiores, além disso declarou os casos em que o Supremo tribunal conhece originariamente do pedido de *habeas-corpus*. Vide ainda na *Rev. jurisprud.*, Janeiro, 1901, um estudo do Conselheiro Olegario. — *O habeas-corpus segundo os principios da legislação federal*.

O Cod. Pen. nas disposições dos ns. 11, 12 e 13 do art. 207 teve em vista garantir o *habeas-corpus*, considerando prevaricação: a) a *recusa* ou o *retardamento* da concessão de uma ordem de *habeas-corpus* impetrada em casos em que tem logar, segundo o processo estabelecido, e perante autoridade competente (é o sentido da expressão — *regularmente requerido*); b) a *remessa* do prezo a outra autoridade; c) a *occultação* do prezo; d) a *transferencia* do prezo de uma prisão para outra; e) deixar de apresentar o paciente no logar, dia e hora determinados na *ordem de apresentação* que precede à do *habeas-corpus*; f) deixar de prestar as informações exigidas pelo juiz ou tribunal sobre os motivos da prisão do paciente; g) deixar de dar conta circunstanciada dos motivos do não cumprimento da ordem: h) tornar a prender, *pela mesma causa*, o paciente que tiver sido solto por *habeas-corpus*. E' elemento constitutivo das sete primeiras modalidades o *proposito* de illudir ou impedir, por qualquer d'aquelles meios, a concessão do *habeas-corpus*. A figura da ultima modalidade — *a repetição da prisão pela mesma causa* — é a da desobediencia da ordem e menoscabo da concessão do *habeas-corpus*.

— Por Acc. de 8 de Agosto de 1900, o Supr. Trib. Fed. decidiu que si o dec. n. 39 de 30 de Janeiro de 1892, autoriza, por despacho telegraphico, em caso urgente, a prisão provisoria de qualquer individuo, é evidente que na ausen-

cia de lei prohibitiva e em protecção á liberdade, não se pode tambem deixar de logicamente aceitar o pedido de *habeas-corporis* transmittido por telegramma, que apenas serve para exigir da autoridade competente os esclarecimentos para ter logar a decisão definitiva. Rev. Jurisp. Janeiro 1901, p. 39. Vide no *Direito*, Fevereiro 1893, ps. 260 e segs., o recurso de *habeas-corporis* interposto pelo Conde Sebastião de Pinho para o Supremo Tribunal Pederal da decisão do Supremo Conselho da Corte de Appellação que confirmou o despacho de prizão ordenado contra o mesmo Sebastião de Pinho, como incurso nos crimes de estellionato e falsidade. O Supremo Tribunal já tinha anteriormente concedido *habeas-corporis* e deu provimento ao recurso, tornando insubsistente a decisão do Supremo Conselho, porque a prizão foi decretada, pelos mesmos factos, que forão objecto da concessão do primeiro *habeas-corporis*. Houve larga discussão no tribunal, a qual foi stenographada.

— *Habeas-corporis* n. 1548, do supremo Tribunal Federal, de 14 de Agosto de 1891. Relator, o Sr. B. de Pereira Franco; paciente, José da Costa Santos Junior. — Sobre a preliminar proposta pelo Sr. procurador geral, si é admissivel o pedido de *habeas-corporis* preventivo, estando o paciente pronunciado, como está o de que ora se trata e não se achando preso: votaram pela affirmativa, no caso de incompetencia de juizo, os Srs. B. de Pereira Franco, André Cavalcanti, João Barbalho, H. do Espirito Santo, Bernardino Ferreira e Piza e Almeida; pela affirmativa, sem limitação, os Srs. Alberto Torres, João Pedro e Americo Lobo; pela negativa o Sr. Macedo Soares, em quanto houver recurso ordinario. *De meritis*, foi negada a ordem impetrada, contra os votos dos Srs. B. de Pereira Franco, João Pedro, Americo Lobo e Bernardino Ferreira

14. Executar a prizão de alguém sem ordem legal escripta de autoridade legitima; ou receber, sem essa formalidade, algum prezo, salvo o caso de flagrante delicto, ou de impossibilidade absoluta da apresentação da ordem (323).

(323) A' excepção do flagrante delicto, diz a Const. Fed. art. 72, § 13, a prizão não poderá executar-se, senão depois de pronuncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei e mediante ordem escripta da autoridade competente. Esta disposição véda as prisões arbitrarías e o Cod. incluye entre as especies de prevaricação, acto da autoridade ou funcionario, que importe na infracção d'aquelle preceito. As modalidades do paragrapho 15 são: a) executar a prizão de alguém illegalmente, isto é, não sendo em caso de flagrante delicto, ou não havendo ordem legal escripta de autoridade competente (legitima); b) receberem o carcereiro, o administrador, o director ou o guarda de qualquer prizão algum prezo, sem ordem escripta da autoridade competente, salvo o caso de flagrante delicto ou sendo impossivel a apresentação da ordem, v. g. nos casos do condemnado evadido da prizão, de réu pronunciado que deva ser prezo, ou de desertor do exercito ou armada. A *impossibilidade absoluta* da apresentação da ordem é um caso de força maior que exclue o *dolo*.

15. Excluir do alistamento eleitoral o cidadão que provar estar nas condições de ser eleitor, ou incluir o que não provar possuir os requisitos legais.

16. Demorar a extracção, a expedição e entrega de títulos, ou documentos, de modo a impedir que o cidadão vote, ou instrua recurso, interposto opportunamente.

17. Deixar de preparar, ou expedir, nos prazos legais, os requerimentos dos cidadãos que pretenderem alistar-se eleitores; extraviar, ou occultar o título de eleitor, ou documentos que lhe tenham sido entregues, relativos ao alistamento :

Penas — de prisão cellulaz por seis mezes a um anno, perda do emprego, com inhabilitação para exercer outro, e multa de 200\$ a 600\$000 (324).

(324) Além dos crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos previstos nos arts 165 a 178 do Codigo penal e nos arts. da lei eleitoral, o Codigo ainda considera crimes de prevaricação os definidos nos ns. 15, 16 e 17. As especies de *prevaricação politica* são : a) *exclusão* ou *inclusão* indevidas, fóra dos termos da lei, do cidadão no alistamento eleitoral; b) *demora proposital* na extracção, expedição, ou entrega de títulos dos eleitores com o fim de impedir o direito de voto; c) *demora* na extracção, expedição ou entrega de documentos que o cidadão necessita para instruir o seu recurso eleitoral interposto opportunamente, sendo a demora proposital com o fim de embarçar ou impedir o seguimento do recurso; d) deixar de *preparar* ou de *expedir*, nos prazos legais, os requerimentos dos alistados, com o proposito de embarçar ou impedir que sejam alistados; e) *extravio* ou d) *occultação* de títulos de eleitor e documentos, que tenham sido entregues (confiados) para alistamento eleitoral. Em todas estas especies, além dos moveis já referidos, que constituem o dolo especifico, é elemento essencial que o delinquente seja autoridade, funcionario, mezarario, ou encarregado do serviço eleitoral do alistamento.

A penalidade para todas as especies enumeradas no art. 207 é uma só. Além da prisão cellular por seis mezes a um anno, accresce a perda do emprego com inhabilitação para exercer qualquer outro e multa de 200\$000 a 600\$000. Para o calculo da prisão *vide* nota ao art. 94, segunda parte, e da multa, nota ao art. 178.

Na *Rev. Jurisp.*, Julho 1902, p. 240, lê-se um Acc. do Supr. Trib. de Just. do Maranhão de 13 de Junho de 1902 sustentando a doutrina do Acc. do Supr. Trib. Fed. de 10 de Fevereiro de 1897, que considera que a divergencia politica, isto é, o ser adversario politico, não é uma razão sufficiente para por si determinar a existencia do odio, como elemento constitutivo do crime do art. 207. Em absoluto a doutrina não pode ser adoptada, porque em politica o sentimento partidario se não degenera em odio, dá logar ao elemento especifico da condescendencia (contemplaçào), e muitas vezes ao

do interesse moral ou material da causa commum. E' preciso, portanto, o exame psychologico do acto para descobrir-se o dolo que faz surgir a figura da prevaricação.

§ 1. Si a prevaricação consistir em impor pena contra a litteral disposição da lei, e o condemnado a soffrer, impor-se-ha a mesma pena ao juiz, ou juizes, si a decisão fôr collectiva, além da perda do emprego.

§ 2. No caso, porém, que o condemnado não tenha soffrido a pena, impor-se-ha ao juiz, ou juizes, a que estiver designada para a tentativa do crime sobre que tiver recahido a condemnação (325).

(325) Ninguém pode ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e *nem com penas que não estejam previamente estabelecidas*. (Cod. Pen., art. 1.) Para prevenir os abusos e os actos arbitrarios, a Const. estabeleceu tambem que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior, e *na forma por ella regulada* (art. 72, § 15). Alem destes preceitos, o Codigo ainda considera prevaricação julgar ou proceder contra a litteral disposição da lei (art. 270 n. 1). Tratando-se, porem, de juizes, e no caso de imposição de pena contra litteral disposição de lei, alem da perda do emprego, o juiz soffrerá a mesma pena que impóz illegalmente se o condemnado a soffrer, ou a da tentativa do crime sobre que tiver recahido a condemnação.

Art. 208. Commetterão tambem prevaricação os funcionarios publicos que :

1º Fabricarem qualquer auto, escriptura, papel ou assignatura falsa, em materia pertencente ao exercicio de suas funcções.

2º Attestarem como verdadeiros, e feitos em sua presença, factos e declarações não conformes á verdade; omitterem ou alterarem declarações que lhes fossem feitas.

3º Falsificarem cópia, certidão, ou publica-forma, de um acto de officio, seja suppondo um original que não existe, seja alterando original.

4º Attestarem falsamente a identidade, estado das pessoas e outros factos em actos do officio destinado a provar a verdade desses mesmos factos.

5º Cancellarem, ou riscarem, algum de seus livros officiaes; não darem conta de autos, documentos, ou papel que lhes fossem

entregues em razão do officio, ou os tirarem de autos, requerimentos ou representações a que estivessem juntos e lhes tivessem ido ás mãos, ou poder, em razão do emprego.

6º Passarem certidão, attestado, ou documento falso, para que alguém seja incluído, ou excluído, do alistamento eleitoral :

Penas — de prisão cellullar por um a quatro annos, perda do emprego e multa de 200\$ a 500\$000 (326).

(326) A Const. Fed., art. 82, declara que os funcionarios publicos são estrictamente responsaveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia, em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos. Paragrapho unico. O funcionario publico obrigar-se-á, por compromisso formal, no acto da posse, ao desempenho dos seus deveres legais. Commentando a disposição constitucional, diz o dr. João Barbalho (*Const. Fed. Brazil.*, p. 354) : No exercicio de suas funcções, os funcionarios entendem sobre objecto referente ao direito dos cidadãos, a interesses legitimos ou particulares, e sem a responsabilidade tudo isso ficaria ao arbitrio dos empregados e sujeito a prejuizos e lesões irremediaveis. Por isto a disposição constitucional de que nos occupamos, com quanto não mencionada (como era na Constituição imperial, art. 179 § 29) entre as *garantias dos direitos civis e politicos* dos cidadãos, é effectivamente uma dellas. E será uma das mais solidas e efficazes, si sempre, cada vez que fôr occasião, os prejudicados a fizerem valer pelos meios que a lei tem estabelecido. Promovendo-se a responsabilidade dos empregados publicos pelas suas faltas e prejuizos causados — além do resarcimento destes, se obterá melhorar o serviço publico *formidine pœnæ*. E' esse um direito, cujo exercicio é utilissimo ao individuo e á sociedade; e tamanha é sua importancia, que a Constituição não se contenta de responsabilisar os funcionarios pelos *abusos e omissões* em que incorrerem; mas, *vae alem*, fazendo-os ainda responder pela *indulgencia ou negligencia em não responsabilisarem effectivamente seus subalternos*. Esta obrigação imposta ao superior importa em muito a fiscalização e superintendencia do serviço para que não deixe de correr sempre regularmente e em muitos casos suprirá á inercia dos interessados, que não se apresentem a fazer suas reclamações perante as autoridades a que competir. A responsabilidade é assim criminal como civil. Da primeira é sancção o disposto no Cod. Penal, no seu capitulo das *malversações, abusos e omissões dos funcionarios publicos* (arts. 207 a 238, alem dos arts. 193, 194, 225 paragrapho unico e 257 paragrapho unico) e na lei n. 30 de 8 de Janeiro de 1892. A segunda rege-se pelas disposições de direito commum. Vide nota ao art. 70 *in fine*. Nos arts. 245 a 260 trata o Codigo dos crimes de falsidade, os quaes podem ser praticados por funcionario publico, ou por particular. A figura da prevariação do art. 208 é o crime de falsidade commettido por funcionario publico, incurso nas especies descriptas em cada um dos numeros do mesmo art. O particular responde somente como infractor pela simples falsidade, o funcionario publico, alem de responder por esta, é ainda sujeito ás penas da especie de

prevaricação em que houver incorrido. O funcionario responde, portanto, por dois crimes combinados, pelo de falsificação, pelo de prevaricação, tratando-se de alguma especie do art. 208, que corresponda áquella, visto como os casos de *falsificação prevaricadora* são unicamente os definidos no art. 208. São, porem, elementos essenciaes da falsificação prevaricadora que o funcionario commetta o facto criminoso no exercicio de suas funcções e que o movel do acto seja qualquer dos mencionados no art. 207, principio. E assim deve ser porque o funcionario alem da responsabilidade pessoal, tem a da funcção que exerce. Ha uma dupla infracção, a da lei e a do dever funcional. A responsabilidade do funcionario publico é, portanto, maior que a do particular.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 118; a da multa é a do art. 160, § 1.

Art. 209. Ficarão comprehendidos na disposição do artigo precedente, e serão julgados pela mesma forma de processo que os funcionarios publicos, o advogado ou procurador judicial :

1° Que conluir-se com a parte adversa e, por qualquer meio doloso, prejudicar a causa confiada ao seu patrocínio.

2° Que, ao mesmo tempo, advogar ou procurar scientemente por ambas as partes.

3° Que solicitar do cliente dinheiro, ou valores, a pretexto de procurar favor de testemunhas, peritos, interpretes, juiz, jurado ou de qualquer autoridade.

4° Que subtrahir, ou extraviar, dolosamente, documentos de qualquer especie, que lhe tenham sido confiados e deixar de restituir autos que houver recebido com vista ou em confiança :

Penas — de privação do exercicio da profissão, por dous a quatro annos e multa de 200\$ a 500\$000, além das mais em que incorrerem pelo mal que causarem (327).

(327) Ramalho (*Praxe Brasileira*, § 53) e Teixeira de Freitas (Annot. ás *Prim. Linh. sobre o Proc. Civil*. de Per. e Souza), tratam em capitulo especial dos direitos, deveres e requisitos que devem ter os advogados, no exercicio de sua nobre profissão. O dr. João Monteiro (*Theoria do Processo Civil e Commercial*, vol. I, ps. 276 e segs.) pode-se dizer exgottou o assumpto : « Advogado (do latim *ad*, para, junto, e *vocatus*, chamado) é o jurisconsulto que aconselha as partes litigantes, esclarece os juizes, e dirige a causa, allegando de facto e de direito quanto convenha aos interesses do constituinte. » Esta definição do dr. João Monteiro é preferivel á de Ramalho e Pereira e Souza. Teixeira de Freitas modificou a definição de Pereira e Souza, substituindo a palavra — *jurisconsulto* pela expressão *pessoa que por seus*

conhecimentos de jurisprudencia, instrue, etc. Isto, porque, diz elle, nem todos os advogados são juriconsultos, parecendo-lhe que a sua definição estava ainda de accordo com o art. 44 do Regul. das Relações. Juriconsulto é toda pessoa versada na sciencia do direito. O advogado dedicando-se ao estudo do direito, fazendo disto profissão, deve ser considerado juriconsulto. E é necessario que assim seja porque, como diz o dr. João Monteiro, a classe dos advogados sempre foi tida como das mais nobres e consideradas. « Na antiga Roma era o *forum* chamado o viveiro das honras : *Est corpus advocatorum seminarium dignitatum*. Cicero fez a confissão de que não entraram n'aquella laureada carreira senão por ambição, e que, se ainda lhe suportava os labores, era para melhor salvaguardar, pelo favor que tal carreira proporcionava, as altas dignidades que nella adquirira. Quem não conhece a famosa phrase de Cicero no seu *De Officiis* : *Cedant arma togæ : concedat laurea lingue* ? Na Grecia homem algum logrou jamais accumular a grande somma de poder de que dispôz Demosthenes : por largos annos foi o arbitro dos destinos hellenicos e muita vez só pela força persuasiva da sua palavra maravilhosa, suspendeu as armas macedonianas. Na Grã-Bretanha, a terra classica das instituições, os melhores juizes, desde Coke e Blakstone, entre os antigos, até Erskine e Campbell, entre os modernos, são tirados da classe dos advogados. E' no *barreau*, a mais nobre das instituições nacionaes, que a França tem até hoje colhido seus melhores homens, como Dupin e outros; só na Constituinte de 1789, presidida por um advogado, Thouret, havia, alem deste, seis membros do *barreau* de Pariz : Tronchet, Forget, Camus, Treilhard, Martineau e Samson, então *bâtonnier* em exercicio. O *bâtonnier*, chefe da Ordem dos advogados, é um verdadeiro poder, assim como a Ordem a unica instituição que até hoje tem resistido aos varios elementos da contemporanea decomposição social. Gustavo Hugo e Savigny, na Allemanha, Marini Serra e Carrara, na Italia, Velasco e Caldas, em Portugal, Nabuco e Teixeira de Freitas, no Brazil, foram advogados. Eis porque, conclue o tambem illustre advogado e eminente professor de direito, dr. João Monteiro, eis porque a legislação de todos os povos sempre se occupou cuidadosamente dos advogados. (Vide *Obr. cit.*, p. 295). No antigo regimen gozaram os advogados de certos privilegios, hoje abolidos pela Constituição republicana. « Probidade, diligencia, delicadeza e discrição, eis as qualidades, diz o dr. João Monteiro, que symbolisavam o verdadeiro advogado. Só quando as enfeixar em pratica insistentemente invariavel, é que o advogado poderá dizer de si que exerce, como repete Jules Simon, a mais nobre das profissões. » A honestidade é tambem outra qualidade inseparavel da probidade e de tal modo que não pode ser probado o advogado que não é honesto. Apareceram infelizmente no fóro individuos desclassificados, intruções, que encontrando facilidades de requererem em juizo e tratarem de negocios forenses em cartorios, procuravam advogados deshonestos, que alugavam a sua responsabilidade profissional assignando petições, mediante uma esportula qualquer. Testas de ferro de taes individuos que, assim, livravam-se da imputabilidade penal, a industria proliferou e taes foram as patifarias, estellionatos, falsidades e outros crimes commettidos á pretexto de exercicio de advocacia, que o legislador vio-se forçado a traçar as figuras da prevaricação mencio-

nadas nos ns. 1 a 4 do art. 209, todas offensivas da probidade e da honestidade profissionais.

Em Ramalho, e Pereira e Souza anotado por Teixeira de Freitas e João Monteiro, *Obras citadas*, se encontram mencionados os direitos e deveres dos advogados. O dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898 que consolidou todas as leis referentes á Justiça federal, inclusive as disposições do Regul. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 707 a 718 e do dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, dispõe nos arts. 215 a 240 sobre os advogados e procuradores judiciaes. No art. 237 declara : E' vedado ao advogado ou procurador : a) fazer contracto de *quota litis*, isto é, para haver certa quota do valor da causa no caso de a vencer, pena de suspensão e multa de 6\$000 b) aconselhar ou requerer contra direito expresso, pena de 6\$000, por cada petição que assim fizer; e) riscar, acrescentar ou diminuir artigos ou razões depois de offerecidos em juizo, salvo com licença do juiz e audiencia da parte, si esta puder ser prejudicada; d) pôr cotas marginaes nos autos, salvo as que o juiz pode pôr; e) ir á casa dos julgadores fallar-lhes nos feitos, de que forem juizes, em quanto durar a demanda; f) advogar, procurar ou aconselhar publica ou secretamente pela outra parte, pena de suspensão, alem das penas criminaes em que incorrer.

Para o calculo da privação do exercicio da profissão *vide* nota ao art. 88 pr.; a penalidade da multa é a do art. 160, § 1.

SECÇÃO II

Falta de exacção no cumprimento do dever (328).

(328) *Vide* nota 283.

Art. 210. Si qualquer dos crimes mencionados nos arts. 207 e 208 da secção precedente for commettido por frouxidão, indolencia, negligencia ou omissão, constituirá falta de exacção no cumprimento do dever e será punido com as penas de suspensão por seis mezes a um anno e multa de 100\$ a 500\$000\$ (329).

(329) A distincção entre a prevaricação e a falta de exacção no cumprimento do dever determina-se pelo movel da acção criminosa, ou pela forma por que ella se manifesta. Na prevaricação apparecem como moveis a *affeição*, o odio, a contemplação e o interesse pessoal, ha o *dolo*. Na falta da exacção no cumprimento do dever o factio criminoso é devido á *frouxidão*, *indolencia*, *negligencia*, ou *omissão*, ha a *culpa*. Em ambas as figuras verifica-se a falta do cumprimento do dever que a lei impõe aos funcionarios.

— *Vide* no *Direito*; Abril, 1895, p. 563, processo de responsabilidade, em que foi denunciado o dr. Aureliano de Campos. Factos que constituem a falta de exacção no cumprimento dos seus deveres. Como se provam. Inteligencia do art. 210 combinado com o art. 207, ns. 1 e 4 do Cod. Pen. O *acc.*

de 6 de Março de 1895 do Sup. Trib. Fed. absolveu o denunciado. O voto vencido do sr. Pindahyba de Mattos, que é longo, elucida a questão.

Para graduação da suspensão *vide* art. 94, segunda parte. A penalidade da multa é a do art. 156. *Vide* art. 57.

Art. 211. Serão considerados em falta de exacção no cumprimento do dever :

§ 1. O que largar, ainda que temporariamente, o exercicio do emprego sem prévia licença de superior legitimo, ou exceder o prazo concedido sem motivo justificado :

Penas — de suspensão do emprego por tres mezes a um anno e multa de 50\$ a 100\$000 (330).

(330) *Vide* nota ao art. 118 pr. para o calculo da suspensão. A multa é a do art. 201.

§ 2. O que infringir as leis que regulam a ordem do processo, dando causa a que o mesmo seja reformado :

Penas — de fazer a reforma á sua custa e multa igual á somma a que montar a reforma.

§ 3. O que em processo criminal impuzer pena contra a lei :

Penas — de prisão cellullar pôr tres a nove mezes e multa de 100\$ a 500\$000 (331).

(331) A penalidade da multa é a do art. 156 pr. Quanto á prisão : Autoria : maximo 9 mezes, medio 6 mezes, minimo 3 mezes; prepond, aggr. — 7 mezes e 15 dias, prepond. att. — 4 mezes e 15 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 10 mezes e 15 dias, medio 7 mezes, minimo 5 mezes e 15 dias; prepond. aggr. — 8 mezes, 22 dias e 12 horas, prepond. att. — 5 mezes, 7 dias e 12 horas (simples). Tentativa ou cumplicidade : maximo 6 mezes, medio 4 mezes, minimo 2 mezes; prepond. aggr. — 5 mezes, prepond. att. — 3 mezes (cellular). Na forma do art. 409, maximo 7 mezes, medio 4 mezes e 20 dias, minimo 2 mezes e 10 dias; prepond. aggr. — 5 mezes e 25 dias, prepond. att. — 3 mezes e 15 dias (simples).

Nas especies dos paragraphos supra não ha a intenção dolosa, e, sim, inobservancia de disposições legais ou regulamentares, que o funcionario viola por desidia ou omissão. Assim, por exemplo, entre a prevaricação que consiste em impôr pena contra a litteral disposição da lei (art. 207, §§ 1 e 2) e a falta de exacção na imposição de pena contra a lei em processo criminal, o traço distinctivo verifica-se nos moveis que determinaram a acção criminosa. Nesta não ha o proposito *revelador do dolo especifico* da prevaricação. E' o elemento essencial do crime a culpa, proveniente de *frouxidão, indolencia negligencia, omissão ou inobservancia da lei.*

Art. 212. A execução de ordem, ou requisição, exigida por autoridade publica, só pôde ser demorada pelo executor nos seguintes casos :

a) quando houver motivo para prudentemente se duvidar da sua autenticidade ;

b) quando parecer evidente que fôra obtida ob e subrepticamente, ou contra a lei ;

c) quando da execução se devam prudentemente receiar graves males, que o superior, ou o requisitante, não tivesse podido prevêr.

Ainda que, nestes casos, possa o executor da ordem ou requisição suspender a sua execução para representar, todavia não será isento de pena, si não demonstrar claramente a relevancia dos motivos em que se fundára (332).

(332) Constitue uma das especies de prevaricação demorar a administração da justiça, ou as providencias do officio requisitadas por autoridade competente ou determinadas pela lei, quando o movel da demora fôr determinado por odio, affeição, contemplação ou interesse pessoal do funcionario. Se, porem, a demora fôr devida a frouxidão, negligencia, indolencia, ou omissão, o crime é de falta de exacção no cumprimento do dever.

Ha casos em que a demora não constitue crime, taes são os referidos nas letras a, b, c, do art. 212. A isenção não é absoluta, pois o executor da ordem ou requisição deverá provar a relevancia dos motivos em que se fundára para demorar ou mesmo suspender a execução. A isenção, porem, desaparece para dar logar ao crime de prevaricação, ou de falta de exacção, conforme os moveis, si, verificando-se qualquer das hypotheses mencionadas nas letras a, b, c, o executor não suspender ou não demorar a execução, oppondo logo duvidas ou representando contra a execução da ordem ou requisição exigidas. N'este caso, a demora, ou a suspensão da execução da ordem, é um dever do funcionario, e cuja inobservancia constitue crime.

Art. 213. A soltura do prezo, posteriormente á expedição de ordem de *habeas corpus*, pela autoridade que ordenou a prizão, não a exime da responsabilidade criminal pela illegalidade da mesma prizão (333).

(333) A disposição deste art. é clara. O *habeas corpus* é remedio que restitue á liberdade quem estiver prezo illegalmente. Não aproveita á autoridade, para isental a da responsabilidade, porque a soltura do paciente se faz contra a vontade da mesma autoridade. Assim não succederia, se a soltura

se dêsse por deliberação da propria autoridade antes da concessão do *habeas corpus*.

SECÇÃO III

Peita ou suborno.

Art. 214. receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadia ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei;

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou commissão de que for encarregado :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e perda do emprego, com inhabilitação para outro, alem da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida (334).

(334) O delicto de *corrupção*, que os romanos denominavam *crimen repetundarum*; os inglezes, *bribery*; os hespanhoes, *cohego*; os italianos da antiga escola, *barataria* ou *baratteria*, constitue a *peita* ou *suborno* do nosso Codigo, cujo objectivo é a compra da justiça explorando-se a *venalidade* do funcionario. (Vide Jules Lacoïnte, *Cod. Pen., d'Italie*, p. 88). Commentando o accordão da Camara criminal do Tribunal civil e criminal, de que foi relator, o dr. Viveiros de Castro diz o seguinte (Vide *Jurisprudencia criminal*, do A., p. 319) : « Na Exposição de motivo do Projecto do Cod. Pen. Italiano escreveu Zanardelli : « Occupando-se da peita, a lei teve como intento castigar severamente a venalidade do funcionario publico que, por actos do seu emprego, aceita uma retribuição que não lhe é devida, independentemente da justiça ou injustiça desses actos, porquanto é do interesse universal que não se desacredite a administração publica tornando venaes serviços que por disposição da lei devem ser gratuitos. N'este conceito se inspira o art. 149 do projecto, impondo penas ao funcionario publico, que, por um acto do seu emprego, recebe em dinheiro ou por outra especie uma retribuição que não lhe é devida. Porem se não é da essencia deste delicto que o funcionario publico tenha trahido o seu dever, isto não impede que o delicto possa assumir um character mais grave e ser, portanto, punido mais severamente quando pela retribuição recebida ou pro-

mettida o funcionario realisou ou omittio algum acto contra as obrigações do proprio emprego. E a pena augmenta progressivamente quando a corrupção invade o sanctuario da justiça ou tem por objecto a concessão de empregos publicos, pensões, graças, ou a realisação de contractos em nome da administração publica ». São elementos do delicto : 1° que o agente seja funcionario publico ; 2° que tenha accettato ou recebido, quer directamente, quer por intermediario, dinheiro, dadas, recompensas ou promessas ; 3° que esse dinheiro, essas dadas, recompensas ou promessas tenham por fim que elle pratique ou deixe de praticar um acto de seu officio ou cargo, da esphera de suas attribuições, *ex-officio suo*, como já diziam os jurisconsultos romanos.

A qualidade de funcionario publico no agente é a primeira condição do delicto. Se quem recebeu o dinheiro não é funcionario publico, o facto incriminado pode constituir um estellionato, si reunir os elementos desse delicto, mas não a peita. Exemplo. Um individuo allega ter influencia junto de um pretendente para obter um despacho favoravel. Si não existia essa influencia, si foi uma manobra fraudulenta, para illudir a confiança da victima e por este meio obter-lhe dinheiro, o facto é um estellionato e não uma peita. Mas se o funcionario publico é o peitado, se a transacção realisa-se, não directamente entre o funcionario publico e a parte, mas pela intervenção de um terceiro, este intermediario deve ser considerado co-autor do delicto e como tal processado e punido. Estão accordes a jurisprudencia e a doutrina. Nypels, Cod. Pen. Belga interpret., ed. Servais, v. II, p. 131 ; Corte de Appel. de Gand., 1° Fev. 1873 ; Corte de Cassação de França, 23 Fev. 1882. Os jurisconsultos romanos só puniam a peita quando o acto praticado pelo funcionario tinha sido injusto ; a corrupção suppunha a perpetração de uma injustiça, *corruptio quando a esponte pecuniam dante iudex injustitiam facit*. Mas, hoje, na doutrina corrente, pouco importa para a integração do delicto a natureza do acto ; justo ou injusto ha delicto se o funcionario recebeu dinheiro ou accetou promessa. São bem expressos os termos do nosso Cod. — *embora de conformidade com a lei*. A peita pode ser um delicto de acção ou omissão. E' de acção quando o funcionario recebe dinheiro para praticar um acto de seu officio ou cargo ; exemplo, o conferente que recebe dinheiro para despachar promptamente mercadorias armazenadas. E' de omissão quando o funcionario recebe dinheiro para não praticar um acto que o dever do cargo lhe impõe ; exemplo, o conferente que recebe dinheiro para não denunciar o contrabando que descobriu. A doutrina e a jurisprudencia estão accordes em affirmar que o delicto fica consummado com o recebimento do dinheiro ou dadia ou a acceitação da promessa. O delicto está consummado, diz Nypels, desde que o funcionario recebeu dinheiro ou presentes, desde que accetou a promessa de recompensa. *O que caracteriza essa forma de infracção é o trafico, a convenção illicita proposta e acceita*. Concordam Chauveau e Hélie, e Carrara. E' tambem indifferente que, depois de haver recebido a dadia, o funcionario execute ou não o acto. A offensa á justiça fica consummada na forma, ainda que sem nenhuma lesão na materia, quando se trafica com as funcções do cargo. Na consummação do contracto está a consummação do delicto (Carrara). En face do art. 214 do nosso Cod. não ha peita, e seria prevaricação, se outro

fosse o movel da conducta do funcionario. Exemplos : Um juiz se deixa enternecer pelas lagrimas e supplicas da mãe de um réu e o absolve, apezar de todas as provas dos autos. Julgou o juiz, é certo, contra litteral disposição da lei, mas não pode ser considerado peita, cujo caracteristico é a venalidade. Pacheco, no seu commentario ao Cod. Pen. Hespanhol, frizou bem o caracter degradante deste delicto. « Se um juiz, ou funcionario de qualquer categoria, diz elle, cedem a paixões materiaes, são certamente criminosos; porem, o que cede á venalidade, é mais do que criminoso, é infame perante a consciencia publica. O dinheiro dá ao acto um caracter mais baixo e desprezivel do que tem as outras prevaricações. » O modo de receber o dinheiro, ou de acceitar a promessa, não altera a natureza do delicto. O nosso Cod. diz. bem claramente — *Receber directamente ou por interposta pessoa*. Havendo, porem, intermediario, é preciso a prova que elle autorizou o contracto, ou que depois de feito o approvou. Essa prova é indispensavel, porque o intermediario pode estar abusando de suas relações com o funcionario e sem sciencia d'elle traficar com seu nome, o que frequentemente succede. A qualidade do intermediario, dizem Chauveau et Hélie, não constitue uma prova, nem mesmo uma presumpção. Ainda que seja a mulher, o filho, é indispensavel a prova de consentimento do funcionario, porque pode tambem estar havendo o abuso de confiança. Não ha crime de peita se a gratificação dada ao funcionario constitue um uso geral ou foi autorizado por seu superior hierarchico. Exemplos : As festas de Natal dadas aos carteiros; a gratificação que um sujeito dá a um agente de policia que descobriu e apreendeu um objecto de valor que lhe foi roubado. Haveria, porem, crime se o presente fosse exigido pelo funcionario como condição de sua acção ou inacção. Exemplo : O guarda fiscal que impõe ao taverneiro dar-lhe de festas uma caixa de vinho, sob pena de estar inspeccionando a venda e multando-o por qualquer infracção de posturas. Tambem ha crime de peita quando a acceitação ou exigencia de dinheiro são feitas de modo indirecto. Exemplo : Um litigante offerece á mulher do juiz que tem de julgar a causa presentes de valor; o juiz não restitue os presentes. A mulher do juiz vae pedir dinheiro ao litigante. Claro está, porem, que não ha crime si não houve connivencia do juiz, se a mulher occultou-lhe os presentes, se pediu dinheiro sem sciencia sua (Franz von Liszt, *Prat. Dir. Pen.*, trad. do dr. José Hygino, v. 2, p. 496). Finalmente, é elemento de delicto que o acto seja das attribuições legaes do funcionario, de sua competencia, *ex-officio suo*, como diziam os romanos. « Portanto, diz Nypels, é necessario para a existencia do delicto que o funcionario tenha competencia para fazer o acto que é d'elle sollicitado; mas si elle é incompetente para fazer o acto, se este acto não é da esphera de suas attribuições legaes, não existe delicto de peita. » Exemplos : Commette crime de peita o juiz que recebe dinheiro para dar um despacho; mas não constitue peita o facto do juiz receber dinheiro para obter de um ministro, seu parente, uma garantia de juro, porque esse acto não é de suas attribuições legaes. A peita não admite tentativa. Se o funcionario publico repellio a proposta não existe crime e sim uma acção meritoria; se acceitou o delicto está consummado pela propria acceitação. » O que caracteriza a peita é o trafico, a convenção illicita fechada e concluida. Concordam Francisco Luiz, Paula Pessoa, commentando o Cod. Criminal de 1830 e Viveiros

de Castro, contra Garraud, *Direito Pen. francez*, v. 3, p. 404 e Faustin Hélie, *Pratica criminal*, v. 2, p. 217. Vide Viveiros de Castro, *Jurisprudencia Criminal* (1900), donde extrahimos o resumo supra.

O art. 214 do Cod. apresenta diversas especies com figuras diferentes : 1ª *Recebimento para si*; ou 2ª *Recebimento para outrem*, directamente ou por intermediario, de dinheiro, cousa de valor ou retribuição que não seja devida; 3ª *Acceitação* (não se verifica aqui o acto material do recebimento do objecto offerecido), directamente ou por intermediario, de promessa, dadia ou recompensa; 4ª *Exigencia para si*, ou 5ª *Exigencia para outrem*, ou 6ª *Consentimento que outrem exija para si* — recompensa ou gratificação. Nas trez primeiras figuras ha delicto de acção ou omissão se o movel da peita é que o funcionario pratique ou deixe de praticar qualquer acto do officio ou cargo, seja esse acto legal ou illegal, de conformidade ou não-jom a lei. As trez ultimas são restrictas a pagamento que o funcionario tenha de effectuar em razão do officio ou comissão de que fôr encarregado. A *exigencia*, neste caso, *directa* ou *indirecta*, para si ou para outrem, da retribuição indevida (recompensa ou gratificação) é uma violencia, porque colloca a pessoa que tem de receber o pagamento sob a pressão da condição exigida. A *exigencia* é uma imposição. O *consentimento* para que outrem exija, produz os mesmos efeitos. O delicto é, porem, mais grave, do que o da peita sob a forma do *recebimento* e da *acceitação*. Devia constituir materia de artigo separado e com maior penalidade. Vide nota ao art. 362, § 1.

Para o calculo da penalidade, Vide art. 94, segunda parte, accrescendo a perda do emprego, com inhabilitação para exercer qualquer outro, além da multa. A inhabilitação deve-se entender para qualquer emprego, officio, cargo ou comissão de serviço publico federal, estadual ou municipal.

Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propôr para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legaes :

Penas — de prizão cellular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro (335).

(335) O dr. Viveiros de Castro, commentando este artigo, diz, na sua *Jurú prudencia criminal*, p. 331 : « Este artigo era inutil e foi infelicissimo na sua redacção, sendo sua interpretação uma tortura para o juiz que alguma vez tenha de applical-o. Inutil, porque o caso já estava previsto e de modo mais claro no § 1 do art. 203 — julgar ou proceder contra litteral disposição da lei por odio, afeição, contemplação, ou para promover interessé pessoal seu. Infeliz na redacção : 1º Porque empregou indebitamente a palavra *corromper*. Com effeito, tratando-se de peita, a palavra *corrupção* significa venalidade. Mas nesta hypothese o funcionario não se vende, cede á influencia, ou suggestão de alguém; 2º Porque tornou vaga e arbitraria a comprehensão

do crime pelo emprego da palavra *sugestão*. Compreende-se bem a influencia. O juiz quer acesso, tem os olhos fixos no governo, decide contra a letra expressa da lei para ser agradável aos politicos influentes, que assim lhe pedem. O funcionario publico sabe que o seu superior é amigo da parte, interessa-se por ella, não hesita em deferir a pretensão injusta. Porem, o que quer dizer *sugestão*? Certamente a palavra não *tem aqui* a accepção medica legal, porque nesse caso o funcionario seria irresponsavel. E' o odio ou a amizade? O conselho? A intriga? As lagrimas de uma mãe ou as supplicas de uma esposa? A vingança? A belleza de uma mulher? A eloquencia de um advogado? Tudo isso poderia ser considerado *sugestão*, é sempre um perigo a elasticidade da lei. Muito mais concisa e precisamente o Codigo Penal francez, no art. 183, pune com a degradação civica todo o juiz ou todo o funcionario que tiver julgado, influenciado pelo odio ou pela amizade para com a parte. Em todo caso, são elementos do delicto : 1° Que o acto praticado seja illegal ou injusto, *contra os deveres do cargo ou do officio*, diz expressamente o Codigo. Portanto, não ha delicto se o acto praticado estava de conformidade com a lei, embora influenciado ou suggerido; 2° Que o funcionario tenha agido por influencia ou *sugestão*. Si procedeu espontaneamente, sem influxo estranho, não ha delicto. E', portanto, indispensavel a prova de que um terceiro influio ou suggestionou a decisão. A simples illegalidade do acto não constitue uma presumpção, pois pode ser devida á ignorancia ou a erronea comprehensão da lei. Já os glossadores diziam *in dubio judex non dolo sed per imperitiam judicasse præsumeritur.* »

Os elementos a que se refere o illustre A., são constitutivos da primeira figura delictuosa que o art. contem e consiste na *corrupção por sugestão ou influencia de terceiro sobre acto do officio ou cargo*. Esta figura desdobra-se em diversas especies conforme tratar-se de *retardamento, pratica* ou *omissão* de acto que devia ser praticado em tempo e na forma da lei. A segunda figura do art. é a do *provimento ou proposta* de alguem para exercer emprego publico, sendo o acto praticado por influencia ou *sugestão* de terceiro, ainda que o nomeado ou proposto tenha os requisitos legais. O caracteristico desta figura é a *corrupção por influencia ou sugestão*; mas não é elemento constitutivo a illegalidade ou injustiça do acto, como na primeira. O acto pode ser legal, isto é, o funcionario pode ter competencia para nomear ou propôr, pode o nomeado ou proposto possuir os requisitos legais para exercer o emprego. Provado, porem, que o acto não foi espontaneo, e, sim, devido á *corrupção, por sugestão ou influencia*, transforma-se na figura delictuosa da segunda parte do art.

Para o calculo da penalidade, *Vide* nota ao art. anterior.

Art. 216 Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto ou arbitro que, por peita ou suborno, dér sentença, ainda que justa.

§ 1. Si a sentença for criminal condemnatoria, mas injusta soffrerá o peitado ou subornado a mesma pena que tiver

imposto ao que condemnára, além da perda do emprego, e multa (336).

(336) Vide Viveiros de Castro sobre este art. (*Jurisprudencia criminal*, p. 333). Diz o illustrado A. : « o No art. 216 é punido o juiz ou o jurado que, por peita, der sentença, ainda que justa. A palavra *juiz de direito* empregada pelo Codigo tem accepção lata e não restricta; comprehende, portanto, todos os órgãos do poder judiciario, os juizes temporarios, os desembargadores, os ministros do Supremo Tribunal Federal. A impropriedade do termo não pode autorizar interpretação diversa, pois no caso contrario chegaríamos ao absurdo de considerarmos licita a venda da justiça por parte de seus órgãos mais importantes, os tribunales revisores. Mas na palavra *juiz* não podem ser incluídos os membros do Ministerio publico. Elles não julgam, requerem. Mas são funcionarios publicos e, portanto, incursos em crime de peita si traficarem com as funcções do cargo ». Nas mesmas penas incorrerá o juiz de facto ou arbitro que fôr subornado ou peitado. Na expressão — *juiz de facto* — comprehende-se o jurado que fizer parte do conselho do tribunal de jury e o vogal da junta ou tribunal correccional. A peita ou suborno dos juizes pode se manifestar sob qualquer das formas figuradas nos art. 214 ou 215, onde a corrupção é o elemento substancial do acto. A corrupção pode apresentar as diversas modalidades descriptas nos dois artigos, mas a essencia é uma só infectando o acto. Ha, porem, as seguintes distincções, sob o ponto de vista da penalidade. Se a sentença for *criminal condemnatoria* e *injusta*, o juiz peitado soffrerá a mesma pena que tiver imposto ao que condemnára, alem da perda do emprego e multa. Se a sentença for *criminal condemnatoria*, porem, *justa*, soffrerá o juiz peitado a pena do art. 215. Tratando-se de sentença *criminal absolutoria*, seja justa, seja injusta, a penalidade é a do art. 215. Qualquer que seja a sentença civil, ou decisão administrativa, dada por peita ou suborno, sujeita o culpado á penalidade do art. 215. Vide João Vieira, *Cod. Pen. comm.*, part. esp. VI, p. 151.

Art. 217. O que dér ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado ou subornado (337).

(337) Ainda estamos de accordo com o dr. Viveiros de Castro, no commentario que faz a esse art. (*Jurisprudencia criminal*, p. 328) : « A disposição do art. 217 contem uma *injustiça*, estabelecendo a egualdade do castigo. Certamente o peitante deve ser punido, porque corrompe a administração publica, tenta a ganancia dos funcionarios, é, portanto, um factor de immoralidade e de perturbação social. Mas, como bem disse Zanardelli, o funcionario corrompido infringe maior numero de deveres e deveres mais importantes do que o particular corruptor. E casos ha, acrescento eu, em que o particular é forçado a commetter o crime. Com effeito, quando a venalidade e a corrupção lavram cynicamente, não pode o

particular obter o despacho dos seus negócios, sem gratificar o funcionario ». Convem fazer, porem, uma restricção. O dr. Viveiros assignala um facto de observação, que constitue um abuso. Mas dahi não podemos concluir pela minoração da penalidade do particular que vê-se forçado a praticar o crime para obter o despacho. A desigualdade devia existir, pelo motivo allegado por Zanardelli, pois realmente o funcionario que se deixa corromper produz maior damno ao interesse geral e ao poder publico, do que o particular corruptor que apenas trata dos seus interesses.

Os autores tambem distinguem a corrupção em *activa* e *passiva*, conforme se trata da *offerta* do *peitante* ou da *acceitação* do *peitado*. Esta distincção convem fazer-se, tratando-se da disposição do art. 217, por causa da tentativa que é admittida na *corrupção activa* e regeitada na *passiva*. « O crime definido no art. 217, diz o dr. Viveiros (*Obr. e loc. cit.*), admitte tentativa. Si o particular deu dinheiro, si fez promessa aceita pelo funcionario, o crime está consummado. Mas si o funcionario repellio o dinheiro ou a proposta, ha apenas tentativa. Processado isoladamente o particular peitante, o processo é o *commum*. Mas si fôr incluído na denuncia com o funcionario corrompido, o processo é o de responsabilidade. O Conselho Supremo da Corte de Appellação decidiu, entretanto, de modo contrario. Dada uma queixa contra um magistrado accusado de suborno e contra os individuos que se dizia tel-o subornado, o Conselho acceitou a queixa somente em relação ao magistrado, mandando que os particulares fossem processados no juizo *commum*. Esta opinião é singular. A jurisprudencia e a doutrina estão accordes em sustentar a indivisibilidade do processo pela impossibilidade de scindir a prova e a necessidade de evitar-se decisões contradictorias. Da identidade do processo não se segue, porem, como consequencia a egualdade na condemnação. A Côte de Cassação de França, em accordão de 7 de Janeiro de 1813, no celebre processo Hourdequin-Teste, decidiu que o facto de já ter sido absolvido o corruptor não impede a condemnação do funcionario corrompido, porque duas pessoas podem participar no mesmo facto com intenções differentes, de sorte que este facto pode ter o character de crime para uma e não ter para outra ». Sobre a tentativa de corrupção, *vide* ainda Garraud, *Droit Pén. Franç.*, vol. III, p. 271.

No interessante capitulo final da sua obra, o dr. Viveiros discute a « delicada questão de saber si são considerados funcionarios publicos os senadores, deputados, intendentes (vereadores), e si incorrem em crime de peita quando traficam com o voto. Em face dos Cods. Pens. Hespanhol, art. 416, Portuguez, art. 327, Argentino (projecto de Rivarola), art. 109, a questão está resolvida pela affirmativa. Na Italia os intendentes foram assim considerados, mas os deputados e senadores, não. Na França a questão tem tido diversos estadios. Por occasião do escandalo do trafico das condecorações em que se vio envolvido o deputado Wilson, providenciou-se para que fosse suprida a lacuna do Codigo, que não considerava os deputados e senadores funcionarios publicos para aquelle effeito. A opinião de Garraud é contraria, mas não está de accordo com a jurisprudencia então adoptada. Agora, como decidir a questão perante o nosso direito? pergunta o dr. Viveiros, e responde: « Quanto aos intendentes municipaes não é licito hesitar. As camaras municipaes são corporações essencialmente administrativas ».

portanto são funcionarios publicos os intendentes. Incurrem em crime de peita os que traficarem com as suas attribuições legais, vendendo o voto. Absolutamente não pode constituir peita a *advocacia administrativa*. É indecente que um deputado, um senador receba dinheiro para obter empregos, contractos, favores da administração; mas não ha peita, porque o acto praticado não é da competencia legal, das attribuições do deputado, do senador. Mas se o deputado, ou senador, vender o seu parecer, o seu voto, não ha duvida que incide na sancção penal, que incorre nas penas do art. 214 do Cod. Penal. Os senadores e os deputados são funcionarios publicos, isto é, são orgaos da soberania nacional nos termos do art. 15 da Const. da Republica. Si os membros do poder executivo e do poder judiciario são passíveis de pena quando traficam com as funções do cargo, porque exceptuar os membros do poder legislativo? Tambem não pode ser invocado o art. 19 da Constituição, declarando que os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercicio do mandato. Como bem decidio a Côte de Cassação de França a immuniidade parlamentar não quer dizer a immuniidade da traficancia, a carta do corso e da pirataria, o privilegio para a substituição do cargo, para a indignidade e a infamia. O paiz que em seu pacto fundamental garantisse pela impunidade essa mercancia do seu parlamento não seria digno de ser amado de seus filhos, respeitado das nações cultas. A Constituição de um povo livre, nobre, não pode ser a mortalha da honra. Ella guarda o fogo sagrado da liberdade, da honra, das virtudes civicas; mas não pode abrigar nas dobras de sua bandeira os venaes, os corrompidos.» Subscrevemos estes conceitos e entendemos que deve considerar-se no sentido lato os vocabulos — funcionario publico — como significando — todo aquelle que exerce uma função publica e nessa cathegoria se incluem os membros do parlamento.

Art. 218. São nullos os actos em que intervier peita ou suborno (338).

(338) Essa nullidade não pode ser decretada pela sentença criminal. No juizo civil é que se deve pedir a rescisão da sentença ou do acto praticado por peita ou suborno. Esta tem sido a jurisprudencia firmada pelos nossos tribunaes, observa Autran, *Cod. Pen. annot.*

O Codigo considera synonymos os vocabulos *peita* ou *suborno*. Ha, porem, entre elles differença *especifica*. Quando a corrupção é feita por meio de dinheiro, dadivas, promessas, dá-se a peita. E' a figura do art. 214. Se a corrupção é devida á influencia ou suggestão, ha o suborno. E' a hypothese do art. 216. Na peita a corrupção é material, toma a forma da venalidade; no suborno ella é immaterial, ha fraqueza, submissão á vontade alheia, entera o moral seja, como na peita, o interesse proprio.

SECÇÃO IV

Concussão

Art. 219. Julgar-se-ha commettido este crime :

§ 1. Pelo empregado publico encarregado da arrecadação, cobrança ou administração de quaesquer rendas ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto, que, directa ou indirectamente, exigir dos contribuintes, ou os obrigar a pagar o que souber não deverem :

Pena — de suspensão do emprego por tres mezes a um anno (339).

(339) A penalidade da prisão é a do art. 118 pr.

No caso em que o empregado publico se aproprie do que assim tiver exigido, ou exiga para esse fim :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, multa igual ao triplo que tiver exigido, ou feito pagar, e perda do emprego (340).

(340) Vide nota ao art. 94, segunda parte.

§ 2. Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legitimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos do que os prescriptos nas leis, ou os fizer soffrer injustas vexações :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos, além das mais em que incorrer pela vexação que tiver praticado (341).

(341) Vide nota ao art. 151, paragrapho unico.

Si, para commetter algum destes crimes, usar da força armada, além das penas estabelecidas, soffrerá mais a de prisão cellular por trez mezes a um anno (342).

(342) Vide nota ao art. 163, excluida a multa.

§ 3. Pelo que, arrogando-se dolosamente, ou simulando attribuição para fazer qualquer acto do emprego, aceitar offerecimento ou receber dadiua, directa ou indirectamente, para fazer ou deixar de fazer esse acto :

-Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, perda do emprego e multa igual ao triplo do valor recebido (343).

(343) Vide nota ao art. 94, segunda parte.

João Vieira censurando o Cod. observa : « Quanto á *concussão*, alem de ser erroneo o conceito de vel-a no facto de percepção indevida a favor do thesouro, occorre que neste ponto, como em outros artigos. se confunde com a *concussão* actos de abuso e de excesso de poder e autoridade. A *concussão* está definida, mas á definição se seguem trez artigos de figuras não de *concussão*, mas de abuso de poder e autoridade e violação de deveres inherentes ás funções publicas. Tanto no direito romano como no antigo direito francez confundia-se a *concussão* com a *corrupção* (peita ou surbornu). Foi o Cod. Pen. de 1791 que isolou, sem defini-los, um crime do outro, o que se tornou mais preciso no Codigo de 1810 ; a distincção é, portanto, moderna. Garraud trata extensamente do assumpto. Quando, diz Zanardelli, o facto de incutir temor preordenado para despojar as cousas d'outrem, é praticado por um particular, se-tem os crimes de *extorsão* e *roubo*, de que trata o Codigo nos crimes contra a pessoa e propriedade. Si ao contrario o temor que se incute com o intento criminoso de lucrar em prejuizo d'outrem, deriva do abuso do poder publico (*metus publicæ potestatis*) então se-tem o crime que na doutrina e na legislação toma o nome de *concussão*. A *concussão* divide-se em *explicita* e *implicita*. A primeira, a mais grave das duas formas, se tem quando o empregado publico constringe alguém a dar ou prometter indevidamente a elle ou a um terceiro, dinheiro ou outra utilidade. A segunda forma, mais ligeira, se verifica quando o funcionario, ao contrario de ameaçar ás claras, emprega, abusando de sua qualidade, artificios ou enganos para *induzir* alguém a subministrar, pagar ou prometter indevidamente a elle ou a um terceiro, o que não é devido, ou para tal fim vale-se ou aproveita-se do erro de outrem. Em resumo, os elementos deste crime são a qualidade de empregado publico, a exacção do que não é devido como se fosse devido e a *consciencia* de não ser devido o que se exige. Vide João Vieira, *Cod. Pen. comm.* part. esp. v. I, ps. 45 e segs.

O Cod. define a *concussão* como um crime praticado por funcionario que tem a seu cargo serviços da fazenda publica relativos á arrecadação, cobrança ou administração de rendas e dinheiros publicos ou da distribuição de algum imposto. O crime apresenta diversas figuras. A primeira é a do § 1.º, cuja caracteristica consiste na *exigencia*, directa ou indirecta, de contribuição que o funcionario sabe que o contribuinte não deve. Tal contribuição é illegitima, e illegal. E' preciso attender-se tambem ao escopo da *exigencia*. Se ella é em favor do fisco, desejando o empregado, por demasiado zelo, ou para prejudicar o contribuinte, o Cod. considera essa forma menos grave, pois a penalidade limita-se á suspensão do emprego por tres

mezes a um anno. Mas se a exigencia tem por fim a appropriação da renda exigida em proveito do funcionario, a forma é mais grave, pois ha uma verdadeira extorsão, punida com a prisão celllular por seis mezes a um anno, multa igual ao triplo do valor do que tiver sido exigido, ou feito pagar, e perda do emprego. Esta figura apresenta ainda as seguintes modalidades : 1.º O funcionario limita-se a *exigir* a contribuição indevida, porem *não faz* o contribuinte *pagal-a*; 2.º o funcionario *exige e faz* o contribuinte *pagal-a*. Quer se verifique, ou não, o *pagamento*, a concussão não desaparece; mas se o empregado fizer uso da força armada para apoiar a exigencia ou obrigar ao pagamento, o delicto se agrava e a penalidade augmenta, accrescendo ás penas dos dois casos figurados no § 1.º, a de prisão celllular por tres mezes á um anno (§ 2.º, segunda *alinea*). N'esta figura a *concussão é explicita*, sendo a exigencia feita directamente pelo funcionario ao contribuinte; é *implicita* si feita indirectamente, isto é, por intermedio de terceiro, ou por *induzimento*. Discordamos n'este ponto de João Vieira quando considera que a concussão implicita escapou ao nosso Codigo, porque a figura do § 3.º do art. 219, que se lhe assemelha, é de *corrupção* e não de *concussão*, que elle ahí confunde. E' manifesta a confusão, mas nem por isso deixa de existir a concussão *implicita* do § 1.º, conforme notamos.

A segunda figura da concussão é a do § 2.º, que consiste na cobrança de *impostos* ou *direitos legitimos, legaes*, mas o *acto* do funcionario torna-se *illicito, illegal*, em consequencia dos *meios empregados*. Estes meios podem ser coercitivos, mais gravosos do que os determinados pela lei, ou constituir actos que importem em vexações injustas soffridas pelo contribuinte. Ha em ambos os casos excesso de poder, coerção que o empregado pratica prevalecendo-se do cargo. A *vexação*, aqui empregada no sentido lato, exprime uma offensa irrogada ao contribuinte, podendo se apresentar sob a forma de injuria, calumnia ou mesmo de offensa physica. A penalidade é aggravada se o funcionario empregar a força armada para apoio dos meios gravosos ou da vexação contra o contribuinte. Alem das penas do § 2.º, o culpado soffrerá mais a de prisão celllular por trez mezes a um anno.

João Vieira observa que a figura do § 3.º do art. 219 é a da *corrupção* e não a da *concussão* : « O Codigo Penal, diz o illustre J. C., estabelece tal confusão que a forma de corrupção prevista no art. 214, primeira parte, é semelhante á forma da concussão do art. 219. § 3.º ». E accrescenta : « Pessoa distingue bem a *corrupção* (peita e suborno) da *concussão*. Não basta que o empregado publico exija aquillo que não é devido, ou mais daquillo que é devido e sabendo que exige o indevido; porque aquelle que recebe uma remuneração para praticar um acto justo é réo de *corrupção* e exige com conhecimento de causa o que sabe não lhe ser devido. Quando, porem, á circumstancia ou condição de não ser devido o que se exige, se ajunta o que se exige *como devido*, se tem o verdadeiro crime de *concussão*; e neste momento preciso se distingue a *concussão* da *peita* ou *suborno*, isto é, da *corrupção*. » Na verdade, o § 3.º do art. 219 faz uma especie d'analgama das duas figuras da concussão e da corrupção, dando em resultado uma terceira que consiste no facto do funcionario arrogar-se dolosamente

attribution de acto do officio para o qual não estava autorizado, ou simular attribution de tal acto com o intuito de fazer ou deixar de fazer o mesmo acto, acceitando o offercimento de favores ou utilidades, ou recebendo dadas. Ha effectivamente nesta figura elementos da *corrupção*, mas a arrogancia dolosa ou a simulação de attribution que não lhe competem na factura de qualquer acto do cargo (emprego) mais se assemelham aos elementos do estellionato. O Cod. classificou-a, porem, entre as especies de *concussão*. A vista da penalidade, tanto o offercimento acceito, como a dadia recebida pelo concussionario, devem ser cousas de valor.

Bento de Faria, *Cod. Pen.* p. 327, citando Puglia, Pincherli, e Carrara observa que o crime de concussão dá-se quando o funcionario publico exige do particular o que não é devido, como se o fosse, ou, em outros termos, é a percepção illegitima praticada scientemente por um funcionario com abusos de suas funcções; ou ainda consiste em extorquir dinheiro ou outra utilidade *metù publicæ potestatis*. Não se deve confundir a *corrupção*, *peita* ou *suborno* com a *concussão*. E' certo terem ambos um caracter commum : extorsão ou obtensão de valores por meio de um *abuso* de funcção, differem, porem, em ponto essencial. Ha *concussão* quando o funcionario pede ou recebe o que sabe não lhe ser devido por lei ou pelos regulamentos; e *corrupção* quando recebe o que lhe podia ser livremente dado ou recusado. Assim, conforme julgou o Trib. da Rel. da Bahia (*Acc.* de 14 Fev. 1879, no *Dir.*, v. 19. p. 560) commette crime de concussão o empregado dos telegraphos que recebe o pagamento de resposta de telegramma que sabe já estar paga.

A doutrina, diz Bento de Faria, distingue a concussão em *explicita* e *implicita*. A primeira dá-se quando o empregado publico constrange alguém a dar ou prometter indevidamente a elle ou a um terceiro dinheiro ou outra utilidade. A segunda verifica-se quando o funcionario, ao contrario de ameaçar ás claras, emprega, abusando de sua qualidade, artificios ou enganos para *induzir* alguém a subministrar, pagar ou prometter indevidamente a elle, ou a um terceiro, o que não é devido, ou para tal fim vale-se ou aproveita-se do erro de outrem. A concussão suppõe uma percepção indevida *exigida* ou *recebida*, diz o mesmo autor e citando Rivarola (*Cod. Pen. Argent.*, v. 3, p. 153) accrescenta : A palavra *exigir* tem dois significados igualmente castigos : um proprio, na accepção de *cobrar*, *perceber*, *tirar* de outro uma consa; outro metaphorico, o de pedir a outrem com muita instancia que faça alguma cousa, sendo mais corrente e usual o sentido figurado que o proprio. No sentido figurado, o delicto teria o caracter de meramente formal, o que effectivamente é assentado por varios autores. De facto, a concussão, diz Carrara, é um delicto verdadeiramente formal porque para a sua consummação não é necessario que o particular tenha entregue realmente o dinheiro que se lhe tirar, por meio do temor ou do engano basta o acto do empregado publico, para enganar ou intimidar. Assim não entende a jurisprudencia hespanhola, que exige a percepção effectiva, segundo Pantoja (*Jurispr. crim. app.* 5, p. 459), Viada y Vilaseca (*Cod. pen. hesp. supp.* 3, p. 297). Para caracterisar a concussão é necessario ainda que fique provado que o agente exigio ou recebeu o que sabia não ser devido, quer em beneficio do Estado, quer em seu proprio proveito. N'esta *sciencia* e *cons-*

ciencia da percepção indevida manifesta-se o *acto*. No caso contrario, não ha concussão, porque o funcionario procedeu de boa fé por ignorancia, ou interpretação erronea do dispositivo legal. Tambem não existe concussão se o agente está fora do exercicio das funções; ou se no exercicio a percepção, illegal se fez por acto extranho ás suas funções ou para o qual não tinha competencia.

— Accordão do Supr. Trib. Fea. de 31 de Dezembro de 1898 : Vistos, relatados e discutidos estes autos de revisão crime requerida por Octaviano Sarmanho de Souza, Joaquim Ignacio de Souza e Manuel Ferreira Pinto : Delles consta que em um dos ultimos dias do mez de Abril de 1896, o primeiro dos impetrantes, que era official de justiça do juizo de direito do 2.º districto criminal de Belem, Estado do Pará, dirigio-se, em companhia do segundo, que exercia a profissão de solicitador, á casa commercial de Pinto Braga e Comp. e da qual é socio o terceiro peticionario, levando consigo um mandado de prisão contra Luiz de Brito, empregado da mesma casa, e alli chegados, Joaquim Ignacio declarára a Manuel Ferreira que, se desse a quantia de 200\$000, ficaria sem effeito o alludido mandado; ao que accedendo Pinto, entregou este tal somma ao supra mencionado official de justiça que recebendo-a, rasgou o papel que dizia ser o mandado de prisão. Processados e julgados conjunctamente no referido juizo de direito em virtude de connexão de delicto, sendo considerado principal o de responsabilidade commettido pelo official de justiça, foram os dois primeiros peticionarios condemnados como co-autores (peitados) no gráo medio do art. 214 do Cod. Pen. e o ultimo como autor tambem (peitante) no gráo minimo do art. 217 do cit. Cod., sendo essa sentença confirmada, em gráo da appellação, pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado. Da decisão assim proferida em ultima instancia e passada em julgado, foi que se intentou revisão para este Tribunal, arrazoando-a os impetrantes e officinando a respeito o sr. Ministro Procurador Geral da Republica, o qual opinou pela desclassificação do crime porque foram condemnados os dois primeiros peticionarios, passando-o do art. 214 do Cod. Pen. para o art. 219, § 3.º do mesmo Cod., bem como pela consequente absolvição do impetrante Manoel Ferreira Pinto. Isto posto, e considerando que no crime definido no art. 214 do Cod. Pen., é indispensavel que o funcionario publico aceite a dadia ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto de officio ou cargo; considerando, entretanto, que dos autos se collige, que o peticionario Octaviano Sarmanho não fôra encarregado como official de justiça, que era então, de prender a Luiz de Brito, pelo que inculcando-se de executor de um mandado de prisão contra aquelle individuo, elle arrogou-se dolosamente attribuição para praticar um acto de officio, e como recebesse dadia para não fazel-o, commetteo exactamente o crime de concussão previsto no art. 219, § 3, do cit Cod. Pen.; considerando que o segundo peticionario, Joaquim Ignacio, induzindo outrem a fazer aquella dadia, auxiliou a pratica do indicado crime nos termos do art. 18, § 3, do referido Cod. Pen., pelo que tornou-se co-autor do mesmo crime e, portanto, passivel de igual penalidade; considerando que excluido assim o crime de peita, não pode mais subsistir a qualificação de peitante dada ao peticionario Manuel Ferreira, que, em vez de ser considerado delinquente, como o foi, deve antes ser tido como victima do crime

de concussão commetido pelos seus co-réus : Accordão julgar procedente o pedido de revisão quanto aos impetrantes Octaviano Sarmanho e Joaquim Ignacio, para tão somente desclassificar o crime em que foram julgados incurso, do art. 214, gráo media, do Cod. Pen. para o art. 219, § 3.º mesmo gráo, do cit. Cod., e nessa conformidade condemnar o primeiro dos citados impetrantes Octaviano Sarmanho á perda do cargo de official da justiça; e tanto este como o segundo, Joaquim Ignacio, á prizão celular por nove mezes e multa de 600\$, alteração legalmente admissivel, por importar minoração de pena; e quanto ao impetrante Manoel Pinto para absolvel-o, como absolvem, attenta sua innocencia, ora reconhecida; custas na forma da lei. »

Art. 220. As pessoas particulares, encarregadas por arrendamento, arrematação, ou outro qualquer titulo, de cobrar e administrar rendas ou direitos e que commetterem algum, ou alguns dos crimes referidos nos artigos antecedentes, incorrerão nas mesmas penas (344).

(344) Comquanto não seja funcionario publico, o particular, encarregado de cobrar ou administrar rendas ou direitos de terceiro, em virtude de arrendamento, arrematação, ou outro qualquer titulo, fica investido de attribuições e poderes que decorrem do encargo. Administrador de cousa alheia, elle deve proceder de accordo com o que estiver estabelecido, ou fór determinado. Se o administrador exigir do arrendatario ou de foreiro contribuição maior do que a estabelecida no contracto, sabendo que essa contribuição assim não era devida, incorre no peculato do § 1º e do art. 219. Si exigindo a renda estabelecida no contracto, empregar contra o arrendatario meios vexatorios, commette o peculato do § 2. Si aproveitando-se da posição de administrador induzir o arrendatario a suppôr que está nas suas attribuições exigir maior renda ou praticar actos discricionarios, mas não o fará se o arrendatario pagar-lhe certa quantia ou contribuir com generos, etc., torna-se incurso na penalidade do § 3.

SECÇÃO ▼

Peculato (345).

(345) Compete á justiça federal o julgamento do crime de peculato quando versar sobre dinheiros, valores e effeitos pertencentes á fazenda nacional, Acc. Supr. Trib. Fed., 23 de Fevereiro de 1895. Vide no *Appendice* a nosa lei n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, que revogou o dec. legisl. n. 1785 de 28 de Novembro de 1907.

Art. 221. Subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, effeitos, generos ou quasquer bens pertencentes á

fazenda publica, confiados á sua guarda ou administração, ou á de outrem sobre quem exercer fiscalização em razão do officio.

Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso proprio ou alheio :

Penas — de prisão celllular por seis mezes a quatro annos, perda do emprego e multa de cinco a 20 0/0 da quantia ou valor dos effectos apropriados, extraviados ou consumidos (346).

(346) Como o gado (*pecus*) servia de moeda em Roma, diz João Vieira [*Cod. Pen. Interp. part. esp. v. ., p. 126*], alem de constituir quasi que a sua riqueza nos primeiros tempos, figurando mesmo até a gravura de bois e carneiros sobre o primeiro cobre que servio de moeda aos romanos, dahi vem a origem da palavra *peculato*. A principio era o furto dos dinheiros publicos e de tudo que pertencia ao povo romano ou ao Imperador. Se o crime era commettido por thezoureiro ou administrador, tomava o nome de *crimen de residuis*.

O nosso Codigo considera *peculato* a subtracção, o consumo, o extravio ou o empréstimo de dinheiros ou effectos pertencentes á fazenda publica por funcionario publico (arts. 221 e 222), ou qualquer pessoa (art. 223), encarregado de guarda-os ou administral-os ou de fiscalizar essa guarda ou administração. Em consequencia, tratando-se de valores particulares, embora sob a guarda de funcionario publico, não ha *peculato*, e, sim, o furto por apropriação (art. 338 do Cod.), o estellionato (arts. 338 ou 340) abuso ou excesso de autoridade (art. 232). João Vieira observa a divergencia que existe, neste particular, entre o nosso Codigo e a doutrina e legislação modernas que não fazem differença, quando as cousas subtrahidas ou distrahidas pertençam a particulares estando sob a guarda de funcionarios *tanquam talis* Diversos Cod. modernos, entre outros o portuguez de 1852, o argentino, o uruguay o e o novo hespanhol, adoptaram este conceito que já os romanos haviam determinado : *non solum pecuniam publicam, sed etiam privatam crimen peculatus facere*. L. 9, § 3, D. *ad leg. Jul. peculatus*. Os elementos principaes do *peculato* previsto no art. 221, são : 1° que a cousa pertença á fazenda publica; 2° que esteja sob a guarda, administração ou fiscalização do funcionario publico. A subtracção, o consumo, o extravio, o consentimento para a apropriação indevida são modalidades do crime. O art. 221 apresenta tres especies discriminadas : Si aquelle que subtrahе, conserva ou extravia a cousa pertencente á fazenda nacional é o proprio guarda ou administrador, dá-se a primeira especie. Si a cousa sob a guarda e administração de um funcionario é subtrahida, consumida ou extraviada pelo encarregado de exercer fiscalização sobre aquelle — ha a segunda especie. Finalmente, si o guarda ou administrador consente que outrem se aproprie indevidamente da cousa, a extravie ou consuma em uso proprio ou alheio — verifica-se a terceira especie. Nas duas primeiras a subtracção, consumo ou extravio constituem acto do proprio funcionario; na terceira são prati-

cados por terceira pessoa, mas o peculato decorre do consentimento do funcionario. Na primeira especie só ha um agente, sujeito activo. Na segunda ha dois, um sujeito activo, outro passivo. Na terceira, um só agente, sujeito passivo. Na segunda são responsaveis pelo mesmo crime tanto o que subtrahе, consuma ou extravia, como o que consente. Na terceira só é responsavel o que consente, porque quem se apropria não é funcionario publico. Assim, pois, são elementos essenciaes do crime : 1° que o peculatório seja funcionario publico legalmente encarregado da guarda ou da fiscalisação da cousa; 2° que a cousa pertença á fazenda nacional ; 3° que tenha havido subtracção, consumo, extravio pelo funcionario, ou apropriação por outrem com consentimento do funcionario encarregado da fiscalisação.

João Vieira censura o nosso Codigo porque no art. 221 exigindo a qualidade de funcionario como elemento do peculato, occulta o sujeito da oração principal, mas no fim da primeira parte do mesmo art. considera peculatório o que exercer fiscalisação sobre aquelle. Assim, o inspector de uma alfandega ou o delegado fiscal do thesouro, o director da Casa da Moeda, são peculatórios quando o thezoureiro ou pagador da sua repartição incorrerem no mesmo crime! » E acrescenta : « Em rigor, desde que o funcionario não tem o deposito, ou o manejo, do dinheiro ou cousas extraviadas, pode commetter outro crime, mas não o de peculato. E' mister que elle tenha a administração, guarda ou exacção, mas não fiscalisação, porque os chefes a tem, desde o ministro, sobre os inferiores na hierarchia por gradções que chegam até o servente, que ainda pode fiscalisar o serviço de jornaleiros e carregadores. » A censura seria procedente, se não se tratasse de segunda especie a que já nos referimos, isto é, o autor da subtracção, consumo ou extravio da cousa, não é o guarda ou administrador, e, sim, o funcionario encarregado da fiscalisação d'aquelle. Ambos são, porem, peculatórios, o guarda porque consentio, ou descuidou-se, o fiscal, porque foi o autor do crime. Se a subtracção se fez com consentimento do guarda, este será co-autor ou cumplice, verificando-se as hypotheses do art. 18, §§ 3 e 4 e art. 21, §§ 1 e 2. Ha o dolo manifestado no pleno conhecimento do mal e directa intenção de pratical-o. Se não houver co-autoria ou cumplicidade, porem descuido, negligencia, inobservancia de disposição regulamentar que acautelava os valores, o guarda responde pela culpa, embora o acto do fiscal, autor do crime, fosse doloso. Parece que assim foi que o legislador entendeu, sendo contraria ao seu pensamento a interpretação que deu logar á censura de João Vieira. Usando da expressão — *subtrahir, consumir ou extraviar dinheiros, etc.*, o legislador cingio-se ao dec. n. 657 de 5 de Dezembro de 1849 que no art. 6 dispõe : Se os thezoureiros, recebedores e collectores e contractadores depois de prezos não verificarem as entradas dos dinheiros publicos no prazo marcado, se presumirá terem *extraviado, consumido, ou apropriado* os mesmos dinheiros e por conseguinte se-lhes mandará formar culpa pelo *crime de peculato*, continuando a prisão no caso de pronuncia e mandando-se proceder civilmente contra os seus fiadores. »

O processo do crime de peculato é hoje regulado pela lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898. A Const. Fed., art. 99, instituiu o Tribunal de Contas, que foi reorganizado pela lei n. 392 de 8 de Outubro de 1896, regulamentada pelo dec. n. 2109 de 23 de Novembro de 1896. O Tribunal de

contas tem jurisdição própria e privativa sobre as *personas* e as *materias* sujeitas á sua *competencia*; abrange todos os *responsaveis* por dinheiros, valores e material, *pertencentes á Republica*, ainda mesmo que residam fora do paiz. Agindo como Tribunal de Justiça, as suas decisões definitivas tem força de sentença judicial. (*Vide a lei e o regulamento.*) « Carrara e Pessina interpretam os trez Codigos italianos, diz João Vieira, especialmente o toscano, anteriores ao vigente e Puglia resume a doutrina d'aquelles autores e refere-se a este último codigo, todos tratando em geral do elemento constitutivo do crime, isto é, a *distracção* e a *subtracção*. Carrara entre os elementos do *peculato* menciona as *condições da entrega* e observa que na jurisprudencia *commum* prevalece a regra que para haver o titulo de *peculato* é requisito indispensavel que o depositario publico seja devedor de *especie* e não de *quantidade*, que tenha obrigação de *conserver* e *restituir* o dinheiro ou a coisa. Alguns quizeram distinguir *subtracção* e *distracção* para sustentar que o *peculato* exigia a *subtracção* e não bastava a *distracção*. Mas Carrara combate essa distincção observando que o funcionario que desvia o objecto publico em seu beneficio não *subtrahere* porque tem a posse da coisa, mas a *distraxe* do uso a que era destinada. » No direito italiano ha ainda a distincção entre *peculato* e alcance ou desfalque no cofre (*vuoto di cassa*) que é uma *distracção*, cuja consumação depende, não do uso do dinheiro, mas do facto de não ser entregue, ou não dar conta, quando exigida, da quantidade devida, ou mesmo quando o caixa se torne moroso em fazer a entrada dos valores. O Cod. italiano vigente supprimo estas distincções e fez entrar mesmo na noção de *peculato* o *commercio illicito* dos valores. » Assim tambem considerou o nosso Codigo. Entende João Vieira que pelo nosso direito para ter logar a acção criminal é mister o alcance verificado em processo corrente de tomada de contas ou julgado em sentença definitiva do Tribunal de contas com as demais condições legais. Assim tambem decidia o juiz seccional do Districto Federal, dr. Godofredo Cunha, que acrescenta : « a unica excepção a essa regra se verifica, quando o responsavel confessa ou não nega a existencia do *reliquat* com o respectivo *quantum* da responsabilidade, ficando assim, por este meio, pela prova testemunhal e pelas proprias declarações do accusado, supprida a falta do processo corrente de tomada de contas ou da sentença definitiva do Tribunal de Contas, cujo fim não é outro senão constatar o desfalque e o valor exacto da importancia subtrahida, sujeitando o delinquente não só á responsabilidade criminal pelo delicto que praticou, provado o dolo, como á civil pelo damno causado. O Supremo Trib. Fed. reformando a sentença declarou que não depende da tomada de contas pelo Tribunal de Contas a verificação do crime do appellante (*peculato*) porque, como mais de uma vez tem decidido o Tribunal, esta condição final da *prova* é supprida quando, pela natureza das funções de depositario de valores ou efeitos publicos ou pela forma que reveste o acto da *subtracção* ou desvio, a prova é feita materialmente de outra maneira, e assim se deu no caso presente, com o exame e verificação do desfalque, perante a junta administrativa da Caixa de Amortização, pelo qual se comprovou a falta da quantia da caixa em que o fiel a devia guardar e donde não podia retirar. Accordão de 21 de Dezembro de 1903, na *Rev. Jurispr.*, Fev. 1902, p. 113. Em julgados

anteriores o mesmo Tribunal decidiu em sentido contrario. A jurisprudencia vacillando, parece-nos que a boa doutrina é a sustentada pelo dr. Godofredo Cunha. A lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 14, manteve a jurisdicção conferida pelo dec. n. 657 de 5 de Dezembro de 1849 á autoridade administrativa para ordenar a prizão de todo e qualquer responsavel pelos dinheiros e valores pertencentes á fazenda federal ou que, por qualquer titulo, se acharem sob a guarda da mesma — nos casos de alcance ou de remissão ou omissão em fazer as entradas nos devidos prazos, não sendo admissivel a concessão de *habeas-corpus* por autoridade judiciaria, salvo se a petição do impetrante vier instruida com documento de quitação ou deposito do alcance verificado. São competentes para ordenar a prizão de que trata este artigo, no districto Federal — o ministro e secretario dos negocios da fazenda, e nos Estados — os inspectores das alfandegas e os chefes ou directores das delegacias fiscaes, relativamente aos individuos que funcionarem ou se acharem no referido Estado. Attenta a natureza da prizão administrativa, autorizada pelo dec. n. 657 de 1849, contra os funcionarios responsaveis por dinheiros e mais effeitos publicos, como meio, já de compellil-os á immediata restituição do alcance, já de prevenir-lhes a fuga, somente a elles e não aos seus cúmplices, é applicavel. Quanto aos cúmplices do peculato, pois que não são responsaveis á fazenda publica pelos dinheiros e mais effeitos extraviados ou consumidos e unicamente por effeito de sentença condemnatoria, passam a ser obrigados para com ella pela satisfação do crime, apenas tem cabimento a prisão preventiva nos termos da lei commum. Acc. do Sup. Trib. Fed., 2 Fev. 1899 na *Rev. Jurisp.*, Agosto, 1899, p. 330. Pertence á competencia da justiça federal conhecer dos crimes de responsabilidade commettidos por empregados publicos federaes que não tiverem fóro privilegiado. O objecto do direito offendido e o caracter publico do indiciado firmam á competencia do juizo federal, fora da qual nenhum outro juiz seria competente para delles conhecer, ficando assim impunes crimes que, como na especie, houvessem sido commettidos contra a União: o que seria absurdo. E esta é a doutrina que se deduz dos arts. 40 e 52 b e 25 do dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, firmada na Constituição da Republica, arts. 59, 60 e 62, sustentado em especies congeneres pelo Tribunal e suffragada pela lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 20, n. 4. Acc. do Supr. Trib. Fed. de 23 de Fevereiro de 1895, resolvendo um conflicto de jurisdicção entre o dr. juiz seccional do Districto Federal e a Camara Criminal do Tribunal civil e criminal do mesmo Districto. (No *Direito*, Maio, 1895, p. 135).

— No celebre processo denominado *Caso das pedras* que tanto prendeu a attenção do nosso fóro, o Supremo Tribunal Federal proferio o seguinte Accordão:

« N. 21. Vistos, expostos e discutidos estes autos de denuncia, entre partes, denunciante o Dr. Fausto de Aguiar Cardoso e denunciados o Dr. Fausto Augusto dos Santos, advogado; Dr. Didimo Agapito da Veiga, presidente do Tribunal de Contas; José Fernandes Ribeiro da Costa, sub-contador dos Telegraphos, e Manoel Candido Leão, director da Contabilidade do Thesouro Nacional;

Considerando que o facto pelo qual foram denunciados e pronunciados se

acha provado em face do depoimento das testemunhas e mais peças constantes dos autos de fl. a fl.;

Considerando que contra os tres primeiros milita a circumstancia aggravante do art. 39, § 13 do Codigo Penal, articulada no libello, tendo sido, para todos, reconhecida a attenuante do art. 42, § 9º, do mesmo Código :

Accordão em condemnar o Dr. Fausto Augusto dos Santos, Dr. Didimo Agapito da Veiga e José Fernandes Ribeiro da Costa nas penas do gráo medio do art. 221, combinado com o art. 18, §§ 1º e 3º do Codigo Penal, a dous annos e tres mezes de prisão cellular, perda do emprego, quanto aos que são empregados publicos, e multa de 12 1/2 0/0 da quantia que indevidamente se pagou no Thesouro Nacional, e Manoel Candido Leão, no minimo de referido artigo, seis mezes de prisão cellular, perda do emprego e 5 0/0 da mencionada quantia e custas.

Supremo Tribunal Federal, 31 de Janeiro de 1905. — *Aquino e Castro*, presidente. — *André Cavalcanti*. — *Ribeiro de Almeida*, vencido quanto ao réo Manoel Candido Leão, a quem absolvía, por me parecer que os indicios contra elle çolhidos, sufficientes para a pronuncia, não o são para a condemnação, — *Macedo Soares*, vencido. Quanto ao Dr. Didimo da Veiga, pelo que deixei expendido á fl. 234 no despacho de pronuncia, absolvi-o de culpa e pena, por me parecer, mais que incurial, absurda a sua condemnação no crime de peculato, seja qual fôr a hypothese das enumeradas nos arts. 221, 222 e 223 do Codigo Penal. Quanto ao Dr. Fausto dos Santos, advogado, que, com documento falsificado, manobrou o pagamento dos 520:000\$, que elle perfeitamente sabia não serem devidos á sua cliente, D. Mafalda Lisboa, e dos quaes tinha o lucro dos seus honorariós, incorrendo assim no art. 338, § 5º, condemnei-o em estellionato, jámais em peculato, que consiste em subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro publico (na especie) ou nisso consentir, estando esse dinheiro sob a guarda, administração ou fiscalisação do delinquente. Quanto ao réo Manoel Candido Leão, Director da Contabilidade do Thesouro Nacional, por cujas mãos passaram os papeis relativos ao pagamento dos 520:000\$, nelle vio o algarismo falsificado a outras manobras fraudulentas e deixou de representar sobre isso ao seu chefe, ao Ministro que ordenou o pagamento, condemnei-o em peculato, 2º parte do art. 221 do Codigo Penal. E quanto ao réo José Fernandes Ribeiro da Costa, Sub-Contador dos Telegraphos, e como tal, empregado do Ministerio da Viação e não da Fazenda, pareceu-me até extravagancia condemnal-o em peculato; como, porém, está provado dos autos que, ou por jactancia de valimento, ou por indole serviçal, auxiliou com empenho a execução do crime do Dr. Fausto dos Santos, solicitando dos empregados do Thesouro o prompto andamento, sem exame, dos referidos papeis, condemnei-o, como cumplice daquelle, no art. 338, § 5º, combinado com o art. 21, § 1º, última especie do referido codigo. Na sentença ha erro grave quanto a esse réo, Ribeiro da Costa, dando-o por condemnado, quando elle foi absolvido pelo voto de Minerva; pois, em dez juizes que votaram, cinco condemnaram todos os réos em peculato; quatro absolveram a Ribeiro da Costa; o meu voto de condemnação em estellionato, com repulsa verbal e formal de peculato, como decisão injuridica, não póde accrescer aos que condemnaram Ribeiro da Costa em peculato; e como voto sem valor, por ter ficado isolado, deve-se acostar aos

de absolvição, ficando a decisão desempatada pelo voto de Minerva.

Seria absurdo que soffresse a pena de peculato quem foi condemnado nella sómente por metade dos Ministros julgadores : cinco votos pelo peculato; cinco votos contra o peculato.

Em materia crime, o voto divergente, não condemnatorio no parecer dos cinco a favor do peculato, é favoravel ao réo, e, por isso accresce aos votos de absolvição, que, como o divergente, são contra a condemnação no peculato. Sobre este assumpto já escrevi no *Direito*, XI, 9.

Em summa : o meu voto contra a condemnação do réo Ribeiro da Costa em peculato absolve-o deste crime, como o absolveram os outros quatro Srs. Ministros divergentes.

Cumpre-me notar que as testemunhas do plenário não foram qualificadas, nem juramentadas, nem perguntadas aos artigos, um por um do libello; e as de defesa não foram inquiridas pelo digno Dr. juiz relator e instructor do processo, que deixou esse encargo aos advogados das partes, e, finalmente, não foram tomados nos autos os seus depoimentos.

Se o regimento da casa é omissivo, preenchem-se as suas omissões com as leis geraes, anteriores ou posteriores, e não se organiza um processo com taes lacunas, tão tumultuario. — *Antonino Pires*. « São autores os que antes e durante a execução prestarem auxilio sem o qual o crime não seria commettido. » Cod. Pen., art. 18, § 3°.

O accusado Dr. Fausto Augusto dos Santos combinando apresentar e apresentando a petição em que tinha de ser e foi lançada a ordem illegal para um pagamento indevido, o Sr. Candido Leão prestando a informação que servio de fundamento a esta ordem e o Dr. Didimo da Veiga determinando o registro sem o qual não seria ella executada, agindo todos sciente e consciencientemente, o primeiro e o ultimo por accôrdo prévio, e o segundo a pedido do terceiro, prestaram auxilio, sem o qual não seria expedida e executada semelhante ordem e sem o qual, portanto, não se daria os desvio, o criminoso desvio dos 520:000\$ pertencentes á Fazenda Publica.

Assim e coherente com o voto que omitti na pronuncia, condemnei-os nos termos do accordão.

Quanto ao accusado Ribeiro da Costa, repito as palavra com que enunciei o meu voto : Juiz adstricto ao allegado e provado, com o rigoroso dever de apontar nos autos o fundamento do meu voto, devo declarar que nos factos attribuidos a este réo encontro apenas indicios que autorizam as suspeitas de sua participação no delicto, mas não provas que me habilitem a condemnal-o; por isso absolve-o.

Piza e Almeida, vencido; votei pela absolvição dos réos por não terem elles commettido o delicto do qual foram accusados.

Não sendo a interpretação extensiva por analogia ou paridade admissivel para qualificar crimes ou applicar-lhes penas, não se pôde qualificar de peculato os factos attribuidos aos réos.

Se esses actos constituissem crime de peculato, o primeiro responsave seria o Ministro da Fazenda, que, autorizado pela lei de orçamento n. 381 de 30 de Dezembro de 1901, art. 31, § 20, mandou pagar á viuva Lisboa : quantia do 520:000\$; sem sua resolução e ordem nada absolutamente se faria.

Pindahiba de Mattos. — *H. do Espirito Santo* vencido quanto ao réo-

Ribeiro da Costa, por cuja absolvição votei; e quanto ao gráo da pena imposta ao Dr. Didimo da Veiga, por entender que a seu respeito milita a atenuante do § 9º do art. 42 do Código Penal.

Raul Martins. — *Alberto Torres*, vencido; votei pela absolvição dos accusados.

Presente — *Epitacio Pessoa*. Foi voto vencedor o do Sr. Ministro Pedro Antonio de Oliveira Ribeiro. *

O Accordão foi embargado e desprezados os embargos foi confirmada a condemnação anterior. Deo-se, porem, um incidente na contagem dos votos, assim referido pelo *Jornal do Commercio* de 3 de Agosto de 1905, na gazetilha sob a epigraphe *O Caso das pedras* :

« Hontem, no Supremo Tribunal, após o julgamento de varios *habeas corpus*, o Sr. Presidente Aquino e Castro disse que, de conformidade com o Regimento, era preciso resolver ácerca da approvação ou emenda do accordão proferido no processo de denuncia n. 21, nos termos em que foi elle redigido pelo Sr. Ministro relator *ad huc*, tendo em vista o julgamento constante da acta publicada na imprensa.

Tendo-se levantado duvidas sobre o modo de contar os votos dos Juizes que tomaram parte no julgamento quanto ao accusado Dr. Fausto dos Santos, era mister que o Tribunal se pronunciasse a respeito.

Declarou o Sr. Presidente que não deu por empatada a votação, nem por absolvido o Dr. Fausto dos Santos da accusação que lhe foi intentada, porque tendo sido desprezados os embargos e confirmada a condemnação anterior, por cinco votos, apenas dous se pronunciaram pelo recebimento e consequente absolvição, e os tres restantes pela annullação do feito, afim de ser o accusado submettido a novo processo por crime de estellionato. Tem estes ultimos votos como irreductiveis, sem que delles se possa deduzir a pretendida absolvição. Dous votos julgaram valido o processo desde que absolveram o accusado, porque não pôde dar-se absolvição, ou condemnação em processo nullo; os tres restantes pronunciaram-se pela nullidade, mas nullidade de processo para que seja outro intentado contra o mesmo réo, por crime que se pôde considerar mais grave por sua natureza e penalidade, não é o mesmo que absolvição.

Não ha, pois, como conciliar votos divergentes no fundo e na fórma por que foram expressados. Uns e outros, de per si, estando em minoria, pela apuração feita, prevalece a maioria dos cinco votos concordes na condemnação já decretada na sentença embargada, sem que sejam computados como accordes os votos divergentes.

Eis porque — concluiu o Sr. Presidente — não foi ordenada a immediata soltura do accusado, aguardando-se a deliberação que o Tribunal tiver por mais conveniente.

Foi approvada a redacção do accordão, que já publicámos na integra, contra o voto do Sr. Lucio de Mendonça, quanto ao Dr. Fausto dos Santos.

O Sr. Oliveira Ribeiro declarou que votava o accordão vencido, pois entendia que, tendo absolvido os tres primeiros indiciados, não podia condemnar Fausto dos Santos por crime de peculato. Não podendo tambem condemnar-o pelo crime de estellionato, sobre o qual o réo não fôra ouvido e de que não se defendera, achava que os autos deviam baixar ao poder com-

petente para ser iniciada acção contra aquelle réo pelo crime de estellionato.

O Sr. Alberto Torres declarou que approvava o accordão por entender que o momento não era opportuno para ser alterado o resultado já annuciado.

O parecer do sr. Ministro Procurador geral da Republica Epitacio Pessoa é desenvolvido e do theor seguinte :

A lei n. 834 de 30 de Dezembro de 1901, art. 31, § 20, autorizou o Poder Executivo a pagar á viuva do Engenheiro Manoel Soares Lisboa a importancia da pedra fornecida por seu marido para construcção da estrada de ferro de Porto Alegre a Uruguayana, bem como o respectivo transporte. A pedra utilizada na empreitada do Engenheiro Lisboa, que a parte interessada allega ter sido toda por elle fornecida, attingia a 12.526 metros cubicos. Multiplicade o seu preço (500 réis a carrada ou 1\$500 o metro cubico, segundo os recibos juntos ao requerimento que Lisboa e outros dirigiram ao Governo Imperial a 26 de Maio de 1882) mais o custo da extracção e empilhamento (5\$030) por aquelle numero de metros cubicos, vê-se que, ainda aceitando como legitimos todos esses dados, a pedra fornecida deveria importar em 82:045\$300. Adicionando-se a este producto o preço de transporte (106:972\$040) como calculou o procurador da viuva Lisboa subiria o valor total do pagamento a 189:017\$340. Em 11 de Janeiro de 1902 o dito procurador, Dr. Fausto Augusto dos Santos, requereu ao Ministro da Fazenda o pagamento autorizado pela lei orçamentaria. Como documento instructivo desse pedido juntou um bilhete assignado com as iniciaes — S. L. — que elle attribuia a Soares Lisboa e no qual este, em resposta a uma pergunta do engenheiro em chefe da estrada, affirmava ser de 16\$ a carrada o preço da pedra que encontrara para a sua empreitada.

Este bilhete tinha sido falsificado, emendando-se o algarismo primitivo 500 réis para 16\$. Por outro lado, dava o Dr. Fausto dos Santos como certo que não menos de quatro carradas eram precisas para a construcção de um metro cubico de alvenaria, elevando-se assim o preço deste a 64\$, de sorte que, calculado nesta razão o valor da pedra e adicionando-se-lhe a extracção, o empilhamento e o transporte, o pagamento vinha attingir a somma de 971:892\$340. A Directoria da Contabilidade do Thesouro Federal, desconhecendo sem duvida o requerimento de 26 de Maio de 1882, que só veio á publicidade depois de liquidado este negocio, e no qual, como já disse, o engenheiro Lisboa dava á carrada de pedra o preço de 500 réis e de 1\$500 ao metro cubico, aceitou os documentos e o calculo offerecidos pelo Dr. Fausto dos Santos. O Ministerio da Fazenda achou excessiva a importancia de 971:892\$340 e mandou propor a esse doutor, como liquidação definitiva do debito, a quantia de 520 contos, ainda assim superior em mais de 100 contos ao custo de todos os outros trabalhos da empreitada. A proposta foi aceita. Submettidos os papeis ao Tribunal de Contas, o Director Viveiros de Castro oppoz-se ao registro da despesa : por ter sido a liquidação feita no Ministerio da Fazenda; por se deduzir do processo forte presumpção de nada dever o Governo a Lisboa; e finalmente por estar prescripta a divida. Não obstante, o Presidente do Tribunal, Dr. Didimo da Veiga, ordenou o registro, sem ouvir o representante do Ministerio Publico sobre a prescripção, sem exigir do Governo que abrisse préviamente o credito e sem sujeitar o seu despacho á deliberação do Tribunal. Foram, portanto, pagos os 520 contos, dos quaes

o Dr. Fausto dos Santos entregou 150 á viuva Lisboa e ficou com os 350 restantes para si e os que o auxiliaram na obtenção da autorização legislativa e do pagamento, nos termos do immoralissimo contrato que fizeram com aquella senhora. E' sobre este facto que versa o presenta summario.

— O Dr. Fausto de Aguiar Cardoso denuncia o advogado Fausto Augusto dos Santos, José Fernandes Ribeiro da Costa, Sub-contador dos Telegraphos, Dr. Didimo Agapito da Veiga, Presidente do Tribunal de Contas, Dr. Joaquim Duarte Murtinho, ex-Ministro da Fazenda e Manoel Cândido Leão, Director da Contabilidade do Thesouro Nacional, como incurso no art. 221 do Código Penal, por se terem « os tres primeiros mancomunado para o fim de, sobre a base de um bilhete sem assignatura, retirar do Thesouro Federal quantia muito maior do que a que devia ser paga » e os outros dous prestado a esse plano auxilio sem o qual elle se não teria executado.

— A competencia originaria do Supremo Tribunal é determinada no caso pela circumstancia de figurarem como denunciados o Dr. Joaquim Murtinho, Ministro da Fazenda, e o Dr. Didimo da Veiga, Presidente do Tribunal de Contas, ao tempo do delicto, (Constituição art. 52 §§ 1º e 2º e art. 59, I, a, decreto n. 352 de 8 de Outubro de 1896, art. 1º, § 8º). A indivisibilidade do facto criminoso acarreta a indivisibilidade do processo, e como a competencia especial atrae a ordinaria, a do Tribunal estende-se assim legitimamente aos outros denunciados.

— A imputação feita ao Dr. Joaquim Murtinho consiste no seguinte :

A 14 de Abril de 1902 o denunciado, conformando-se com o parecer emitido pela Directoria de Contabilidade do Thesouro sobre o requerimento em que o Dr. Fausto dos Santos reclamava o pagamento das pedras, ordenou « que se enviasse o processo ao Ministerio da Viação para que este desse o seu parecer a respeito, liquidando o direito reclamado, e, no caso de ser elle reconhecido, determinar a importancia devida. »

Decorridos treze dias sem que este despacho fosse cumprido, o ex-Ministro da Fazenda, a pedido do Presidente do Tribunal de Contas, modificou-o, mandando que apenas se solicitassem informações sobre o assumpto ao Ministerio da Viação. Recebendo resposta negativa deste Ministerio, o Thesouro, pela sua Directoria de Contabilidade, calculou a importancia a pagar em 971:892\$340, a mesma pedida no requerimento da viuva Lisboa, tomando como base ao seu calculo os documentos apresentados pelo procurador desta viuva, dos quaes um, justamente o bilhete que fixava o valor da carrada de pedra, não era « sufficiente » no entender de dous empregados daquella Directoria. O Dr. Murtinho, achando exagerada a quantia, mandou, por despacho de 27 de Junho, offerer ao Dr. Fausto dos Santos, como liquidação final do debito, a de 520 contos, que foi aceita.

Foram assim gastos 520 contos em uma indemnização que o Dr. Fausto dos Santos em carta escripta á viuva Lisboa avaliava em 66 contos e, ao pleitear na Camara dos Deputados a autorização orçamentaria, insinuava não ser superior a 32 contos, circumstancia esta ultima de que em tempo fôra avisado o ex-Ministro da Fazenda.

Os actos attribuidos ao Dr. Joaquim Murtinho estão provados com os documentos que instruíram a denuncia; mas nenhum indício se encontra nesse

documentos nem se colhem no summario de que o denunciado os tivesse praticado com intenção criminosa.

A circumstancia, que aliás por si só não caracterisaria o elemento subjectivo do crime, de haver elle modificado o seu primeiro despacho em virtude do pedido do Presidente do Tribunal de Contas e a de ter sido realmente avisado do exagero da indemnização, não encontram o mais leve apoio nos autos.

O facto da reforma do despacho tambem não gera por si só a presumpção de criminalidade : até prova em contrario, é natural que elle seja attribuido ao reconhecimento ulterior de ser executada a providencia ordenada. Ao ministro, com effeito, era licito pensar, e parece ter sido este o motivo determinante de seu acto, que se a lei autorizava o Governo a pagar a importancia das pedras, é que reconhecera em principio o direito da parte ao pagamento reclamado; descabido, portanto, fóra, como exigia o primeiro despacho, submeter ao Ministerio da Viação o reconhecimento de um direito já reconhecido pela lei : De outra parte, o acto do Congresso legitimava o serviço feito, valia por uma autorização do mesmo serviço, em quanto a autorização para o pagamento importava a autorização para o credito respectivo, de sorte que em rigor não se podia considerar a divida como da natureza daquellas de que trata o art. 14 do decreto n. 10.145, de 5 de Janeiro de 1889.

O que havia, pois, a fazer era apenas liquidar o *quantum* da despeza e para isto bastava que o Ministro da Viação ministrasse ao da Fazenda, em cujo orçamento ella estava inscripta, os dados necessarios. Eis o que decido o ex-Ministro no seu segundo despacho. Se o Presidente do Tribunal de Contas foi quem por estas ou outras razões obteve do Ministro a derogação do primeiro despacho e, fazendo-o, auxiliava conscientemente a execução do plano criminoso, como pretende a denuncia, tal circumstancia comprometterá este funcionario, mas não o Dr. Joaquim Murinho, desde que não se demonstra nem ha sequer nos autos razões para se presumir que o ex-Ministro da Fazenda se achava iniciado no segredo daquelle plano. O Ministro da Viação, apezar de possuir em seu archivo documentos que podiam esclarecer completamente o assumpto, informou que nada alli constava, induzido provavelmente pelos artificios do Dr. Fausto, que anteriormente lhe apresentára o capcioso requerimento de fil. 72 para o fim que alcançou, de encaminhar e restringir as investigações futuras daquelle Ministerio a um periodo de tempo limitado e muito diverso do em que se processára a reclamação do engenheiro Lisboa, desattendido pelo Governo Imperial.

Se o processo houvesse sido remettido ao Ministerio da Industria é possível que, apezar dessa manobra, o plano tivesse fracassado; mas tambem, se esse Ministerio houvesse enviado ao da Fazenda os elementos que possuia e que este lhe pedira, não ha duvida que a Directoria da Contabilidade do Thesouro não teria ficado reduzida a fazer o calculo pelos papeis que lhe foram presentes e o pagamento, pelo menos naquella elevada importancia, não teria sido autorizado.

E' certo tambem que a autorização legislativa, resuscitando o indiscutivel direito do engenheiro Lisboa, conferia ao Governo uma faculdade de que este podia usar ou não; é irrecusavel ainda que os documentos exhibidos pela parte não offereciam elementos seguros nem bastantes para fixar-se o *quan-*

sum da indemnização e, não obstante tudo isto, a ordem para pagamento daquela avultada somma foi expedida. Mas esta ordem, formulada em termos condicionaes e reduzindo a quasi metade a quantia que fóra calculada e que aliás o Director da Contabilidade, funcionario superior e de alta responsabilidade e confiança, entendia que podia e devia ser totalmente paga, denota quando muito que o Ministro não examinou por si mesmo e cuidadosamente os papeis submettidos ao seu despacho, mas não induz, a meu ver, interesse no crime, animo de fraudar os cofres da Nação em proveito proprio ou alheio, o que constitue elemento essencial no crime de peculato e no emtanto nenhuma peça dos autos, nem mesmo a denuncia, attribue ao ex-Ministro da Fazenda neste escandaloso facto.

Sou pois, de parecer que a denuncia deve ser julgada improcedente quanto ao Dr. Joaquim Duarte Murtinho, visto não constituirem crime os factos que lhe foram imputados.

— Excluido o ex-Ministro da Fazenda, a figura delictuosa se transforma, o crime já não tem nem pôde sequer apparentar a feição de um peculato, visto que nenhum dos outros funcionarios denunciados, nem mesmo o Presidente do Tribunal de Contas, exercia sobre o thesoureiro que effectuou o pagamento fiscalização em razão do officio no sentido em que, parece-me, deve ser entendida essa original disposição do Codigo Penal, isto é, como significando a finalização de uma autoridade hierarchicamente superior ao thesoureiro e com poder para dar-lhe ordens de pagamento em razão de officio.

Qual então o crime de responsabilidade commettido pelo Dr. Didimo da Veiga, unico dos denunciados que agora tem direito, e só por crimes dessa natureza, ao fóro privilegiado do Tribunal?

• O Presidente do Tribunal de Contas é accusado :

a) de se haver empenhado ao pé do Ministro da Fazenda por que a liquidação do pagamento devido pelas pedras fosse feita no Theouro e não no Ministerio da Viação; com o Director da Contabilidade para que, discordando dos outros empregados que examinaram os papeis, não levantasse duvidas sobre o valor dos documentos e opiniasse pelo pagamento na importancia pedida e finalmente junto ao Dr. Viveiros de Castro para que desse com brevidade o seu parecer sobre o registro do credito;

b) não ter exigido do Poder Executivo a abertura do credito por decreto;

c) de haver prescindido da audiencia do representante do Ministerio publico, apesar de allegada a prescripção da divida;

d) de haver ordenado o registro de uma despeza para indemnização de um serviço não autorizado e sem credito opportunamente concedido, não se tendo feito a liquidação nos termos do decreto de 4 de Janeiro de 1889;

e) não ter submettido o seu acto a deliberação do Tribunal reunido;

f) de o haver, finalmente subtrahido á publicação no *Diario Official* para que a viuva Lisboa não viesse a conhecer a cifra exacta do pagamento que se ia realizar, o que não convinha aos interesses dos conluidos no crime. •

Percorrendo a parte do Codigo Penal referente aos crimes dos funcionarios publicos, é facil verificar que apenas em dous artigos pôde ser classificado o procedimento attribuido pela denúncia ao Presidente do Tribunal de Contas, dadas as circumstancias expostas na mesma denuncia : o art. 20^o, § 1^o (prevaricação) ou o art. 214 (suborno).

Quanto a este ultimo, nem na denuncia nem em outra qualquer peça do sumario, ha a menor allusão ao facto de haver aquelle funcionario aceitado promessa, dativa ou recompensa para praticar um acto de officio.

Vejamos, por conseguinte, se o facto reúne os elementos do crime de prevaricação.

Dous são os elementos constitutivos deste crime : a) proceder contra litteral disposição de lei ; b) por affeição, odio, contemplação ou para promover interesse pessoal.

Certo é que alguns dos factos acima articulados podem bem representar o segundo destes elementos, revelando contemplação daquelle funcionario ou interesse pessoal seu na solução do negocio. Mas quanto ao primeiro elemento, parece-me que não se encontra na hypothese dos autos, ao menos com a clareza e precisão necessarias, a não ser talvez num caso que mais adiante indicarei mas no qual os dous elementos não se reúnem.

De que modo procedeu o Presidente do Tribunal de Contas contra litteral disposição de lei ?

Deixando de exigir que o Governo abrisse por decreto o credito necessario para o pagamento ?

Não : essa providencia não era imprescindivel, por isto que, segundo já observei, a autorização legislativa para pagar constituia o proprio credito preciso para o pagamento. No documento de fl. 37, com o qual pretende a denuncia provar que outra era a orientação do Tribunal de Contas, vem justamente resalvada esta hypothese.

Ordenando, antes da liquidação especial, o registro de uma despesa relativa a serviço não autorizado e sem credito ? Não, porquanto, como já deixei dito tambem, tal despesa não póde em rigor, ser classificada entre as que o decreto n. 10.145, de 5 de Janeiro de 1889, sujeita áquella liquidação.

Deixando de submitter o seu acto á deliberação do Tribunal reunido ? Ainda não. O art. 2º, § 1º, do decreto n. 392, de 8 de Outubro de 1896, prescreve, é certo, que o registro ordenado pelo Presidente seja *affecto* ao Tribunal em sua primeira reunião : mas o intuito desta medida não é sujeitar o acto do Presidente á *deliberação* do Tribunal, e sim apenas leval-o ao seu conhecimento para figurar na acta dos trabalhos, como é expresso no decreto n. 2.109, de 23 de Dezembro de 1896, art. 156. Nem se diga que neste ponto o regulamento exorbitou da lei e no conflicto entre ambos, deve esta prevalecer. Que assim fosse, um processo por prevaricação no qual o indiciado pudesse invocar, como justificativa do seu procedimento, disposição expressa de um acto constitucional do Poder Executivo, seria um processo fatalmente inviavel. Mas a verdade é que o pensamento da lei foi mesmo o que se acha exarado no regulamento, como bem se demonstrou no documento de fl. 35.

Deixando, enfim, de ovvir o Ministerio Publico sobre a *prescrição* nos termos do art. 8º, n. 3, letra *a*, do citado decreto n. 392 ? E' este, póde-se dizer, o unico ponto regido por disposição litteral de lei.

Não me parece, ainda assim, que por elle se possa capitular no art. 207, § 1º, do Codigo Penal, o procedimento de que se increpa o Dr. Didimo da Veiga.

Antes de tudo importa assinalar que o acto é incidente e secundario, não

É o principal entre os que praticou o Presidente do Tribunal de Contas, não era indispensável para que o fim collimado fosse attingido, não figurou como causa eficiente na consummação do delicto. Ouvido o representante do Ministerio Publico, cujo voto é meramente consultativo, nem por isto estaria o Tribunal impossibilitado de registrar a despeza e determinar assim o pagamento. O acto, pois, não implica forçosamente o interesse característico da prevaricação.

Além disto, porém, ha considerações de outra ordem, que, parece, devem excluir neste caso, o elemento subjectivo do crime. Autorizando o pagamento de uma divida prescripta, pôde-se razoavelmente suppôr que foi pensamento do Congresso releval-a da prescripção, pois só isto legitimaria a sua intervenção em materia da alçada da administração ou do poder judiciario. Não é que eu esteja certo, após o estudo que fiz desta questão, de que houvesse realmente entrado nas cogitações do Poder Legislativo o proposito deliberado de revigorar o direito do engenheiro Lisboa; mas não deixo de reconhecer que do seu acto se pôde convencidamente tirar essa illação. Tanto basta para convir na sinceridade do presidente do Tribunal de Contas quando julgou dispensavel a audiencia do ministerio publico, tanto basta, portanto, para admittir que elle não prevaricou.

Fica assim o facto reduzido ao que elle é realmente desde a sua origem, por sua natureza, pelos elementos que o constituem, pelas circunstancias que o rodeiam, isto é, um crime de estellionato perfeitamente caracterizado (art. 338, § 5º do Cod.), já que o bilhete falsificado não era documento capaz de produzir obrigação juridica e não pôde, consequentemente, determinar a classificação do facto nos arts. 258 e 259.

— Mas se o crime não é o de peculato, nem o de peita, nem qualquer outro de responsabilidade; se é um delicto commum, cessa tambem a competencia originaria do Supremo Tribunal em relação ao Dr. Didimo da Veiga, ainda que preliminarmente esta competencia, conferida por uma lei ordinaria e não pela Constituição, seja admittida, o que é duvidoso em face do Accordão n. 5 de 17 de Agosto de 1895 (Jurisp. pag. 100), proferido sobre denuncia apresentada contra o Prefeito do Districto Federal.

E neste caso, restricto o processo a um crime da alçada do fóro ordinario e a individuos, nenhum dos quaes tem o direito a fóro privilegiado, deverá o Supremo Tribunal, não obstante julgar da procedencia da denuncia quanto aos outros denunciados que não o ex-Ministro da Fazenda, em respeito ao principio da indivisibilidade do processo, ou deverá mandar que este se faça perante o juiz da 1ª instancia?

Penso que é este ultimo o alvitre a adoptar..

A razão da indivisibilidade do processo desaparece para o Supremo Tribunal com a improcedencia da denuncia em relação ao Dr. Joaquim Murtinho e com o reconhecimento de não ser funcional o delicto de que é accusado o Presidente do Tribunal de Contas. Eram elles que provocavam a jurisdicção privilegiada e arrastavam para esta os demais denunciados. Ora, eliminada a razão de ser da excepcionalidade do fóro, o proseguinto do feito perante o Supremo Tribunal seria uma anomalia, mais do que isto, uma inconstitucionalidade, pois tanto vale conferir privilegio de fóro a

causas que, já por sua materia, já pelos individuos nellas envolvidos pertencem ao juizo commum.

O Supremo Tribunal deixou de ser a autoridade competente de que falla a Constituição; não o é mais, nem por força da lei nem em virtude do principio da indivisibilidade do processo, principio que só tem applicação quando pelo menos um dos réos tem direito ao fóro especial,

Assim é meu parecer : a) que se julgue improcedente a denuncia quanto ao Dr. Joaquim Murinho; b) que se annulle o summario em relação aos outros denunciados, providenciando o Procurador Geral para que novo processo se instaure contra elle perante o Juizo Federal.

Rio, 12 de Outubro de 1904. — *Epitacio Pessoa.*

Dá sustentação dos embargos oppostos pelo dr. Didimo da Veiga ao Accordão de condemnação, extrahimos o seguinte :

« Não é sómente porque não possa o *registro* ser considerado uma revelação do *consentimento* exigido no art. 221 do Codigo Penal, para que se dê a terceira modalidade do peculato, que o embargante não é considerado passivel da incriminação por delicto de peculato; faltam-lhe, de todo o ponto, os requisitos inherentes á entidade funccional que tenha sob sua guarda e administração dinheiros ou valores pertencentes á Fazenda Publica, ou sob sua fiscalização quem tenha tal guarda e administração.

Esta situação especialissima constitue o funcionario depositario da confiança publica (*publica fede*, diz Carrara) e impõe-lhe a obrigação da entrega e restituição dos valores confiados na forma estatuida nas leis; « con obbligo di contervala e restituirla, *Carrara*, § 3372 »; a móra em realizar tal restituição ou entrega constitue o funcionario em alcance, quando a autoridade competente verifica a existencia culposa da móra, por não attribuil-a a força maior; e não *entrada* do alcance induz á presumpção da apropriação indevida, do desvio dos valores, sob a guarda do funcionario.

A primeira condição para a existencia do peculato é que se encontre na pessoa as condições para ser sujeito activo de tal delicto, e esta « non può essere che il pubblico funzionario riconosciuto como tale dalla publica amministrazione, e che nell'ufficio suo ha la ragione di *mettere in sua mano la cosa publica chi indebitamente si apropria* »

(*Carrara*, Parte especial, vol. 7, § 3368).

Sem o concurso da qualidade social do delinquente, ao qual o dinheiro ou outra cousa movel é confiada, desaparece a figura do peculato, ou só resta outra configuração juridica (*Cogliolo*, Trattato completo, vol. 2º, pag. 690.).

E' a noção do direito francez « Le détournement prévu par l'article 169, a pour caractère special d'avoir été commis par un dépositaire ou comptable public, sur des choses qui se trouvaient en ses mains à raison de ses fonctions » (*Garraud*, Traité théor. et prat., vol. 4º n. 1.154); e no direito allemão encontra-se a precizada no art. 350 do Codigo Penal e na praxe que, segundo o testemunho de Olshausen (apud Liszt, na nota *g* á pag. 504 do 2º vol. traducção José Hygino) reconhece a existencia do requisito legal, desde que a cousa é *entregue* ao funcionario na supposição de estar elle autorizado a recebê-la ou guardá-la.

O nosso direito escripto adoptou. como criterio da guarda dos dinheiros

e valores publicos, a *detenção* material dos mesmos, e, coherente com tal noção, só considerou *peculato* a subtração, o consumo ou extravio, *directamente* praticados pelo proprio funcionario, ou *indirectamente*, por terceiro, a quem elle *consentisse* a realização do acto.

O art. 6º do decreto n. 657, de 5 de Dezembro de 1849, só reputa passíveis do crime de *peculato* os thesoureiros, recebedores, collectores e contratadores que depois de presos não verificarem as entradas dos dinheiros publicos no prazo marcado, por presumir-se terem extraviado, consumido ou apropriado os mesmos dinheiros.

No numero dos *responsaveis* para com a Fazenda comprehendem-se, é certo, os contratadores, rendeiros, prepostos, socios destes sub-conductores e participantes nos contractos com a Fazenda (*Souza Bandeira*, Manual do Procurador dos Feitos, nota 73) e todos quantos houverem tido, sob sua guarda e administração, valores e bens da Nação ou de particulares pelos quaes a Nação responda como obrigada (arts. 62 e 63 do decreto n. 2.409, de 1896) : estes são, porém, responsaveis de facto, e o *peculato* por elles praticados encontra classificação no art. 223 e não no art. 221 do Codigo Penal.

Verificado o desfalque nos cofres publicos, confiados á guarda de thesoureiros e pagadores, não tem lugar a condemnação por crime de *peculato*, se não ficar provado haverem elles se apropriado dos valores constitutivos do referido desfalque.

Esta doutrina contida no Accordão deste Egregio Tribunal, datado de 25 de Setembro de 1901 (Dir. vol. 87, p. 109) é verdadeira.

O *alcance*, como ficou dito, não representa a figura de um crime; é simples *detenção* dos dinheiros, aliás inherente á função do exactor, thesoureiro e pagador; a não entrada do *alcance* em tempo determinado constitue o responsavel em móra; esta imprime a *detenção* dos dinheiros a *presumpção* de delinquencia, por importar *retenção* indevida e modalidade da *subtração*, por ser na realidade do facto, uma *não restituição e não entrega* do dinheiro *sub-custodia*, o que naturalmente conduz á noção da apropriação dos dinheiros, confiados á guarda do responsavel.

E' pois, de toda a procedencia a doutrina consagrada no Accordão do Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro de 21 de Agosto de 1895 : « o *deficit* ou *desfalque* faz presumir o *intenção criminosa*, desde que o funcionario é declarado em móra, da *restituição* dos dinheiros *sub-custodia*.

Sendo o *alcance* o facto inicial da *subtração*, do *desvio* e da *apropriação* dos dinheiros publicos a tomada das contas é preliminar indispensavel ao procedimento criminal por *peculato*, como o estatuiu este Supremo Tribunal no Accordão de 31 de Outubro de 1900 (Dir. vol. 84, pag. 619).

A doutrina deste Accordão não se pôde haver como modificada pelo Accordão de 21 de Dezembro de 1901 (Rev. de jurisprud. de Fevereiro de 1902, pag. 113), por haver este reconhecido na Junta da Caixa de Amortização a faculdade de declarar em *alcance* um empregado de fazenda e pretender que a situação deste, para com o Thezouro, possa ser estabelecida por outra autoridade que não o Tribunal de Contas. O *acto* da *subtração* ou *desvio*, que tem como preliminar obrigado a fixação do *alcance* para com a Fazenda, não pôde ser estabelecido, como decide este Accordão, por meio de prova, em

juízo commum, este só tem competencia para julgar do *pleno conhecimento do mal e da directa intenção de praticar o alcance*: a falta de restituição e entrada deste dentro de tres mezes, colloca o responsavel em face de uma presumpção de peculato; assim o estatuiram os arts. 6.º do Decreto de 5 de Dezembro de 1849 e 3.º, n. 3, do decreto legislativo n. 392, de 8 de Outubro de 1896.

Não ha, portanto, como suppôr possivel o peculato sem *alcance* verificado — que constitue *detenção* dos dinheiros publicos, *môra* na entrega, presumpção de *retenção indebita* — e definitiva *falta de restituição* dos dinheiros sob a guarda do responsavel.

A funcionarios que não podem ser declarados em *alcance*, não ha como consideral-os responsaveis pela *guarda* de dinheiros publicos; tal guarda tem como expressão a *detenção* material de taes dinheiros e valores; a tomada de contas, meio unico de apurar o *alcance*, preliminar essencial da *subtracção* e do *desvio*, não está sujeito o embargante; não ha, portanto, como consideral-o *detentor* de dinheiros da Fazenda Publica, e, se como tal não pôde ser havido, não ha por onde suppol-o pessoa habil para *consentir* que outrem subtrahisse, desviasse, consumisse, se apropriasse indevidamente de taes dinheiros.

Da verdadeira interpretação do art. 221 do Código Penal promanam, com decorrença necessaria, os principios que deixamos affirmados.

« O art. 221 apresenta tres especies discriminadas: Se aquelle que subtrahе conserva ou extravia a cousa pertencente á Fazenda Nacional, é o proprio guarda ou administrador, dá-se a primeira especie. Se a cousa sob a guarda e administração de um funcionario é subtrahida, consumida ou extraviada pelo encarregado de exercer fiscalização sobre aquelle, ha a segunda especie. Finalmente, se o guarda ou administrador consente que outrem se aproprie indevidamente da cousa, a extravie ou consuma em uso proprio ou alheio, verifica-se a terceira especie. Nas duas primeiras a subtracção, consumo ou extravio constituem acto do proprio funcionario; na terceira são praticados por terceira pessoa, mas o peculato decorre do consentimento do funcionario (*Oscar de Macedo Soares*, Código Penal Commentado, pág. 307).

A necessidade de ter em seu poder os dinheiros publicos, para que se dê o *consentimento* á apropriação indevida e occorra a terceira modalidade do peculato do art. 221, ficou demonstrada, e implicitamente, a impossibilidade de poder o embargante praticar tal delicto. »

— O dr. Augusto de Meirelles Reis, juiz da 1.ª vara criminal de S. Paulo, condemnando o thezoureiro do thezouro do Estado, coronel João Florindo, accusado de peculato proferio a seguinte sentença :

« Vistos estes autos de summario crime, em que é appellante a Justiça, por seu Promotor, e réo o Tenente-Coronel João Florindo :

Allega o Dr. Promotor Publico que no 1.º semestre de 1904 o réo, que exercia o cargo de Thezoureiro do Thezouro do Estado, subtrahio dos respectivos cofres quantia superior a réis 200:000\$, dinheiro pertencente á Fazenda Publica estadual e confiada á guarda e vigilancia do mesmo réo, e que assim se acha incurso nas penas do art. 221 do Código Penal, e pede a

condemnação do mesmo no gráo médio. O accusado contraria o libello por negação e offereceu documentos.

Considerando, depois de examinados estes autos, que ao réo, como Thezoureiro do Thezouro do Estado, incumbia ter sob sua guarda e vigilancia os dinheiros e valores recolhidos aos cofres do Estado, dos quaes era o unico claviculario, devendo fazer os pagamentos que estivessem devidamente legalizados, decreto n. 831, de 10 de Outubro de 1900, art. 41, §§ 1º e 5º, letras A, B e C, decreto n. 2, art. 54 citado, sendo responsavel por qualquer falta que houvesse na caixa;

Considerando que, procedendo-se á verificação dos saldos e o estado dos cofres do Thezouro, nos termos do art. 12, n. 12, do decreto citados, os funcionarios desse serviço incumbidos, acharam falta de grande quantia de dinheiro e o accusado declarou que devia existir realmente uma falta, mas não tão grande;

Considerando que, em vista disso, se procedeu administrativamente contra o accusado e pela tomada de contas verificou-se que o desvio em dinheiro importava em 279:072\$677 (fl. 73); e não tendo o réo entrado com essa quantia foi preso e contra elle instaurou-se o presente processo, por presumir-se ter o mesmo extraviado ou consumido o dinheiro. Decreto n. 657, de 5 de Junho de 1894, art. 6º;

Considerando que, além dessa presumpção legal, está provado dos autos que o accusado extraviou e consumio o dinheiro do Thezouro, pois não só dava em adiantamento dinheiro a funcionarios e particulares, como tambem tirava para seu uso proprio (fls. 32 e 32 v.), contando poder a todo momento fazer a entrada do dinheiro que para si retirava;

Considerando que o Contador do Thezouro notava além das irregularidade no serviço da Pagadoria, que desde quatorze mezes antes da verificação dos cofres do Thezouro, o accusado insistentemente reclamava reforço de quantias em caixa, a pretexto de não dispôr de dinheiros novos e miudos tendo ás vezes recusado dar cheques para o Banco (fls. 17 v., 18 e 31);

Considerando que constitue crime de peculato subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro pertencente á fazenda publica por aquelle a quem estão confiadas a sua guarda e administração, Codigo Penal, art. 221, sendo o *deficit* ou desfalque uma presumpção da intenção criminosa, desde que o funcionario é declarado em mora pela restituição dos dinheiros publicos extraviados — *Bento Faria*, Codigo Penal, fl. 336;

Considerando que o crime commetido pelo réo é o do art. 221 do Codigo Penal, porquanto em seu character official lançou mão de dinheiros publicos não só para seu uso, como para fazer pagamentos não autorizados; e que entre nós — « o crime de peculato sob a figura do art. 221 do Codigo Penal é consumado quando chamado a contas, verificado o extravio, se manifesta a impossibilidade do agente de restituir aos cofres publicos a importancia da indemnização e assim tambem se patenteia a sua má fé, tivesse embora o agente encetado o seu illegal procedimento com a firme deliberação de com proprios ou esperados recursos sanar-o a tempo » — Jurisprudencia do Supremo Tribunal 1898, p. 141;

Considerando que comquanto concorre a circumstancia attenuante do art. 42 § 9º a favor do réo, tambem existe contra elle a aggravante do art. 39 § 4º.

pois commetteu o crime por motivo reprovado — art. 222 do Codigo Penal; Considerando o mais que dos autos consta :

Julgo procedente a accusação e condemno o réo, Tenente-Coronel João Florindo, no gráo médio do art. 221 do Codigo Penal de accôrdo com o art. 62 § 1º, isto é, em dous annos e tres mezes de prisão cellular, perda do emprego (do qual já foi demittido), multa de 12 1/2 0/0 e nas custas. »

— Outra sentença que tambem merece ser transcripta, demonstrando-se assim a uniformidade dos julgados dos juizes singulares e dos tribunaes, é a seguinte do dr. Henrique Vaz Pinto Coelho, juiz substituto do juiz seccional do Districto Federal :

« Vistos e examinados estes autos de *habeas-corporis* impetrado pelo coronel Pedro Rodrigues dos Santos França e Leite a favor de João de Bulhões Carvalho, cobrador da Recebedoria desta capital : Allega o impetrante que militam, a bem do paciente, os seguintes motivos : a) não haver alcance verificado pelas secções competentes, nenhuma intervenção do Tribunal de Contas, tanto que não havendo quota certa e liquida não houve, em que pese o recurso de 58 dias, sequestro de seus bens dados em fiança; b) tem o paciente fiança mais que sufficiente em bens existentes nesta capital e achando-se salvaguardada a Fazenda Nacional, não ha razão da sua prisão :

Considerando que as informações de fls. 8, prestadas pela autoridade que ordenou a prisão, casam-se com as proprias declarações do paciente, fls. 4, que confessa occupava elle o logar de cobrador da Recebedoria desta capital quando se deu ahi um desfalque, que até 8 de Maio deste anno importava em dez contos trezentos e cincoenta mil e quinhentos e seis réis;

Considerando que as informações citadas confessam que ao paciente foi devidamente notificada a informação do desfalque, assignando-se-lhe prazo para o pagamento, o que não fez;

Considerando que o decreto n. 657, de Dezembro de 1899, estabelece em seu art. 4º : « essas prisões assim ordenadas (é da *hypothese*) serão sempre meramente administrativas, destinadas a compellir os thezoureiros, recebedores, collectores ou contractadores ao cumprimento de seus deveres, quando forem omissos em fazer effectivas as entradas dos dinheiros publicos existentes em seu poder, e por isso não obrigados a qualquer procedimento. »

E em seu art. 6º;

« Si os thezoureiros, recebedores, collectores e contractadores, depois de presos, não verificarem as entradas dos dinheiros publicos no prazo marcado, se presumirá terem extraviado, consumido ou apropriado os mesmos dinheiros e, por consequente, se lhes mandará formar culpa pelo crime de peculato... »

Considerando, alem disso, que dos dispositivos da lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894, em seu art. 14 e decreto legislativo n. 392, de 8 de Outubro de 1897, em seu art. 3º, n. 3, se deduz claramente que não é illegal a prisão do paciente, porquanto, determinada por autoridade competente, até o prazo de 90 dias, pode e deve o Tribunal de contas promover a respectiva tomada de do responsavel, e esse prazo não foi ainda excedido;

Considerando que o exposto assenta tambem na jurisprudencia do egregio Supremo Tribunal Federal

Considerando, isto posto, que na especie não tem applicação o remedio liberal dos §§ 14 e 22 do art. 72 da Constituição Federal assecutorios da liberdade do cidadão.

Julgo improcedente a impetrada ordem de *habeas corpus* e pague o impetrante as custas.

Districto Federal, 7 de Outubro de 1905. — *Henrique Vaz Pinto Coelho*. *

— A reproducção de malversações e de crimes contra a fazenda publica, occorrida nestes ultimos tempos despertou a attenção do Congresso Nacional. Pende do senado a Proposição n. 133 de 1905 da Camara dos deputados, que altera a noção do peculato definido no Codigo, aggrava a penalidade a estebelece o respectivo processo. A proposição é a seguinte :

« O Congresso Nacional decreta :

Art. 1.º O funcionario publico que subtrahir ou distrahir dinheiros, documentos, titulos de creditos, effectos, generos, ou bens moveis publicos ou particulares, dos quaes tenha a guarda ou administração, ou o deposito, em razão de seu cargo, quer este seja gratuito ou remunerado, quer seja temporario, ou permanente, será punido :

a) Si o prejuizo verificado for inferior a dez contos de réis, com dous a seis annos de prisão cellullar, perda do emprego, com inhabilitação para exercer qualquer função publica durante doze annos no minimo e vinte no maximo, além da multa de 10 0/0 sobre o damno;

b) Si o prejuizo for superior a dez contos de réis, com quatro a doze annos de prisão cellullar, multa de 15 0/0, além da perda do emprego, com inhabilitação perpetua para exercer qualquer função publica.

Paragrapho unico. Quando o prejuizo effectuado versar sobre objecto de valor não conhecido ou instavel, o juiz formador da culpa mandará proceder á avaliação, de conformidade com o disposto no art. 405 do Codigo Penal.

Art. 2.º Si antes do julgamento for integralmente resarcido o prejuizo causado mediante a restituição voluntaria da cousa subtrahida ou distrahida — Penas : perda do emprego com inhabilitação para exercer qualquer função publica durante 12 annos no minimo e 20 no maximo.

Art. 3.º Na hypothese do artigo anterior, o criminoso poderá ser julgado á revelia, precedendo, todavia, intimação na fórmula da legislação vigente.

Art. 4.º Quando o factio criminoso previsto no art. 1.º desta lei for commettido por funcionario publico, sem concorrer a circumstancia de se achar a cousa subtrahida sob sua guarda ou administração ou deposito, em razão de seu cargo, serão applicadas as penas do peculato, sendo diminuida de um terço a de prisão, e observadas as disposições contidas nos arts. 1.º, 2.º e 3.º desta lei, quando couberem.

Art. 5.º O processo de formação da culpa nos crimes de que trata esta lei e naquelles comprehendidos na lei n. 515, de 3 de Novembro de 1898, deverá ficar concluído dentro do prazo de 15 dias, ainda quando os réos estejam detidos.

Paragrapho unico. Si o juiz formador da culpa concluir o processo fóra do prazo previsto neste artigo, fará constar dos autos os motivos justificativos da demora, que, todavia, não poderá exceder de 90 dias, a começar da data em que foi offerecida a queixa ou denuncia.

Art. 6.º Os crimes previstos nesta lei, quando commettidos contra *

Fazenda Federal serão processados e julgados de conformidade com as disposições constantes da lei n. 515, de 3 de Novembro de 1898, havendo apelação necessaria da sentença absolutória.

Art. 7.º Os co-autores e cúmplices dos crimes previstos nesta lei, embora não sejam funcionarios publicos, serão processados e julgados como os respectivos autores.

Art. 8.º Os bilhetes, conversíveis ou não, que forem emitidos por estabelecimentos bancarios, mediante autorização competente, serão equiparados á moeda e aos titulos de creditos publicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 9.º Quando nos crimes previstos nesta lei for interessada a Fazenda do Districto Federal, se observará, além do mais, o disposto no art. 19 da lei n. 1.338, de 9 de Janeiro de 1905.

Art. 10. A prisão preventiva é autorisada, de conformidade com as fórmulas previstas na legislação vigente :

§ 1.º Nos crimes afiançaveis, quando pela instrucção do processo se apurar que o indiciado :

a) é vagabundo, sem profissão licita e domicilio certo;

b) já houver cumprido pena de prisão por efeito de sentença decretada por tribunal competente.

§ 2.º Nos crimes inafiançaveis, em quanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verifiquem iddicios vehementes de autoria ou cumplicidade.

Art. 11. A requisição e a concessão do mandado de prisão preventiva serão sempre fundamentadas.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrario.

Camara dos Deputados, 7 de Novembro de 1906. — *F. de Paula O. Guimarães*, presidente. — *James Darcy*, 1º secretario. — *Luiz A. F. Gualberto*, 3º secretario, servindo de 2º.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 98, e da multa, nota ao art. 136, 1º alin.

Art. 222. Emprestar dinheiros, ou efeitos publicos, ou fazer pagamento antecipado, não tendo para isso autorização :

Penas — de suspensão do emprego por um mez a um anno e multa de cinco a 20 0/0 da quantia emprestada ou paga por antecipação (347).

(347) N'este artigo o peculato apresenta-se sob duas formas : 1.º a do emprestimo de dinheiros ou efeitos publicos, feito pelo funcionario encarregado da guarda, administração ou fiscalização desses dinheiros ou efeitos; 2.º a do pagamento antecipado, não tendo para isso autorisação de poder ou autoridade competente. O emprestimo pode ter por objecto commercio illicito de efeitos publicos, como o dinheiro a juros, ou significar apenas a prestação de um serviço, de um favor sem intuito de lucro ou interesse. Em qualquer dos casos, o crime é o mesmo de peculato, que consiste na *distracção* indevida. Assim tambem si o pagamento antecipado, sem autorisação compe-

tente, revestir a forma de adiantamento, embora para ser descontado ou quitado na ocasião em que devia ser feito o pagamento :

A multa é a do art. 146, 1.º alin. O calculo para a suspensão do emprego é o seguinte. Autoria : maximo 1 anno, medio 6 mezes e 15 dias, minimo 1 mez; prepond. aggr. — 9 mezes 7 dias e 12 horas, prepond. att. — 8 mezes 22 dias e 12 horas. Tentativa ou cumplicidade : maximo 3 mezes, medio 4 mezes e 10 dias, minimo 20 dias; prepond. aggr. — 6 mezes e 5 dias prepond. att. — 2 mezes e 15 dias.

Art. 223. Nas penas dos artigos antecedentes, e mais na perda do interesse que deveriam perceber, incorrerão os que, tendo por qualquer titulo a seu cargo, ou em deposito, dinheiros ou effectos publicos, praticarem qualquer dos crimes precedentemente mencionados (348).

(348) O Supr. Trib. Fed. por Acc. de 21 de Dezembro de 1901 declarou que, em vista do art. 223, não é essencial a qualidade de funcionario publico no autor do delicto, para caracterisar o crime de peculato, o que torna desnecessario indagar si em termos das leis que regem a Caixa de Amortização, os feis dos thezoueiros são ou não funcionarios publicos (*Rev. Jurisp.*, Fev., 1902, p. 116).

SECÇÃO VI

Excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funcções publicas.

Art. 224. Arrogar-se e effectivamente exercer, sem direito, emprego ou funcção publica, civil ou militar :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido (349).

(349) O poder só é legitimo quando creado por lei e exercido na forma e dentro da lei. A autoridade ou funcionario publico é a pessoa investida d'aquelle poder, encarregada de exercer as respectivas attribuições. A lei traça a orbita destas attribuições e determina as condições de investidura. Os actos das autoridades praticados fóra daquella orbita constituem excesso ou abuso de poder, são sempre actos illegaes. Aquelle que exercer actos de poder, sem que esteja legalmente investido do mesmo poder, usurpa funcções publicas. Taes actos, alem de illegaes, são nullos de pleno direito. O Codigo accumula n'uma só secção diversas figuras de excesso ou abuso de autoridade e de usurpação de funcções publicas, sem methodo e sem cuidado. E de mistura com estas, algumas que melhor guarida encontrariam entre as do peculato, da corrupção, do estellionato e do attentado ao pudor. Estes e

outros senões que se encontram no Código, deve-se á circumstancia de haver sido o Código elaborado ás carreiras, de afogadilho, mal de que ressentem-se todas as reformas da legislação decretadas pelo Governo Provisorio.

São figuras da usurpação de funcções publicas as dos arts. 224, 225 e 227.

A usurpação pode ser praticada por particular ou por funcionario publico. A figura do art. 224, refere-se a ambos, as dos arts. 225 e 227 só dizem respeito ao funcionario publico. São elementos do crime : 1.º que haja o effectivo exercicio do emprego ou funcção; 2.º no caso do particular, que não esteja investido da funcção, no do funcionario, que não tenha direito, isto é, que o acto seja exercido fóra de suas attribuições ou sem que tenha havido ordem legal de autoridade competente. Não basta, portanto, que o particular se arrogue autoridade ou funcção; não basta que o funcionario se arrogue o direito de exercer determinada funcção; é necessaria a effectividade do exercicio da funcção. *Arrogar-se* significa — *investir-se, chamar a si, attribuir-se* qualidades, direitos, attribuições que não lhe pertencem (Frei Domingos Vieira, *Thez da Ling. Port.*).

Vide nota ao art. 151 o paragraho unico, com o accrescimo da multa. As pessoas que, não sendo correctores, exercerem funcções destes, incorrem n'este artigo, soffrerão multa igual ao triplo da corretagem recebida e ficarão inhabilitadas para o cargo de corrector (dec. 1359 de 20 de Abril de 1893, art. 29).

Bento de Faria, citando Thomaz Alves (*Ann. ao Cod. Crim.* de 1830 v. 2 p. 494) observa : O que o legislador pune é o acto de verdadeira occupação, e não abuso de poder, isto é, quiz punir o empregado publico, que exerce emprego que não é o seu, uma funcção publica que não é a funcção do seu emprego. São elementos do delicto : a) *O exercicio effectivo*, isto é, a practica de actos inherentes a emprego ou funcção publica civil ou militar; b) que taes actos sejam praticados *indebitamente*, sem direito; c) a consciencia de exercer indebitamente, sem direito, actos inherentes a um emprego ou funcção publica civil ou militar.

Art. 225. Entrar em exercicio do emprego, sem ter satisfeito previamente ás exigencias da lei para a investidura do mesmo :

Pena — de suspensão do emprego até satisfazer ás condições exigidas, e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido do emprego (350).

(350) N'esta figura a usurpação não se apresenta sob a forma do arrego de uma funcção ou de um direito, mas da entrada em exercicio do funcionario investido sem previamente ter satisfeito ás formalidades e exigencias da lei, taes como o compromisso formal, a caução, fiança, o pagamento dos impostos de sello e outros a que estiver sujeito o emprego. Sem que estas exigencias estejam satisfeitas, não pode o funcionario considerar-se legalmente empossado do emprego e entrar em exercicio, isto é, começar a exercer as suas funcções.

A Constituição Federal, art. 82, § unico, exige que « o funcionario publico se obrigue por compromisso formal, no acto da posse, ao desempenho dos seus deveres legais. » Esse compromisso veio substituir o antigo juramento e significa, como diz o Dr. João Barbalho, a promessa solemne, sem invocação á divindade, o protesto de firme resolução de bem desempenhar as funções.

Art. 226. Exceder os limites das funções proprias do emprego :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrer (351).

(351) O Cod. de 1830 definia o crime de abuso de poder (art. 2.º, § 3) que « consistia no uso do poder (conferido por lei) contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija. » Commentando esta disposição, Braz Florentino (*Do delicto e do delinquente*, p. 82 e segs.) observa que no regimen anterior á Constituição imperial, a irresponsabilidade do governo perante os subditos da monarchia estendia-se ordinariamente aos funcionarios ou agentes desse governo. Estava-se então longe de pensar e admitir — que as honras e os empregos fossem verdadeiros cargos, isto é *fardos*, ou *officios*, isto é, *deveres*; pelo contrario estes serviam muitas vezes de fomento á corrupção, facilitando os abusos pela esperança de uma escandalosa impunidade. Mudada, porem, a forma de governo, a Constituição politica do Imperio alterou profundamente esta ordem de cousas, proclamando nos arts. 133, § 3.º, 156, 179, § 29 a responsabilidade dos ministros de Estado, magistrados, officiaes de justiça, e mais empregados publicos pelos abusos de poder, prevaricações e omissões praticados no exercicio de suas funções. » Mudada ainda ultimamente a forma do governo monarchico para a republicana, a Constituição Federal não podia deixar de manter os mesmos principios, tanto mais quanto já a pessoa do chefe da Nação, o Presidente da Republica, deixou de ser inviolavel e sagrada, como era a do Imperador, e passou a ser um funcionario, cuja acção politica e administrativa se acha determinada na Constituição e nas leis. Pelas malversações, omissões, abuso ou excesso de poder são responsaveis todos os funcionarios ou agentes do poder publico, desde o presidente da Republica até o servente de repartição publica, o agente de policia e o official de justiça. A Const. Federal dispõe : « Os funcionarios publicos são estritamente responsaveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia, em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos (art. 92). O Presidente da Republica será submettido a processo e a julgamento depois que a Camara declarar procedente a accusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes communs, e nos de responsabilidade, perante o Senado. Decretada a procedencia da accusação, ficará o presidente suspenso de suas funções (art. 53). São crimes de responsabilidade os actos do Presidente da Republica que attentarem contra a existencia politica da União, a Constituição e a fórma do governo federal; o livre exercicio dos poderes politi-

cos; o gozo e exercicio legal dos direitos politicos, ou individuaes; a segurança interna do paiz; a probidade da administração; a guarda e emprego constitucional dos dinheiros publicos; as leis orçamentarias votadas pelo Congresso. Esses delictos serão definidos em lei especial. Outra lei regulará a accusação, o processo e o julgamento. Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do primeiro congresso (Art. 54). Estas leis já foram promulgadas sob n. 30 de 8 de Janeiro de 1892 e n. 27 de 7 de Janeiro de 1892 (*Vide no Appendice*). Os ministros de Estado não são responsaveis perante o Congresso, ou perante os tribunaes, pelos conselhos dados ao Presidente da Republica (art. 52), porque este tem a sua responsabilidade propria. Respondem, porem, *quanto aos seus actos*, pelos crimes qualificados em lei. Nos crimes communs e de responsabilidade serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e nos connexos com os do Presidente da Republica, pela autoridade competente para os julgamento deste. Art. 51. Nos crimes communs o Presidente da Republica e seus ministros respondem como qualquer cidadão, perante as justiças ordinarias. « A instituição do poder social, diz Braz Florentino (*Obr. cit.*, p. 83), não tem outro fim que não seja o bem da sociedade. Por conseguinte, se os funcionarios publicos, revestidos do poder, esquecendo-se de sua missão, o convertem em instrumento do mal, damnificando o Estado, opprimindo ou vexando por qualquer maneira os cidadãos, rigorosa conta lhes devem ser pedidas. A ordem publica recebe então um golpe tanto mais profundo, quanto elle provem daquelles mesmos que eram especialmente encarregados de mantel-a; é um mal em si mesmo grave, e talvez ainda mais grave pelas funestas consequencias do exemplo. »

« O povo, no acertado pensar de um publicista celebre, não se deprava, ou não se corrige senão pelo exemplo de seus chefes, e nunca a sociedade perece senão por culpa do poder encarregado de a conservar. Já em Roma, no tempo da Republica, o principio salutar da responsabilidade dos magistrados ou funcionarios publicos, tinha sido consagrado pelas leis *Valerice*, e applicado a todos os factos abusivos; como o indicam, entre outras, as leis *de peculatú de pecuniis repetundis, de ambitú*, etc., etc. Nos tempos modernos e nos paizes como o nosso, onde o poder publico com suas divisões é considerado como delegação da Nação, tem sido o mesmo principio proclamado com mais ou menos energia pelas Constituições e tem recebido os necessarios desenvolvimentos nas leis regulamentares destinadas á sua applicação. A palavra *abuso* (do latim *ab*, fóra, e *usus*, uso) é uma das que comportam a mais extensa significação : é por ella que geralmente se costuma designar todo o acto que ultrapassa os limites da lei, da justiça ou da razão. Com referencia, porem, ao exercicio do poder ou autoridade publica, um distincto criminalista, Achille Morin, define o abuso do poder *lato sensu* — « a violação de um dever imposto a todo funcionario de conter-se estrictamente na applicação das leis que elle tem a missão de observar e executar. » A definição que nos dá o nosso paragrapho é mais restricta. Para nós o abuso de poder, como já vimos, é — « o uso do poder conferido por lei contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija. Nós encontraremos na verdale diversas cathogorias de *lactos*, que poderíamos qualificar como abusos de poder *latu sensu*, mas

que entretanto são reprimidos pelo legislador debaixo de outra qualificação que lhe parece mais adaptada, *verbi gratia*, a prevaricação, a peita, o suborno, a concussão, etc., sendo somente aos factos previstos na secção 5ª, cap, 1, tit. 5, da seg. parte, que elle julgou dever applicar a qualificação de — *abusos de poder*. Resulta da definição do Codigo que o abuso de poder pode ser de duas especies : — « contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares. » O novo Codigo não definiu, como o de 1830, o abuso de poder, mas pelas especies accumuladas n'esta secção, vê-se que o conceito é o mesmo. Parece que o Cod. considera equipolentes o *excesso ou abuso* de autoridade. Ha, porem, figuras de excesso de autoridade, como as dos arts. 226 et 230 que são diferentes das de abuso de poder descriptas nos arts. 228, 231, 232, 233, 234, 235 e 236. E mesmo no art. 237 o Codigo distingue o excesso e o abuso de autoridade. Commentando o art. 108 do Cod. Penal Militar, dissemos : João Vieira, *Dir. Pen. dô Exerc. Arm.*, p. 72, observa que « o *abuso de autoridade*, como as palavras o estão dizendo, é a usurpação de funcções ou poder, ou o uso indevido, illegal delles. Pode existir, ou no exercicio indevido de um commando, ou em vias de facto exercidas pelo superior contra a pessoa do inferior; são estas precisamente as duas especies necessarias de abuso de autoridade militar. São esses os crimes *privativamente* militares, à excepção de algum de menos gravidade, como o uso indevido de insignias, a venda de effeitos militares, etc. » Essa apreciação do illustre J. C. não nos parece traduzir o pensamento do Cod. mil., que distingue os crimes de usurpação de emprego ou funcção publica, dos de excesso ou abuso de autoridade. Todos estes crimes constituem classes diversas, com figuras distinctas, dividindo-se em especies definidas em cada um dos artigos. A usurpação não é abuso ou excesso de autoridade. A usurpação presuppõe o exercicio illegal de uma funcção por individuo que não se acha investido da funcção, ou, quando investido, não preencheu as formalidades necessarias para o exercicio della. No excesso ou abuso de autoridade, ha a investidura legal da funcção, mas no seu exercicio o individuo exhorbita, excede os limites de suas attribuições; ou usa mal (abusa), do poder que o exercicio da autoridade lhe confere. O excesso e abuso de autoridade são semelhantes, a differença se manifesta pela natureza do acto. Assim se o commandante de uma praça, dominando uma sublevação, manda fuzilar os cabeças sem processo, commette um abuso de poder (de autoridade); se tendo havido processo e condemnação á morte, o commandante, antes da execução, manda sujeitar o condemnado a vexames, para exemplo, ou qualquer outro intuito, ha excesso de autoridade. Na hypothese do art. 113 ha tambem excesso de autoridade, por que o commandante usando do uma attribuição legal, excedeu os limites da prudente faculdade de reprehender, etc. Parece-nos que a linha divisoria deve consistir no seguinte, desde que em ambas as especies ha o exercicio da autoridade legitima : dá-se o *abuso* quando o funcionario, usando da sua autoridade, pratica um acto illegal; ha o *excesso* quando o funcionario, exercendo acto de sua competencia, exhorbita, excede os limites de suas attribuições. Não nos parece de grande utilidade pratica essa differença, porque, afinal, todo o excesso é abuso de poder e vice-versa. »

--- Por Acc. revisor de 5 de Novembro de 1898, o Supr. Trib. Fed. confirmou a sentença do Trib. Sup. de Just. do Rio Grande do Sul que condemnou o

juiz de direito da comarca do Rio Grande, por haver, excedendo os limites das funcções proprias do emprego, mandado soltar por *habeas-corporis* um réu pronunciado por crime de defloramento de uma menor miseravel, e mandado pôr termo ao processo, já estando a pronuncia confirmada por aquelle Tribunal superior. O Sup. Trib. Fed. considerou que com tal procedimento, o juiz violou a disposição do art. 69, § 7, da lei de 3 de Dezembro de 1841, segundo a qual é somente competente para conceder *habeas-corporis*, o juiz superior ao que decretou a prisão, determinação confirmada pelo art. 18, 2ª parte da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871. Infringio o estatuido no art. 18, § 2, da citada lei, n.º 2033, que inhibe a concessão de *habeas-corporis* ao réu já pronunciado por autoridade competente; e com a ordem para archivamento do processo, em decisão de *habeas-corporis*, desrespeitou ainda a disposição do art. 18, § 7, da cit. lei n. 2033, segundo a qual a plena concessão do *habeas-corporis* não põe termo ao processo, nem obsta a qualquer procedimento judicial, que possa ter lugar em juizo competente.

— Por accordão de 19 de Setembro de 1899, a Cam. Crim. da Corte de Appellação, reformando uma Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim., julgou procedente a accusação intentada contra o appellado major Manoel Joaquim Almeida Faria, porquanto embora tivesse este recebido do chefe de policia, como seu delegado, o officio em que se lhe determinou que procedesse, com a maxima severidade, contra o appellante Antonio Eduardo da Silva Santos, por continuar a explorar o jogo dos bichos, multando como reincidente e prendendo-o, caso se recusasse elle ao pagamento da multa, não devia o appellado prender o appellante por este motivo, pois a prisão antes da culpa formada só tem lugar nos casos estabelecidos na lei (art. 13, § 2, da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 e, ainda que allegasse o appellado ter agido por ordem do chefe de policia seu superior e, portanto, sem intenção criminosa, em que se fundou para absolvel-o o accordão appellado, tal allegação não procede, uma vez que a execução de ordem manifestamente illegal constitue crime, que é punido na fórmula do art. 229 do Cod. Penal e não se pode presumir ausencia de intenção criminosa em quem tinha o dever de conhecer esta disposição e cuja ignorancia lhe não aproveita nos termos do art. 26, letra a, do cit. Código. O conselho considerou o appellado incurso no grau medio do art. 226 do Cod. Pen. e o condemnou á pena de nove mezes de suspensão do emprego. *Vide na Rev. Jurisp.*, Novembro 1899, ps. 284 e segs.

— Constitue crime de excesso de attribuições o facto da autoridade policial expedir ordem de prisão illegal, embora não realisada. *Acc. da Rel.* do Estado do Rio de 11 Setembro de 1896, no *Rel.* do Presid. do Trib. p. 66.

— Não constitue excesso dos limites das respectivos funcções, e sem *violencia* no exercicio do emprego (*abuso de poder*) o ter a autoridade policial, fóra dos casos da lei, feito cercar a casa de um cidadão e dirigido a escolta que arrombou essa casa e offendeu com um tiro o proprietario. *Acc. do Trib. de Just.* de S. Paulo de 17 de Janeiro de 1893, na *Gaz. Jurid.* de S. Paulo v. I, p. 340.

Art. 227. Continuar a exercer funcções do emprego ou com-

missão, depois de saber oficialmente que está suspenso, demittido, removido, ou substituído legalmente, excepto nos casos em que fôr autorizado competentemente para continuar :

Penas — de prisão cellular por um mez a um anno e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido pelo exercicio indevido do cargo (352).

(352) A especie deste artigo é a de usurpação de funcções publicas, porque aquelle que sabendo, oficialmente, que está suspenso, demittido, removido, ou substituído legalmente, isto é, na forma da lei e por autoridade ou poder competente, continúa a exercer as funcções do emprego ou commissão, arroga-se e effectivamente exerce, sem direito, funcção que sabe não mais lhe competir. E tanto mais nitida será a figura da usurpação, se não puder allegar em seu favor a excepção da autorização competente para continuar. E' elemento essencial do crime a *legalidade do acto* que impede a continuação do exercicio do funcionario.

O poder executivo não tem competencia absoluta para suspender magistrados e por isso não commette crime o magistrado que continuar a exercer as suas funcções depois de suspenso pelo Presidente da Republica ou pelo ministro da justiça. A lei de 14 de Junho de 1831 está revogada ha mais de 50 annos : Acc. do Cons. do Trib. Civ. Crim. da Cap. Fed. sustentando o despacho do dr. Gama e Souza, que julgou improcedente o processo de responsabilidade instaurado, por ordem do ministro da justiça, contra o dr. Enéas Galvão, por ter este permanecido no cargo de juiz da 6ª pretoria, depois de suspenso por portaria d'aquelle ministerio. No Instituto dos Advogados discutiu-se esta questão, sendo encarregado de elaborar o parecer o dr. Evaristo Gonzaga.

Por Acc. de 11 de Maio de 1895, decidio o Supr. Trib. Fed. que não é incurso nos arts. 224 e 227 o contador do correio de um Estado, que depois da publicação do novo regulamento dos correios (dec. de 10 de Abril de 1894), continuou a substituir o administrador, de accordo com o regulamento anterior e com sciencia do administrador geral, sendo manifesta a boa fé com que procedeu.

— Para o calculo da penalidade *vide* o art. 222.

Art. 228. Expedir ordem, ou fazer requisição illegal :

Penas — de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 100\$ a 500\$000 (353).

(353) A especie deste artigo é de abuso de poder. Toda a ordem, ou requisição illegal, emana de um acto contrario à disposição da lei. A autoridade que assim procede evidentemente fere o interesse publico com a violação da lei e da ordem juridica, e prejudica o particular, sem que haja nesse acto utilidade publica.

Não constitue abuso de poder o acto do juiz municipal que executando

decisão do superior hierarchico mandar expedir ordem de prisão contra o tutor nato, que deixou de recolher ao cofre dos orphãos o dinheiro de seus filhos menores, depois de intimado para fazelo em prazo determinado. Assim decidiu o Tribunal da Relação do Estado do Rio em Acc. de 16 de Setembro de 1899, reconhecendo, porem, que a prisão foi illegal, porque o pae não é obrigado a entrar para os cofres com o dinheiro de seus filhos menores, attenta a sua qualidade de tutor nato de seus filhos, de cujos bens o administrador é usufructuario. O Tribunal julgou improcedente a queixa contra o juiz municipal, porque o acto deste foi « uma consequencia forçada da sua condição de juiz e da doutrina erronea esposada pelo juiz de direito, que tambem fez sua e por cuja interpretação não pode estar sujeito a sancção penal, por não se tratar de violação flagrante da lei, sem ser necessario procurar descobrir se a elle presidio o dolo, ou a má fé, pois o juiz recorrido (municipal) não agio expontaneamente, mas por força de um dever a que estava prezo pelas funcções de seu cargo. E tanto preponderou, no animo de Tribunal, que a falsa apreciação ou erro de interpretação não constitue delicto, que concedendo a ordem de *habeas-corporis* a favor do queixoso, não mandou responsabilisar a autoridade que decretou a prisão ». Por outros fundamentos da ordem publica, assim tambem decidiu o Tribunal. « Querer que o juiz municipal, antes de fazer cumprir a sentença do juiz de direito, entrasse na sua apreciação e reconhecesse a legalidade de seus fundamentos, é conceder ao juiz das execuções attribuições que elle não tem, e que não estariam de accordo com a sua posição hierarchicamente inferior á do juiz de direito. Legal ou não, o juiz municipal devia fazer cumprir a sentença, mesmo porque, em quanto não fosse reformada, o que só poderia ser feito pelo Tribunal da Relação, ella produz os seus efeitos, tendo força imperativa o seu dispositivo. E si tal cousa lhe fosse permittida transformar-se-ia elle em critico e julgador dos actos do juiz de direito, podendo reformal-os, o que não se compadece com o respeito que deve tributar aos actos emanados da primeira autoridade da comarca, sem o qual perigavam a ordem e boa marcha dos processsos, dando logar ao tumulto, á indisciplina, e á anarchia no fóro ». Essa doutrina não é, porém, absoluta, de modo a ficar o juiz das execuções, em completa passividade em relação ás ordens e decisões do superior hierarchico. Elle não pode reformar a decisão superior, mas pode deixar de cumprir a que *manifestamente fór contraria á lei*, (art. 29, 2ª parte), ou a que importar na pratica de um crime (art. 28). O calculo para a suspensão é o da penalidade do art. 124, § 1; e o da multa o do art. 156.

Art. 229. O que executar ordem, ou requisição illegal, será considerado obrar, como si tal ordem ou requisição não existira, e punido pelo excesso de poder, ou jurisdicção, que commetter.

São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituidas das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou são manifestamente contrarias ás leis (354).

(354) O Cod. no art. 28 declara que a ordem de commetter crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo se fôr cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos e na forma da execução. No art. 42, § 8 considera circumstancia atenuante ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico. Reputa praticado em defeza propria ou de terceiro o crime commettido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução (Art. 35, § 2). E' ainda crime de prevaricação executar a prisão de alguém *sem ordem legal escripta* de autoridade legitima; ou receber, sem essa formalidade, algum preço, salvo o caso de flagrante delicto, ou de impossibilidade absoluta da apresentação da ordem (Art. 207. n. 14). Estas disposições completam o systema das ordens e requisições illegaes definidas no art. 229. Trez são as categorias de ordens e requisições illegaes: 1ª as que emanam de autoridade incompetente; 2ª as que são destituidas das solemnidades externas necessarias para a sua validade; 3ª as que são manifestamente contrarias ás leis. A noção da *competencia* decorre da *jurisdicção*, que, no sentido amplo, é o poder de conhecer dos negocios publicos e resolvel-os: no restricto, é o poder das autoridades judicarias no exercicio das respectivas funcções. Com relação á sua origem, ella é permanente e momentanea. Com relação ao objecto divide-se em contenciosa e graciosa. Vide João Monteiro, *Theoria do Processo Civil e Commercial*, v. I, p. 154 e segs. A competencia particularisa a jurisdicção; é por isso que os escriptores dizem que ella é a medida da jurisdicção. Carré, *Compétence*, t. III, 2ª ed., p. 240. João Monteiro (*Obr. cit.* p. 172) define a competencia *a ordem da distribuição do poder jurisdiccional pelas autoridades judicarias*, ou *o poder que tem o juiz de exercer a sua jurisdicção sobre certos negocios, sobre certas pessoas e em certo logar*. Juiz competente é, portanto, aquelle que tem o poder de conhecer da cousa, ou cuja jurisdicção se estende cumulativamente ao negocio de que se trata (*competencia ex ratione materiae*), á pessoa do réu (*ex ratione personae*) e ao logar da demanda (*ex ratione loci*). » Esta noção da competencia é a do direito judicario. Mas, em geral, e para o effeito da interpretação do art. 229 do Codigo se diz competente a autoridade que tem jurisdicção e pode agir conformé as prescrições legais. E só tem esse poder e jurisdicção a autoridade legalmente investida de suas funcções e agindo dentro da orbita de suas attribuições. Os actos emanados de autoridade que não preencha aquelles requisitos são illegaes. Não basta, porem, que a ordem ou requisição emanem de autoridade competente para que sejam consideradas legais, é preciso que sejam revestidas de solemnidades externas necessarias para a sua validade. Assim o mandado de prisão que não trazer a assignatura do juiz; o officio, a portaria, que não trouxerem as assignaturas do funcionario competente; a requisição fóra dos termos regulamentares ou da pratica administrativa adoptada, constituem preterições de formalidades externas que tornam illegaes a ordem ou requisição. São *manifestamente* contrarias ás leis todas as ordens e requisições que não estiverem de accordo com o texto claro e expresso da lei, que não depende de interpretação. Para que a ordem e requisição sejam legais é necessario o conjuncto daquelles requisitos. A ordem, ou requisição illegal, não pode produzir effeito; pelo vicio

radical de sua origem, e por isso o Código declara que tal ordem deve se considerar como inexistente. O seu executor, se fôr autoridade ou funcionario, será punido pelo excesso de poder, ou jurisdicção, que commetter pois não pode allegar em seu favor o dever de cumprir uma ordem que não existe. Vide nota 41 ao art. 28.

Art. 230. Exceder a prudente faculdade de reprehender, corrigir, ou castigar, offendendo, ultrajando ou maltratando por obra, palavra, ou escripto, algum subalterno, dependente, ou qualquer outra pessoa, com quem tratar em razão do officio :

Pena — de suspensão do emprego por um mez a um anno, além das mais em que incorrer pelo excesso ou injuria que praticar (355).

(355) A figura deste artigo é a do excesso de poder. Os funcionarios são responsaveis não só pelos abusos e omissões em que incorrerem, como tambem pelas omissões e faltas commettidas pelos seus subordinados. Neste caso respondem pela indulgencia ou negligencia. Todos desde o mais graduado até o ultimo na ordem hierarchica estão sujeitos a um regimen disciplinar, que constitue o nervo da administração. Os regulamentos definem as penas disciplinares, cujo intuito é lembrar aos funcionarios o cumprimento do dever, estabelecendo ao mesmo tempo a ordem e a disciplina no serviço publico. As penas disciplinares não são, porem, discricionarias. A lei determina os casos em que devem ser applicadas e o modo de applicação. Todo o acto do superior hierarchico que applicar uma pena disciplinar fóra dos casos, ou de modo diverso do prescripto na lei, constitue excesso de poder. Os chefes de serviço são revestidos de autoridade legal e moral a bem da ordem e disciplina. A' sua acção legal corresponde a prudente faculdade de reprehender, corrigir, ou castigar, mas sem offensa, ultrage ou máus tratos, sem ultrapassar, emfim, as prescripções da lei. O art. 230 decompõe-se em diversas especies, conforme se referir aos subalternos ou dependentes, ou aos particulares (partes) que vão tratar de negocios nas repartições publicas. Desde que a correccção, reprehensão ou castigo venham accompanhados de offensas, ultrage, ou máus tratos, ha excesso de poder. A offensa pode ser physica (*por obra*) ou moral (*por palavras, ou escriptos, injurias, calumnias*). E', porém, elemento essencial que o excesso de poder se manifeste no exercicio do cargo ou officio.

Bento de Faria observa, citando varias autores estrangeiros : Empregando a palavra — *prudente* — o dispositivo supra implicitamente reconhece na autoridade a faculdade ou o direito de reprehender, corrigir ou castigar, punindo somente o excesso, visto como o direito de infringir correccção é uma emanção que todo superior exerce no interesse da ordem sobre aquelles que estão submettidos a sua vigilancia e direcção (Haus, *Droit pén. belge*, v. 1, p. 74). E', como diz Pincherli, un potere disciplinare diretto a frenare i traviamente delle persone sottoposte a recluamarle all'adecremento dei proprii doveri (*Cod. pen. ital.*, p. 542). Assim o entenderam os Codigos

penas italiano, art. 320 e hungaro, art. 353. Os paes, os mestres, os tutores, que sem excesso, nem maldade, e com moderação castigam corporalmente seus filhos, alumnos, tutelados, etc., com o intuito de corrigil-os, em caso de necessidade, não devem ser punidos. (Nypels et Servais. *Cod. pén. belge*, v. 3, p. 13; Chauveau et Hélie, *Theor. du Cod. pén.*, v. 2, n. 2594; Blanche, *Etudes sur le Cod. pén.*, v. 4, p. 289, n. 594). Esse direito, entretanto, não tem o marido em relação á mulher, e vice versa (Nypels et Servais, *in loc. cit.*) pois em tal caso o castigo ou offensa corporal constitue *sevicia*, que é motivo para divorcio, na forma do art. 82 § 2 da lei do Casamento civil (dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890). Dahi resulta, como observa Bento de Faria, que são necessarios para a existencia do delicto os seguintes requisitos : a) *abuso* dos meios correccionaes ou disciplinares ; b) *damno* ou *prejuizo* á saúde da pessoa que recebeu o castigo, offensa ou ultrage ; c) a *qualidade* do agente, isto é, pessoa que tinha autoridade sobre a pessoa castigada, ou a quem esta fóra confiada por motivo de instrucção, educação, etc. (Puglia, *Man. di dir. pen.*, v. 2, p. 342).

No *Direito*, Fev. 1895, p. 272, encontra-se um julgado do Tribunal Superior de Justiça do Pará declarando que commette crime de calúnia o chefe de repartição publica que falsamente imputa a seu subalterno um facto que a lei qualifica crime. Tratava-se do inspector do thesouro estadual que suspendendo um chefe de secção, mandára publicar a respectiva portaria no *Diario Official*. O Tribunal pronunciou o inspector no art. 230 combinado com o art. 316, § 1 do Cod. Pen., considerando que elle não explicou satisfactoriamente a contradicção que se nota entre o despacho inculminado e a portaria de suspensão, nem provou que o recorrente (o chefe de secção) tivesse *forjado falso documento para levantar um emprestimo*; que do confronto desses dois actos do recorrido resulta naturalmente a convicção de ter este falsamente, isto é, com má fé, imputado ao recorrente um facto que a lei qualifica crime, art. 258 do Cod. Pen., que assim procedendo o recorrido (o inspector) ultrajou por escripto o seu subalterno, excedendo a prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar; que a calúnia foi commetida por meio de publicação do *Diario Official*, que é distribuido por mais de quinze pessoas e contra funcçionario publico sem ser em razão do officio. » Comquanto verdadeira a doutrina da ementa resultante dos fundamentos, *de meritis* opinamos pelo voto vencido do sr. desembargador Coimbra.

— O calculo da suspensão é o da penalidade do art. 222, excluida a multa.

Art. 231. Commetter qualquer violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercel-as :

Penas — de perda do emprego, no gráo maximo; de suspensão por tres annos, no médio, e por um anno no minimo, além das mais em que incorrer pela violencia (356).

(356) Trata-se aqui de abuso de poder, cujo elemento essencial é a vio-

lencia. Vide na Rev. Jurispr., Agosto, 1898, p. 437, Accordão do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 5 de Maio de 1898, condensado nas seguintes ementas: 1ª E' elemento essencial do delicto previsto no art. 231 do Cod. Pen. a *violencia*, que pode ser contra a *pessoa* ou contra a *cousa*. 2ª Na busca dada em casa de *tavolagem* pela autoridade policial, havendo *aprehensão* e *damnificação* de *cousas*, a *figura delictuosa* *materialisa-se* na *damnificação*, a que se refere a *vistoria* (*mandada proceder a requerimento da parte*) e pela sua propria natureza de *facto* que deixa *vestigios susceptiveis* de *exame occular*, devia ser *demonstrada* por *auto de corpo de delicto*, nos termos do art. 134 do Cod. do Proc. Crim. e 47 da lei de 3 de Dezembro de 1841, não sendo *permittida* a *prova supplementar* do *testemunho*. Em *taes casos* não basta a *vistoria*, mas é *necessario* o *corpo de delicto*, que só tem *valor juridico* quando *feito* com as *formalidades legais*, á *vista* do *questionario* *calcado* no *texto penal* e *jugado* por *autoridade competente*. 3ª Na *ausencia* de *corpo de delicto*, o *elemento material* da *figura* do art. 231, que ao *mesmo tempo* é o *proprio crime* do art. 239 do Cod., a *violencia contra a coisa*, não tem a *preciza demonstração legal*. O dr. Viveiros de Castro proferio em 14 de Outubro de 1898 uma *sentença* que deu *logar* a *controversia*, em *consequencia* da *doutrina sustentada* que as *praças de pret* no *exercicio* de suas *funções* são *consideradas* *funcionarios publicos* e como *taes* *devem* ser *submettidas* a *processo de responsabilidade*. O dr. Gabriel Ferreira, *sub-procurador geral* do *districto*, opinou em *sentido contrario* á *doutrina* *pedindo* a *anulação* do *processo*. O Conselho do Tribunal Civil e Criminal, em *accordão* de 12 de Janeiro de 1898, *adoptou* a *doutrina*, *considerando* os *soldados de policia* *funcionarios publicos*, que por *isso* *respondem* a *processo de responsabilidade* desde que *commettam crime funcional* (como é o do art. 231 do Cod.) da *competencia* da *justiça commum*. *Decisão fundada* na *mesma doutrina* foi *proferida* depois pelo *mesmo magistrado* em 23 de Junho de 1899 e *confirmada* pelo Conselho do Trib. Civ. e Crim. por *Acc.* de 22 de Julho de 1899. Mais tarde, em *outro processo*, *sujeito* á *decisão* da *Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim.*, *impugnada* pelo dr. Montenegro, foi pela *Cam. Crim. da Corte de Appellação*, em *gráu de recurso*, *juogada* *improcedente* a *doutrina*. Por ser *interessante* a *questão*, *publicamos* em *seguida* as *decisões referidas*. A do dr. Viveiros de Castro, de 14 de Outubro de 1898, *adoptamos* para *commentario* do *artigo 231*; *divergimos*, *porem*, na *parte relativa* ao *processo de responsabilidade*. *Seguimos* a *doutrina* da *Cam. Crim. da Côte de Appellação* :

« Denunciou o Dr. 3º Promotor Publico a Lourenço Campos, praça da Brigada Policial, como *incurso* nos arts. 231 e 303 do *Codigo Penal*, pelo seguinte *facto* : « A 29 de Março do *corrente anno*, pelas 2 horas da *tarde*, na *rua dos Invalidos*, o *denunciado*, *encontrando* em *luta corporal* Virgilio Justo e Antonio Carvalho, *afim* de *prendê-los*, *lançou mão* do *sabre* que *trazia* e *com elle* o *espancou*, *fazendo-lhes* os *ferimentos descriptos* nos *corpos de delicto* de *fls. 24 e 30*. »

Instrue a denuncia o *inquerito policial*.

Instaurando o *processo de responsabilidade*, *dando* ao *réo cópia* da *denuncia* e dos *documentos* que a *instruição*, *esgotado* o *prazo improrogavel* de 15 dias para a *apresentação* da *defeza escripta*, foi *instaurado* o *summario* da *culpa*,

depondo cinco testemunhas e um informante, em presença do denunciado, previamente qualificado e afinal interrogado.

Na promoção de fis. opinou o Ministerio Publico pela pronuncia nos termos da denuncia.

Defende-se o réo, allegando que Virgilio Justo, em estado de embriaguez, havia na rua dos Invalido offendido a Antonio Carvalho, fazendo-lhe o ferimento descripto no corpo de delicto.

Achando-se elle, accusado, patrulhando a rua, no cumprimento de dever, effectuou a prisão de Virgilio. Ao conduzi-lo, porém, para a estação policial, Virgilio o aggreo, procurou desarma-lo, sendo necessario o emprego da força para contê-lo.

O que tudo visto e devidamente examinado :

A nossa legislação processual não define o que seja crime de responsabilidade; limita-se a estabelecer a forma do processo. A expressão empregada — crime de responsabilidade — é, como observa judiciosamente Tobias Barreto, uma phrase pleonastica e insignificante, que podia com vantagem ser substituida pela de crime funcional ou de funcção.

Por crime de responsabilidade, define Pimenta Bueno, entende-se toda a omissão, abuso ou malversação que commettem os funcionarios publicos no exercicio de seu emprego, considerando-se empregados publicos todos aquelles que exercem funcções de character ou serviço publico conferidas pelo Governo ou poder publico.

A especie dos autos constitue o abuso de poder.

O abuso de poder, define o Dr. Braz Florentino, é o uso do poder conferido por lei contra os interesses publicos ou em prejuizo dos particulares, sem que a utilidade publica o exija.

O abuso de poder pode ser, portanto, de duas especies, contra os interesses publicos ou um prejuizo dos particulares. Assim, o empregado abusa de seu poder contra os interesses publicos quando, *verbi-gratia*, continúa a exercer as funcções do emprego depois de saber oficialmente que foi suspenso ou demittido; quando excede os limites das funcções proprias do emprego; quando expede uma ordem ou requisição illegal.

Abusa de poder em prejuizo dos particulares quando, *verbi-gratia*, excede a prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar seus subalternos : quando commette violencias no exercicio do emprego ou a pretexto de exerce-lo, quando se constitue devedor ou afiançado de algum seu subalterno.

São elementos do crime de abuso de autoridade : 1° que o facto incriminado constitua um crime; 2° que tenha sido commettido por um funcionario publico; 3° que a perpetração tenha tido logar no exercicio mesmo das funcções; 4° que haja falta de motivo legitimo para o emprego da violencia.

Restá agora examinar si o facto articulado na denuncia reúne estes quatro elementos constitutivos do delicto.

1° O facto incriminado constitue um crime. E' o delicto de offensa phisicas leves, definido no art. 303 do Codice Penal. O denunciado com o seu sabre fez em Virgilio Justo o ferimento descripto no corpo de delicto o de fl. 30.

2° A praça de pret, no desempenho de seus deveres, exerce uma funcção

publica; é, por conseguinte, um funcionario publico para os effectos da lei penal. O nosso Codigo Penal não definiu o que seja funcionario publico; mas, recorrendo-se ao auxilio da legislação estrangeira, da jurisprudencia dos Tribunaes e da doutrina dos escriptores, verifica-se que as praças de pret são consideradas funcionarios publicos quando agem no desempenho de funcções que a lei lhes incumbem.

Legislação :

Para a applicação da lei penal considerão-se funcionarios publicos os *agentes da força publica* e os officiaes de justiça — Codigo Penal Italiano, art. 207, § 3.

Quando um funcionario ou official publico, um administrador, *um agente ou um preposto do Governo ou da policia*, um executor dos mandados da justiça, um Commandante Chefe da força publica, tiver, sem motivo legitimo, empregado ou feito empregar violencias contra as pessoas, no exercicio ou por occasião do exercicio de suas funcções, será punido segundo a natureza e a gravidade dessas violencias, elevando-se a pena segundo a regra estabelecida no art. 198, Codigo Penal francez, art. 186.

O funcionario publico, de qualquer gráo ou categoria, encarregado da guarda das prisões ou da conducção de uma pessoa presa, *seus dependentes*, ou qualquer outro empregado que, em razão de suas funcções, tenha autoridade sobre a mesma pessoa, que commetter contra ella actos arbitrarios, ou rigores não autorisados pelos respectivos regulamentos, será punido com prisão de vinte e um a vinte quatro mezes — Codigo Penal do Uruguay, art. 158.

São tambem considerados funcionarios todos *os que pertencem á força armada* — Codigo Penal hollandez, art. 84.

Jurisprudencia :

Um cabo de policia conduzia um detento á prisão; este o insultou e deu-lhe uma bofetada; o cabo promptamente desembainhou o sabre e deu-lhe dous golpes no braço direito. O cabo foi considerado funcionario publico, processado por abuso de autoridade e absolvido pela Camara de Appellação de Buenos-Aires, que considerou o crime justificavel pela reacção natural e até certo ponto physica contra o ataque injusto. Mallagarriga, Codigo Penal Argentino commentado, p. 234.

O Tribunal Correccional de Bruxellas, em accordão de 30 de Março de 1896, decidiu que devem ser considerados depositarios ou agentes da autoridade todos aquelles que por delegação mediata ou immediata do Governo exercem no interesse publico uma parcella de sua autoridade ou fazem executar suas ordens; portanto, estão ahí comprehendidos todos os militares em actividade de serviço, os officiaes, os inferiores, os soldados. Pasicrisie Belge, 1893, vol. 3, Tribunaux, p. 147. Doutrina.

A expressão — funcionario publico — se applica a todos aquelles que estão investidos de mandado legal para executarem as leis ou as ordens da justiça, comprehendendo, portanto, os grãos mais elevados como os mais humildes da hierarchia administrativa ou judiciaria. Garraud, Direito Penal Francez, vol. 3, p. 447.

A lei comprehendeu em sua incriminação todos os agentes do Poder Executivo; desceu mesmo aos prepostos mais subalternos, porque são estes prin-

principalmente os que mais frequentemente se tornão culpados de actos de violencia ou máos tratos no exercicio de suas funcções. Chauveau e Hélie, Theoria do Codigo Penal, vol. 1, § 1922.

Talvez se objecte não poder ser o militar considerado funcionario publico, porque, sendo a pena imposta a perda ou a suspensão do emprego, não pôde a Justiça excluir das fileiras ou suspender do exercicio da patente um militar, usurpando assim funcções privativas da administração militar. Mas não procede o argumento. A demissão e a suspensão dos empregados civis são também funcções da administração e não da Justiça. Entretanto, podem os Tribunaes declarar a perda de logar ou a suspensão do exercicio, impondo uma pena estabelecida na lei. « Os crimes de responsabilidade, diz Tobias Barreto, collocão a administração na dependencia da Justiça, no sentido de que o principio do *quandiu se bene generint* ou da demissibilidade *ad nutum* dos funcionarios administrativos fica neutralizado pela intervenção do Poder Judiciario, em cuja esphera entra o deliquente desde a data do delicto e a cuja conhecimento unico e exclusivo pertence o facto criminoso, tanto mais se a pena comminada importa a inhabilidade perpetua ou temporaria para o exercicio dos cargos publicos. »

3º E' ainda elemento do delicto que o accusado tenha agido em sua qualidade de funcionario, tenha-se prevalecto de suas funcções para commetter o crime. Não ha, pois, delicto de responsabilidade se o facto é da vida privada e civil, não entrando sob relação alguma no circulo de suas attribuições legaes. Ora, na especie destes autos o denunciado agio como funcionario publico, no exercicio de suas funcções. Vio dous homens em luta, estando um delles ferido. Como praça de policia encarregada da manutenção da ordem publica, prendeu os dous lutadores e conduzio-os á presença da autoridade policial.

Foi durante essa conducção que occoreu o facto referido na denuncia. Não se trata, portanto, de um acto particular, da vida privada, e sim, evidentemente, de um acto funccional, do exercicio do cargo;

4º Finalmente, é ultimo quesito do delicto a falta de motivo legitimo, que sejam injustificaveis as violencias, acto de prepotencia, de crueldade, de arbitrio. Havendo motivo que justifique o emprego da violencia, não ha crime; é um acto necessario para o cunprimento das ordens da administração ou da Justiça. Faustin Hélie, Pratica Criminal, vol.-2, §§ 359 e 360; Garraud, Direito Penal Francez, vol. 3, p. 448; accordãos da Córte de Cassação, de 14 de Março de 1821, de 5 de Dezembro de 1822. Comprehende-se facilmente a legitimidade desde requisito. A violencia desnecessaria é um acto de crueldade, tanto mais revoltante, tanto mais digno de punição, quanto a victima se achava inerte e desarmada, sem poder defender-se, e a aggressão partio de quem tinha a obrigação de defendê-la, de quem tem por missão garantir a vida do cidadão.

Reus res sacra, já dizião os romanos. E seria inadmissivel na nossa civilisação collocar o sabre nas mãos do soldado para a oppressão e tyrannia dos cidadãos inertes e pacificos, ou dos accusados que promptamente submettem-se ás ordens legaes das autoridades constituídas. Casos ha, porém, onde se justifica perfeitamente o emprego da força.

• O accusado recusa obedecer á ordem legal. Sem o emprego da força para

coagil-o á obediência, a lei e a Justiça ficarião desarmadas. O accusado aggride o executor da ordem. Ora o agente da autoridade não ha de se offerecer como victima resignada e submissa aos golpes do aggressor. O instincto natural da conservação leva-o a defender-se. Demais, elle personifica a lei representa a autoridade, que a encarna, não pôde permittir que seja ella assim desrespeitada pelo criminoso audaz e insolente. Estas considerações ainda augmentão de valor quando o agente da autoridade é um militar, que deve fazer respeitar a farda que veste, symbolo da grandeza e da gloria de sua patria, que não pôde fugir, pois é a covardia, o mais infamante dos defeitos que um militar pôde ter.

Ora, o estudo dos presentes autos demonstra que o denunciado empregou legitimamente a força para se fazer obedecer. Prendeu em flagrante um individuo que havia offendido outrem. Ao conduzir o preso para a respectiva Delegacia, este profere palavras injuriosas, arranca-lhe bruscamente o sabre, tenta aggrredil-o. O denunciado não podia consentir que lhe fosse tomada a arma, nem é de justiça exigir-se que se offerecesse como victima resignada á furia de um ébrio; empregou, portanto, muito legitimamente a força, não só para reaver a sua arma como para dominar a illegitima resistencia do prezo.

Por estes fundamentos julgo improcedente a denuncia de fl. 2 e absolvo Lourenço Campos da accusação que lhe foi intentada. O Escrivão officie ao Commandante da Brigada Policial affirm de ser o réo immediatamente posto em liberdade, se por al não estiver prezo. Na fórma da lei recorro desta decisão para o Collendo Conselho do Tribunal Civil e Criminal.

Rio, 14 de Outubro de 1898. — *Francisco José Viveiros de Castro.*

Accordão da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim., com o voto do dr. Montenegro :

« Vistos, expostos e discutidos estes autos, etc.

Não vencendo a preliminar de annullar-se todo o processado, sob o fundamento de que, não sendo a praça de policia considerada empregado publico, não se trata de um crime funcional ou de responsabilidade, mas de delicto commum, sujeito a outra jurisdicção, havendo, portanto, *incompetencia de juizo* para o processo e julgamento do presente feito crime; e, *de meritis* :

Considerando que os réos, como soldados da Brigada Policial desta Capital, no exercicio de suas funcções, indo effectuar a prisão de Fuão Saverio, em a noite de 18 de Dezembro do anno proximo passado, no largo de S. Francisco de Paula, á entrada da rua do Ouvidor, como o mesmo Saverio não cedesse á intimação e lutasse para se não deixar prender, empregárão contra esse individuo as armas de que usavão, disparando-lhe diversos tiros de revolver, resultando disso diversos ferimentos, que lhe determinárão a morte immediata (auto de exame e autopsia á fl. 47);

Considerando que, embora tivesse, a principio, havido resistencia da parte de Saverio, todavia esse facto não justifica o procedimento dos réos fazendo tão grande emprego da força para o subjugarem; e assim :

Considerando que houve excesso de justa defesa, por parte dos réos, na repulsa da força empregada pelo offendido para se não deixar prender, pelo que lhes não aproveita, e nem é o caso de applicar-se, o disposto no art. 125 do Codigo Penal;

Considerando que a prova da existencia do delicto e de serem os réos os seus autores decorre evidentemente do referido auto de exame e autopsia, das declarações dos proprios réos a fis. e fis., do exame a que se procedeu nos revólvers, com os quaes estavam os réos armados por occasião do conflicto travado entre elles e o offendido, *ut* fl. 62, e tambem do exame constante do auto a fl. 51, pelo qual ficou demonstrado pertencerem aos revólvers usados na Brigada Policial as balas extrahidas do corpo da victima — verificando-se de tudo isso terem sido elles as unicas praças que detonarão suas armas contra Saverio; mas :

Considerando não estar provado, como pretende o libello a fl., terem os réos usado de diversos meios para commetterem o crime, visto como a morte de Saverio foi devida apenas a ferimentos por arma de fogo;

Considerando que, na especie dos autos, não pôde ser considerada aggravante, mas, sim, *elemento do crime* a circumstancia da superioridade em força e armas, porquanto só assim se comprehende o excesso de justa defesa que houve da parte dos réos na repulsa da força empregada pela victima para se não deixar prender;

Considerando, afinal, não existirem circumstancias aggravantes nem attenuantes :

Accordão em Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal julgar procedente a accusação formulada contra os réos Aureliano Pereira dos Santos, José Martelloti, José Hygino de Santiago, Antonio Gomes de Araujo, Pedro de Carvalho e Julio Ernesto Durval, e condemna-os á suspensão do emprego por tres annos, gráo médio do art. 231 do Codigo Penal, e a 15 annos de prisão cellular, gráo médio do art. 294, § 2 do mesmo Codigo, e nas custas.

Rio, 3 de Agosto de 1901 — *Muniz Barreto*, P. com voto.

Zacharias Monteiro, relator, votei contra a preliminar por entender que, sendo o soldado da Brigada Policial um agente da força publica, a quem a lei commetteu a missão coercitiva de fazê-la cumprir e respeitar, em nome da autoridade constituída, deve, como tal, ser considerado empregado publico, para os effeitos e na fórmula do direito vigente a que está subordinado. E, portanto, se, no exercicio dessas funcções, abusar do poder de que se acha revestido commetter algum crime, é logico que por este responda perante a jurisdicção especial, á qual compete o processo e julgamento dos crimes funcionaes ou de responsabilidade — na hypothese dos autos a Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal.

Montenegro, vencido na preliminar da *incompetencia* da Camara para o processo e julgamento do crime de *homicidio*, attribuido aos réos, da alçada jurisdiccional do pretor e do *Jury*, nos termos precisos dos arts. 50, § 5 e 107 do Decreto n. 1.038 de 1890.

Os soldados de policia não têm fóro especial para crimes, que não os *militares* definidos no respectivo regulamento, que baixou com o Decreto n. 10.222 de 1889. E releva notar que, não obstante a jurisdicção especial para sua investigação e punição (Decreto cit., art. 347), o crime de *homicidio* e outros, especificados no art. 394, ainda mesmo revestidos do caracter de *infracção penal militar*, os delinquentes fição sujeitos ao *fôro criminal commum*, onde devem ser processados e julgados, *ex-vi* do disposto no supra-citado art. 394.

Accresce que o soldado de policia não é funcionario publico, em sentido proprio e estricto, para responder a processo de responsabilidade em fóro especial.

As diferentes qualificações dos agentes do funcionalismo publico, se uma questão secundaria nas legislações em que os funcionarios de qualquer graduação e categoria são, indistinctamente, submettidos ao mesmo regimen judiciario penal, no direito patrio, ao contrario, em que os delictos de *função* têm processo o fóro *especiaes* instituidos, por um motivo de ordem publica, para garantia e prestigio da *autoridade e poder publico* de que é investido seu titular, os efeitos da distincção e qualidade dos funcionarios são de importancia maxima para a applicação da lei penal.

O soldado de policia, *ad instar* do serviço de utilidade e interesse publicos para que são engajados, não têm a qualidade do funcionario publico, propriamente dito. Sem *nacionalidade*, da qual se prescinde para o engajamento, e demais condições essenciaes ao acesso das funções publicas, do que dão testemunho estes autos, em que, dos réos denunciados, um é *italiano* (fs. 92 v.), outro *portuguez* (fs. 95 v.) e um terceiro — *analphabeto* (fs. 91 v.), o soldado de policia é um simples agente, ou antes um *instrumento de força* das autoridades constituidas.

Subordinado pelo juramento de obediencia (art. 215), ás ordens do superior, que responde por suas faltas, não tem *autoridade propria*, nem titulo habil para o seu legitimo exercicio.

Nestas condições, pois, o que não é logico (como diz o voto vencedor) é subtrahir ás normas do processo commum o soldado de policia accusado por crime que a sua qualidade de *funcionario militar* não faz declinar da jurisdicção dos *delictos communs*. E se, como *delicto militar*, ou propriamente de *função*, o soldado não tem fóro privilegiado para os crimes de *homicidio*, não se poderá cogitar como submettê-lo a processo de responsabilidade privativo dos *funcionarios civis*.

Assim opinei em anterior decisão, publicada na *Revista de Jurisprudencia*, fasciculo XLIV, p. 176.

Vencido na *preliminar*, votei pela condemnação dos reos nas penas do gráo maximo, pela exuberancia de provas das circumstancias aggravantes da superioridade em *forças e armas*, articuladas no libello á fl. 147, que não se comprehende como possam ser « elementares do crime », assim consideradas pelo voto vencedor, para « attenuar o excesso da justa defesa, por parte dos réos, na repulsa da força empregada pela victima para não se deixar prender! »

Accordão da Cam. Crim. da Corte de Appellação :

— Na appellação crime n. 657, em que foram appellantes Aureliano Pereira dos Santos, José Martellote, José Hygino de Santiago, Antonio Gomes de Araujo, Pedro de Carvalho e Julio Ernesto Durval, praças da Brigada Policial, sendo appellada a Justiça, foi, pela Camara da Corte de Appellação, proferida a seguinte decisão :

Accordão em Camara Criminal da Corte de Appellação, depois de vistos relatados e discutidos estes autos, dar provimento á appellação interposta á fs. 168, por Aureliano Pereira dos Santos e outros, praças da Brigada Policial, para o fim de annullarem, como annullam, o processo de respon-

sabilidade a que foram submettidos por denuncia do 3º Promotor Publico deste Districto, e no qual foram pronunciados como incurso no arts. 231 e 294, § 2 do Codigo Penal, e em julgamento da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, condemnados no gráo medio das penas dos referidos artigos.

De todo o ponto incabivel é na hypothese dos autos semelhante fórma de procedimento criminal a que os réos foram sujeitos, em razão de sua qualidade de praças da Brigada Policial, e pelo facto de, no exercicio de suas funcções de policiamento e em occasião de effectuarem uma prisão, terem commettido o crime de homicidio.

Não podião por isso ser considerados incurso nas incriminações do art. 231 do Codigo Penal combinado com a do art. 294, § 2, e submettidos ao processo especial dos empregados publicos não privilegiados.

O crime de responsabilidade, no sentido proprio ou estricto, importa em uma violação das normas especiaes que devem ser observadas por quem está investido do exercicio de um cargo ou de funcções publicas, normas essas que só se dirigem ao funcionario e que por qualquer outro não podem ser violadas.

Formas ha, entretanto, quaes as normaes geraes de direito penal, que se dirigem a todós e que, violadas por funcionario publico no exercicio de suas funcções, dão lugar tambem á existencia de um crime de responsabilidade.

Em tal hypothese, porém, se a violação de alguma destas normas geraes envolver um crime commum, que, pela importancia e gravidade de sua penalidade, accarreta o procedimento criminal commum, a qualidade de funcionario, ou o facto de exercer uma funcção publica, só pode ser uma causa de aggravação da pena (*Von Liszt* — Nota de José Hygino — Direito Penal).

E' isto que se infere da economia do art. 231 da Codigo Penal e dado seu correlato (art. 145) do antigo Codigo Criminal do Imperio, estudados á luz da jurisprudencia dos tribunaes do paiz.

Com effeito, a *violencia*, a que allude o referido art. 231, não póde ser outra senão a consistente nas intimidações, constrangimentos ou offensas physicas leves praticadas no exercicio das funcções publicas ou a pretexto, de exercê-las.

As penas que essas modalidades de *violencia* derem lugar e de que faz menção a *alinea* do alludido artigo, devem guardar em relação á pena nelle especificada e edictada contra o crime funccional, certo gráo de inferioridade, ou antes uma relação de dependencia de accessorio para com o principal.

Se, pois, a *violencia* de que falla o art. 231 do Codigo Penal importar em um crime commum da competencia de jurisdicção repressiva ordinaria, diante de prevalencia do crime commum em relação ao crime funccional não é licito desaforar-se o indiciado de um crime commum de sua jurisdicção competente para a jurisdicção especial e improrogavel dos crimes funcionaes, em detrimento dos direitos de defesa e das garantias da liberdade do cidadão.

Neste sentido sempre se orientou a jurisprudencia nacional, baseada no

aviso n. 145 de 27 de Agosto de 1855, que condensou a doutrina corrente em nosso direito sobre os casos de processos de responsabilidade.

Confirmando esta doutrina de modo inilludível, vieram os decretos ns. 10222 de 5 de Abril de 1889, e 1262 de 1893, expedidos *ex-vi* de autorização legislativa, para o fim de regulamentar a organização da força policial do Districto Federal.

O decreto n. 10222 citado, mandado observar na sua parte criminal pelo art. 344 do decreto n. 1263 de 1893, estatue que se os officiaes e praças do Regimento, hoje Brigada Policial, *no exercicio de suas funcções, commetterem qualquer crime commum, cuja pena seja maior do que as comminadas para os crimes funcçionaes enumerados no Regulamento da Brigada*, será esse crime commum objecto do processo commum (art. 294).

Occorre ainda que processo especial de responsabilidade só foi instituido para os crimes funcçionaes dos empregados publicos civis, crimes de natureza juridica de certa complexidade, cuja apreciação e julgamento impõem uma jurisdicção repressiva differente da que o legislador estabeleceu para o conhecimento e julgamento dos crimes communs (Mendes da Cunha — *Obsereações ao Codigo Criminal*).

Sendo esta a razão de ser do processo especial de responsabilidade, não ha como comprehender-se applical-o aos appellantes, praças da Brigada Policial, indiciados em crime commum, qual o de homicidio.

Finalmente, vem de molde observar que, embora exerção uma funcção publica as praças policiaes, todavia não podem ser consideradas funcçionarios ou empregados publicos, na technica do direito publico administrativo.

Entre a noção de *funcção publica* e a de *funcçionario publico*, nem sempre ha um parallelismo ou correspondencia exacta. Uma, a primeira, é mais ampla que a segunda (Laband, *Direito Publico Allemão*).

Assim que ha funcções publicas em que aquelles que as exercem não são funcçionarios ou empregados publicos, taes como os tutores, os jurados, os vogaes da Junta Correccional, os juizes arbitros, os eleitores, etc.

Em iguaes condições se achão as funcções do soldado ou praça policial. Todas essas funcções ou serviços publicos importão em deveres civicos exigidos pelo direito da soberania do Estado e impostos aos cidadãos, aos quaes incumbe o dever de desempenhal-os.

Por todos estes fundamentos e pelos constantes do voto vencido á fl. 122, annullando todo o processado, mandão descer os autos á 1ª instancia para que os réos sejam submettidos a novo processo nos termos de direito. E sem custas conforme estabelece o regulamento em vigor. Rio, 24 de Janeiro de 1902. *Fernxndes Pinheiro. P. Miranda Ribeiro*, Relator — *Dias Lima Espinola* — *T. Bastos* — *H. Dodsworth*.

Vide Viveiros de Castro, *Jurisprudencia Criminal* (1900, ed. Garnier) p. 174; e *Rev. de Jurisp.*, Outubro 1901, p. 175.

— A palavra — *violencia* é tomada no sentido amplo; comprehende desde as mais graves (homicidio) até as mais leves (vias de facto) Chauveau et Hélie, *Théor. da Cod. pén.*, v. 3, n. 762; Dalloz, *Repert.*, V. *Liberté indio.*, ns. 59 e 60; Garraud, *Dr. pén.*, v. 4, n. 1214.

Bento de Faria, citando Nypels et Servais, *Cod. pén. belge*, v. 2, p. 155. Dalloz, *obr. e loc. cit.*, diz que não comprehende as ameaças. O art. 231

não faz distincção; diz — *qualquer violencia*. A ameaça não deixa de ser violencia; não ha razão para ser excluida. A differença que ha entre a *ameaça violencia* do art. 231 e a *ameaça*, delicto definido no art. 184, é que no primeiro caso a ameaça é violencia constitutiva do delicto praticado por *funcionario no exercicio das funcções do emprego* ou a pretexto de exercel-as. No segundo caso o agente não é funcionario publico, é *qualquer pessoa*, e se for funcionario se acha no exercicio das funcções do emprego. Em taes condições elle perde o caracter de funcionario e passa a ser um simples particular : a figura do crime é a do art. 184.

Art. 232. Haver para si, directa o indirectamente, ou por algum acto simulado, no todo ou em parte, propriedade ou effeito em cuja administração, disposição, ou guarda, deva intervir em razão do officio; entrar em alguma especulação de lucro, ou interesse relativamente á dita propriedade ou effeito :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes, de perda do emprego e multa de cinco a 20 % da propriedade, effeitos adquiridos ou interesse que auferir da negociação. Em todo o caso a aquisição será nulla (357).

(357) Para a prisão o calculo é o da penalidade do art. 156 pr.; para a multa o do art. 136, 1ª alin.

Paragrapho unico. Em iguaes penas incorrerão os peritos avaliadores, partidores, contadores, tutores, curadores, testamenteiros, depositarios, administradores de massas fallidas e syndicos de sociedades em liquidação, quando commetterem o mesmo crime (358).

(358) A figura deste artigo seria antes as do estellionato ou peculato, mas o Codigo considerou abuso ou excesso de autoridade, deslocando-a evidentemente. E para proval-o basta dizer que não são autoridades as pessoas mencionadas ao paragrapho unico. São elementos do crime : 1ª a qualidade de funcionario ou guarda da propriedade ou effeitos; 2ª que estes não pertençam á fazenda publica, e, sim, aos particulares ou associações, companhias, sociedades etc.; 3ª que haja a apropriação no todo, ou em parte da propriedade ou effeitos; 4ª no caso da segunda parte do art., que haja especulação de lucro ou interesse, ainda que não se verifique a apropriação do todo ou em parte; 5ª que haja o *dólo específico* manifestado no proposito da *apropriação* ou da *especulação*. A figura do art. 232 é a de *furto por apropriação*, porem commettido por individuo investido de um encargo pela autoridade publica, ao passo que o autor do crime definido no art. 331 n. 2º é o particular que se apropria da coisa alheia que lhe é confiada, ou

consignada por qualquer título, com obrigação de a restituir ou fazer d'ella uso determinado.

Incorrem no mesmo crime .

Os juizes e escrivãos dos orphãos que comprarem bens de menores sob sua influencia official (Ord. l. I, 62, 38, 30, 80; dec. 848 de 1890, art. 280; dec. 3084 de 1898 art. 566); ou comprarem quinhão do menor cujo inventario corre por seu juizo ou cartorio (Acc. do Sup. Trib. Fed. de 7 de Outubro de 1893).

Os juizes e escrivãos, depositarios, avaliadores ou qualquer dos agentes mencionados no § unico do art. 232 que arrematarem bens que vão a praça e nos quaes tenham intervindo em razão do officio. A prohibição é extensiva aos juizes, escrivães, depositarios e avaliadores da justiça federal, os quaes não podem, por si ou por outrem, arrematar bens que vão a praça no juizo federal. Dec. 9885 de 1888, art. 23; dec. 848 de 1890, art. 280; dec. 3084 de 1898, art. 75, parte V.

O credor exequente que no juizo federal arrematar bens do executado salvo licença do juiz. Dec. 848 de 1890, art. 280.

Os directores ou administradores de bens de associações religiosas, moraes, scientificas, artisticas, politicas ou de simples recreio, a que se refere a lei n. 173 de 1893, art. 14.

No Districto federal quaesquer funcionarios municipaes e os membros do Conselho, que houver deliberado sobre a alienação dos bens municipaes, comprarem ou fizerem qualquer negocio sobre os mesmos bens. Lei 85 de 1892, art. 15 § 80; Carlos de Carvalho, *Nova Cons. das leis civis*, art. 1041.

Art. 233. Commerciarem os governadores e commandantes de armas dos Estados; os magistrados; os officiaes de fazenda dentro dos districtos em que exercerem as suas funcções; os officiaes militares de mar e terra, salvo si fõrem reformados, e os dos corpos policiaes :

Penas — de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 200\$ a 500\$000 (359).

(359) Para a suspensão *vide* calculo da penalidade do art. 124, § 1; a multa é a do art. 160, § 1.

Na prohibição deste artigo não se comprehende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a premio, com tanto que as pessoas nelle mencionadas não façam do exercicio desta faculdade profissão habitual de commercio; nem a de ser accionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não tomem parte na gerencia administrativa da mesma companhia (360).

(360) As disposições deste art. incidem na mesma censura, a que alludimos na nota ao art. 232 § unico, ainda que na especie se trate de autoridades. O Cod. Commercial, art. 2, declara prohibidos de commerciar os presidentes e commandantes das armas de provincias, os magistrados vitalicios, os juizes municipaes e os de orphãos e officiaes de fazenda, dentro dos districtos em que exercerem as suas funções, os officiaes militares de primeira linha e de mar e terra, salvo se forem reformados, e os de corpos policiaes. A segunda parte do art. 233 é reprodução *ipsis verbis* do art. 3 do Codigo commercial.

O Cod. Penal Militar, art. 176, pune com a pena de prisão com trabalho por dois a seis mezes « todo o individuo ao serviço activo da marinha de guerra que exercer habitualmente a profissão do commercio. » E accrescenta : « Não se comprehende nesta prohibição a faculdade de dar dinheiro a premio, ou ser accionista de companhias anonymas, ou em commandita, uma vez que não tome parte na administração ou gerencia das mesmas. » Commentando este artigo, dissemos : O Cod. comm. classifica este crime entre os de excesso ou abuso de autoridade, sob a rubrica das malversações, abusos e omissões dos funcionarios publicos, capitulo unico dos crimes contra a boa ordem e administração publica. O Cod. mil. sob a epigraphe — commercio illicito — constitue um capitulo dos crimes contra a ordem economica e administrativa militar. A Ordenança geral da armada prohibe expressamente (art. 309) a toda pessoa pertencente a navio da armada, ou que se ache nelle por qualquer motivo embarcado, levar ou receber a bordo mercadorias a frete, com o fim de especulação commercial, ou cuja prohibição esteja estabelecida por lei. De sorte que os dois Codigos limitaram-se a consolidar o direito vigente nas figuras do crime de commercio illicito. O Cod. Mil. restringe a prohibição ao militar em *serviço activo* que exercer *habitualmente* a profissão do commercio. Donde se conclue a *contrario sensu* : 1º, que mesmo em *serviço activo* o militar pode commerciar contanto que não faça profissão *habitual* de commercio ; 2º, podem commerciar, sem restricções, os reformados, mantendo se, por consequente, a disposição do Cod. Commercial (art. 2, n. II) que os exceptuava da prohibição. Para boa intelligencia do artigo 176 convem saber o que entende o Cod. por — exercicio *habitual* da profissão do commercio. O adverbio — *habitualmente* — deve-se considerar no sentido de *continuamente* — exercer a profissão do commercio *sem interrupção*, abrir casa commercial, tomar a sua direcção, ser obrigado a estar diariamente à testa do negocio. O militar *activo* não pode evidentemente entregar-se à vida do commerciante que o incompatibiliza com as funções do serviço militar. Pode ser sócio commanditario de uma firma commercial ? Pela affirmativa, não ha a menor duvida. Pode ser solidario ? Sim, desde que não tome parte na administração ou gerencia da firma. Na expressão — *dar dinheiro a premio* — não se comprehende o commercio habitual das casas de penhor, mas, sim, o de capitalista.

Art. 234. Constituir-se devedor de algum subalterno ; dal-o por seu fiador ; ou contrahir com elle obrigação pecunaria :

Penas — de suspensão do emprego por tres a nove mezes, e multa de cinco a 20 0/0 da quantia da divida, fiança, ou obrigação (361).

(361) A figura deste artigo seria a da prevaricação, ou da corrupção, e não do abuso ou excesso do poder. N'este, como no artigo anterior, o elemento moral do crime não é a *vis*, a violencia, e, sim, a improbidade, o trafico, a promoção ou satisfação do interesse privado pela influencia do cargo publico. Na ordem hierarchica do funcionalismo, a disciplina, que, como já o dissemos, é o nervo da administração, só pode ser mantida pela integridade moral dos chefes e subordinados, agindo, sem dependencias pessoais, na esphera de suas attribuições, guardando sempre a dignidade propria dos homens probos e honestos. Certamente, essa dignidade seria sacrificada pela dependencia pessoal do chefe ao subordinado, afrouxando os laços da disciplina, em prejuizo do serviço publico e da ordem administrativa.

Para a suspensão *vide* art. 211, § 3, e quanto á multa art. 136, 1.ª alin.

Art. 235. Solicitar alguma mulher, que tenha litigio ou pretenção dependente da decisão, ou informação, em que deva intervir em razão do cargo :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos, além das mais em que incorrer (362).

(362) *Vide* art. 151, § unico, para o calculo de suspensão.

Si o que commetter este crime fôr juiz :

Pena — de prisão cellular por um mez a um anno, além das mais em que incorrer (363).

(363) *Vide* art. 222, excluida a multa.

Art. 236. Si o crime, declarado no artigo antecedente, fôr commettido por carcereiro, guarda ou empregado da cadeia, casa de reclusão, ou estabelecimento semelhante, contra mulher que esteja preza, ou depositada, debaixo de sua custodia ou vigilancia, ou contra mulher, filha ou irmã, curatelada ou tutelada de pessoa que se achar nessas circumstancias :

Penas — de prisão cellular por um mez a um anno e perda do emprego, além das outras mais em que incorrer (364).

(364) Acham-se tambem mal collocadas aqui as figuras dos actos supra, que deveriam constituir especies de attentado ao pudor. O art. 235 é ata

defeituoso na redacção. Ha impropriedade no emprego do verbo *solicitar*, cujo significado não traduz a intenção, o *dólo específico* da figura delictuosa. Compreende-se que o legislador pretendeu exprimir, na *solicitação*, o acto de *seduzir* usando da *influencia do cargo*, *fazer propostas immoraes*, aproveitando-se da *situação de dependencia em que se encontra a paciente*. Mas aqui não ha abuso de poder, ao contrario, a solicitação é a negação da violencia, ou do excesso de autoridade. O crime previsto nos arts. 235 e 237 é o de seducção, attentado ao pudor aggravado pelas circunstancias de achar-se a paciente sob a immediata protecção da autoridade publica (art. 39, § 16), ou de ser a paciente pessoa dependente ou sujeita pela sua condição ou situação ao autor do delicto (art. 39, § 9). O crime do art. 235 é committido por funcionario publico, que abusa directamente da situação de dependencia da mulher. O do art. 236 refere-se ao funcionario publico encarregado das cadeias ou prizões, que abusa *directamente* da situação da mulher que se acha sob sua dependencia, ou *indirectamente* quando a *solicitação* é feita contra a esposa, filha, irmã, tutelada ou curatelada do paciente prezo ou depositado debaixo de custodia ou vigilancia do funcionario. N'este ultimo caso, o paciente pode ser homem, a cujo favor intervenha a esposa. a filha, a irmã, a tutelada, a curatelada.

A figura do delicto integra-se ainda que não tenha se consummado o acto solicitado; o simples factio de solicitação constitue o crime. Rivarola, *Cod. pen. argent.* v. 3, p. 78. Donde se conclue que neste delicto não ha tentativa.

— Para o calculo da penalidade, *vide* art. 222, excluida a multa.

Art. 237. Quando do excesso, ou abuso de autoridade, resultar prejuizo aos interesses nacionaes :

Pena — de multa de cinco a 20 0/0 do prejuizo causado, além das outras mais em que incorrer (365).

(365) A hypothese aqui figurada é a do damno causado pelo delicto aos interesses nacionaes, resultante do acto do funcionario que abusou da autoridade ou excedeu os limites de suas attribuições. A multa sobre o valor do damno é uma pena accessoria á penalidade do crime em que incorreu o delinquente. Tal seria, por exemplo, o caso de, em consequência do excesso ou abuso da autoridade, ser a Nação obrigada a pagar alguma indemnisação ou a soffrer qualquer humilhação ou vexame.

Para o calculo da multa, *vide* art. 136. 1.ª alin.

SECÇÃO VII

Irregularidade de comportamento

Art. 238. O empregado publico que fôr convencido de incontinencia publica e escandalosa; de vicio de jogos prohibidos, de

embriaguez repetida ; de haver-se com ineptidão notoria **nô** desempenho de suas funcções :

Pena — de perda do emprego, com inhabilitação de obter outro, até mostrar-se corrigido (365).

(366) Compete á justiça federal o processo e julgamento, se o empregado publico fôr federal. No Estado a respectiva lei de processo regulará. *Vide* na *Rev. de Jurispr.* de Janeiro de 1898. p. 104, direito de reclamação contra a irregularidade de conducta de juiz. Na Cap. Fed. compete ao procurador geral representar ao Presidente da Republica sobre a conveniencia de ser declarado avulso o juiz que, em razão de algum crime, actos indecorosos ou costumes desrêgrados, não deva continuar no quadro da judicatura. Dec. 2579 de 1897, art. 45, n. VII.

O funcionario, por isso que *se acha investido da funcção do poder publico*, tem maior somma de responsabilidades do que o simples particular. A dignidade do cargo exige um procedimento exemplar. Todos os actos de sua vida publica e privada devem ser pautados pela observancia dos principios da moral e do civismo. A incontinencia publica e escandalosa, a que se refere o art. 238, não é sinão a vida desregrada dos theatros com meretrizes e gente de má nota, em virtude da qual perde o funcionario a respeitabilidade e o bom conceito que deve procurar sempre manter.

Constitue ainda crime de irregularidade de comportamento, *ser o funcionario* dado aos vicios de embriaguez repetida, ainda que não seja habitual, de jogos prohibidos em casas de baixa tavolagem ou em casas de jogo frequentada por gente mais limpa, ou mesmo em clubs, onde a pratica de jogos prohibidos os equipare a casas de jogo. A ineptidão notoria no desempenho das funcções é a terceira figura incluída no art. 238. Mas, evidentemente está alli mal collocada. Ninguém affirmará que é mal comportado aquelle que por inopia intellectual, ou por qualquer outro motivo, tornou-se inepto, no desempenho das funcções do cargo. Accresce que para considerar-se a inepticia, ou a ineptidão um crime, falta lhes o elemento moral constitutivo do delicto, salvo se o legislador teve em mente consideral-o delicto culposo em que o referido elemento seria a culpa decorrente da negligencia. Esta terceira figura comprehende ainda duas especies. Na primeira o elemento essencial é a *ineptidão*, a *inepticia*, que deve ser *notoria*, isto é, *evidente*, por todos reconhecida, que impossibilita o funcionario de cumprir os seus deveres. N'este caso a culpa não seria delle, não depende de sua vontade haver-se de modo diverso no desempenho das funcções. Onde está o elemento moral, dolo ou culpa, necessario para a integração do delicto? Na segunda especie a *desidia*, que deve ser *habitual*, isto é, constante, a despeito das observações ou da intervenção dos chefes de serviço, chamado o funcionario desidiososo ao cumprimento dos deveres. N'este caso, da desidia decorre a negligencia, a inobservancia das disposições regulamentares, o empregado é culpado, porque de sua vontade depende a sua conducta no exercicio das funcções. Ha um delicto culposo.

O intuito da dispositivo, definindo o crime de irregularidade de comportamento, foi revestir o funcionario publico do prestigio e força moral, que

só adquirimos na sociedade pela estima e consideração, quando a nossa conducta é irreprehensivel, quer na vida publica, quer na particular. Muito importa ao cargo a pessoa que o exerce. A funcção, seja da mais elevada cathogoria, seja a de um modesto continuo de repartição publica, representa uma parcella do poder publico, cada um na esphera das attribuições que a lei define. Un continuo ou um porteiro de repartição publica na esphera de suas attribuições tem o direito de exercer suas funcções tão garantido como o da autoridade de mais elevada cathogoria da Republica. Elle tem a força que a lei lhe dá. Mas a funcção só pode ser desempenhada com essa garantia do direito e com essa força quando a pessoa que a exerce tem a força moral que a sua conducta lhe dá.

TITULO VI

DOS CRIMES CONTRA A FÉ PUBLICA

CAPITULO I

Da moeda falsa (367)

(367) Compete aos juizes seccionaes no Districto Federal e nos Estados o julgamento dos crimes de moeda falsa (Lei n. 516 de 3 de Novembro de 1898, no *Appendice*) ficando assim derogada a lei 221 de 1894, art. 20, n. VI, que dava essa competencia ao Jury Federal. *Vide* no *Appendice*, dec. n. 561 de 31 de Dezembro de 1898. Compete privativamente ao Congresso Nacional determinar o peso, o valor, a inscripção, o typo e a denominação das moedas : Const. Fed. art. 34, § 7. Sobre as moedas de ouro, prata e nickel, *vide* Lei n. 1817 de 3 de Setembro de 1870, decs. 4822 de 18 de Setembro de 1871, 653 de 28 de Julho de 1849 e 3966 de 30 de Setembro de 1867. *Vide* no *Appendice* dec. n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, art. 26.

Art. 239. Fabricar, sem autoridade legitima, moeda feita de identica materia, com a mesma forma, pezo e valor intrinseco da verdadeira ;

Fabricar, do mesmo modo, moeda estrangeira que tiver curso legal ou convencional dentro do paiz :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e de perder, para a Nação, a moeda achada e os objectos destinados ao fabrico (368).

(368) *Vide* nota ao art. 118, § unico.

Parapho unico. Si a moeda fôr fabricada com diversa materia ou sem pezo legal :

Pena — de prizão cellular por dous a oito annos, além da perda sobredita (369).

(369) Sobre o modo de considerar o crime de moeda falsa, ha diversos systemas. Uns, como Rossi, sustentam que é um delicto contra o interesse publico, alem de ser um estellionato em damno de particular. Chauveau-Hélie, diz que na realidade não constitue senão um attentado á propriedade privada. Haus assim tambem pensa, notando que a falsidade da moeda, ou é um furto somente em damno do Estado, sem detrimento dos particulares, quando se faz com falsos cunhos concurrencia á cunhagem do Estado, falsificando moeda não inferior ao valor da moeda nacional, ou se reduz a um estellionato para com os particulares mediante a falsidade, quando só diminue o valor effectivo das moedas verdadeiras ; e é um crime contra os interesses do Estado e dos particulares quando se põe em circulação moeda não verdadeira. Garraud observa que nenhuma legislação tem seguido tal systema ; todas tem destacado os actos que constituem a moeda falsa, o estellionato, o furto e a falsidade para fazer delles o objecto de uma incriminação especial. E' tambem o que fez a nossa legislação, accrescenta João Vieira, que considera a moeda falsa essencialmente um crime contra a fé publica. (*Vide Cod. Pen. interpr.*, part. espec., v. I, ps. 232 e segs.).

O nosso Codigo no art. 239 refere-se ao fabrico da moeda metallica ; no art. 240 ao da moeda papel e no art. 241 á introducção de uma e outra na circulação. A falsidade na moeda, como observa um dos commentadores do Cod. italiano, cit. por João Vieira (*Vide Obr. loc. cit.*, p. 237), pode-se verificar por trez modos : a) contrafacção das moedas ; b) alteração da moeda verdadeira, dando-lhe a apparencia de um valor superior ; c) o uso doloso das moedas contrafeitas ou alteradas, quer introduzindo-as no Estado, quer fazendo emprego dellas, quer introduzindo-as na circulação, procurando-as, para outros afim de que lhes dê emprego ou metta-as de qualquer modo na circulação.

No art. 239 o nosso Codigo prevê a especie do fabrico de moeda sem autoridade legitima, ainda que a moeda tenha a mesma forma, pezo e valor intrinseco da verdadeira. O *dólo específico* não consiste na fraude com o fito de prejudicar o particular, o erario publico, ou trazer proveito ao falsificador. O *dólo* está no fabrico *sem autoridade legitima*, isto é, sem que tenha sido autorizado pelo poder competente, pelo Estado, que tem o monopolio do fabrico. A moeda considera-se falsa, porque a sua cunhagem, alem de illegal, foi feita por pessoa incompetente. Falsa tambem será a moeda fabricada por autoridade legitima, porem, sem autorização legal ; v. g. a emissão clandestina que se fizesse na Casa da Moeda, ou o excesso sobre a emissão autorizada. Assim, o delicto do art. 239 tanto pode ser praticado pelo particular, como pelo funcionario com autoridade legitima para o fabrico da moeda. O elemento essencial do crime é que o fabrico tenha-se feito sem autorização do poder competente e fóra dos termos da lei. O pro-

prio governo não pode emitir moeda papel ou metallica sem autorização do Congresso Nacional, nos termos da Const. Fed., art. 34, n. 7. Na especie do parographo unico, o *dólo específico* consiste na fraude em prejuizo do Estado e tambem do particular, que recebe como verdadeira, moeda fabricada com metal diverso, ou com o mesmo metal, porem, sem o pezo legal. A fraude apresenta duas modalidades, que podem ser praticadas por particular ou pela autoridade legitima. Se na Casa da Moeda, em emissão autorizada, fôr diminuido o pezo legal da moeda, ou se esta fôr fabricada com materia extranha á que devia ser, ou mesmo fazendo-se entrar na composição da liga metal diverso d'aquelle que devia ser, ou em quantidade menor ou maior do que a determinada pela lei, falsa seria a moeda assim cunhada. A lei n. 52 de 3 de Outubro de 1833 no art. 7 declara : *Julgar-se-á falsa e como tal sujeita a todas as disposições a respeito, a moeda de cobre que fôr visivelmente imperfeita em seu cunho ou que tiver de menos a oitava parte do pezo com que foi legalmente emittida nas differentes provincias.*

O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réu domiciliado ou homisiado no estrangeiro (Lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898, art. 14). Para o que estiver domiciliado ou homisiado no paiz, a prescripção é de 12 annos. Calculo da penalidade :

Autoria : maximo 8 annos, medio 5 annos, minimo 2 annos ; prepond. aggr. — 6 annos e 6 mezes, prepond. att. — 3 annos e 6 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 9 annos e 4 mezes, medio 5 annos e 10 mezes, minimo 2 annos e 4 mezes ; prepond. aggr. — 7 annos e 7 mezes, prepond. att. — 4 annos e 7 mez (simples). Tentativa au cumplicidade : maximo 5 annos e 4 mezes, medio 3 annos e 4 mezes, minimo 1 anno e 4 mezes ; prepond. aggr. — 4 annos e 4 mezes, prepond. att. — 2 annos e 4 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 6 annos, 2 mezes e 20 dias, medio 3 annos, 10 mezes e 20 dias, minimo 1 anno, 6 mezes e 20 dias ; prepond. aggr. — 5 annos e 20 dias, prepond. att. — 2 annos, 8 mezes e 20 dias (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 3 annos, 6 mezes e 20 dias, medio 2 annos, 2 mezes e 20 dias, minimo 10 mezes e 20 dias : prepond. aggr. — att. — 1 anno, 6 mezes e 20 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 4 annos, 1 mez e 23 dias, medio 2 annos, 7 mezes, 3 dias e 8 horas, minimo 1 anno, 13 dias e 8 horas ; prepond. aggr. — 3 annos, 4 mezes e 13 dias prepond. att. — 1 anno, 9 mezes, 23 dias e 8 horas (simples). Crime inaffiançavel.

Tanto no crime consummado, como na tentativa ou cumplicidade, alem da prisão, o condemnado perderá para a Nação a moeda achada e os objectos destinado ao fabrico.

Bento de Faria observa que a falsidade da moeda supposta contrafeita é attestada pelo exame da Casa da Moeda, e *sem elle o juiz não pode julgar, e, muito menos, condemnar.* Em absoluto não é possivel seguir-se esse criterio. Se no Districto Federal é facil o exame pela Casa de Moeda, o mesmo não acontece em relação aos Estados e principalmente os longinquos. O que se deve exigir é que nenhum juiz julgue e ainda menos condemne, sem que do processo conste o exame pericial da nota ou moeda falsas.

Art. 240. Fabricar, ou falsificar, qualquer papel de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda :

Pena — de prizão cellular por dous a oito annos, além da perda sobredita.

Para os effeitos da lei penal considerar-se-ha papel de credito publico o que tiver curso legal como moeda, ou fôr emitido pelo Governo ou por bancos legalmente autorizados (370).

(370) O dr. J. P. da Veiga Filho (*Manual da sciencia das finanças*, § 88, p. 213), tratando do *meio circulante nacional, sua origem, composição e quantidade*, disse : « Alguns economistas distinguem trez especies de papel moeda : — o *representativo* de numerario correspondente, depositado como garantia em um bancce ou em mão do Estado, como, por exp., os *silver certificates*, dos Estados Unidos; o *fiduciario* (ou de curso legal), convertivel á vontade do portador, como são as notas emitidas por bancos de fundo metallico; finalmente, o *convencional* (ou de curso forçado), que nada representa alem de uma promessa de reembolso á vontade do Estado. Outros reduzem essas trez especies de papel a duas sómente e as denominam : — *moeda-papel* (curso legal) o certificado, a nota do Thezouro ou bancaria, convertivel em especie á vontade do portador; *papel-moeda* (curso forçado) o papel precario, convencional, que contem apenas uma promessa de pagamento, sem garantia alguma de prompto e immediato reembolso. O meio circulante nacional ou o papel moeda do Brazil pertence a esta ultima cathgoria; é de valor official ou ficticio por ser pelo governo investido da força liberatoria da moeda. »

O decreto legislativo n. 1575 de 6 de Dezembro de 1906 instituiu uma Caixa de Conversão especialmente destinada a receber moedas de ouro de curso legal e as que constam do art. 5.º da lei, entregando em troca bilhetes ao portador, representativos do valor igual ao das moedas de ouro recebidas, fixado esse valor em 15 dinheiros esterlinos por mil réis. As moedas de que trata o art. 5.º são os marcos, francos, liras, dollars, assim como as libras esterlinas, que serão recebidas ao cambio de 15. As notas que a Caixa emite em troca do ouro que recebe, constituem *moeda-papel*, conversiveis, ao portador, pagas, á vista, em ouro, sendo pagas em nickel e prata as fracções quando não houver em ouro moeda divisionaria. A Caixa de Conversão foi combatida nas duas casas do Congresso, e principalmente na Camara a opposição foi grande. Se não fôra a maioria politicamente arregimentada e a influencia do novo governo, os partidarios da Caixa de conversão terião perdido a campanha. Como ficha de consolação aos adversarios vencidos, dizia-se que o governo faria a experiencia : se fosse bem succedido, continuaria, no caso contrario, viria ao Congresso leal e francamente pedir a revogação da lei. Um dos principaes intuitos da lei era fixar o cambio, cujas oscillações desordenadas e devidos, na sua maior porte ao jogo desenfreado, estão causando males incalculaveis á situação financeira e economica do paiz. Alem da fixação do cambio, era intuito da

lei preparar o terreno para a circulação metálica, que tem sido o ideal da nossa política financeira desde a Independência. A Caixa está funcionando sob os bons auspícios do actual ministro da fazenda dr. David Campista e por ora a expectativa tem sido sympathica : o ouro tem affluído, as retiradas tem sido insignificantes em relação ás entradas. Já existem notas conversíveis na circulação e algumas que tem cahido nas mãos de possuidores de apólices, que recebem juros (Escrevemos, hoje, 13 de Janeiro de 1907), voltaram á Caixa para serem trocadas por moeda. *Vide no Appendice* o decreto que cria a Caixa de Conversão.

O art. 240 do Código refere-se ao papel moeda ou á moeda papel, indifferentemente emitida pelo Thesouro Nacional, pela Caixa de Conversão ou por bancos legalmente autorisados. O art. contem duas especies — o *fabrico* e a *falsificação*, cujos efeitos são os mesmos, visto como o fabrico não autorizado importa em falsificação. Parece que o Código considera a falsificação no sentido de imitação do papel verdadeiro. O art. está mal redigido e tão defeituosa é a redacção que, interpretando-se litteralmente, chegaríamos á conclusão de que o legislador só cogitou do papel de credito que se reciba nas estações publicas como moeda, parecendo admitir a *contrario sensu* que ha papel moeda que não se recebe nas estações publicas e cuja falsificação não constitue crime. *Vide ao Appendice* a lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898, que providencia sobre o processo e julgamento dos crimes de moeda falsa e a lei n. 561 de 31 de Dezembro de 1898, que prohibe que sejam recebidos, como moeda, ou nesta qualidade circulem no paiz, quaesquer titulos de credito ao portador ou com o nome deste em branco que forem emitidos pelos governos dos Estados ou dos municipios, sejam taes titulos, apólices ou outros de denominação differente.

Bento de Faria, citando Puglia, que estuda a questão sob o ponto de vista generico, e não em face do dispositivo do nosso Código, interpreta o art. 240 de modo lato. E não parece ser esta a verdadeira interpretação. O art. 240 não se refere á quaesquer papeis ou titulos negociaveis, que tenham curso legal ou commercial, emitidos pelo governo ou por institutos que tenham autorisação para emitir. O dispositivo do art. 240 é restricto a taes papeis, se forem de *receber nas estações publicas como moeda*. Assim, v. g. os *coupons* dos titulos do emprestimo do Districto Federal que são recebidos como moeda nas repartições para pagamento de impostos municipaes. O fabrico, ou falsificação, destes coupons incidem na sancção do art. 240. Mas o fabrico, ou falsificação, dos titulos do emprestimo que não são recebidos, como moeda, constituem a figura delictuosa do art. 245. E' elemento essencial do delicto do art. 240 que o papel de credito publico seja recebido na estação publica *como moeda*. As notas dos bancos emissores, legalmente autorisados, tem o curso legal da moeda, são recebidos como moeda nas estações publicas ; o seu fabrico ou falsificação constitue o crime do art. 240.

Art. 241. Introduzir, dolosamente, na circulação moeda falsa, ou papel de credito publico que se reciba nas estações publicas como moeda, sendo falso ;

Introduzir, dolosamente, na circulação a moeda falsa fabricada em paiz estrangeiro :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos, além da perda sobredita (371).

(371) A figura deste art. é a da introdução na circulação da moeda ou do papel moeda falsos, fabricados no paiz ou no estrangeiro. E' elemento essencial que a introdução seja *dolosa*, isto é, que o passador tenha certeza de que a moeda é falsa e o proposito de introduzi-la na circulação. Observa João Vieira (*Cod. Pen. Interp.*, part. esp. v. I, p. 242), citando Carrara, dois modos de circulação de moeda ou papel falsos, que diversificam na sua importancia e considerados na sua natureza constituem crimes de interesse politico distincto. Ha o passador de profissão e que negocia a moeda falsa por especulação, o qual sem estar de concerto com o falsario, acha-se ligado por uma longa fila de intermediarios e contribue para o exito da falsificação. Este não se pode dizer nem co-réu, nem cúmplice do crime principal; é, porem, um poderoso coefferente da sua resolução. Ha uma outra classe de passadores, que manifestamente não tem nada a fazer com o processo da falsificação; mas achando-se enganados na sua boa fé, por ter recebido uma moeda ou papel falsos, procuram passal-os adiante para livrar-se da perda. A acção destes passadores perde toda a importancia sob o aspecto politico do crime principal, si bem que revista uma immoralidade que o legislador não podia deixar impune. O nosso Codigo não prevê esta ultima hypothese de modo que, entre nós, quem de boa fé receber moeda falsa como boa, e depois passal-a ou tentar passal-a, para evitar o projuizo, não commette o crime de moeda falsa, ou antes de *fraude monetaria*, como o denominam os criminalistas. O facto constituirá pelo nosso Cod. o crime de estellionato, da especie prevista no art. 338, n. 5, subordinada á disposição geral do art. 339, ou não será crime algum, porque o nosso Codigo, com o detestavel systema de disposições abusivamente casuisticas, exclue tudo quanto não estiver particularmente mencionado nos seus casos. » Entende tambem o dr. Escorel (*Cod. Pen. Brazil*, nota 202, ao art. 239) que em face da disposição do art. 241, no qual o legislador emprega a expressão — dolosamente — parece que, mesmo sem intenção criminosa, o fabrico de moeda, sem autorisação legitima, constitue crime. A isto, porem, se oppõe os principios de direito criminal, e a disposição do art. 24. Não pode, portanto, ser considerado como incurso nas penas do art. 239 o individuo que fabrica moeda, sem intenção criminosa. » Não é acceitavel a doutrina. As figuras dos arts. 239 e 241 são distinctas : n'aquelle trata-se de *fabrico*, n'este de *introdução dolosa* de moeda falsa na circulação. No fabrico da moeda sem autoridade legitima o *dolo* está implicito, em caso algum poderá ser posta em duvida a intenção criminosa. Quanto á *introdução* da moeda falsa na circulação o caso é diverso, haverá crime se o introductor proceder dolosamente, isto é, tendo conhecimento de que a moeda é falsa.

A opinião de João Vieira merece tambem reparo. Quando o passador da moeda falsa passa-a adiante para resarcir o prejuizo, se o *dolo especifico* não está, como no passador de profissão, no animo de introduzir a na circu-

tação com o fito de especular, ha o *dólo do conhecimento* previo da falsidade da moeda, cuja passagem a lei considera crime. Alem disto, como observa o illustre mestre, o Codigo não distingue as hypotheses a que se referio Carrara, porque a figura do crime é a passagem (introducção na circulação) dolosa da moeda falsa, qualquer que seja o intuito do passador. Aliás, isto constitue defeito do Codigo, que devia prevenir as duas hypotheses, ás quaes correspondem evidentemente responsabilidades diferentes, sendo uma mais grave do que a outra. O *dólo* presuppõe o conhecimento de que a moeda é falsa. Os commentadores do Codigo italiano discutem ainda uma questão, que João Vieira tambem ventila no seu *Cod. Pen. Interpr.*, part. esp., v. 1, p. 240. Para que surja o crime de moeda falsa, diz Magno, citado por João Vieira, a moeda contrafeita ou alterada deve poder ser despendida, *spendibile*. Deve poder ser *usada*, introduzida, ou mettida na circulação, *circular, correr, passar*. A Ord. do livro V, tit. 12, emprega como o direito italiano, a expressão *despender*. Se, como ainda observa Magno, a condição do *despender*, uso, *spendibilitá*, deve estar na moeda; a *despeza, spenditá*, uso effectivo, poderá ser argumento do *despender, circulabilidade*, mas um argumento que deve ceder á evidencia do contrario. O facto de uma moeda falsa que não teria pôddo illudir ou enganar a diligencia mais elementar e tenha sido recebida como boa poderá constituir um estellionato consummado contra o ignorante que a recebeu, mas este facto não pode supprir a deficiencia do elemento *material* necessario para constituir o delicto contra a fé publica. Quando a falsificação tenha descido a tal grau de grosseria e de evidencia e não puder absolutamente comprometter o commercio de circulação, poderá haver delicto de estellionato tentado ou consummado no uso que se faça da moeda falsa. O nosso Codigo, conclue João Vieira, não pode ser intepretado senão por essa doutrina do Codigo que lhe servio de fonte. * Essa interpretação tambem está sujeita a reparo, porque o art. 341. do nosso Codigo não cogitou da hypothese. O crime consiste na passagem dolosa da moeda falsa sem attender ao prejuizo causado á fé publica, nem ás condições de *circulabilidade, spendibilitá*, da moeda, pois, o *dólo* especifico manifesta-se no desejo da especulação e do ganho, ou no intuito de resarcir o prejuizo.

O Supr. Trib. Fed. em Acc. de 23 de Setembro de 1899 decidiu que o facto de um individuo ter passado duas notas falsas, em dias diversos, e a diferentes individuos, constitue uma só infracção do art. 241 do Cod. Pen. Vide na *Rev. de Jurisp.* de Fevereiro de 1900, p. 157, *Observações* sobre esse Accordão.

O Acc. do mesmo Trib. de 22 de Setembro de 1900 (na *Rev. Jurisp.*, Out., 1901, p. 127), tambem decidiu que o réu, passando a diversas pessoas e em dias diferentes, cédulas do Thesouro Nacional reconhecidas falsas, e sabendo que o eram, não commette diversos crimes, mas um só, imputando os factos de que é accusado á manifestação de uma só intenção criminosa. A provada circumstancia da premeditação é aggravante e não elementar no crime do art. 241, desde que se pode conceber a introducção dolosa de moeda falsa na circulação sem que tenham decorrido 24 horas entre o designio e a execução.

Ao Acc. de 23 de Setembro de 1899 faz a Redacção do *Regista de Juris-*

prudencia observações, que nos parece procedentes. O crime do art. 241, segundo o art. 12 do Cod., se reputa consummado quando reunir em si todos os elementos nelle especificados. Si por exemplo o delinquente A., no dia 25 de Janeiro de 1895, na Capital federal, introduzio na circulação, por tel-a dado em pagamento a B, uma nota do Thezouro Nacional, que elle sciente e conscientemente sabia ser falsa, A, com esse procedimento, consummou o crime do art. 241, pouco importando a circumstancia de ter *apenas* introduzido na circulação *uma nota falsa*. Um anno depois passa em Nictheroy uma outra nota falsa, nas mesmas condições e circumstancias acima figuradas, em transacção com C. Pois haverá, diz a Redacção, ser este segundo facto um crime perfeitamente distincto do anterior? Supponha-se que entre estes dois factos medeiou, não um anno, mas uma semana; não deixão por isso de existir bem caracterizados os dois crimes. Não são *delictos continuos*, ou segundo a phrase do Acc., *factos continuos*, que unidos pela *intenção criminosa* de introduzir na circulação moeda falsa se fundem em uma unica violação do art. 241. Na hypothese era o caso de applicar-se o disposto no art. 66 § 2 do Cod. O Acc. não foi unanime : cinco ministros assignaram-se vencidos.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 88, princ.

Art. 242. Diminuir o pezo da moeda verdadeira, ou augmentar-lhe o valor por qualquer artificio :

Pena — de prisão cellullar por um a tres annos, além da perda sobredita (372).

(372) Este artigo contem duas especies : — 1ª a *diminuição do pezo* da moeda verdadeira, figura, aliás, prevista no art. 239, § unico, pois a diminuição do pezo da moeda verdadeira importa *no fabrico sem o pezo legal*; 2ª *augmento do valor* por qualquer artificio. Na hypothese da primeira especie o legislador presuppõe o fabrico autorizado da moeda, por autoridade legitima (art. 239) porem fóra das condições legais; pois a diminuição do pezo acarreta a redução do valor intrinseco da moeda. Mas o crime só caracteriza-se si a diminuição fór proposital, revelando-se assim o dolo. A fonte do nosso Codigo é o Codigo italiano, arts. 256, ns. 2 e 257. As duas especies constituem a figura da falsificação da moeda pela alteração do seu valor, na primeira do seu valor intrinseco, na segunda do seu valor real. Crivelari, citado por João Vieira, observa que pode se dar á moeda o aspecto de um valor superior, modificando o modo de ser da moeda, ou não fazendo esta modificação. Modifica-se o modo de ser da moeda, destacando da verdadeira o verso e o reverso do cunho, de modo que subtrahido o metal intermedio se adaptem á uma peça de metal ou tambem á uma moeda de valor inferior. Não tem logar esta modificação quando ás moedas de prata se dá a cór das moedas de ouro ou quando ás moedas de cobre se dá a cór das de ouro ou prata. Sobre esta forma de alteração, diz João Vieira não está, porem, concorde a sciencia, desde que se distinguem os caracteres da fraude, antes que os da moeda falsa. Hoje que toda a moeda tem o cunho e a indicação do seu

valor, se se trata sómente de mudança de côr, mantendo-se inalterado o cunho, não cremos que possa fallar-se de moeda falsa, pois que estando á essencia da falsidade na lesão da fé publica, esta não se verifica se não se tem falsificado o cunho em que essa fé consiste e a substancia mesmo da moeda. Não ha nem mesmo perigo de damno social, porque a indicação do valor permite a qualquer descobrir a fraude e porque a lei que determina os signaes da moeda não deve ser de ninguem ignorada. Este facto deverá considerar-se uma fraude. E' tambem a solução do moderno direito francez e a opinião de Blánche, Carrara, Pessina, Puglia, Magno e Negri. De modo differente, conclue João Vieira, não pode ser interpretado o nosso Codigo; no caso não ha moeda falsa. Acecita a conclusão no caso figurado, não ha duvida que a falsidade é constituída pela fraude e não pelo *dolo específico* da moeda falsa; mas si se trata de outro artificio para augmentar o valor, v. g. a substituição do cunho ou o recunho para valor superior, em vez da figura de fraude surge a da moeda falsa.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 124, § 1.

Art. 243. Supprimir, ou fazer desaparecer, por processo chimico, ou qualquer outro meio, os carimbos com que forem inutilizadas as notas ou cédulas do Thesouro Nacional, ou dos bancos, recolhidas da circulação e nella introduzil-as de novo;

Formar cédulas, ou bilhetes, do Thesouro Nacional ou dos bancos, com fragmentos e pedaços de outras verdadeiras.

Pena — de prisão cellular por seis mēzes a um anno (373).

(373) A figura deste art. é a introdução na circulação de notas recolhidas, fazendo-se desaparecer por qualquer meio o carimbo com que a repartição publica competente costuma inutilizal-os. No intuito de evitar essa fraude, o governo adoptou a pratica de mandar incineral-as nas fornalhas da alfandega. Aliás, o novo Codigo veio classificar entre os crimes de introdução de moeda falsa, um facto que no regimen do Codigo de 1830 foi pelos nossos tribunaes considerado estellionato. A Revista crime n. 2650 de 1º de Dezembro de 1888, no *Direito*, vol. 49, p. 14. cit. por João Vieira, decido que « o facto de apagar ou fazer desaparecer o carimbo pelo qual a repartição da fazenda declara inutilizada uma nota do Thesouro Nacional e com elle receber da Caixa de Amortização a respectiva importancia, como si fôra nota em circulação, não constitue crimes de moeda falsa, mas de estellionato. » Outra decisão dos nossos tribunaes, a Rev. crime n. 2566 de 3 de Novembro de 1886, deu logar, como bem observa João Vieira, á disposição casuistica da segunda parte do art. 243 : « Commette o crime de moeda falsa o individuo que introduz na circulação cédulas formadas de partes de cédulas verdadeiras. »

— Para o calculo da penalidade, *Vide* nota ao art. 94, 2ª alin.

Art. 244. Incorrerão na pena de prisão celllular por um a quatro annos (374) :

(374) *Vide nota ao art. 118, § unico.*

1º Os empregados da Caixa da Amortização que emitirem, ou consentirem que se emitam, notas da antigo emissão do Banco do Brazil, a não ser em substituição das que, por dilacerados ou por outros motivos, devam ser retiradas legalmente da circulação;

2º Todos aquelles que fizerem sahir, ou conser tirem que saia, da Caixa da Amortização qualquer somma de papel moeda, a não ser por troco, ou por effectiva substituição, ou para ser entregue ao Thezouro Nacional em virtude de lei que autorize tal entrega;

3º Os directores e gerentes dos bancós de emissão, pelo excesso da emissão de bilhetes além dos limites determinados nas leis respectivas; e bem assim os fiscaes do Governo, que se mostrarem conniventes em tal falta ou as não tenham denunciado opportunamente (375).

(375) A disposição do n.º 1 perdeu a razão de ser porque o Banco do Brazil creado pelo dec. n. 1223 de 31 de Agosto de 1863 desapareceu fundido com o Banco da Republica dos Estados Unidos do Brazil, que por sua vez, constituiu-se pela fuzão do Banco Nacional do Brazil com o Banco dos Estados Unidos do Brazil em virtude do dec. n. 1154 de 7 de Dezembro de 1890. O novo banco passou a funcionar e ainda existe sob a denominação de *Banco da Republica do Brazil*, que é hoje o principal instituto de credito do paiz. Não ha mais emissões de notas do Banco do Brazil. As disposições dos ns. 2 e 3 constituem materia regulamentar, mas tendo sido definidos como crimes os factos alli descriptos, e sendo o Codigo penal lei substantiva, que só pode ser derogado ou modificado pelo Congresso, os regulamentos formulados pelo poder executivo vigoram independentemente das disposições do Codigo penal, que tambem continuam em vigor.

Esta nota escrevemos para a segunda edição em 1904. O *Banco da Republica do Brazil* passou por nova transformação e voltou á denominação primitiva de *Banco do Brazil*, mas sem a faculdade emissora que possuia o velho Banco. Continúa a ser o principal instituto bancario do paiz e a sua carteira de cambio, dirigida pelo Dr. Custodio Coelho de Almeida conseguiu dominar e regular o mercado do cambio, prestando inestimaveis serviços ao commercio, lavoura e industria. Pela nova organização o *Banco do Brazil* pode de facto considerar-se um banco do Estado.

CAPITULO II

Das falsidades.

SECÇÃO I

Da falsidade dos titulos e papeis de credito do Governo Federal, dos Estados e dos bancos (376).

(376) Compete ao juiz federal o conhecimento dos crimes de falsificação de actos das autoridades federaes, de títulos da divida nacional, de papeis de credito e valores da Nação ou de Banco autorizado pelo Governo Federal : Lei 221 de 1894, art. 20, n. VII. Exceptuados estes casos, competem á justiça estadual o processo e julgamento. *Vide* art. 26 do dec. n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, no *Appendice*.

Art. 245. Falsificar papeis de credito do Governo Federal, titulos da divida publica, bilhetes e letras do Thezouro Nacional ou do governo dos Estados, que não circulem como moeda :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, multa de cinco a 20 0/0 do damno causado e perda, para a Nação ou Estado, do papel achado e dos objectos destinados á falsificação (377).

(377) No capitulo anterior o Codigo trata do crime de moeda metallica falsa, do papel moeda ou moeda papel falsos, que outra cousa não é senão o *papel de credito publico* que se recebe nas estações publicas como moeda, definido no art. 240. Alem deste papel de credito publico que tem curso legal como moeda, emittidos pelo Thezouro Nacional, ha outra classe de papeis de credito publico, que não circulam como moeda, taes são os papeis de credito do Governo Federal, titulos da divida publica, bilhetes e letras do Thezouro Nacional ou do governo dos Estados.

A *circulabilidade como moeda*, dos papeis falsificados é, pois, elemento distinctivo das figuras dos arts. 240, 241 e 245. No art. 243 a figura é a do fabrico dos papeis circulaveis, o delinquente é *fabricante*, no art. 241 trata-se da introdução dolosa desses papeis na circulação, o agente é *passador*. No art. 245 o falsario é *fabricante*, como na figura do art. 240, mas distingue-se do outro, porque os papeis que elle falsifica não se destinam á circulação como moeda. Os Estados não podem emittir moeda, nem papel de credito publico que circule ou seja recebido nas estações como moeda. E', pois,

cabida a restrição relativa aos papeis de credito dos Estados que « não circulem como moeda. » João Vieira diz que o Codigo esqueceu os municipios, inclusive o mais importante da Republica, o do Districto Federal. Convem notar que muitos dos defeitos e lacunas do Codigo são devidos ao facto de ter sido confeccionado antes de promulgada a Constituição. Assim, não podia o legislador criminal prevêr que ao municipio se dêsse a autonomia exagerada que se pretende fundar nos principios constitucionaes.

As apolices da divida publica são papeis de credito publico, emitidos ao portador ou nominativos. Gozam de privilegios, vantagens e isenções concedidos pela legislação em vigor, como se vê em Inglez de Souza (*Obr. cit.*, p. 229). Os bilhetes do thezouro são emitidos para fazer face ao deficit orçamentario pela lei de 11 de Outubro de 1827, revogada pelo dec. legisl. de 23 de Outubro de 1839, mas logo depois restaurada. Eram tambem emitidos como antecipação de receita e não podiam, segundo a lei de 13 do Novembro de 1841, ter maior prazo de que o de seis mezes. Posteriormente o prazo tem variado e é algumas vezes determinado na lei de autorização. Os bilhetes e letras do thezouro federal são recebidos nas estações publicas da União, com o juro vencido em pagamento de impostos (Lei n. 2565 de 29 de Maio de 1875, art. 1). Essas letras e bilhetes são titulos ao portador para todos os efeitos juridicos attribuidos a estes. Para difficultar a falsificação de taes bilhetes mandou o aviso n. 29 de 12 de Fevereiro de 1838 que o thezoureiro geral fizesse escrever no centro de cada bilhete, em linha perpendicular sobre o sello, começando debaixo para cima, e em letra bastarda, o valor de cada bilhete, e, outrosim, em igual direcção e em algarismos o mesmo valor. As letras que o thezouro ou a thezoureira de um Estado emite ao portador, á semelhança dos bilhetes do thezouraria federal, estão sujeitos aos mesmos principios e regras que dominam esta especie de papeis de credito. *Vide* Inglez de Souza, *Obr. cit.*, ps. 238 a 249.

O calculo da prizão é o do art. 118, § unico; e o da multa é o do art. 136, 1.ª alin.

Art. 246. Falsificar o sello publico do Governo Federal ou dos Estados, destinado a authenticar ou certificar actos officiaes :

Pena — de prizão cellular por seis mezes a um anno (378).

(378) O sello publico do governo Federal ou dos Estados é o *sinete*, ou peça ordinariamente de metal onde se abre as armas, o emblema ou distinctivos, servindo para authenticar os actos do poder publico. O Governo Provisorio, por decreto n. 7 de 19 de Novembro de 1889, adoptando as antigas cores nacionaes — losango amarello em campo verde — substituiu a cor imperial pela esphera celeste azul e estabeleceu que para os sellos e sinetes da Republica servisse de symbolo a esphera celeste, qual se debuxa no centro da bandeira, tendo em volta as palavras — Republica dos Estados Unidos do Brazil. Na pratica administrativa se distingue o grande e o pequeno sello. O grande é o que é reproduzido em relevo sobre o laçre; o pequeno não consiste senão n'uma impressão a secco. O primeiro é prezo por laço ou qualquer presilha ao objecto, o outro lhe é applicado directamente :

Vide João Vieira, Cod. Pen. Interp., part. esp., v. 1, p. 258. A exemplo da União, os Estados crearam o grande e pequeno sellos para a authenticidade dos actos legislativos, administrativos e judiciarios. O Estado do Rio, pela Lei n. 3 de 29 de Junho de 1892, determinou que o grande sello fosse apposto aos actos expedidos sob a assignatura do Presidente do Estado, do Presidente da Assembléa legislativa e do Presidente do Tribunal da Relação e o pequeno nos expedidos pelas demais autoridades (art. 3). A figura do art. 246 do Cod. não é o fabrico, a abertura no bloco de metal do sello publico do Estado, e sim, como diz João Vieira, a falsificação consiste na *contrafacção*, no uso *indecido*, tanto do grande, como do pequeno sello. Mas a figura não se integra, se o uso do sello não tiver por fim a contrafacção do acto em papel ou documento official, de cuja authenticidade dependa a juxtaposição do sello.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 94, 2^a alin.

Art. 247. Falsificar estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes ou coupons de juros de titulos da divida publica :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (379).

(379) A falsidade figurada n'este artigo é sem duvida tão grave como a dos papeis de credito publico a que se referem os artigos anteriores, porque as estampilhas, sellos e vales postaes são valores que concorrem para a receita da Republica, e os *coupons de juros* dos titulos da divida publica representam obrigações contrahidas pelo Estado, cujo pagamento, devido em epochas determinadas, constitue uma das verbas da despesa publica. O delicto não prejudica somente o particular, mas interessa tambem ao Estado, causando-lhe damno na diminuição da renda e no pagamento de coupons de juros não devidos. O damno resultante desta falsidade não é simplesmente material, mas tambem *potencial*, porque affecta a relações economicas de maior amplitude. *Vide* no *Appendice*, lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898. O dec. n. 3564 de 22 de Janeiro de 1900, que approva o regulamento para a cobrança do imposto do sello, declara :

Art. 64. Ficão sujeitos a multa de 50\$ a 300\$, alem das penas do Codigo Penal, os empregados na arrecadação do sello que receberem ou lançarem no livro da receita taxa maior ou menor do que a devida.

Art. 65. Incorrem na multa de 100\$ a 500\$, alem das penas do Codigo Penal :

1^o Os juizes que sentenciarem autõs, assignarem mandados e quaesquer instrumentos e papeis, que nenhum sello tenham pago ou em que a verba tiver sido feita ou a estampilha inutilizada por pessoa incompetente;

2^o O juiz, a autoridade civil, militar ou municipal, o director de sociedade anonyma, e o gerente da Caixa Economica ou Monte de Soccorro que der posse ou exercicio a empregado que não tenha vencimentos pagos pelos cofres publicos, sem que o titulo de nomeação esteja sellado;

3^o O chefe de repartição publica, juiz ou outro funcionario que assignar contractos e nomeações, attender officialmente, despachar requerimento ou

papel instruído de documentos não sellados, fizer guardar e cumprir, ou que produza effeito, titulo ou papel sujeito a sello, sem que o tenha pago;

4º O official publico, que lavrar contracto, subscrever ou registrar papel sujeito ao sello; sem previo pagamento deste.

Art. 66. Incorrem tambem na multa de 10\$ a 50\$ os que apresentarem contractos sellados; para averbação, depois de trinta dias da assignatura dos mesmos.

Art. 67. Ficão sujeitos a multa de 2:000\$ a 5:000\$, alem das penas do Codigo Penal :

1º Os que falsificarem o sello, empregarem estampilha falsa, ou de que se tenha feito uso, e os que escreverem verba falsa;

2º O empregado da estação do sello, que antedatar ou alterar a verba com o fim de evitar o pagamento da multa. »

A figura do art. 247 comprehende tambem as estampilhas do imposto de consummo.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 118, paragrapho unico.

— Registramos o seguinte despacho do dr. José Caetano Metello, substituto do juiz seccional do Districto Federal (audiencia de 2 de Maio de 1905) :

Autora a Justiça Federal. Réos Francisco Visconti, vulgo *Jacaré* e Mario Pereira, vulgo *Maluco* (Inquerito sobre sellos do consumo aproveitados). Os factos mencionados na denuncia á fl. 51 não estão comprehendidos na disposição dos arts. 247 e 250 do Codigo Penal em que foram capitulados por ser impossivel equiparal-os á falsificação de sellos ou a uso de sellos falsificados. Os exames de fl. 36, 38 e 41 a 45, deixam fóra de duvida que os sellos apprehendidos em poder dos denunciados são verdadeiros, apresentando vestigios de terem já sido utilizados, sendo por isso incapazes de preencher a função para que foram emittidos. São, portanto, papeis inuteis cujo uso não dá lugar á applicação da lei penal que não admite interpretação por analogia, estando apenas os seus autores sujeitos á multa estabelecida no art. 67, n. 1, do decreto n. 3564, de 22 de Janeiro de 1900. Em vista do exposto, não recebo a denuncia.

Art. 248. Falsificar bilhetes de estradas de ferro, ou de qualquer empreza de transporte, pertencentes á Nação ou aos Estados.

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado (380).

(380) Logo á primeira vista percebe-se que a disposição está incompleta, pois não ha motivo para excluir-se as emprezas de transporte que não pertençam á Nação ou aos Estados. O crime produz os mesmos effeitos quer se trate de emprezas particulares destinadas ao transporte publico, quer das pertencentes ao Estado. A falsificação, n'esta especie é a contrafacção, isto é, o fabrico clandestino dos bilhetes, o fabrico não autorizado pelo poder competente. *Vide*. Inglez. de Souza, *Obr. cit.*, p. 444.

Art. 249. Falsidcar cheques e outros papeis de bancos, letras e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam, ou não, transferiveis por endosso :

Penas — de prizão cellullar por um a quatro annos e multa de cinco a 20 0/0 do damno. causado ou que se poderia causar (381).

(381) Cheque, diz Ferreira Borges, *Dicc. Comm.*; termo do commercio, do inglez *check* : chamam se assim as ordens ou mandados sobre alguém, em regra banqueiros, incumbindo-lhe o pagar a somma expressada no cheque á pessoa nomeada nelle, ou ao portador, sendo pedida. Na forma, os cheques parecem-se com as letras, salvo em que *uniformemente* são pagaveis ao portador e devem ser passados sobre um banqueiro regular, ainda que este ponto não é essencial. Os cheques são transferiveis, sem necessidade de endosso, pela simples tradição; e são pagaveis logo na apresentação, sem dias alguns de graça. « O fim que teve em vista a adopção do *cheque*, diz Inglez de Souza, *Obr. cit.*, p. 364, ou mandato ao portador, foi o movimento da conta corrente, que elle é o mais effcaz instrumento. E', como o bilhete de banco, um meio artificial de effectuar o pagamento e, sobretudo, de operar a compensação e a liquidação das contas, estabelecendo o *emparelhamento* das columnas de debito e de credito sem necessidade de moeda. O uso dos cheques dispensa uma enorme somma de meio circulante que se teria de mover diariamente para saldar todas as operações de commercio. A facilidade de transferir o cheque sem deixar vestigio da transmissão augmenta consideravelmente o seu valor como titulo de credito e instrumento de liquidação. O cheque falso é naturalmente nullo. O portador não tem acção contra o passador, mas pode responsabilizar a pessoa de quem o recebeu, a qual é obrigada a pagar o valor declarado e as perdas e damnos. Sendo que esta pessoa estivesse de boa fé, como se tivesse recebido de outrem um cheque visado pelo saccado, seria obrigada a restituir o dinheiro áquelles a quem entregou o cheque ou a annullar o pagamento feito por esse modo. Na Inglaterra a lei obriga os banqueiros pelos pagamentos ou cheques falsos, porque são obrigados a conhecer a firma dos seus clientes, que não devem soffrer por culpa delles. As jurisprudencias belga e franceza variam, os tribunaes ligam a responsabilidade á idéa da culpa ou falta do passador ou do saccado. Parece-nos, diz o illustre Autor citado, a theoria ingleza mais de accordo com os principios, apezar do seu rigor apparente. Seria iniquo responsabilizar o sacador cujo nome figurasse como passador sem que elle realmente tivesse passado o cheque. » Na expressão — *outros papeis de bancos* — incluem-se quaesquer papeis de credito, de valores ou de simples expediente das operações ou do serviço bancario.

As letras e titulos commerciaes de qualquer natureza são valores representativos de operações ou efeitos commerciaes, os quaes tomam diversas denominações conforme a natureza dos negocios. Entre as letras destacam-se as de cambio, recambio, da terra e de risco. A letra de cambio é o instrumento do contracto de cambio; é, diz Ferreira Borges, uma carta revestida

das formas prescriptas pela lei, pela qual uma pessoa manda ou pede a outra de logar diverso do seu, que pague a outra pessoa, ou á sua ordem, uma somma em dinheiro, em troca ou consideração de outra somma, ou d'um valor que recebeu e confessa ter recebido, ou fiou, lançando-o em conta (Vide Ferreira Borges, *Dicc. Comm.*, e *Direito Cambial*). O Cod. Commercial, arts. 354 e seguintes, estabelece as formas e requisitos essenciaes das letras de cambio. As letras da terra são em tudo iguaes ás de cambio com a unica differença de serem passadas e aceitas na mesma praça (provincia) (Cod. comm., 425. O recambio effectua-se pelo resaque, que é uma nova letra de cambio, passado sobre o saccador ou um dos endossadores por meio da qual o portador se reembolsa do principal da letra, juros e despezas legaes, pelo curso do cambio ao tempo do resaque. Cod. Comm., arts. 415 a 421. A escriptura ou *letra de risco* é o instrumento do contracto de dinheiro a risco, ou cambio maritimo a que se refere o Cod. Comm. arts. 633 e segs. Exarada á ordem a letra de risco tem força de letra de cambio contra o tomador e garantes; é transferivel e exequivel por via de endosso, com os mesmos direitos e pelas mesmas acções que as letras de cambio. Cod. comm., art. 635. Alem destas letras ha ainda as notas promissorias, os warrants e bilhetes de mercadorias, e em geral os titulos ao portador. As notas promissorias são titulos particulares ou creditos com promessa ou obrigação de pagar quantia certa e com prazo fixo a pessoa determinada ou ao portador, á ordem ou sem ella, e quando assignadas por commerciante são reputadas como letras de terra, sem que comtudo o portador seja obrigado a protestar quando não sejam pagas no vencimento; salvo se nellas houver algum endosso. Cod. comm., art. 426. No interesse de promover a criação das docas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias, nas differentes partes do Brazil, o dec. n. 1746 de 13 de Outubro de 1869 autorizou o governo a conceder certos favores ás empresas que se propuzessem a construil-os. Entre esses favores inclue-se a faculdade de emitir titulos de garantia da existencia das mercadorias em taes armazens sob a denominação de *warrants*. Os requisitos e effectos dos warrants deveriam ser determinados em regulamento, o qual foi promulgado pelo dec. n. 4450 de 8 de Janeiro de 1870. Este equiparou-os aos *conhecimentos de cargas*, tornando-os por isso accionaveis como escriptura publica e quando passados á *ordem*, transferiveis por endosso, nos termos do art. 587 do Cod. Comm. A legislação de 1870 foi substituida pelo dec. n. 2502 de 24 de Abril de 1897. A principal differença dos dois decretos é que o de 1897 autorisa a emissão de dois titulos — conhecimento de deposito e o warrant, e o de 1870 só autorisava o deste. *Ouro Preto, Credito movel pelo penhor e o bilhete de mercadoria*, p. 36, nota 6. Este illustre J. C. diz ainda que o bilhete de mercadorias, na legislação brasileira, pode definir-se — o escripto particular pelo qual alguém se obrigou a entregar ou fazer entregar a pessoa determinada, ou á sua ordem, em prazo fixo e lugar designado, certa porção de generos commerciaes, a preço estipulado. O escripto pode revestir dupla forma — a de bilhete á ordem, ou a de letra. *Obr. cit.*, p. 212. Os bilhetes de mercadorias foram introduzidos na legislação patria pelo decreto (o Visconde de Ouro Preto denomina — *acto*) pelo decreto do governo provisorio de 17 de Janeiro de 1890, art. 4, cuja fonte foi o Cod. de Commercio italiano de 1865, arts. 275 e seg.

O dec. de 17 de Janeiro foi regulamentado pelo de n. 370 de 2 de Maio de 1890. Entende este illustre J. C. (*Obr. cit.* p. 214, n. 17) que mandando applicar ao referido escripto as disposições communs a ambos esses titulos, na conformidade da legislação vigente, os *actos* de 1890 *ipso facto* permitiram que seja redigido como qualquer delles e por isso o denomina *bilhete ou letra de mercadorias*.

O dr. Inglez de Souza (*Titulos ao portador no direito brasileiro* (1898), p. 9) divide em duas grandes classes os titulos ao portador, a saber : I titulos publicos; II titulos particulares. A' primeira classe pertencem : a) os federaes; b) os titulos estadoaes; c) os titulos municipaes. Os federaes são os seguintes : 1° apolices da divida publica nacional, ao portador; 2° letras ou bilhetes do thezouro federal; 3° bilhetes de loterias nacionaes; 4° cartões escolares das caixas economicas creadas pela União; 5° cautelas ao portador dos montes de soccorro mantidos pela União. Entre os estadoaes são conhecidos : 1° as apolices da divida publica; 2° as letras do thezouro; 3° os bilhetes de loterias; 4° guias de exportação. Os municipios emitem ao portador letras, apolices e bilhetes de loterias. A segunda classe dos titulos ao portador, que o nosso direito admite, subdivide-se em titulos de promessa ou obrigação de pagamento em dinheiro, ou titulos liquidos e em titulos que representam mercadorias, serviços ou interesses, ou titulos illiquidos. Entram na primeira sub-classe : 1° os debentures; 2° as letras hypothecarias e de penhor das sociedades de credito real; 3° as letras a prazo fixo passadas ao portador pelo Banco da Republica do Brazil e pelos bancos de credito real e outros especialmente autorizados; 4° os *bonus* do Banco da Republica; 2° os cheques. São da segunda sub-classe : 1° as acções ao portador das companhias e sociedades em commandita por acções; 2° os titulos de garantia, *warrants*, ou recibos de trapicheiros e administradores de docas, entrepostos e armazens de deposito; 3° os conhecimentos á ordem; 4° as facturas; 5° os bilhetes de espectáculo, as *passagens* de estrada de ferro, tramways, omnibus, barcos, e mais titulos improprios. Alem dos titulos ao portador propriamente taes é dos improprios o direito brasileiro reconhece : a) os titulos de credito com clausula alternativa; b) os titulos á ordem endossados em branco. »

O dec. n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, no art. 3, dispõe : Nenhuma sociedade ou empreza de qualquer natureza, nenhum commerciante ou individuo de qualquer condicção poderá emittir, sem autorisação do poder legislativo, notas, bilhetes, fixas, vales, papel ou titulo, contendo promessas de pagamento em dinheiro ao portador, ou com o nome deste em branco, sob pena de multa do quadruplo do seu valor e de prisão simples por quatro a oito mezes. A pena de prisão só recabe sobre o emissor, e a de multa tanto sobre este, como sobre o portador. § 1. Incorrem na mesma penalidade os administradores das sociedades que emittirem titulos de obrigação (*debentures*) ao portador sem os requisitos da presente lei. § 2. O disposto neste art. não comprehende os recibos e mandatos ao portador, passados para serem pagos na mesma praça, em virtude de contas correntes, comtanto que sejam de quantia superior a 100\$000. Taes recibos e mandatos deverão, todavia, ser apresentados no prazo de trez dias, contados das respectivas datas, sob pena de perder o portador o direito regressivo contra o passador. Commentando

esta disposição, diz Inglez de Souza, *Obr. cit.*, p. 94 : « Este crime não foi definido no Código penal da Republica. Não se trata aqui de crime de moeda falsa, punido no Cap. I, do título VI do Código e a que está inseparavelmente ligada a idéa de credito publico que a omissão illegitima offende. Verdadeiro ou falso, criminoso como moeda falsa só é o papel que pretende imitar as notas postas em circulação pelo governo ou os bilhetes dos bancos emissores especialmente autorizados; ou que é lançando como tal, mas sem a fórma intrinseca ou extrinseca que a lei determina, como por exemplo a reemissão de notas recolhidas, a retirada da Caixa de Amortização de notas sem ser para substituir outras que se recolhem ou troquem, ou para outra qualquer applicação legal, as emissões bancarias superiores aos limites determinados em lei, etc., etc. Obrigar-se por título ao portador, ou com o nome deste em branco, acceitar e mesmo transferir a terceiro um papel dessa natureza e especie, não são actos que se possam abranger no conceito juridico da moeda falsa. Razões, intuitos, modo, forma e alcance divergem consideravelmente em um e outro caso; nem o papel que se quer fazer circular pode ser considerado moeda, porque não é moeda um título de credito (*Vide Obr. cit.* p. 68), nem apparenta ou procura apparentar coisa diversa do que realmente é. No crime de moeda falsa, o criminoso lança dolosamente á circulação, como se representasse um valor legitimo e legal, um papel falsificado ou contrafeito (para não sahir do caso que mais se assemelha á falsificação do papel moeda) ou um papel ainda não revestido das formalidades que a lei reputa essenciaes, ou que já perdeu os requisitos necessarios para merecer o credito publico. O emissor do papel fiduciario falso não se obriga, finge que está de posse de uma obrigação publica e procura passal-a a outrem, recebendo em troca valores reaes; ha a fraude, o intuito de apropriarse da fortuna alheia por meio do engano. A moeda falsa não fere somente os interesses economicos do Estado, perturbando a circulação, depreciando o credito, prejudicando o Erario publico por meio de um artificio doloso; ella assalta a fé publica, defrauda os particulares, extorquindo-lhes a sua propriedade sem o seu consentimento ou com um consentimento viciado pelo erro; ella é, em si mesma, um modo de locupletar-se á custa alheia, identica sob o ponto de vista moral ao roubo e ao estellionato. »

E conclue : « A introdução de pequenas debentures na circulação com o fim de substituir a moeda divisionaria deu logar á promulgação do decreto legislativo de 15 de Setembro de 1893, que actualmente rege a materia. A razão de punir é a necessidade sentida pelo legislador de contrariar a livre expansão do credito particular que, pela forma condemnada, elle reputa perturbadora e anarchica, uma vez generalizada. E como o meio de evitar essa generalisação é punir os casos individuaes e isolados, suppõe-se forçado a declarar delictuosa a criação de qualquer escripto ao portador ou com o nome deste em branco, posto que no seu elemento intencional, no seu aspecto ethico e juridico, no seu alcance parcial, o contracto prohibido não offereça a figura do crime. Em tudo isso se distancia enormemente do crime de moeda falsa a emissão de títulos ao portador não autorizados. » Entende ainda o illustre J. C. que a emissão dos títulos ao portador, com violação do art. 3 do decreto de 1893, é uma simples contravenção, porque consiste unicamente na violação ou falta de observancia de uma lei que

procurou evitar as perturbações do credito publico com uma medida reputada apropriada. Em um systema que a considerasse como delictu estaria na classe dos commettidos sem intenção delictuosa, a que se chama propriamente contravenção. Da natureza juridica desta violação de lei resulta que não é punivel a tentativa de emissão, assim como nella não se dá cumplicidade, que supporia a intenção culposa que não existe na contravenção. A infracção da lei consiste no lançamento na circulação de um ou mais titulos pagaveis em dinheiro a pessoa indeterminada ou com o nome do credor em branco. Não é a *creação* ou confecção do titulo que a lei pune, mas a *emissão*, isto é, o acto de pôr em circulação o papel prohibido.

O titulo furtado antes da emissão e posto em circulação sem o consentimento ou autorisação do subscriptor não é um papel criminoso. Na technologia do nosso direito, *emissão* significa circulação. Sem *emissão voluntaria* não haveria contravenção.

A lei não pune somente aquelles que sem autorização legislativa, emittent titulos ao portador, pagaveis em dinheiro, ou lhes auxiliam o curso como portadores. Penas eguaes castigam os que, tendo a faculdade da emissão, não a exercem dentro dos limites e com as formalidades exigidas pela lei. Taes são os administradores das sociedades que *emitterem debentures* sem os requisitos do decreto de 15 de Setembro de 1893. Se na emissão em excesso não houve má fé, dá-se uma contravenção passivel da pena comminada no § 1 do art. 3 do decreto de 1893. Se verifica-se um artificio fraudulento, se houve manipulação de emissão fraudulenta, o acto constitue o crime previsto no artigo 338 do Cod. Penal. No summario de culpa dos directores da Companhia Geral de estradas de ferro no Brazil, o voto vencido do dr. Affonso de Miranda estabeleceu de modo claro e preciso a distincção necessaria entre a figura do crime de simples excesso de emissão e a do crime de emissão fraudulenta. São da alçada da Justiça local as contravenções do art. 3 do Dec. n. 177 A de 1893. Para maior desenvolvimento do assumpto, *vide* Inglez de Souza, *Obr. cit.*, ps. 93 e seguintes.

Art. 250. Usar de qualquer papel, ou titulo, dos indicados precedentemente, como verdadeiro, sabendo ser falso :

Penas — as do artigo antecedente (382).

(382) Nos artigos anteriores a figura do crime é a falsificação pelo fabrico ou pela contrafacção. A do art. 250 é a do *uso* de papeis, sellos, titulos, bilhetes de estradas de ferro e mais cousas, mencionadas nos mesmos artigos, falsificadas. Na hypothese o criminoso não é o falsificador, mas o que faz uso da cousa falsificada. O *dolo especifico* confunde-se com a *fraude* do estellionato, porque o agente usa *como verdadeira* de uma cousa que sabe ser falsa. Ha o pleno conhecimento do mal e o intento de illudir a boa fé de outrem é manifesto. O uso pode ter por objecto a especulação commercial, como na venda de estampilhas falsas, ou o uso proprio, como aquelle que se utiliza de uma estampilha sabendo ser falsa. Nas *Paginas juridicas*, p. 104, o dr. Lucio de Mendonça resolve a questão de saber-se si a *venda* de estampilhas falsas é cousa diversa do *uso* de estampilhas como

verdadeiras sabendo-se serem falsas. Já o Supr. Trib. Fed., por accordãe de 19 de Dezembro de 1895, decidira que não commette o crime de estellionato previsto no art. 338, § 5 do Cod. Pen., mas sim o de falsidade previsto no art. 250, aquelle que usa de estampilhas como verdadeiras sabendo que são falsas.

« Accrescentarei, diz o dr. Lucio de Mendonça, que a doutrina desta decisão é suffragada pelos criminalistas. Por amor da brevidade, citarei apenas um dos mais illustres e modernos. Garraud, *Droit Pén. Franc.* tomo III, § XXII, ns. 56 e seguintes. A lei, depois de esboçar no n. 58, § 5 a regra geral de que o uso do *fauæ* (título, papel, peça falsificada) se tem por consummado logo que se pôz em circulação a peça contrafeita ou falsificada, diz, positivamente no n. 62, que para maior facilidade, transcreve no original: Tandis que la loi française précise ce qui constitue la *falsification* en énumérant d'une manière limitative, les procédés dont le faussaire doit se servir pour exécuter le crime, *aucun des articles du Code Pénal ne spécifie ce qui constitue l'usage, qui comprend, dès lors, tous les modes d'emploi dont les actes timbrés, sceaux, marques, monnaies sont susceptibles.* » E logo em seguida: « On doit en conclure, dès lors, que toute production de la pièce pour arriver au but qu'elle est destinée à atteindre, constitue le crime d'usage de *fauæ*. »

Ora, o que se diz do Codigo penal francez é perfeitamente applicavel ao nosso. E ainda mais explicitamente, no § XXV, tratando da *contrafacção* de sellos, estampilhas, effeitos publicos e marcas, diz no n. 100, que tambem copiamos litteralmente: « La loi a prévu comme crime distinct de la contrefaçon, l'usage des papiers, effets, timbres, marteaux ou poinçons falsifiés ou contrefaits. » Ces expressions ont certainement trois sens et l'usage réprimé par la loi existe dans trois hypothèses: 1^o Le texte frappe, en effet, ceux qui se servent, pour timbrer, poinçonner, marquer, d'instruments précédemment contrefaits; 2^o il frappe également ceux qui débitent frauduleusement du *fauæ* papier timbré, etc. » (*Débiter*, segundo o dictionario de Littré é « 1^o vendre en détail ou fréquemment). Logo, segundo o systema do Cod. Pen. Francez, neste ponto egual ao nosso, *vender* estampilhas, como verdadeiras, sabendo serem falsas (vender-as fraudulentamente, é a expressão correspondente no escriptor citado) é *usar* dellas. Tal venda, pois, está incluída como um dos modos do *uso*, no art. 250 do nosso Codo Penal.

SECÇÃO II

Da falsidade de certificados, documentos e actos publicos.

Art. 251. Falsificar, ou alterar passaporte para o attribuir a pessoa, logar ou tempo diverso :

Pena — de prisão cellullar por seis mezes a um anno (383).

(383) Commentando o art. 178 do Cod. Pen. Militar, dissemos : O Cod. Pen. com.m., tratando dos crimes contra a fé publica, inclue, no capitulo das

falsidades, a falsidade dos titulos e papeis de credito do governo federal, dos Estados e dos Bancos, de certificados, documentos e actos publicos, de documentos e papeis particulares, testemunho falso, declarações, queixas e denúncias falsas em juizo. O Cod. mil. sob a epigrapha — falsidade administrativa — define diversas especies de falsidades, previstas no Cod. comm., subordinadas ao titulo dos crimes contra a ordem economica e administrativa militar. Para ambos os Cods. o conceito de *falsidade*, é um só. A *falsidade*, no sentido lato, é a alteração, a corrupção da verdade, ou, como diz João Vieira (*Cod. Pen. Interp. p. esp.*, v. 1, p. 267), comprehende qualquer alteração ainda não dolosa, e segundo Cujacio — *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro veritate adseveratur*. — Em sentido mais restricto, é a alteração dolosa da verdade, assim definida por Farinacius: *falsitas est veritatis dolosa mutatis e alterius præjuditium facta*. Em sentido ainda mais restricto, diz Crivellari, é a alteração fraudulenta da verdade nos casos determinados pela lei, e, n'este caso, trez são os elementos geracs constitutivos do *crimen falsi*: a alteração da verdade, a intenção de prejudicar, um prejuizo effectivo ou potencial. O Cod. mil. trata da falsidade *em acto*, em *papeis*, *livros* ou *documentos officiaes* ou *publicos*, *sellos* ou *marcas*, *papeis* ou *documentos particulares*, incluido tambem no mesmo capitulo a *falsificação* de *generos alimenticios*, de *pezos* e *medidas*. Os autores dividem ainda a falsidade em *material*, *peçoal*, *moral*, *intellectual* ou *ideologica*. Ha *falso material* quando a alteração da verdade recahe sobre o escripto, sello, marca ou cousa que se pretende passar como verdadeira. A falsidade é *peçoal*, quando recahe sobre as qualidades da pessoa ou sobre a propria pessoa, v. g. quando simula-se uma pessoa por outra para determinado fim. *Falso intellectual*, *moral* ou *ideologico*, pode-se referir a falsidade *em acto* quando tem por objecto informações e declarações verbaes, testemunho, etc., ou a falsidade *em escripto*, que verifica-se quando o escripto apresentando-se com as solemnidades externas que dão-lhe o cunho de verdadeiro, são entretanto falsas as declarações nelle contidas. João Vieira menciona como exemplo typico o de um testamento que reconhece uma divida inexistente. A falsidade consiste na declaração da divida, e não no testamento que não é tido, por isso, como falso. O Cons. do Trib. Civ. e Crim. por Acc. de 23 de Setembro de 1897 (na *Rev. de Jurisp.* de Nov. 1895, p. 97) decidiu que o Cod. Pcn. comm. não cogitou da falsidade *intellectual*, mas só do *falso material* resultante da verificação do vicio do documento em seus dizeres, em addições ou emendas, clausulas ou condições nelle existentes. Mas o Conselho, decidindo em especie, firmou a doutrina para o falso *em escripto*. Ha, porem, controversia entre os Autores. Uns eliminam a falsidade *peçoal*, reduzindo-a ás outras duas, outros sustentam que toda a falsidade é *material*. Vide João Vieira (*Obr. cit.*, p. 279).

A figura do art. 251 apresenta-se sob trez formás: 1.ª da falsificação de passaporte, isto é fabrico de passaporte falso para ser utilizado por determinadas pessoas; 2.ª alteração de passaporte verdadeiro para ser utilizado por pessoa diversa daquella a quem era o mesmo destinado; 3.ª alteração de passaporte verdadeiro destinado a pessoa que delle deve utilizar se, porem visando a alteração do logar e temps diversos daquelles para os quacs foi

primitivamente concedido o passaporte. Verifica-se, por tanto, nestas modalidades o *falso material* e o *falso pessoal*, conforme a distincção a que nos referimos, citando João Vieira.

A Const. Fed., arl. 72, § 10 declara que em tempo de paz, qualquer pode entrar no territorio nacional ou delle sahir, com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, *independentemente de passaporte*. O dr. João Barbalho, commentando este paragrapho (*Const. Fed. Brazil Comm.*, p. 317), observa que, embora seja esta disposição a consagração do direito de liberdade de locomoção, proclamado já pela Revolução de 1789 e Constituição franceza de 1791, com tudo esta liberdade só é garantida no tempo de paz. Ella pode ser suspensa no estado de sitio (Const., art. 80) e impedida pelo governo por motivos diplomaticos relativamente a subditos estrangeiros; pelas autoridades judiciarias ou policiaes, se o individuo estiver condemnado-pronunciado, pelas autoridades judiciarias, nos casos em que pelas leis-fiscaes, civis ou commerciaes este procedimento tenha logar (Dec. n. 4176 de 6 de Maio de 1868, art. 7; Const., art. 83). *Passaporte*, diz Ferreira Borges, *Dicc. Comm.*, « é um acto da autoridade publica, que autoriza a que passe-livremente de um logar para outro o portador delle. » Esse acto consta de um documento official em que, alem da referida autorização, consta a identidade da pessoa, a quem se autoriza a sahida ou entrada para o paiz, os logares do destino e da procedencia. A identidade se manifesta pelo nome, pronome, idade, nacionalidade, residencia e signaes caracteristicos. Em virtude do dispositivo constitucional, o passaporte pode ser tambem exigido no tempo de guerra. Em todo caso o emprego do passaporte constitue uma restricção á liberdade de locomoção.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 94, 2.^a *alin.*

Art. 252. Attestar falsamente bom procedimento, indigencia, enfermidade, ou outra circumstancia, para promover em favor de alguém beneficencia, soccorro publico, ou particular, isenção de serviços e onus publicos, ou aquisição ou gozo de algum direito civil ou politico :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, e privação do exercicio da profissão por igual tempo (384).

(384) O calculo da penalidade é o do art. anterior.

§ 1. Si por effeito de attestado falso uma pessoa de são entendimento fôr recolhida a hospicio de alienados, ou soffrer qualquer outro damno grave :

Penas — de prisão cellular por um a tres annos, e privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação (385).

(385) Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 124, § 1.

§ 2. Si o attestado falso fôr passado para qualquer dos fins precedentemente mencionados, com intenção de lucro :

Penas dobradas (386).

(377) O attestado falso é um documento que pode ser passado por autoridade ou funcionario publico ou por um particular. Merece fé e constitue uma prova que pode affectar a interesses publicos ou particulares. Conforme a qualidade e prerogativas legais da pessoa que passa o attestado, elle pode ser admittido como prova judicial, independente de qualquer outra, ou servir de documento para decisão de processos administrativos. Assim o attestado de uma autoridade declarando o bom procedimento, ou a indigencia para facilitar ou promover em favor de alguém beneficencia, ou soccorro publico ou particular, ou o attestado em contrario para impedir a alguém qualquer destes beneficios ; o attestado de um medico declarando enfermidade ou outra circumstancia semelhante, com o fim de isentar alguém de onus ou serviço publico ; o attestado de um funcionario, cujo fim seja facilitar ou impedir que alguém adquira ou goze algum direito civil ou politico, são documentos para efeitos publicos ou particulares, cuja essencia é a *verdade* presumida em virtude do cargo, officio ou profissão que o attestante exerce. A figura do art. 252 consiste na *falsidade em acto*, isto é na *attestação falsa*, na declaração contraria á verdade. Não se trata, portanto, da falsidade em escripto, da contrafacção do documento em sua totalidade ou simplesmente da falsificação da firma do attestante. O attestado falso pode visar qualquer dos fins referidos no artigo, constituindo outras tantas modalidades da figura delictuosa. Elle pode occasionar a alguém o soffrimento de grave damno material ou moral, sem que, entretanto, fosse essa a intenção do attestante. Se a intenção foi esta, ha o *dolo especifico*, se não foi, apparece a *culpa*, mas em ambos os casos, a responsabilidade é uma só, pois o attestante soffre a pena resultante do mal causado. Alem do *dolo especifico* da falsidade de attestação, o qual consiste na *consciencia* que tem o attestante de estar fazendo uma declaração falsa, pode haver ainda o proposito da especulação, como, v. g., a do medico que mediante retribuição pecuniaria, dispõe-se a attestar falsamente enfermidade para isentar alguém de uma obrigação ou serviço publico. N'este caso, a gravidade do acto decorre da intenção do lucro.

E' a figura do § 2, punida com a penalidade do art. 252, § 1, porem em dobro conforme o caso occurrente.

Art. 253. Usar scientemente de attestado falso :

Pena — de prisão cellualar por seis mezes a um anno (387).

(378) A figura deste artigo é differente da do anterior, porque consiste no uso do attestado falso, tendo sciencia e consciencia da sua falsidade. O uso torna-se, portanto, doloso. O autor do delicto não é o attestante, mas aquelle quem o attestado aproveita ou que pretende fazel-o aproveitar a terceiro.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 94, 2ª *alin.*

Art. 254. Falsificar um attestado para qualquer dos fins declarados nos artigos anteriores :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a um anno (388).

(388) A figura do art. 252, é, como fizemos vêr, a attestação falsa consistente na declaração contraria á verdade pela propria pessoa autorizada a passar o attestado. O falsario falta á verdade com intenção de lucro ou com o fim de promover em favor de alguém beneficio ou isenções sem receber retribuição pecuniaria. O attestante é o criminoso. No art. 254 a especie é a da falsidade *em escripto* do attestado, a falsificação do documento, incluindo a firma do supposto attestante, ainda que a declaração seja verdadeira. Por exemplo, um individuo soffrendo de tuberculose precisa de um attestado medico ; falsifica o documento e a firma do medico, fazendo a declaração verdadeira de que soffre da referida molestia. Entretanto, pode se dar o caso do attestado falsificado conter tambem uma declaração falsa. Ambas as hypotheses são modalidades do crime definido no art. 254.

O *dolo especifico* manifesta-se no acto material da falsificação do documento.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 94, 2^a *alin.*

Art. 255. Falsificar, por qualquer modo, despacho ou comunicação telegraphica, ou nelle supprimir, trocar ou augmentar palavras, letras, ou signaes, que invertam-lhe o sentido :

Pena — de prisão celllular por seis mezes a dous annos (389).

(389) *Vide* nota ao art. 151, § unico.

Parapho unico. Si este crime fôr praticado por empregado da repartição dos telegraphos :

Penas — de prisão celllular por igual tempo, e perda do emprego (390).

(390) O regulamento dos telegraphos (dec. n. 4053 de 24 de Junho de 1901), art. 493, reproduz a disposição do art. 255 do Codigo, que distingue o crime praticado por pessoa que não seja empregado da repartição dos telegraphos. Dada a natureza da correspondencia telegraphica, e do respectivo serviço, é obvio que este crime só pode ser praticado por empregado do telegrapho : O telegramma entregue ao destinatario não é senão o certificado da correspondencia transmittida pelo fio telegraphico. Só o empregado do telegrapho pode transmittir pelo fio essa correspondencia, e só elle pode declarar por escripto ou verbalment os dizeres da correspondencia.

Art. 256. Usar de certidão, ou attestado falso, ou verda-

deiro, mas referente a individuo de nome identico, para se fazer alistar como eleitor, ou excluir alguém do alistamento :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos (391).

(391) A falsidade, neste artigo, consiste no uso do documento (certidão ou attestado) falso ou verdadeiro, por individuo que possua nome identico (homonymo) ao de outro para se fazer alistar eleitor, ou excluir o seu homonymo. O *dolo* consiste no artificio em que se procura illudir a junta de alistamento eleitoral ou o juiz, quando não possam averiguar a identidade da pessoa. O attestado pode ser falso ou verdadeiro. O attestado falso pode consistir na falsificação do documento, inclusive a firma do attestante, e nesse caso a falsidade é material ; ou na falsidade intellectual somente, isto é, o falsario faz uma declaração falsa, attestando que o individuo A é o individuo B, que se acha nas condições de ser alistado eleitor, ou que deve ser excluído do alistamento. O attestado, ainda que verdadeiro, pode servir de instrumento do crime, quando, passado para servir á A, é utilizado por B, sem conhecimento ou intervenção do attestante. Em qualquer das modalidades do attestado falso retro referido, são responsaveis pelo crime de falsidade o attestante, e o individuo que se utiliza do documento. Na hypothese do attestado verdadeiro só é responsavel o que delle falsamente faz uso.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 151, § unico.

Art. 257. Fazer emendas, ou alterações, nos assentamentos do registro civil sem as resalvar, ou ratificar, na conformidade dos regulamentos e pelos meios por estes permittidos :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá o que, não sendo empregado do registro, praticar essas alterações e emendas (392).

(392) O decreto n. 9886 da 7 de Março de 1888 manda observar o registro civil, que comprehende nos seus assentos as declarações especificadas no mesmo regulamento para certificar a existencia de trez factos ; o nascimento, o casamento e a morte (art. 1). As disposições dos arts. 58, 70 e 77 enumeram as declarações principaes que devem conter os registros de nascimento, casamento e obito. A expressão — *declarações especificadas* — significa que no registro não devem ser admittidas outras declarações, além das que são exigidas para a validade do acto. O escrivão de paz (ou da pretoria, na Capital Federal) encarregado do registro, não deve mencionar quaesquer outras declarações que as partes queiram fazer, sob penal de nullidade de taes declarações (Art. 6 do decreto). O fim da lei com tal prohibição é evitar que o registro contenha dizeres inuteis, indiscretos ou escandalosos, diz Didimo Junior (*O Registro do Estado Civil*, dec. de 1888, annotado) citando Mourlon (*Répét. écrites*, v. I, n. 248 e Dias Ferreira, v. V, nota ao art. 2449 de Demolombes, v. I, n. 290. Tem, porém, o escrivão como dever lembrar aos declarantes todos os dizeres, perguntando sobre os factos que houverem

esquecido de mencionar. Se o registro não contiver todas as declarações exigidas, devem ser observadas as disposições dos arts. 14 e 15 se verificar-se a existencia de omissão, em quanto as partes se acharem ainda presentes, e os preceitos dos arts. 25 e seguintes si somente se chegar ao conhecimento da omissão após ultimado o registro e retiradas as partes. A força probante do registro civil é unicamente certificar a existencia dos trez factos — o nascimento, o casamento e o obito, nada mais prova alem disto, diz Didimo Junior, *Obr. cit.*, p. 19; é o que se deduz dos principios geraes, ou disposição do art. 39 do Regulamento, que reproduzio a do art. 20 o dec. n. 798 de 18 de Junho de 1851, e da do art. 36 do dec. n. 5604 de 25 de Abril de 1874.

A fonte da disposição do art. 257 do Codigo são os arts. 16, 17, 18, 19, 20 e 52 do Regulamento de 1888 que estabelecem o modo como se deve fazer as rectificações, alterações e emendas no registro. No art. 18 declara que são consideradas não existentes e sem effeitos juridicos quaesquer emendas e alterações posteriores ou não resalvadas nos termos do regulamento: e os empregados do registro, que os tiverem feito, ficarão sujeitos á responsabilidade criminal e civil, que no caso couber. No art. 19 dispõe: A mesma responsabilidade ficarão sujeitos os individuos que, não sendo empregados do registro, praticarem essas alterações e emendas. O art. 52 declara: Incorrem nas penas do crime de falsidade os que praticarem os actos especificados nos arts. 18 e 19. Os que commetterem o crime previsto no art. 36 ficam sujeitos ás penas do art. 265 do Codigo criminal (de 1830), correspondente ao art. 207, n. 5. O art. 36 diz que o extravio dos papeis (documentos e procurações apresentadas pelas partes para se lavrar o registro) sujeita á responsabilidade civil e criminal ou seus guardas ou depositarios.

SECÇÃO III

Da falsidade de documentos e papeis particulares (393).

(393) *Vide no Appendice Lei 628 de 28 Outubro de 1889, art. 5 e dec. 347 de 4 de Novembro de 1899, art. 1.*

Art. 258. Fazer escriptura, papel ou assignatura falsa sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir, com o fim de crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, e multa de cinco a 20 0/0 do damno causado, ou que se poderia causar (394).

(394) A decisão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, que passamos a transcrever, é estudo desta e da secção anterior. Damol-a na integra, por ser impossivel resumil-a, sem mutilal-a.

— Relatados e discutidos estes autos :

Denunciou o Dr. 3.^o Promotor Publico a Miguel Velez e Raphael de Faria Costa como incurso nos arts 253 e 259, § 3 do Codigo Penal pelo seguinte facto : « Pelas 12 horas da manhã de 24 de Junho findo os denunciados apresentarão na Recebedoria do Thesouro Nacional o precatorio falso junto a fl. 18, por elles feito como se deprehe de dos exames de fis. 54 e 57 e receberão do respectivo thesoureiro a importancia de 107:126\$948, ahi depositada pelo Banco da Republica do Brazil para garantir a execução que contra o mesmo Banco movia Joseph A. Belien, sendo porém, presos na occasião em que se retiravão dessa repartição com a alludida quantia e contra elles lavrado o auto de flagrante de fl. 2.^o. Instrue a denuncia o inquerito policial.

Procedendo-se ao summario de culpa em presença dos réos préviamente qualificados e afinal interrogados depuzerão oito testemunhas.

O Dr. Juiz *a quo* julgou procedente a denuncia e pronunciou os réos nos arts. 258 e 259, § 3 do Codigo Penal.

Recorrendo, allegão os réos nullidade do processo e improcedencia da accusação.

Nullidade do processo, porque sendo a precatoria expedida contra o Thesouro Nacional e sendo a Fazenda Nacional a lesada, o processo é da competencia da Justiça Federal.

Improcedencia da accusação, porque forão denunciados como incurso nos arts. 258 e 259, § 3 do Codigo Penal, que se referem á falsidade de documentos particulares e como tal não pôde ser considerada uma precatoria contra repartição publica, subscripta por um escrivão, que é official publico, e assignada por um juiz, que é autoridade judiciaria.

A falsidade dos documentos particulares sómente se caracteriza juridicamente quando tem por fim crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação.

Ora, obrigação é a expressão de um direito pessoal, consiste em dar ou entregar bens, em fazer alguma obra, cousa ou acto, ou em abster-se de algum acto ; estabelece um vinculo juridico entre o credor e o devedor. A existencia desse direito pessoal presuppõe o sujeito activo do direito, o sujeito passivo da obrigação e o objecto do direito, que é o acto ou prestação.

Ora, uma precatoria absolutamente não pôde ser considerada uma obrigação. Mais ainda :

No art. 259, § 1.^o, o Codigo Penal falla ainda na data, causa, tempo e modo de pagamento de obrigação, o que sómente se refere a documentos particulares.

Não se trata, pois, de falsidade de documento particular e sim de falsidade de documento publico. O Codigo Penal se occupa da falsidade dos documentos publicos nos arts. 251 a 257 e ahi não comprehendeu a precatoria.

Portanto, o facto arguido na denuncia não é falsidade e sim tentativa de estellionato. porque não chegou a realizar-se a obtenção do lucro illicito ; a Recebedoria do Thesouro Nacional e a Repartição Central da Policia desde a vespera estavam prevenidas de que a precatoria era falsa ; os réos forão presos quando contavão o dinheiro.

Na promoção de fl. 129 entende o Dr. Sub-Procurador que a expressao

documento particular, empregada no Código Penal, não tem a significação dada pelos recorrentes, também significa proprio, peculiar de cousa ou pessoa. A natureza de um documento publico não emana sómente da qualidade de quem o assigna, deve-se também ter em consideração o interesse que elle envolve e a pessoa a quem affecta. Um precatorio, conforme o fim para que é expedido, pôde em muitos casos ter uma natureza dupla, isto é, a de papel publico, porque emana de autoridade, e particular, porque se refere a um direito privativo de determinada pessoa, unica que pôde ser prejudicada pelo facto de sua violação, e é esta a hypothese dos autos. Accresce ainda que as epigraphes das secções subordinão-se á dos capitulos, em que a substancia dos diversos factos delictuosos é indicada *in genere* e o art. 258 acha-se comprehendido no capitulo que se inscreve sob a rubrica geral das falsidades.

Finalmente, como aconselha Paula Baptista, não se deve restringir imprudentemente a lei, enervando o sentido della.

A sentença recorrida deve ser confirmada, o facto referido na denuncia reúne os elementos juridicos da falsidade, não pode constituir outro crime nos termos do art. 260 do Código Penal.

O que tudo examinado, devidamente ponderadas as allegações de facto e de direito.

E' improcedente a nullidade arguida. A competencia da justiça local segundo informa o Dr. Juiz *a quo*, foi firmada pelo Supremo Federal em accordão de 27 de Setembro do corrente anno, negando o *habeas corpus* impetrado sob o fundamento de incompetencia de Juizo.

Antes de examinar e decidir as graves questões de direito que o processo levanta, convem firmar primeiramente os principios que regem a especie e depois quaes as normas estabelecidas no nosso Código Penal.

I. A quasi totalidade dos codigos penaes da Europa e da America, distinguem na falsidade a *natureza* do acto falsificador e a *qualidade* do falsario.

Punem com pena mais grave a falsidade dos documentos publicos do que a falsidade dos documentos particulares; são mais rigorosos para a falsidade commettida pelos funcionarios publicos, do que para a falsidade commettida pelos particulares.

Todos os criminalistas apoião a distincção beseada na *qualidade* do falsario.

« O funcionario publico, diz Garraud, em razão de seu emprego, da confiança que os particulares têm nelle, da fé que a lei confere ás suas declarações, é duplamente culpado se altera a verdade no exercicio de suas funções, porque accrescenta ao seu crime a mais grave de todas as faltas no dever profissional, Direito Penal Francez, vol. 3, § 157.

Dous criminalistas illustres, Chauveau-Hélie, Theoria do Código Penal, vol. 1, § 1.542, e Nypels, Código Penal Belga Interpretado, edição Servais, vol. 1, pag. 567, combatem a distincção da falsidade segundo a natureza do acto falsificado. A criminalidade, argumentão elles, não depende da natureza do documento, e quanto ao resultado material do crime, a falsidade de um documento particular pôde ter consequencias mais prejudiciaes e mais graves do que a falsidade de um documento publico.

Garraud, porém, responde vantajosamente a esta objecção.

Os documentos publicos fazem prova plena, impõem-se á confiança de todos, sua authenticidade é estabelecida por um interesse de ordem publica, é, portanto, natural que elles sejam mais especialmente protegidos pela lei contra as falsidades de que possam ser victimas.

Em conclusão, verifica-se que a doutrina dominante na legislação dos povos cultos distingue na falsidade a natureza do acto e a qualidade do agente.

Em relação á natureza do acto a falsidade pôde ser de documento publico ou de documento particular. Em relação á qualidade do agente pôde ser commetido por funcionario publico no exercicio de suas funcções ou por particular.

II. O nosso Codigo tambem attendeu á natureza do acto e á qualidade do agente.

Occupando-se da falsidade, elle consagra-lhe quatro secções :

1ª, falsidade dos titulos e papeis de credito do Governo Federal ; 2ª, falsidade de certificados, documentos e actos publicos ; 3ª, falsidade de documentos e papeis particulares ; 4ª, do testemunho falso e da denuncia calumniosa.

O illustrado Dr. João Vieira de Araujo censura ao nosso Codigo o *estupendo silencio* de não haver previsto a falsidade de documento publico por particular, ficando assim impune o crime. O *Codigo Penal Interpretado*, pag. 273. Não é procedente a censura. O Codigo prevê a hypothese no art. 254. O seu defeito foi restringir muito o caso, tornar-se taxativo quando devia ser exemplificativo, e infelicissimo na enumeração das hýpotheses, porque esqueceu-se das mais frequentes e das mais importantes.

Recordados assim os principios geraes e applicados á especie dos autos, convém agora decidir si a precatoria é documento publico ou particular, si o crime foi bem capitulado na denuncia, si é uma falsidade ou uma tentativa de estellionato, como sustenta a defesa.

III. Entende o Dr. Sub-Procurador Geral que a precatoria na especie destes autos é um documento particular, porque sua falsidade sómente violaria os direitos e os interesses de uma determinada pessoa. Não é, porém, procedente este criterio de qualificar um documento pelo interesse que elle envolve e pela pessoa a quem affecta. A lei, por exemplo, que concede licença com todos os vencimentos a um funcionario publico, sómente attende aos interesses desse funcionario, sómente affecta a sua pessoa. Mas nem por isto deixa de ser lei, passa pelas discussões regulamentares na Camara dos Deputados e no Senado, tem a sancção do Presidente da Republica, é numerada e figura na collecção.

Os decretos que concedem uma patente de invenção, que conferem medallas humanitarias ou honras militares, que dão licenças, que permitem o funcionamento de companhias estrangeiras, sómente attendem a interesses individuaes.

Mas não se pôde sustentar que falsifica um documento particular quem falsifica uma lei ou um decreto nessas condições.

Não é, portanto, o fim do documento que lhe caracteriza a natureza e sim a sua origem.

O documento é publico quando emana de autoridade no exercicio de suas funcções e nos limites de sua competencia, particular quando feito ou assignado pelos particulares.

Neste sentido se manifestão os criminalistas. Diz Viada y Vilaseca :

« São documentos publicos .

1º as escripturas publicas ; 2º os documentos expedidos por funcionarios que exercem um cargo por autoridade publica nos actos de suas funcções ; 3º os documentos, livros de actas, estatutos, registros e cadastros que se achão nos archivos publicos ou nas repartições do Estado, das provincias e das municipalidades ; 4º as certidões de nascimento, casamento e obito ; 5º os actos judiciaes de toda especie. Documento particular é toda a escriptura, acto ou instrumento feito por uma pessoa particular, sem a intervenção do tabellião ou de outra pessoa legalmente autorisada, em que se prova, acredita ou faz constar alguma disposição ou convenio.

Póde ser obrigatorio quando algum se obriga a dar, entregar ou fazer alguma cousa, ou liberativo quando consigna o pagamento ou a extincção da obrigação contrahida. » Codigo Penal Hespanhol, vol. 2, pags. 366 e 425.

Diz Fran Von Liszt : « Os documentos são publicos ou privados. Considerão-se publicos, segundo o art. 380 do Codigo do Processo Civil, aquelles que a autoridade passa com as fórmulas prescriptas e nos limites de suas attribuições, ou os que são passados por outra pessoa revestida de fé publica a respeito dos negocios que entrão em sua competencia. Todos os demais documentos são privados. » Tratado de Direito Penal, traducção do Dr. José Hygino, volume 2, pag. 397.

Diz Garraud : « São documentos publicos aquelles que são feitos por funcionarios publicos agindo em virtude de suas funcções e lhes imprimindo por causa desta qualidade um caracter de authenticidade. Compreendem : 1º os actos politicos emanados dos grandes poderes do Estado, como as leis, os decretos, os regulamentos, os tratados de paz e guerra, de alliança e de commercio, etc. ; 2º os actos administrativos ou de seus propostos nos diversos ramos da administração publica ; 3º os actos judiarios, isto é, os que emanão das pessoas encarregadas de processar, instruir e julgar, ou de seus agentes ; 4º todos os actos civis, emanados por diversos officiaes publicos, postos á disposição das partes para constatar suas declarações e convenções e lhes dar o caracter de authenticidade. São documentos particulares todos os escriptos que sem terem o caracter, quer de actos publicos ou authenticos, quer de actos de commercio ou de banco, são de natureza a produzir direito, a causar um prejuizo, a comprometter interesses publicos ou privados, tanto na ordem material, como na ordem moral. Direito Penal Francez, vol. 3, pags. 231 e 269.

Do mesmo modo se manifestão Julian Aguirre, Codigo Penal argentino, pags. 871 e 373 ; Robustiano Vera, Codigo Penal chileno, pag. 378, Chauveau-Hélie, Theoria do Codigo Penal, § 1.550, vol. 1.

E', portanto, inquestionavel que a natureza de um documento não se caracteriza pelo seu fim, mas sim pela sua origem. E' publico quando emana de uma autoridade ou de um official publico, no exercicio de suas funcções e nos limites de sua competencia. E' particular, quando feito ou assignado por

particulares, sem intervenção do official publico, creando uma obrigação, um laço juridico.

IV. Ora a precatoria é um acto judicial, feita ou subscripta por um Escrivão, que é uma autoridade judiciaria. Determina uma diligencia, que não pôde ser effectuada pelo Juiz, porque se exercita em lugar que não é da sua jurisdicção. Mas sob as fôrmas apparentes de polidez e cortezia, ella é uma verdadeira ordem, e tanto assim é que o Juiz deprecado não pôde conhecer dos embargos que lhe são oppostos, devolve o seu conhecimento ao Juiz deprecante. E se a precatoria é expedida para uma autoridade administrativa, ella tem obrigação de cumpril-a ou de declarar ao Juiz os motivos por que não pôde cumprir. Como acto judicial, que é, a precatoria é um documento publico e não um documento particular.

V. Na especie dos autos os réos falsificarão uma precatoria. Forão denunciados como incurso nos arts. 258 e 259, § 3 do Codigo Penal. Ora, estes artigos referem-se á falsidade de documentos e papeis particulares. Estão subordinados á epigrapha, que é de uma clareza inquestionavel, e convém tambem não esquecer que o nosso Codigo Penal acompanhou os outros codigos na distincção de falsidade, segundo a natureza do documento falsificado. Não é, portanto, possivel punir a falsidade de um documento publico com um artigo que se refere á falsidade de um documento particular, tirar este artigo da sua secção para reger especie de secção antecedente.

Não é esta, portanto, a classificação juridica do facto.

VI. Occupando-se na secção 11ª da falsidade dos documentos publicos, quer por particulares, foi o nosso Codigo Penal de uma lamentavel infelicidade. E' sempre um grande erro querer o legislador ser casuistico, porque a previsão humana é limitada, fallaz a memoria, e assim escapão da sanção legal varias hypotheses, ás vezes, muito mais graves e importantes do que as previstas.

As definições legais devem ter a necessaria elasticidade para serem nellas comprehendidas todas as modalidades do facto incriminado. Ora, o nosso Codigo Penal, occupando-se da falsidade dos documentos publicos nos arts. 251 a 257, em vez de definir o delicto, entendeu que devia especificar os documentos publicos.

Assim são punidas as falsidades dos passaportes, dos attestados para obter socorros publicos ou particulares, isenção de serviço e onus publicos ou a aquisição ou gozo de algum direito civil ou politico; dos attestados dando como loucas pessoas de são entendimento ou fazendo soffrer qualquer damnograde; dos despachos e communicações telegraphicas; do alistamento eleitoral; finalmente dos assentamentos do registro civil. Vê-se, pois, quanto esta enumeração foi deficiente e lacunosa, deixou de comprehender todos os actos judiciaes administrativos e dos altos poderes do Estado.

Ora, a precatoria não foi ali comprehendida, portanto, os réus não commettêrão falsidade de um documento publico.

Entende com razão o Dr. Sub-Procurador Geral que o interprete não deve restringir o alcance das leis.

Mas não é restringir a força e o espirito do texto legal applical-o unicamente ao caso que previo.

Não pôde o interprete supprir as omissões da lei. Este papel pertence ao

Legislador. Se a lei não pune o facto, o interprete assim o declara. A interpretação extensiva por analogia ou paridade é expressamente prohibida no art. 1 do Codigo Penal.

São certamente lamentaveis esses erros, estas omissões da lei. Porém ainda mais lamentavel seria a violação da lei pelo Juiz, forçando-a a casos que ella não previo, esquecendo todas as noções juridicas para não deixar impune o facto de que o legislador não se preocupou.

Como, por exemplo, applicar á falsidade de uma precatória o artigo que pune a falsidade de um passaporte ou de um attestado medico?

VII. Em conclusão, segundo os textos do nosso Codigo Penal, o crime commettido pelos réos não é falsidade. O art. 258 não pode ser applicado á especie, porque refere-se á falsidade de documentos particulares. Está comprehendido na secção 3ª que tem a epigraphe — *Falsidade de documentos e papeis particulares*. Os réos falsificarão uma precatória. A precatória é um acto judicial, lavrada ou subscripta por um escrivão, que é um official publico, assignada pelo Juiz, que é uma autoridade judiciaria. E', portanto, um documento publico. Não commetterão tambem o crime de falsidade do documento publico, porque o Codigo Penal taxativamente mencionou quaes os documentos publicos cuja falsidade punia, não comprehendeu nessa enumeração os actos judiciaes, não é possivel ao interprete a interpretação extensiva por analogia ou paridade.

VIII. São elementos do crime de estellionato : 1º a intenção fraudulenta do agente de obter para si dinheiro ou qualquer outra vantagem em prejuizo da victima, locupletando-se da jactura alheia, na technologia do nosso Codigo; 2º o emprego de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, de manobras fraudulentas, de qualquer ardid ou embuste, de artificio, de encenação, de supposto credito ou poder para illudir e captar a confiança da victima, induzindo a erro ou engano; 3º o resultado da operação, o lucro illicito obtido com o prejuizo da victima illudida, havendo apenas tentativa se o agente não chegou a obter o lucro esperado por uma circumstancia independente de sua vontade.

No facto referido na denuncia achão-se comprehendidos os elementos juridicos do estellionato. Os réos tiveram a intenção fraudulenta de obter para si um lucro illicito, appropriarem-se da quantia depositada no Thesouro Nacional. Para isto conseguir era preciso enganar, illudir a confiança, a boa fé dos empregados da Recebedoria, induzindo-os a erro pelo emprégo de um artificio, de um embuste, de um stratagemas. O artificio, o embuste foi a precatória fabricada pelos réos, mas apresentada como um documento verdadeiro, como tendo sido subscripta pelo escrivão e assignada pelo Juiz.

IX. Entende o Dr. Sub-Procurador Geral que o delicto não pôde ser desclassificado para o estellionato, porque nos termos do art. 260 do Codigo Penal em nenhum caso a falsidade, que reunir todos os elementos de sua definição legal, constituirá o elemento de outro crime.

Mas não é procedente a objecção.

O fim do Codigo Penal foi evitar que pelo mesmo facto o réo respondesse por dous crimes, que por exemplo fosse condemnado na falsidade e no estellionato, na falsidade porque fabricou um documento, no estellionato porque

empregou este documento para illudir a boa fé alheia, obtendo para si um lucro illicito.

Mas o facto referido na denuncia, como já foi demonstrado, não constitue falsidade pelo nosso Codigo.

Logo não tem applicação á especie o artigo invocado.

X. Convém notar que o Thesouro Nacional, do mesmo modo que os particulares, pôde ser a victima de um estellionato. Estão accórdes neste ponto a jurisprudencia e a doutrina, accordão da Côte de Cassação de 28 de Junho de 1884, Dalloz, 1885, parte primeira, pag. 136, Paul Dorigny, Theoria e Practica do Delicto de Estellionato, p. 206, accordão da Côte de Cassação de 16 de Julho de 1888, Casati, Codigo Penal Francez, pag. 186.

XI. Sendo, como é, estellionato o delicto praticado pelos réos, para decidir se houve um delicto consummado ou uma simples tentativa, porque os réos foram presos na Recebedoria quando contavão o dinheiro, não houve, portanto, a apropriação da quantia. São accórdes os criminalistas em afirmar que os delictos contra a propriedade ficão consummados quando se realiza a apropriação indebita da coisa alheia, pouco importando para a qualificação do facto incriminado que os valores subtraídos sejam dissipados pelo agente ou mais tarde restituídos ao seu legitimo dono, a victima do delicto. Um gatuno, por exemplo, subtrahе, na rua a carteira de um transeunte. Perseguido e preso encontra-se em seu poder intacta a carteira que é restituída ao seu dono. Houve um furto consummado e não uma tentativa de furto. O estellionato fica consummado, diz Dorigny, quando houve a entrega dos valores, acompanhada do *consilium fraudis* e do *eventus damni*, o delicto se acha então completo, a restituição é um facto posterior que não pôde ter como effeito apagal-o, pag. 269.

Tão inquestionaveis são estes principios que os criminalistas levão o rigor logico á crueldade de sustentar que o arrependimento do agente, a restituição espontanea dos objectos subtraídos, não apaga o crime.

Ora, na especie dos autos o delicto está consummado, porque realizou-se a apropriação.

Com effeito verifica-se a fl. 22 v. que a quantia fôra entregue a Miguel Velez, que della passou recibo, sendo sua identidade reconhecida pelo 1º escriptuario do Thesouro, Francisco Oliveira.

Pouco importa, pois, que os valores não tivessem sido dissipados, que em poder dos réos tivesse sido encontrada intacta a quantia.

A consummação do delicto está, pois, provada por uma certidão, por um documento passado por um funcionario publico e tambem assignado por um dos réos. Por estes fundamentos.

Accordão em Conselho do Tribunal Civil e criminal dar em parte provimento ao recurso para qualificar o delicto no art. 338, § 5, do Codigo Penal Custas afinal. Rio, 12 de Novembro de 1902. — *Segurado*, Presidente. — *Vieiros de Castro*, relator. — *Thomé Torres*.

Em relação á competencia do juizo Vide o Acc. do Supr. Trib. Fed. de 13 de Setembro de 1902 na Rev. Jurisp., Setembro, 1902, estabelecendo doutrina contraria.

Art. 259. Incorrerá nas mesmas penas :

§ 1. O que fizer em escriptura, ou papel verdadeiro, qualquer alteração da qual resulte a de seu sentido, ou de natureza a produzir um effeito juridico diverso, como seja alterar algarismos, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou modo de pagamento (395).

(395) O seguinte Accordão do Conselho do Tribunal Civil e criminal de 23 de Setembro de 1897 é um estudo, que vale por um commentario, addicionando-se o voto vencido do presidente dr. Muniz Barretto. Bento de Faria transcrevendo as emendas do Acc. publicado na *Rev. de Jurisp.* Nov. 1897, p. 95, considera melhor doutrina a do voto vencido. O dr. Geminiano da França, juiz criminal, em decisão, que abaixo inserimos, subscreve a doutrina d'aquelle voto. Tambem divergimos do Acc. na parte em que considera que o Codigo não cogitou do *falso intellectual*. Em todo caso estas divergencias demonstram que neste, como em outros pontos, o Codigo ressentese dos defeitos das obras feitas de afogadilho.

Diz o Acc. de 23 de Set. de 1897 :

« E' corrente em direito que não ha crime fóra dos termos formaes da lei — « um factio criminoso, ou é este mesmo crime, segundo a sua individuação textual, ou não é crime algum » (Paula Baptista, compendio de Hermeneutica Juridica, § 47 in-fine).

E' tambem corrente em direito e doutrina aceita pelo Codigo Penal, no art. 1.º alinéa segunda, não ser admissivel, para qualificar crimes, ou applicar penas, a interpretação extensiva por analogia ou paridade.

O factio incriminado é o previsto no art. 259, § 1.º, combinado com o art. 258 do Codigo Penal, que assim estatue :

« Incorrerá nas mesmas penas (as do art. 258) : — o que fizer em escriptura ou papel verdadeiro, qualquer alteração, da qual resulte a de seu sentido, ou de natureza a produzir um effeito juridico diverso, como seja alterar algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou modo de pagamento ».

Resulta do exame dos autos, que a hypothese sujcita não está comprehendida nesta disposição da lei penal, que estabeleceu distincções que não podem ser desprezadas, já considerando como diz o art. 258, o delicto propriamente de falsificação « fazer escriptura, papel ou assignatura falsa sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir, com o fim de crear, extinguir, augmentar, ou diminuir uma obrigação ». Já considerando o factio da alteração em escriptura, ou papel verdadeiro, de que trata o art. 259, § 1.º do Codigo Penal.

— « Le faux matériel consiste, soit dans la falsification d'un acte par contrefaçon d'écritures, (c'est le faux que plusieurs de nos anciens auteurs appelaient formel), soit par l'altération d'un acte véritable, au moyen d'addition ou d'intercalation d'écritures, de changements ou de suppression de lettres, de syllabes, ou des mots, par des ratures, des surcharges, des grattages, des lacérations, etc.; c'est à ce faux seulement que l'on donnait autrefois la denomination de faux matériel. On voit que cette espèce de faux résulte d'une falsification, ou alteration, en tout ou en partie, commise sur la

pièce arguée, et susceptible d'être démontrée, constatée et reconnue physiquement par une opération, ou par un procédé quelconque; c'est de là que vient sa qualification de faux matériel » (Daloz, Répertoire, *Du faux en écritures*, n. 101).

E' pois, quer n'uma, quer n'outra hypothese, o falso ou a falsidade material.

Evidentemente as palavras, empregadas no Código Penal no art. 259 § 1º., referem-se á alterações materiaes nas clausulas, declarações e factos do documento verdadeiro, e a redacção do mencionado artigo bem o diz nas palavras « *alterar o algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo ou modo do pagamento* ».

São, em definitiva, alterações de ordem material susceptíveis de ser demonstradas, verificadas e reconhecidas physicamente, por uma operação ou exame do delicto; d'ahi é que vem a sua qualificação de *falso material*, para nos apropriarmos da expressão do autor do Repertorio de Jurisprudencia.

Estes artigos do citado Código, conseqüentemente, não cogitaram da *falsidade intellectual*; indispensavel é, portanto, que sobre o documento verdadeiro se proceda a exame directo, para, por meio d'elle, se verificar se tal documento foi viciado em seus dizeres, com addições ou emendas, clausulas ou condições n'elle existentes.

Ainda que reprovado seja o acto illicito e culposo, de que se queixa o recorrido, é certo entretanto, que escapa á punição legal, pois não basta que a supposição, feita nos titulos, seja fraudulosa com o intuito de occultar ou alterar a verdade em prejuizo alheio. Essa supposição não constitue o crime de falsidade; é necessario que a alteração fraudulenta da verdade esteja comprehendida expressamente nos casos previstos nos textos da lei criminal.

— « En indiquant avec soin dans les art. 145, 146 et 157, les divers modes de perpétration du faux contre lequel il institue des peines, le législateur a suffisamment manifesté l'intention de laisser en dehors de ces dispositions limitatives, les altérations de la vérité qui pourraient se manifester par d'autres modes, et qui, sans doute, ne lui ont pas paru présenter un caractère de gravité suffisant pour provoquer des pénalités » — (Chauveau et Hélie — Tom. 3, pag. 288).

A disposição do art. 259 § 1 do Código Penal é parallela á do Código Penal Francez, art. 147, que trata da falsidade em escripturas publicas, titulos do commercio ou de bancos, e o art. 150 applica os mesmos casos aos escriptos particulares, e comprehende as hypotheses de alteração, inserção, addição, declarações de clausulas ou obrigações.

Indicando, como diz, os diversos modos de falsidade contra a qual estabelece penas, o legislador patrio, como o do Código Penal Francez, manifestou a intenção de deixar fóra das disposições limitativas as alterações da verdade, que se pôdem manifestar por outros modos, e que, sem duvida, não lhe parecerão apresentar um caracter sufficiente de gravidade para provocar a punição.

O nosso legislador usou, é certo, das palavras — « *qualquer alteração* » — na escriptura ou papel verdadeiro, mas teve o cuidado de enumerar os casos em que esta alteração é punivel, de sorte que as palavras — *qualquer*.

alteração — estão subordinadas aos casos indicados no citado art. 259 § 1 do Código Penal, que constituem disposições limitativas, não sendo licito ao juiz criminal, na interpretação do texto legal, figurar outras *hypotheses* além das que forão previstas.

As palavras — « *como seja* » — são equivalentes d'estas outras « *a saber* », — não autorisão a criação de outras figuras de delicto differentes, em sua natureza, das indicadas, nem pôdem comprehender alterações propriamente de *falsidade intellectual*.

O que se pune no art. 259, § 1 do Código Penal é positivamente a alteração do documento verdadeiro nas clausulas e declarações n'elle existentes; e a alteração, a que se refere o preccito d'este citado artigo, outra cousa não é senão a substituição, ou mudança, de palavras ou condições existentes no papel verdadeiro, *como seja*, ou *a saber*, alterar o algarismo, a causa da obrigação, a data, o tempo, o modo de pagamento.

E', conseguintemente, substituir e mudar os elementos constantes da escriptura, ou papel verdadeiro.

Argúe-se, contra o recorrente Paulo Antonio Ferreira, o ter elle lançado a sua firma, como saccador das letras de fls. 7, 8 e 9, acceitas pelo recorrido, quando ellas ainda estavam sem o saque, constituindo-se, por esta forma, a alteração da verdade, de que resultou efeitos juridicos taes como a substituição da verdadeira credora, a proprietaria das letras, pelo falso saccador, e da divida civil pela commercial, emfim, o requerimento e a expedição do mandado de detenção pessoal contra o recorrido, com gravissimo e irreparavel prejuizo e attentado á sua honra, credito e liberdade, seguindo-se a taes arguições a pronuncia.

O recorrente Paulo Antonio Ferreira não praticou, nas letras por elle sacadas, a substituição criminal dolosa a que se refere o art. 259, § 1 do Código Penal, visto que não substituiu-se ao saccador, não mudou o nome d'este, como affirma o proprio recorrido Balthasar Alves da Costa, quando disse, que as letras não tinham saque.

Dolo, a admittil-o como tal, com os seus caracteristicos de direito, não é o de que dá noticia o processo, isto é, o *dolo criminal*, antes na *hypothese*, é o dolo puramente civil, uma vez que, por força da disposição do art. 259,

1 do Código Penal, o facto praticado pelo recorrente, posto que uma supposição fraudulenta feita nas letras, em prejuizo do recorrido, prejuizo de natureza especial, não constituindo o crime de falsidade, por não se verificar nenhum dos casos previstos pela lei, escapa á competencia dos Tribunaes Criminaes, e deve antes ser aproveitado em acção propria pelos Tribunaes Civis.

Nem se argumente com o facto de haver o recorrente Paulo Antonio Ferreira alterado, mediante a sua firma, como saccador nas alludidas letras, que não tinham saque, o sentido das mesmas letras, ou procedido de maneira a alterar a natureza d'ellas, que ficarão a produzir um effeito juridico diverso, porquanto :

O algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo e o modo de pagamento continuarão os mesmos nas referidas letras; cumprindo notar que, nos precisos termos de direito, para que as obrigações, assim contractadas,

se considerem letras é mistér que se apresentem revestidas dos requisitos exigidos no art. 354 do Codigo Commercial.

Entretanto, é uso no commercio, ser apresentada uma lettra ao saccador antes da assignatura do saccador, sendo ella aceita por aquelle em confiança, lançando-se depois o saque, quando ha necessidade de ser levada a Juizo, ou de ser transferida, occasião essa em que o portador a sacca, pelo que soffre a regra, acima expendida, uma modificação.

A jurisprudencia dos Tribunaes tem firmado o principio de que a lettra de terra, que não tem saque, é um simples titulo civil, apesar de haver julgados, que entendem que o titulo, desde que lhe falta a assignatura do saccador, é passado em favor de pessoa indeterminada, e como tal importa transacção prohibida — (Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860), devendo proceder-se nos termos do art. 7 § unico do Dec. n. 3323 de 20 de Outubro de 1864 — (Accordãos da extincta Relação da Córte de 14 de Novembro de 1873, de 16 de Dezembro do mesmo anno e de 25 de Fevereiro de 1881, além de outros de differentes Tribunaes do extincto Imperio).

Do exposto se conclue que a lettra sem o saque é um titulo incompleto, é uma especie de bilhete em branco, a que se referem os tratadistas de lettra de cambio, os quaes estiverão em uso em França, e são passadas em proveito de terceiro, cujo nome devia ficar em branco, e esse declarava por escripto, em qualquer tempo, enchendo o titulo com o nome que lhe approuvesse.

Taes titulos forão abolidos em razão de prejuizos que ocasionarão, e fraudes a que derão logar.

E' condição do crime a contrafacção ou alteração do documento, e que seja feita sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se quer prejudicar; e consequentemente não commette a falsidade quem escreve um saque em uma lettra de cambio, ou de lettra, posteriormente ao seu aceite.

O saque de uma lettra não é uma surpresa para o devedor, é o cumprimento da obrigação representada pela lettra, e, portanto, não altera o sentido d'ella, ou a sua natureza, á produzir um effeito juridico diverso, ao contrario, o ter sido ella saccada depois do aceite, assim ficou completa, o que se conclue tambem do contexto do proprio documento que se expressa — *a minha ordem*.

Outrosim falta ao facto incriminado o character essencial do delicto, isto é, que não dependa a sua existencia da vontade e arbitrio de quem quer que seja.

Na especie, é intuitivo, que si D. Leocadia Amanda Gonçalves da Costa confessasse a circumstancia de haver consentido que o recorrente Paulo Antonio Ferreira saccasse as lettras, ou si essa circumstancia se pudesse deduzir da prova indiciaria do processo, desappareceria o unico motivo em que se fundou o recorrido para capitular como crime o facto allegado, o que importaria o mesmo que dizer que o crime podia existir ou deixar de existir, á vontade da proprietaria das lettras, cousa inadmissivel, porque um facto delictuoso ou existe *erga omnes*, ou não existe absolutamente.

E por ultimo, si algum crime pôde ser considerado existente, aliás não indicado na petição de queixa, outro não foi senão o de furto dos titulos, a dar como subsistentes as declarações de D. Leocadia Amanda Gonçalves da

Costa; mas ainda neste caso seria improcedente a queixa, visto que as letras, si subtrahidas, forão pelo recorrente José Saraiva de Andrade, que era procurador *ad negotia* da proprietaria das letras, e a acção caberia unicamente a D. Leocadia Amanda Gonçalves da Costa, que entretanto della não podia usar, *ex-vi* do art. 335 do Código Penal.

Isto posto, considerando :

— Que o recorrente Paulo Antonio Ferreira não praticou nas letras de fis. 7, 8 e 9, nenhuma alteração das comprehendidas nos diversos modos da perpetração do crime de falsidade, definido no art. 259 § 1º do Código Penal;

— Que, julgal-o incurso na referida disposição da lei penal, é nada mais, nada menos, do que crear uma nova figura de delicto, dando-se ao preceito-legal uma interpretação extensiva, em contrario ás regras estatuidas, de que as leis criminaes são *stricti juris*, nada se lhes podendo augmentar ou diminuir;

— Que mal applicou o juiz *a quo* a lei penal, comprehendendo por extensão, aliás inadmissivel, o facto declarado na petição de queixa de fl. 2, na disposição do citado art. 259 § 1º do Código Penal;

— Que, no caso, não se trata de um facto delictuoso punivel pela lei penal, antes, porém, de um facto da exclusiva competencia do juiz civil, que conhecerá d'elle, quer em acção util, que fôr intentada contra o recorrido para o pagamento do valor das letras por elle acceitas, quer em acção de rescisão do contracto, de que dão noticia as mesmas letras, promovida pelo recorrido;

— Que a hypothese escapa, por certo, á individuação textual dos preceitos da lei criminal, e, no entretanto, creou o despacho de pronuncia, por força de uma interpretação extensiva, uma nova figura de crime;

— Que a subtracção, por si só, das letras mencionadas nada tem com a falsificação arguida, accrescendo que José Saraiva de Andrade era procurador-bastante, *ad negotia*, com mandato geral e especial de D. Leocadia Amanda Gonçalves da Costa :

— Que o recorrido envolveu na queixa, por delicto de falsidade, até testemunhas da justificação, qualificando-as como cúmplices, e o juiz *a quo*, como co-autores, quando os factos são completamente distinctos e independentes, e não significão, por maneira alguma, auxilio na pratica do crimes, antes e durante a execução d'elle, auxilio sem o qual o crime não seria commctido.

E considerando emfim :

— Que, não estando o facto arguido como criminoso, previsto entre as disposições das leis penaes, não pôde haver delinquentes pela regra de que não ha delinquente sem delicto — *Nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*.

Por todos estes fundamentos, e pelos demais dos autos : Accordão em Conselho do Tribunal Civil e Criminal, dar provimento ao recurso, interposto e tomado por termo a fis. 270, para o effeito de reformar o despacho de pronuncia de fis. 264 e 268 v., julgando improcedente a queixa de fl. 2, contra os réos José Saraiva de Andrade, Paulo Antonio Ferreira, José da Costa. Chaves e Manoel Joaquim Gonçalves Ferreira, e mandando que lhes dê baixa na culpa e se passe em favor delles, *in continenti*, alvará de soltura, si por al não estiverem presos.

Custas na fórmula da lei.

Rio de Janeiro, 23 de Setembro de 1897. — SALVADOR MONIZ, relator —
SEGURADO — MUNIZ BARRETO, P., vencido :

Neguei provimento ao recurso interposto por José Saraiva de Andrade e Paulo Antonio Ferreira : 1º porque o factio incriminado ajusta-se ao conceito juridico e legal da falsidade; 2º porque aquelle está, em sua parte material, cabalmente demonstrado; 3º porque existe a necessaria prova da culpabilidade dos dous recorrentes.

Segundo a formula classica de Farinacius, *falsitas est veritatis mutatio dolosita et in alterius prejudicium facta*; e tres são os elementos de sua composição juridica : a) alteração da verdade; b) a intenção de prejudicar; c) um prejuizo, pelo menos potencial.

Complexa no seu organismo, muitas vezes de difficil demonstração na pratica, varia nos enunciativos das legislações penaes, a falsidade *documental* mereceu de Carrara esta rigorosa qualificação : « La materia del falso documentale é nella scienza criminale una Sfinge; né io pretendo di esserne lo Edipo; dico solo che questo Edipo non é anche sorto (Prog., Part. spe., v. 7º, § 3675).

1. Em sua maior simplicidade, o 1.º elemento manifesta-se sempre que no documento está escripto aquillo que obedecendo á verdade devia estar de modo differente.

A falsidade ou é puramente *ideologica* ou é *material*. Opera-se esta ultima por dous modos : ou pela *fabricação* de um documento novo ou pela *alteração* de um documento existente. No primeiro caso, é *creado* integralmente o documento falso; no segundo, o documento se *transforma materialmente* em qualquer das suas partes, ou porque se lhe *addicionam* palavras ou cifra, ou porque estas são *cancelladas*, sendo substituidas ou não, de modo que o documento vem a exprimir e attestar cousa diversa do que attestava e exprimia no seu estado primitivo.

Estão ahi as linhas geraes de duas figuras de falsidade instrumental que o Código toscano sabiamente condensou na definição final do art. 243, § 2.º : « *falsifica* tanto quem *forma* a falsidade, como quem *altera* a verdade. » E a segunda figura tem nos termos *addicionar* e *cancellar* as duas modalidades de sua manifestação.

« Chi cancella sullo scritto; chi currege una o piu parole; chi crea un scritto integralmente falso; chi in un Llanco fa aggiunte false per dare a credere che *originariamente* facessero parte dello scritto vero... » commette sempre falsidade material. Il falso é sempre *materiale* perché ciò che é falso é la *materialità* dello scritto, il quale non é come *materialmente* dovere essere (Carrara, ob. cit., § 3654).

Não é, porém, toda alteração da verdade que constitue a *mutatio veritatis* do documento : além de que é preciso que este tenha *força probatoria*, torna-se indispensavel que « *la scriptura* possa, *di per se stessa*, ledere i diritti altrui » (obr. cit., § 3646).

A *alteração* do documento verdadeiro por meio da *addição* pôde dar-se ou por palavras *contrafeitas* — attribuidas falsamente a terceiro — ou por palavras *verdadeiras em si mesmas*, isto é em seu *aspecto graphico*, mas *juridicamente* falsas, isto é, contrarias á verdade que o documento expressava.

antes do accrescimento *illicito* que soffreu. E ellas tanto podem exprimir uma clausula contractual, a causa, o modo ou o tempo da obrigação, como *formar* uma *assignatura*, contrafeita ou não, em ordem a instituir contra o *pretense* ou a favor do *illegitimo* signatario uma *obrigação*. ou um *direito creditorio*.

Si a assignatura é verdadeira, mas feita por quem não tinha *legitima autoridade*, a criação do direito creditorio a seu favor faz suppor no documento *cousa diversa* do que *originariamente* existia. Deste facto emerge uma lesão de direito com relação ao devedor, porque estabelece um vinculo obrigacional a que juridicamente não podia estar sujeito. A verdade é alterada em sua parte capital : é mais que a simples alteração da data, que um insignificante augmento de cifra, que a mera modificação do modo por que deve ser feito o pagamento.

D'ahi a necessidade de um sub-elemento negativo para a integração da *mutatio veritatis* — a *illegitimidade do autor da alteração*. O credor que *cancela* parte da importancia que o devedor é obrigado a pagar-lhe *ageligitimamente*, e embora altere a verdade do escripto não dá existencia ao primordial elemento da falsidade — lê-se no Codigo da Luisiania — quem sem *legitima autoridade* e com a intenção de prejudicar *forma* um escripto falso, ou *altera* um verdadeiro, com o fim de *crear, extinguir, augmentar* ou *diminuir* uma *obrigação* pecuniaria, ou de attentar de qualquer forma contra a propriedade. » A não inclusão da *falsidade ideologica* é o unico defeito desta definição (Cogliolo, Dir. Pen., V : 2.º, parte prima, p. 398), que entretanto é impeccavel no seu caracter de fonte scientifica do nosso Codigo, o qual nos arts. 258 e 259, como no art. 249, só comprehende a *falsidade material*.

O Codigo de 1830 dispunha no art. 167 — « *fabricar* qualquer escriptura, papel ou assignatura *falsa*, em que não tenha convindo a pessoa a quem se attribuir, ou de que ella ficar em plena ignorancia; *fazer* em uma escriptura ou papel *verdadeiro* alguma *alteração* da qual resulte a do seu *sentido* ». Comprehendia tanto os documentos publicos como os particulares, tanto os titulos commerciaes como os civis, e no seu dominio era corrente que quer no caso de *fabricação* quer no caso de *alteração* devia concorrer o sub-elemento negativo do *não consentimento ou ignorancia* da pessoa a quem *prejudicou* ou *podia prejudicar* a falsidade (Alves Junior, Cod. Crim., v. 2, p. 595). Este sub-elemento, que o legislador de 1890 reproduziu, está escripto de modo mais claro e mais juridico em o Codigo de Luisiania, nas palavras — « sem legitima autoridade ».

O novo Codigo Penal, inscrevendo o t. VI do L. 2º — « Dos crimes contra a fé publica », divide o cap. II — das falsidade — em 4 secções, comprehendendo : a 1ª a falsidade dos titulos e papeis de credito do Governo Federal, dos Estados e dos bancos; a 2ª a falsidade de certificados, documentos e actos publicos e a 3ª a falsidade de documentos e papeis particulares. Nesta secção dispõe sobre a falsidade documental pela fórma seguinte : « Art. 258 — *Fazer* escriptura, papel ou assignatura *falsa* sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir com o fim de *crear, extinguir, augmentar* ou *diminuir* uma *obrigação*. Art. 259. Incorrerá nas mesmas penas : § 1º. O que *fizer* em escriptura ou papel *verdadeiro* qualquer *alteração* da qual resulte

do seu *sentido*, ou de natureza a produzir um efeito juridico diverso, como seja alterar o algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo ou modo do pagamento. » Exemplificando na parte final, deu o legislador simplesmente o *criterium* para a verificação da adaptabilidade dos casos concretos ao preceito penal. Apresentou entre os muitos casos de alterações do documento verdadeiro os mais communs, *aptos, por si sós*, para occasionar o *prejuizo de terceiros*.

Mais preciso que o antigo Codigo, cujos termos eram extraordinariamente vagos, menos logico e methodico porem que os Codigos francez, hespanhol e seus derivados, que aliás apresentando textualmente os modos singulares de commetter a falsidade instrumental *omittem* as suas idéas geraes, o Codigo de 1890 fez uma divisão que não se compadece nem com a natureza das diversas especies de documentos nem com o criterio da gravidade da pena; e circumscreveu a noção juridica da falsidade instrumental aos artigos referentes aos escriptos particulares, ao mesmo tempo que *não expressou*, no tocante aos papeis bancarios e commerciaes (art. 249), os termos enunciativos da 2.º sub-figura — a *alteração da verdade*.

A applicação dos principios e regras que vêm de ser resumidamente expostos, leva a concluir que no phenomeno dos autos a *mutatio ceritatis* existe em sua plenitude.

As provas demonstram que Paulo Ferreira, recebendo de Saraiva de Andrade letras tiradas do poder e contra a vontade da mãe do queixoso, letras do accite deste, appóz nellas, de concerto com Saraiva no *espaço em branco* reservado para o saque, sua *propria assignatura*, constituindo-se, por meio desta *addição*, dono das letras, e fazendo crer que *originariamente* essa assignatura existia no documento.

Creou a seu favor um *direito creditorio*, ao mesmo tempo que *validou* um documento que, por ser ao portador, era *nullo*, á vista da disposição prohibitiva do art. 1.º, 10.º § da lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860 e dec. n. 3323 de 22 de Outubro de 1864, em quanto a *proprietaria* ou seu *cessionario legitimo* não satisfizesse a condição do saque.

A jurisprudencia não tem sido uniforme neste particular, seguindo alguns julgados a opinião dos que entendem que uma letra sem saque é simplesmente um titulo civil, e outras a opinião dos que, firmados com justa razão nos citados dispositivos, claros e terminantes, consideram-na fulminada de nullidade. Mas ainda quando o primeiro modo de ver se compadecesse com o nosso direito, nem por isso deixaria de existir *alteração da verdade* no sentido legal, porque, como ensina Garraud, « l'insertion frauduleuse dans une obligation civile des mots dont le résultat serait de transformer cette obligation en un effet de commerce, et de soumettre, en conséquence, le débiteur à des formes de poursuites et à une juridiction qu'il n'avait pas acceptées », constitue crime de falsidade (Traité du Dr. pen. franc., v. 3, n. 183).

Ainda mais : a *addição illicita* determinou a sujeição do queixoso a duas dividas — a das letras, por força de sua qualidade de aceitante e a que foi lançada na meiação de sua mãe, na partilha dos bens deixados pelo pae do recorrido, divida que entretanto fôra *substituida* por aquella, como á *saciedade* está demonstrado no processo.

O Supremo Tribunal de Hespanha tem decidido « em face do art. 314 n. 2.º do Cod. pen. hespanhol — nas palavras « supponiendo en un acto la intervencion de personas que no la han tenido » — que quem escreve o *recibi* numa letra de cambio, e, não sendo o legitimo dono d'ella, firma-o com o nome e appellido do verdadeiro portador, ainda que não tenha tratado de imitar sua letra ou firma, é responsavel de falsidade em documento mercantil, *por haver supposto* — concluem as sentenças — a *intercenção de pessoa que não tomara parte no acto* (Decisão de 31 de Janeiro de 1884, além de outras).

A este argumento não se pôde oppôr : a) que o caso ahi figurado é bem differente do que referem os presentes autos por ser *materialmente falsa a assignatura do recibi*, pois esta circumstancia não constituiu, em nenhum dos julgados de tribunal hespanhol, o motivo determinante da decisão, o qual circumscreveu-se ás palavras finaes *por haver supposto a intercenção*, etc. ; b) que o Codigo hespanhol não contem disposição identica á do nosso, pois esta objecção contraproduz, uma vez que aquelle limita-se a enunciar os *modos especiaes* por que se opera a falsidade, ao passo que este dá as *idéas geraes* da art. 258, *exemplifica* na hypothese do art. 259 e usa tão somente do termo *generico* « falsificar », nos casos do art. 249; c) que a falsidade apreciada nas decisões hespanholas é *ideologica* e não *material*, pois basta lêr o que escreve Cogliolo no seu « Tratado di diritto penale », v. 2, *parte prima*, para se dissipar semelhante engano : « Il falso intellettuale o ideo-gico si distingue secondo che riguarda il publico ufficiale o le parti : Si commette falso intellettuale dal publico ufficiale colla falsa esposizione delle cose che dovevano essere consegnate nell'atto da lui ricevuto — o, come si esprime il Codice attuale all'art. 276 — attestando como veri e seguiti alla sua presenza fatti o dichiarazione non conformi a verità, od omettendo od alterando le dichiarazioni da lui ricevute. Il falso ideologico é commesso *dalle parti*, quando *espongono nel contesto dell'atto dichiarazioni mendaci*. In tal caso non si trata di falso, ma di *simulazione* che può dar luogo ad un altro reato, *ma non mai al falso* ».

Posso figurar um caso bem frisante que logo á primeira vista demonstra a existencia de uma falsidade documental, e entretanto entre elle e o dos autos não ha a menor differença, quer quanto ao emprego do *meio material*, quer quanto aos *effeitos juridicos* decorrentes do acto illicito : A pedido de B, escreve A uma declaração de divida em favor de C, mas deixa em *branco* o espaço que devia ser occupado pelo nome deste, por não terem ambos bem presente todo o seu appellido. B assigna o documento, e A, aproveitando-se da ausencia de B, *enche o claro* com o seu proprio nome. Houve *addição* de palavras, feita de modo a se acreditar que *originariamente* estavam n' escripto; ellas constituiram o *nome* de uma pessoa *graphicamente verdadeiro*, mas que por ter sido escripto por quem não tinha *autoridade legitima* para tanto, *alterou a verdade* do documento: houve a *creação* de um *direito creditorio* em favor de A e de uma *obrigação passiva* em detrimento de B; no seu estado primitivo nenhum valor juridico tinha a declaração, que só se tornou documento obrigacionalmente probatorio depois da *addição* feita.

Para phenomenos como este, como o dos autos e outros semelhantes foi

que o eminente Carrara escreveu — « Chi in un bianco fa aggiunte false per dare a credere che originariamente facessero parte dello scritto vero ».

Em conclusão : quer se considere a hypothese da presente querella em face do art. 259 do Código Penal, consóante a queixa e a pronuncia, quer em face do art. 249, onde com melhor propriedade devêra ter sido capitulada, o primeiro elemento da falsidade instrumental — a *mutatio veritatis* manifesta-se de modo inilludível. E digo com melhor propriedade, porque é o estado actual do documento (relativamente á epocha do crime), em sua natureza ou forma, que lhe dá o character de titulo civil ou commercial : « Si le faussaire s'empare d'un titre souscrit par un non-commerçant, mais fabrique un faux endossement pour une opération commerciale, il commettra un faux en écriture de commerce » (Garraud, ob. cit., n. 194).

II. A segunda condição organica da falsidade documental, o seu elemento subjectivo, reside na *intentio nocendi* e no *animus nocendi*.

A *intentio* é uma condição da vontade do agente, a sua direcção, pela qual a falsidade *se pone in essere proprio al preciso fine di nuocere ad altri*; é a vontade precisa, positiva, de *prejudicar* a outrem. *Laonde il falsificatore vuole nuocere, il danno potenziale consuma il delitto; ma quando precipitare di poter nuocere (animus nocendi) senza volere directamente nuocere, il delitto consumato sorge soltanto del danno effectivo e non del danno possibile* (Carrara, ob. cit., § 3673).

Este duplice aspecto do elemento intencional ajusta-se ao nosso Código, que o presuppõe nas palavras — « danno causado ou que se poderia causar » (arts. 249 e 258).

Ha intenção de prejudicar quando a falsidade ameaça a propriedade de um terceiro, quando ataca a sua honra, emfim, quando se liga a interesses geraes (Chauveau et Hélie, Cod. Pén., n. 1508).

Não é necessario um *beneficio pecuniario* : basta que a falsidade tenha sido com o fim de obter um beneficio *illicito, illegitimo*, ainda que puramente *moral*, e nem mesmo é preciso que o beneficio seja para o proprio agente; pôde ser para *terceiros* (Garraud, ob. cit. n. 145).

No caso concreto a *intentio*, o dolo especifico, revela-se nitidamente. Que fim tivèram em vista os agentes do delicto? A *detenção pessoal* do queixoso para por este meio obterem o que elle não queria praticar — o adiamento da sua viagem á Europa, e em seguida a resolução do contracto que o queixoso tinha com a firma Rocha, Menezes e Comp., contracto que o recorrente Saraiva de Andrade reputava contrario aos seus interesses. Pôde-se mesmo afirmar que o objectivo se limitava a este *desideratum*, porque a testemunha de defeza, solicitador Motta, em suas declarações claras e francas, accentuou que o desentranhamento das letras juntas ao processo de detenção pessoal foi motivado pela circumstancia de ter Paulo Ferreira de propôr contra o queixoso a respectiva *acção principal* para *cobrança* da importancia dos titulos. E este depoimento não fica isolado diante do conjuncto de provas do processo.

Coagir outrem, por meio de uma ameaça, á pratica de um acto; procurar attentar contra sua *liberdade* individual; apresental-o como *devedor fugitivo*, e, além de tudo isto, *pretender accional-o* por uma divida a que não

tinha direito o *falso credor*, — é, não ha negal-o, *querer prejudicar a terceiro*.

III. O *prejuizo* pode ser *effectivo* ou meramente *potencial*, e a generalidade dos Codigos Penaes exige que pelo menos exista este ultimo. Nesse numero está o nosso Codigo, que nos arts. 249 e 258 usa das palavras « damno causado ou que se poderia causar ». Outro conceito não tinha entre os romanos o 3.º elemento integrativo do delicto : *Non punitur falsitas in scriptura* — diziam elles — *quæ non solum non nocet sed nec erat apta nocere*.

Sendo a falsidade um delicto *formal*, cuja perfeição juridica independe da effectividade do damno, este deve-se conter *virtualmente* no documentu. O caracter danoso do facto possivel tem existencia pelo unico motivo da propria existencia da *mutatio veritatis*.

Il danno deve essere *inerente* alla scriptura falsificata, e derivare *directamente* dalla falsità, non da fatti estranei od accidentali (Cogliolo, ob. cit., p. 428). Non basta — escreve Carrara — che per un artificio *posteriore* la scriptura abbia servito di instrumento ad ingannare un terzo (ob. cit., § 3646).

O damno pôde ser *moral* ou *pecuniario*, pôde existir ou porque se ponha em jogo o patrimonio de outrem ou porque se attente contra a honra ou estima.

Ora, da *alteração* dos documentos por meio da apposição do *saque falso*, feito por Paulo Ferreira, *emergiram directamente* os seguintes *prejuizos eventuaes* contidos *virtualmente* nas letras : a) *valorisação* dos titulos que eram *nullos* em quanto a sua *proprietaria* ou o *legitimo cessionario* não escrevesse o *saque*; b) a obrigação de pagar um debito a um *falso credor*; c) a *coexistencia* de duas dividas, isto é, a *duplicação* da primeira, da qual entretanto a segunda era *substitutiva*; d) *diminuição* no credito commercial do queixoso.

E justamente porque a falsidade foi praticada com o *fim de prejudicar* o recorrido, e porque basta a *eventualidade de prejuizo* para existir o terceiro elemento do crime, é que a *legitimidade do queixoso* para querellar não pôde soffrer contestação : elle é effectivamente o *sujeito passivo* do delicto — *qui passus est*.

IV. Despresando, pois, a deficiente motivação da sentença recorrida, foi que neguei provimento ao recurso quer quanto á figura da *falsidade documental*, por meio de *alteração* de documento *verdadeira*, quer quanto á figura do *uso seiente*; mas opinei pela capitulação dos factos incriminados nos arts. 249 e 250 do Codigo Penal, que assim dispõem : *Falsificar* cheques e outros papeis de bancos, *letras* e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam ou não, transferiveis por endosso... *Usar* de qualquer papel, ou titulo, dos indicados precedentemente, *como verdadeiro, sabendo ser falso* ».

V. Quanto ao recurso interposto por Manoel Joaquim Gonçalves Pereira, apresentado pelo queixoso como cumplice, e que a sentença recorrida pronunciou como co-autor, dei provimento, para julgar improcedente a queixa na parte que diz respeito a este recorrente, porque os autos não ministram vehementes indicios de sua co-delinquencia nos factos incriminados. Testemunha no processo de detenção pessoal, limitou-se a declarar, á vista do saque existente nas letras, que Paulo Ferreira era credor do queixoso, e que este achava-se prestes a partir para a Europa, em prejuizo dos seus

credores, como « era sabido ». Não interveio directa nem indirectamente na falsidade e nos actos subsequentes á expedição do mandado de detenção pessoal, apenas vemos-o apparecer no Largo de São Francisco de Paula transmitindo um recado de Saraiva ao Dr. Arthur Avarizpe, para que não fosse levado a effeito a imminente prisão do queixoso.

Estas circumstancias mostram bem claro que não ha nenhuma prova demonstrativa de que o recorrente agio *dolosamente* quando servio de testemunha, e por isso o seu procedimento é incapitulavel quer no artigo 18, § 3º do Código penal contra o que decido o dr. juiz a quo, quer no art. 21, § 1.º do mesmo Código, contra o que pretendeo o recorrido ».

— A sentença do dr. Geminiano de Franca, a que nos referimos é a seguinte :

— Vistos e examinados estes autos :

Queixa-se Manoel Pacheco da Rocha de que tendo sido nomeado José Nunes Vieira depositario judicial de diversos predios sitos em Bom Successo, em virtude da execução de um emprestimo hypothecario por elle contractado, o exequente Francisco Martins de Aguiar, falsificando a firma e letra do mesmo depositario em recibos passados aos inquilinos, conseguiu receber alugueis que montaram a 14:932\$677.

Instrue a queixa um inquerito policial e varias certidões extrahidas dos autos do executivo, e das quaes se vé que intimado o depositario para entrar no prazo legal com a importancia dos alugueis dos predios, não cumprio a intimação, pelo que foi preso:

Satisfeitas as formalidades preliminares para o ajuizamento da queixa, foi ella recebida e iniciado o summario, sendo ouvidas cinco testemunhas e feito exame pericial em seis documentos acoimados de falsos.

Antes da prolação do despacho de pronuncia foi mandado, de accôrdo com o art. 25 § 3º, da lei de 3 de Dezembro de 1841, que o querellante juntasse diversas certidões necessarias para o conhecimento da questãõ.

Conclusos os autos para a analyse de prova colhida na instrucção criminal, foi o querellado pronunciado como incurso no art. 258 do Código Penal. Não tendo sido interposto recurso desse despacho, offereceu o querellante o libello accusatorio, que foi contrariado, seguindo-se os termos do plenario, onde autor e réo sustentaram os itens do libello e da contrariedade.

Em defesa o querellado argue de nullos varios termos do processo, considerando desta arte sem valor juridico para o conhecimento da accusação. Esta arguição, porém, é improcedente como é facil demonstrar :

— 1.º Não estar a estampilha inutilizada pela assignatura do queixoso, mas pela do advogado. Não ha disposição legal que trate de semelhante exigencia. O decreto n. 3.564, de 22 de Janeiro de 1906 exige simplesmente que a data e assignatura fique parte no papel e parte no sello; e em aviso do Ministro da Fazenda declara que, havendo muitas assignaturas o sello poderá ser inutilizado por uma dellas sómente.

Quando se queira por excessõ de rigorismo admitir como in-existentas a assignatura do querellante na queixa, ainda assim o processo não estaria ceyado de nulidade, porque o compromisso foi prestado pelo proprio queixoso; e diz Pimenta Bueno, Processo Criminal pag. 86: « a falta de

assignatura na petição de queixa é supprida pela do juramento, que deve proceder a formação da culpa. »

— 2.º A inquirição de duas testemunhas na ausencia do querellante, como faz certo o facto de estarem subscriptos os depoimentos apenas pelo advogado, que não tinha alvará de representação. Essa arguição que constituiria realmente grave irregularidade, encontra a demonstração de sua inveracidade na falta do lançamento da accusação, cujas vantagens immediatas não é acreditavel que pudessem ter escapado á sagacidade do advogado do querellante.

E, mesmo quando se entenda restringir os effeitos do lançamento aos actos do plenario, nada inhibia que a falta ficasse constatada por um protesto ou outro meio regular. Entretanto, nenhuma reclamação consta dos autos, apesar da assistencia do querellado a todos os termos da formação da culpa.

Mas ainda admitindo que effectivamente o queixoso não tivesse assistido ás inquirições, isto não importaria em nullidade, desde que se trata de crime publico, cujo procedimento póde, no caso de exclusão do accusador, continuar com o representante do Ministerio Publico, nos termos do art. 349 do Reg. de 31 de Janeiro de 1842.

Houve e resalta dos autos descuido ou negligencia, tanto assim que debaixo da mesma assentada ha depoimentos com e sem assignatura do querellante.

— 3.º Ter sido permitido ao querellante continuar como autor, apesar do dissidio entre a qualificação da queixa e a da pronuncia. Essa variação de classificação não foi uma surpresa ao réo, pois não houve imputação de um facto novo, mas simplesmente diversidade de apreciação do facto occorrido, que pela queixa foi considerada estelionato e pela pronuncia falsidade. Acresce que o art. 79 do Código do Processo entre os requisitos essenciaes da queixa não include a menção da disposição legal infringida.

Não havendo, portanto, nullidades substanciaes, unicas que podiam invalidar o processo, cumpre verificar a existencia material da infracção e estudar os elementos comprobatorios da autoria.

A falsidade, diz Olivieri, Dig. Ital. pag. 333, é a dolosa formação em todo ou em parte de um documento verdadeiro, do qual possa provir publico ou privado prejuizo.

O nosso Cod. acertadamente não reconhece a distincção estabelecida por alguns autores, relativamente á objectividade juridica do crime, equipara a falsidade dos papeis particulares aos escriptos publicos.

Vê-se pela definição dada que os elementos, quer de falsidade material quer da ideologica são tres : alteração da verdade, dolo determinado, prejuizo real ou potencial.

A alteração material da verdade, *mutatis veritatis*, póde, como diz Tuozzi, Corso de Diritto Penale, vol. 3º, pag. 447, consistir na contrafacção de todo o escripto creando-o, *falsum scribere*, na modificação do já existente, mediante cancellamento, suppressão, junccão de letras, numeros e palavras.

No caso dos autos a falsidade consistio na feitura de recibos em nome do depositario, os quaes foram julgados falsificados pelo exame pericial. Contra

esse exame insurge-se a defesa considerando-o sem valor probante, attento a falta de preparo tecnico dos peritos e a fraqueza dos fundamentos de suas conclusões.

Entretanto o contrario se collige do laudo proferido pelos dous peritos, tabelliães de reconhecida competencia. Houve a maxima cautela no estudo comparativo dos documentos e o mais louvavel escrupulo nas afirmações resultantes da pericia. Sendo de notar que as conclusões do laudo foram corroboradas por outras provas dos autos, nomeadamente pelas declarações de fis. 15, 19, 75 e 79.

Para que, porém, um documento possa ser tido como falso na expressão legal, é necessario que elle tenha força de crear, extinguir, diminuir ou augmentar uma obrigação, diz Boitard (Leçons sur le Code Pénal, pag. 245) « toda alteração da verdade commettida em actos que não podem servir de base a nenhum direito, nem de fonte a nenhuma obrigação, escapa á incriminação. » Ora, os documentos de fl. sendo quitações dos pagamentos feitos pelos engenheiros, tendo força, portando, liberatoria de uma obrigação, fazem prova plena em juizo e estão sem duvida comprehendidos nas definições da lei.

Estando, assim, provado perfeitamente pela pericia e mais provas dos autos a materialidade do facto incriminado, resta agora examinar se reúne elle os outros elementos caracteristicos, que o possam tornar passivel de punição legal.

O dolo especifico no crime de falsidade, diz Pessina, consiste no proposito de fazer valer conscientemente como documento, contra o direito, um documento que se sabe não ser verdadeiro.

Se o documento é uma simulação, uma mentira, se não foi feito com intenção de prejudicar, se não ha dolo máo, na phrase de Mello Freire, ou se existindo dolo geral, não ha um damno effectivo, deixa de existir o crime de falsidade. Por isso, diz o Desembargador Moniz Barreto, em conceituoso e brilhante voto, em um accordão do extincto Tribunal Civil e Criminal « A intenção de prejudicar, consiste na *intentio nocendi*, isto é, na intenção directá e positiva de prejudicar a outrem, ou consiste no *animus nocendi*, isto é, quando o prejuizo não é directo; neste ultimo caso é indispensavel para a realização do delicto o damno effectivo. Havendo simples *animus nocendi*, sem damno effectivo, dever-se-hão classificar os factos, não como falsidades, mas como melhor convier. »

Consequentemente nos casos em que se verifica a annuencia do prejudicado, a falsidade deve ser considerada inexistente, ainda que esteja provada a materialidade do facto. « A incriminação do falso é igualmente inapplicavel ao acto daquelle que imita a assignatura de um terceiro em uma escriptura com a autorização e consentimento deste terceiro — Garraud, Droit Pénal, vol. 3º, pag. 501 »; não basta que a alteração da verdade esteja nos casos previstos na lei para tornar-se o elemento da falsidade punivel, é preciso ainda que o facto tenha sido commettido sem a participação da parte lesada — Chauveau et Hélie, Code Pénal, vol. 2º, pag. 81; se o artificio para imitação da verdade é destinado a lesar os direitos de alguém, é mister que isto aconteça, sem sciencia d'este — neque aut fraudari qui sciunt et consentiunt — João Vieira, Codigo Penal, vol. 1º, pag. 208.

E' patente dos autos a connivencia do depositario na falsificação.

A certidão de fl. 36 mostra irrefragavelmente que a desculpa engendrada pelo depositario de ter sido illaqueado em sua boa fé pelo réo, que garantiu-lhe tres dias depois de assignado o auto de deposito, ter adquirido a plena propriedade dos predios, não passou de um ardil, para ver se podia assim ficar livre das graves consequencias de sua falta, tanto que nos autos de prestação de contas no Juizo Commercial, como faz certo a certidão de fls., jamais se referio a recebimentos clandestinos feitos pelo réo.

E' preciso salientar ainda que, quer o depositario, quer o réo aproveitaram-se de dois predios, dos depositos, para n'elles residirem gratuitamente.

O facto de apparecerem apenas seis recibos na importancia de 110\$, quando os recebimentos ascenderam a 14:000\$, é bem caracteristico para delle concluir-se a existencia de um conluio entre depositario e réo.

Finalmente está provado que nenhuma deliberação tomava o depositario sem a audiencia e consentimento do réo, que, na qualidade de exequente o indicara para aquelle cargo. Isto posto.

Considerando que a falsidade material é a mutação da verdade dolosamente feita em prejuizo real ou potencial de outrem — *Falsitas est dolosa veritatis mutatis et in alterius pro judicium facto*;

Considerando que pelo exame de fl. se verifica a realidade da imitação da letra e firma do depositario nos recibos de fl. ;

Considerando que embora sejam estes recibos aptos para extinguir a obrigação dos inquilinos, relativamente aos alugueis vencidos, não podem causar-lhes prejuizo, porque foram falsificados com o consentimento do depositario, a quem regularmente deviam effectuar os pagamentos ;

Considerando que os direitos do devedor hypothecario estão assignados pela responsabilidade contrahida pelo depositario ao assumir os encargos do deposito ;

Considerando que o acto immoral do réo conluindo-se com o depositario para locupletarem-se com as quantias recebidas, merece severa censura e quiçá mesmo punição, mas não pôde constituir absolutamente o crime de falsidade por faltarem os seus elementos constitutivos :

Julgo não procedente o libello, para absolver o réo **Francisco Martins de Aguiar** da accusação que lhe foi intentada.

Custas pelo querellante.

Rio, 21 de Janeiro de 1907. — *Geminiano da Franca.*

§ 2. O que concorrer para a falsidade como testemunha, ou por qualquer outro modo ;

§ 3. O que usar scientemente de escriptura, titulo, ou papel falso.

Art. 260. Em nenhum caso a falsidade, que reunir todos os elementos de sua definição legal, constituirá elemento de outro crime (396).

(396) *Vide nota ao art. 258.*

Em vista do § 2, o que concorrer para a falsidade como testemunha ou por qualquer outro modo; ainda mesmo prestando auxílio para a realização do crime, responde como co-autor e não como cúmplice:

A penalidade da prisão é a do art. 118, § unico; e a da multa é a do art. 136, 1ª alin. É formalidade essencial nos crimes de falsidade o exame e corpo de delicto no documento e assignatura reputados falsos: Acc. do Supr. Trib. Fed. de 11 de Julho de 1896.

— Por Acc. revisor de 15 de Outubro de 1902, o Supr. Trib. Fed. absolveu Luiz da Silva Coutinho, condemnado como incurso no § 2º do art. 259, considerando que, embora das certidões que instruíram o pedido de revisão, bem como dos proprios autos originaes appensos, se verifique que o réu jamais vendera a colonia correccional de Dois Rios tijolo na importancia de 514\$000, de que reza a conta por elle apresentada e formulada, cuja somma lhe foi paga; todavia dos mesmos autos está egualmente provado que elle reo era credor, por igual quantia, da fazenda nacional, em virtude de pão fornecido aquelle estabelecimento, sendo que, por estar exgotada a verba destinada ao pagamento desse genero, foi que o dito réu, a conselho do então director da mesma colonia, apresentou a conta de venda de outro material; ainda pagavel por subsistir a correspondente verba. Conquanto simulada tal conta por não declarar a verdadeira origem do debito, não pode ella contituir um delicto por faltar-lhe o elemento subjectivo do dolo, desde que era inadmissivel o animo de lesar a Fazenda Nacional, sendo esta devedora embora por outra causa de obrigação, da quantia que foi effectivamente paga ao réu. Mesmo quando illicito fora o facto attribuido ao réu, nunca poderia enquadrar-se no art. 259 § 2 do Cod. pen., como classificou a sentença condemnatoria, visto como a figura juridica delineada na citada disposição presuppõe a falsidade de um papel para o qual o delinquente tenha concorrido; e nos autos appensos não se prova por corpo de delicto, a existencia de tal falsidade, sendo que o proprio réu principal, o ex director da referida colonia, foi condemnado como péculario, no art. 221 do indicadoCodigo. São estes os fundamentos do Acc. O Ministro Epitacio Pessoa. Procurador geral da Republica, no seu parecer, considera que o « acto praticado pelo impetrante, irregular, censuravel e inmereal, como é, não incide todavia em nenhuma das disposições do nosso Cod. pen. » Justificandoo pedido de revisão, dizia o advogado do impetrante: « Porventura será uma novidade dizer-se que nas Secretarias de Estado, exgotadas algumas verbas, esse expediente é lembrado e executado? »

Vê-se bem que ha necessidade de supprir-se essa lacuna doCodigo, neste ponto. Não resta duvida que é preciso definir-se a figura delictuosa desse expediente, que, por ser illicito, immoral, constitutivo de uma falsidade ideologica evidente, não deve continuar a ser sancionado como pratica nas Secretarias de Estado.

SECÇÃO IV

Do testemunho falso, das declarações, das queixas e denúncias falsas em juízo (397).

(397) Pertence à jurisdição federal o crime de falsidade de depoimento ou de outro genero de prova em juizo federal (Lei 221 de 1894, art. 20, n. X).

Art. 261. Asseverar em juizo como testemunha, sob juramento ou affirmacão, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo, ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer;

§ 1. Si a causa em que se prestar o depoimento for civil :

Pena — de prizaõ cellular por tres mezes a um anno (398).

(398) *Vide nota ao art. 118, princ.*

§ 2. Si a causa for criminal e o depoimento para a absolvição do accusado :

Pena — de prizaõ cellular por seis mezes a dous annos (399).

(399) *Vide nota ao art. 151, § unico.*

§ 3. Si para a condemnação :

Pena — de prizaõ cellular por um a seis annos (400).

(400) Todas as questões, negocios, actos ou factos sujeitos á decisão do juiz, declarando o direito das partes litigantes, a innocencia ou culpabilidade de um accusado, precisam ser elucidadas e demonstradas em processo regular, cujas formulas essenciaes são prescriptas pelas leis. Alem das formulas garantidoras do direito, o processo deve conter os elementos necessarios, os meios de prova que demonstrem a verdade e convençam o juiz. No sentido legal, como diz Mettermaier, *Trat. da Prova*, trad. part., p. 170, os meios de prova, ou em uma palavra, as provas são para o juiz as fontes dos motivos de convicção que a lei declara sufficientes para, applicados aos factos da causa, determinarem naturalmente a sentença. Entre os meios de prova encontra-se o testemunho, e a prova que nelle se baseia denomina-se *testemunha*. « Pela palavra *testemunha* designa-se o individuo chamado a

depôr, segundo sua experiencia pessoal, sobre a existencia e natureza de um factó ». Mas, como essa prova é fallivel e depende de condições e circumstancias que influem sobre a testemunha, o legislador procurou cercar esta prova de todas as garantias possiveis, porque, como observa Mittermaier, *Obr. cit.*, p. 353, só estas garantias podem satisfazer a consciencia do juiz, e fundar a necessaria presumpção de que a testemunha pôde observar os factos e quiz depól-os com fidelidade e de um modo completo. O juramento é uma das garantias mais importantes, quer se o considere debaixo do ponto de vista da sancção religiosa, da moral ou da legal. Bentham, *Trat. da Prova*, l. 1, cap. 10 e segs. Sabe-se por experiencia, diz Mittermaier, *Obr. cit.*, p. 354, que muitas vezes não sendo ligado pelo juramento, o homem falta á verdade em suas declarações; mas, obrigando-o a fé do juramento, retracta a sua primeira versão e não mais cala a verdade, que um dever imperioso lhe manda revelar. Na legislação do Imperio a importancia do juramento como formula garantidora do depoimento era tal, que a sua falsidade era qualificada crime de perjurio, punido com as penas do art. 169 do Cod. Criminal. Proclamado o novo regimen da separação da Igreja e do Estado, entendeu-se que devia se abolir o *juramento*, substituindo-o pela *afirmação* ou *promessa* de dizer a verdade. O espirito revolucionario é sempre reaccionario contra a ordem preestabelecida e como a religião official era a catholica apostolica romana, entendeu-se que só á esta religião pertencia o juramento e, portanto, devia ser banido da ordem civil, para que não restasse vestigio da união da Igreja com o Estado. O espirito reaccionario que teve este impulso, foi o mesmo que mandou quebrar as coróas que existiam no gradil do campo da Acclamação e projectou destruir o monumento artistico do largo do Rocio, porque as pequenas coróas de bronze e a estatua de Pedro I eram lembranças da monarchia!... Mas o autor do novo código penal, que não pertencia a essa classe de desequilibrados, conservou o juramento no art. 261, continuando o perjurio como entidade delictuosa na legislação penal, constituindo uma das modalidades do testemunho falso. Preenchida a formalidade do juramento, da afirmação ou promessa de dizer a verdade, deve-se acreditar nas declarações da testemunha, porque presume-se que ella está dizendo a verdade. O depoimento constitue elemento de prova e quando duas testemunhas pelo menos são contestes nos pontos essenciaes, o factó fica provado. O depoimento de uma só testemunha nada prova: *testis unus, testis nullus*. Se a testemunha assevera em juizo uma falsidade, ou nega a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do factó, ella procura illaquear a justiça; falta ao juramento, á promessa, ao compromisso prestados, contribue para o julgamento injusto, ou contrario ao direito das partes. O testemunho falso era, por isso, considerado no direito romano crime grave, punido com a *præcipitatio et saxo*. Nas leis germanicas cortava-se a mão que a testemunha havia levantado para perjurar em prejuizo de outrem. A Ord. do l. 5º, tit. 54, punia, conforme os casos, com a morte, açoites, degredo perpetuo ou temporario (João Vieira, *Cod. Pen. Interpr.*, v., 2 p. 297).

O testemunho falso, segundo o art. 261 do Código, manifesta-se de modo *positivo* ou *negativo*. No primeiro caso a testemunha *assevera* (*affirmat, declara*) uma falsidade. No segundo, ella *nega* a verdade, no todo ou em

parte, sobre alguma circumstancia essencial do facto de cuja prova se necessita. A *negação* da circumstancia, não é propriamente a omissão voluntaria (*reticencia*, de que falla João Vieira, *Cod. Pen. cit.*, p. 298) ou involuntaria da circumstancia essencial, mas, sim, a *negativa formal* no intuito de impedir ou dificultar o esclarecimento da verdade. O testemunho falso pode ter por objecto: 1º favorecer, ou prejudicar, a alguém em causa civil; 2º favorecer, em causa criminal, o accusado concorrendo, para a absolvição; 3º prejudicar em causa crime o accusado concorrendo para a condemnação; 4º impedir, ou dificultar, a acção da justiça, sendo-lhe indifferente o resultado do julgamento. Quando o depoimento é tomado sob juramento, o testemunho falso denomina-se perjurio; se sob affirmacão ou promessa, dá-se o testemunho falso propriamente dito. O juramento, e a affirmacão ou promessa são, portanto, modalidades do crime, em ambas as especies do *testemunho falso*, *positivo*, ou *negativo*. São elementos essenciaes do crime: 1º que a testemunha chamada á juizo para depôr preste o juramento ou a affirmacão ou promessa; 2º que o depoimento seja prestado perante a autoridade; 3º que haja dolo ou má fé na alteracão ou occultação da verdade; 4º que resulte prejuizo real ou possivel, á justiça ou ás partes.

A jurisprudencia do Conselho do Tribunal Civil e criminal, em relação ao crime de testemunho falso, diz o dr. Gabriel Ferreira, na *Rev. de Jurisp.*, Fevereiro 1902, p. 89, tem sido de manifesta restricção á applicabilidade do art. 261 do *Cod. (Rev. de Jurisp.*, vols. 3º, p. 139, e 8º, p. 101) e para que ella se firmasse, sob a influencia desse principio, muito contribuiu a opinião do seu illustre vice-presidente, externada com o brilhantismo do costume em diversas sentenças (Viveiros de Castro, *Sentenças e Decisões*, ps. 51, 64 e 102; *Jurisp. Criminal*, p. 13 « Effectivamente, nas *Sentenças e Decisões*, p. 18, aquelle illustre magistrado sustentou as seguintes theses: « São elementos constitutivos do testemunho falso: 1º que o depoimento seja prestado em juizo, sob juramento ou affirmacão, qualquer que seja o estado da causa ou a natureza do processo; 2º que a alteracão da verdade no todo ou em parte verse sobre circumstancias essenciaes do facto; 3º que do depoimento resulte um prejuizo ou a possibilidade de um prejuizo; 4º que haja da parte do delinquente intenção fraudulenta. E' necessario provar que a falsidade do depoimento resultou do dolo, da má fé da testemunha. Na ausencia de prova, presume-se um equivoco, um erro não intencional. E' necessario que o depoimento da testemunha tenha sido prestado em juizo. A expressão *juizo* só comprehende o tribunal competente para instruir o processo civil ou penal e sob as formas determinadas nas leis do processo. Inquerito policial não constitue juizo, porque é um simples acto preparatorio de averiguacão, um documento que instrue a denuncia ou queixa. Não podem, portanto, incorrer na sancção penal de testemunho falso os depoimentos prestados no inquerito policial. E' tambem necessario que o depoimento prestado seja irrevogavel, não possa mais ser retractado. Por isso não constituem testemunho falso os depoimentos prestados na formação da culpa, porque a testemunha pode ainda retractar-se no plenario, restabelecendo a verdade dos factos. Demais, o *Codigo Penal* gradua a pena, segundo o depoimento é prestado para absolvição ou condemnação. Absolvição ou condemnação somente pode ter logar no plenario, limitando-se a pronuncia a averiguacão e existencia do crime e os

indícios vehementes de quem seja o delinquente. » Na *Jurisp. Criminal*, p. 11, acrescenta : « Não incide na sanção penal os depoimentos falsos prestados em justificações. A expressão *causa civil*, empregada no § 1 do art. 26, do Cod. Penal, refere-se unicamente aos pleitos debatidos contraditoriamente entre as partes e submettidos á decisão do juízo. Não podem, portanto, ser compreendidos na expressão *causa civil* os factos de jurisdição voluntaria. Demais a justificação não é uma causa e sim um meio de prova. » O dr. Gabriel Ferreira (*Rev. de Jurisp.*, cit.) diverge da doutrina sustentada nos arestos a que se referio, acreditando que a jurisprudencia constituida pode ainda modificar-se. Fundado em boas razões legais e até de ordem moral, o dr. Gabriel demonstra que « si a *ratio legis* da incriminação de testemunho falso é a necessidade de garantir a integridade da justiça, que tem por fundamento a verdade, e a consideração do prejuizo possível da pessoa a quem elle affecta, não ha razão plausivel para as distincções com que se pretende assegurar a impunidade de uma classe de delinquentes tão numerosos, quanto repugnantes, sobretudo em um meio como o nosso, onde ha tanta gente que faz profissão de ser testemunha. » (Ha individuos que, mediante paga, prestam-se a ser testemunhas em todos os processos. Deu-se, não ha muito tempo, o caso de um jurar pró e contra no mesmo processo ignorando que tratava-se da causa para a qual tinha sido chamado pelo primeiro peitante). « Estes dois elementos de condição inculpativa tanto se pode verificar nos processos litigiosos das partes, como em justificações, que são tambem factos judiciaes aos quaes liga a lei consequencias da maior importancia, fazem depender delles decisões de summa importancia, como sejam o embargo, a detenção pessoal, a entrega de heranças jacentes, etc., etc. Evidentemente a palavra *causa*, que se vê no § 1 do art. 161, foi empregada não no sentido restricto de acção contenciosa entre partes, mas em sentido lato, e comprehensivo de qualquer procedimento sujeito a formulas judicarias, a direcção, apreciação e decisão dos juizes, não podendo causar extraneza que se dê o nome de causas ás justificações, quando o illustre Ribas diz que : « as que forem meios regulares de processo para prova de factos ou relações juridicas se considerarão como causas. *Consol. do Proc. Civ.*, p. 5, art. 10. Quanto a restricção do perjurio punivel ás declarações feitas na ultima phase do processo, porque até lá pode a testemunha retractar-se, a jurisprudencia dominante não é menos atacavel, e o que principalmente se levanta contra ella é a intelligencia litteral dos termos *qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo*, como bem observa o illustre dr. João Vieira, que por seus largos estudos de direito penal tanto se tem distinguido. *Cod. Pen. Interp.*, p. 304. A conveniencia de permittir-se uma retractação em tempo, allegada por alguns escriptores como razão politica em favor do individuo que perjura em quanto a causa não é definitivamente julgada, não altera os termos da questão em face do nossoCodigo, que expressamente a consagra, declarando não ter logar a imposição da pena, se a pessoa que prestar o depoimento falso retractar-se antes de ser proferida sentença na causa. Que o legislador foi bem inspirado, estabelecendo esta disposição, não se contesta; mas isentar da pena é uma cousa, e eludir a criminalidade é outra. A retractação tem o effeito de preservar da pena o culpado, mas não pode ter a de eliminar o crime,

porque este se consumma com a terminação do acto do juramento. Franz von Liszt, *Dir. Pen.*, vol. 2^a, p. 519. » Na primeira edição deste Código já tínhamos em nota (352) observado que a doutrina do dr. Viveiros do Castro quanto aos depoimentos prestados em *justificações* estava sujeita a controversia. Dissemos : « Nem ha razão para excluir-se a *justificação* das garantias legais, que a constituão uma prova tão firme e valiosa como outra qualquer. Alem d'isso a *justificação* é acto judicial, que produz effeitos judiciaes, e só isto bastava para que devesse ser garantida pela lei penal contra o testemunho falso. »

Pelos mesmos fundamentos, não ha razão para excluir-se tambem o inquerito policial. Pois, se como diz o dr. Viveiros de Castro, o inquerito é um documento que instrae a denuncia ou queixa, os effeitos do testemunho falso são tão gravosos como em qualquer outra causa sujeita á decisão de juiz. Base da denuncia ou da queixa, o inquerito pode-se considerar o inicio da acção judiciaria contra o accusado. As testemunhas do inquerito prestam juramento ou affirmação, como no *summario* e no *plenario*, fazem prova que dão logar ao procedimento do ministerio publico.

— Para o calculo da penalidade *Vide* nota ao art. 101.

— Bento de Faria diz, reproduzindo a definição de Pessina (*Man. de dir. pen. part. II*, § 163) e citando Rivarola (*Cod. pen. arg. v.3 n. 1175*) Chauveau et Hélie (*Th. du Cod. pén. v. IV, n. 1608*), : *Testemunha falsa* diz-se aquelle que depondo, como testemunha, em juizo, afirma a falsidade ou nega a verdade, no todo ou em parte, d'aquillo que sabe, em relação aos factos a respeito dos quaes depuzer ou fôr interrogado. Trata-se, portanto, de depoimento prestado em causa alheia, e assim sendo as declarações feitas em causa propria, não são consideradas testemunho.

São condições essenciaes para a existencia do delicto : a) que a qualidade de testemunha, no sentido juridico, possa ser attribuida a pessoa que depõe, isto é, que a testemunha seja pessoa chamada a juizo para declarar o que sabe a respeito do facto que se procura provar, mas que essa pessoa seja maior de 21 annos e não esteja incluída nos casos em que a lei prohibe que seja testemunha; b) que o depoimento tenha sido prestado em juizo; c) que haja alteração da verdade; d) que do depoimento resulte damno *real* (effectivo) ou *potencial* (possivel); e) que haja *dolo*, isto é, o proposito de occultar ou adulterar a verdade. O *Acc. de 20 de Abril de 1898 do Cons. do Trib. Civ. Crim. do Distr. Fed. (Rev. Jurisp. v. 3 p. 139)* acrescenta ser necessario que a testemunha tenha prestado juramento ou affirmação; que tenha agido com intenção de enganar a justiça; que tenha asseverado ou negado a verdade, no todo ou em parte, sobre *circumstancias essenciaes* do facto a respeito do qual depuzer. *Circumstancias essenciaes* se dizem aquellas que podem influir na decisão da causa (civil ou criminal). Distingue-se das *circumstancias secundarias*, que não podem ser prejudiciaes nem uteis ao autor ou reu; não podem influir na decisão do jury ou tribunal. O falso testemunho somente se consumma quando o depoimento torna-se irrevogavel, isto é, quando o prejuizo ou a sua possibilidade não podem mais ser evitados, depois da sentença ou decisão definitiva. Bento de Faria, citando Garraud, Chauveau-Hélie e outros AA. Donde resulta, e como já se firmou a jurisprudencia, a retractação em tempo, antes da decisão da autoridade, de modo

que evite o damno, não incrimina o depoimento. O testemunho falso pode consummar-se em qualquer juízo judicial ou administrativo, desde que a testemunha seja chamada a dar o seu depoimento para dizer sobre a verdade do facto, habilitando a autoridade a decidir pela justiça, pelo direito, de conformidade com a lei.

A expressão *causa civil*, do § 1.º, por opposição a *causa criminal*, opina B. de Faria, citando Nypels e Servais (*Cod. pén. belg. v. II, p. 27*) abrange não só as causas civeis propriamente ditas, como as commerciaes.

Art. 262. Todo aquelle que, intervindo em causa civil ou criminal, no character de perito, interprete, ou arbitrador, fizer, ou escrever, declarações ou informações falsas, será punido com as mesmas penas, guardadas as distincções do artigo anterior.

Parapho unico. A pena será augmentada da terça parte si o accusado deixar-se peitar, recebendo dinheiro, lucro, ou utilidade, para prestar depoimento falso, ou fazer declarações falsas, verbaes ou por escripto.

Na mesma pena incorrerá o peitante (401).

(401) Alem dos funcionarios do juizo e das partes interessadas na causa, muitas vezes ha necessidade da intervenção de pessoas extranhas, chamadas pela autoridade, ou pelas partes, para prestarem o seu concurso como elementos de prova necessaria para esclarecimento ou demonstração da verdade e consequente decisão do juiz. Estas pessoas, escolhidas pelas partes ou pela autoridade, assumem o compromisso de prestarem o serviço de que são encarregadas com a recta intenção de bem e fielmente e em sã consciencia desempenharem o encargo, a bem da verdade, do direito e da justiça. Desde então as suas declarações são havidas como verdadeiras e fazem prova, habilitando o juiz a decidir a causa com justiça.

Taes são os peritos, interpretes e arbitradores, quando intervêm nas causas civeis e criminaes. As suas declarações ou informações, escriptas ou verbaes, são depoimentos de mais força que os das simples testemunhas, porque elles exercem, embora provisoriamente, uma função judicial, mais como auxiliares da justiça, do que no interesse das partes. O perito, pelo exame, verifica o facto, averigua a verdade; o interprete reproduz em vernaculo o escripto ou as palavras verbaes ou o pensamento, expressados em lingua estrangeira; o arbitrador dá o valor que em sã consciencia entende dever dar ao objecto que se lhe apresenta para ser avaliado. A declaração contraria á verdade que o perito faz sobre o facto que examinou; a reprodução pelo interprete de palavras ou de pensamento diversos dos manifestados pelo interpretado; a informação falsa do avaliador sobre o objecto, com o fim de justificar o valor que deu superior ou inferior ao que devia dar; estas declarações e informações, que, devendo ser destinadas ao esclarecimento da verdade, vêm, ao contrario, occultal-a, ou mystifical-a, embaraçam a justiça, prejudicam o direito das partes, impedem a decisão recta e justa do juiz. A

penalidade imposta aos infractores é a do art. 271, conforme as hypotheses occurrentes, isto é, si se trata de causa civil ou criminal e nesta se tiver por objecto a absolvição ou condemnação do accusado.

No paragrapho unico, figura-se a hypothese do testemunho falso, das declarações ou informações falsas do perito, interprete ou avaliador prestadas mediante peita, isto é mediante paga ou retribuição em dinheiro, lucro ou utilidade. A penalidade é a mesma do art. 261, conforme os casos occurrentes, augmentando-se a terça parte em cada um. N'esta mesma pena incorrerá o peitante. O testemunho falso, as declarações e informações falsas dos peritos, interpretes e avaliadores são nullos, não produzem efeitos, em consequencia da falsidade, e se houver peita tambem o são em virtude do disposto no art. 218.

Art. 263. Não terá logar imposição da pena si a pessoa que prestar depoimento falso, ou fizer falsas declarações em juizo, verbaes ou escriptos, retractar-se antes de ser proferida sentença na causa (402).

(402) Este artigo refere-se tanto ás testemunhas como aos peritos, interpretes ou arbitadores que prestarem depoimento falso, fizerem declarações ou derem informações falsas. Como observa o dr. Gabriel Ferreira, *Rev. de Jurisp. cit.*, Fev., 1902, tem por effeito preservar da pena o culpado, mas não pode ter o de eliminar o crime, que se consumma com a terminação do acto do juramento, affirmação ou compromisso. Diz João Vieira, *Cod. Pen. Interp., part. esp.*, n. 1, p. 300, que o art. 263 só comprehende a *retractação extinctiva* e não a *attenuante*, ao contrario dos projectos de revisão do Codigo de 1899, art. 267, que prevê uma e outra. E acrescenta : « Justificando a retractação *extinctiva*, diz Carrara, que quanto á impunidade d'aquelle que se retracta em tempo util, se bem que nem todos os codigos europeos, entre outros o francez e o belga a reconheçam, a maior parte a toma em consideração. A opinião unanime dos tribunaes francezes é, porem, concorde em supprir a lacuna da lei. Chauveau et Hélie opinam que sendo elementos do crime de testemunho falso a possibilidade do damno e a desorientação da justiça, se estes não se verificam em consequencia da retractação, é logica a impunidade do culpado. Carrara dizendo que é difficil encontrar o momento em que a retractação produz a impunidade, discute-a especialmente em face do direito italiano. O alludido momento, conclue João Vieira, conforme o texto do nosso Codigo é — *antes de ser proferida a sentença na causa* — o que se deve entender por sentença *definitiva* ou ao menos *final*, ainda que dependente de recurso, inclusive a *revisão*, que é um recurso extraordinario que presuppõe sentença definitiva passada em julgado. Quanto a esta ultima convem fazer um reparo. As sentenças são interlocutorias, definitivas ou interlocutorias com força de definitivas. De qualquer dellas cabe recurso; não são, portanto, finaes. Sentença final, propriamente dita só pode se considerar a que se transforma em cousa julgada. O art. 263 não distinguio a sentença; o que o legislador teve em mente foi o interesse da justiça e a garantia

do direito em litigio pela declaração da verdade devida á retractação em *tempo util*, isto é, em tempo de evitar a possibilidade de prejuizo e a desorientação da justiça, conforme disseram Chauveau et Hélie. E porque a retractação em tempo, isto é, antes do julgamento da causa, produzio aquelle beneficio, o crime do testemunho falso subsiste porque consummou-se, mas a lei quiz ser benevola eximindo o delinquente da penalidade. Esta disposição é ao mesmo tempo um meio preventivo dos males que resultariam do testemunho falso, no interesse das partes e da propria justiça.

Art. 264. Dar queixa, ou denuncia, contra alguém imputando-lhe falsa e dolosamente factos que, si fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal :

Pena — a do crime imputado (403).

(403) Viveiros de Castro, na *Jurisp. Criminal*, p. 271, faz commentario instructivo da disposição deste artigo. Diz o illustre magistrado : Os glossadores consideravam trez especies de denuncia calumniosa : 1^a A denuncia calumniosa propriamente dita, inspirada pela má fé, pela fraude, pela injustiça, quando se accusa uma pessoa de um crime, tendo-se consciencia, sabendo-se que ella está innocente; 2^a Accusação temeraria, feita em boa fé, sem dolo, sem desejo de perseguição, mas imprudente, leviana, sem motivos fortes que justifiquem a convicção; 3^a A denuncia fundada sobre um erro justo, justificado pela boa fé do accusador, pelo seu interesse, por presumpções vehementes. A accusação fundada sobre um erro justo não incidia na sancção penal; a accusação temeraria obrigava a indemnizar o innocente accusado dos damnos e prejuizos que tinha soffrido com a falsa imputação; a accusação calumniosa era punida de infamia. Ainda hoje, diz Nypels, essas distincções merecem ser approvadas e são frequentemente applicadas pelos nossos tribunaes. São elementos do delicto : 1^o a falsidade do facto arguido; 2^o a má fé do denunciante; 3^o que a denuncia seja dada a uma autoridade. A falsidade do facto arguido, tem sido a jurisprudencia uniforme dos nossos tribunaes, somente se demonstra por uma *decisão judiciaria definitiva*. Ha má fé quando o denunciante accusa outrem de haver commettido um delicto, sabendo, tendo certeza de que elle está innocente. A accusação pode ser falsa, mas dada de boa fé, motivada por uma presumpção que actuou no espirito de denunciante. Finalmente, o delicto se integra quando a denuncia foi dada *perante a autoridade*. Este elemento distingue e separa a denuncia calumniosa da calumnia. N'esta a intenção do agente é desacreditar o offendido no conceito publico; n'aquella o agente quer vêr o offendido soffrer um processo, ser prezo, accusado e condemnado. Empregando a phrase — *dar queixa ou denuncia* — o Código teve por fim punir toda a accusação falsa e dolosa dada perante qualquer autoridade, onde se imputa a outrem a pratica de um crime. Assim existe o delicto não só nas queixas e denuncias dadas perante as autoridades *judiciarias*, como tambem perante as autoridades *policias e administrativas*. Destes principios resultam trez consequencias : 1^o A queixa ou denuncia pode ser verbal ou

escripta; 2º Não é necessario que a queixa tenha os requisitos estabelecidos no Codigo do Processo Criminal; 3º A queixa verbal deve ser reduzida a termo. Duas condições são ainda necessarias para a integração do delicto: 1º A queixa ou a denuncia devem indicar o autor do crime; 2º Deve ser expontanea. » Vide o desenvolvimento destas theses em Viveiros de Castro, *Obr. cit.*, cap. *Denuncia calumniosa*, ps. 269 e segs. Commentando a disposição deste artigo, João Vieira, *Cod. Pen. Interp. cit.*, p. 288, observa que o Codigo estabelece a penalidade do *talião*, desenterrada das tradições da vindicta, como fez o Codigo portuguez, e subsistia nos italianos anteriores e em alguns dos cantões suissos. Jules Lacointa, annotando o Cod. Pen. italiano, arts. 212 e 213, diz tambem que a sciencia regeita esse *critérium*, essa applicação do *talião*. N'este sentido dispõem os modernos codigos italiano, allemão, austriaco, hungaro, hespanhol, belga, hollandez, de Zurich, de Fribourg. Todos estes codigos contem penalidade especial para o referido crime. Sem justificar o *talião*, como instrumento do systema da vindicta, parece-nos que o legislador redigio a disposição sob a impressão das palavras de Crivarelli, citadas por João Vieira: « O crime de calumnia é uma das mais graves offensas que se possa fazer á justiça publica e o mais odioso ultrage que se possa imaginar em prejuizo de um cidadão. O calumniador tenta converter a justiça e os magistrados em instrumentos da propria iniquidade para arrastal-os á condemnação do innocente e expõe este aos perigos e aos danos de um julgamento por um facto de que elle não é autor. » Vide na *Rev. de Jurisp.*, Janeiro, 1898, p. 99, *Observações* da Red. sobre o Acc. do Cons. Supr. da Corte de Appell. de 2 de Abril de 18.. citado por Viveiros de Castro. Concluimos este commentario com a seguinte decisão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, cuja doutrina é de adoptar-se, modificada na parte em que se refere o voto vencido do dr. Montenegro.

— Os juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal: Considerando que nos termos do art. 264 do Codigo Penal o delicto de queixa calumniosa se caracteriza quando alguém dá queixa perante a autoridade, quer policial, quer judiciaria ou administrativa, imputando a alguém falsa e dolosamente factos que se fossem verdadeiros constituirião crime e sujeitarião seu autor á acção criminal. Considerando que o facto articulado na queixa de fl. 2 não pôde ser juridicamente considerado uma calumnia, e assim uma queixa calumniosa, porquanto foi uma imputação de crime, produzida perante a autoridade judiciaria.

Considerando que são elementos constitutivos do crime de queixa calumniosa: 1º a queixa produzida perante a autoridade, imputando a alguém um crime; 2º a falsidade do facto arguido; 3º a má fé do querellante.

Considerando que na especie dos autos o recorrido deu queixa perante o Dr. Juiz da 1ª Pretoria, allegando ter sido insultado pelo recorrente, imputando-lhe, portanto, o delicto definido no art. 317 do Codigo Penal.

Considerando que a falsidade do facto arguido se comprova por uma *decisão judiciaria definitiva*, proferida pelo tribunal competente para julgar o crime imputado.

Considerando que na especie dos autos, tratando-se de injurias verbaes é a Junta Correccional o Tribunal competente para conhecer o crime imputado.

Considerando que a Junta Correccional da 1.ª Pretoria declarou não provado o crime arguido e não tendo sido interposta appellação desta sentença constitue ella decisão judiciaria definitiva;

Considerando que está portanto provada por uma decisão judiciaria a falsidade do facto arguido;

Considerando que a má fé do querellante é elemento essencial do delicto, isto é, quando accusa perversamente outrem, certo da sua innocencia, desejoso de vê-lo soffrer por um crime que não commetteu, não incidindo na sancção penal as accusações de boa fé, quando o agente tinha motivos valiosos para acreditar na culpabilidade do accusado, nem mesmo as accusações temerarias e levianas, que apenas obrigão á indemnisação civil.

Considerando, porém, que a má fé do querellante resalta da falsidade da queixa, incumbindo-lhe portanto provar que estava de boa fé;

Considerando que o recorrido não produziu prova alguma que demonstrasse sua boa fé :

Accordão dar provimento ao recurso para pronunciar o recorrido Manoel de Souza Lisboa no art. 264 combinado com os arts. 317 e 319, § 3º do Codigo Penal, expedindo-se contra elle mandado de prisão e arbitrada em 500\$ a fiança que poderá prestar. — Custas afinal.

Rio, 19 de Junho de 1902. — T. Torres, Presidente. — Viveiros de Castro, relator. — Montenegro, vencido : Negava provimento e confirmava o despacho recorrido.

A simples negativa da Junta Correccional ao quesito da *prova* do crime não induz a má fé da accusação de que fôra absolvido o recorrente; é um indicio remoto, mera conjectura, apenas, sem valor juridico para autorisar a « pronuncia », nos termos do art. 144 do Codigo do processo crime, que, para esse effeito, exige o pleno conhecimento do delicto.

A queixa é um direito de todo offendido (Cod. cit., art. 72); a accusação mais verdadeira e na melhor boa fé intentada pode não vingar em juizo por defeito das testemunhas; a temeridade, a irreflexão, o erro podem ser a causa involuntaria, inconsciente da calumnia judiciaria.

Dahí não incriminar a lei o exercicio do direito de queixa sem a prova directa da má fé da accusação, que destrua a presumpção legal da boa fé, como queixoso : o que explicitamente resalta da qualificação delictuosa do art. 234 do Codigo Penal, uma variante do art. 235 do Codigo Criminal do Imperio.

Aquelle que dá uma queixa, diz Pimenta Bueno (Processo Criminal Brasileiro, n. 134) é obrigado a provar sua intenção, pena de decahir na acção, pagar as custas, a incorrer mesmo na responsabilidade de calumnia, *se foi convencido de fraude ou má fé; o simples erro não é fraude nem má fé.*

Ao queixoso, victima da denunciação calumniosa, compete, pois, a prova da falsidade e má fé da accusação, segundo a regra de direito de que o onus da prova recahe sobre aquelle que, em juizo, se propõe ou allega algum facto para deduzir delle o seu direito.

No caso *sub judice*, o facto unico do qual se pretende induzir a falsa e dolosa accusação imputada ao recorrido, é o da absolvição pela *negativa* da prova de crime; a Junta Correccional, porém, não se pronunciou sobre a verdade ou falsidade da accusação, nem sobre esse incidente houve decisão.

Judiciaria que o julgasse como questão prejudicial, apreciando o caracter moral da denunciação.

Mas, se a insufficiencia ou omissão da prova deu lugar á absolvição do recorrido, por identico fundamento, não poderá ser pronunciado o recorrente, na ausencia de prova da falsidade sciente e consciente da accusação contra aquelle intentada, prova que destrúa a presumpção legal, resultante do direito de queixa garantido aos offendidos, e que prevalece até prova directa em contrario. *Sed non utique, qui nos probat quod intendit, pro- tinus calumniari videtur.* Já determinava a lei 1, § 3, do *dig. de Senatus- cons. Turb ill. et de Abolic. crim.*, e a má fé do accusador, se é um elemento substancial da denunciação calumniosa, o juiz não poderá suppril-a fazendo incorrer em responsabilidade criminal o que não foi convencido de fraude, tendo ao contrario em seu favor a presumpção da innocencia; isto é, da boa fé, excusavel e presumivel no exercicio de um direito, como a da queixa judicial, em a vontade culposa, a directa intenção de crime.

— O dec. n. 7865 de 17 de Fevereiro de 1910 dá regulamento para o serviço de repressão do contrabando na fronteira do Rio Grande do Sul.

— Nos crimes de contrabando é suspeito o depoimento dos empregados da Alfandega, interessados pelas porcentagens a que tem direito. Acc. do Supr. Trib. Fed. n. 205 de 23 de Janeiro de 1909.

TITULO VII

DOS CRIMES CONTRA A FAZENDA PUBLICA

CAPITULO UNICO

Do contrabando.

Art. 265. Importar, ou exportar, generos ou mercadorias prohibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, sahida e consumo de mercadorias e por qualquer modo illudir ou defraudar esse pagamento :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos, além das fiscaes (404).

(404) O dr. Augusto Olympio Viveiros de Castro, *o Contrabando* (1898), ps. 13 e segs., analysando a definição de contrabando dada pelo art. 265 do Codigo, observa que tal definição, além de não ser etymologicamente exacta (*contrabbando*, palavra italiana que significa : *apesar da ordem, da prohibição*) tem o grave defeito de submeter, a mesma penalidade, factos que não

são inteiramente identicos, nem revelam nos seus autores o mesmo grau de temibilidade. Com effeito, quem importa ou exporta mercadorias prohibidas, attenta, em via de regra, contra a hygiene, a ordem e a segurança publicas; ao passo que quem evita, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e por qualquer modo illude ou defrauda esse pagamento, attenta contra as rendas publicas, contra os meios de subsistencia da Nação. João Vieira nota que os nossos codigos sob o nome geral de *contrabando* tem comprehendido não só este como o *descaminho*, do direito portuguez, punindo-os com penas eguaes. Pereira e Souza distingue o contrabando do descaminho, conforme a lei portugueza, mas o dr. A. O. Viveiros de Castro demonstra que a Nova Consolidação das leis das Alfandegas e mezas de rendas da Republica, embora não tenha acceitado a synonymia do Codigo Penal, não definiu, comtudo, o contrabando, nem o descaminho, limitando-se a enumerar taxativamente, no art. 445, as mercadorias cujo despacho é prohibido; e a declarar, no art. 448, §§ 5 e 6, quaes os casos em que os donos e consignatarios das mercadorias *descaminhadas*, devem ser submettidos a processo criminal. Na nossa legislação aduaneira, o que essencialmente caracteriza o *descaminho* é a *ocultação dolosa*, a qual torna evidentissima a existencia da fraude e é o unico fundamento da apprehensão. N'este sentido firmou-se a jurisprudencia do Thezouro Nacional. No capitulo *Aphorismos fiscaes* (*Obr. cit.*, p. 51), o illustre Autor menciona os seguintes : 1º E' arbitraria e injuridica a opinião dos que sustentam haver distincção entre o *contrabando administrativo* e o *contrabando criminal*. A entidade juridica denominada *contrabando*, ou, mais propriamente, *descaminho* (quando se trata de desvios de direitos, e não do commercio de mercadorias prohibidas) não é como o Janus mythologico, nem se bifurca; o que o nosso Cod. Pen. quiz punir no art. 265, foi justamente a fraude aduaneira, isto é, a violação dolosa das leis especiaes que regulam a materia; 2º O citado art. 265 do Cod. Penal, portanto, deve entender-se de harmonia com as leis alfandegarias, sendo inadmissivel sujeitar ás penas do mesmo artigo, só porque caiba na noção generica do contrabando nelle expressado, um caso não passivel de penas administrativas, ou somente sujeito a taes penas, segundo as referidas leis alfandegarias, que não só regulam a execução dos direitos fiscaes, como definem e classificam os varios casos de infracção punivel, conforme a sua gravidade, comminando a uns unicamente ás penas administrativas, impostas pelas respectivas autoridades, e á outros, alem dessas, as criminaes, cuja applicação pertence ao poder judiciario.

A lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 20, estabeleceu a competencia do jury federal para os crimes de moeda falsa e contrabando. O sr. Presidente da Republica, na mensagem apresentada ao Congresso em 3 de Maio de 1897, salientou o facto do julgamento pelo jury ter dado em resultado a absolvição de quasi todos os accusados por esses crimes que tanto affectam a fazenda publica; e a impunidade tem servido de incentivo para augmentar muito o seu numero. Dahi, conclue a mensagem, a necessidade urgente de serem taes crimes processados e julgados pelos juizes federaes em suas respectivas secções, de conformidade com o processo da legislação anterior, estabelecido no decreto n. 562 de Julho de 1850 e no regulamento de 9 de Outubro do mesmo anno. Em consequencia desse appello promulgou-se a lei

n. 515 de 3 de Novembro de 1898 (*Vide no Appendice*). O dr. A. O. Viveiros de Castro não acredita na efficacia da reforma, porque « por maior que seja o empenho da Justiça Federal em reprimir o contrabando, a sua acção não produzirá resultados apreciaveis, pois terá contra si a opinião publica, sempre hostil á applicação da pena de prisão contra os defraudadores do fisco. A fraude aduaneira não offende ao sentimento medio de *probidade* do nosso povo, nem ao seu *misonheim*; porquanto elle nunca achará justo que se prive da liberdade quem não commetteu crime algum. Nenhum legislador, digno desse nome, deixará de tomar em consideração o modo de pensar do povo para o qual legisla, sob pena de fazer leis destinadas a não serem cumpridas, facto, infelizmente, não raro entre nós. » E' esta uma verdade amarga, mas é forçoso confessal-a. O illustre financista é partidario da pena de multa applicada em processo administrativo contra os contrabandistas como unico meio efficaz de repressão do contrabando e demonstra o acerto da medida, apoiado na experiencia e opiniões de escriptores abalizados. João Vieira não está longe de aceitar essa opinião, pois que considera o contrabando uma *contravenção*, « simples infracção da lei fiscal », e rigorosamente está no caso de se provêr com o systema dos *substitutivos penaes* de Enrico Ferri. Effectivamente, dizia Ferri : « O contrabando, que resiste por seculos ás penas mais ferozes, como o corte da mão e a morte, e agora aos carceres e os fuzilamentos dos guardas aduaneiros, decresce pela *diminuição das tarifas aduaneiras*, como, entre outros paizes, em França, notava Villermé. » Parece-nos que sobre esta questão, todos estão de accordo esperando só a reforma do Codigo penal ou a promulgação de uma lei derogando o art. 265. Contrabando commettido por militar é crime militar: *Vide na Rec. de Jurispr.* de Outubro de 1899, p. 141, Acc. do Supr. Trib. Militar de 28 de Junho de 1899. — Se o Cod. Pen. comprehende o crime de contrabando na esphera daquelles que atacam o Thezouro Nacional, todavia os seus elementos caracteristicos devem ser procurados nas leis e regulamentos fiscaes, que são os mais competentes para explicar a natureza desse delicto, definir as suas especies e até estabelecer as necessarias penas para a sua repressão — fundamento do Acc. do Supr. Trib. Fed. de 18 de Dezembro de 1895. Não constitue contrabando actos praticados sem dolo ou fraude e quando o Ministro da fazenda assim o declara. Accs. do Supr. Trib. Fed. de 30 de Novembro de 1895, de 11 de Janeiro de 1896, de 14 de Março de 1896, 18 de Janeiro de 1896, 15 de Fevereiro de 1896, 25 de Abril de 1896.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 118.

Vistos e examinados estes autos de *habeas-corporis* requerido pelos Drs. Antonio Francisco da Silva Marques e Manoel Curvello de Mendonça, em favor de Felip V. Maricovich, preso por ordem e á disposição do Inspector da Alfandega desta Capital, desde o dia 26 do mez passado;

E considerando que não se trata na especie de prisão administrativa, que só poderia ter lugar por ordem do Ministro da Fazenda e nos casos especificados no decreto n. 49 (lei n. 221, art. 14);

Considerando que a Consolidação das Leis das Alfandegas, ao regular no tit. X o procedimento e a competencia dos inspectores e administradores das mesas de rendas nos casos de contrabando, accentuou de modo claro e pre-

cizo a distincção entre o processo administrativo para applicação das penas fiscaes e o processo judicial para imposição de pena criminal;

Considerando que, competentes para o 1.º as taes autoridades sómente é licito nos casos de flagrante deter os infractores para o fim de lavar-se o auto de que falla o art. 963 da mesma consolidação, devendo em seguida remettel-os ao Juizo competente, a cuja disposição ficarão (artigo citado, § 6º);

Considerando que esta remessa não depende da ultimação do processo administrativo, como mostra suppor a informação de fis., deve ser immediata para que se legalize a prisão, iniciando-se então o processo fiscal, que correrá parallelamente ao judicial, sem que o julgamento em um proferido com relação á pessoa influa sobre o outro com relação ao objecto (art. 637, § 1º);

Considerando que é assim exorbitante e manifestamente illegal o acto da autoridade aduaneira que, detendo o paciente, não o fez apresentar á autoridade judicial e conserva-o preso á sua disposição por mais de oito dias, em estabelecimento não destinado a semelhante fim :

Julgou procedente o recurso e concedo a ordem pedida para mandar que cesse o constrangimento imposto ao paciente, se por al não estiver preso.

Custas ex-causa.

Districto Federal, 5 de Maio de 1905. — *Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque.*

— O Ministro da fazenda em circular expedida aos Inspectores das Alfandegas declarou que, tendo sido revogados pelo art. 11, *in-fine*, da lei n. 428, de 10 de Dezembro de 1896, os decretos ns. 196 e 305 de 1890, o processo para contrabando é regulado pelo titulo IX da Consolidação das leis das Alfandegas e Mesas de Rendas (J.-C. 6-12-906).

TITULO VIII

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA E HONESTIDADE DAS FAMILIAS E DO ULTRAGE PUBLICO AO PUDOR.

CAPITULO I

Da violencia carnal (405).

(405) A justiça local compete conhecer destes crimes.

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de

outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral :

Pena — de prisão cellular por um a seis annos (406).

(406) Vide nota ao art. 101. Na *Rev. de Jurispr.* de Fevereiro de 1899, p. 141, exc. *Libidinagem contra a natureza*; p. 143, *Libidinagem com certas relações de dependencia.*

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que romper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem (407).

(407) Viveiros de Castro (*Delictos contra a honra da mulher*) depois de passar em revista a condição da mulher e o sentimento do pudor desde os povos primitivos da antiguidade, desde os selvagens das raças inferiores hoje existentes, até os mais civilizados, conclue que « o respeito pela honra da mulher não é um sentimento innato ao homem e, sim, uma conquista da civilização, a victoria das idéas moraes sobre a brutalidade dos instinctos. » E poderosamente contribuiu para esse resultado a influencia do christianismo sobre os costumes. A evolução começou a operar-se na lei mosaica, depois na romana onde os jurisconsultos « com o seu admiravel senso juridico firmaram doutrina segura, que ainda hoje vigora em suas linhas geraes. » Depois no direito canonico, na legislação que nelle inspirou-se e finalmente em todos os codigos modernos, « o legislador preoccupou-se da honra da mulher e garantio-a contra os assaltos do homem pela severidade da punição. Os attentados contra o pudor e o lenocinio são delictos; está assim protegida a infancia. O adulterio é tambem um delicto, o codigo acautela a honra do marido contra as seducções dos conquistadores. Ninguem pode violentar uma mulher, nem mesmo uma prostituta, ninguem pode subjugar-lhe a resistencia pela violencia physica ou pela coacção moral. Quem assim procede é réu de um crime de estupro. Tambem é prohibida a seducção de mulher menor. Ainda que ella consinta, ainda que se entregue ao homem, este será um criminoso, réu de um delicto de defforamento, se obteve o consentimento da menor pela seducção, pelo engano ou pela fraude. Apesar desta protecção legal, as estatisticas criminaes de quasi todos os paizes da Europa accusam uma marcha sempre ascendente nessa cathegoria de delictos ».

Sob a denominação de crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje publico ao pudor, o Codigo classifica a *violencia carnal*, o *rapto*, o *lenocinio*, o *adulterio*, e o *ultraje publico ao pudor*. A *violencia carnal*, subdivide-se nas seguintes especies : — *attentado contra o pudor*; *corrupção de menores*; *defforamento*; *estupro*. As duas primeiras contem-se no art. 266, e seu paragrapho unico. No sentido generico, expressão — *attentado contra o pudor*, comprehende não só as especies do art. 266, e paragrapho unico, como o defforamento e o estupro e até mesmo o rapto para fim libidinoso, o lenocinio e o adulterio.

O significado proprio do vocabulo — *pudor* — é — sentimento de vergonha, que se experimenta todas as vezes que se percebe, vê ou faz em publico acções reprehensíveis, taes como as relativas á união dos sexos, ou outra qualquer que attrahe o desprezo das outras pessoas. (Fr. Domingos Vieirat *Thez. da Ling. Port.*) Na mulher, uma das manifestações do pudor é o recato, que consiste em viver de modo a segurar sua honra e boa reputação, respeitando-se e fazendo-se respeitar pelos outros. *Pudor* é tambem synonymo de *decencia*, que significa — decóro, honestidade exterior, congruencia e conformidade, que se deve guardar, no gesto, na conducta, no modo de trajart nas palavras, com os logares, tempos, pessoas, idade, etc. (Fr. Domingos Vieira, *Obr. cit.*). *Pudicicia* é a pureza do corpo e da alma com relação aos prazeres illicitos. E' synonymo de *castidade* que distingue-se da *continencia*. A *castidade* é uma virtude moral que prescreve as regras para uso dos prazeres dô amôr; a *continencia* é uma outra virtude que prohiibe o uso desses prazeres. A *castidade* pode existir no casamento, a *continencia* reina nos claustros. A castidade estende suas vistas sobre tudo o que pode ser relativo ao objecto que ella se propõe regular : pensamentos, discursos, leituras, attitudes, gestos, escolha dos alimentos, occupações, sociedades, etc.; a *continencia* não attende senão a privação actual dos prazeres do amôr. Pode-se ser *casto* sem ser *contínente*, e reciprocamente ser *contínente* sem ser *casto*. A *castidade* é de todos os tempos, de todos os estados; a *continencia* é só do celibato (Fr. Domingos Vieira, *Obr. cit.*). A differença entre *pudor* e *pudicicia* é, portanto, especifica; o attentado contra o pudor a que se refere o art. 266, não é senão o attentado á pudicicia, como são as demais especies de violencia carnal descriptas nos artigos seguintes. A denominação generica de *violencia carnal* é incorrecta, pois na corrupção por simples libidinagem não ha contacto carnal e ainda menos violencia.

A figura do art. 266 é o attentado violento contra o pudor de alguém, sem distincção de sexos, podendo se dar entre individuos do mesmo sexo; sem distincção tambem de edades. O fim do attentado é saciar paixões lascivas, ou dar-se á pratica de actos de depravação moral. A alternativa do escopo delictuoso, dá logar a differença necessaria entre os actos que tem por fim saciar a paixão lasciva e actos de depravação moral. No primeiro, quer haja ou não consummação, o desejo é de contacto carnal; no segundo, a depravação consiste na pratica de immoralidades, sem haver contacto carnal, limitando-se a simples corrupção aos actos de libidinagem, mas por meio da violencia ou ameaças.

A *depravação moral*, como modalidade do attentado ao pudor do art. 266, não é senão a corrupção por actos de libidinagem praticada entre pessoas do mesmo ou de sexo differente, sem o escopo da copula ou conjunção carnal, simplesmente por vicio ou perversão moral.

A figura do paragrapho unico é a corrupção por actos de libidinagem praticados com menores ou contra menores. A expressão — *actos de libidinagem* — de que usou o legislador, afrancezando um vocabulo que nem existe na lingua franceza, diz o dr. Carvalho Durão (no *Direito*, Novembro, 1892, p. 402) é muito vaga. Os actos libidinosos ou impudicos não violentos, consistem no abuso de menores para satisfacções de desejos sexuaes por meio que não seja o coito. Em alguns codigos comprehendem a pederastia

e o tribadismo, tendo o paragrapho unico (do art. 256 do Codigo) seguido esse systema. Hoffmann referindo-se aos actos *impudicos* e considerando-os como o abuso sexual, exclusive o coito e a pederastia, segundo a legislação da Austria, diz que a lei não liga outro sentido mais preciso á expressão *actos impudicos*, o que ser-lhe-ia difficil á vista da elasticidade della, e reporta-se a um aresto que decidio deverem os actos ser considerados impudicos, segundo a sua propria natureza e a opinião do jury. Em geral, consistem os actos libidinosos em tocamientos, apalpadellas e outras praticas no pudendo ou partes vergonhosas de outrem, no abusar de alguem para o onanismo, ou em depravações em que o paciente do delicto é o autor inconsciente do prazer degenerado de quem delle se aproveita. O citado Hoffmann, com relação á divergencia do Codigo penal do seu paiz e do projecto de reforma, diz o seguinte : « Segundo o Codigo penal, para que o acto seja considerado impudico, é mister que tenha sido consummado na pessoa do menor ou queixoso, e não ha crime, se o réu se servio della para o fim de masturbar-se; n'este caso ha o excitamento á depravação. A reforma pune os dois actos com a mesma pena, assim como o Codigo penal allemão ». O § unico do art. 266 do nosso Codigo accorda-se com a reforma de que falla Hoffmann e com o Codigo allemão, pois nelle se leem as palavras — *praticando com ella ou contra ella* ». O elemento essencial da corrupção definido no paragrapho unico é a menor idade do paciente. Não ha distincção de sexos, nem se o crime foi ou não praticado como violencia, como na figura anterior do attentado ao pudor. A redacção do paragrapho — *praticando com ella ou contra ella*, etc. — é defeituosa, dando logar a duvida. A pratica de actos de libidinagem *com* alguem ou *contra* alguem, consiste no mesmo facto de um individuo utilizar-se de outro para actos de libidinagem, ou pederastia, quer seja sujeito activo ou passivo. Essa, porem, parece não ter sido a intenção do legislador, que distinguindo as formas da pratica do acto *com* alguem, ou *contra* alguem, dá a entender que o autor do crime se acha na situação passiva (*pederastia succuba*) no primeiro caso, e no segundo em situação activa (*pederastia incuba*). Ou então teremos de aceitar a opinião de Hoffmann citada, ou a do dr. Durão, isto é, na pratica do acto libidinoso *com* alguem ha reciprocidade, ambos os sujeitos são activos e passivos; e na pratica *contra* alguem, ha um sujeito activo e outro passivo.

A pederastia distingue-se da libidinagem. Já vimos em que consistem os actos de libidinagem, segundo a opinião do dr. Durão. Dechambre, *Diction. Encyclop., des Sciences Médicales, vb. Viol.*, diz que a pederastia, vicio cuja denominação teve origem na historia de Sodoma, é o acto caracterizado pela introdução do penis no anus; o pederasta que se entrega passivamente a esta pratica denomina-se *succubo*, o pederasta activo denomina-se *incubo*. Ha pederastas que são *succubos* e *incubos* ao mesmo tempo. Ha succubos profissionaes, por inversão e por desarranjo mental, cujos typos apparecidos em Buenos-Aires foram estudados pelo dr. Francisco de Veyga, n'um artigo sob a epigraphe. *La inversion sexual adquirida*, publicado nos *Archivos de Psiquiatria, Criminologia y Ciencias Afines* de Buenos Ayres, fasciculo de Abril de 1903. (Vide na Bibl. da Fac. de Medicina do Rio).

O que se deve entender por *menor idade*, no § unico do art. 266? Entende o dr. Durão que é a idade até 16 annos e dessa opinião partilhamos no com-

mentario que fizemos ao art. 143, § unico do Codigo Penal Militar, tratando-se de actos de libidinagem praticados com ou *contra* militares. Entende João Vieira que a menoridade é a legal, isto é, até os 21 annos. Em face do Codigo commum, combinando-se a disposição do § unico do art. 266 com a do art. 272, parece claro que o Codigo no § unico, não abrindo excepção á regra geral da menoridade legal que vae até os 21 annos, e restringindo no art. 272 a menoridade até os 16 annos para o effeito da *violencia presumida*, concluímos que se o crime de *corrupção*, figurado no § unico, fór praticado com pessoa de menor idade até 16 annos, torna-se aggravado pela *violencia presumida*, se a idade do offendido fór dos 16 aos 21 annos, e se houver *violencia* a figura é a do attentado ao pudor (art. 266); se não houver *violencia*, presume-se o consentimento do offendido, mas esse consentimento não isenta o autor da responsabilidade, porque n'este caso desenha-se a figura da *corrupção*. Vide no *Direito*, Novembro, 1892, p. 397, estudo do dr. Ednardo Durão sob a epigrapha. *Violencia presumida*.

Bento de Faria entende que a expressão — *menor idade* — comprehende os menores de 21 annos e accrescenta : « Cumpre, entretanto, ponderar que sendo o fim da lei proteger a menoridade na sua inexperiencia e ingenuidade, desta protecção, na especie, devem ficar excluidos os legitimamente emancipados. A inexperiencia exclue a capacidade e discernimento de que se tornam presumidos pela emancipação. Não procede, portanto, a opinião do dr. João Vieira, quando, tratando do assumpto, contraria a do dr. Viveiros de Castro. Por *legitimamente emancipados* se entendem : a) os expostos, desde que completem 20 annos; b) os que obtiverem supplemento de idade; c) os casados.

— Para o calculo da penalidade *vide* nota ao art. 101.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (408).

(408) Defloramento, define o dr. Viveiros de Castro, *Delictos contra a honra da mulher*, p. 37, é a copula completa ou incompleta com mulher virgem, de menor idade, tendo, na grande maioria dos casos, como consequencia o rompimento da membrana hymen, obtido o consentimento da mulher por meio de seducção, fraude ou engano. São elementos do crime : 1º a copula com mulher virgem; 2º que esta virgem seja de menor idade; 3º que o seu consentimento fosse obtido por meio de seducção, fraude ou engano. Os dois primeiros elementos são materiaes, o terceiro é moral. A copula com mulher virgem pode ser completa ou incompleta. É *completa* quando ha intromissão toda do penis na cavidade vaginal, rompendo completamente a membrana hymen; é *incompleta* si somente parte do membro penetrou na cavidade, como extraordinariamente succede nas mulheres muito novas que ainda não chegaram á epocha da puberdade, em cuja vagina a introducção completa do penis é difficilima, e não consegue vencer a resistencia do hymen, como diz Hofmann, *Med. Legal*, p. 94. A copula é elemento material indispensavel, mas nem sempre produz o rompimento completo da

membrana hymen e ha casos em que esta fica intacta, tendo havido, entretanto, defloramento. Como diz o dr. Viveiros, pode haver integridade no hymen e a mulher não ser virgem. E vice versa, pode ser virgem e ter o hymen dilacerado por qualquer outra causa. Entretanto, a integridade do hymen constitue em regra a melhor prova da virgindade e o seu dilaceramento a melhor prova do defloramento, pois essa é a regra geral. Mas, torna-se necessario que se demonstre a existencia da copula. O rompimento do hymen por outro instrumento que não seja o penis não constitue defloramento. Viveiros cita o onanismo com uma das causas do rompimento do hymen sem que, entretanto, haja defloramento. Mas o dr. Lopes Vieira diz que quanto ao onanismo não está provado que o digital possa chegar até o ponto de produzir laceração do hymen, porque a isso se oppõem as dores que desperta a intromissão dos dedos. Strassmann tambem não admite que possa invocar-se o onanismo como causa explicativa de laceração do hymen de qualquer rapariga, porque as manobras do onanismo são antes de simples fricções e contactos; visto que a intromissão de qualquer corpo provoca dôr e violencia. Outras causas existem de lesões traumaticas extra genitales. O afastamento violento das coixas em exercicios de equitação e outros generos de *sport* violento podem occasionar o rompimento. As lesões pathologicas, vulvites aphtosas, gangrenosas, etc., observam-se só nos primeiros annos e antes dos 12 nas creanças em más condições hygienicas. Em todo o caso aconselham os mais prudentes e avisados que os peritos em suas respostas não desçam de uma certa generalidade e fujam de precisar o que se não presta a isso. Lopes Vieira, *Manual de Medicina legal*, p. 210-211. (Bibl. da Fac. de Med. do Rio).

Poderá o homem violar mulher que lhe opponha toda a resistencia? Este caso se encontra elucidado minuciosamente no citado autor, fundamentado em estudos e observações dos mais recentes escriptores de medicina legal.

João Vieira (*Cod. Pen. Interp.*, part. esp., vol., I p. 336) declara-se em diametral opposição a Viveiros de Castro. Entende que « realizado completamente o defloramento está *consummado* o crime; se elle é incompleto haja ou não copula, não ha mais do que *tentativa*. Si nem incompleto está haverá a hypothese do paragrapho unico do art. 266. Os arts. 266, primeira parte, e 263 estão fóra do escholio. A opinião de Viveiros de Castro, diz J. Vieira, pôde-se adaptar aos Codigos hespanhões, que prevêm o estupro da mulher virgem, mas não incluem como elemento a defloração; ao nosso direito nunca tal interpretação poderá ser adaptada. As lições medico legais sobre o defloramento convencem apenas que de um elemento tão duvidoso não se deveria ter feito condição constitutiva do crime. » E conclue: « o objectivo, o escopo do crime é a defloração; o coito, a conjunção carnal é o meio que pôde acarretar aquella, completa — *consummação*, incompleta — *tentativa*, ou nem incompleta, pelo menos sem prova certa da pericia. » Preferimos a interpretação de Viveiros de Castro, porque o objectivo do deflorador é a copula, a satisfação do gozo genesisico. A ruptura do hymen, completa ou incompleta, é consequencia da copula, devida á intromissão do membro viril. O conjuncto destas condições e mais o *consentimento* e a *idade* constituem o *crime de defloramento*. O elemento da *virgindade* é essencial, porque, como diz o dr. Viveiros, se a mulher não era mais virgem, não existe cri-

minalidade. Já os romanos diziam *fornicatio simplex de jure civile prohibita non est*. Assim, porem, se deve entender, nos termos do Codigo, isto é, não haverá criminalidade, se a mulher fór maior de 21 annos, pois a menor idade, a que se refere o art. 267, é até 21 annos. Dessa idade em diante, salva a hypothese do estupro, presume-se o consentimento. Aos 16 annos, porem, é permittida à mulher requerer supplemento de idade. N'esta hypothese, deflorada a mulher, deve ser punido o seu deflorador?

Pela negativa, responde o dr. Viveiros, porque « o Cod. penal teve em vista proteger a inexperiencia, a ingenuidade dos menores contra as seducções, o engano, as fraudes do homem. Ora, estas mulheres que obtêm supplemento de idade, nem são menores, nem precizão da protecção da lei, porque dispensaram-n'a. » João Vieira não combate a opinião do dr. Viveiros (*Vide Cod. Pen. Interp.*, vol. I, p. 337). O terceiro elemento do defloramento, o *consentimento*, só é constitutivo do delicto quando tenha sido obtido por meio de seducção, engano ou fraude. « Deste principio, diz o dr. Viveiros, emanam duas consequencias importantes. Primeiramente, o consentimento da mulher distingue, assignala a differença entre o defloramento e o estupro. No defloramento a mulher acquiesce ao desejo do homem, presta-se á copula por um acto voluntario, livre. No estupro não ha vontade, a mulher é coagida. Depois para que haja crime de defloramento é tambem requisito indispensavel que o consentimento da mulher fosse obtido pela fraude ». O dr. Viveiros citando Carrara, distingue a seducção em *ordinaria* ou *vulgar* e *criminosa*. Chama-se *ordinaria* a que consiste em presentes, implorações etc., cousas que em regra não constituem delicto quando empregadas contra a mulher com idade legalmente estabelecida para a seducção presumida. Na seducção *criminosa* o substractum é o engano, que seja *causa efficiente* de adhesão da vontade da mulher, de modo que se possa dizer que esta não existiria se aquelle faltasse. Rivarola, *Cod. Pen. Argentino*, vol. 2, §§ 583, transcreve tambem estes conceitos de Carrara (*Progr. part. esp. v. 2, § 1503*) sustentando que só pode haver seducção no sentido juridico, quando o engano fór o elemento, o substractum desta seducção. O meio mais commum, mais usado de seducção, é a *promessa de casamento*, que deve ser formal e séria, anterior ao concubito, segundo ensinão os praticos; nenhum valor tem se foi feita no acto deste para o fim de obtel-o, ou depois deste, porem, antes do concubito, que produziu a fecundação da mulher. Carrara cit. cit. § 1506. O dr. Viveiros não considera necessaria, como quer Carrara, a presença de duas testemunhas para que a promessa de casamento seja formal e séria, parecendo-lhe difficil que o seductor procure testemunhar a promessa. Na sua opinião, a promessa de casamento pôde-se considerar formal e seria : 1º tratãdo-se de um noivo; 2º quando foi feita de tal modo e em circumstancias taes que a mulher podia acreditar em sua seriedade. Entende tambem o illustre magistrado que o dinheiro não constitue uma forma juridica de seducção. E as razões que adduz são convincentes. O engano, como diz Carrara, é o substractum juridico da seducção, o dolo, o elemento que a torna criminosa. N'estas condições o engano reveste a forma da seducção ou da fraude. Na promessa de casamento o engano é seducção. No exemplo que Carrara figura do seductor que aproveitando-se da escuridão da noite finge ser o noivo da offendida, o engano é a fraude. No caso da *fraude*

a mulher cede ao homem, não por um impulso espontaneo do amor ou do desejo, mas em consequencia do dolo, do artificio por elle empregado, que a enganou, persuadindo-a de um facto falso. Tal é o caso occorrido no Rio Grande do Sul, citado pelo dr. Viveiros, do individuo que para deflorar uma moça honesta de boa familia, casou-se apenas religiosamente, persuadindo á familia que o casamento civil era de atheus e maçons. A familia ingenua e simples acreditou. Realizado o concubito, o seductor abandonou a moça, allegando que o casamento não era valido e, portanto, não estava casado. O caso do *pagé* do Maranhão que deflorava as clientes para tirar-lhes do ventre baratas, aranhas, etc., tambem é de fraude.

O Dr. Viveiros de Castro tratou do *defloramento* no cap. II, ps. 37 e segs. de modo a exgottar o assumpto. (*Vide Delicto contra a honra da mulher*). Franz Von Lizst (trad. do dr. José Hygyno, na *Rev. Jurisp.* Fev. 1899, p. 145) diz que o Cod. pen. allemão colloca ao lado do erro (engano), a inexperiencia. O art. 182 pune a seducção, para a copula, de uma menor, solteira e *irreprehensivel* (recatada?) que não tenha completado os 16 annos de idade. *Irreprehensibilidade* não quer dizer *virgindade*; aquella qualidade pode existir e esta faltar em razão de um estupro ou de um caso analogo e *vice-versa* (a menor, por exemplo, consentir em um acto de libidinagem contra a natureza). A seducção suppõe que o agente explorou a inexperiencia sexual e a fraca força moral de resistencia da menor e deste modo obteve o seu consentimento para a consummação da copula. *Vide na Rev. de Jurisp.*, Agosto, 1899, ps. 366 e segs., uma sentença do dr. Viveiros de Castro sobre defloramento.

— A *miserabilidade* da offendida é cousa distincta da indigencia della. A palavra *miseravel* não é em direito synonyma de indigente, significa a falta de recursos necessarios para fazer valer um direito perante os tribunaes. E' a definição dada no art. 2 do dec. n. 2457 de 8 de Fevereiro de 1897, que organisou a assistencia publica no Districto Federal : « Considera-se pobre para os fins desta instituição toda a pessoa que tendo direito a fazer valer em juizo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo, sem privar-se de recursos pecuniarios indispensaveis para as necessidades ordinarias da propria manutenção eu da familia. » A palavra *miseravel* deve ter antes uma significação ampliativa do que restrictiva. A miserabilidade é uma questão de facto submettida á apreciação criteriosa do juiz. Na *Rev. Jurisp.*, Dez. 1897, p. 265, *vide* decisão do dr. Viveiros.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 118, § unico.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta :
Pena — de prisão cellular por um a seis annos (409).

(409) *Vide* nota anterior. Viveiros de Castro, *Jurispr. Crim.*, p. 252, cap. *Estupro*.

§ 1. Si a estuprada fôr mulher publica ou prostituta :

Pena — de prisão cellula por seis mezes a dous annos (410).

(410) Vide nota ao art. 151, paragrapho unico.

§ 2. Si o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte (411).

(411) A' penalidade do art. 151, paragrapho unico, augmenta-se a quarta parte. Prescripção — 12 annos.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos (412).

(412) Estupro, diz o dr. Viveiros de Castro (*Delictos contra a honra da mulher*, cap. O estupro, ps. 87 e segs., *vide*), é o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem, ou não. A Côte de Casação definiu o estupro o acto de abusar de uma mulher sem a participação de sua vontade. Segundo Chauveau et Hélie, estupro é toda a conjunção illicita commettida pela força e contra a vontade da mulher. Estas definições, como as de outros AA., mais ou menos identicas, reproduzem o conceito caracteristico do estupro, o uso da mulher sem o seu consentimento. Esse conceito, a falta de vontade na mulher, assignala a differença entre o defloramento e o estupro. No defloramento a mulher consente, ainda que esse consentimento fosse obtido pela seducção, pela fraude, pelo engano. No estupro a mulher é subjugada, *violata non domita*, na phrase do poeta latino. Demais o defloramento, somente se dá em mulheres virgens, de menor idade. O estupro, o goso á força, pode realizar-se em mulheres maiores, virgens, casadas, viuvias, até mesmo prostitutas. A subjugação da mulher pode ser effectuada pela violencia physica, pela violencis moral, pela fraude, no somno, pela sua incapacidade em consentir, pelo emprego de meios que aniquilem a vontade. Vide o desenvolvimento destas theses em Viveiros de Castro, *Obr. loc. cit.*, que exgotou o assumpto. Do mesmo Autor, *Jurisprudencia Criminal*, p. 252. Commentando o art. 146 doCodigo Penal Militar, fizemos ver que a tentativa do estupro confunde-se com a figura do attentado ao pudor consummado, devido á falta de clareza na distincção das figuras dos artigos 266 e 268, neste particular. A questão attacada por esse lado é da maior importancia, sob o ponto de vista practico na classificação do delicto. O dr. Viveiros opina que a tentativa do defloramento e do estupro é regida pelos mesmos principios que dominam em geral a tentativa de qualquer outro delicto. E accrescenta : « A principal difficuldade para o juiz e que demanda

de sua parte grande atenção, é a discriminação exacta da tentativa de defloramento ou do estupro do attentado contra o pudor. Magistrados, aliás illustres, enganam-se frequentemente. O caso citado por Viada y Vilaseca, commentando o Codigo penal hespanhol, e referido pelo dr. Viveiros (*Obr. cit.*, p. 158) é typico. Um individuo deitou-se com uma menina de 13 annos, afim de violal-a. Mas, receiando talvez as consequencias do acto, desistio do intento, contentando-se em admirar-lhe o corpo nú e apalpar-lhe as partes genitales. O Tribunal Supremo decidiu que não havia uma tentativa de estupro, e sim um attentado contra o pudor. O que distingue a tentativa de defloramento da corrupção (art. 266, § unico), a tentativa de estupro do attentado ao pudor é, como diz o dr. Viveiros, a intenção do agente. No defloramento e no estupro a intenção é a *copula*, na corrupção e no attentado ao pudor são os actos de libidinagem, de depravação moral. Assim tambem entende Garraud, *Droit Pénal Franç.*, v. IV, § 149, estabelecendo a differença entre o estupro e o attentado violento contra o pudor. O defloramento e o estupro admittem tentativa. O attentado contra o pudor não a admittre, porque, como diz o dr. Viveiros, o simples começo de execução fere e attaca logo a dignidade da mulher. O legislador definiu o estupro e a violencia no art. 269, de modo a não deixar duvida sobre a natureza do delicto, em relação ao elemento material. Mas se a offendida, virgem ou não, fôr menor de 16 annos, presume-se que o acto foi praticado com violencia. Ha uma questão a resolver : A prostituta menor de 16 annos pode allegar a *violencia presumida*? Pela affirmativa, visto como o preceito do art. 272 é geral, referindo-se aos crimes especificados no capitulo precedente. Vide no *Direito*, Nov. 1892, p. 397, um estudo do dr. Carvalho Durão sob a epigraphe *Violencia presumida*, cujas conclusões, aliás, devem ser acceitas sob reserva. Na *Rev. de Jurispr.*, Set. 1898, p. 56, sentença do dr. Edmundo Pereira Luis, juiz de direito de Minas, sustentando que no crime do estupro, quando fôr virgêm a offendida, esta circumstancia constitue a aggravante do art. 41, § 3 do Cod. Pen. O illustre magistrado baseou sua decisão em opiniões de Chauveau et Hélie, Kraft Ebing, e Carrara, no Aviso, n. 512 de 5 de Novembro de 1862, sob consulta do Conselho de Estado, no Acc. do Supr. Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 1876, no *Direito*, vol. 15, p. 309, no commentario de Carlos Perdigão a esse Accordão (*Gazeta Juridica*, n. 12, p. 757] e finalmente no Acc. do Supr. Trib. Fed. de 17 de Fevereiro de 1897. Vide entre outros A. A. Viveiros de Castro, *Attentados ao pudor* (1895); A. Moll, *Perversions de l'instinct génital*, com um prefacio de Kraft-Ebing (1893); Emile Laurent, *L'amour morbide* (1891); C. Lombroso et Ferrero, *La Femme criminelle et la prostituée* (1886); Emile Laurent, *Les Suggestions criminelles* (1891); Ochorowicz, *A suggestão mental*, trad. de João Lourenço de Souza (ed. Garnier, 1903). João Vieira, *Cod. Pen. Interpr.*, part. esp. v. I, p. 305.

CAPITULO II

Do rapto.

Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obri-gando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gozos genesicos :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (413).

(413) João Vieira (*Cod. Pen. Interpr.*, part. esp., vol. I, p. 345), citando Suman, observa que os escriptores não estão da accordo sobre a *classificação* do crime de rapto, isto é, se deve ser classificado entre os delictos *contra o pudor* ou *contra a liberdade pessoal*. Os primeiros apoiam-se sobre o criterio de que o rapto lesa a integridade moral da raptada, tira-lhe sem o seu consentimento a castidade corporea (recato?), pois que, dizem elles, para ser punivel deve realisar-se com o fim da libidinagem. Os da segunda escola sustentam não se poder collocar o rapto entre os crimes contra o pudor, porque se de facto foi praticado com o fim de matrimonio, nenhum pudor fica offendido, e si o fim fosse a libidinagem, não seria senão uma aggravante da violencia carnal. Não pode ser collocado entre os crimes contra a ordem das familias, porque não é necessario que a raptada não seja livre por si mesma ou não tenha familia para que o crime exista. Não pode estar, emfim, entre os crimes contra a moralidade individual, porque para ter-se o crime, não é necessaria violação alguma da pudicicia ou do pudor, como seu elemento, nem o facto somente da abducção ou da retenção implicam uma violação de tal natureza. Depois de todas estas exclusões, concluem pela collocação delle entre os crimes que offendem a liberdade individual, quando a pudicicia não tenha sido offendida, ou a integridade moral da mulher não tenha sido violada. A classificação deste crime, conclue Suman, deve estabelecer-se segundo um exame attento do fim a que se propõe o culpado. Dois podem ser os fins do rapto : a libidinagem ou o matrimonio. João Vieira conclue : « Estes fins lezam : o primeiro o pudor, o segundo a ordem na familia, logo a sua propria classe é a dos crimes contra o bom costume e a ordem na familia, que logica e racionalmente devem consistir uma classe unica, embora alguns escriptores e algumas legislações as considerem como distinctqs. O criterio que nós enunciaríamos como mais exacto foi adoptado pelo Codigo italiano. » Lima Drummond, *Estudos de Direito Criminal* (1898) cap. *Do crime de rapto*, ps. 101 e segs. inscreve-se entre os sectarios da doutrina que colloca o crime de rapto na classe dos delictos *contra a liberdade pessoal* (p. 107) e que « tem por apanagio o brilho da palavra escripta e vibrante de Carrara e de Ferdinando Puglia, na Italia, e de Berner, na Alemanha, e como consagração formal os disposi-

tivos dos Codigos penaes do imperio allemão, da Hollanda e do cantão de Zurich, assim como o do ante projecto do Codigo penal suiso. » Entende o illustre magistrado que tenha, ou não tenha sido obtido o fim libidinoso, ou o fim de casamento, o crime de rapto estará perfeito e consummado, desde que se *verifique a tirada* ou a *retenção* violenta ou fraudulenta da victima para qualquer dos fins alludidos. Diz ainda que é preciso distinguir no rapto a sua *forma accidental* da sua *condição essencial e permanente*. A lesão da moralidade pessoal é uma méra possibilidade, é forma *accidental* do rapto, e por isso a sua ausencia ou falta não elimina a existencia autonoma desse crime. Ao contrario, o crime do rapto existe perfeito, isto é consummado, ainda que tenha sido elle perpetrado — por exemplo — não para *fim libidinoso*, mas para fim de casamento, contra uma mulher desconhecida do criminoso, por elle somente cubçada pelo brilho metallico de suas riquezas e cujo pudor tenha sido integralmente acatado por similhante raptor ambicioso.

O fim do casamento e o procedimento do delinquente excluem absolutamente na especie o intuito libidinoso — a offensa ao pudor, e, entretanto, o crime de rapto estará ahí consummado; porque a sua essencia juridica, de que depende a sua consummação, reside na *necessitas imposita contraria voluntatis*, isto é, na offensa á liberdade pessoal da victima, quer seja essa offensa constituída pelo constrangimento physico (*vis absoluta*) quer pelo constrangimento moral (*vis compulsiva*) real ou presumida, *para um fim de casamento* ou *para um fim libidinoso*. Carrara e Puglia sustentam que o rapto não é um delicto contra a familia, porque esse delicto existe, ainda mesmo que se haja a victima libertado dos vinculos familiares, e não é tambem um delicto contra o pudor, porque pode elle ser consummado sem que o minimo ultrage experimente o pudor da victima. Assim tambem pensa Vittorio-Marcheti, que, a proposito do Codigo penal italiano, disse : « tale delitto (o rapto) meglio troverebbe la sua sede fra i reati contro la libertà individuale. »

João Vieira, como vimos, aceitou o conceito do Codigo italiano e Viveiros de Castro entende que a tirada da mulher do lar domestico para *fim libidinoso* é o caracteristico do crime de rapto. Portanto, *não ha delicto* se outra foi a causa do rapto. O fim de casamento, a constituição da familia, base da sociedade, não pode absolutamente ser considerado o fim libidinoso, a satisfação do desejo sexual, que o Codigo penal considera elemento constitutivo do delicto. O rapto nesta especie não é um delicto contra a honra da mulher e sim contra a autoridade paterna, *raptus in parentes*, como diziam os glossadores, do mesmo modo que a desobediencia é um delicto contra a autoridade publica. O Codigo penal não previo esta hypothese e não é permitido ao juiz supprir pelo argumento analogico a lacuna da lei. Viveiros de Castro, *Jurisprudencia criminal* (1900), p. 263. Franz von Liszt classifica, diz João Vieira, o rapto entre os crimes contra a liberdade *sexual* e o sentimento *moral*. O nosso Codigo de 1890 e os Codigos hespanhol, uruguayo e argentino consideram o rapto na classe dos crimes que attacam a honestidade. Os autores inglezes considera-o contrario aos *bons costumes*. » Lima Drummund concorda que o conceito do nosso Codigo é o da segunda escola á que já nos referimos e accrescenta, citando uma objecção de Carlos

Perdigão no seu *Manual do Código Penal*, a propósito do Código de 1830, isto é — quando, em vez do *fim libidinoso*, existisse da parte do raptor o *fim do casamento* : — « O nosso legislador de 1890 deixou subsistir semelhante objecção, que não resolveu nos termos do art. 270 do respectivo Código, mas os Projectos de 1893 e 1896 resolvem-na, como a havia resolvido o Código penal italiano, integrando na figura do rapto, quer o fim libidinoso, quer o fim do casamento. Para maior desenvolvimento do assumpto *Vide* Lima Drummund, *Obr. cit.*, ps. 118 e segs. João Vieira, *Obr. cit.*, ps. 343 e segs.

O rapto divide-se em *proprio* e *improprio* ou *consensual*. O rapto propriamente dicto verifica-se contra a vontade da raptada; e o proprio ou consensual dá-se quando a raptada consente. Esta forma do rapto confunde-se com a fuga ou fugida da raptada com o seductor. A *tirada* do lar domestico tem significação diversa da que se realisa por meio de violencia. O crime do rapto pelo nosso Código consiste na *tirada* do lar domestico para *fim libidinoso* de qualquer *mulher honesta*, sem distinguir a *idade* ou o *estado*, seduzindo-a ou obrigando-a por violencia. O *fim* não se limita á libidinagem ou á satisfação do apetite sexual, pode ser outro — o *casamento*, o *sequestro*, a *extorção*, ou mesmo o simples desejo de desmoralisar a raptada no conceito publico para impedir o casamento com determinada pessoa, ou mesmo offender a honra da familia. Se em face do Cod. o escopo do rapto é exclusivamente o fim libidinoso, não se comprehende, n'este caso, senão por contradicção manifesta, o systema do Código, combinando-se as disposições dos arts. 270 e 271. De facto, na figura do art. 270, não se verifica a satisfação dos gozos genesicos e assim tambem na figura do art. 271. Mas n'aquelle a *tirada* é para *fim libidinoso*, que aliás não se realisa; no art. 271 não ha absolutamente esse fim. A *tirada* para *fim libidinoso* é tambem a figura do § 2, do art. 270, em que existe o defloramento ou o estupro. O *fim libidinoso* não se pode provar senão por factos ou circumstancias que o demonstrem. A disposição do § unico do art. 276 manifesta ainda a *possibilidade* do rapto para o fim do casamento, muito diverso do fim libidinoso, a que se refere o art. 270. Interpretando-se o Código no conjuncto destes artigos, vê-se que o systema por elle adoptado não é o da interpretação restrictiva de Viveiros de Castro e João Vieira. Entendemos que a *tirada* de mulher honesta do lar domestico é crime de rapto, quer seja para fim libidinoso, quer para qualquer outro fim e deve ser classificado entre os delictos contra a segurança da honra e honestidade das familias, como fez o nosso Código. João Vieira entende que o Código omittio o rapto com o *fim de matrimonio*, deixando assim na lei a lacuna que existia no Cod. anterior. São elementos essenciaes : 1.^o que a raptada seja honesta, e como tal se presume a que vive em recato no seio da familia; 2.^o que a *tirada* seja do lar domestico. No caso de rapto improprio ou consensual, alem d'aquelles, é elemento — a sedução. No de rapto propriamente dito, alem dos dois primeiros elementos supra referidos é necessario que haja emboscada (surpresa) ou violencia, que pode ser material ou moral. Não deve existir a satisfação do gozo genesico, pois n'este caso, a classificação do delicto passa a ser no § 2 do art. 270, cuja figura torna feição diversa por esse motivo.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 118, § unico.

Art. 271. Si o raptor, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, soffrerá a pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno (416).

(416) Vide nota ao art. 94, 2.^a alin. (calculo da penalidade).

Parapho unico. Si não restituir-lhe a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro :

Pena — de prisão cellullar por dous a 12 annos (417).

(417) A fonte da disposição do art. 271, diz João Vieira, foi o Código italiano, art. 342, e por isso fundado no elemento historico da elaboração deste, com razão Lima Drummond opina que a locução empregada pelo nosso Código e pelos projectos é exemplificativa e não taxativa. Assim, diz Lima Drummond (*Obr. cit.*, p. 125) : « Reflectindo ainda o Código italiano admittiram os projectos brasileiros de 1873 e 1896 a legitima influencia da *restitutio in integrum* da pessoa raptada, sobre a intensidade criminosa do rapto e a consequente diminuição da penalidade. Isso deverá succeder no caso em que o culpado, sem ter commettido acto algum de libidinagem, restituiu voluntariamente á liberdade a pessoa raptada : a) reconduzindo-a ao logar donde a houver tirado, b) ou reconduzindo-a á casa da familia della, c) ou collocando-a em logar seguro, á disposição da mesma familia. O art. 271 do Cod. penal de 1890 contem uma disposição congenere. Pela redacção, quer dos dois projectos brasileiros, assim como pela do novo Código penal italiano, parece que nenhum character exemplificativo se premeditou imprimir á alludida disposição e que somente pelos meios indicados se reputará haver occorrido a *restitutio in integrum* da pessoa raptada. No emtanto o contrario resulta claramente da discussão havida na commissão de revisão do projecto do Código penal italiano (Verbale XXVIII — 11 de Março de 1889). Taes expressões são meramente exemplificativas. O intuito do legislador foi apontar esses meios como alguns d'aquelles pelos quaes é licito ao raptor libertar voluntariamente a pessoa raptada, afim de que ella possa voltar para a sua casa, ou, no caso do rapto improprio, que é o rapto consensual, afim de que possa a familia da raptada rehavel-a livremente. Na redacção do Código italiano, portanto, não se estereotypou nitidamente o pensamento do legislador e, por isso, não devia ter sido ella litteralmente copiada pelos autores dos nossos projectos. » Mas, citando a opinião de Suman, sobre o art. 341 do Cod. pen. italiano, João Vieira opina que a disposição attenuante do art. 271 do nosso Código é excluida no caso do art. 270, § 1, porque sendo o rapto consensual e sendo a raptada de idade que exclue a violencia presumida (art. 272), a volta espontanea da raptada não constitue a *restituição in integrum*, que é acto do raptor. Analysando o art. 270 fizemos vêr que em face do systema do nosso Código, combinando-se as disposições de

arts. 270 e seus §§, 271 e 276 § unico, discordavamos da opinião de Viveiros e João Vieira, quando afirmavam que a característica do rapto era unicamente o fim libidinoso. Não resta duvida que, ainda mesmo admitindo-se a interpretação exemplificativa de Lima Drummond, o art. 271 contem uma figura do rapto distincta das do art. 270 e seus §§, da do § unico do art. 271, da do § unico do art. 276, tanto é assim que a cada uma dellas corresponde penalidade differente, e a ultima torna-se isenta de punição. Na figura do art. 271 não ha o fim libidinoso do art. 270, não ha o fim do casamento do art. 276, § unico. Mas pode existir outro fim diverso d'aquelles, por exemplo, o do escandalo para comprometter a honra da raptada, enxovalhar a familia, contrariar a vontade dos paes, impedir a realização do casamento com outrem, o fim pôde ser a extorsão para dar logar ao resgate mediante dinheiro ou vantagem illicita, pode ser outro qualquer diverso do libidinoso ou do casamento. Conseguido o effeito moral, satisfeito o intuito, o raptor restitue á liberdade a raptada, reconduzindo-a á casa d'onde tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia. Vê-se bem que a intenção do raptor é a da *restitutio in integrum*, sem que a raptada tenha soffrido offensa alguma em sua pudicicia. E essa preocupação é tal que o raptor manifesta o cuidado de pessoalmente levar-a á casa d'onde a tirou ou a colloca em logar seguro, á disposição da familia. Esse logar seguro não é senão o logar onde a raptada fique livre de qualquer offensa á pudicicia. Pode se objectar que a restituição *in integrum* pode ser devida a arrependimento do raptor, ou á impossibilidade de realizar o fim libidinoso ou de casamento. Na hypothese do arrependimento pode se dar a *restitutio in integrum*, mas na da impossibilidade da realização do fim manifesta-se a tentativa do rapto violento ou consensual, porque o crime não ficou integro com a consummação do fim, por motivo independente da vontade do raptor; esse motivo não foi senão a impossibilidade. A *restitutio in integrum*, que é acto voluntario do raptor, ficaria desnaturada pela tentativa e deixaria de ser um rapto sui generis de forma attenuada. Sendo a *restitutio in integrum* acto do raptor, é claro que ella só verifica-se nas condições do art. 271 e, portanto, se a raptada não esteve coagida em sua liberdade e se livremente, por acto seu, regressou ao lar domestico, não pode o raptor allegar em seu beneficio a attenuante da *restitutio*. Qualquer que seja a forma do rapto, violento, por seducção ou consensual, a *restitutio in integrum* pode realizar-se, comtanto que seja nas condições supra referidas.

A figura do § unico do art. 271 é a da retenção ou occultação da raptada. Esta modalidade do rapto é tambem sui generis, não só quanto á penalidade, que é muito mais grave, como pelos intuitos do criminoso. O rapto com retenção ou occultação pode ter sido violento, por seducção ou consensual, o fim pode ser qualquer dos já mencionados, mas a característica da retenção ou occultação torna a sua figura differente das outras. A retenção importa em violencia á liberdade e pode ter por objecto uma extorsão, como, no caso figurado do rapto e sequestro da raptada com o fim de obrigar o resgate por meio de dinheiro ou de qualquer vantagem illicita. Na occultação é possível não existir violencia á liberdade da raptada, não haver sequestro, mas nem por isso deixa de ser tão grave como a especie da retenção, porque a occultação pode ser até causa ou resultado de um novo crime. E por isso,

o Código argentino, art. 138, manda punir como *homicida* o raptor que não entregar a pessoa raptada (*robada*) ou não der razão satisfatória do seu paradeiro. A fonte do Código argentino foram os códigos hespanhóis vigentes. art. 462, e anterior, art. 370. Pacheco e Viada y Vilaseca, justificam a disposição do código hespanhol, mas Rivarola critica o código argentino, considerando que esse *homicidio presumido* é cousa tão caprichosa, dados os progressos da sciencia penal, que quasi se poderia chamar-a uma « monstruosidade. » João Vieira observa que a disposição do § unico é *sui generis* porque não foi tomada nas fontes principaes do legislador de 1890, isto é nem nos Códigos italiano, francez e congêneres, nem no nosso de 1830, onde não existe. Subscrive em geral a opinião de Rivarola e mais se robustece essa opinião porque a nossa legislação não admite o homicidio presumido, em face do art. 67 do Cod. Penal : nenhuma presumpção por mais vehemente que seja dará lugar a imposição da pena. (Cod. do Proc. Crim., arts. 144 e 145 ; dec. 848 de 1890, art. 73 : dec. 3084 de 1893, arts. 171 e 185). Entende ainda João Vieira que se o § unico do art. 271 não falla em homicidio presumido, ha a presumpção tacita, visto como a pena maxima do referido paragrapho é quasi a do grau medio do homicidio simples (art. 294, § 2), parecendo-lhe que essa disposição é inapplicavel por estar manifestamente em opposição á letra do art. 67. Se bem que possa dar lugar a *presumpções diversas*, não nos parece que o legislador tivesse cogitado do homicidio presumido ou tacito ; a modalidade do paragrapho unico, é *sui generis*, o rapto ahí reveste-se de circumstancias especiaes, que dão lhe uma fórma de maior gravidade pelo imprevisto das consequencias, pelas conjecturas, pelo desasocego da familia, por outros incommodos e afflicções que podem occasionar ás pessoas as quaes interessa a sorte da raptada. A aggravação da penalidade é, sem duvida, motivada por estas considerações ; pois, no caso de morte ou de sequestro em carcere privado, a simples presumpção não seria sufficiente para a aggravação. O homicidio e o sequestro são factos materiaes, que devem ser constatados. A penalidade é, porem, igual á do carcere privado, previsto no art. 183.

Art. 272. Presume-se commetido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fór menor de 16 annos (418).

(418) *Vide no Direito*, Novembro 1892, ps. 397 e segs., estudo do dr. Eduardo Durão, sob a rubrica *Violencia presumida*. Trata-se aqui, diz João Vieira, de uma presumpção *juris et de jure* e que, verificada, induz a considerar como violentos os crimes contra o pudor. Isto quer dizer que o constrangimento, em regra geral, devendo ser provado, si se realisou por violencias ou ameaças, no caso de que se trata, não é mister tal prova e sómente a da idade. A lei equipara ás violencias e á ameaça o estado ou condição da pessoa que importa a impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro. Até a idade de 16 annos presume que esse consentimento não existe na menor offendida. Alem dessa idade, a violencia não se presume, deva ser provada pelo exame medico legal, que encontra os vestigios, os

signaes da lucta e resistencia (Viveiros de Castro, *Sentenças e decisões*, p. 272, *Jurisprudencia criminal*, p. 261). Mas se a violencia presumida, em consequencia da idade, agrava a penalidade e desclassifica o delicto, como no caso de defloramento que passa a ser estupro (Acc. do Supr. Trib. Fea. de 9 de Dezembro de 1901, na *Rev. de Jurispr.*, Outubro 1902, p. 133), é mister observar, diz o dr. Eduardo Durão (*Estudo cit.*), que só pode ter logar a disposição, aliás generica, do art. 272, e é indispensavel que os artigos anteriores dos capitulos a que se refere, estabeleçam penas diversas na intensidade a delictos da mesma especie, lezivos do mesmo direito, com os mesmos elementos essenciaes, não havendo violencia, que é exactamente o motivo da aggravação. Só deste modo é que a presumpção no art. 272, encontrando objecto ou delicto a que se adapte, pode desclassificá-lo para punil-o com maior severidade. A não ser assim, a presumpção seria inutil e inexequivel por haver diversidade intrinseca de objecto ou identidade de pena. Por outras palavras, nos crimes de violencia carnal (cap. I) e rapto (cap. II) quando a violencia fôr elemento constitutivo, nos casos dos arts. 266, 268 e seus §§, 270 segunda parte e 270 § 2, havendo estupro, não tem applicação o art. 272. A disposição deste artigo fica, portanto, limitada ás especies — *corrupção* (art. 266, § unico), *defloramento* (art. 267), *rapto por seducção ou consensual* (art. 270 primeira parte e § 1), *rapto* seguido de defloramento (art. 270, § 2) *rapto com restituição in integrum* (art. 271) e *rapto com sequestro ou occultação* da raptada (art. 271, § unico). Quanto a esta ultima especie, bem entendido, se não houver violencia, ameaças, coacção moral, constrangimento, emfim, á liberdade da raptada, pois, n'este caso, a violencia *ficta*, torna-se sem objecto em face da *real*. « O legislador, diz ainda o dr. Durão distinguio a *menina* da *moça*; a idade desta vae até os 21 annos a d'aquella até os 16. Parece-me muito espaçada a idade ate 16 annos para o effeito da presumpção da violencia. Outra é a proporção dos criminalistas e dos Codigos, que vão baixando a menoridade para esse fim, como tem succedido em França, onde o termo é hoje 13 annos, apezar das condições ethnicas e climatericas, que retardam a puberdade e o despertar das sensações sexuaes, que entre nós precipitam-se sob influencias contrarias; por maneira que o art. 267, combinado com o art. 272, poder-se-ha tornar, na ausencia do dolo especifico, que coarcta a liberdade e que a presumpção de violencia dispensa, uma sanção contra o simples peccado, de cujos praticantes seria difficil apurar a responsabilidade reciproca. Não quero pejar este artigo de citações, mas ahi vae o que conceitua o eximio Hofmann: « A lei considera as crianças na cathgoria dos inconscientes ou dos que se não podem defender, attendendo ao incompleto desenvolvimento physico e á fraqueza intellectual. Escolheu os 14 annos como limite, porque é então que sobrevem a puberdade em nossos climas, e por se admittir que nessa idade uma menina é capaz de apreciar a significação do coito e decidir-se livremente. » Para mim, o legislador não deveria fixar limite algum, mas deixar aos peritos a verificação do desenvolvimento physico da offendida; pois que é esse o unico meio real de se conhecer se ella é immatura ou viripotente. A legislação austriaca como que propende para este sentir, quando considera erro excusavel ignorar o agente que a menina não chegara ainda aos 14 annos. Quanto ao defloramento que relinque, por assim dizer, no art. 267,

presuppõe para a sua figura jurídica a ruptura do virgo ou a destruição dos signaes da virgindade de uma moça de 16 a 21 annos e o emprego do dolo especifico que o Codigo alcunha de *seducção, engano* ou *fraude*. E' o dolo especialissimo egual ao exigido para a substancia jurídica do estellionato ; é como que um estellionato de amor... » (Aqui divergimos do dr. Durão, o dolo especifico do estellionato é differente do do defloramento, attendendo-se ao *fin*, aos *intuitos* do criminoso, embora os *meios* sejam os mesmos. O que caracteriza o dolo especifico não é o simples emprego do *meio*, e sim, o *meio* empregado para realizar o objectivo do crime, a intenção do criminoso). « Posso concluir, portanto, que a violencia presumida de que trata o art. 272 restringe a noção do crime de defloramento definido no art. 267 e que as palavras *menor idade* referem-se á idade civil, que vae até os 21 annos. » Quanto ao crime de *corrupção* (art. 266, § unico) entende o dr. Durão que a maior idade termina aos 16 annos. Entre diversas razões que apresenta fundadas na natureza dos actos de libidinagem, ha outras de maior ponderação, entre as quaes a que se refere a penalidade desproporcional, pois, como bem observa, « ou será eliminado do Codigo o crime de defloramento se a menor idade terminar aos 16 annos (porque será substituido pelo estupro), ou á *corrupção* com ou contra menor de 16 a 21 annos será irrogada pena mais severa que a do defloramento de uma moça da mesma idade ainda que *seduzida*, » visto como o defloramento de uma moça de 16 a 21 annos é punido com 1 a 4 annos de prisão cellular (art. 267) e a *corrupção* de menor de 16 a 21 annos com a de um á seis annos (art. 266, § unico).

Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte :

1º, si o criminoso fôr ministro de qualquer confissão religiosa ;

2º, si fôr casado ;

3º, si fôr criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.

E com augmento da quarta parte :

4º, si fôr ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida ;

5º, si fôr tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.

Paragrapho unico. Além da pena, e da interdicção em que incorrerá tambem, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida (419).

(419) Sob a epigraphe *Aggravação da Penalidade, Viveiros de Castro nos Delictos contra a honra da mulher*, cap. IV, ps. 141 e segs., trata do assumpto deste artigo largamente, analysando-o com a illustração e criterio que distinguem os seus trabalhos : « Nos crimes de defloramento e estupro,

diz o illustre magistrado, a qualidade do delinquente é uma *circunstancia* aggravante quando, entre elle e a offendida, existem *laços de parentesco, relações de dependencia, facilidade para a realização do attentado, impossibilidade de reparar o mal pelo casamento*. O legislador taxativamente designou essas diferentes qualidades. Nos laços de sangue e parentesco estão o ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida. Nas relações de dependencia o tutor, o curador, o encarregado de sua educação e guarda, ou quem por qualquer titulo tiver autoridade sobre ella. Na facilidade para a realização do attentado, o criado e o domestico. Na impossibilidade de reparar o mal pelo casamento, o homem casado e o ministro de qualquer confissão religiosa. « Analysando cada uma destas circunstancias, conclue Viveiros de Castro que o incesto não constitue isoladamente um crime, pois se a mulher for maior, se a copula effectuar-se sem o emprego de violencias, de seducção, engano ou fraude, e sim com o seu consentimento livre e espontaneo, a lei não se preoccupa desta aberração. Cita a opinião de Pácheo que approva esta lacuna que elle denomina *prudencia* do Codigo hespanhol. Conclue ainda que o sacerdote catholico não está impedido de reparar o mal, porque em face da lei civil, unica que regula o casamento actualmente, elle poder casar-se, constituir familia legitima. Se bem que a doutrina do illustre commentador do Codigo hespanhol deva ser posta em duvida, porque o incesto deve ser definido como crime distincto ainda que se trate de mulher maior de 21 annos e que não haja estupro, em face do nosso Codigo, cuja lacuna é evidente, a conclusão de Viveiros do Castro é verdadeira. Não se diga, porem, que a figura do incesto não existe, porque ella surge como forma aggravada do defloramento ou do estupro quando commetido por pessoas em que existe laços de sangue e parentesco que impedem o casamento, tanto pela lei civil, como pela lei canonica. Mas o incesto, só apparece punivel pelo nosso Codigo, quando a offendida for menor de 21 annos no caso de defloramento, ou no de estupro, seja ella menor ou maior de 21 annos. Nas *relações de dependencia*, como diz Garraud, cit. por Viveiros, pode se distinguir duas especies de autoridade, a *legal ou de direito* que emana da lei, como a do marido sobre a mulher, a do pae sobre o filho, do tutor sobre o pupillo; a *moral ou de familia* que deriva não da lei, mas das circunstancias e da posição das pessoas, tal a autoridade do padrasto sobre a enteada, do amancebado sobre os filhos da concubina, do tio sobre a sobrinha que recolheu em casa. A aggravante existe quer se trate de uma autoridade legal, quer de uma autoridade de facto. Os termos da lei (art. 273, n. 5) são expressos e positivos — *tenha autoridade sobre a offendida por qualquer titulo*. Na *circunstancia da facilidade para a realização do attentado* estão comprehendidos o criado e o domestico da offendida ou de pessoa de sua familia. Commentando esta aggravante, conclue Viveiros, baseado n'um julgado do Supremo Tribunal de Hespanha, citado por Viada y Vilaseca, commentador do Codigo penal hespanhol, que *criado e domestico* não são termos synonymos. Criado é o que serve à soldadas, domestico é o que vive habitualmente sob o mesmo tecto. Esta distincção, mesmo em face do nosso Codigo que se refere distinctamente aos dois vocabulos, não tem alcance pratico. Criado, domestico, famulo, são prestadores de serviço domestico, seja ou não remunerado. O que constitue

a agravante não é a natureza do serviço, mas o abuso de confiança, a que se refere Garraud, da convivência na própria casa da offendida e mais nas relações de respeito e acatamento a que é obrigado o criado. Deviam ser raros, observa Viveiros, os casos de defloramento praticados por criados. Infelizmente nem pode succeder, e previdente foi o legislador definindo e punindo o caso. Na *impossibilidade de reparar o mal pelo casamento*, Viveiros colloca o homem casado e o ministro de qualquer religião, apesar de quanto a este reconhecer que em face da lei civil não existe essa impossibilidade. Esqueceu-se, porem, dos incestuosos impossibilitados de se casarem pela lei civil e pela canonica pelo impedimento do sangue e do parentesco, quando a offendida, ou menor de 21 annos, nos casos de defloramento, ou de estupro, ou simplesmente no de estupro de mulher maior de 21 annos. E se Viveiros entende que a justificativa da agravante não está no abuso da situação, como sustentam Garraud e Chauveau Hélie, nem na necessidade do exemplo, como quer Boitard, e sim na impossibilidade de reparar a falta pelo casamento, doutrina, aliás, verdadeira, não pode o sacerdote de qualquer religião, ser como o incestuoso, collocado entre os que se acham nas *relações de dependencia* se elle é vigário, confessor, capellão ou exerce qualquer autoridade ecclesiastica, ou entre os que encontram *facilidade*, si tinha intimidade na familia, ou si morava na mesma casa da offendida.

Art. 274. Nestes crimes haverá logar o procedimento official de justiça sómente nos seguintes casos :

1.º Si a offendida fôr miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade;

2.º Si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saúde da offendida;

3.º Si o crime fôr perpetrado com abuso do patrio poder, ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor (420).

(420) Na processualistica penal dos delictos de violencia carnal e rapto os Autores divergem quanto á acção publica e privada. Uns entendem que o Ministerio publico, salvo raras excepções, não deve proceder *ex-officio*. Sua acção precisa ser provocada pela parte offendida. E' a victima do delicto o juiz da conveniencia da repressão. Se ella cala-se, se prefere occultar o crime no segredo do lar, o Ministerio publico não deve ter o direito de intervir. Justificam esse systema pelo interesse das familias, pela difficuldade da prova, pelo reconhecimento da innocencia em caso de erro, finalmente como um recurso contra a inacção do ministerio publico. Viveiros de Castro, *Delictos contra a honra da mulher*, cap. VI, ps. 179 e segs., reproduz os argumentos que apoiam semelhante theoria e se encontram em Fuensalida. *Commentario ao Codigo penal chileno*, § 1154, Faustin Hélie, *Tractado de Instrucção Criminal*, v. 1, § 986, Rivarola, *Codigo penal argentino*, v. II, p. 176, Adolphe Guillot, *Principio do Novo Codigo de Instrucção*

Criminal, p. 80. Já em 1894 na sua obra *Nova Escola Penal*, Viveiros combatu essa theoria que faz depender a acção publica nos crimes de defloramento e estupro da queixa da parte lezada. « Revendo hoje essa questão, á luz de mais aprofundados estudos, e com o espirito mais amadurecido pela experiencia de juiz, convenço-me, diz o illustre magistrado, que não errei, que a minha opinião é a verdadeira, mais ainda que em breve estará victoriosa. Com effeito, serias e poderosas razões justificam a necessidade de ser a acção sempre publica, sempre exercida pelo Ministerio publico e não um direito da offendida. Convem logo notar que os argumentos da doutrina opposta não resistem a um exame serio. » Passa em seguida a demonstrar, fundado em solidas razões de interesse publico e da propria offendida, a improcedencia dos argumentos da escola contraria. E conclue : « O direito de queixa privada é um absurdo. Semelhante faculdade não pode continuar na legislação de um povo culto. Na vida pratica, no dominio dos factos (e é nessa fonte que a lei deve inspirar-se) as consequencias do direito de queixa privada são, como bem disse Enrico Ferri na *Sociologia criminal*, uma fonte de abusos e transacções vergonhosas entre offensores e offendidos. De um lado abre campo vasto ás explorações, á *chantage*, ao escandalo, ás accusações infundadas das mulheres que se entregam propositalmente na esperanza que o processo seja abafado a custa de dinheiro. Do outro colloca as pobres moças a mercê da indignidade, da infamia dos seus representantes legaes; sua honra é um objecto de mercado; ella fica para sempre victimada, mas seus representantes legaes se locupletaram. A queixa privada não é somente atacada pela nova escola, a reacção vae conquistando adeptos. Compreendendo intelligentemente que a queixa privada longe de ser uma protecção á mulher é, pelo contrario, um meio de oppressão, a União das mulheres de Zurich reclamou dos poderes publicos em solemne petição que no novo Codigo penal da Suissa fosse consagrada a acção publica. E o eminente jurisconsulto encarregado da indicação desse trabalho deu-lhes razão e Viveiros passa a transcrever os conceitos de Carlos Stooss na *Exposição de motivos do Projecto do Codigo penal suizo*, p. 135. João Vieira pensa de modo contrario, e diz que o processo para punir taes factos (defloramento e estupro) deve depender geralmente, como os de injuria e diffamação, da acção particular do offendido, salvo casos especiaes de publicidade ou escandalo ou o concurso de crimes, como a morte ou as lesões pessoas qualificadas ou graves, o caso de abuso de autoridade, etc. *Cod. Pen. Interp. part. esp.*, v. 1, p. 363. João Vieira adopta o systema do nosso Codigo, art. 274 combinado com o art. 407, § 2, n. 2. Nós, porem, nos alistamos entre os partidarios da escola de Viveiros, Stooss e Ferri. O nosso Codigo penal adoptou o systema da queixa privada no art. 407, § 2, exceptuando, porem, os casos estabelecidos no art. 274. Interpretando o Codigo, bem decidio o Acc. do Tribunal Superior de Justiça de Belem (Pará) de 2 de Setembro de 1893, no *Direito*, Março, 1894, p. 378 : « E como em virtude da excepção do n. 2 do § 2 do art. 407, remissiva ao art. 294 do Cod. Pen., nos crimes de violencia carnal e rapto não ha logar a acção penal por denuncia do ministerio publico (excepção que alterou, mas não derogou a salutar providencia estabelecida no art. 73 do Codigo do Processo, que continua a ser applicada nos casos não comprehendidos no precitado art. 273) mandam que o promotor

apropriando-se das peças destes autos que lhe parecerem necessarias para basear sua denuncia e instruir o summario, promova, sem perda de tempo, a acção penal contra o indiciado recorrido. » O dr. Joaquim Guimarães, na sua obra *Acção publica e privada* (1898 — Victoria), p. 84, analysando as disposições dos arts. 407 e 274, observa que a expressão — *procedimento official de justiça*, empregado no art. 274, tem dado logar a divergencia dos tribunaes. Uns pensam que o Ministerio publico intervem por denuncia em virtude do § 2 do art. 407, por tornar-se o crime publico; outros que elle intervem por queixa, visto tão somente representar a offendida, a quem o mesmo Codigo deu o direito de *queixa*, conforme a expressão do art. 275. Em favor da primeira opinião manifestou-se o Tribunal do Pará pelo Acc. já citado de 2 de Setembro de 1893 e pelo de 5 de Maio de 1897, manifestando-se em favor da segunda opinião os tribunaes do Estado do Rio, pelos Accs. de 19 e 26 de Março de 1895, e de Santa Catharina, que, por Acc. de 11 de Março de 1892, declarou intervir o promotor officialmente por queixa no caso do art. 260, § 2, combinado com o art. 273, § 3 do Codigo. O illustre Autor resolve a duvida entendendo que esse *procedimento official da justiça* significa a intervenção do promotor, por denuncia ou por queixa, conforme a legislação processual dos Estados, pois queixa e denuncia são modos porque se ha de iniciar a acção penal, são formas de processo, com o que nada tem o Codigo penal. E acrescenta : Desde que as leis estaduais não hajam alterado em suas disposições processuaes o caracter da acção, tornando-a publica onde é privada ou vice-versa, pode o Ministerio publico intentar por queixa ou por denuncia o processo criminal, nos casos do art. 274 do Codigo, assim entendendo-se a expressão — *procedimento official* — alli empregada. Supposto, porem, que a lei estadual tenha disposição identica á do art. 407, § 2, n. 1 combinado com o art. 274, entende o Autor que aquella expressão deve ser entendida no sentido de *denuncia*, visto como « o art. 73 do Cod. do Processo foi alterado e alem disso a queixa é uma forma que se acha mais ligada directamente á offendida do que ao Ministerio publico. » A questão não deixa de ser importante. Admittido o systema do Codigo que estabelece a regra no art. 407 e a excepção no art. 274, não podem os Estados, a pretexto de que lhes compete legislar sobre materia processual, alterar a lei federal na sua substancia, pois a Constituição dando aquella attribuição aos Estados, não despojou o poder federal do direito de legislar sobre processo, sempre que o interesse publico assim o determinasse. E' preciso entender-se, em termos, as franquizas estadoaes, cuja tendencia é para o abuso em materia de legislação processual. No Estadoa do Rio uma lei tornou affiançaveis crimes inaffiançaveis, por uma simples emenda apresentada em 3ª discussão do projecto e foi approvada, como tantas outras, sem maior exame. Ha na legislações estadoaes anomalias e disparates, que bem demonstram a inconveniencia do systema constitucional que instituiu a pluralidade do processo. A duvida a que se refere o dr. Guimarães deve ser resolvida, não como elle quer, para lei processual dos Estados, mas pela disposição do Codigo penal. Sendo o caso de queixa privada (art. 407, § 2, n. 2) não ha intervenção do Ministerio publico, senão para acompanhar o processo, como orgão da lei e seu natural representante; tratando-se de qualquer dos casos previstos no art. 274, o procedimento official

da justiça opera-se pela *denúncia* do Ministério publico ou pode significar o procedimento *ex-officio* do juiz mandando abrir a instrução. O proprio dr. Guimarães (*Obr. cit.*, p. 93) reconhece que de facto, o art. 274, obedecendo a considerações de ordem publica, sem duvida, muito mais valiosas do que as de ordem privada, determina o procedimento official da justiça, que deve estar independente da vontade de quem quer que seja, e outro não podia ter sido o seu pensamento senão tirar á acção o character de privada nas hypothèses dos ns. 1, 2, 3, pois o contrario seria sancionar a impunidade e tornar-se incoherente comsigo mesmo. » O Ministério publico intervem, sem necessidade de queixa preliminar, nos casos do art. 274.

A miserabilidade da offendida não tem hoje a significação restricta que lhe davam os tribunaes do imperio. O decreto n. 2456 de 5 de Fevereiro de 1897, que creou a Assistencia judiciaria na Capital Federal definiu-a no art. 2. « Considera-se pobre, para os effeitos desta instituição, toda a pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juizo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despezas do processo sem privar-se de recursos pecuniarios indispensaveis para as necessidades ordinarias da propria manutenção ou da familia. » Já anteriormente a esta lei, o dr. Levindo Lopes, em seu Esboço de Codigo de Processo Criminal mineiro, citado por Viveiros, definiu miseravel a pessoa a quem faltam meios pecuniarios para propôr a acção (art. 5, § 2). O sentido juridico da *miserabilidade* não é o de *indigencia*, e, sim, o de *pobreza*, na forma do citado decreto de 1897 e do Aviso n. 377 de 30 de Agosto de 1865, sob consulta do Conselho de Estado, firmado por Nabuco. A prova da miserabilidade incumbe ao offendido, que a allega em seu proveito, podendo ser impugnada pelo accusado, nos termos do citado aviso de 1865.

A prova pode ser de qualquer genero, tanto para a allegação da miseria pela offendida, como para a impugnação pelo accusado. Neste ponto, concorda Viveiros com a opinião de A. J. de Macedo Soares, externada nos *Estudos Forenses*, ps. 94 e 95. De accordo tambem com A. J. de Macedo Soares, *Obr. cit.* p. 95, entende Viveiros que o juiz de direito não pode propôr quesito sobre ser o offendido pessoa miseravel. Não ha duvida que as questões de facto pertencem aos juizes de facto, diz Macedo Soares; mas nem todas as questões de facto são da competencia do juiz. A lei de 3 de Dezembro de 1841 claramente definiu essa competencia, quando nos arts. 59, 60 e 61 especifica os quesitos que o juiz de direito proporá ao jury. *Vide Estudos Forenses*, p. 95, do mesmo Autor.

O n. 2 do art. 274 prevê o caso de resultar da violencia carnal morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida. Na alteração grave da saúde, diz Viveiros, acha-se comprehendida a contaminação na offendida de qualquer affecção syphilitica ou venerea, como bem dispõe o Codigo penal portuguez, art. 398, § 7. Alem das affecções syphiliticas e outras molestias contagiosas, que podem causar damno é offendida, os autores citam casos de offensas physicas graves e até de assassinato antes, durante e após a consummação do delicto. Dechambre, *Dict. encyclop. de Médec. légale, ob. Viol.*, tratando da pederastia, diz que o estado mental do pederasta deve ser tambem examinado pelo medico chamado para fazer o exame pericial. Tem-se dado casos dos actos de pederastia serem acompanhados de assassinato

por simples capricho (*jalousie*), para facilitar ou occultar o crime. O sujeito passivo, o incubo, é quasi sempre a victima do succubo. A sodomia entre as mulheres, diz o mesmo autor, dá logar aos mesmos incidentes e ás mesmas questões e generos de provas a que ficam sujeitos os sodomitas masculinos. São tambem frequentes estes actos de corrupção sobre as creanças. Tardieu cita casos seguidos de morte. Não ha muito tempo um processo escandaloso deu logar á condemnação de um padre que em França foi causa da morte de um alumno do collegio, violentando-o.

O abuso do patrio poder ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor dá logar á intervenção do ministerio publico, independentemente de provocação da offendida. Viveiros entende que essa disposição do artigo 274 é exemplificativa e não taxativa. « O fim da lei, acrescenta elle, foi dar um protector á infeliz victima quem tinha a obrigação de protegê-la. O Ministerio publico pode intervir sempre que a offendida tiver sido deflorada ou violada por quem exercer sobre ella autoridade de direito. De outro modo o crime ficaria impune. Ora, esta mesma razão subsiste tambem no caso em que o delinquente exercia sobre a victima uma autoridade de facto, como o padrasto sobre a enteada, o amante sobre a filha de sua concubina. Entre o criminoso e a victima não existe, é certo, um laço juridico de dependencia, como entre a pupilla e o tutor. Mas ha dependencia de facto, a autoridade exercida em virtude das relações que ligam a victima ao delinquente. A lei não faz distincção entre autoridade de facto e de direito. « Por identidade de razões e interesses, conclue Viveiros que o Ministerio publico, n'este caso, pode tambem intervir, como no primeiro. » Assim tambem pensamos, ainda mais porque o interesse publico da acção da justiça e o proprio interesse da offendida são identicos, quer se trate de menor sob autoridade de direito, quer de facto. Em ambos os casos a aggravante resulta do abuso da confiança ou da situação de superioridade material e moral do delinquente sobre a offendida.

— Bento de Faria, citando o Acc. do Trib. de Just. de S. Paulo de 28 de Maio de 1897, na *Gaz. Jurid.* de S. Paulo, v. XIV, p. 174, diz que a palavra *offendida*, empregada pelo legislador nos numeros 1 e 2 do art. 274 deve concordar com o substantivo — *pessoa*, e não com a palavra — *mulher*, porquanto o sujeito passivo do crime do art. 266 pode ser de um ou de outro sexo. Essa interpretação merece reparo. Não ha duvida que o art. 274 na expressão — *Nestes crimes* — parece comprehender os dos caps. 1.º e 11.º do tit. 8.º, maximé em face do dispositivo dos arts. 272 e 273, abrangendo portanto o art. 266. *Estes crimes*, de que falla tambem o art. 273, são os mencionados no art. 272. O art. 274 repete — *Nestes crimes*, isto é, n'estes de que fallam os arts. 273 e 272, etc. Mas é evidente, pela redacção, que ao traçar os §§ 1.º e 2.º do art. 274, o Autor do Codigo não se recordou de que no art. 266 o offendido pode ser pessoa de um ou de outro sexo.

Art. 275. O direito de queixa prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime fôr commettido (421).

(421) O dr. Nabuco de Abreu, juiz do Tribunal Civil Criminal do Districto

Federal, publicou na audiência de 21 de Outubro de 1902, um despacho de indeferimento de requerimento de prescrição, assim fundamentado :

« O art. 275 do Código Penal refere-se unicamente ao direito de queixa privada, um dos meios de ser iniciada a acção penal nos termos do art. 407 do mesmo código e não á denuncia, outro meio de seu inicio, cabivel á hypothese dos autos nos termos do art. 274, § 1.º de referido código e isso deduz-se do exame attento das diversas disposições legais sobre o assumpto, como a do art. 281 e desde que se pondere nas expressões de que usa o legislador penal em quem não é licito suppór ignorancia das expressões technicas e uso de termos improprios e que si quizesse estabelecer a prescripção da acção tel-o-hia dito expressamente e não se serviria de um termo que mais adiante emprega em sentido differente. Tambem a jurisprudencia dos tribunaes tem firmado a mesma interpretação, como se póde vér no *Direito*, vols. 64, 65 e 85, em que se encontráo, a ps. 569, 398 e 293, accordãos de tribunaes de 1ª instancia da Bahia, e dos superiores tribunaes de Justiça de Pernambuco e do Rio Grande do Sul, e na *Revista de Jurisprudencia*, vols. II e III, ps. 224 e 400, em que estão publicados accordãos do Tribunal Superior de Justiça do Pará e do Conselho de Tribunal Civil e Criminal deste districto, sendo que neste ultimo parece-me cabalmente respondido o argumento contrario tirado do art. 166, § 2, da lei n. 1030, de 14 de Novembro de 1890. Por taes fundamentos, não me parece procedente a allegação da defeza, não obstante as considerações expendidas pelo dr. Viveiros de Castro, á p. 209 do seu livro de delictos contra a honra da mulher, e pelo advogado do denunciado, á p. 44 de suas annotações ao decreto que creou a Assistencia Judiciaria. »

Viveiros entende que prescripto o direito de queixa privada, se a offendida invocar a protecção do promotor publico, a prescripção impede o seu procedimento. E' certo, diz elle, que o Código refere-se unicamente á queixa privada. Mas a razão que motivou a prescripção para a parte offendida subsiste tambem em relação ao ministerio publico. No caso de queixa privada, a acção do ministerio publico é meramente subsidiaria. Mas nos casos de denuncia por acção publica (art. 274, ns. 1, 2 e 3) a prescripção obedece ás regras geraes, não está sujeita ao prazo restricto da parte offendida. Essa doutrina basea-se em bem fundadas razões de direito. O Conselho do Tribunal Civil e Criminal, por Acc. de 17 de Dezembro de 1897, na *Rev. de Jurisp.*, Junho, 1898, p. 224, decidiu que « a prescripção de que trata o art. 275 do Código Penal comprehende unicamente o *direito de querella* por parte da pessoa offendida e não o *direito de denuncia*, inicio da acção publica, cuja prescripção é regida pelas regras geraes dos arts. 79 e 85 do Código. Decidida a *illegitimidade* do Ministerio Publico para denunciar, então tem applicação o dispositivo do art. 275, no sentido de não ser recebida a *queixa da parte* si já estivesse decorrido o lapso de tempo marcado no mesmo artigo.

— No mesmo sentido, o Acc. do Trib. Sup. de Just. do Pará de 2 de Outubro de 1897, na *Rev. Jurisp.*, Abril 1898, p. 244 :

Quando nos crimes de violencia carnal e rapto ha o procedimento official da justiça de accordo com o art. 284 do cod. pen., a prescripção da respectiva acção não é mais regulada pelo art. 275 e sim pelo art. 85 do Cod. Pen.

— Da confrontação dos arts. 78, 225, 275 e 407 do Cod. Pen. resulta que a

prescrição especial do art. 275 não diz respeito aos casos especificados no art. 274, nos quaes tem lugar o procedimento official da justiça. Acc. do Trib. Sup. do Recife de 28 de Setembro de 1894, em Joaquim Guimarães, *Acção publica e privada*, p. 96, *vide*.

— A seguinte decisão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal, dá intelligencia ao art. 275 :

Accórdão em Conselho do Tribunal Civil e Criminal dar provimento á *appellação* interposta da sentença de fl. 41 e 42, na qual o Dr. Juiz *a quò* julgou prescripta a presente acção penal, para, reformando essa sentença, indeferir o requerimento de fl. 36, em que o réo José Pinto Cardoso, processado pelo crime de rapto, pedio fosse decretada a prescrição, por já terem passados seis mezes da data do crime que lhe é imputado.

A prescrição da queixa lê-se na sentença appellada « é a propria participação da acção e não differe desta; e tanto que o art. 78 do Codigo, declarando a prescrição da acção subordinada aos mesmos prazos que da condemnação, exceptuou dessa regra geral os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, nos quaes a prescrição da acção não se regula pela da condemnação. Se a prescrição a que se referem aquelles tres artigos não fosse propriamente a acção penal, o art. 78, tratando exclusivamente desta especie de prescrição, não citaria os casos de taes artigos como excepções á regra geral que ahí se estabelece, pois que só se exceptuam os casos que de outro modo ficariam comprehendidos 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 codigo 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.

Foi abandonado o systema do regimen passado, no qual essa materia era regulada pelas *leis de fórma*.

Ainda inspirado naquelle codigo, o nosso, parecendo á primeira vista que só dispõe sobre a prescrição da *acção propriamente dita e da condemnação*, — estabelece positivamente caso especial para a *prescrição do direito de queixa privada*.

Essa circumstancia extinctiva *impede o direito de quèrellar*, 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 da seu representante, não é *mais admittida*.

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 tambem procedeu o legislador italiano, quando disse no art. 91 que « a prescrição, *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 fôr commetido

O italiano dispõe no art. 355 que « a 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. 341 — *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 cousas distinctas a *prescripção do direito de queixa* e a *prescripção da acção penal*, embora, 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 Listz, *Trat. de Direito Penal*, t. I., p. 318, Traduc. 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, conseguintemente, tambem 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.

Custas pelo appellado.

Rio, 14 de Janeiro de 1904. — *Moniz Barreto*, P. e relator. — *T. Torres*. — *Viveiros de Castro*, vencido.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida (422).

(422) O dr. Viveiros de Castro, nos *Delictos contra a honra da mulher*, p. 267, comm. ntando este artigo, discorda do dr. Souza Lima que julga essa disposição « iniqua, altamente indecorosa e demoralisadora, porque importa a presumpção de que com esse dote, com uma certa quantia em dinheiro, resgata-se a honra de uma donzella, repara-se, perante a sociedade, essa affronta, esse estigma indelevel, lançado ao symbolo de sua virgindade. » Alexandre Dumas Filho pensava de modo contrario, considerava a honra de uma moça uma propriedade, um capital como outro qualquer, que a lei devia proteger. O dote seria uma indemnização. Viveiros discorda tambem do illustre dramaturgo: « Nem a obrigação do dote é uma paga, um preço da virgindade perdida, como suppõe o dr. Souza Lima, nem a virgindade é um capital, como diz Alexandre Dumas Filho. Mais justa e felizmente comprehendeu Alberto Millet, *A Seducção*, p. 117-118, a disposição legal, justi-

ficando-a deste modo : « O celebre academico servio-se de uma palavra inexacta, a virgindade não é um capital. A virgindade é o estado de uma pessoa innocente, que tem o coração puro e não conhece os prazeres sexuaes da voluptuosidade. Um capital tem um valor que geralmente pode ser apreciado em dinheiro. Ora, no systema de Dumas, qual seria o valor da virgindade? O capital virginal teria o mesmo valor, o mesmo preço, para todas as mulheres, para todas as edades? Um capital é essencialmente productivo. Ora, que lucros, que rendas, que juros deve produzir a virgindade? Seria mais productiva aos dezeseis annos do que aos vinte e oito? Uma propriedade é inalienavel. Pode-se admittir que uma moça, como todo o capitalista, especule com o seu thezouro e reclame deante dos tribunaes o valor da virgindade vendida e que não foi paga? A virgindade, na accepção larga e evangelica da palavra, não é um capital, é uma virtude. Esta virtude dá á moça casta consideração, honra, vantagens incontestaveis, como a probidade dá tambem ao homem honesto; mas a virgindade tem um valor todo venal, apreciavel em dinheiro. Assim, quando a justiça concede a uma moça seduzida perdas e danos, não é certamente para effectuar o reembolso de um capital roubado, não é para pagar o preço da virgindade; é para inflingir ao culpado uma reparação civil e ao mesmo tempo para indemnizar a victima do prejuizo que lhe foi causado pelas consequencias materiaes da seducção e pela mancha lançada em sua honra. » E' este justamente o fim da lei, a razão que a justifica, diz Viveiros. Não é possível fixar regras para o valor do dote. Como muito bem diz Pacheco, *Cod. Pen. Argent. comm.*, esse valor varia segundo o caso occorrente. Os tribunaes devem ter principalmente em consideração a fortuna do seductor, a classe e as circumstancias da seduzida. Viveiros observa que hoje alguns juizes entendem que a obrigação do dote é liquidada na execução da pena, nomeando-se arbitros que a avaliem, e convertido o dote em dias de prisão se o réu não o paga. Fundam-se elles nas palavras do Codigo — a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida. O dote é, pois, uma pena, faz parte obrigatoria da sentença e não pode, portanto, deixar de ser liquidado na execução. Viveiros não compartilha dessa opinião e os fundamentos de sua doutrina assentam em solidas razões de direito. Entende que deve ser pedida por acção civil, porque o dote não é uma pena, é uma indemnização. Era essa a opinião dominante no dominio do Codigo imperial. Attestam-na Francisco Luiz, *Cod. Crim.*, p. 421; Silva Costa, *Estudo Sobre a satisfação do damno causado pelo delicto*; Paula Ramos, *Questões Praticas de Processo Criminal* e os Avisos de 18 de Outubro de 1854 e 17 de Junho de 1865, citados por Viveiros. João Vieira adopta a opinião contraria, *Cod. Pen. Interp.*, part. esp., v. I, p. 367. Nós preferimos acompanhar Viveiros : o dote não é uma pena criminal, não está incluída entre as do art. 43, unica que o Cod. estabelece. Mas, se quizerem consideral-o uma pena, será, n'este caso, uma pena civil, cuja liquidação compete ao juizo civil. Lacerda de Almeida, *Obrigações*, p. 327, § 69, resolve bem a questão da reparação criminal e civil : « Esse facto, essa omissão (*de que resulta o delicto*) pode mesmo dar logar alem da pena criminal a uma reparação determinada na propria lei penal » e em nota (10), acrescenta : « Tal é v. g. o casamento do autor do delictamento com a victima do crime. § unico do art. 276 do Cod. Pen.

Quanto differe a reparação da lei criminal da reparação da lei civil, vê-se desse mesmo art. 276. O § unico prové á reparação da lei criminal pelo casamento, a 1ª parte do art. prové á reparação da lei civil pelo dote. » Nem o casamento, nem o dote são penas, e, sim, reparação do mal causado. O proprio Codigo determina no art. 70 que a obrigação de indemnizar o damno será regulada segundo o direito civil. Adoptamos a opinião de Viveiros contra João Vieira : « As palavras do art. 276 — a sentença que condemnar o criminoso o *obrigará* a dotar a offendida — querem dizer que a sentença criminal firma um direito indiscutivel para a offendida; uma obrigação para o criminoso, e constitue uma cousa julgada, que não pode ser mais objecto de duvida e controversias. Mas é pela acção civil que se exige o cumprimento desse obrigação, é no juizo civil que se arbitra o valor do dote. »

A expressão — damno causado pelo delicto — é comprehensiva, não só de danos patrimoniaes, senão tambem dos prejuizos moraes. A obrigação, que é imposta ao delinquente (art. 276 do Cod. Pen.) de dotar a deflorada, perdura ao fallecimento daquelle e passa aos herdeiros até o valor dos bens herdados : Sentença do juiz de Direito de S. Luiz do Maranhão, dr. Vinhaes, na *Rev. de Jurispr.* de Junho de 1901, p. 152.

Esta doutrina é controvertida quanto a passar aos herdeiros do delinquente a obrigação do dote, a vista do preceito do art. 25 do Cod. em que se estabelece que a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

Paragrapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que Ihe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si fôr maior (423).

(423) Esta disposição é justa e moralisadora, diz Viveiros. O casamento apaga o delicto, restituindo á mulher a posição que occupava na sociedade. Mas é preciso que a offendida consinta livre e expontaneamente no casamento. E' preciso que ambas as partes consintam; pois se qualquer dellas se oppuzer, o casamento não se realisa. Não basta ainda que o réu declare que quer casar-se, é preciso que o casamento se realise. Viveiros adopta essa opinião, que é tambem a do dezembargador D. Francisco Balthazar da Silveira (sobre o Codigo Crim. de 1830), presidente da Relação do Recife, citado por João Vieira, *Obr. cit.*, p. 370. D. Francisco accrescenta : « E alem do consentimento da infeliz, deve havel-o de seu pae, tutor ou curador ou do juiz, que para tanto tem jurisdicção. Viveiros aconselha ao juiz que decida essas questões com muito criterio e prudencia, pois a opposição ao casamento só é justificada si funda-se em algum motivo particular de honra, ou na falta de qualidades moraes do seductor, ser elle ebrio, dissoluto, etc. João Vieira entende que neste paragrapho está incluido o rapto, a despeito de haver sido excluido do art. 276, o que constitue uma lacuna do Codigo. Porque, diz o illustre Autor, si o Codigo nega a satisfacção pelo dote á rapta, não pode, sem absurdo, negar-lhe a mais completa que pode haver no

caso, a plena reparação moral pelo casamento, que lhe faltaria se o raptor não tivesse pelo casamento um meio de eximir-se da punição. Mas o motivo principal não seria este, porque o consentimento do raptor deve ser livre e espontaneo, bem como o da raptada, se houver coacção pelo temor da pena, o consentimento viciado exclue o casamento. A dirimente do § unico só tem logar no caso figurado de aprazimento das partes e das pessoas sob cuja autoridade legal se acham, se forem menores, ou simples aprazimento das partes, si maiores. Na expressão *aprazimento das partes* deve entender-se — *consentimento libre e espontaneo*. Parece que o § unico restringe o *aprazimento* ao representante legal da offendida quando menor, ou simplesmente á offendida, quando maior, ficando, assim, excluído o aprazimento do offensor. Mas, entendemos, que o aprazimento refere-se a ambos, pois é da essencia da validade do casamento o livre consenso das partes contrahentes. Ninguém pode ser obrigado a casar-se; nem o casamento é pena. Em face do § unico o casamento é reparação voluntaria do damno causado, e desde que se realise constitue uma dirimente, que suspende a execução da pena se o seductor casou-se depois de entrar no cumprimento, ou impede a execução, ou mesmo põe termo ao processo, se o casamento realisou-se antes. No caso de rapto, concordamos com João Vieira; acha-se incluído na disposição do § unico. E nem ha necessidade que tenha-se seguido defloramento ou estupro, como pretende Silva Ferrão, commentando o art. 400 do Cod. Portu-guez, cit. por João Vieira. Aliás o Aviso de 3 de Janeiro de 1891 declarou que á vista da disposição do art. 122 do dec. de 24 de Janeiro de 1890 (lei do casamento civil) nenhum emolumento é devido pelo casamento de pessoas pobres, quer seja promovido pelos proprios nubentes, quer pelas autoridades policiaes por crime de defloramento e rapto.

— Vide no *Direito*, Setembro, 1892, p. 42, um artigo do dr. Luiz B. Marques Pitaluga, sustentando que o juiz dos casamentos pode deixar de realizar o solicitado pelo offensor de uma menor toda a vez que, por qualquer causa, ella não possa dar livremente seu consentimento. Intelligencia dos arts. 7, § 5, da lei de 24 de Janeiro de 1890 combinados com o § unico do art. 276 do Codigo penal. No *Direito*, Julho, 1895, p. 451, sentença de dr. Hygino Cunha, juiz de direito de Amarante (Piauhy), sustentando que o casamento da menor de 14 annos com o seu offensor não tem logar si a mãe da offendida lhe recusa o seu consentimento por motivos ponderosos. Intelligencia dos arts. 17 e 94 da lei n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 combinada com o art. 276 § unico do Cod. Penal. « Ao juiz, diz a sentença, não é licito dar ou supprir o consentimento para o enlace conjugal quando a consciencia materna e a da propria offendida, fundadas em motivos ponderosos, repellem-n'o peremptoriamente. O casamento posterior não é admissivel senão como *reparação*, quando o offensor é capaz de amparar e nobilitar a sua victima. » Termina, citando as palavras do Dr. Virgilio Cardozo de Oliveira (*Direito*, vol. 61, p. 506) : « Synthetizando, diremos como interpretação dos arts. 7, § 5 e 17 da lei de 24 de Janeiro de 1890 e 276 do Codigo Penal, si é que elles precizam de interpretação : tudo fica ao arbitrio, criterio e bom senso do juiz de orphãos; uma vez que sobre o casamento estejam de accordo o offensor, a offendida e a sua familia.

CAPITULO III

Do lenocineo

Art. 277. Excitar, favorecer ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos (414).

(414) A penalidade é a do art. 97.

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por ascendente em relação á descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum menor com relação a este; pelo marido com relação á sua propria mulher :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos (415).

(415) A penalidade é a do art. 88 pr.

Além desta pena, e da interdicção em que incorrerão, se imporá mais :

Ao pai e mãe a perda de todos os direitos que a lei lhes concede sobre a pessoa e bens do descendente prostituido;

Ao tutor ou curador, a immediata destituição desse munus;

A' pessoa encarregada da educação do menor, a privação do direito de ensinar, dirigir ou ter parte em qualquer estabelecimento de instrucção e educação ;

Ao marido, a perda do poder marital, tendo logar a acção criminal, que prescreverá em tres mezes, por queixa contra elle dada sómente pela mulher (416).

(416) Ensinam os escriptores, diz Lima Drummond, *Estudos de Direito criminal*, cap. *Do lenocineo*, p. 127, que *lenocineo*, no sentido juridico, exprime acto deshonesto e especialmente indica os actos pelos quaes alguém se colloca entre duas pessoas para fazer com que uma acceda ao desejo carnal de outra, ou para facilitar e auxiliar a realização dos reciprocos desejos, prè-existentes em ambas, de se conhecerem carnalmente. Os latinos designavam com a palavra *lenocineo* estes factos que, no dizer de Mello Freire (*Inst. Jur. Crim., Lus. § XIV*) constituem *crimen detestandum et cum maximá*

humani generis detrimento conjunctura. Entre nós identica designação foi empregada, quer no Cod. Pen. de 1890, quer nos projectos de 1893-1896. No entanto, a Ord. do livro V, tit. XXXII, nomeia os mesmos factos pela palavra *aicoovitaria*, cuja tradução serve vulgarmente em hespanhol para indicar a mesma cousa, aliás também expressa pelo alludido vocabulo lenocineo e pela palavra proxenetismo, que a Academia hespanhola ainda não admittio, mas provem do grego *προξενετης, ον'*, que quer dizer *negociador* e é usada na terminologia scientifica, em França, onde substitue a expressão vulgar *maquerellage*. O termo lenocineo foi empregado por Mello Freire em seu Codigo criminal e encontra-se no antigo e no moderno Codigo penal portuguez, assim como no novo Codigo penal italiano. João Vieira faz um resumo historico do lenocineo desde a antiguidade grega e romana até nossos dias, si bem que incompleto, mas por onde se vê que foi o Codigo de 1890 que deu-lhe entrada no nosso direito, pois o Codigo de 1830 delle não cogitava. Passa em seguida a estudar, acompanhando Suman, Pessina e outros autores, as figuras do lenocineo *simples* e *qualificado* da velha escola. Considerava-se *simples* o trafico habitual da pudicicia de outrem — são as figuras dos arts. 277 e 278. *Qualificada* era a prostituição provocada pelos ascendentes, pelo marido, pelo tutor ou curador — são as figuras do § unico do art. 227. A moderna escola, ao contrario, não considera senão uma figura, e a qualidade do culpado não é senão uma circumstancia que torna mais grave o crime. Vide João Vieira, Cod. Pen. Interp., part. esp. v. 1, ps. 375 e segs. Frantz von Liszt, trad. do dr. José Hygino, na *Rev. Jurispr.*, Fev. 1898, p. 135, observa que as novas legislações formam dois grupos. Ao passo que o direito dos paizes latinos (França, Belgica, Hespanha e Italia) prevê somente a corrupção de menores, os Codigos allemães offerecem uma variada mescla das mais differentes disposições, não raro casuisticamente formuladas, das quaes as do Codigo prussiano, comquanto não se distinguissem por especial clareza, passaram com insignificantes modificações para o direito imperial e tem dado occasião a uma serie de questões difficilimas. O projecto de 1892 somente em parte as evitava. O chamado *trafico de raparigas*, considerado em si, não é sujeito á penas. O dr. José Hygino em nota accrescenta que esse trafico só é sujeito a pena, como um acto de proxenetismo. O trafico de *mulheres brancas* é uma figura criminal que deve ser especialmente prevista pela lei penal. Assim fez o projecto suizo. O dr. José Hygino indica o commentario de Stóos ao art. 104 desse projecto. João Vieira diz que aos paizes latinos, citados por Von Liszt, pode-se adicionar Portugal, Uruguay e a Republica Argentina, e fora dos paizes latinos ainda a Hollanda. A questão do trafico de mulheres brancas continua a preoccupar a attenção das Nações. A proposito lemos em uma correspondencia do *Jornal do Commercio*, datada de Pariz de 20 de Novembro de 1902 :

« Conforme opportunamente noticiámos, reunio-se em Pariz, no mez de Julho, uma conferencia internacional, sob a presidencia do Sr. Delcassé, Ministro de Estrangeiros, com o fim de tratar da repressão do odioso e repugnante mercado de mulheres brancas, para o qual as leis actuaes são pouco efficazes. Nessa conferencia estiverão representados quasi todos os paizes do continente europeu e da America do Norte. Da America do Sul só o Brazil se fez representar pelo seu Ministro em Pariz, o Sr. Dr. Gabriel de

Piza. O programma proposto nessa conferencia pelo Governo Francez foi o seguinte : « Medidas de ordem penal ». Introduzir na legislação penal dos paizes cujas leis são insufficientes a esse respeito os delictos seguintes : **Menores.** Ajuste ou alliciação para a prostituição; admissão ou retenção nas casas ou lugares de deboche. Penas a determinar : Aggravação da pena, se o delicto foi praticado por meio de violencias, ameaças, fraudes, abusos de autoridade ou qualquer outro meio de constrangimento. **Mulheres de maior idade.** Ajuste ou alliciação para a prostituição, admissão ou retenção nas casas de deboche ou de prostituição, quando esses factos forem praticados por meio de ameaças, fraude, abuso de autoridade ou qualquer outro meio de constrangimento. Penas a determinar. Convenção internacional a estabelecer no que disser respeito á competencia quanto aos processos a intentar, a extradicação dos autores e cumplices, uma execução tão rapida quanto possível dos mandados de prizão e das cartas precatorias, a vigilancia que deve ser exercida nas chegadas e partidas de pessoas suspeitas de se entregarem aos actos incriminados, e das victimas desses actos; os avisos a dar aos Governos sobre o domicilio dessas ultimas, a sua repatriação, as instrucções que devem ser dadas aos agentes diplomaticos ou consulares dos diversos governos no estrangeiro ». O Governo francez publicou nestes ultimos dias um Livro Amarello, em que estão reproduzidas as actas das sessões dessa commissão internacional e as conclusões por ella adoptadas. Eis os seus dous artigos fundamentaes : Art. 1. Deve ser punido todo aquelle que para satisfazer as paixões de outrem, alliciou, arrastou, ou desviou, mesmo com o seu consentimento, uma menor, com o fim de debocha-la, mesmo quando os diversos actos que são os elementos constitutivos da infracção tiverem sido praticados em paizes diferentes. Art. 2. Deve ser punido todo aquelle que, para satisfazer as paixões de outrem, tiver, por fraude ou por meio de violencias, ameaças, abusos de autoridade, ou outro qualquer meio de constrangimento, alliciado, arrastado ou desviado uma mulher de maior idade com o fim de debocha-la, mesmo quando os diversos actos que são os elementos constitutivos da infracção tiverem sido executados em paizes diferentes. » A conferencia internacional circumscreveu o delicto unicamente no facto de desvio e alliciação. Muitas nações já vão mais longe e qualificação de delicto o acto simples, sem circumstancias accessorias, do trafico de carne humana. O art. 202 do novo Codigo penal norueguense de 22 de Maio de 1902 diz « todo aquelle que induzir uma pessoa a fazer da prostituição uma profissão, ou concorrer para tal inducção, será punido de prizão, que póde ir até 4 annos. » Esta penalidade será augmentada se a pessoa seduzida fór menor de dezoito annos tambem se houver fraude, violencia ou abuso de autoridade. A minoridade e a fraude são circumstancias aggravantes, mas não elementos constitutivos do delicto. O direito allemão resolve a questão do mesmo modo. No que diz respeito ao mercado de mulheres de maior idade, elle prevê uma penalidade mesmo nos casos em que o mercado não fór exercido empregando-se a astucia ou o constrangimento. Na nota entregue pelo Governo allemão á Conferencia Internacional lê-se este paragrapho importante : « Os signaes caracteristicos do emprego da força ou da astucia escapão mui frequentemente a todas e quaesquer verificações ulteriores pelas autoridades de policia ou á investigação das provas por qualquer outra fórma. Deve, pois,

ser submettida a uma penalidade toda e qualquer alliciação para casa publica e todo e qualquer acto de mercado tendente á excitação ao deboche, quer no paiz de origem da mulher, quer num paiz estrangeiro, para onde ella fór transportada. Em França, a lei está sufficientemente armada para a protecção das mulheres menores.

O Codigo Penal, em seu art. 334, diz : « Todo aquelle que tiver atacado a moral publica, excitando, favorecendo e facilitando habitualmente o deboche ou a corrupção da mocidade, de um e de outro sexo, de menos de vinte e um annos, será punido com a prisão de seis mezes e com uma multa de cincoenta a quinhentos francos. » O projecto de Convenção a que acima alludimos completa esse artigo sob o ponto de vista internacional. Para as mulheres de maior idade não existe em França lei protectora. Pelos desejos manifestados pela Convenção essa lacuna fica preenchida. Em Francfort, na Allemanha, reunio-se ultimamente o segundo Congresso sobre o « mercado de mulheres brancas », a que assistio o Chefe de policia da capital franceza. Nessa importante reunião internacional foi discutida e fixada a legislação internacional relativa a tão melindroso assumpto, a essa chaga social, resultante de um conjunto de corrupções, que são os elementos caracteristicos de uma época de decadencia. O proximo Congresso se reunirá em Pariz e deverá não só estudar os meios de acabar com o « castismo », como tambem adoptar medidas tendentes a melhorar a situação da mulher. O que, em Pariz, impelle as raparigas á prostituição, mais ainda do que a alliciação de proscenetos, é a promiscuidade na loja e na officina, a cançoneta e o jornal pornographicos e muito principalmente os vencimentos mesquinhos pagos a uma infeliz operaria. Poucas são as que podem conservar os seus sentimentos castos e puros, não preferindo um luxo relativo aos rigores da pobreza e da miseria. O que tambem contribue para a prostituição da mulher é a vergonhosa e exagerada exhibição de nudez nos theatros e em outros lugares, sob pretexto de symbolos de toda a especie. Esse meio denominado artistico é o melhor terreno de cultura para o desenvolvimento do vicio, com todo o seu cortejo de horrores e consequencias funestas. Muitas e muitas são as infelizes que encontram e encontram, ou na grande loja ou no theatro, o inicio de uma perdição, por não terem a coragem de resistir contra a miseria. E não poucas são as que, depois de iniciadas no vicio pelo primeiro caixeiro de uma loja, pelo regente ou pelo primeiro trombone de uma orchestra, partem para Londres, Chicago e para a America do Sul, contractadas por *empresarios* de categorias diversas. Occupando-se o futuro Congresso dos meios de melhorar a sorte da mulher, da mulher operaria em Pariz e em toda a Europa, fará grande obra de humanidade e dará talvez o maior passo para o desaparecimento do vergonhoso mercado. »

O conceito do Cod. allemão, art. 180, segundo Von Liszt, é que o lenocineo consiste na *assistencia prestada por quem serve de intermediario, dá ou procura occasião para fins libidinosos*. A libidinagem de que falla a lei comprehende não só a *copula fora do casamento*, senão tambem a lascivia contra a natureza punivel entre pessoas do sexo masculino. De accordo com a doutrina corrente, o lenocineo não deve ser considerado como *cumplicidade* no sentido do direito penal, mas como *crime independente*. Desse conceito seguem-se diversas conclusões, sob formas do lenocineo, segundo a legisla-

ção alemã. Vide na *Rev. Jurisp.*, Fev. 1898, ps. 137 a 141, trad. e notas de dr. José Hygino.

Dos nossos autores, Viveiros de Castro é o que nos parece ter melhor tratado do assumpto em face do nosso Codigo. Na *Jurisprudencia criminal*, ps. 45 e segs., diz o illustre magistrado : « Em geral os codigos latinos, o francez, o belga, o italiano, o hespanhol, o argentino, somente comprehendem na figura delictuosa do lenocineo uma unica modalidade, a corrupção da infancia, *l'excitation des mineurs à la débauche*. Mas os Codigos allemaes abrangem no lenocineo dois aspectos diferentes, a corrupção da infancia e o desenvolvimento da prostituição. Apesar do nosso Codigo penal ser, em sua quasi totalidade de artigos, uma ruim traducção do Codigo penal italiano, comtudo no capitulo do lenocineo deixou de lado o modelo habitual para seguir a orientação dos Codigos allemaes. Com effeito o nosso Codigo, no art. 277, occupa-se do *proxenetismo* propriamente dito, do rufião, do alcoviteiro, da pessoa, emfim, que, servindo de intermediario, excita, favorece ou facilita a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem. N'esta hypothese são elementos do delicto : 1° que o agente excite, favoreça ou facilite a prostituição de alguém em beneficio de outrem, não havendo lenocineo, se a seducção foi em proveito pessoal, no interesse da propria paixão ; 2° o habito no officio, convindo, porem, notar que o habito não exige pluralidade de victimas, bastam actos repetidos sobre a mesma pessoa. E' indifferente para a caracterização do delicto o movel da conducta do agente, quer seja pela promessa de paga, quer por depravação moral, quer para agradar alguém, etc. » Por Acc. de 19 de Setembro de 1896, o Supremo Tribunal Federal faz distincção entre lenocineo com relação á prostituição reservada, e o lenocineo que tem por fim a prostituição publica. Do primeiro trata o art. 277 e o segundo foi previsto no art. 278. O art. 277 define o *lenocineo simples* e no paragrapho unico o *aggravado*. Esta forma do lenocineo já era conhecida no direito portuguez antigo : constituia o crime dos *alcaioes*, *alcoviteiros*, *alcovetos*, do arabe *alconed*, medianoiro (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port*). Era a *alcovitaria* correspondente ao *lenocinium* dos romanos. Foi pela primeira vez qualificado por uma lei de D. Affonso IV que comminava as penas de açoites e perda dos bens. Tanto a forma simples, como a *aggravado*, eram punidas com severidade. D. João I *aggravou* a penalidade, chegando a impôr a pena de morte, o que foi confirmado pela Ord. Affonsina fonte das compilações posteriores (Manuel. t. 29 e Philip., t. 32). A *alcovitaria* simples de mulher casada, de filha ou irmã d'aquelle com quem convivesse ou de quem recebesse beneficios, ou de alguma christã para mouro, judeu ou infiel, era punida com a morte e mais severamente do que a *alcovitaria* *aggravada* do pae e do marido em relação ás filhas e á mulher, os quaes eram punidos com açoites e degredo para o Brazil. Vide nota do dr. José Hygino, na *Rev. Jurisp.*, Fev. 1899, ps. 136 e 137. João Vieira (*Cod. Pen. Interp.*, cit., p. 378) faz um estudo minucioso do art. 277, e § unico, cujas conclusões adoptamos. Não concordamos com a opinião de Nypels quanto á exclusão do filho natural não reconhecido e do adoptivo e da enteada da disposição do paragrapho unico. A inclusão está implicita, porque o Codigo não distingue a autoridade de direito da de *facto*, quando

procura proteger os menores contra os crimes que affectam a segurança da honra e honestidade das familias. Concordando com Viveiros, em nota ao art. 273 elucidamos a materia. Aliás, assim tambem pensa João Vieira (*Obr. cit.*, p. 382).

Art. 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constangendo-as por intimidações ou ameaças, a empregarem-se no trafico da prostituição; prestar-lhes, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação e auxilios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação :

Penas — de prisão cellular por um a dous annos e multa de 500\$ a 1:000\$000.

(417) Na antiga legislação portugueza era tambem conhecida esta especie de lenocineo, cuja pratica constituia o officio do *rufião*, que era o alcoviteiro, que alem de inculcar mulheres, acudia ás suas pendencias, as apadrinhava, as desfructava de graça, ou era mantido por ellas. Pela Ord. Affons. o rufião era açoitado e degradado para a Africa (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*). Nas suas *Notas historicas* sobre o Codigo Penal de 1890, na *Rev. Jurispr.*, Agosto 1898, p. 404, o dr. Baptista Pereira diz : « O artigo novo que se accrescentou, recebeu no Codigo o n. 278 e occupa logar ao lado do lenocineo (art. 277) com o qual tem o mais estreito parentesco. O senso popular deu-lhe o nome de *castismo*. Especies do mesmo genero, crimes contra a pureza dos costumes e o pudor publico o lenocineo, mister do proxeneta, é a excitação á devassidão, o favorecimento da corrupção para satisfazer a libidinagem de outro; o castismo é a exploração torpe da miseria de infelizes mulheres que se submettem ao jugo tyrannico do cynico, que as explora, constangendo-as, por meio de intimidações, ou abusando de sua fraqueza, ao commercio questuario. O proxeneta limita-se ao seu officio de alcoviteiro; é um corretor ou intermediario. O casten organiza a prostituição; fornece assistencia ou auxilio ás desgraçadas filhas d'alegria, dá-lhes casa e subsistencia e com ellas reparte uma migalha dos pingues lucros que auferem do ignobil trafico. No projecto de reforma pendente da Camara dos deputados se supprimio o castismo; conservou-se apenas a figura do lenocineo, cuja feição característica é a excitação á corrupção para servir a libidinagem de outrem. O casten é uma coisa hedionda, que envergonha e ultraja a nossa civilização; uma praga, que conspurca os costumes publicos e affronta o pudor da sociedade. Não se comprehende, portanto, porque, quando o legislador devera antes requintar em severidade, se mostrasse indulgente para o commercio forçado das meretrizes. » E tem razão o illustre J. C!... Lima Drummond, *Estudos de Direito Criminal*, cap. *Lenocineo*, p. 140, diz tambem que se o legislador preferir o regimen do projecto de 1893 ao do Codigo de 1890, a punição contra cuja brandura se reclama e a moralidade social protesta, converter-se ha em absoluta e escandalosa impuni-

dade, pois que quasi todos os proxenetas poderão tripudiar abusivamente sobre as ruinas da moralidade social e da lei que os punia, convertendo-se a propaganda que a imprensa realisou em espectacularosa exhibição de miserias humanas que o poder publico indifferentemente contemplou. João Vieira, *Cod. Pen. Interpr.*, cit., p. 383, diz que o art. 278 constitue antes uma aggravante ou qualificativa do lenocineo, ou seu congenere que o uso entre nós tem appellidado de *castismo*, e o *casten*, o sujeito activo do crime caracterizado pelo *habito* e pelo *lucro*, especialmente na segunda parte do art. 278. Conforme explicou o dr Baptista Pereira e se vé da disposição do art. 278, trata-se ahi de uma especie de lenocineo diversa do *proxenetismo* definido no art. 277, e não de uma aggravante ou qualificativa do crime. Viveiros de Castro elucida muito bem o assumpto na sua *Jurisprudencia Criminal*. No art. 278, diz o illustre magistrado, o nosso Codigo comprehende duas modalidades diversas : 1° O castismo, forma classica dessa modalidade, é a mais frequente do lenocineo entre nós, aquella de que a nossa jurisprudencia criminal offerece mais casos julgados. São elementos do delicto : 1° Que o agente tenha induzido alguma mulher a empregar-se no trafico da prostituição. Pouco importa que a mulher já esteja prostituida. Não se trata na especie de defloramento de uma virgem, da corrupção de uma innocente. O fim do legislador é evitar e reprimir o trafico da mulher, esse novo mercado, ou antes essa nova escravidão das brancas, que ultimamente na Europa tanto tem preocupado a attenção dos sociologos e sido objecto das discussões dos congressos. 2° Que o agente obtenha esse fim, quer abusando da fraqueza e miseria da mulher, quer constringendo-a por intimidações e ameaças ; 3° Que tenha agido com o fim de auferir lucros directos ou indirectos desta especulação, *causa quæstus et lucri habendi*, na phrase de Farinacio.

A segunda modalidade consiste na prestação por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, de assistencia, habitação e auxilios á mulheres que se empregam no trafico da prostituição, para desta especulação auferir lucros directos ou indirectos. Estão ahi comprehendidos os proprietarios de hotéis e hospedarias que alugam quartos por horas, os individuos que alugam predios, mobiliam os aposentos, dividem compartimentos com o intento preconcebido de sublocal-os a prostifutas ; as proprietarias dos bordeis e lupanares, etc. Convem notar que a assistencia, habitação e auxilios não são elementos indispensaveis para integração do delicto e sim modalidades diversas que o delicto pode apresentar ; não são termos taxativos e, sim, exemplificativos, na phrase dos escriptores francezes. Assim tinha sido decidido em numerosos Accordãos pela Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal. A Camara Criminal da Corte de Appellação entendeu de modo contrario. Mas o Supremo Tribunal Federal derimio a controversia, adoptando a doutrina da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal. O Accordão da Cortê de Appellação que reformou o Accordão do Tribunal Civil e Criminal vem, assim como este, publicado á ps. 42 a 45 da *Jurisprudencia Criminal*. A causa da controversia foi o emprego da conjunção — e — na expressão do art. 278 — assistencia, habitação e auxilios. — A Corte de Appellação entendia que a particula tinha alli a unção copulativa e não disjunctiva, devendo por conseguinte os trez ele-

mentos concorrerem simultaneamente para a integração do delicto. Viveiros interpretou de modo diverso, fundando sua opinião no facto do nosso Código não primar pela clareza da redacção. E' frequente nelle o emprego da conjuncção — e — que liga, em vez do — ou — que descrimina, divide e separa. Esse pónto é minuciosamente elucidado no Accordão do Supr. Tribunal Federal de 17 de Setembro de 1898, que corróbora a opinião de Viveiros, e vem publicado á p. 49 da *Jurisprudencia Criminal*. Em Accordão posterior o Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 16 de Novembro de 1899 (*Vide Obr. cit.*, p. 61), confirmou mais uma vez a doutrina, exigindo, porém, ainda como condição essencial do delicto — o fim de lucro. — « Observa ainda Viveiros, *Obr. cit.*, p. 55, que a classificação juridica dos factos nessas diversas modalidades do delicto exige do juiz conhecimento completo da doutrina pois della originam-se difficillimas questões. Assim modestamente confessa a fluctuação da jurisprudencia e a incerteza da doutrina um mestre illustre, talvez hoje a autoridade mais acatada na sciencia penal. Franz von Liszt. Mas não basta ao juiz a sciencia do jurista; é necessario que elle tenha a penetração do psychologo, pois delicada é a apreciação da prova. As offendidas, em regra, defendem os castens que as exploram E' um facto psychologico, hoje bem conhecido, o terror que o casten inspira ás suas victimas, o medo que ellas têm de dizer a verdade, ainda mesmo quando nada possam receiar, a humilde resignação com que se deixam explorar, com que soffrem brutalidades e martyrios. Todos os autores que tem-se occupado da prostituição são accordes na verificação desse facto, referindo numerosos exemplos. Eu mesmo como juiz da instrucção já o tenho observado mais de uma vez. Depois ás testemunhas que depõem nesses processos são ordinariamente prostitutas. *Domestica domesticis probantur*. Comprehende-se que factos occorridos em bordeis e lupanares somente podem ser apreciados pelas prostitutas que nelles habitam. Mas o depoimento de uma prostituta deve ser acolhido com prudencia e reserva. Nem acceital-o cegamente, nem repellil-o *in limine*, mas ponderar, pesar, comparando-o com as outras provas, attendendo ás circumstancias referidas. »

João Vieira parece concordar tambem com a doutrina vencedora, segundo a nota 2, á pag. 375 do *Cod. Pen. Interpr.*, v. I. Na *Revista de Jurisprudencia*, Dezembro 1897, p. 268, lêmos, sob a rubrica *Extradicção*: « Segundo informações colhidas nas secretaria das Relações exteriores, quaes nos foram dadas com a mais apurada gentileza, a extradicção do casten Kloppe, pedida pelo governo brasileiro, foi negada pela Corte Suprema de Buenos Ayres, sob os seguintes fundamentos, adduzidos pelo procurador geral da Nação: O crime de lenocineo attribuido a Kloppe não está previsto pelo Código penal argentino, e, quanto á corrupção, este Código exige a menoridade como condição do delicto e sua penalidade, ao passo que o art. 287 do brasileiro não faz distincção da idade da pessoa induzida á prostituição para a imposição da pena, não havendo ainda no caso Kloppe referencia a menor idade; a lei do Congresso argentino de 25 de Agosto de 1885 estatue que a extradicção só pode ser concedida quando se invoca a perpetração de um delicto de character commum, que, segundo as leis da Republica, fôr castigado com a pena corporal não menor de um anno de prisão, mas o Código de Procedimento (Cod. do Proc. Crim) 1.º art. 646 declara o pedido proce-

dente, segundo o principio da reciprocidade ou da pratica uniforme das Nações, no emtanto entre o Brazil e a Republica Argentina ainda não ha reciprocidade de extradicação. » Cumpre-nos advertir que de facto, pende da approvaçào do nosso Congresso o tratado concluido em 29 de Outubro de 1896 e remettido com a mensagem de 14 de Novembro seguinte.

— A repressão do lenocineo tem sido objecto de preocupação dos poderes publicos no Brazil e a recente lei n. 1641 de 7 de Janeiro de 1907 considera o lenocineo causa bastante para a expulsão do estrangeiro. Baseados nessa lei tem sido expulsos diversos *castens*. Um mais ousado, que encontrou *rabula* (pois não pode pertencer á nobre classe dos advogados quem patrocinava causas torpes) chegou a requerer *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal, que na sessão de 30 de Janeiro de 1907 denegou a ordem pedida, fundando-se na lei n. 1641.

Em 1905 o deputado Celso de Souza apresentou á Camara um projecto estabelecendo no art. 1.º que na repressão dos crimes de lenocineo, definidos nos arts. 277 e 278 do Codigo Penal, applicar-se-ha o disposto no artigo 6.º da lei n. 628, de 28 de Outubro de 1899, não se admittindo fiança em taes crimes. Art. 2.º Será deportado após o cumprimento da respectiva pena o estrangeiro que soffrer condemnação pelos respectivos crimes.

O dec. n. 5591 de 13 de Julho de 1905 manda observar e cumprir no Brazil, começando a ter execução em 18 do mesmo mez e anno, o Accordo concluido em Pariz entre varias potencias, em 18 de Maio de 1904, para a repressão do trafico de mulheres brancas. O Brazil declarou adherir ao Accordo em 12 de Maio de 1905 e esse acto interracial foi approvedo pelo Congresso Nacional. O Accordo diz o seguinte :

O Presidente da Republica Franceza ; Sua Magestade o Imperador Allemão e Rei da Prussia, em nome do Imperio Allemão ; Sua Magestade o Rei dos Belgas ; Sua Magestade o Rei da Dinamarca ; Sua Magestade o Rei da Hespanha ; Sua Magestade o Rei do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda e dos Dominios britannicos d'além-mar, Imperador das Indias ; Sua Magestade o Rei da Italia ; Sua Magestade a Rainha dos Paizes-Baixos ; Sua Magestade o Rei de Portugal e dos Algarves ; Sua Magestade o Imperador de Todas as Russias ; Sua Magestade o Rei da Suecia e Noruega, e o Conselho Federal Suisso, animados do desejo de assegurar quer ás mulheres de maior idade, induzidas ou constrangidas, quer ás de menor idade, virgens ou não, protecção efficaz contra o trafico criminoso conhecido sob o nome de *trafico de brancas*, resolveram concluir um Accordo para a adopção de medidas capazes de attingir esse fim e para isso nomearam seus plenipotenciarios, a saber : (Seguem-se os nomes dos plenipotenciarios). Os quaes tendo trocado seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, convieram nos seguintes artigos :

Art. 1.º Cada um dos Governos contractantes se obriga a nomear ou designar uma autoridade encarregada de reunir todos os dados relativos ao alliacimento de mulheres, virgens ou não, com o fim de prostituil-as no estrangeiro. Esse funcionario terá a faculdade de corresponder-se directamente com a repartição similar estabelecida em cada um dos outros Estados contractantes.

Art. 2.º Cada um dos Governos se obriga a estabelecer um serviço de

vigilancia tendo por fim descobrir, especialmente nas estações de caminhos de ferro, portos de embarque e em viagens, os individuos incumbidos de acompanhar as mulheres, virgens ou não, que são destinadas á prostituição. Aos funcionarios ou a quaesquer outras pessoas habilitadas para esse effeito, serão dadas instrucções, dentro dos limites legais, afim de conseguir todas as informações de natureza a facilitar a descoberta de qualquer trafico criminoso.

A chegada de pessoas que pareçam evidentemente ser autores, cúmplices ou victimas de semelhante trafico, será communicada, dado o caso, quer ás autoridades do lugar de destino, quer aos agentes diplomaticos ou consulares interessados, quer ainda a quaesquer outras autoridades competentes.

Art. 3.º Os Governos se obrigam a mandar receber, quando assim acontecer e dentro dos limites legais, as declarações das mulheres, virgens ou não, de nacionalidade estrangeira, que se entreguem á prostituição, no sentido de determinar sua identidade e estado civil, e indagar quem as induziu a abandonar seu paiz. As informações recolhidas, serão communicadas ás autoridades do paiz de origem das ditas mulheres, virgens ou não, para facilitar sua eventual repatriação.

Os Governos se obrigam, dentro dos limites legais e tanto quanto possivel, a confiar, a titulo provisorio, e tendo em vista a eventual repatriação, a instituições de assistencia publica ou privada ou a particulares que offereçam as necessarias garantias, ás victimas desse trafico, quando ellas se achem desprovidas de recursos.

Os Governos se obrigam igualmente, dentro dos limites legais e na medida do possivel, a repatriar aquellas das mulheres, virgens ou não, que o solicitarem ou que vierem a ser reclamadas pelas pessoas que sobre ellas tenham autoridade. A repatriação só sera effectuada após accordo quanto á identidade e nacionalidade, bem como quanto ao lugar e á data da chegada á fronteira. Cada um dos paizes contractantes facilitará o respectivo transito no seu territorio.

A correspondencia relativa as repatriações far-se-ha, tanto quanto possivel, por via directa.

Art. 4.º Quando a mulher, virgem ou não, que se tenha de repatriar, não puder indemnizar por si mesma as despezas do seu transporte e não tenha nem marido, nem paes, nem tutor, que o possam fazer, taes despezas correrão por conta do paiz em cujo territorio ella resida, até a fronteira proxima ou porto de embarque com destino ao paiz de origem, e por conta deste, todas as mais.

Art. 5.º As convenções particulares, que porventura existam entre os Governos contractantes, não ficarão revogadas pelas disposições dos arts. 3º e 4º do presente Accordo.

Art. 6.º Os Governos contractantes se obrigam, dentro dos limites legais, a exercer, tanto quanto possivel, vigilancia sobre as agencias que se occupam da collocação de mulheres, virgens ou não, no estrangeiro.

Art. 7.º E' permittido aos Estados não signatarios, adherir ao presente Accordo. Para isso notificarão sua intenção, por via diplomatica, ao Governo Francez, que della dará conhecimento a todos os Estados contractantes.

Art. 8.º O presente Accordo entrará em vigor seis mezes após a data da

troca das ratificações. No caso de ser denunciado por uma das partes contractantes, essa denuncia só produzirá effeitos quanto a ella e sómente doze mezes após o dia da dita denuncia.

Art. 9.º O presente Accordo será ratificado e as ratificações serão trocadas em Paris, no mais breve prazo possível.

Em fé do que, os respectivos Plenipotenciarios assignaram o presente Accordo e nelle appuzeram os seus sellos.

Feito em Paris, a 18 de Maio de 1904, em um só exemplar, que ficará depositado nos archivos de Ministerio dos Negocios Estrangeiros da Republica Franzeza, e do qual será entregue a cada potencia contractante uma cópia authenticada.

- (L. S.) Assignado, *Delcassé.*
- (L. S.) " *Radolin.*
- (L. S.) " *A. Leghait.*
- (L. S.) " *T. Reventlow.*
- (L. S.) " *T. de Leon y Castillo.*
- (L. S.) " *Edmund Monson.*
- (L. S.) " *G. Torielli.*
- (L. S.) " *A. de Stuers.*
- (L. S.) " *T. de Souza Rosa.*
- (L. S.) " *Nelidow.*

Pela Suecia e pela Noruega (L. S.) " Assignado, *Akerman.*

(Pela Suissa L. S.) " Assignado, *Lardy.*

Fica assim estancada uma das fontes mais abundantes do lenocineo. Armado de apparatus sufficientes para a repressão dessa forma de criminalidade e a completa extincção de tão perniciosos elementos, resta ao poder publico cumprir o seu dever.

A nova lei de expulsão de estrangeiros (dec. leg. n. 1641 de 7 de Janeiro de 1907) manda expulsar do territorio nacional o estrangeiro que se der á pratica do lenocineo, competentemente verificado. *Vide nota ao art. 404 do Cod. O proxeneta nacional tem de ser processado segundo o nosso Código; não está sujeito áquella lei.*

— Para o calculo da penalidade da prisão, *vide nota ao art. 97*, e para o da multa, *nota ao art. 160, § 2.*

CAPITULO IV

Do adulterio ou infidelidade conjugal

Art. 279. A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos (419).

(419) *Vide nota ao art. 124, § 1.*

§ 1. Em igual pena incorrerá :

1° O marido que tiver concubina teída e manteúda ;

2° A concubina ;

3° O co-réo adultero.

§ 2. A accusação deste crime é licita sómente aos conjuges, que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adulterio.

Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos escriptos por elle.

Art. 281. A acção de adulterio prescreve no fim de trez mezes, contados da data do crime.

Paragrapho unico. O perdão de qualquer dos conjuges, ou sua reconciliação, extingue todos os effeitos da accusação e condemnação (420).

(420) Viveiros de Castro, nos *Delictos contra a honra da mulher*, caps. I e VIII, trata desenvolvidamente do *Adulterio*, fazendo o historico desde as legislações antigas até hoje e finalmente analysando as disposições do nosso Codigo. Os escriptores divergem quanto a considerar-se o adulterio figura delictuosa que deve ser prevista no Codigo. João Vieira observa que criminalistas da escola classica, Filangieri, Pessina, Luchini, Tissot, Brusa, de Foresta, Rosshirt, como da moderna anthropologica, negam o character criminoso ao adulterio, preferindo como sancção mais efficaz o divorcio. Assim tambem pensam Berenini e Ferri, que colloca o divorcio como um dos *substitutivos* pnaes, que impediria os crimes de bigamia e adulterio. João Vieira segue a nova escola. Viveiros diz : « Pertenco ao numero daquelles que entendem não dever o adulterio figurar no Codigo Penal como um delicto e justifico a minha opinião com os quatro seguintes argumentos que resumidamente exporei : 1° Por mais immoraes e perniciosas que sejam as suas consequencias, o adulterio não é um delicto natural, porque não revela da parte do delinquente falta dos instinctos primordiaes de piedade, e probidade, que são indispensaveis, para a adaptação do individuo á vida social ; 2° Si o adulterio, como diz Faustin Hélie, é um crime, porque abala profundamente a sociedade, corrompe os costumes publicos, então como consequencia necessaria e logica deste principio devia ser um crime publico, da competencia do Ministerio publico, porque toda a sociedade tem interesse na sua repressão, fica perturbada pelo seu commettimento. Mas os Codigos declaram o adulterio crime particular, a queixa compete exclusivamente ao conjuge offendido, que em qualquer tempo tem o direito de perdoar, archivando assim o processo em perpetuo silencio ou fazendo cessar os effeitos da condemnação. Logo a repressão do adulterio não tem por fim acautelar e defender um inte-

esse de ordem publica e sim um interesse privado, não visa o bem estar social e sim apenas um membro da communhão. 3º O legislador não deve edictar disposições inúteis e ociosas. Ora o art. do Codigo Penal que pune o adulterio é letra morta, nunca foi applicado. Não conheço no Brazil um só exemplo de um processo desta ordem, apesar das informações que procurei colher. O marido que recorresse a semelhante meio para punir a infidelidade da mulher incorreria no desprezo da sociedade e tornar-se-ia objecto de ridiculo. (Isto Viveiros escrevia talvez em 1896, porque em 14 de Agosto de 1897 teve occasião de julgar um caso de adulterio, como se vê na *Jurisprudencia criminal*, p. 266). O 4º fundamento da pena é a defeza social, seu criterio a temibilidade do delinquente. A pena contra o adulterio é inefficaz, não consegue evitar o delicto, que é um factu commum em toda as epochas de dissolução de costumes. Não ha duvida que certas mulheres são adúlteras pela depravação moral, por excessiva libertinagem. Mas ha tambem um grande numero de casos em que o marido é o principal responsavel da queda de sua mulher, foi quem a impellio para o adulterio pelo abandono, máus tratos, facilidade e imprevidencia, desregramento de conducta, baixeza de sentimentos, infidelidade manifesta, etc., etc. » Concluindo, Viveiros julga que a prophylaxia e a therapeutica do adulterio não são do dominio da competencia de um Codigo penal.

O meio de evitar esse factu, que abala profundamente a familia, é a educação severa, moralisada, cultivando de preferencia os sentimentos, incutindo a noção do dever. Commetido o crime, o unico meio de reparal-o é a dissolução do casamento pelo o divorcio. As causas de divorcio são multiplas e variadas, quasi todas de ordem moral. Algumas ha de ordem pathologica. Mas, em geral, as mulheres são menos culpadas que os maridos : dahi os antigos brocardos — a mulher é uma cêra que toma a forma que se lhe dá; recêbe duas educações, uma dos paes, outra do marido; todo o cuidado é pouco para uma mulher louca. Tambem pensamos como Viveiros, essas questões de honra conjugal são sempre delicadas, nem se resolvem pela lei penal.

O Codigo nos arts. 279 a 281 occupa-se do adulterio; mas, diz Viveiros, (*Delictos contra a honra da mulher*, p. 275) a exemplo de quasi todos os codigos da Europa e da America, não definio o delicto, presupondo bem nitida e de todas conhecida a violação da honra conjugal. Rivarola applaude essa prudente abstenção do Codigo. « O conceito do adulterio, diz elle, corresponde á linguagem vulgar, não á scientifica ou legal. Alem disto a determinação precisa dos elementos que constituem o adulterio, pertence á doutrina e está cheia de difficuldades que a lei não pode prevér, que é preciso estudar conscienciosamente em cada caso e que não poderiam ser resolvidas por uma definição. » Como diz Viveiros, essas considerações são sem duvida valiosas; mas tratando-se de um delicto tão importante, de natureza tão delicada e melindrosa, é perigoso deixar a apreciação delle ao simples criterio do juiz, cuja intelligencia pode perturbar-se, ficar hesitante e perplexa entre as opiniões discordantes dos escriptores. João Vieira observa que a palavra adulterio é portadora de sua propria significação, e a sua etymologia só explica o seu sentido : *adulterium ad alterum thorum vel uterum accessio*. O adulterio é a profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal

consummada corporalmente, *alieni thori violatio*, como dizia Farinacio. « Ha nos arts. 279 a 281 do nosso Codigo penal, diz João Vieira, uma verdadeira mistura de fontes de onde elle haurio essas disposições. Assim a fonte do art. 279 foi o Cod. anterior, arts. 250 a 253, o qual tinha tido a seu turno por fonte o Codigo francez, ao qual se assemelha especialmente o belga. A collocação do capitulo é que é diferente nos nossos dois codigos, porque o de 1830 collocava tal crime no titulo correspondente ao do actual, relativo á segurança do estado civil, conforme a opinião hoje de Pessina e outros, que negam que seja um crime, principalmente contra o pudor. Nypels pensa bem que é não só um crime contra os costumes, mas tambem contra a ordem na familia e por isso deve estar neste titulo, como fizeram os projectos de revisão do nosso Codigo. O art. 279 do nosso Codigo corresponde aos arts. 336 a 339 do Codigo francez e ao Codigo belga, arts. 387 a 390. Consequentemente os autores francezes e belgas são os que nos podem dar melhor a explicação do nosso Codigo neste artigo. » Mas o melhor commentario do nosso Codigo nos parece a seguinte sentença de Viveiros de Castro, que transcrevemos da *Jurisprudencia criminal*, p. 265, e a que já nos referimos : — « Antonio allega na queixa de fis. que sua mulher Clementina, a 2 de Julho do corrente anno, abandonou o domicilio conjugal, retirando-se para a casa de Joaquim, onde convive com Torquato, seu amante. E como semelhante factio constitua o delicto de adulterio definido no art. 279 do Cod. Pen. requer o querellante que contra os querellados se applique a pena estabelecida no referido artigo, sendo considerados autores do delicto Clementina e Torquato e cúmplice Joaquim, que sciente e conscientemente prestou sua casa para a perpetração do acto delictuoso. Instaurada a instrucção criminal em presença dos querellados, previamente qualificados e afinal interrogados, depuzeram cinco testemunhas. Os querellados apresentaram defeza escripta, sendo ouvido em todos os termos da acção o Ministerio publico. O que tudo visto, devidamente ponderadas as allegações de factio e de direito. O Codigo Penal da Republica, a exemplo de todos os Codigos da Europa e da America, não definiu o que se deve entender por adulterio, limitou-se a fixar a pena, presuppondo bem nitida e de todos comprehendida a noção da violação da honra conjugal.

Com effeito, já os jurisconsultos romanos, na celebre *Lex Julia de adulteriis coerendis*, tinham formulado os principios juridicos que regulam tão melindroso e delicado assumpto. Os antigos criminalistas, Farinacio, Jousse, Muyart de Vauglans, commentaram os principios que os romanos legaram, e que ainda hoje inspiram as legislações modernas, salvas as modificações que a evolução dos costumes introduziu; tão concisa e admiravelmente estudadas por Guilherme Ferrero em sua monographia *O crime de adulterio, seu passado e seu futuro*. Adulterio, define o dr. Tejedor em seu *Projecto de Codigo Penal Argentino*, é a violação da fé conjugal, commettida corporalmente e scientemente por qualquer dos dois esposos. Desta definição deduz-se que tres elementos constituem o delicto de adulterio. São elles : 1° A existencia de um casamento valido, não havendo crime se o casamento é nullo, por exemplo, se foi celebrado somente pelo lado religioso, ou si o vinculo conjugal foi dissolvido pelo divorcio; 2° o factio material, a consummação do commercio illicito; não constituindo, portanto, adulterio os desejos, o si-

ples *flirt* (*namoro*), mesmo certas familiaridades íntimas, comprometedoras da dignidade da mulher, Carrara, *Progr.* § 1885; 3º a intenção, a *consciência* do facto, *sine dolo adulterium non committitur*, não tendo, pois, logar a applicação da pena se o homem ignorava que a mulher era casada, si a mulher foi subjugada pela violencia ou illudida pela fraude. Expostos assim os elementos característicos do delicto, o que era necessario pela falta de definição legal, convem applical-os á especie dos autos, estudando a responsabilidade criminal de cada um dos querellados. 1º Em relação a Clementina: Delicto instantaneo que cerca-se do segredo e procura encobrir os vestígios denunciativos, na phrase de Beccaria, raras vezes o adulterio pode ser comprovado pelo flagrante, ou por outras provas de evidencia esmagadora. A existencia do crime se verifica por uma serie de indícios e presumpções, mais ou menos vehementes, cuja apreciação é deixada ao criterio e prudencia do juiz, Framarino, *Logica das Provas em materia criminal*, vol. I, p. 271; Ellero, *Da Certeza nos juizos criminaes*, p. 154; sentença da Corte de Cassação de 27 de Abril de 1866; Casati, *Cod. Pen. francez*, p. 150; Sentença do Tribunal correccional de Charleroi a 11 de Abril de 1895, *Pazicrisie Belge*. 1895, Tribunaux, p. 267; Sentença do Tribunal Supremo de Hespanha de 23 de Junho de 1874; Viada y Vilaseca, *Cod. pen. hespanhol*, vol. 3, p. 108. Mas se a natureza da causa investe o juiz deste poder soberano na apreciação da prova, deve elle, aconselha mui judiciosamente Boissonade, *Projecto de Codigo penal do Japão*, p. 1044, ser bem reflectido, inspirar-se sempre no receio salutar de um erro, mesmo em presença de presumpções, aparentemente muito graves, porque no momento supremo do perigo, ao ponto de succumbir, muita vez encontra a mulher subita energia para resistir no sentimento religioso, na revolta do pudor, na lembrança dos filhos. Ora no presente processo, quer dos documentos apresentados pelo querellante, quer do depoimento de suas testemunhas, nenhum indício, nenhuma presumpção, foi apurada de haver a querellada Clementina trahido a fidelidade conjugal e achar-se convivendo com Torquato. Um unico facto foi apurado na instrucção criminal, haver Clementina se retirado da companhia de seu marido e ido habitar a casa de Joaquim, que segundo allega a defeza e não foi instruido pela accusação, é um chefe de familia, convivendo com sua mulher e seus filhos. Mas o abandono do domicilio conjugal não é isoladamente uma presumpção de adulterio. Não foi, porém, produzida essa prova, e na falta della prevalece a presumpção de innocencia. Não estando provada a existencia do crime, a consequencia necessaria é que não ha co-reu, nem cumplice. Absolvo, pois, os réus da accusação intentada, por não estar provado o delicto e condemno o querellante Antonio nas custas. Expeça o escrivão as intimações legais. Rio, 14 de Agosto de 1897. *Francisco José Viveiros de Castro*. » Esta sentença passou em julgado.

A lei de 24 de Janeiro de 1890 (Casamento civil), art. 82, menciona o adulterio como um dos motivos sobre os quaes pode se fundar o pedido de divorcio. Mas deixará de ser motivo: se o réu fôr a mulher e tiver sido violentada pelo adulterio; se o autor houver concorrido para que o réu o commettesse; quando tiver sobrevivendo perdão da parte do autor (art. 83, §§ 1, 2 e 3). Pelo direito canonico o adulterio deixava de ser causa do divorcio: quando era resultado de erro ou violencia excusavel; quando um dos con-

juges concorria directamente para que o outro o commettesse; quando ambos os conjuges incorriam no mesmo crime; quando um perdoava o outro expressa ou tacitamente. A nova lei de 1890, art. 84, presume perdoado o adulterio quando o conjuge innocente, depois de ter conhecimento delle, houver cohabitado com o culpado. Vide o nosso *Casamento civil*, dec. n. 181, de 1890, commentado (ed. Garnier).

— No crime de adulterio, ainda que o conjuge seja miseravel, é vedado ao ministerio publico intervir por qualquer forma. A accção é sempre por queixa privada. Accordão do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 17 de Dezembro de 1877, na *Rev. Jurisp.*, Julho 1898, p. 225.

— No adulterio não ha tentativa. Quanto á cumplicidade, divergem os escriptores, uns affirmam, outros negam. Opinamos pela affirmativa e assim tambem pensa Viveiros. No Cap. VIII, sob a epigrapha *Ainda o adulterio*, Viveiros nos *Delictos contra a honra da mulher* analysa o texto do nosso Codigo e exgotta o assumpto.

CAPITULO V

Do ultrage publico ao pudor.

Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade :

Pena — de prizão cellular por um a seis mezes (422).

(422) João Vieira observa que a fonte desta disposição foi o Codigo italiano, ou antes o respectivo projecto de 1887, tendo disposições semelhantes os Codigos francez, art. 330, e belga, art. 385. Magno commentando o art. do Codigo italiano diz que o seu objecto é a defeza da decencia publica, tendo a sociedade o direito de ser respeitada no sentimento do pudor e na sua dignidade. A *publicidade* é a base essencial da existencia do delicto. O Codigo de 1830, nos arts. 279 e 280 considerava crimes policiaes : 1º A offensa evidente da moral publica em papeis impressos, lithographados ou gravados, ou em estampas e pinturas que se distribuisssem por mais de 15 pessoas e bem assim a respeito das que estivessem expostas publicamente á venda. 2º A pratica de qualquer accção que na opinião publica fosse considerada como evidentemente offensiva da moral e bons costumes, sendo em logar publico. O ultrage ao pudor publico, isto é, á moral publica e aos bons costumes pelo antigo Codigo apresentava-se sob duas formas, a escripta e a de actos ou palavras. Ambas, porem, tinham como elemento necessario a publicidade. Na forma escripta considerava-se publicidade desde que houvesse distribuição por mais de 15 pessoas ou estivesse publicamente á venda. A offensa por meio de actos ou palavras devia ser em logar publico. O novo Codigo no art. 282 não com-

prehende expressamente a offensa por meio da publicações, parecendo limitar-se ás acções publicas, por meio de exhibições, actos ou gestos obscenos attentatorios da moral publica e dos bons costumes.

A expressão — *ultrage publico ao pudor* — não exprime bem a intenção do legislador, que, sem duvida, foi impedir a offensa á moral publica, não porque offenda propriamente a sociedade, entidade ideal, como quer Magno, e, sim, para evitar a corrupção dos costumes. A offensa aos bons costumes, que o Codigo denomina *ultrage publico ao pudor*, pôde-se realizar com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos praticados em publico. Pergunta-se si constituem crime a exhibição de *figuras e vistas immorales* em certas casas de diversões publicas? Parece não haver duvida, devendo-se considerar impudica a exhibição. Attentatorias do pudor individual, estas exhibições offendem os bons costumes e a moral publica. Alem da publicidade, é elemento do crime que a exhibição não tenha por objecto offender a honestidade de determinada pessoa, pois neste caso, a intenção desclassificaria o delicto, a offensa passaria a ser individual sob a forma de injuria. João Vieira entende que o elemento intencional consiste no escopo de causar ultrage ao pudor ou aos bons costumes. Não cremos que seja esse o escopo, pois, em geral as exhibições impudicas são praticadas com o fito de lucro em theatros e casas de diversões. Os actos e gestos obscenos são instantaneos e apanhados em flagrante. Na pratica desses actos, a intenção do agente não é certamente offender a sociedade. A lei pune a pratica desses actos em logar publico para evitar o escandalo e a immoralidade

— Para o calculo da penalidade, *Vide* nota ao art. 148 pr., excluida a multa.

— A seguinte sentença do dr. Almeida Russel, juiz da 5ª Pretoria (C. Federal) bem interpreta o art. e principalmente na parte relativa ao *logar publico* :

Vistos os autos. O Dr. adjunto dos promotores imputa aos denunciados o crime previsto no art. 282 do Codigo Penal por terem na noute de 2 do corrente, praticado no corredor de um predio da rua Visconde do Rio Branco os actos offensivos da moral e attentatorios do pudor, minuciosamente descriptos na denuncia offerecida a fls. 2. Não sendo encontrado um dos denunciados, correu o processo apenas contra o que estava preso, aguardando-se o julgamento deste para ser iniciado o summario contra o solto, na fórmula requerida pelo representante da justiça, a fls. 31, evitando-se assim demora no julgamento do réo preso. Depuzeram no summario testemunhas em numero legal, sendo a ré qualificada e afinal interrogada. O que tudo bem examinado;

Considerando que não foi preterida formalidade alguma e que portanto nenhuma nullidade se verificou no processo movido contra a ré;

Considerando que são elementos do crime imputado na denuncia, a) existencia de um acto attentatorio do pudor e contrario aos bons costumes, embora esse acto não offenda individualmente a qualquer pessoa; b) que esses actos tenham sido praticados em logar publico ou por este frequentado, publicamente, como diz Bento de Faria em seu commentario ao nosso Codigo Penal;

Considerando que é fóra de duvida que o acto praticado pela ré attenta

contra o pudor publico e contra os bons costumes, estando assim provado o primeiro elemento caracteristico do crime, uma vez que duas testemunhas contestes o affirmam; considerando que, quanto ao segundo elemento, affirmam as testemunhas que o logar onde foi pela ré praticado esse acto era um corredor de um predio em demolição e portanto um lugar aberto, ás vistas de quem pela rua passasse; considerando que, como muito bem diz o Dr. João Romeiro (Diccionario de Direito Penal) a expressão logar publico deve ser entendida no mais amplo sentido, e comprehendendo as propriedades particulares, desde que estejam expostas a serem devassadas pelo olhos da multidão, visto como a razão de punir o delicto em questão é, como diz Garraud (Droit pénal français, vol. 5. pag. 60), o desprezo que o agente do delicto demonstra ter pelo pudor dos outros; considerando que affirma o Dr. João Vieira (direito penal, vol. I, pag. 399), ter sido a fonte da nossa disposição legal o art. 338 do Codice Penal Italiano, sendo, portanto, dignas de exame a doutrina dos autores e a jurisprudencia dos tribunaes italianos; considerando que, examinando-se essa doutrina e essa jurisprudencia, verifica-se que é corrente que deve ser dada tambem a maior amplitude á expressão usada pelo Codice Italiano e pelo nosso—*logar publico*—o que se pôde ver em livros recentes, como os de Puglia, *Delitti di libidine*, pag. 166, e Pozzolini, *elitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, pag. 131, que citam decisões dos tribunaes em apoio de sua opinião, e tambem em uma monographia sobre o mesmo assumpto escripta por Calogero e que faz parte do tratado de *Diritto penal de Cogliolo*, monographia em que sustenta o autor ficar perfeito o crime quando pela natureza do logar era possível que algum fosse espectador do acto impudico (cap. 5, n. I, § 3);

Considerando que, provado o crime em todos os seus elementos caracteristicos, nada se encontra nos autos que exima de sua responsabilidade a ré, em cujo favor milita entretanto a attenuante de bom procedimento anterior, reconhecido no art. 42, § 9 do Codice Penal.

Julgo provada a accusação e condemno a ré Antonia Paschoa, no gráo minimo do art. 282 do Codice Penal, a um mez de prisão e custas.

TITULO IX

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DO ESTADO CIVIL

CAPITULO I

Da polygamia.

Art. 283. Contrahir casamento mais de uma vez, sem estar anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge :

Pena — de prisão cellutar por um a seis annos (424).

{424) A graduação da penalidade é a do art. 101.

Paragrapho unico. Si a pessoa tiver previo conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de complicitade (425).

(425) Não nos parece correcta a epigraphe deste capitulo, que é reprodução da do Codigo de 1830, pois sendo a intenção do legislador definir o crime de *bigamia*, não existe propriedade no termo *polygamia*, que significa estado de um homem casado com muitas mulheres. O estado de uma mulher casada com muitos homens denomina-se *polyandria*. O estado do casamento christão é a *monogamia*, um homem casado com uma só mulher. O delicto que se trata, porem, de punir é a *bigamia*, isto é, o casamento de individuo já casado e cujo casamento esteja ainda em vigor. O decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 estabelece que a morte de um dos conjuges dissolve o casamento valido (art. 93). O casamento valido é aquelle que de nenhum vicio está eivado. O decreto n. 181 faz distincção entre casamento nullo e annullavel, conforme a natureza dos vicios que o invalidam. E' nullo e não produz efeito em relação aos filhos o casamento feito com infracção de qualquer dos §§ 1 a 4 do art. 7, isto é, os effectuados entre ascendentes e descendentes, por parentesco civil ou natural ou por afinidade e os parentes collateraes maternos ou paternos dentro do 2º gráo civil; os de pessoas que estiverem ligadas por outro casamento ainda não dissolvido; o do conjuge adultero com o seu co-réu condemnado como tal; o do conjuge condemnado como autor ou cúmplice de homicidio, ou tentativa de homicidio contra s seu consorte, com a pessoa que tenha perpetrado o crime ou directamente concorrido para elle. O casamento é annullavel quando contrahido com infracção de qualquer dos §§ 5 a 8 do art. 7, isto é o de pessoas que por qualquer motivo se achem coactas ou não forem capazes de darem o seu consentimento, ou não puderem manifestar por palavras ou por escripto de modo inequivoco; o do raptor com a raptada, em quanto esta não estiver em logar seguro e fóra do poder d'elle; o de pessoas que estiverem sob o poder ou administração de outrem, em quanto não obtiverem o consentimento, ou o supprimento do consentimento d'aquellas sob cujo poder ou administração estiverem; o de mulheres menores de 14 annos e o de homens menores de 16. Tambem se considera annullavel o casamento quando um dos conjuges houver consentido nelle por erro essencial, em que estivesse a respeito da pessoa do outro. A lei considera erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge a ignorancia : a) do seu estado; b) do crime inaffiançavel e não prescripto commettido antes do casamento; c) de defeito physico irremediavel e anterior, como a impotencia, e qualquer molestia incuravel ou transmissivel por contagio ou herança. O casamento nullo ou annullavel só se considera tal quando declarado por sentença da autoridade competente. O casamento nullo distingue-se do annullavel, não só em consequencia da natureza dos vicios que o invalidam, como pelos efeitos que produzem em

relação aos contrahentes e aos filhos. Mas a sentença que declara a nulidade do casamento nullo ou annullavel produz tambem o effeito da dissolução do casamento. (Vide o nosso *Casamento Civil*, dec. n. 181 de 1890 comm., 3.ª ed., 1905, ed. Garnier). A lei distingue, por conseguinte, tres especies de casamento — *valido, nullo e annullavel*. Vejamos em que consiste o delicto de *bigamia*. A definição do art. 283 do Codigo considera o casamento sob aquellos tres aspectos, não nos parecendo procedente a censura de João Vieira quando diz que o Codigo excluiu o casamento annullavel. A expressão — sem estar o anterior dissolvido por *sentença de nullidade* — comprehendendo o casamento nullo e o annullavel, pois, como já vimos, o casamento só se dissolve pela morte de um dos conjuges, ou por sentença que declara nullo o casamento nullo ou annullavel. Lima Drummond, *Estudos de Direito Criminal*, cap. *Da Bigamia*, observa que os commentadores do Codigo de 1830 divergiam. Francisco Luiz sustentava que embora *nullo* o primeiro matrimonio, commettia crime quem contrahisse um ou mais matrimonios, sem que estivesse *dissolvido* o primeiro. Thomaz Alves e Carlos Perdigão divergiam. Entendiam que a nulidade do primeiro casamento, embora decretada *posteriormente á celebração* do segundo, influe sobre a existencia do crime de bigamia, que desaparece; porquanto a apreciação da validade ou nulidade do primeiro casamento é condição essencial para a existencia ou inexistencia do mesmo crime. A conclusão logica, diz Lima Drummond, do confronto da opinião de Thomaz Alves e Carlos Perdigão com a de Francisco Luiz é que a formula do Codigo de 1830 é viciosa, dubia e geradora de perplexidades hermenêuticas, o que quer dizer de funestas incertezas e vacillações nas relações jurídicas, cujos destinos della dependem. Mas essa formula viciosa e dubia era uma imitação da do Cod. pen. francez, art. 340. E foi Merlin o oraculo do pensamento do legislador francez. Entre outros criminalistas, Chauveau et Hélie e Boitard repetem textualmente a argumentação de Merlin, que Thomaz Alves traduzio. Conhecendo, de certo, toda a tradicional controversia que a defeituosa noção da bigamia fomentou e intentando dirimil-a, o nosso legislador penal de 1890 adoptou a formula do art. 283. São portanto requisitos essenciaes do delicto: ser alguem casado; contrahir casamento mais vezes; não estar o anterior dissolvido por *sentença de nullidade* ou por morte de outro conjuge. Não é elemento essencial que o casamento anterior seja o *valido* a que se refere o decreto n. 181, pois que o casamento nullo e annullavel, só por sentença se considera dissolvido. Por conseguinte, ha bigamia ainda que o casamento seja nullo ou annullavel. O elemento essencial refere-se á *dissolução* e não á *validade* do casamento anterior, como quer João Vieira seguindo alguns commentadores do Codigo italiano. Presume-se *valido* todo casamento cuja nulidade não é decretada por sentença, nos casos determinados em lei. E ainda no caso do casamento nullo por bigamia, a sentença criminal não produz effeitos para o estado civil dos contrahentes, cujo casamento continua valido, em quanto não for declarado nullo por sentença. O dr. Eduardo Durão, citado por Lima Drummond, censura a substituição do vocabulo — *primeiro* — do Cod. de 1830 pelo vocabulo — *anterior* — do Codigo de 1890. Equivalendo, diz o Autor, a phrase *mais de uma vez* a *duas ou mais vezes* e o adjectivo anterior significando ente ou cousa que

n'uma serie precede immediatamente a outro ou outra, é visto que não é punido o segundo casamento ou a primeira bigamia, mas a terceira e as seguintes e que o sujeito passivo do delicto não é o primeiro conjuge, o do casamento valido, mas o do casamento anterior áquelle que constitue o crime de bigamia, o qual é aliás nullo ». Desenvolvendo a sua these o dr. Durão chega a conclusões por absurdo no intento de demonstrar que o legislador de 1890 foi infeliz na substituição dos vocabulos. Mas a castistica do illustre criminalista podia ser mais benevola, attendendo que embora houvesse impropriedade de termos, a mente do legislador é considerar — anterior — synonymo de — primeiro — e não seria certamente a de collocar o interprete na situação de decidir por absurdo. A bigamia é um delicto *instantaneo*, n'este ponto concordamos com Lima Drummond contra João Vieira, citando Pessina e outros autores italianos. E' alem disso um delicto *suz generis*, que se distingue do adulterio, por elementos especificos, como muito bem demonstra Lima Drummond. Haverá, portanto, tantos crimes de bigamia, quantos forem os enlaces, estando ainda em vigor o casamento anterior. Parece mesmo mais correcto o emprego deste vocabulo, em vez do outro, no caso de viuvo que, convolando'a segundas nupcias, commette bigamia. E' claro que o crime não resulta do facto do *primeiro* casamento, mas do segundo valido, que é o *anterior* ao da bigamia, pois o *primeiro* já estava dissolvido pela morte. Outro ponto em que divergimos de João Vieira e dos autores italianos que elle cita, é o da *consummação* do matrimonio, da *conjunctio maris et feminae* da definição classica de Modestino (Fr. 1 Dig. *De ritu nuptiarum*). Preferimos a opinião de Lima Drummond. « Outra, diz o illustre magistrado, quando entre *delicta carnis* se enquadra a bigamia, que se não considerava como um delicto autonomo e distincto, mas sim como uma especie de adulterio (*crimen bigamiae simultaniae adulteri species est* Mello Freire, *Inst. Juris. Crim. Lusit.* § 9) comprehende-se que se admittisse a dependencia entre a perfeição (*integração*) e a *conjunctio maris et feminae* da definição classica, isto é, entre a perfeição da bigamia e a consummação do matrimonio. Modernamente, porém, é inconcebivel semelhante opinião desde que a objectividade do crime autonomo e distincto denominado bigamia, reside na lesão incontestavel dos direitos da familia, dos direitos do primeiro conjuge, pois que, para contrapôr á primeira familia, ao primeiro conjuge outra familia se constitue, outro conjuge se adquire por meio de novo contracto que se *celebra*, na persistencia ou constancia do primeiro contracto. Por isso os Codigos modernos, em sua maioria, definem a bigamia de modo a excluir inteiramente a consummação, quer do primeiro, quer do segundo matrimonio, do numero das condições essenciaes do seu aperfeçoamento ou da integridade da sua existencia material. Nem sempre é a sensualidade a origem deste crime. Muitas vezes a miseria implacavel e a avidez desregrada são os factores desta figura delictuosa, cuja physionomia se não altera com a diversidade de sua origem. Esta affirmação incontestavel demonstra a necessidade da desclassificação da bigamia, que não pode mais figurar entre *delicta carnis*. Como circumstancia aggravante e não como *elementar* da bigamia deve hoje considerar-se a *conjunctio maris et feminae*. Celebrado o segundo matrimonio o crime está definitivamente praticado. O fóro do delicto será, portanto, aquelle em

que o segundo casamento se realizar. A verdade é que o conceito da bigamia, derivado do romanismo provindo das disposições da *Lex Julia*, experimenta no direito moderno profunda modificação. A nota característica de semelhante infracção reside, hoje, exclusivamente, no abuso das formalidades, do *ritus nuptialis*, da instituição do casamento e nas funestas consequências que dahi provêm. Por isso a impunidade do adulterio não accarreta a impunidade da bigamia. Para que haja bigamia, diz Swinderen, commentando o Código penal hollandez (Tom. III, p. 36), são exigidas a existencia de um casamento legitimo e a celebração de um novo casamento, e para que haja adulterio é necessario que um dos conjuges, pelo menos, tenha relações sexuaes com outra pessoa que não seja seu conjuge. Berner, em seu *Tra-tado de Direito Penal*, ensina que a consummação da bigamia consiste na formal celebração do matrimonio. Se esta se verifica e se completa, o crime está consummado e perfeito, sem que se exija a união material. Consequentemente é licito inferir-se que já pela sua natureza, já pela sua definição legal, a bigamia não é um delicto continuo, successivo, permanente, mas ao contrario, um delicto instantaneo. Vide Lima Drummond, *Estudos de Direito Criminal*, p. 173 e segs. Garraud, Nypels, Blanche, Carrara, Magno, Calogero, Suman tambem opinam pela *instantaneidade* da bigamia. O dolo constitutivo do elemento intencional consiste na sciencia do primeiro vinculo matrimonial, no momento em que se contrahe o segundo. No paragrapho unico, o nosso legislador seguiu o Código portuguez, que manda punir como cúmplice o solteiro que contrahio casamento como casado. Mas ha uma differença : o estado do casado presume-se e o do solteiro precisa ser provado, é necessario que se demonstre que o solteiro tinha conhecimento previo que o outro era casado.

— O Accordão da Cam. Crim. da Corte de Appellação de 15 de Maio de 1900, na *Rev. Jurisp.*, Julho, 1900, p. 295, decidiu que a circumstancia agravante do art. 39, § 6 do Cod. Pen. é elementar ou constitutiva do delicto de bigamia. Com effeito, diz o Accordão, a perpetração do crime de bigamia, *qual o da hypothese*, não pode 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. A' razão juridica, pois, repugna considerar o abuso de confiança como circumstancia aggravante do crime de bigamia. O desembargador Dias Lima divergiu, sustentando doutrina contraria. O abuso de confiança é elementar nos casos em que não ha cumplicidade do outro conjuge. Observa Autran, *Cod. Pen. annot.* que o crime de que trata este capitulo só se refere ao casamento civil, á vista do art. 72, § 4 da Const. Fed.

CAPITULO II

Da celebração do casamento contra a lei

Art. 284. Celebrar o ministro de qualquer confissão as **cere-mônias religiosas do casamento, antes do acto civil :**

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000 (426).

(426) Este art. está derogado pela Const. Fed., art. 72, §§ 4 e 7. Assim declararam também os Avisos de 15 de Abril e 20 de Junho de 1891. Este dirigido ao governador de S. Catharina diz : « Recommendo-vos que façais vêr ao juiz de direito da comarca de S. Paulo de Blumenau que sendo o Codigo penal de data anterior á Constituição da Republica, o art. 284 desse Codigo não pode ter execução depois do art. 72, §§ 2 e 7 da mesma Constituição pelos quaes as ceremonias religiosas de qualquer confissão podem ser celebradas antes ou depois do acto civil, como convenha aos nubentes e que assim deve cumprir o que foi determinado em aviso circular de 15 de Abril ultimo, expedido para a boa execução das leis. *Antonio Luiz Affonso de Carvalho.* » Oliveira Escorel, *Cod., Penal Brasileiro*, nota ao art. 284 e João Barbalho, *Const. Federal Brasileira, comm.*, ps. 310 e 311, opinião que o art. 284 do Codigo não foi derogado pela Const. Fed. Escorel funda a sua opinião nas razões de um artigo do *Jornal do Commercio* contra o aviso de 15 de Abril de 1891, ao qual respondeu o *Diario Official* justificando a doutrina do Aviso. Ambos os artigos vem transcriptos na obra de Escorel. João Barbalho argumenta com o elemento historico para a interpretação do texto constitucional. Observa que « nos tribunaes não ha decisão que na materia constitua *arresto*, mas não tem faltado casos em que os juizes se tenham manifestado pela interpretação genuina da Constituição n'este ponto » e cita como notavel e transcreve o Accordão do Tribunal de Justiça de S. Paulo de 18 de Abril de 1893, que sustenta estar em vigor o artigo 284 do Codigo, cuja sancção, se importa uma restricção á liberdade individual, é justificada « pelo bem da causa publica, da segurança do estado civil da familia. » Não contestamos o valor dos fundamentos do Accordão e das opiniões do João Barbalho e Escorel, mas, *dura lex sed lex*, o texto constitucional e a sua interpretação historica decidem em sentido contrario, como demonstram João Vieira, *Cod. Pen. Interp.*, part. esp., V. I., ps. 414 e segs., o dr. J. M. de Azevedo Marques, *Rev. Jurisp.*, Out. e Nov. 1900, e o dr. Virgilio Domingos da Silva, *Direito*, Julho, 1894. Em quanto não houver uma lei interpretativa do preceito constitucional, a doutrina corrente não pode deixar de ser senão a firmada pelos avisos supra citados e mais pelo de 31 de Agosto de 1893 ao governador do Estado do Piauhy, declarando que, em face da Const. Fed., o Estado nada tem que vêr, quanto á *precedencia de ceremonias religiosas*, á celebração do *casamento civil*, como foi resolvido pelo aviso de 15 de Abril de 1893.

CAPITULO III

Do parto supposto e outros fingimentos

Art. 285. Simular gestação e dar parto alheio por seu; ou

tendo realmente dado á luz filho vivo on morto, sonegal-o ou substituil-o :

Pena — de prizão cellular por seis mezes a dous annos (428).

(428) A graduação da penalidade é a do art. 141, paragrapho unico.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá :

1° O marido, ou pessoa que cohabite com a, ré e que auxiliar, ou simplesmente assentir, á perpetração do crime;

2° O facultativo ou parteira que, abusando de sua profissão, cooperar para o mesmo resultado, impondo-se-lhes mais a pena de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da prizão (429).

(429) A fonte proxima destas disposições, embora alterada, diz João Vieira, foi o nosso Codigo anterior, arts. 254 e 255, mas a redacção foi modelada pelo Codigo portuguez, arts. 340 e 341. O parto supposto que é a especie do art. 285 figurava na Ord. do Liv. 5, Tit. 55. Citando Silva Ferrão sobre o Codigo portuguez de 1852 e o nosso de 1830, que foi a sua fonte, Thomaz Alves e Perdigão, commentando o nosso de 1830, Pacheco sobre o Codigo hespanhol, e Rivarola (Codigo argentino) cuja opinião diz ser do maior valor para a interpretação do nosso art. 285, conclue João Vieira que a disposição desse artigo é lacunosa. Rivarola censura a casuistica do Codigo argentino, preferindo a disposição do art. 345 do Codigo francez, que, segundo João Vieira, resume tambem os conceitos das figuras do nosso Codigo, arts. 285 a 288, e dá interpretação razoavel ás parallelas do mesmo Codigo argentino, que como o do Uruguay e o hespanhol, falla expressamente de medicos e parteiras, no que segue o nosso vigente.

No seu *Tratado de Medicina legal*, V. I., ps. 297 e segs, o dr. Souza Lima entende que a simulação por si só, seja da prenhez, seja da parturição, não constitue crime; pode ser um facto de character todo particular com que nada tem que vêr a justiça publica, por isso que não affecta, nem prejudica interesses de terceiros que estão sob sua guarda e a ella cumpre zelar. Si, porem, esta simulação tem por fim dar á mulher o parto alheio por seu, entendendo-se por essa expressão, como se deve entender, não o acto de parir ou a parturição, porem, o resultado desse acto, isto é, a creança recém-nascida, uma vez verificada aquella circumstancia, tem-se o elemento essencial e mesmo o unico do crime de parto supposto propriamente dito, primeira hypothese do art. 285. Mas, sendo assim, é fora de duvida que ha vicio palpavel na redacção dessa parte do artigo, porquanto parece estabelecer como elementos do crime de parto supposto a coexistencia de duas circumstancias que são incompativeis em um tempo dado, e que não podem se manifestar senão successivamente, a saber : o estado de prenhez e a exhibição de uma creança, producto dessa prenhez. Dahi resulta que não importando criminalidade alguma o facto isolado da simulação da gravidez, e só incorrendo

nas disposições penaes do Código a supposição ou simulação do parto, isto é, a apresentação de uma criança alheia á mulher que se diz ter dado á luz, não era preciso, nem deveria figurar na classificação criminal a circumstancia relativa á prenhez, por ser de verificação inutil n'este caso, em quanto elle se processa, e impossivel quando já se pretende haver-se realisado o parto, e, portanto, consummado o crime. Este consiste, pois, fundamentalmente, substancialmente, na simulação do parto. Se o legislador queria se referir em todo o caso ao estado de gravidez progressiva, deveria então dizer : *Ter a mulher simulado gestação, etc.* Mas, ainda assim introduziria na constituição e figura juridica do delicto, um elemento que sobre ser inutil, iria prejudicar ou comprometter a indagação criminal no mesmo e suas provas perante o tribunal competente, sempre que se tratasse de uma mulher, que, apezar de pretender haver dado á luz, nunca tivesse simulado gravidez, porque disso não cogitasse, preocupando-se somente, no momento preciso, com a encenação final do delicto. As outras hypotheses consignadas nesta disposição do nosso Código referem-se não mais propriamente ao parto supposto, mas a outros fingimentos, que importam á realidade do parto, com suppressão (sonejamento) ou substituição da creança. No primeiro caso esta é propositalmente occultada por motivos que em geral affectam a honra ou honestidade da sua progenitora, tratando-se de um parto clandestino e dissimulado, que é por sua vez a consequencia de relações illicitas e criminosas. No segundo caso a creança é trocada por outra, geralmente quando tem nascido morta, porque esta circumstancia prejudica, segundo a nossa lei civil, os direitos de successão e herança; estes são garantidos ás pessoas apenas formadas no ventre materno e reservadas para a epocha do nascimento, *contanto que nasçam vivas*. Dahi a conveniencia da substituição por outra nestas condições; sem fallar nos casos em que a differença manifesta da cor da creança, contrastando com a do supposto pae, attesta ser ella o producto de um crime. Portanto, o artigo em questão abrange, em resumo, trez delictos, ou por outra, trez modalidades do mesmo delicto, a saber : supposição, suppressão e substituição de parto (?). Muito razoavelmente, a meu vér, não incluiu o legislador nesse artigo a exposição de criança, porque se esta expressão significa o lançamento do recém-nascido em uma casa ou roda de expostos para que ali receba os cuidados de que carece, importa naturalmente a *suppressão* do mesmo; não é especie juridica differente. E se significa abandono da creança em qualquer lugar onde fique a mercê das causas de sua destruição, quando mãos caridosas não lhe dão conveniente destino, então trata-se pelo menos de uma tentativa de infanticidio (?) se a victima é um recém-nascido, na accepção legal, isto é, até os 7 dias depois do nascimento. Se, porem, vencido esse prazo, tratar-se de creança menor de 7 annos, a exposição ou abandono em qualquer lugar onde, por falta de auxilios e cuidados de que necessite a victima, corra perigo sua vida ou mesmo venha a succumbir, isso constitui o crime previsto expressamente no art. 292 do Cod. penal. Passa em seguida o illustre medico legista a estudar e discutir os quesitos do formulario do processo criminal. Se está grávida a mulher, ou não? Se realmente esteve e pario? Se a creança nascea de tempo, ou de que idade? Se a creança é ou parece ser propria ou alheia? A *superfetação* é outra

questão cujo estudo interessa sobretudo a solução do problema relativo á determinação da identidade da creança nas questões de parto supposto, deante de grande numero de factos observados e registrados na sciencia e que, segundo o dr. Souza e Lima, se podem distribuir nas tres cathogorias seguintes : 1ª nascimento simultaneo de duas creanças de côr e raça differentes; 2ª nascimento simultaneo de duas creanças da mesma côr e raça, porem apresentando desproporção notavel de desenvolvimento organico, parecendo attestar idade differente; 3ª nascimento successivo de duas creanças, com intervallo muito menor, entre uma e outra, do que o prazo de um periodo gestativo completo, ou correspondente á idade da segunda. Todos estes factos, cuja veracidade é fora de duvida, deram origem á theoria da superfetação, admittida por uns, em absoluto, ou com restricções, regeitada por outras, e que é preciso não confundir com a plurifetação, que é o da prenhez composta, embora, como adiante mostrarei, a esta circumstancia se refira o maior numero dos pretendidos casos de superfetação. Dá-se este nome ao facto de duas ou mais fecundações successivas e subintrantes ou inclusivas, isto é, ao facto da fecundação em uma mulher já pejada, e em qualquer periodo da evolução do embryão preexistente no utero. *Vide Souza Lima, Obr. cit., V. I., p. 323.* O estudo destas questões é sobretudo do dominio da medicina legal, ficando a jurisprudencia sujeita na solução dos casos occurrentes a exame e decisão periciaes. Casos ha, diz Lopes Vieira, *Man. de Med. legal cit., p. 263,* em que se exige do medico perito declare : a) se houve parto; b) ha que tempo elle teve logar; c) se foi o primeiro ou se a mulher é multipara; d) e, finalmente, em que periodo da gravidez se verificou. Este autor consagra tambem uma pagina aos *signaes do parto no cadaver*, problema de que se occuparam Taylor, Tardieu, Lombroso e Strassmann. O problema, diz elle, é o mesmo que já foi considerado em vida da mulher : mas para resolver ha aqui novos elementos. Com effeito, aos signaes de parto, observaveis em vida, e que podem egualmente observar-se no cadaver, accrescem agora os que se podem deduzir do exame directo do utero e mais partes internas do aparelho genital.

No paragrapho unico o legislador manda punir como co-autor : 1º o marido ou pessoa que coabite com a ré, que auxiliar ou simplesmente assentir á perpetração do crime. A pessoa que coabite com a ré tanto pode ser seu amasio, como qualquer outra que viva sob o mesmo tecto e preste auxilio. Quanto ao assentimento á perpetração do crime, o Codigo refere-se ao marido ou amasio somente. Estará comprehendida n'este numero do paragrapho o amasio ou outra pessoa que não coabite com a ré e preste auxilio? Pela negativa; mas não está isenta da responsabilidade criminal, pois fica sujeito á regra geral da cumplicidade do art. 21. O Codigo abre uma excepção á regra geral da cumplicidade, considerando co-autores, somente o marido, e o amasio ou outra pessoa que vivam sob o mesmo tecto da ré e auxiliem ou consintam na pratica do crime. São tambem co-autores o medico ou parteira, que, abusando de sua profissão, cooperarem para o mesmo resultado. A redacção não é clara, porque, a *contrario sensu*, parece que ficarão isentos de punição o medico e a parteira que contribuirẽ para o resultado, mas não tenham abusado da profissão. Em que consiste esse abuso? Todo o acto que no exercicio de uma profissão contribue para a

prática de um crime é um abuso. A *cooperação para o resultado* deve ser o *auxílio para a perpetração do crime*, que consiste na sonegação ou substituição de filho vivo ou morto.

Art. 286. Deixar de fazer, dentro de um mez, no registro civil, a declaração do nascimento de criança nascida, como fazel-a a respeito de criança que jámais existira, para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos (430).

(430) Adoptamos a critica que João Vieira faz a este artigo. Contendo o artigo dois factos distinctos, um de consequencias mais graves do que as do outro, é absurdo equiparar o primeiro facto sem gravidade e commettido por omissão, sem dolo e por simples culpa, e talvez sem um ou outro destes elementos, ao segundo, punido-os com a mesma pena, salvo se applicar-se á primeira parte do artigo a condição ultima da segunda, isto é, *para crear ou extinguir direitos em prejuizo de terceiro*; mas, neste caso, a omissão seria sempre dolosa. A fonte da primeira parte, diz João Vieira, que parece ter sido o art. 340 do Codigo francez e cita Garraud, que, acerca desta disposição, nota que o facto material do delicto previsto no texto consiste em uma *omissão*, que pode ser *intencional*, ou resultar de uma simples *negligencia*. A lei não faz distincção sob este ponto de vista e ella fulmina aqui a *culpa* do mesmo modo que o *dolo*.

Trata-se effectivamente de sancionar prescripções regulamentares. O decreto n. 9886 de 7 de Março de 1888 (Registro civil) determina no art. 57, que o nascimento será communicado pelo pae; em sua falta, ou impedimento, pela mãe; no impedimento de ambos, pelo parente mais proximo, sendo maior e achando-se presente; na sua falta e impedimento, pelo facultativo ou parteira que tenha assistido o parto e por pessoa idonea da casa em que occorrer, se sobrevier fora da residencia da mãe. Didimo Junior, annotando o decreto, observa que estas pessoas não são obrigadas ao *mesmo tempo*, mas sim umas no impedimento das outras. Si o parto occorrer fóra da residencia da parturiente é mais obrigado a fazer a declaração, qualquer pessoa idonea da casa, onde occorrer o nascimento. Assim deve-se entender a phrase final do artigo. O prazo para a declaração é de 3 dias (art. 53), podendo ser prorogado até 8, 20 ou 60 dias, conforme a residencia da parturiente seja distante do districto de paz, respectivamente, de 1 a 8 legoas, de 10 a 20, ou a maior distancia. Se o encarregado do registro ou o inspector de quarteirão tiverem motivos de duvidar da exactidão das declarações feitos, poderá verificar o facto : 1º indo pessoalmente á casa do recém-nascido, vel-o e examinal-o; 2º exigindo atestação do medico ou da parteira em que se declare dia, hora, mez e anno do nascimento e estado do recém-nascido. Na falta de medico ou parteira que houvesse assistido ao parto, declaração jurada de duas pessoas que tenham visto o recém-nascido (art. 55). No caso de ter a creança nascido morta, e no de ter morrido na occasião do parto, ou dentro dos trinta dias, basta uma declaração assignada pelo pae ou mãe

da criança falecida, ou por quem suas vezes fizer e por duas testemunhas presenciaes (art. 56). O regulamento impõe a multa de 5\$000 a 10\$000, elevada ao dobro no caso de reincidência, a toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que, tendo obrigação de dar a registro algum nascimento, casamento, ou obito, não fizer as declarações competentes dentro dos prazos marcados (art. 50). A disposição do Código é a sanção da omissão regulamentar. Estas multas são impostas administrativamente, salvo o caso de ter a parte de justificar força maior que allega, e que deve ser imposta por sentença, observa Didimo Junior. Ora, o legislador de 1890 não ignorando as disposições do decreto de 1888, não podia altera-lo, quanto á figura da infracção regulamentar, considerando crime sujeito a prisão celllular, a omissão sujeita á multa. A figura delictuosa do art. 286 consiste na *omissão dolosa* da declaração do nascimento dentro de um mez *com o fim de crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro*. O *dolo* especifico manifesta-se na intenção. Divergimos de João Vieira, nesta parte, porque tanto na primeira modalidade (*omissão da declaração*), como na segunda (*declaração falsa*) o dolo especifico é sempre o mesmo. Concordamos, porem, na parte em que o illustre J.-C. considera, por exclusão, que nenhuma das pessoas não designadas nas nossas leis civis pode ser passivel de pena no caso da disposição do Código. Mas isto é intuitivo, porque só tem obrigações, das quaes resultam responsabilidade, as pessoas mencionados no regulamento de 1888. Não ha desharmonia entre este regulamento e o Código penal, porque as infracções são de natureza diferente. Em uma ha o dolo especifico. Na outra infracção á omissão pode ser simplesmente culposa e ainda que seja intencional e não culposa; para que o agente se considere incurso no art. 286 do Código é necessario que haja o dolo especifico ou a que nos referimos.

Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 151, § unico.

Art 287. Fazer recolher a qualquer asylo de beneficencia, ou estabelecimento congenere, filho legitimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes do seu estado civil :

Pena — de prisão celllular por um a quatro annos (431).

(431) João Vieira commentando este artigo, cuja disposição figura nos Codigos hespanhol, arts. 392 e 483, uruguayo, art. 313, e argentino, art. 151, aceita as observações de Vasquez Acevedo, Pacheco e Rivarola, pois, realmente, a questão que preoccupou o nosso legislador não foram as modificações do art. 345 do Código francez, feitas pela lei de 13 de Maio de 1863, que originaram controversia, manifestada em trez opiniões. A figura do nosso art. 287 é o *recolhimento* a asylo de beneficencia ou estabelecimento congenere, com o fim da prejudicar direitos resultantes do estado civil do filho recolhido. O *recolhimento* pode visar a occultação da creança como meio de obter a occultação do estado, mas não será certamente *supressão da creança* e ainda menos do seu estado. Essa *occultação* pelo recolhimento é temporarea, podendo durar quando muito até a maioridade do recolhido, o que não se daria com a *supressão*, acto sem duvida de efeitos mais gra-

res. Na *ocultação* ainda existe a *possibilidade* do recolhido recuperar os direitos resultantes do seu estado. Na *supressão* a figura seria o recolhido ignorar o seu estado durante toda a vida, de modo a tornar impossível a recuperação d'aquelles direitos. Merece severo reparo a desproporção da penalidade entre os arts. 285 e 287. Na realidade, a figura do art. 285, já pelas suas consequencias, já pelas circumstancias que revestem o acto criminoso, atroz e deshumano si praticado pelos paes, produz efeitos muito mais graves, do que a do art. 257.

Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 110, § unico.

Art. 288. Usurpar o estado civil de outrem, fingindo parentesco, ou direitos conjugaes, por meio de falso casamento; ou simular o estado de casado para prejudicar direito de alguém ou de familia :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (432).

(432) A's figuras da *supposição*, *ocultação* e *supressão do estado civil*, de menores, o Codigo addiciona a da *usurpação do estado civil* de maiores por meio do casamento falso ou casamento simulado. A figura delictuosa é a usurpação do estado civil de outrem, apresentando as seguintes modalidades : 1º fingindo parentesco em consequencia de falso casamento; 2º fingindo direitos conjugaes decorrentes do falso casamento; 3º simulando o estado de casado. O dolo especifico do delicto em todas as suas modalidades é o proposito de prejudicar direito de alguém ou de familia. Na primeira e segunda modalidades ha um casamento falso, do qual o agente se utiliza para fingir parentesco ou direitos conjugaes d'aquelle cujo estado civil elle usurpa. Na terceira modalidade ha a simulação do estado de casado, sem que, entretanto, exista o casamento falso. Para que haja casamento falso é necessaria a falsidade do acto de celebração, ou a falsidade de documentos com que se pretenda provar a existencia do casamento. A simulação do estado de casado pode consistir apenas na cohabitação, vivendo os usurpadores como se fossem casados, ou fazendo crêr que o são. O casamento falso a que se refere o art. é o *civil*, observa João Vieira, e não o *religioso*. As fontes da disposição do art. 288, accrescenta, foram o Codigo anterior, art. 255, e os Codigos hespanhóes, anterior e vigente, arts. 394 e 485, reproduzidos nos Codigos do Uruguay, art. 315, da Argentina, art. 153, do Chile, art. 354 e do Perú, art. 291. Todas estas disposições são mais simples do que a do nosso Codigo, sempre com o mau vezo de ser casuistico.

Para o calculo da penalidade, *vide* nota anterior.

CAPITULO IV

Da subtracção, occultação e abandono de menores.

Art. 289. Tirar, ou mandar tirar, infante menor de sete annos da casa paterna, collegio, asylo, hospital, do logar emfim

em que é domiciliado, empregando violencia ou qualquer meio de seducção :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (434).

(434) *Vide* art. 118 § unico.

Paragrapho unico. Si o menor tiver mais de sete, porém, menos de 14 annos :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos (435).

(435) João Vieira entende que o crime de que trata este artigo devia ser classificado entre os que attentam contra a liberdade pessoal. No seu *Cod. Pen. Interp.*, incluio os arts. 289, 290 e 291 no titulo III, que trata dos crimes contra o livre gozo ou exercicio dos direitos individuaes, formando com os arts. 179 a 181 um capitulo sob a rubrica — dos crimes contra a liberdade pessoal. O Codigo, considera-o, porem, crime contra a segurança do estado civil, attendendo ás consequencias mais provaveis que podem affectar a esse estado. Embora não seja claro nos artigos que o dolo especifico seja esse, o facto da subtracção, occultação ou abandono pode affectar a direitos resultantes do estado civil. Não ha propriamente a intenção directa de aitar a liberdade pessoal, a subtracção do infante ou do menor de 14 annos, visa intuito differente d'aquelle. A subtracção consiste na tirada de infante menor de 7 annos, ou maior de 7 e menor de 14 annos, da casa paterna, collegio, asylo, hospital, do logar, emfim, onde é domiciliado, empregando violencia ou qualquer meio de seducção. O crime realisa-se, como diz João Vieira, pela *abductio de loco ad locum. per vim aut per insidias*. E' o roubo ou furto de creanças, que não se confunde com o rapto para fim libidinoso. Houve tempo em que sob a denominação de *compra-chicos*, foi accusado, entre vós o apparecimento desta nova figura delictuosa commetida por funambulos ou ciganos, que roubavam creanças para ás companhias equestres, diziam. Mendigos profissionaes davam-se tambem á pratica desses roubos com o fim de explorarem a mendicidade, acompanhados de creanças. Louis Paulian, *La Mendicité à Paris*, cita factos de mendigos, principalmente mulheres, alugarem crianças para exhibirem nas ruas como seus filhos. Constatou-se tambem casos de roubos de creanças, que eram deformadas por meios mechanicos afim de inspirarem compaixão nas exhibições publicas e assim fruirem seus exploradores melhores proventos de esmolas. Na subtracção de menores o dolo especifico pode variar conforme a intenção : tanto pode referir-se á segurança do estado civil, como ao interesse sordido da exploração das creanças. O Codigo distingue a penalidade, tornando menor a do § unico, attendendo a idade da creança.

O calculo da penalidade do § unico é o do art. 124, § 1. (*)

(*) *Vide* no *Diario Official* de 12 de Julho de 1903, sentença do dr. Pires e Albuquerque, juiz federal da 2.ª vara do Districto Federal, no *habeas corpus* impetrado pelo dr. Souza Bandeira em favor de Joseph W. Sevan. cidadão americano, preso a bordo do vapor *Velasques*, em transitio para Buenos Ayres.

Art. 290. Sonegar, ou substituir, infante menor de sete annos :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (436).

(436) *Vide* art. 118, § unico.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá o encarregado da criação e educação do menor, que deixar sem causa justificada de apresental-o, quando exigido, a quem tenha o direito de reclamal-o (437).

(437) No art. 285 vimos a figura da sonegação ou substituição do infante vivo ou morto, dado á luz, sendo autores a mãe, o pae, ou pessoa que cohabite com a ré, que auxiliem ou prestem simplesmente assentimento á perpetração do crime, que tambem pôde ser praticado pelo facultativo, ou parteira, que cooperarem para o mesmo resultado. No art. 290 a sonegação ou substituição é praticada por qualquer pessoa, seja ou não encarregada da sua educação e criação, e refere-se a infante menor de 7 annos. O dolo especifico varia conforme a intenção, o interesse que ditou o acto. No § unico o Codigo particularisa, referindo-se ao encarregado da criação e educação do infante, parecendo assim que não havia incluido no art. 290 a hypothese figurada. Entende João Vieira que n'este § dá-se a *abductio per obsidionem* e no art. a *abductio de loco ad locum*.

Art. 291. Aquelle que, tendo commettido qualquer dos crimes supra indicados, não restituir o menor, soffrerá a pena de prisão cellular por dois a 12 annos (438).

(438) A *não restituição* de que trata este art., assim como a *sonegação* e a *substituição* de infante menor de 7 annos, constituem modalidades do crime de *ocultação* de menores que serve de epigraphe ao capitulo; mas, si o infante fôr menor de 14 e maior de 7 annos, a *não restituição* constitue modalidade da *subtração*, pois a disposição do art. 291 refere-se ás dos anteriores e, portanto, á do art. 289.

— Para o calculo da penalidade, *Vide* nota ao art. 183.

Art. 292. Expôr, ou abandonar, infante menor de seta annos, nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemiterios, vestibulos de edificios publicos ou particulares, emfim, em qualquer logar, onde, por falta de auxilio e cuidados, de que necessite a victima, corra perigo sua vida, ou tenha logar a morte :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno (439).

(439) *Vide* art. 94, 2.º alin.

§ 1. Si fôr em logar ermo o abandono, e por effeito deste perigiar a vida, ou tiver logar a morte do menor :

Pena — de prizão cellular por um a quatro annos (440).

(440) Vide art. 118, § unico.

§ 2. Si fôr autor do crime, o pai ou mãe, ou pessoa encarregada da guarda do menor, soffrerá igual pena, com augmento da terça parte (411).

(411) João Vieira diz que o legislador n'este art. não captou bem a sua fonte, qua foi o Codigo italiano, arts. 386 a 389. Accrescenta que o Codigo incorre em defeitos notados pela doutrina antes do Codigo italiano e por este corrigidos, como entre outros, o da estreiteza da noção que comprehende somente o abandono de menores e creanças e não outras pessoas doentes ou em perigo, como fizeram os nossos projectos de revisão. Era, aliás, o ensinamento da doutrina, conforme Puccini, Carrara e outros, seguida, no Codigo toscano, que o italiano não fez mais do que corrigir. Observa ainda que o art. 292 não exige que se trate de menor, cujo abandono seja feito por quem tenha a *guarda* ou *cuidado* delle, de modo que, se alguém encontrar accidentalmente um menor extraviado, acompanhá-lo algum tempo, se entretiver, interrogando-o mesmo, e depois deixá-lo, poderá incorrer na sancção deste artigo. No § 2 do mesmo artigo o Codigo só faz da *guarda* circumstancia aggravante, equiparando-a á do pae ou mãe que abandona o filho; o que tudo importa uma confusão deploravel dos elementos constitutivos do crime com as aggravantes, com a anomalia de egualar a culpa dos paes á de um extranho. Outra exquisitice do art. 292, resultante de sua exdruxula redacção, é que parece só tornar punivel o abandono do menor quando *corra perigo* sua vida, ou *tenha logar a morte*. Sendo, entretanto, para este caso comminada a pena irrisoria de 6 mezes a 1 anno. E' verdade que o § 1 contempla como aggravantes o *perigo de vida* e a *morte do menor*, punindo o crime com a pena de 1 a 4 annos de prizão, mas aqui a circumstancia parece restringida pela condição expressa — si fôr em logar ermo o abandono. O dr. Eduardo Durão, no *Direito*, vol. de Setembro, 1891, criticando o art. 292, diz que o Codigo trata do abandono de crianças, *infantes*, menores de 7 annos, em logar que não seja ermo, mas em que corra risco a vida do derelicto, e decreta a pena para o caso deste *vir a perecer*. E' o homicidio preterintencional, diz elle, em que a morte *pode* ser prevista, e o é muitas vezes, attentas as circumstancias de tempo, de logar, de saude, e de idade da creança, e varias outras impossiveis de serem indicadas *a priori*. Cuida o leitor que o legislador foi logico, egualando as penas deste homicidio ás do occasionado pelo aborto? Engana-se, aquelle homicidio é punido com 6 a 24 annos de prizão, pena egual á do doloso; este com 6 mezes a 1 anno, pena inferior á do culposo. Se a creança fôr desamparada em logar ermo, circumstancia que para o legislador demonstra a previsão do successo mais triste e funesto, ainda assim a pena é de

1 a 4 annos de prisão. Consequentemente, podendo os *infantes*, menores de 7 annos, como toda a gente, ser victimas de homicidios preterintencionaes, alem dos occasionados pelo abandono, homicidios esses passíveis das penas do art. 294, isto é, 24 a 30 annos de prisão no gráu maximo, que a circumstancia attenuante da preterintencionalidade mitigará somente em parte, é obvio que o crime de abandono, o desamparar uma creança, opera como excusa em favor dos homicidas. Ainda mais. Quem por mera culpa, por imprudencia, negligencia ou falta de observancia de alguma disposição regulamentar, causa a morte de uma creança menor de 7 annos, soffre a pena de 2 annos de prisão; o que abandona, prevendo-lhe a morte pelas circumstancias em que pratica o delicto, é punido apenas com um anno de prisão, só porque o logar do abandono não é ermo, ainda que perigoso sob qualquer ponto de vista. Si mais não é, ao menos desamparar uma criança é uma gravissima imprudencia, as mais das vezes uma falta de cumprimento de deveres para com ella, cujos direitos são abertamente violados. » A' parte o estylo vivo e nervoso do illustre J. C., não ha duvida que a pressa com que foi elaborado o Codigo, deu logar a muitos senões, que serão corrigidos, se antes da publicação do trabalho fosse elle sujeito á revisão de pessoas competentes. Mas, declarada a Republica, urgia a reforma do Codigo de 1830 que definia os crimes contra a existencia politica do *Imperio* e estavamos na *Republica*, cuja existencia politica devia ser garantida pelo novo Codigo (Livro II, tit. I). E esta preocupação politica que dominou o Governo Provisorio foi causa de varias reformas precipitadas, que estão agora sendo de novo reformadas por ter a experiencia demonstrado a sua inconveniencia e os seus defeitos.

A figura do art. 292 e seus §§ é a *exposição* ou *abandono* de menor de 7 annos (*infante*) em logar onde por falta de auxilios e cuidados de que necessita o infante, corra perigo sua vida, ou tenha logar a morte. A circumstancia do logar agrava ou não a penalidade, conforme a maior ou menor possibilidade do perigo ou risco de vida, attendendo-se ao auxilio que possa ser prestado ao abandonado. Assim, o abandono nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemiterios, vestibulos de edificios publicos ou particulares, expõe a vida do menor a menor risco porque a possibilidade do auxilio é mais certa nestes logares frequentados pelo publico. Em logar ermo, o abandono pode occasionar a morte por falta d'aquelle auxilio, e assim corre maior perigo a vida do innocente. A morte e o perigo de vida são o resultado do abandono, acto do delinquente, em logar onde falta auxilio e cuidados de que necessita a victima. Parece, portanto, que se o abandono fór em logar onde não falem esses auxilios, como, por exemplo, na Roda dos expostos, n'um estabelecimento de caridade, no corredor de uma casa de familia habitada, ou mesmo no vestibulo da uma repartição publica nas horas do expediente, não ha crime. São, por consequente, elementos do crime, não só o *abandono*, como o *logar*, sujeito este á condição de auxilios e cuidados cuja falta faça correr perigo á vida do menor, ou no caso de morte que esta seja consequencia da falta d'aquelle condição. O Tribunal da Relação do Estado do Rio, por Acc. de 28 de Fevereiro de 1899 (na *Rev. Jurispr.*, Fevereiro 1900, p. 187), decidiu que para dar-se o crime do art. 292 do Codigo penal, na hypothese de não ter logar a morte do infante

abandonado, é essencial que além dos mais elementos constitutivos, o infante haja corrido perigo de vida. Que a falta de prova de ter existido esse perigo obsta á condemnação de quem abandonar o dito infante na porta de uma casa particular, não sendo prova bastante o indício ou presumpção por mais vehemente que seja. Essa doutrina bem interpreta, a nosso vêr, a disposição do Codigo. Não basta, porem, attender-se aos elementos materiaes, a que nos referimos, o elemento moral ou intencional, influe na classificação. Esse elemento é o mais importante. Como diz Magno, commentando o Cod. italiano, art. 386, cit. por João Vieira, é o que dá precisamente a característica do crime, porque o facto por si só do abandono de uma criança, segundo a *dicersidade dos fins* á que se *dirigir* pode constituir outros titulos de crimes, ou contra a *ordem das familias*, ou mais directamente contra a *pessoa* do infante. De facto, se o abandono por parte de quem tem a *guarda*, ou é obrigado a ter *cuidado* do infante, realisa-se com a intenção de conseguir a morte, ou um mal qualquer ao infante, são applicaveis as sancções penaes do homicidio e das lesões pessoas. Se o abandono tem por fim tirar ao infante o nome e os direitos que lhe dá o facto do nascimento, surge então o titulo da *supressão do estado*. » Se a morte desejada realisou-se por meio do abandono, teria logar o homicidio preter-intencional a que se referio o dr. Durão. Se em consequencia do abandono, deu-se a morte não tendo sido esta a intenção do agente, haveria o homicidio culposo. Mas o Codigo deu ás figuras do art. 292 e seus §§ feição especial, embora desproporcional, comparando-se com a de outros delictos de gravidade igual ou menor. Se a intenção fór abandonar o infante por motivo de ordem moral, como evitar a deshonra, ou mesmo material, como a miseria, a falta de recursos para a criação do infante, o abandono não constitue crime, salvo se concorrerem os elementos de *perigo de vida* ou *morte devida ao abandono*. A maior difficuldade consiste em determinar quando ha o *perigo de vida*, e quando a *morte* foi consequencia do abandono. No caso do art. 292 ha perigo de vida sempre que á circumstancia do logar concorrerem a falta de auxilios e cuidados. Na hypothese do § 1, o logar ermo é por si só condição do perigo de vida. Quanto á *morte*, só o exame pericial poderá determinar se a causa foi o abandono.

293. Art. Incurrerão em pena de prisão cellular por um a seis mezes : (442)

(442) Vide art. 148, excluida a multa.

§ 1. Aquelle que, sem prévio consentimento da pessoa ou da autoridade, que lh'o houver confiado, entregar a qualquer particular, ou estabelecimento publico, o menor de cuja criação e educação estiver encarregado.

§ 2. Aquelle que, encontrando recém-nascido exposto, ou

menor de sete annos abandonado em logar ermo, não o apresentar, ou não der aviso á autoridade publica mais proxima (443).

(443) João Vieira observa que as fontes da disposição do § 1 foram os codigos portuguezes, art. 347, que traduziram o hespanhol anterior, art. 482, que teve a seu turno, como fonte, o Codigo francez, art. 348. Considera a disposição absurda, porque é melhor entregar a um estabelecimento publico um menor do que extravial-o, podendo acontecer que a entrega, feita mesmo a um particular, melhore as condições da creança, que pode ter sido confiada a pessoa sem recursos, em cujo poder ella corra o risco até de perecer de fome. Cita ainda em apoio de sua opinião o Codigo francez e o belga, art. 366, que justificam o facto se a pessoa encarregada da criação do menor, não recebeu os recursos de quem a encarregou. A censura seria procedente, se a *entrega* do menor não estivesse sujeita á condição — *sem previo consentimento da pessoa ou da autoridade* — que houver confiado o menor para ser criado ou educado.

O intuito do legislador foi acautelar o destino da creança, confiada aos cuidados de outrem. Perante o nosso Codigo, a falta de recursos fornecidos, não é, como nos Codigos francez e belga, justificativa. A pessoa encarregada da educação e criação constitue-se depositaria, que não pode abrir mão do deposito sem consentimento do depositante.

A disposição do § 2, é parallela á do Cod. italiao, art. 389. São factos de *indolencia culpavel*, diz João Vieira, sobre a qual ha hoje uma theoria completa, como se pode ver em Alfred Angiolini, *Dei delitti culposi*, ps. 134-141. O nosso codigo adoptando essa theoria, seguiu a opinião dos que consideram a indolencia culpavel na especie do § 2, um crime e não uma contra-venção. Sem duvida, não se trata aqui de uma simples violação ou falta de observancia de disposição preventiva da lei. Ha uma violação do sentimento de humanidade, que demonstra ausencia de piedade, traço caracteristico da peor especie de criminosos. O Codigo, na sua redacção casuistica, falla em — *recemnacido exposto* — e em — *menor de 7 annos abandonado em logar ermo*. — A conjuncção — *ou* — com a função disjunctiva, parece ainda significar que trata-se de especies distinctas : exposição de *recemnacido* e *abandono de menor de 7 annos* em logar ermo. A *contrario sensu* se concluiria que o Codigo não excluiu a *exposição* de menor de 7 annos em logar frequentado ou ermo, e o *abandono de recémnacido* em logar ermo. Accresce, ainda, que o Codigo (art. 298) considera *recemnacido* o infante nos sete primeiros dias do seu nascimento. A exclusão não pode ter sido o intuito do legislador, que no art. 292 considerou synonymos os vocabulos — *expôr* e *abandonar*, na accepção alternativa da velha locução desprezada, segundo João Vieira, que considera que o crime está no facto do *abandono*. Vide no *Direito*, Junho, 1891, ps. 200-205, artigo do dr. Eduardo Duro, sob a epigraphe — *Abandonamento de incapazes*.

TITULO X

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DE PESSOA E VIDA

CAPITULO I

Do homicidio.

Art. 294. Matar alguém :

§ 1. Si o crime fôr perpetrado com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas nos §§ 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18 e 19 do art. 39 e § 2, do art. 41 :

Pena — de prisão celllular por 12 a 30 annos (445).

(445) As circunstancias mencionadas são elementares do crime. Prescripção — 20 annos. Autoria : maximo 30 annos, medio 21 annos, minimo 12 annos; prepond. aggr. — 25 annos e 6 mezes, prepond. att. — 16 annos e 6 mezes (cellular). No fórma do art. 409 : maximo 30 annos, medio 24 annos e 6 mezes, minimo 14 annos; prepond. aggr. — 29 annos e 9 mezes, prepond. att. — 14 annos (simples). Tentativa ou cumplicidade : maximo 20 annos, medio 14 annos, minimo 8 annos; prepond. aggr. — 17 annos, prepond. att. — 11 annos (cellular). Na fórma do art. 409 : maximo 23 annos e 4 mezes, medio 16 annos e 4 mezes, minimo 9 annos e 4 mezes; prepond. aggr. — 19 annos e 10 mezes, prepond. att. — 12 annos et 10 mezes (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 13 annos e 4 mezes, medio 9 annos e 4 mezes; minimo 5 annos e 4 mezes; prepond. aggr. — 11 annos e 4 mezes, prepond. att. — 7 annos e 4 mezes (cellular). Na fórma do art. 409 : maximo 15 annos 6 mezes e 20 dias, medio 10 annos 10 mezes e 20 dias, minimo 6 annos 2 mezes e 20 dias; prepond. aggr. — 13 annos 2 mezes e 20 dias, prepond. att. — 8 annos 6 mezes e 20 dias (simples). Inaffiançavel. Vide arts. 66 §§ 4 e 44.

§ 2. Si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circunstancias :

Pena — de prisão celllular por seis a 24 annos (446).

(446) Vide nota ao art. 158, § unico, 2.º alin. Inaffiançavel. Prescripção — 20 annos.

João Vieira (*Cod. Pen. Inst. part. esp.*, v. II), seguindo Pessina, faz um resumo, ainda que deficiente, da historia do homicidio, desde a legislação romana, cuja influencia exerceu-se no direito dos outros povos, principalmente dos que soffreram a acção da conquista. Os autores definem

o homicídio por palavras diversas, mas, em sua essência, toda a definição reduz-se ao facto material da morte de um homem por parte de um outro homem, como diz Enrico Ferri. Um homem pode matar outro voluntariamente ou não. Por isso a primeira classificação é a do homicídio *voluntario* ou *involuntario*. O que distingue esta classificação é o elemento moral do *animus delinquendi*. No homicídio voluntario a intenção é *dolo* sa, a *intentio necandi*, a *vontade de matar*, constitue o *dolo*.

O homicídio voluntario divide-se em *simples* e *aggravado* ou *qualificado*. O homicídio qualificado é o perpetrado com circunstancias aggravantes, que revelam da parte do delinquente maior perversidade, taes são as do art. 294, § 1. O homicídio simples é o praticado sem o concurso d'aquellas circunstancias, conforme a definição do art. 294, § 2. Todos o codigos modernos adoptaram essa classificação derivada do direito romano, obedecendo ao mesmo criterio na aggravação da penalidade. A punição do homicídio qualificado é mais rigorosa. O homicídio involuntario pode ser *casual*, *culposo* ou *preterintencional*. Na primeira hypothese, como diz João Vieira, *nullum crimen in casu*. E' principio estabelecido no art. 27 § 6 do Cod. No homicídio *culposo* fallece o *dolo*, não existe o *animus delinquendi*, mas ha o elemento moral da *culpa*, que acarreta a responsabilidade criminal. E' a figura do art. 297. No *preterintencional* fallece o *dolo* especifico, a *intentio necandi*, a morte *não foi querida*, mas occorreu em consequencia do acto do delinquente. Elle não queria matar, mas o seu acto foi alem da sua previsão e o offendido morreu. Elle carregou a espingarda com chumbo miudo para ferir simplesmente a victima, mas o tiro foi dado em condições que produziram a morte. Por isso dizem os A A: que o crime preterintencional é um mixto de *dolo* e *culpa*, ou é um gráo intermedio entre o *dolo* e a *culpa*, participa do *dolo*, do *animus delinquendi*, da *intentio nocendi*, mas o *dolo especifico* não corresponde ao resultado do crime. Póde-se mesmo dizer que nos crimes preterintenciaes não ha *dolo especifico* quanto ao resultado do acto delictuoso. João Vieira diz que na preterintencionalidade « se tem a figura de um delicto menor, do qual o homicídio é uma consequencia, mas não *querida*, nem *prevista*, e este homicídio torna-se circumstancia aggravadora do crime menor na figura do *homicídio preterintencional* ».

A noção que nos dá o dr. Eduardo Durão do *crime preterintencional* é, mais clara. « A noção é conhecida, diz elle : basta ler Carrara e ter idéa das diversas gradações do *dolo* e da *culpa*, segundo as distincções da escola classica e metaphysica. O homicídio preterintencional é uma especialidade intermedia, que se enquadra entre os completamente dolosos e os simplesmente culposos. O *dolo* define-se — a intenção mais ou menos perfeita de praticar um acto que se sabe ser contrario á lei; a *culpa* — a voluntaria omissão de diligencia em calcular as consequencias possiveis e previsiveis do proprio facto. O homicídio doloso presuppõe o *animus necandi*, ou explicito, com o *dolo* determinado, isto é, quando o effeito, a morte, foi prevista e desejada pelo réu, que para a conseguir pôz em pratica todos os meios e *actos* necessarios : ou implicito, com o *dolo* indeterminado quando se usaram meios que por sua natureza foram previstos como capazes de produzir a morte, effectivamente succedida, ainda que não desejada como resultado dos proprios actos. N'este ultimo caso, ha a intenção indirecta positiva, por-

que, se o estado da vontade é indifferente, é positivo o do intellecto. Ha o homicidio culposo, quando se causa a morte de alguém com um acto que não era directo a lesar a pessoa, cuja morte, podendo ter sido prevista, não o foi entretanto. O não ter previsto a consequencia offensiva, diz Carrara, é o traço distinctivo que separa o *dolo* da *culpa*. O não poder-a prevêr distingue a *culpa* do *caso*. O *homicidio preterintencional* destaca-se como terceira figura da forma do homicidio de dolo indeterminado e é uma criação da equidade pratica : pertence á familia dos dolosos, porque provém do animo directo de lesar a pessoa, e della separa-se tomando a cór dos culposos, porque presuppõe que a morte, além de não ter sido desejada, não foi tambem prevista, si bem que o pudesse ter sido. Diz o summo mestre, que fechou gloriosamente o cyclo da escola classica : Não é homicidio com dolo indeterminado por falta de previsão quanto ao mais, isto é, a morte. Não é mera culpa, porque ha a malicia directa de prejudicar a outrem. Não é verdadeiro dolo relativamente á occisão, porque falta-lhe não só a vontade de matar, mas tambem a previsão actual de poder-a produzir. O *animo de offender* é, pois, o critério seguro para se distinguir o homicidio preterintencional do culposo e para se differençar tanto este como do homicidio com dolo indeterminado, estando fora de duvida que não houve intenção directa *ad necem*, deve se ter em vista estas duas condições : 1ª que o agente tivesse animo de lesar a pessoa do morto ou obrasse com dolo; 2ª que não previsse actualmente a consequencia lethal, si bem que a pudesse prevêr. No homicidio preterintencional ha dolo quanto ao antecedente, que de per si é já um delicto, e culpa quanto ao consequente; de modo que propriamente não ha intenção indirecta, porque, com relação ao antecedente, ella é directa, ao consequente, não ha de facto intenção, pois que ella é negativa. Assim, rigorosamente, em face da phrase legal — *não pleno conhecimento do mal, nem directa intenção de o praticar* — que suppõe a intenção directa positiva, o homicidio e todos os delictos preterintencionaes estão fóra do quadro dos dolosos; e os resultados mais graves, não previstos pelo agente, escapam á penalidade, quando não forem considerados culposos; e como taes punidos, se as penas forem mais elevadas, que a dos antecedentes dolosos, segundo a doutrina da prevalencia. E' certo que apezar das subtis distincções da escola, os codigos equiparam o homicidio de dolo indeterminado e o preterintencional, deixando os matizes psychologicos á apreciação dos tribunaes, e que entre nós tambem assim sempre entendeu-se, sem embargo de se não poder graduar a pena, por ser determinada ou prefixada a unica attenuante capaz de operar aquella equidade. » Vide no *Direito*, Setembro 1891, p. 5, artigo do Autor sob a equigraphie *A preterintencionalidade no homicidio*.

O dr. Baptista Pereira (*Rev. Jurisp.*, Junho, 1899, p. 133, Estudo em resposta ao dr. Lima Drummond Vide nota ao art. 26 do Cod.), depois de concluir que na *aberratio ictus* só ha um crime doloso, conceito defendido por varios criminalistas de maior autoridade, acceto pelo nosso Cod. e consagrado expressamente no art. 66 § 3, encontra na figura da *aberratio* affinidade com a da *preterintencionalidade*. « Do mesmo modo que na *preterintencionalidade*, assim na *aberratio ictus* (desvio do golpe), diz o illustre A. do Cod., a vontade do delinquente se encaminha directamente para a violação de determinado direito, e não se prevê, comquanto se possa prevêr a

violação de um direito mais importante, como v. g. no caso do individuo que, com a intenção de causar-lhe simples lesões corporaes, espanca uma mulher, que elle ignora achar-se em estado de gravidez e a faz abortar. No querer um crime menos grave, e produzir um outro maior, ha o que os criminalistas chamam *excesso de fim*; este excesso differe da culpa em que — nos crimes culposos não ha nexo algum no animo do culpado entre o facto — *causa* — e o facto — *consequencia*, em quanto que na *preterintencionalidade* o nexo entre o crime querido e o mais grave produzido era tal que fôra possível ao agente prevêr as consequencias. O conceito portanto, para a solução do problema é este, diz o dr. B. Pereira: — quando o mesmo facto constitue duas infracções, uma tendo por causa uma deliberação criminosa, outra uma falta com ou sem previsão, deve ser applicada a mais forte das duas penas concorrentes. Com este conceito, que aliás o Dr. Haus não rejeita, é inconciliavel a sua theoria de dolo eventual para justificar a existencia de dois crimes no facto em que o dolo concorre com a falta. »

Para tornar mais claro, em face do nosso Cod., o conceito da *preterintencionalidade*, que Bento de Faria, citando Impallomeni (*I delitti contro la persona* in Cogliolo, Compl. Trat. de Dir. pen. v. II, parte II, p. 103) e Carvalho Durão (*A preterint. no homicidio*, no *Direito* v. 56 p. 5) consideram aggravante do crime menor, doutrina, aliás, contestavel, faz-se mister considerar a natureza da lesão corporal, elemento objectivo, em face da *intenção*, elemento subjectivo. No art. 295 o Cod. define, como veremos adiante, a lesão corporal mortal e nos §§ 1.º e 2.º estabeleceu duas figuras de homicidios preterintencionaes, cujo resultado — morte do offendido — não tinha sido previsto, pelo vulnerador. Ainda que haja opiniões contestando que as figuras dos §§ 1º e 2º do art. 295 constituem delictos preterintencionaes, não ha duvida que ellas se enquadram no conceito de taes crimes. N'este caso a preterintencionalidade não apparece como aggravante do crime menor e, sim, constituindo figura distincta de um delicto consummado, bem definido, ao qual corresponde uma penalidade proporcional á responsabilidade criminal do agente.

Vide nota ao art. 26. Sobre tentativa de homicidio em face do art. 294, combinado com o art. 13 do Cod. Pen., *vide* na *Rev. Jurispr.*, Março 1901, ps. 276-282, sentença do dr. Costa e Silva, juiz de direito de S. Simão (S. Paulo). Sobre *autoria incerta* no homicidio, *vide* Viveiros do Castro, *Jurisprudencia criminal*, p. 241-251. A. Thiénard *L'Assassinat* (Paris, 1892). Dr. Afranio Peixoto, *Manual de Thanatoscopia judiciaria*, estudo medico legal da morte, de accordo com a legislação vigente (1901). « O termo *Thanatoscopia*, de boa prosapia, diz o autor, do grego *thánatos* — morte e *skopein* — vêr, parece bem servir a um livro pratico em que se ensina a observar a morte, para deducções de alcance medico judiciario. » Nina Rodrigues, *Manual de autopsias* (1900).

Art. 295. Para que se repute mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensavel que seja causa efficiente de morte por sua natureza e séde, ou por ter sido praticada sobre pessoa

cuja constituição ou estado morbido anterior concorrem para torná-la irremediavelmente mortal.

§ 1. Si a morte resultar, não da natureza e séde da lesão, e sim de condições personalíssimas do offendido :

Pena — de prisão cellular por quatro a 12 annos (447).

(447) *Vide* art. 106, § 1.

§ 2. Si resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar o regimen medico hygienico reclamado pelo seu estado :

Pena — de prisão cellular por dous a oito annos (448).

(448) Partindo do presupposto que não pode haver homicidio sem que haja uma lesão corporal que seja causa da morte, entendo o legislador que devia definir no art. 295 o que se deve reputar lesão corporal mortal, no sentido legal, afim de ser determinada a maior ou menor responsabilidade do agente para o effeito da applicação da penalidade. Assim, considera-se homicidio aggravado ou simples (§§ 1.º e 2.º do art. 294) se a lesão corporal foi mortal no sentido legal, isto é, se por sua natureza e sede foi causa efficiente da morte, ou se foi praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado morbido anterior concorrem para tornar a lesão irremediavelmente mortal. Neste caso, a *intentio necandi*, a vontade de matar, manifesta o dolo determinado, o *propositum*, de dar a morte. E bem definio o Codigo na expressão incisiva do art. 294 — *Matar alguem*.

As figuras do homicidio dos §§ 1.º e 2.º ds art. 295 apresentam aspecto de menor gravidade. O dolo é indeterminado em relação ao resultado, porque a morte não foi querida, ou não foi prevista pelo vulnerador. A morte resultou de circumstancias intercorrentes, denominadas *concausas*, extranhas á vontade criminosa (*voluntas sceleris*) do agente. Estas *concausas* independem da lesão que por sua natureza e séde não podia ser reputada mortal, mas, no entretanto, foi causa remota da morte, porque, na hypothese do § 1, as *condições personalíssimas* do offendido contribuíram como *concausa* para o desfecho fatal. A lesão não era mortal, e se não existissem as condições personalíssimas, a morte não ter-se-ia dado. No *Direito*, Setembro 1891, p. 76, vê-se o caso de uma bofetada que determinou a morte devida a condições personalíssimas da victima, que foi accommetida de uma apoplexia. O dr. Eduardo Durão publicou no *Direito*, Agosto 1891, p. 540, sob a epigraphe *A concausa no homicidio* um dos seus melhores trabalhos de analyse do novo Codigo. Entende o illustre Autor que as *condições personalíssimas* do offendido não são as pathologicas e as provenientes da constituição do offendido, porque estão especificadas no corpo do art. 295; logo, conclue, só podem ser as physiologicas, passageiras, ou actuaes, ou as anatomicas, que não constituam estado morbido ou não alterem o regular funcionamento dos orgãos. Mas o dr. Souza Lima, na *Rev. de Jurisp.*, Junho 1899, p. 115,

referindo-se a esse estudo do dr. Durão, que « revelava os embaraços que sentia de atinar com o pensamento do legislador », diz que o distincto e inditoso advogado conjecturou que as *condições personalissimas* poderiam ou deveriam referir-se : 1º a certos estados ordinariamente passageiros, em que se pode achar a pessoa na occasião do traumatismo (convalescença, embriaguez, plenitude do estomago, excessiva colera, ou sensibilidade nervosa, etc.; e para a mulher tambem gravidez, puerperio, etc.); 2º as anomalias e malformações congenitas (transposição de visceras, de vasos importantes, etc.). Estas indicações, porem, observa o dr. Souza Lima, não são inexpugnaveis. O primeiro grupo não parece corresponder exactamente á exigencia da lei e ao intuito do legislador, porque refere-se a estados muito frequentes, muito communs, a condições que podem ser pessoaes, mas não *personalissimas*. Com este superlativo é licito pensar que o legislador, quizesse alludir a circumstancias muito especiaes, ou antes, excepçionaes, fóra do commum, do ordinario; e, debaixo deste ponto de vista, não ha menor duvida que os estados mencionados no segundo grupo adaptam-se perfeitamente a esse conceito juridico. Nada pode haver de mais personalissimo do que uma aberração da conformação organica. Mas uma consideração que se me afigura muito ponderosa, oppõe-se a este modo de vêr; e é a seguinte: Admittida em principio, que me repugna acreditar erronea, a necessidade de separar e não confundir, as condições personalissimas com o estado morbido e a constituição do individuo, então nem aquelles desvios morphologicos congenitos podem ser includidos nas referidas condições, porque representam a constituição, embora anormal ou anomala, com que a pessoa nasceu e tem vivido.

Ouçõ repetir a cada passo como um axioma ou aphorismo de direito que não se pode distinguir onde a lei não distingue; portanto não se está autorizado a restringir o conceito juridico da constituição organica somente ao estado normal, excluindo o anormal, desde que não é pathologico. E assim parece que deve ser (vae aqui outra grave ponderação) para evitar desigualdade e injustiça clamorosa na classificação de grãos diversos de lethalidade relativamente a lesões que podem ser mortaes, tanto por causa de uma enfermidade anterior, como por causa de uma anomalia ou malformação congenita; por exemplo: um ferimento em qualquer dos membros superiores ou inferiores, e que occasionar a morte, num caso, porque o instrumento vulnerante abriu um sacco aneurismatico (estado pathologico), e n'outro porque interessou um vaso calibroso que normalmente ahi não devia achar-se (caso teratologico), A menos que se prove ter havido da parte do offensor conhecimento da existencia d'aquelle tumor, que de proposito elle procurou ferir, pergunto: em que differem estes dois factos para que n'um a lesão seja mortal *per se* e noutro o seja *per accidens*? Em que differem para que, n'um caso, a responsabilidade da morte recaia inteira sobre o offensor e não lhe aproveite o beneficio da eventualidade representada no outro por uma fatal condição personalissima? Se ha differença, ella escapa á minha comprehensão. Por consequencia, quer se considere os elementos moraes e materiaes do crime perfeitamente analogos, quer se attenda para a letra do art. 295, que, em rigor, não exclue, e antes tacitamente abrange as constituições anormaes, estas não ficam bem accommodadas entre as condições personalissimas, que, por sua vez, se me afiguram, repito, inconciliaveis,

incompatíveis com as ordens de circumstancias consignadas na definição legal de lesão mortal, características, portanto, da lethalidade *per se*. E' para mim, um motivo de surpresa e confusão, conclue o illustre professor, que não seja este ultimo ponto doutrina corrente na opinão de todos os nossos juriconsultos, como na jurisprudencia de todos os nossos tribunaes. Realmente a doutrina corrente tem sido contraria, sob o fundamento casuistico de que o Codigo prevê a hypothese das condições personalissimas só quando a morte resultar, não da *natureza e séde da lesão*; acreditam por isso que ellas referem-se positivamente ao estado morbido anterior e á constituição do offendido. Na sua opinião, não podem ser outras, porque para isso seria preciso que o legislador as excluísse taxativamente d'aquella disposição, dizendo se a morte resultar, *não da natureza e séde da lesão, nem do estado morbido e da constituição ao offendido, etc.* ».

E assim é. O defeito não está na doutrina e, sim, no Codigo, que dá logar a confusões e lacunas, que obrigam o interssete a explical-o conforme o texto, na ausencia de lei interpretativa que modifique ou explique o mesmo texto. O dr. José Cardozo da Cunha, no seu *Formulario para os corpos de delictos*, citado pelo illustre professor, justificava a sua opinião em face do texto do art. 295. A doutrina do Tribunal da Relação do Estado do Rio tambem basea-se na mesma interpretação, devida ás redacções do art. 295 e do seu § unico. Entende esse tribunal que as condições personalissimas a que se refere o Codigo penal não são outras senão a constituição e o estado morbido do offendido. Assim, tambem, pensa o dr. Eduardo Durão (*Vide no Direito cit.*, Agosto 1891, p. 550).

Sobre a *concausa da observancia do regimen medico hygienico* (art. 295, § 2) recommenda-se tambem o estudo já citado do dr. Eduardo Durão (*Direito*, Agosto 1891, p. 555). Destacamos, entretanto, o seguinte topico : « Tratando no § 1 das condições personalissimas, o legislador olvidou-se de fazer depender a minorante do agrepror ignorar a existencia dellas; o que dá logar ás mais graves injustiças. Agora no § 2 olvida-se tambem do criterio da previsão ou da previsibilidade a respeito da concausa posterior que só pode ser accidente e ter efficacia juridica, quando estiver fóra da malicia effectiva do offensor, ou não tiver ou puder ter sido prevista por elle. Car-rara diz admiravelmente : Se o factio não era capaz de produzir a morte por si só, e a produzio pela casualidade exterior, semelhante casualidade não pode fazer surgir o titulo de homicidio a cargo do offensor quando *elle difficilmente podia conhecel-a ou difficilmente prevél-a*. *Accidente é synomino de caso e caso é quem nullum potest prævidere humanum consilium*. O § 2, não distingue; de modo que ainda na hypothese do malfetor haver escolhido logar e tempo proprios ao crime, e em que a victima não pudesse *observar o regimen medico hygienico reclamado pelo seu estado*, ou haver apenas previsto essa impossibilidade, é injustamente beneficiado com a pena de 2 a 8 annos de prizão cellular, que substitue a do homicidio! Citando Giuliani sobre o criterio da accidentalidade subsequente, isto é, o ser possivel ou não provavel a previsão, o dr. Durão distingue : 1° se a perturbação lethifera produzida no organismo é uma consequencia mediata ou immediata da ferida; 2° se esta occasiona a morte por um processo pathologico proprio, independente do concurso e interverção de outra qualquer causa,

ainda que os soccorros medicos ou da arte a houvessem evitado, o vulnerador deve responder *de occiso*, porque elle homicida não pode exigir que a sociedade ou o offendido empreguem todos os recursos para evitar os effeitos funestos do crime que commetteu, como ao incendiario, por exemplo, não é dado remir-se da culpa pela allegação de não terem os bombeiros acudido com presteza e a tempo de apagar o incendio propositalmente ateiado. Nenhum de nós é obrigado, como dizia R. Delorme, a andar com um cirurgião ou medico á beira, e medico habil, com aparelhos e mesinhas indispensaveis a um tratamento prompto e a operações apropriadas, para que, no caso de morte, os senhores assassinos não possam excepcionar victoriosamente com a escusa ampla que lhes faculta o § 2. do art. 295. — Si, porem, a ferida torna-se mortal por acção do medico que a excitou com applicações irritantes, ou por intemperança e imprudencia do offendido ou de terceiro, então, sim, não sendo a lethalidade um desenvolvimento espontaneo e intrinseco da lesão, o vulnerador responderá simplesmente por ferimento ou homicidio tentado, conforme a modalidade da intenção. E' o *accidens externum fortuitum ou culposum*. Se o offendido não tiver os meios pecuniarios que requer a adopção do *regimen medico hygienico reclamado pelo seu estado*, como a mudança para clima mais ameno; se temer uma operação cirurgica, cujo bom exito fôr julgado probabilissimo pelo medico, acaso deverá ser favorecido o réu, sobrevivindo o obito do mesmo offendido pobre ou fundamentalmente receioso? O § 2. do art. 295, alem do mais, dá azo a disputas gravissimas e interminaveis, tanto no summario como no plenario, acerca do methodo comparativo do tratamento e da proficiencia e capacidade dos medicos, a desapiedada e irritante critica profissional em que quasi sempre são discordes as opiniões, redundando taes discussões em beneficio dos felizes réus e em detrimento dos interesses da justiça. Tudo quanto temos censurado n'este e no artigo precedente proveio de querer o autor do Codigo metter-se em funduras e não atêr-se á simplicidade da doutrina de Feuerbach, em que os grãos de lethalidade são apenas elementos indicativos do dolo. A circumstancia attenuante da não pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar bastaria para modalizar a pena. O medico legista e o juiz encaram os grãos de lethalidade sob aspectos diversos. Tanto as causas externas, como as circumstancias accessorias, podem, ou não, ser precedentemente conhecidas do agressor; e essa consideração leva o juiz muita vez a conclusões differentes da do medico perito. Assim, uma ferida accidentalmente lethal, quer por força das causas chamadas extranhas, quer por força de circumstancias accessorias individuaes, desde que o juiz tem por provado que uma e outras eram conhecidas do aggressor, que do seu concurso aproveitou para assegurar o exito, torna-se ella, sob o aspecto juridico, necessariamente lethal. Uma pancada no baixo ventre de uma mulher gravida produz o aborto, a metrite, a morte: esta lesão é para o medico legista, accidental e individualmente lethal; para o juiz, provado que o réu conhecia o estado de gravidez da offendida, a mesma lesão é necessariamente lethal. Como muito bem diz Orsolato, o juizo medico-legal não pertence unica e exclusivamente ao medico perito (*La Med. legal degli Feriti*). »

Procedente a critica do dr. Durão sob o ponto de vista de *jure constituendo*, a disposição do § 2, deve ser interpretada de accordo com a definição

que o art. 295 nos dá de lesão corporal mortal (*mal mortal*, do § 2). Quer na hypothese do § 1, quer na do § 2, o mal pode ser ou não mortal, ou pode ser mortal e não produzir a morte devido ao tratamento medico. Mas desde que se verifique a morte, cabe ao medico legista determinar a causa da morte e ao jurista julgar da responsabilidade criminal. Não ha entre os dous juizos disparidade por exclusão, pois, ao contrario, o primeiro é elemento necessario de auxilio para o segundo. Segundo a disposição do § 2, desde que a morte resultou por culpa do offendido, visto ter deixado de observar o regimen medico hygienico reclamado pelo seu estado, não tendo sido o mal mortal, attenua se a responsabilidade do réu, seja ou não a culpa do offendido resultante de força maior, como a pobreza ou fundado receio, figurados pelo dr. Durão.

— Bento de Faria, commentando o § 1, cita a opinião do dr. Henrique Venâncio, em parecer que lhe foi pedido. Diz o dr. Wenceslau que as condições *personalissimas* a que o legislador referio-se são condições que não sendo pathologicas (não estando por isso incluídas no estado morbido) collocam o individuo em estado de *vulnerabilidade* para com qualquer traumatismo, ferimento, etc., estas condições resumem-se na *idade*, *sexo*, e *profissão*. Na idade temos por exemplo o caso do *velho*, com a resistencia vital diminuída, influenciando as molesias oriundas de qualquer accidente, traumatismo, etc. No *sexo*, temos por exemplo, na mulher o *estado catamenial*, a *gestação* e o *parto*. Durante o periodo menstrual, que é um estado physiologico, como os outros dois, a mulher acha-se em condições especiaes, podendo um traumatismo produzir reflexos graves. Uma contusão no ventre pode provocar aborto, ou parto prematuro em uma gestante. Em uma recém parida os perigos decorrentes de um pequeno traumatismo são ás vezes mortaes. Quanto á *profissão*, temos, por exemplo, um jejuador profissional pode ser influenciado mais facilmente por um traumatismo. »

O mesmo A., citando outros estrangeiros, faz notar a divergencia que ha entre os que opinam que tanto os *actos materiaes*, como os *moraes* (*torturas* e outros que tenham *influencia moral*) podem constituir meios de consummação do delicto, e os que sustentam doutrina contraria, isto é, que os *actos moraes* em rigor não podem ser causa efficiente de morte. Entre os primeiros encontram-se Puglia, Carrara, Rauter, Filippi; entre os segundos, Garraud, Chauveau-Hélie, citados todos por Bento de Faria.

O dr. Costa Doria (J. R. da) professor nas faculdades de medicina e de direito de Bahia, em um interessante estudo sob a epigraphe. *Os traumatismos moraes* e o *Codigo penal*, demonstra que o Codigo penal não comprehende estas lesões nos arts. 303 a 306, que trata das lesões *corporeas*, nem tão pouco no capitulo do homicidio, embora a expressão *Matar alguém* do art. 294 apresente muita latitude, que podia abranger os traumatismos moraes. O art. 295 é, porem, doutrinário, regendo os dispositivos do Capitulo. O dr. Doria demonstra que ha *choques*, *traumatismos moraes* ou *violencias psychicas* que podem produzir perturbações mais ou menos profundas da saude, gerando molestias da maior gravidade e até mesmo podendo produzir a morte. O nosso Codigo não cogitou, porem, destes meios, nem mesmo nos homicidios e lesões corporeas culposas.

O trabalho do dr. Doria foi publicado em avulso de 12 paginas e por ser interessante conviem tornal-o conhecido, para subsidio servindo de o estudo do novo Codigo penal, cujo projecto dorme no Senado ha longo tempo.

— Para o calculo da penalidade, *vide* art. 239, § unico.

Art. 296. E' qualificado crime de envenenamento todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por meio de veneno, qualquer que seja o processo, ou methodo de sua propinação e sejam quaes fôrem seus effeitos definitivos.

Parapho unico. Veneno é toda substancia mineral ou organica, que ingerida no organismo ou applicada ao seu exterior, sendo absorvida, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saude (449).

(449) O envenenamento é circumstancia aggravante definida no art. 39, § 3, e no art. 294 entra como elementar do homicidio qualificado. E' este um dos pontos do Codigo justamente atacado pelo dr. Eduardo Durão (*Vide no Direito*, Junho 1891. p. 182, sob a epigraphe — *veneficio e envenenamento*). Assim, diz o illustre jurista, « alguns Cods., como o francez de 1810, consideram a propinação do veneno com intenção de matar crime especial, cuja essencia consummativa independe da morte da victima; equiparam o veneficio, que é o homicidio conseguido mediante a propinação dolosa e latente do veneno, e a sua tentativa proxima ou remota. O antigo codigo não seguia essa doutrina cruel, que confunde o *veneficio* com o simples *envenenamento*; considerava o emprego do veneno como uma das circumstancias elementares do homicidio qualificado do art. 192, punido de morte, no gráu maximo. O novo Codigo tambem inclue no art. 294, § 1 o emprego do veneno como circumstancia elementar do homicidio qualificado, cuja pena é a de prisão cellular de 12 a 30 annos. Consequentemente segundo o art 294, § 1, do novo Codigo, a morte ou a occisão é da essencia do crime, que é o homicidio consummado por meio de substancias toxicas; a simples administração ou propinação dellas constitue a tentativa ou o crime frustrado, phases delictuosas que o Codigo não distinguio, e cujas penas mais brandas proporciona no art. 63 da parte geral. Depois de ter assim consagrado a sã doutrina, leu o legislador o art. 301 do Codigo francez, e sem mais attenção, acceitou a sua barbara disposição, opposta aliás diametralmente a noção anterior do *veneficio* e do *envenenamento*, do crime consummado e da tentativa delle. O art. 296 do novo Codigo é copia servil do francez. Se o emprego do veneno é circumstancia elementar do homicidio qualificado do art. 294, se a morte é da essencia do homicidio, como é que a simples propinação do veneno, qualquer que seja o resultado definitivo, é outro crime, especial, em que a tentativa equipara-se ao crime consummado? Em que artigo do novo Codigo incidirá aquelle que propinar veneno a outrem com intenção de o matar, se a morte não se verificou? Será autor de tentativa de veneficio, ou de envenenamento consummado, delicto especial, *sud*

generis, à la française? Felizmente a disposição anomala, contradictoria e crudelissima do art. 296 não tem sanção; o legislador creou uma figura especial do delicto e não comminou-lhe penas. Indaguemos a origem dessa inadvertencia, sem justificação possível. O art. 301 do Cod. francez define o envenenamento, mas só no artigo seguinte, 302, impõe-lhe a pena de morte, bem como ao assassinio, parricidio, infanticidio, crimes tambem descriptos anteriormente. Esta circumstancia esclarece a anomalia de estabelecer o art. 295 do novo Codigo um crime sem sanção penal. A precipitação com que foi elaborado o Codigo não deu tempo ao seu digno autor de lêr o art. 302 do Codigo francez; vendo o art. 301 definir o envenenamento sem logo comminar-lhe penas, copiou-o sem pezar as desastrosas consequencias da sua proposição e sem se aperceber que esposava opinião repugnante com as dos artigos antecedentes. » Não levamos a critica até o ponto de considerar o art. 296 copia servil e quasi inconsciente do art. 301 do Codigo francez, como diz o illustre jurista. O pensamento do legislador foi dar ao crime de envenenamento uma figura especial para o effeito de punir a tentativa com a pena do crime consummado, não fazendo absolutamente distincção entre uma e outro: é esta a significação da phrase — e *sejam quaes foram seus effeitos definitivos*.

Estes effeitos podem ser a morte, o perigo de vida, alteração profunda da saude, qualquer mal, emfim, grave ou leve, consequencia do veneno. O Cod. define crime de envenenamento o *attentado contra a vida* por meio de veneno. Suppõe portanto o *animus necandi*: Se resultar a morte, ha o homicidio qualificado do art. 294 § 1^o, entrando o veneno como circumstancia elemental. A penalidade está estabelecida. Se a morte não se verifica, não ha tentativa, o crime de envenenamento é sempre consummado, desde que o veneno seja propinado, *qualquer que seja o processo ou methodo de propinação, sejam quaes forem os effeitos definitivos*. Nesta parte discordamos de Bento de Faria e dos autores estrangeiros que elle cita. Reconhecemos, porem, que o Codigo não estabelecendo penalidade para a figura delictuosa descripta no art. 296, fica impune o crime de envenenamento, se d'elle não resultar a morte ou alguma lesão corporal, porque, *nulla pœna sine lege*.

Na idéa de veneno, opina Von Listz (*Dir. pen. art.*, v. 2, p. 44), e este conceito ajusta-se á definição do paragrapho unico, tambem se comprehendem as materias contagiosas que podem ser transferidas de corpo a corpo, como virus do cholera, da syphilis, da tuberculose, da raiva, etc., etc. Estas materias estão comprehendidas na expressão — *substancia organica* — d'aquelle paragrapho.

Art. 297. Aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar, commetter, ou fôr causa involuntaria, directa ou indirectamente, de um homicidio, será punido com prizão cellular por dous mezes a dous annos (450).

(450) A figura deste artigo é a do homicidio involuntario, cuja fonte é e

art. 19 da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, que é traducção litteral do Código francez, arts. 212 e 230, aliás melhorados e simplificados pelo Código belga, arts. 418 a 420. O elemento constitutivo do crime é a culpa, pois se o facto fôr casual, fortuito, de puro accidente, de força maior, occorrido em pratica de um acto licito e com a attenção ordinaria, não é passivel de pena.

Já vimos que o homicidio pode ser *doloso*, quando ha o *animus necandi*, *preterintencional* quando ha o *animus nocendi*, mas a morte não foi querida e o resultado do crime foi alem do previsto pelo agente, ou pode ser *culposo*, quando não houve *animus delinquendi* e o elemento moral do delicto passa a ser a *culpa*, que resulta da *negligencia*, *imprudencia* e *impericia*, segundo o art. 24, ou da *inobservancia* de alguma disposição regulamentar, accrescenta o art. 297.

Cada uma destas modalidades da culpa é elemento especifico de uma figura delictuosa, mas *in genere* constituem o delicto involuntario.

Commentando o Cod. belga, diz Nypels (cit. por João Veira), que « o legislador caracteriza a *culpa (faute)* punivel por estas duas formulas geraes : *falta de previdencia* ou *falta de precaução*. A culpa *sem previdencia* existe quando o agente não tem previsto o facto, quando elle podia e devia prever. A imprevidencia pode ser determinada pela ignorancia do facto e de seu character (ou de suas consequencias, acrescentamos), ou por uma desat-tenção culpavel que impedio o agente de prevêr o mal. Ha culpa *com previdencia* quando o agente tem previsto como possivel ou como provavel o resultado funesto, e sem tel-o querido, mesmo eventualmente, não tomou as *precauções* para evital-o. No primeiro caso — culpa imprevidente — dá-se a imprudencia ; no segundo, da culpa com previdencia, ha a negligencia. Se o mal resultou de inobservancia de alguma disposição regulamentar, a culpa é mais grave, porque o agente, alem de prevêr o facto, que a observancia do preceito regulamentar impediria, foi alem da negligencia e haveria o *dolo* do homicidio voluntario, se não se demonstrasse que elle não teve intenção de commettel-o. Assim, podemos, em synthese estabelecer que na imprudencia o elemento caracteristico é a culpa levissima, na negligencia a culpa leve, na inobservancia da disposição regulamentar a culpa lata ou maxima. » Em face do Código a distincção da culpa em levissima, leve e lata, não influe, porem, na classificacão da penalidade.

Melhor distincção, mais clara e mais de accordo com o conceito do Código é a que fez o dr. Costa Ribeiro (Augusto Marques), 1.º promotor publico do D. Federal, no seguinte parecer, cuja doutrina foi confirmada pela segunda camara da Corte de Appellação em Acc. de 14 de Setembro de 1906, na *Rev. de Dir.*, v. II, fasc. I : « Trata-se de um caso de impericia profissional e não de imprudencia ou negligencia. Estas caracterizam-se pela omissão de certos cuidados que todos os homens, indistinctamente, são obrigados a empregar nos actos ordinarios da vida e que não escapam á attenção communi dos individuos ; em quanto que a impericia verifica-se pela omissão de medidas technicas que não devem escapar á attenção do profissional e são reclamadas pela natureza da profissão. São especies diversas que não é licito confundir, porque o art. 297 do Código penal discriminou-as expressamente. Ora, o exercicio de certas profissões reclama attenção par-

sular, obriga o emprego de medidas de segurança impostas pela natureza do acto; a violação voluntaria desse dever constitue a base da responsabilidade no homicidio por impericia profissional. » A distincção da culpa levissima, leve e lata é puramente doutrinaria.

O criminoso responde pela culpa, ainda que haja da parte da victima manifesta imprudencia, doutrina ensinada por Blanche, Garraud e Chauveau-Hélie, confirmada pela nossa jurisprudencia, como se vê em Viveiros de Castro, *Jurispr. Crim.* (1900), cap. *Homicidio involuntario*. Nas diversas modalidades do homicidio culposo estão incluídas a imprudencia, a negligencia, a ignorancia dos profissionaes no exercicio da sua arte. Estão accordes neste ponto a doutrina e a jurisprudencia. O homicidio involuntario não admitte cumplicidade, porque esta presuppõe a assistencia sciente e consciente prestada ao crime, o accordo previo para a realização do acto. Não pode haver essa assistencia sciente e consciente em um facto imprevisto, que se realisou contra a vontade do agente. O homicidio involuntario admite, porem, co-autoria. Quando dous individuos são igualmente responsaveis pelo facto, directa ou indirectamente, quando a culpa é de ambos, são ambos co-autores do delicto. (Viveiros de Castro, *Obr. e loc. cit.*)

Vide nota aos arts. 24 e 27 §. 6. Terminaremos este commentario, registrando o seguinte accordão da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal e nota de Viveiros do Castro (*Jurisprudencia Criminal*, p. 141) : « Vistos, etc. Considerando estar provado, etc., que o réu, quando fazia exercicios de capoeiragem com seu companheiro e amigo Victor Staboli, deu-lhe sobre o ventre um pontapé tão violento que rompendo uma das alças intestinaes, occasionou a morte do offendido no dia seguinte; considerando estar igualmente provado não ter havido da parte do réu, amigo e companheiro da victima, com quem todos os dias fazia o exercicio de capoeiragem, o *animus necandi*, o que constituiria um homicidio intencional, nem intenção de offendel-o, o que constituiria um homicidio preterintencional. Mas, considerando que houve da parte de réu manifesta imprudencia, porque o exercicio de capoeiragem é perigoso á saúde e pode occasionar um accidente fatal, suas consequencias entram na regra da previsão commum; Considerando ser improcedente a defeza allegada de tratar-se na especie de homicidio casual, de um facto occorrido na pratica de um acto licito, feito com attenção ordinaria, porque o exercicio da capoeiragem é uma contravenção, reprimida e punida no art. 402 do Cod. penal, e não pode haver acto casual na pratica de um crime; Considerando ser tambem improcedente a defeza allegada de ter havido imprudencia por parte da victima, que tambem se entregava a esses exercicios de capoeiragem, porque a imprudencia da victima, como estão accordes, neste ponto, a jurisprudencia e a doutrina, não justifica o agente, quando tambem houve de sua parte manifesta imprudencia; Accordão julgar procedente a accusação e condemnar o réu Felix da Silva no grão minimo do art. 297, etc. (Accordão de 16 do Agosto de 1899). Em nota a este Accordão, acrescenta Viveiros de Castro (*Obr. cit.*, p. 142) :

« Para avaliar justa e juridicamente o conceito da culpa não basta ao juiz conhecer bem a classica divisão da culpa em grave, leve e levissima : é necessario, como aconselha Feuerbach no *Commentario official* do Codigo

penal da Baviera, que elle attenda ás condições personalissimas do agente, isto é, á sua idade, ao seu sexo, ao seu gráu de cultura mental. Seria com effeito uma grave injustiça exigir do rustico analphabeto e boçal a mesma previsão que se tem o direito de exigir de um cidadão laureado com um diploma scientifico, equiparar a natural leviandade dos moços com a prudencia dos velhos, a calma dos homens com o nervosismo habitual das mulheres. E' certo que muitos entram na regra de previsão commum; os exemplos quotidianos são delles ensinamento fecundo. Quantos transeuntes não são nas ruas esmagados pelos vehiculos em disparada? Quantos infelizes não tem sido victimas da estúpida brincadeira dos revolvers que se suppõe descarregados ou que são limpos defronte de espectadores? Mas tambem ha casos onde não é facil a previsão do evento, que pode escapar ás intelligencias rudes incapazes de perspicacia. O juiz deve, portanto, estudar bem o facto e o agente para julgar com justiça. »

— Para o calculo da penalidade, *vide* art. 148, § unico.

Homicidio culposo : erro sobre a pessoa, falta de intenção criminosa, na *Rev. de Jurispr.* de Novembro de 1897, p. 117, Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. Homicidio por imprudencia o impericia em operação cirurgica; increpação de imprudencia; impericia do operador; culpa levissima; erro ou descuidos grosseiros; cirurgiões diplomados; exames de peritos : Acc. do Trib. de Just. do Estado de S. Paulo de 2 de Agosto de 1899, na *Rev. de Jurispr.* de Outubro de 1899, p. 173.

CAPITULO II

Do infanticidio.

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte :

Pena — de prisão cellular por seis a 24 annos (452).

(452) *Vide* nota ao art. 158 § unico, 2.ª alin.

Paragrapho unico. Si o crime fór perpetrado pela mãe, para occultar a deshonra propria :

Pena — de prisão cellular por trez a nove annos (453).

(453) O dr. Joaquim Henriques da Fonseca Portella, na sua *These inaugural* sustentada em 1895 perante a Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, faz um estudo interessante sobre o infanticidio sob o ponto de vista juridico penal e medico legal. Demonstra na parte historica a evolução do

infanticídio, permittido ao principio entre os povos antigos, e depois punido successivamente até o direito dos povos modernos, especialmente o portuguez e o francez. Na segunda parte do seu trabalho faz um estudo completo sob o ponto de vista medico legal. O dr. Eduardo Durão, no *Direito*, Junho 1891, ps. 184-192, faz a critica do novo Codigo penal, comparando a disposição do art. 298 com a do art. 197 do antigo Codigo penal, que elle considera uma singularidade em face das legislações que lhe serviram de modelo e da opinião corrente dos criminalistas, porque punia o infanticídio com pena inferior á do homicídio simples. A proposito diz o dr. Durão : « E' corrente hoje que o homicídio do recém-nascido, quer o commettam os paes, quer parentes ou extranhos, não differe do homicídio do adulto, podendo ser como este qualificado, aggravado ou attenuado, segundo as modalidades que revestir, salvo a hypthese de ser praticado *honoris causa*. Para alguns criminalistas como Carrara e Balestrini, a *causa honoris* tem a virtude de destacar o infanticídio da familia dos homicídios, tornando-o uma figura delictuosa especial; para outros é apenas uma minorante, uma escusa que degrada a força moral subjectiva do homicídio. O privilegio *levioris pœnæ* aproveita sómente á mãe, segundo uns; segundo outros criminalistas, estende-se aos seus parentes mais proximos, ao marido, e até a extranhos, conforme a encaram, subjectiva ou objectivamente, a influencia da *causa honoris*. O Codigo da Baviera, o de Feuerbach, que foi o modelo das legislações criminaes da Allemanha, attendeu tambem ao estado physico e moral da parturiente, á sua irritação nervosa como evidencia a disposição do art. 171, que comprehende a occisão do filho legitimo recém-nascido. A doutrina que só destaca das regras geraes do homicídio o infanticídio commetido *honoris causa*, acceitaram-n'a os codigos mais recentes, excepto o portuguez e foi magistralmente desenvolvida por Zanardelli, no relatorio com que apresentou ao parlamento italiano o seu projecto de Codigo penal. O autor do novo Codigo brazileiro devia estar a par dos progressos da sciencia e da legislação, e, guiando-se por elles, modificar convenientemente os arts. 197 e 198 do antigo. Mas o que fez elle quando tinha ensejo de crystallizar na lei os ultimos postulados do direito criminal? Manteve a noção erronca do infanticídio, considerando a circumstancia de ser a victima do homicídio um infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, uma attenuante ou escusa legal, o que nada justifica, porque a occisão de um recém-nascido pode ser o parricídio improprio, o latrocineo, e revestir formas gravissimas, como todo o homicídio. E' verdade que augmentou as penas; mas isso prova unicamente que o illustre autor do novo codigo legislou a esmo, precipitadamente, porque não chegou a comprehender a causa da injustiça que corrigo a meio, encarando o infanticídio de per si como delicto especial, sem cotejal-o com o homicídio commum, que o absorve, como o genero a especie, salvo o praticado *honoris causa*. O favor que o novo legislador concedeu aos matadores de recém-nascidos consiste em não punil-os com as penas do homicídio qualificado, ainda quando concorram as circumstancias que indicou para a existencia juridica dessa gravissima modalidade do homicídio. » O dr. Joaquim Portella, comparando a penalidade do homicídio simples (art. 291, § 2) com a do infanticídio (art. 298) observa que o legislador presuppõe que o gráo de perversidade dos delinquentes e o

nal que elles podem causar á sociedade pela pratica dos dois delictos tem a mesma intensidade, a mesma gravidade. Parece-lhe iniqua tal opinião. Effectivamente, diz elle, o facto de ser um recém-nascido, sempre innocente e incapaz da menor resistencia a victima de um assassinato, deveria influir poderosamente no espirito do legislador para aggravar a pena do infanticida. Ao passo que o recém-nascido nunca pode resistir, rarissimas vezes o individuo de maior idade pode deixar de o fazer; em quanto ha sempre certeza da innocencia do recém-nascido, ella nem sempre existe na victima de maior idade.

Devemos, entretanto, confessar que o Codigo em vigor melhor consultou os principios de justiça que o antigo, que punia com mais rigor o homicida, do que o infanticida. O novo Codigo se não seguiu a corrente dos escriptores modernos, como diz o dr. Durão, não deixou, porem, de melhorar a disposição do antigo codigo que exprimia-se seccamente no art. 197 : « Matar alguém recém-nascido », e no art. 198 : « Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra ». O novo Codigo definindo a expressão — *recém-nascido* — dirimio a controversia, pois os autores e as legislações divergião sobre a definição de recém-nascido (*Vide These* cit. do dr. Joaquim Portella, ps. 12-15). *Recém-nascido* é o infante nos sete primeiros dias de seu nascimento. O crime de infanticidio só existe quando a morte se dá nesse periodo. Fóra delle o crime é homicidio. São, portanto, elementos do infanticidio : 1º que o infante tinha vivido; 2º que seja recém-nascido. O *animus necandi* não é condição primordial, como observa o dr. Joaquim Portella, porque pode existir o infanticidio culposo ou involuntario, que os medicos legistas denominam por *omissão*, que resulta do erro, falta de cuidados, negligencia ou imprudencia. O *animus necandi* existe no infanticidio por *commissão*, quando a morte resulta da violencia, mas ainda assim é necessario que haja a intenção directa de dar a morte ao innocente, pois se a intenção foi indirecta, se houve o simples animo de offender, e não de matar, mas do acto resultou a morte, o infanticidio é preterintencional. A *viabilidade* não é condição essencial do crime de infanticidio. A opinião de Chauveau-Hélie, sustentada pelo dr. Joaquim Portella, contra Carnot, Rogron, Morin, Coclarel de Martigny, Orfila e outros medicos legistas, é a mais razoavel : « Desde que a creança sahio viva do seio materno, aquelle que lhe tira a vida é um infanticida, embora a autopsia venha sustentar que seu estado de immaturidade, molestia pre-existente ou vicio de conformação se opponham a que sua vida pudesse prolongar-se, alem de alguns instantes (opinião de Devergie). Admittida como verdadeira e inconcussa a opinião dos que sustentam que a viabilidade não é condição essencial do infanticidio, diz o dr. Joaquim Portella, qual o signal indicativo de que a creança viveu? Não é necessario que a creança tenha respirado, como pensa Casper, para assegurar-se que ella viveu. Se é exacto que por um certo espaço de tempo, é impossivel a vida da creança sem respiração, não é menos certo que ella pode viver sem respirar durante alguns minutos, dentro dos quaes pode ter logar o crime. Um simples movimento basta para attestar que a creança viveu. Este ponto dá logar a outra questão. Sustenta-se que o legislador não foi previdente na definição do recém-nascido, porque o infanticidio pode ser commetido,

diz o mesmo Autor, em um periodo muito curto; em que o feto já apparecido do mundo exterior, tendo já uma parte do seu corpo fóra do primitivo domicilio, todavia não acabou de nascer.

Tal opinião não se conforma, porem, com o espirito e a letra do art. 298. « A creança quando está nascendo, diz Chauveau-Hélie, deve ser considerada como já nascida; na verdade ainda não respirou, não vive por si só, mas sahio do seio materno, não é mais feto, vio o dia. Seria absurdo sustentar que não tinha nascido, porque deixou de viver antes de completar o seu nascimento, sua morte é a prova de sua existencia, era necessario que tivesse nascido para que a vida lhe pudesse ser arrebatada. » A figura do infanticidio apresenta as seguintes modalidades: 1° *emprego* dos meios directos e activos para obter a morte; 2° *recusa* de cuidados necessarios á manutenção da vida do infante; 3° *recusa* dos mesmos cuidados para impedir a morte. Na primeira e terceira modalidades deve entrar como elemento constitutivo o *animus necandi*; na segunda pode haver o *dolo* ou *culpa* conforme a intenção do agente.

Quanto ao infanticidio *honoris causa* (art. 298, § unico) divergimos do dr. Eduardo Durão e preferimos a disposição do Codigo, favorecendo tambem a mãe. O dr. Durão pensa que a *lecioris pœnæ* deve se estender não só ao marido e aos parentes mais proximos e vae alem contemplando os estranhos, porque, n'elles influindo o motivo de honra em dadas circumstancias, fica igualmente minorada a quantidade politica do delicto. E' a opinião de Balestrini, diz o illustre jurista, já muito antes elegantemente sustentada por Nicolini, em face da phrase impessoal do art. 387 do antigo codigo do reino das Duas Sicilias.

Preferimos a opinião do dr. Joaquim Portella: « A disposição legal é razoavel tratando-se de uma mulher, até então honesta, solteira, casada ou viuva, que, seduzida por um meio qualquer, foi levada a commetter o crime para occultar sua miseria; mas descabida quando se trata de uma supposta honesta ou prostituta, que do infanticidio se serve para passar vida folgada em depravação, ou outro gozo qualquer, habitual ou não. Em rigor, a circumstancia attenuante deve desaparecer para a prostituta, porque ella não pode occultar o que já está no dominio publico — a sua deshonra. » Realmente, a occultação da deshonra propria é elemento essencial da *lecioris pœnæ* do § unico. Se diverso d'aquelle foi o intuito, é claro que a propria mãe incide na responsabilidade penal do infanticidio figurado no art 298. Vide Ambroise Tardieu, *Étude médico-légale sur l'infanticide*. Para o calculo da penalidade, nota ao art. 94, 1° alin.

CAPITULO III

Do suicidio.

Art. 299. Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa :

Pena — de prisão celllular por dous a quatro annos (454).

(454) O art. 196 do Codigo de 1830 afastou-se do projecto de 1827, que entre outras disposições estabelecia a doutrina de Bentham da justificação do crime pelo consentimento. No art. 12 do projecto se estabelecia : « Não ha delicto *quando ha consentimento* de quem tem de soffrer o mal resultante do mesmo delicto, salvo quando o consentimento fôr vicioso. » Vasconcellos, fíz João Vieira, consagrou, com intuição genial, no Codigo de 1830, idéas hoje reputadas opportunas pela escola moderna na sciencia penal. Explica-se assim como em certas occasiões, elle diverge de Bentham, cujas doutrinas em voga inspiraram o nosso legislador. Segundo o systema do philosopho utilitario, *o consentimento supprimia o crime* e nesta conformidade a figura dos arts. 196 do Cod. de 1830 e 299 do actual não seria criminosa. A theoria da escola moderna está exposta especialmente na obra de Enrico Ferri *L'homicidio-Suicidio*. A questão, segundo a escola moderna, gyra em torno das questões : O homem pode dispôr de sua vida? Tem a sociedade, assim como a familia, direito sobre a existencia do individuo? *A necessidade da existencia social é a suprema lex?* A sociedade existe para o individuo ou o individuo para a sociedade? O homem que tem o direito de viver, tem o direito de morrer? Não ha porem, uniformidade de opiniões entre os Autores. Entendem uns que não é contrario ao direito que o homem disponha da propria vida, e então a morte de consensiente exonera da responsabilidade aquelle que por um motivo de piedade, de amisade, de amor prestou o auxilio ao suicida. Giovanni Albano, cit. por João Vieira, resumindo a theoria de Ferri, diz que, demonstrado que o homem tem o direito de dispôr da propria vida, delle deriva a consequencia logica que o consentimento à propria morte é natural e legitimo e, assim, o homicidio do consensiente não reentra no campo do direito penal. Outros Autores entendem que o individuo não pode dispôr de sua *existencia* que é *necessaria* para a *existencia* da sociedade, e assim não podendo elle dispôr da propria vida, *o consentimento* não é dirimente da criminalidade do *auxiliador*. Dizem ainda, que alem deste fim social, o homem tem um fim superior a attingir segundo a lei moral. Os sectarios da theoria de Ferri entendem que esses argumentos fundam-se na religião e na ethica, cujos deveres gyram no fôro intimo, são *internos*, ao passo que os deveres juridicos são *externos* e, como diz Ferri adoptando as razões de Ellero, Halschener e Catalano, o crime sendo a violação de um direito e sendo o direito uam relação *externa*, uma *proportio hominis ad hominem* não pode ser crime uma acção que o homem realisa em si mesmo. Todos os criminalistas modernos, João Vieira, inclusive aquelles mesmos, ainda não emancipados de preconceitos ethicos e religiosos, convem na impunidade do suicidio. Mas desde que se trata de *participação* ao suicidio de outrem opinam que ella constitue um verdadeiro delicto. Ferri não entende esta *participação* em termos absolutos, restringe-a á illegitimidade dos motivos determinantes. *A participação por si só* não constituiria crime. O consentimento do suicida influe sobre a legitimidade ou illegitimidade dos motivos da participação. Assim, como observa Albano, o consentimento extorquido, *com violencia ou fraude*, torna-o illegitimo, não só pela extorsão, como

porque o agente revela-se um verdadeiro delinquente, mais ou menos temível.

O nosso legislador não se deixou dominar pelo exclusivismo da escola e tomando o art. 196 do Código de 1830, modificou-o tendo em vista o art. 370 do Código italiano, que por sua vez está de accordo com o antigo código toscano, art. 314; com os códigos hespanhol, art. 421, hollandez, art. 294, hungaro, art. 283, de Fribourg, art. 368, de Berne, art. 125, de Tessino, art. 301. Os Cods. francez e belga são mudos a este respeito, diz Jules Lacointa. O Código da Allemanha, art. 216 pune, o facto « de commetter un homicide volontario a instancias expressas e formaes do suicida (personne tuée). Na Inglaterra a tentativa do suicidio e a cumplicidade são passíveis de pena. § A figura do art. 299 apresenta as modalidades do *induzimento* e do *auxilio* ao suicidio. O *auxilio* tem logar *ajudando* alguém a suicidar-se ou *fornecendo-lhe meios* para isso. No auxilio com fornecimento de meios é necessario a prova que o auxiliador tinha conhecimento de causa, isto é, tinha sciencia que os meios fornecidos eram destinados ao suicidio.

No *induzimento* ou no *auxilio pela ajuda* o conhecimento de causa está implicito. O *induzimento* comprehende não só o *conselho*, a *instigação*, como a *sugestão*. Vide Ambroise Tardieu, *La pendaison, la Strangulation et la Suffocation*.

Vê-se bem, e os termos do art. 299 são precisos, que o Código não pune o suicidio, nem a tentativa. A figura delictuosa é a da participação. O criminoso é aquelle que contribue, *induzindo*, *ajudando* ou *fornecendo meios*, a alguém para suicidar-se.

Bento de Faria, citando Pincherli, Puglia e outros A. A. estrangeiros, observa que a participação, sob qualquer das formas *material* — pelo fornecimento de meios materiaes, ou *moral* — pelos conselhos, instrucções, emfim, pelo *induzimento*, para accarretar a responsabilidade do agente deve manifestar-se de modo real, serio e efficaz, procedendo o agente scientemente, sendo ainda necessario que o suicidio tenha-se consummado. E em consequencia, se houver tentativa desaparece a responsabilidade. Não concordamos com esta conclusão, porque na participação desenha-se o *animus delinquendi* consorciado ao elemento material do delicto. A figura está completa. Na sua execução o crime se consumma com a morte do suicida, mas se por circunstancias independentes da vontade, ou se pela sua propria vontade, elle salva-se, a participação responde pela tentativa, se o suicida deo começo de execução. Aquelle que *induzio* ou *ajudou* é responsavel como tentador. Se, porem, o suicida arrepende-se e não dá começo a execução, o *induzimento* ou a *ajuda* serão então considerados simples actos preparatorios que escapam á sancção penal, salvo se taes actos forem classificados crimes especiaes (Art. 15 do Cod.). Não será tambem punida a *tentativa verificando-se a hypothese* do § unico do art. 14.

CAPITULO IV

Do aborto.

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção :

No primeiro caso : — pena de prisão celllular por dous a seis annos (456).

(456) *Vide* art. 93. pr.

No segundo caso : — pena de prisão celllular por seis mezes a um anno (457).

(457) *Vide* art. 94. 2.º alin.

§ 1. Si em consequencia do abôrto ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher :

Pena — de prisão celllular de seis a 24 annos (458).

(458) *Vide* art. 158, § unico, 2.º alin.

§ 2. Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina :

Pena — a mesma precedentemente estabelecida, e a privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accôrdo da gestante :

Pena — de prisão celllular por um a cinco annos (459).

(459) Prescripção — 12 annos. Autoria : maximo 5 annos, medio 3 annos, minimo 1 anno; prepond. aggr. — 4 annos, prepond. att. — 2 annos (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 5 annos e 10 mezes, medio 3 annos e 6 mezes, minimo 1 anno e 2 mezes; prepond. aggr. — 4 annos e 8 mezes, prepond. att. — 2 annos e 4 mezes (simples). Tentativa ou cumplicidade : maximo 3 annos e 4 mezes, medio 2 annos e 4 mezes, minimo 8 mezes; prepond. aggr. — 2 annos e 8 mezes, prepond. att. — 1 anno e 4 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 3 annos 10 mezes e 20 dias, medio 2 annos e 4 mezes, minimo 9 mezes e 10 dias; prepond. aggr. — 3 annos 1 mez e 10 dias, prepond. att. — 1 anno 6 mezes e 20 dias (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 2 annos 2 mezes e 20 dias, medio 1 anno e 4 mezes, minimo 5 mezes et 10 dias; prepond. aggr. — 1 anno 9 mezes e

10 dias; — prepond. aggr. 1 anno 9 mezes e 10 dias, prepond. att. — 10 mezes e 20 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 2 annos 7 mezes 3 dias e 8 horas, medio 1 anno 6 mezes e 20 dias, minimo 6 mezes e 16 horas; prepond. aggr. — 2 annos 26 dias e 16 horas, prepond. att. — 1 anno 13 dias e 8 horas (simples). Inaffiançavel.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime fôr commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante da morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia :

Penas — de prizão cellular por dois mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação (460).

(460) Vide art. 148, § unico.

A materia deste capitulo é uma das mais controvertidas do Codigo. Já Tardieu no seu *Étude medico-légale de l'Avortement*, assignalava que todos os autores consideravam as questões do aborto criminoso como das mais difficeis e delicadas. O dr. Souza Lima na *Rev. Jurispr.*, Julho 1893, p. 251, estudo sob a epigraphe. — *Figura do Aborto* — observa que ainda não se dissiparam as controversias que tem reinado de todos os tempos entre medicos legistas e entre criminalistas. A primeira, a resolver é a da classificação juridica que compete a este delicto na distribuição das materias do Codigo.

Uns, seguindo Puglia, incluem o aborto entre os delictos sociaes; outros como Ambrosoli, entre os attentados contra a ordem nas familias; outros, como Pessina, entre os crimes contra a pessoa; outros, como o dr. Souza Lima, justificando o nosso Codigo vigente, entre os crimes contra a segurança da pessoa e vida, ao lado das lesões corporaes, do homicidio, do infanticidio, etc. « A denominação applicada a este grupo criminal, diz o dr. Souza Lima, no qual foi collocado pelo nosso legislador o abôrto, exprime e traduz claramente o elemento constitutivo commum, que une este delicto aos outros congeneres, isto é, á existencia de uma victima, cuja pessoa ou vida é alvo do attentado; por outra, e melhor, a existencia de uma vida, cuja saude é por elle compromettida (lesões corporaes), ou cuja vida é mesmo sacrificada (homicidio, infanticidio, aborto). Tal se me afigura justamente a doutrina mais sensata e racional sobre a indole do crime em questão, e penso que para a determinação precisa dessa victima, que não pode ser a mulher grávida, pelas razões, aliás intuitivas, que adiante expenderei, que não pode deixar de ser o fêto em qualquer periodo da vida intra-uterina, se deveria adoptar em substituição á palavra abôrto a de feticidio, tanto nos codigos penaes, como nos tratados de medicina legal, a exemplo

de G. Lazzaretti, no seu curso theorico e pratico dessa disciplina. Foi inspirado nas theorias tão brilhantemente sustentadas sobre esta questão por esse eminente professor da Universidade de Padua, que resolveu agital-a na imprensa judiciaria, chamando a attenção dos competentes para a necessidade de se estabelecer a verdadeira doutrina sobre a figura juridica do abôrto, e, sobretudo, de harmonisar com ella as disposições correspondentes doCodigo penal, afim de evitar que essa coherencia e uniformidade sejam prejudicadas, como se nota, por exemplo, entre os termos do titulo consagrado no nosso Codigo vigente ao grupo em que se acha o abôrto, ahi classificado attentado contra a segurança da pessoa e vida, e os do art. 300, concernente a essa regra criminal, em que, referindo-se o legislador ao conteúdo do utero, que é alvo de provocação expulsiva, emprega uma expressão cuja latitude de significação, ampla e constitucional, vae até abranger factos, evidentemente exorbitantes do criterio juridico d'aquella classificação; erro em que péze a doutrina prégada com tanto entusiasmo pelo emerito professor Tardieu, que na definição do aborto criminoso, faz questão desta interpretação lata, bastando com referencia ao producto expellido por manobras abortivas, que se prove tratar-se de um *fructo da concepção*, quaesquer que sejam, diz elle, suas condições de idade, de viabilidade, e até de formação regular. » Em nota accrescenta o dr. Souza Lima: « Falta aqui a indicação do estado de *vida*, que não pode deixar de ter sido omissão involuntaria. » Entende o illustre professor, contra Tardieu, que *fructo da concepção* não deve ser tomado no sentido absoluto e assim acredita interpretar o pensamento do legislador. « Se assim não fosse, diz elle, teriamos, então, de vêr implicita e indevidamente abrangidas na figura juridica do aborto trez hypotheses, em que dada a expulsão violenta e prematura de um *fructo de concepção*, todavia pode não haver attentado contra a sua pessoa e vida, a saber : a) quando se verifica a eliminação de uma *verdadeira môla*; ou b) a de um feto já morto anteriormente por qualquer causa extranha aos meios abortivos; e c) finalmente, a de um feto vivo e viavel, embora ainda immaturo, e desde que para a capitulação do aborto criminoso não se faz questão da idade intra uterina e elle se admite em qualquer epocha anterior ao termo de madureza, mesmo na que em obstetricia se chama parto prematuro. Passando a examinar cada uma das trez hypotheses, o illustre professor observa que nas duas primeiras não ha attentado contra *vida e pessoa* que não existem, devendo se notar que no caso da *môla verdadeira* nem ao menos existe pessoa, juridicamente falando. No terceiro caso, a expulsão do feto vivo e viavel, resistindo e sobrevivendo ao effeito das applicações abortivas, diz elle, o interesse e a preocupação de quem quer que seja, interrompendo por meios violentos a marcha de uma gravidez, e forçando ou promovendo a sahida prematura do ser ahi em gestação, tem sua origem e movel principal no caracter de clandestinidade criminosa dessa gravidez, que se procura occultar, impedindo-a de chegar ao seu termo, e na importunidade desse ser, embora absolutamente sem culpa e cujo sumiço é o complemento constante e inadiavel daquelle primeiro passo. N'estas condições o apparecimento de uma criança viva e viavel, suggerirá ao delinquente um dos dois alvitres : ou assassinal-a em seguida ao nascimento, perpetrando um infanticidio, crime maior cuja pena-

lidade absorve a do aborto. e assim este não passaria de um acto preliminar do mesmo; ou, ao contrario, proporcionar a essa creança um destino reservado, escondido, o lançamento na roda dos expostos, por exemplo, ou qualquer logar onde sejam ministrados os cuidados necessarios á protecção de sua vida, á sua manutenção occulta, roubando-a aos seus direitos civis; trata-se, então, de suppressão de creança, uma das modalidades juridicas do crime de parto supposto e outros fingimentos (art. 285). » João Vieira, referindo-se a este estudo do dr. Souza Lima, diz que « foi elaborado sob o ponto de vista tecnico, isto é, da medicina legal. Na materia, já a doutrina, já as pericias, é que hão de resolver as duvidas nos casos concretos. N'este sentido não tem inteira razão a critica, que, com a sua competencia e autoridade, faz o illustre professor, ao menos com relação ao projecto de 1893 (reproduzido no de 1897), cuja dicção não se oppõe de modo algum a que se excluam da sancção penal os casos que tão bem figura. » Adoptamos a critica do dr. Souza Lima. A materia, por sua natureza, não pode ser tratada senão em face da medicina legal. Mas o Codigo considerou-a de accordo com os principios do direito civil, que considera pessoa o *fructo da concepção*, desde o *embryão até a maturidade*, até o *nascitur*. O legislador não cogitou do caso figurado da *maló verdadeira*, « legitimo producto da fecundação, que, como diz o dr. Souza Lima, é assim qualificada para distinguir das *mólas falsas ou espurias* que são sempre producções pathologicas, extranhas á prenhez, representadas em geral por concreções sanguineas, ordinariamente provenientes de coagulos de sangue menstrual retidos no utero e envolvidos por membranas que se destacam do seu interior, o que se dá nos casos de endometrite expoliativa. A *mola verdadeira ou legitima* apresenta diversas variedades e em qualquer dellas é o fructo de uma concepção frustada, portanto, anomalo, informe e degenerado; na qual o embryão ou o feto é depois por causas extraordinarias e fortuitas destruído, em todo ou em parte absorvido, e delle não ficam, no primeiro caso, se não restos de seus envoltorios, anormalmente desenvolvidos, ou profundamente modificados; e, no segundo, vestigios apreciaveis e reconheciveis de tecidos escapos ao processo degenerativo e reabsorvente (ossinhos, pelles, retalhos de cordão umbilical, etc). São os casos de *mola carnosa*, ou simplesmente de falso germen. » Sob a denominação generica *fructo da concepção*, o Codigo abrange o embryão e o feto e por consequencia as diversas variedades de *mola verdadeira* ou *legitima*. Tambem não distingue se o feto é vivo ou viavel, pois o crime consiste em *provocar* o aborto *haja ou não* a expulsão do fructo da concepção. O aborto deve ser considerado sob dois aspectos : quando é procurado ou não. No primeiro caso é necessario ou legal, quando as condições da gestante exigem a intervenção medica para evitar mal maior, como salvall-a da morte; é criminoso quando procurado com intuitos illicitos, diversos d'aquelle. Em ambos os casos o elemento primordial é a *intenção*, que no primeiro é licita e justificada, e no segundo é dolosa. Se o aborto não foi procurado, passa a ser considerado unicamente sob o ponto de vista medico, escapando á sancção penal. O Codigo só trata, por consequente, do aborto procurado criminoso, que apresenta diversas modalidades.

Não se confunde a figura juridica do aborto com o infanticidio e a sup-

pressão no parto supposto do art. 285, porque n'estas duas ultimas referem-se a recém-nascido, ao passo que no aborto trata-se de provocar a expulsão do fructo da concepção, qualquer que elle seja, embrião ou feto. No caso de *mola verdadeira* ou de *fêto morto* é claro que, uma vez reconhecida a necessidade de provocar a sua expulsão, esse facto não constitue a intenção dolosa. As modalidades do aborto criminoso influem na penalidade conforme as consequencias do facto e a qualidade do agente. Sob o ponto de vista das consequencias a) o aborto pode realizar-se com a expulsão do *fructo da concepção*; b) ou pode não se realizar, não tendo havido a expulsão; c) realizado o aborto pode a gestante morrer em consequencia d'elle, ou d) em consequencia dos meios empregados para a provocação do aborto. A cada uma destas modalidades corresponde uma penalidade distincta, mais ou menos grave, conforme a intensidade do mal causado. Em relação á qualidade das pessoas o aborto criminoso pode ser provocado por profissional (medico ou parteira legalmente habilitada) ou por pessoa extranha. Todas incorrem em penalidade igual de prisão celllular, conforme as modalidades, excepto o medico e a parteira, que, alem desta, incorrem na pena de privação de exercicio da profissão por tempo igual á da condemnação. Outra distincção ainda se faz necessaria no aborto criminoso. A provocação pode ser feita com annuencia e accordo da gestante, ou sem esta annuencia e accordo. João Vieira critica o emprego das palavras annuencia e accordo, que significam o mesmo consentimento, e no entanto parecem representar acções distinctas. Nós tambem assim entendemos. A figura do aborto de art. 300, em suas diversas modalidades, é o aborto criminoso provocado sem consentimento da gestante. A figura do aborto criminoso com consentimento da gestante está definida no art. 301. Esta figura do crime pode ser praticada por profissional (medico ou parteira), por pessoa extranha, ou pela propria gestante. Mas não apresenta as modalidades descriptas no art. 300 para o effeito da aggravação ou minoração da penalidade, porque quaesquer que sejam as consequencias do aborto ou dos meios empregados na provocação, a penalidade é uma só, é a de prisão celllular por um a cinco annos; excepto quando o agente fór a propria gestante tendo por *movente* a *honoris causa*. O Codigo tem muitos pontos vulneraveis, e um delles é a preocupação casuistica que muitas vezes dá logar a disposições injustas e absurdas. Esta, por exemplo, de não haver modalidades no aborto consentido pela gestante, como no que não é consentido, é das mais lagrantes, porque a pena unica de um a cinco annos no caso, por exemplo, de seguir-se a morte da gestante, não pode ser a mesma para o caso simples da primeira modalidade do aborto sem consentimento, isto é, quando da provocação não resulta a expulsão do fructo da concepção. Esta modalidade é punida com a pena de 2 á 6 annos de prisão celllular, ao passo que havendo a morte du mulher a pena é a do homicidio simples, 6 a 21 annos de prisão celllular. Melhor avisado andaria o legislador, se em vez de redigir a figura do art. 301 como se acha, dissesse, por exemplo, no caso de ser aborto provocado com consentimento da gestante, penas — as mesmas com redução da terça ou quarta, ou sexta parte, de modo que a penalidade abrangiria todas as modalidades do aborto criminoso. O consentimento da gestante entraria como elemento de minoração da penalidade.

O dr. Eduardo Durão, no *Direito*, Setembro 1891, p. 9, diz que « no § 1 do art. 300 o Código prevê o homicídio preterintencional que se seguir ao aborto ou á simples administração de meios para provocá-lo. Geralmente, quem administra a substancia abortiva, faça-o, ou não, com consentimento da mulher, conta ou espera que não succeda o evento mais grave, a morte; o que equivale á falta de previsão, porque, como diz Carrara, *lo avere pre-duto che una cosa non debba avvenire equivale a non averla preveduta*; não obstante o juiz inflige ao réu desse homicídio preterintencional, em certos casos até meramente culposos, a elevadissima pena de 6 a 24 annos de prisão cellullar, pena igual á do homicídio simples de dolo directo! Observa que, tendo distinguido as hypotheses do aborto ser provocado com ou sem e consentimento da mulher, o legislador somente previu o homicídio preterintencional na primeira hypothese; de modo que não se sabe qual a pena applicavel ao que causar a morte da mulher que consentio no emprego dos meios abortivos, ou os solicitou. Ser-lhe-ão applicadas as mesmas penas de 6 a 24 annos de prisão, ou as do homicídio qualificado ou simples, conforme as circumstancias que ocorrerem, sempre attenuadas, porem, pela ausencia do pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar? »

A critica é procedente e a lacuna do Código provem do facto que já fizemos notar de ser extensiva a todas as consequencias do aborto criminoso uma unica penalidade, no caso de consentimento (*annuenciam e accordo*) da gestante. O legislador não previu, nesta hypothese, o homicídio preterintencional.

No art. 302 trata o Código do aborto necessario, ou legal, praticado pelo medico ou parteira para salvar a gestante de morte inevitavel. N'esta figura não se manifesta o elemento *doloso*, mas pode apparecer a *culpa* por impericia ou negligencia, da qual resulte a morte da gestante. O Dr. Eduardo Durão qualifica de — *curiosissimo* — o dispositivo do art. 302. Justificando o qualificativo, acrescenta : « Eu já demonstrei anteriormente que o autor de uma lesão pessoal praticada em uma mulher gravida, que succumba em consequencia das condições personalissimas em que se achava, é punido unicamente com 4 a 12 annos de prisão cellullar, segundo o § 1 do art. 295 do novo Código. Ora muito bem. N'este caso, a aggressor pode ter tido intenção directa *ad necem* sem que perca o favor da escusa, cuja virtude minorante provem de seu *quid* de menos no elemento material do homicídio, visto como o legislador prescindio do criterio de ser occulta ao réu a condição particular do offendido; entretanto, a esse homicida doloso, que pelo menos previu a morte da victima por ser patente o seu estado especial, o Código inflige pena menos severa do que a comminada áquelle que, querendo provocar simplesmente um aborto, occasiona a morte fóra da sua previsão na maioria dos casos. Note-se que a differença das duas penas é do dobro no gráo maximo : o crime mais grave é punido com 12 e o menos grave com 24 annos de prisão! » João Vieira entende que o art. 302 contempla uma hypothese inutil, já prevista no art. 297. Vide este Autor, *Cod. Pen. Interp., part. esp., vol. II, ps. 54, 63.*

CAPITULO V

Das lesões corporaes.

Art. 303. Offender physicamente alguém, produzindo-lhe dór ou alguma lesão no corpo, embora sem derramamento de sangue :

Pena — de prisão cellular por tres mezes a um anno (462).

(462) A epigraphé deste capitulo suscita controversia entre os commentadores do Codigo. Entendem que a expressão — *lesões corporaes* — é por demais restricta e devia ser substituida pela de — *lesões pessoaes*. Sobre este ponto, João Vieira, *Cod. Pen. Interp.*, part. esp., vol. 2, ps. 40-45, discorre longamente, reproduzindo a parte da Exposição de motivos do projecto de 1893 sobre o assumpto e as respostas que deu aos pareceres da commissão da Faculdade de Direito de S. Paulo e do Instituto da Ordem dos Advogados. O dr Souza Lima, na *Rev. Jurispr.*, Setembro 1902, p. 10, entende que foram « excluidas da classificação, tanto no Codigo antigo, como no actual, as offensas que não são physicas, ou as lesões que não são corporaes, porque para a sua producção não intervem a applicação de instrumento algum; ellas são determinadas por uma aggressão inerme, ou mesmo armada, mas, em todo caso, sem o emprego da arma. E' o caso dos chamados *traumatismos moraes* ou *psychicos*, occasionados por um grande susto, por uma ensenação de terror e ameaça, sob cuja influencia se pode ficar mudo, paralytico ou louco, ou mesmo succumbir a um abalo ou choque mais intenso, a uma commoção mais profunda, sobretudo fornecida por excessiva pusillanimidade da victima, pelo seu temperamento nevropathico ou pela maior susceptibilidade do seu organismo em virtude de circumstancias especiaes, ligadas, por exemplo, á convalescença de uma enfermidade, e na mulher á menstruação, ao estado de gravidez, ou de puerperio, etc. E nestes casos em que a perda da falla ou da razão, a acquisição de uma nevrose ou de uma paralyisia, e até mesmo a morte podem resultar de uma impressão moral violenta, nem só se verifica a ausencia de toda a vulneração, como os effeitos assignalados independem de lesões anatomo-pathologicas apreciaveis, e se processam pelo machinismo funcional da inibição. » Se é incontroverso que o art. 303 não comprehende os *traumatismos moraes* ou *psychicos*, o que constitue uma lacuna, não ha duvida que no art. 303, o Codigo refere-se á offensa physica leve, que apresenta duas especies : Uma pode limitar-se simplesmente a *produzir dór*, — sem mesmo deixar vestigios, como no caso da bofetada; a outra pode produzir com a dór uma *lesão corporal*, que pode ser, ou não, acompanhada de derramamento de sangue. — Sobre esta phrase final do artigo, o dr. Souza Lima observa que é preciso fazer um reparo, visto como a circumstancia de não haver *derramamento de sangue*, parece significativa de minima importancia para a classificação das lesões simples ou leves, e acrescenta : « Entretanto, em primeiro logar cumpre lembrar

que o traumatismo pode ser incruento, não obstante derramamento de sangue, que pode fazer-se internamente : na espessura da pelle, por baixo della, em qualquer profundidade dos tecidos subcutaneos, e no interior de qualquer cavidade ou dos órgãos nella contidos. Estes efeitos são todos muito communs nas contusões ; e mesmo sob o ponto de vista medico legal, não ha contusão, na sua manifestação mais simples, sem extravasação de sangue, sob a forma de ecchymose ou bossa sanguinea. Em segundo lugar, occorre que mesmo sem derramamento interno de sangue, quer superficial e aparente, sob a forma de ecchymose, quer profundo e occulto sob a forma de verdadeira hemorragia visceral ou intracavitaria, pode a contusão determinar phenomenos gravissimos e mesmo mortaes por commoção violenta dos centros nervosos. Assim, pois, não influindo necessariamente a ausencia de derrame sanguineo, como caracteristica de leveza das lesões corporaes, como por outro lado não exclue esta classificação a presença d'aquella circumstancia dentro de certos limites, justifica-se o meu primeiro reparo sobre o art. 303, cuja letra poderia abranger todas as especies delictuosas dos outros artigos da mesma regra criminal ; se não fossem as indicações especiaes nelles contidas, conforme já disse. » São elementos do crime : 1º Uma offensa physica que produza dôr ; ou, 2º, que produza alguma lesão corporea, haja ou não derramamento de sangue ; 3º a intenção de offender physicamente alguém. Ha diversas especies de lesões corporaes produzidas, conforme o instrumento de que se utiliza o aggressor. Os grupos classicos de instrumentos vulnérantes, diz o dr. Souza Lima, são distribuidos segundo a relação que guardam com a natureza das lesões corporaes que soem determinar. Assim, em relação com as feridas incizas, punctórias, dilaceradas e contusas, incluindo a contusão simples sem ferida, são os instrumentos divididos em cortantes (navalha, faca de meza, etc.), perfurantes (furador, estylete agulhado, etc.), dilacerantes (dentes, tenaz, torquez, etc.), e contundentes (pedra, cacete, martello, e innumerous outros de páo ou metal, as mesmas armas naturaes, menos unhas e dentes). Como, porem, na pratica, se pode muitas vezes reconhecer pelos caracteres dos traumatismos a intervenção de armas de forma mixta, pertencente a dois dos referidos grupos, será mais rigoroso restringir o numero d'aquellas pela subdivisão destes, conforme as diferentes combinações a que se prestam. Assim, teremos os instrumentos *corto-perfurantes* ou *perfu-ro-cortantes* (púnhal, faca de ponta, canivete, espada, sabre ou terçado, etc.), *corto-contundentes* (foice, machado, etc.), *corto-dilacerantes* (vidros, cacos de garrafas, etc.), *perfu-ro-contundentes* (bayoneta, espeto, e mesmo pequenas balas, etc.), *perfu-ro-dilacerantes* (chifres, garras, etc.), *contundo-dilacerantes* (grandes projectis de forma irregular, etc.). Não é ocioso declarar que esta classificação assenta sobre o modo ordinario e habitual de manejo proprio de cada instrumento, visto que alguns são susceptiveis de emprego accidental diverso, de occasião, que, a ser attendido, alteraria a respectiva classificação. O chicote, por exemplo, de cabo pezado (metallico ou não) pode ser utilizado por esta extremidade, comó um agente contundente vulgar. O mesmo a respeito da espada quando segura pela lamina embainhada e desferida a pancada com o cópo ; ou ainda quando, empunhada pelo cópo, mas applicada pela lamina a chato como no castigo das pranchadas. A arma de fogo igualmente pode ser jogada, como um projectil qualquer, sobre

alguem; e si é uma espingarda, pode funcionar á guiza de cacete, vibrado o golpe com a coronha ou mesmo com o cano; o martello presta-se a ser utilizado pelo ramo superior bifurcado, actuando então como um agente dilacerante, etc. Uma observação, porem, mais importante, é a que se refere aos casos em que, a julgar pela simples inspecção, as feridas podem apresentar caracteres diversos dos de sua natureza, e illudir sobre a qualidade do agente vulnerante. Em certas regiões do corpo, os instrumentos contundentes lizos e convexos produzem muitas vezes feridas aparentemente incisas; tal é mesmo a regra com relação á cabeça, em virtude da disposição particular do couro cabelludo, estendido sobre a superficie tambem convexa do craneo. O mesmo se observa em geral nas pancadas sobre as regiões superciliar e tibial anterior, onde a pelle é propriamente fendida pela borda ossea saliente, á qual está sobreposta. Em todos estes casos, porem, pode-se reconhecer com facilidade, a natureza contusa da ferida, examinando attentamente, com o auxilio de uma lente, suas bordas e seu fundo; este é desigual, offerecendo ás vezes como pequenas pontas de tecidos mais resistentes sobre outras divididas pelo instrumento ou pela aresta viva do osso; as bordas da ferida se apresentam rugosas, irregulares, finamente denteadas, sem a nitidez e lisura peculiares ás feridas incisas. Mais curioso é o caso em que pequenas balas, de forma cylindro-conicas, em vez de orificios, como aberturas de entradas, deixam soluções de continuidade, simulando pequenas feridas inciso punctorias. Não é, porem, mais difficil distingui-las, não pelo exame dessas aberturas, porem das de sahida, em geral irregulares, e nos tiros desfechados a certa distancia, maiores do que as de entrada. Si não houve sahida da bala, tanto melhor, porque ella será encontrada dentro, e assim claramente revelada a natureza do ferimento e da arma que o occasionou. » Souza Lima, *Rev. Jurisp.* Novembro, 1902, ps. 227-229.

Quando ha lesão corporal é necessario o auto de corpo de delicto *directo*, por meio de exame pericial, se deixa vestigios, e *indirecto*, por meio de testemunhas, se não deixa vestigios, como no caso da bofetada. Em regra, porem, é o exame pericial a prova material do delicto.

E' controverso se ha tentativa de lesões corporaes. Damos em seguida uma decisão, pela affirmativa, do dr. Geminiano da Franca, juiz da 3ª vara criminal do Districto Federal :

Vistos e examinados estes autos, e

Considerando que está provado dos autos ter o réo no dia e hora referidos na denuncia, Theatro Carlos Gomes, nesta cidade, vibrado uma bengalada sobre a cabeça do offendido ;

Considerando que a bengala encontrando forte resistencia no chapéo que trazia o offendido, não lhe causou a offensa physica desejada pelo réo ;

Considerando que assim procedendo praticou o réo actos que constituem começo de execução do crime de lesões corporaes ;

Considerando que uma bengala commum não é rigorosamente uma arma homicida, e, portanto, quem della se utiliza contra alguem, sobretudo vibrando-a como fez o réo, não tem outro intuito senão o de causar uma lesão material, um damno corporal, que se apresenta ao aggressor como

um castigo necessario de occasião, ou como um opprobrio capaz de fazer diminuir a consideração social do agredido ;

Considerando que não pode absolutamente ser um obstaculo á punição o facto de não se poder com exactidão mathematica determinar a extensão do mal querido, desde que por todas as provas emergentes do summario e do inquerito se evidencia que o escopo do réo foi causar um mal physico, uma injuria grave ao affendido, de modo a deprimil-o diante da mulher, cujos amores eram por ambos cobiçados ;

Considerando que, não sendo, portanto, possivel precizar strictamente a intenção dolosa do réo, se deve pender para a hypothese que lhe é mais favoravel, que, no caso, é a tentativa de lesões corporaes leves, e deste modo externa-se o projecto Zanardelli e Savelli art. 58 — quando não se póde provar que os actos de execução communs a varios delictos fossem praticados com o intuito de consumir um determinado, presume-se que fossem dirigidos a commetter o menos grave ;

Considerando que a figura da tentativa de lesões corporaes não é tão exótica e absurda, como parece a muitos, pois a sustentam criminalistas notaveis, como se vê em Puglia — *Delitti contra la Persona*, pag. 256, e têm-na admittido varios accordãos das Córtes italianas citados pelo mesmo autor á pag. 259 ;

Considerando que os que se apegam á questão transcendentalmente escolastica do dolo indeterminado, seguindo neste particular o parecer de Hans, Berner e Prins, chegariam ao contrasenso de admittir em face do texto expresso da nossa lei, a punibilidade da simples promessa ou protesto de fazer o mal, e não julgarem passivel de penalidade facto mais grave, mais profundamente alarmante da ordem social, como é o delicto falho ;

Considerando que a adopção, sem certa limitação, da theoria desses autores, importaria em reconhecer e proclamar a impotencia e imperfeição da nossa lei penal, pela deficiencia de disposição legal expressa, onde pudessem ser enquadrados factos como o de que se occupa este processo, e, como consequencia dessa lacuna, a admissão da represalia material do lesado, da vindicta do offendido, como legitima e regular, o que é contra todos os principios juridicos e sociaes ;

Considerando que na pratica do crime não concorreram as circumstancias aggravantes mencionadas na sentença appellada, pois dos autos se vê que o motivo determinativo do facto foi o ciume originado por querer o offendido requestrar uma actriz que era amante do réo ;

Considerando que do processo se collige o bom comportamento anterior do réo ; Dou provimento á appellação, para, reformando a sentença de fls., condemnar o réo á pena de dous mezcs de prisão cellular, gráo minimo do artigo 303, combinado com o art. 63 do Codigo Penal, visto a ausencia de aggravantes e militar em favor do réo a attenuante do art. 42, § 9º do mesmo Codigo e nas custas.

Tratando de official da Guarda Nacional e não importando a condemnação na perda das distincções honorificas, *ex-vi* do art. 55 do Codigo, a pena deverá ser cumprida, guardas as regalias oriundas da patente.

Rio, 13 de Julho de 1906. — *Geminiano da Franca*.

Na *Revista de Jurisprudencia*, Junho, 1898, p. 206, encontra-se uma.

sentença do dr. Octaviano da Costa Vieira, juiz de direito de Jundiáhy, opinando pela inadmissibilidade da tentativa nos crimes de offensas physicas, doutrina sustentada por Haus, (*Dr. pen.* n. 332), Berner e Prins e outros criminalistas de nomeada. *Nas observações* e commentando a decisão do juiz a redacção do *Revista* declara inclinar-se para a opinião d'aquelles que admittem a tentativa nas offensas physicas. E assim justifica a sua opinião :

« Os que não a admittem partem do principio que a indeterminação do dolo não comporta a figura da tentativa. O agente, dizem, tem de ordinario o proposito de fazer uma lesão, mas não o de causar esta ou aquella lesão, isto é, uma lesão de uma gravidade preestabelecida no seu animo. Na mór parte dos casos, é possivel provar-se tão somente que houve a intenção de produzir uma lesão indeterminadamente leve ou grave.

Mas, parece-nos, ha nesse modo de vêr uma confusão entre a questão de gravidade da lesão e a de saber si se dava admittir a tentativa.

Ora, para a admissão desta, basta, em these, que se possa saber si o agente obrou com a intenção de commetter uma lesão pessoal qualquer, tendo usado de meios idoneos de execução. E' sem duvida extranhavel que se negue a existência de uma tal tentativa, sob o fundamento de se não poder determinar qual a lesão tentada.

A questão limita-se, pois, a saber qual a entidade da lesão tentada. Mas, com Giovanni Impallomeni, advirta-se desde logo que a differença entre dolo indeterminado e determinado é puramente theorica, que nenhuma diversidade essencial ha entre um e outro, que é tão *querido* o delicto *determinado*, isto é, especificadamente querido, quanto o delicto a que um individuo *indeterminadamente*, isto é, generica ou eventualmente tende, para nos convenceremos de que uma tentativa com dolo indeterminado é reconhecivel do mesmo modo e com identica intensidade que a tentativa com dolo determinado, no tocante ao perigo corrido pelo direito contra o qual é a acção dirigida.

Quando alguém procura, por actos externos e de execução, causar no adversario uma offensa physica qualquer, mas não o consegue tão somente por circumstancias alheias á sua vontade, como por exemplo, si tendo praticado alguns actos de execução, esta no entanto não se consummou por factos do offendido, a intenção do agente está claramente manifestada, só podendo haver duvida sobre a gravidade da offensa. Um individuo arremessou contra um desaffectedo uma pedra, que, devido á agilidade deste, o não attingio. Um outro individuo atirou em um inimigo formidavel cacetada, que, por uma negaça deste, não o alcançou. Em ambas as hypotheses, houve uma tentativa de offensa physicas, mas ha apenas a difficuldade de classificação da offensa. Ora, neste caso, o que conviria fazer é simples : em vez de considerar o facto criminoso como uma tentativa de offensa physica *grave*, que seja elle qualificado de offensa physica *leve* (art. 303 do Cod. penal). *In dubio pro réo*.

Si, porém, a par da intenção criminoso, houver certeza sobre o resultado *grave* da lesão que o agente teve em vista, não deve haver a minima hesitação em capitular o crime como tentativa de *offensa physica grave*. O delinquente que attira num inimigo consideravel porção de *vitriolo*, que,

aliás, não alcançou o seu rosto por ter cahido todo o liquido corrosivo no chapeo... certamente commetteu uma tentativa de deformidade.

Esta doutrina, que é a mesma ensinada pelos mais autorisados criminalistas italianos, nenhum obstaculo encontra na nossa lei penal; conforma-se, ao contrario, com o espirito e letra de suas respectivas disposições.

O que em todo caso sempre acreditamos insustentavel é que se queira encontrar no art. 184 do Cod. pen. um obstaculo a tentativa de offensas physicas. Pois, nas hypotheses que figuramos, teria havido somente a *promessa* ou *protesto* de fazer a alguem um mal que constitua crime? Mais : houve, siquer, a *promessa* ou *protesto*. As tentativas se consummam (supuzemos) sem previa *promessa* ou *protesto* : foram preparadas a *surdina*...

Advirtamos, entretanto, que, na duvida, sobre si certo factos constituem uma tentativa de offensas physicas, ou si, ao contrario, devem ser classificados nos termos do art. 15 do Cod. pen. é preferivel este ultimo alvitre. E neste sentido tem sido a jurisprudencia nossa e a italiana. *

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 118, princ.

Art. 304. Si da lesão corporal resultar mutilação ou amputação, deformidade, ou privação permanente do uso de um órgão ou membro, ou qualquer enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho :

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos (463).

(463) *Vide* art. 93 pr., para o calculo da penalidade.

Paragrapho unico. Si produzir incommodo de saude que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de 30 dias :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos (464).

(464) *Vide* art. 118, § unico.

— As figuras do art. 304 e § unico são de offensas physicas graves, que apresentam diversas modalidades, conforme o resultado ou os effectos da lesão corporal. Os seus elementos constitutivos são, alem da intenção dolosa, os accidentes morphologicos resultantes da lesão, ou a molestia incuravel que prive para sempre o offendido de exercer o seu trabalho. Assim, a mutilação e a amputação são offensas physicas graves, porque consistem no corte ou destruição total ou parcial do membro ou órgão affectado pela lesão corporal. A differença entre a mutilação e a amputação consiste no facto de ser esta produzida pela intervenção cirurgica necessaria para salvar a vida do paciente, e aquella no de ser constituída pela propria lesão. Se em consequencia do ferimento, o medico, para evitar a gangrena, corta a perna do paciente, da lesão resultou a amputação ; se com um golpe de espada o offensor cortou o braço do paciente, da lesão resultou mutilação. A deformidade é uma especie sujeita a controversia, devida á falta de definição legal deste vocabulo, cuja accepção é susceptivel de mais ou menos latitude, como

pondêra o dr. Souza Lima em um excellente artigo sob a epigraphe — *Traumatologia forense* — na *Rev. de Jurisp.*, Set. 1899, p. 5, do qual vamos transcrever, *data venia*, o seguinte: « Quer nos tratados de medicina legal, quer nos proprios dictionarios de portuguez, a divergencia é manifesta. Destes, uns consideram a deformidade como expressão da fealdade, que resulta do damno feito no rosto, ou por nascimento (Moracs, etc.). Outros estendem sua accepção a qualquer desvio da forma regular do corpo, quer por defeito de nascença, quer por effeito de accidente (Constancio, etc.). O fallecido dr. Soriano de Souza, escrevendo em 1870 o seu *Ensaio medico legal sobre os ferimentos*, espôsa este ultimo conceito, que tambem me pareceu mais consentaneo á collocação da deformidade na escala traumatologica penal do Cod. de 1830; e por isto no meu primeiro trabalho publicado sobre o assumpto, em 1887, suffraguei a definição do medico legista brasileiro, comprehendendo n'aquella denominação todo o vicio de conformação exterior do corpo, todo o desvio morphologico, que torna o individuo differente dos do commum da sua especie ou estranho ao typo normal e perfeito da mesma, excluindo, porem, as anomalias congenitas da organização, os casos teratologicos ou monstruosidades, que, aliás a latitude d'aquelle conceito podia em rigor abranger tambem. De accordo com o citado autor só alterações morphologicas accidentaes ou traumaticas devia referir-se a disposição do art. 204 do antigo codigo, sem outra limitação mais quanto ao gráo ou importancia dessas dysmorphias; por minimas, que fossem, uma vez bem assignaladas e caracteristicas, ellas enquadravam-se razoavelmente na disposição do art. 204, visto que o Cod. primitivo comminava penas mais severas para duas ordens de lesões reputadas juridicamente mais graves; assim a pena, que era nesse artigo de um a trez annos para os casos de deformidade, era de um a seis annos para os casos de mutilação de algum membro ou órgão, de inhabilitação do mesmo sem que elle fique destruido (arts. 202 e 203), e finalmente de um a oito annos para os casos de grave incommodo de saude, ou inhabilitação de serviço por mais de um mez (art. 205).

A deformidade representava, pois, o elemento minimo de gravidade das offensas physicas na classificação traumatologica penal de 1830; ao contrario do que estabeleceu a reforma de 1890 que incluiu aquella circumstancia entre as lesões de maxima gravidade, ao lado da mutilação ou amputação, ou privação permanente do uso de um membro ou órgão, ou enfermidade incuravel que prive para sempre o individuo de poder exercer o seu trabalho (art. 304); a pena actual nestes casos é de 2 a 6 annos de prisão, o dobro, portanto, da que comminava o antigo Cod. para a deformidade. Pergunto, diante desta modificação profunda estabelecida da graduação penal applicada áquella lesão, deve-se-lhe conservar ou manter o mesmo criterio juridico, desde que a lei não a define, e uma latitude mais restricta e equitativa de sua accepção permite accomodal-a á nova figura que lhe está assignada na traumatologia penal? Pois é justo que os defeitos minimos, não importando falta sensivel de qualquer falta do corpo, desvio notavel nas linhas de sua conformação, legitimas deformidades no regimem do antigo Codigo, continuem a figurar sob esta classificação, depois que ellas passaram para o grupo das lesões de maxima gravidade, em que a pena é dobrada? Não me

parece; e por isso penso que deve agora ser reservada essa expressão para os casos de dysmorphias mais importantes e accentuadas, prejudicando, embaraçando, sem impedir o exercicio regular de qualquer função physiologica, ou a occupação habitual do individuo, excluindo, portanto, simples cicatrizes, mesmo no rosto, sem outro effeito mais do que o ultrage á belleza, ou quebra da harmonia e perfeição physiônicas; a falta de dentes, mesmo incisivos, e, sobretudo não sendo estes, quando a avulsão delles não fôr acompanhada de outras lesões mais serias produzidas pelo traumatismo, etc. Fortalecem minha convicção na plausibilidade desta hermeneutica applicada a figura juridica actual da deformidade ás restricções estabelecidas por quasi todos os autores para a caracterisação legal desta lesão, que aliás não é incluída na legislação de seus paizes entre as lesões reputadas *gravissimas*. » Passa o illustre professor a referir as opiniões de autores allemães e italianos, commentando os respectivos codigos, salientando a controversia entre elles. Depois de concluir que para os casos de mutilação e deformidade não se exige que acarrem incapacidade de trabalho por mais de 30 dias, e muito menos por toda a vida e nem privação do uso de algum membro ou órgão, propõe para a palavra deformidade uma accepção restrictiva, limitando-a sómente aos grandes defeitos physicos, ás alterações morphologicas de certa relevancia, accarretando comprometimento relativo do exercicio de alguma função, da integridade de algum membro ou órgão. Reconhece que não é completo o beneficio desta interpretação, que a elasticidade da accepção do termo *deformidade* permite ou autorisa, porquanto ahi fica ainda a mutilação ou amputação abrangendo algum dos effeitos minimos e insignificantes comprehendidos egualmente n'aquella rubrica, em sua mais ampla significação. « Isto limita infelizmente muito o intuito da interpretação restrictiva applicavel ao criterio juridico da deformidade; mas parece-me que não devemos por isso desprezal-a, desde que com ella possa ser grandemente attenuado o defeito palpavel da lei. Demais, com equal fundamento, penso que se pode e deve estender a mesma hermeneutica á palavra *mutilação*, exigindo de accordo com o professor Hoffman que esta seja tambem *frizante*, para constituir circumstancia de maior gravidade na traumatologia criminal. » Não estamos longe de aceitar o conceito juridico da deformidade de accordo com o illustre professor. A questão principal está em definir-se nitidamente as figuras da mutilação, amputação e deformidade. Mutilar, amputar ou deformar exprimem idéas differentes, conforme a intenção do agente, mas os seus effeitos podem ser os mesmos. Todas podem consistir, por exemplo, na perda de um braço do paciente. Se o agente tinha a intenção de produzir a offensa por meio do decepamento do braço, a figura é a da mutilação; se não houve essa intenção, mas do ferimento resultou a necessidade cirurgica do decepamento, surge a amputação; se houve a intenção da mutilação, porem com o intuito de deformar, isto é, prejudicar, por esta forma, o physico do paciente, verifica-se a deformidade. Parece-nos que o elemento moral é que pode determinar o conceito juridico de cada uma das especies. O illustre professor dr. Souza Lima formou o seu conceito sob o ponto de vista medico legal da traumatologia forense, e por isso lhe parece que dos trez accidentes morphologicos o menos grave é a deformidade; era essa a doutrina corrente no domi-

nio do velho Codigo. Aliás, pode ser de todas a mais grave, como na hypothese que figuramos.

A quarta e a quinta modalidades : privação permanente de algum órgão ou membro — e — enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de exercer o seu trabalho — como bem observa o dr. Souza Lima, tanto pode applicar-se a todos os efeitos traumaticos mencionados no mesmo artigo, como referir-se exclusivamente á última circumstancia n'elle consignada, isto é, a enfermidade incuravel. Nos casos de mutilação ou amputação ha sempre privação permanente de algum membro ou órgão, no de deformidade pode haver ou não. Mais se confunde com o d'aquellas figuras, o conceito da *privação permanente*, á vista da penalidade que sendo a mesma, não serve praticamente de criterio distinctivo. A enfermidade incuravel e que prive *para sempre* o exercicio do trabalho do offendido é uma figura diferente das outras, porque, resultado da lesão, pode não se apresentar como accidente morphologico, tal seria por exemplo qualquer forma de loucura incuravel produzida pela mesma lesão. Sobre a privação do exercicio de trabalho ha controversia entre os autores, como nota Garraud, cit. por João Vieira, pretendendo uns que se trata do trabalho *habitual* da victima, outros do trabalho commum *corporal*, não se podendo exigir, na opinião de Garraud, que se pronuncia n'este ultimo sentido, que a victima seja capaz de effectuar trabalhos pezados. Opinamos pela doutrina do trabalho *habitual*, si se tratar da disposição final do art., porque a expressão é clara — o seu trabalho — isto é o trabalho do costume, habitual, em que se empregava, de cujo exercicio ficou privado para sempre. Outro tanto não diremos da especie do paragrapho unico, que se refere ao *serviço activo*, por mais de trinta dias. Não foi aqui reproduzida a especie do velho Codigo, art. 205, conforme o qual se equivaliam como offensas physicas a que produzia *grave incommodo* de saude e a que produzia inhabilitação de serviço por mais de um mez, conforme a interpretação grammatical, logica e scientifica de A. J. de Macedo Soares (no *Direito*, v. XIX. p. 18), cit. por João Vieira. A especie do § unico differe da do art. na penalidade, que é menor, e na incapacidade para o trabalho. A condição essencial da figura delictuosa é que o *incommodo* inhabilite o paciente do serviço por mais de trinta dias; não se verifica, portanto, nenhuma das modalidades do artigo. A incapacidade para o serviço activo envolve qualquer especie de trabalho, quer seja o habitual, quer o trabalho commum corporal; n'este ponto estamos com Garraud. e é n'isto que distingue-se a incapacidade para o trabalho do art. e a do § unico. O corpo de delicto não póde determinar com precisão scientifica se um ferimento produz inhabilitação do serviço activo por mais de trinta dias, pois o restabelecimento do paciente depende de diversas causas. De facto, o medico perito não pode affirmar, em um primeiro exame, de um modo preciso, a duração de uma lesão, porquanto o restabelecimento depende ou de complicações no proprio ferimento, como hemorragias, lesões nervosas, directas ou reflexas, ou do tratamento empregado, ou das condições pessoaes do ferido, variando si se trata de natureza sã ou de uma constituição depauperada, taes como os syphiliticos, os alcoolicos, os diabeticos, etc. E', portanto, necessario que se proceda ao exame de sanidade para determinar-se o prazo do tratamento, para verificar-se si foram confirma-

das as afirmações conjecturaes e hypotheticas do primeiro exame. Não se tendo procedido ao exame de sanidade, deve, na duvida, prevalecer a hypothese mais favoravel ao accusado e ser, por consequente, o ferimento considerado leve. Viveiros de Castro, *Crim. Jurispr.* (1900), p. 189.

Vide o *Estudo medico legal das lesões corporaes*, do dr. Souza Lima, na *Rev. de Jurisp.*, fasc. de Setembro, ps. 9-18, de Outubro, ps. 122-127, de Novembro, ps. 224-231, de 1902; Junho, ps 111-121; Setembro, ps. 1-15, de 1899, estudo sob a epigrapha *Traumatologia forense*. Vide tambem Alcantara Machado. — *A deformidade nas lesões pessoases*, na *Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. VIII, 1900.

Art. 305. Servir-se alguém, contra outrem, de instrumento aviltante, no intuito de causar-lhe dôr physica e injurial-o :
Pena — de prisão cellular por um a tres annos (465).

(465) João Vieira diz que o art. 305 contem uma figura, cuja fonte foi o Codigo anterior, art. 206, *um pouco modificado* pelo actual e que não é contemplado nos outros codigos, assim fundida como foi pelos nossos com os elementos da offensa *material* e da *moral*, a injuria, o ultrage, etc. ficando, porem, á justiça em cada caso decidir si se trata de uma lesão corporea ou de uma injuria. Entende, porém, o dr. Ed. Durão (no *Direito*, Novembro 1891, p. 361, estudo sob a epigrapha — *Offensa physica com o fito de injuriar*), que o legislador de 1890 mutilou o art. 206 do antigo codigo, emendando-o e substituindo-o na forma e na essencia. Carrara attribue a fonte do art. 306 do Codigo brasileiro ao primeiro projecto hespanhol e não encontrando a doutrina de aggravação da offensa physica pela injuria nos *Fueros*, nem nas *Partidas*, suppõe que a genese de semelhante aggravação nasceu na Hespanha constitucional. O dr. Ed. Durão discorda e demonstra que o art. 206 cit., modelado no art. 71 do projecto de Vasconcellos, teve sua fonte em Mello Freire, no tit. 34, § 17 do Codigo que elaborou por ordem de D. Maria II em 1789. O art. 206 do antigo Codigo tem duas partes : na primeira vem a definição do delicto, definição objectiva em que teve em vista unicamente os direitos tutelados legalmente, cuja violação pode effectuar-se por qualquer modo, uma vez que a incolumidade pessoal e a honra sejam lesadas. Comprehendia genericamente toda a offensa physica leve feita com o fito de injuriar; fosse a bofetada, o empurrão, o tirar alguém pelas ronas ou pelas orelhas, o cuspir-lhe na face, o dar-lhe com a bengala, enfim, qualquer outra acção que tocasse o corpo do adversario com o proposito de o deprimir ou vilipendiar.

Na segunda parte o referido art. aggravava a penalidade da offensa physica injuriosa quando fosse praticada com instrumento aviltante ou em logar publico. Aqui o legislador de 1830 apegou-se a uma materialidade — o *instrumento aviltante*, deixou o criterio seguro da objectividade juridica e guiou-se pelo da subjectividade, que traz indecisões pelo indefinido e não comprehende inteiramente a causa justificativa da aggravação. Entende ainda o illustre jurista que o legislador republicano errou pretendendo corrigir seu preclaro antecessor : 1.º regeitou a noção generica da offensa physica

injuriosa, admitindo apenas a da 2ª parte do art. 206, isto é, exactamente aquelle que merecia critica. Só é offensa physica, segundo o novo Codigo, a praticada com instrumento aviltante. 2º exigio duplo dolo para a existencia legal do delicto, o *animus lædendi* e o *animus injuriandi*, porque o reu carece praticar o facto no intuito de causar dôr physica ao adversario e de o injuriar; o que dado que, porventura, possa acontecer, torna a disposição legal impossivel de ter realidade pratica, por depender de uma pesquisa psychologica, que esmiuce a mente ou o animo do delinquente, afim de poder-se-lhe applicar a pena, achando-se casados, contemporaneos, os dois dolos directos e antinomicos. » A' parte a vivacidade da critica, vê-se que no art. 305, o Codigo apresenta uma figura especial de offensa physica, que pode ser leve ou grave, cujo *dôlo especifico* é o *animus injuriandi*, pelo emprego e escolha do *instrumento aviltante*. Os elementos *material* e *moral*, ao contrario do que pensa o dr. Durão, não são antinomicos, devem coexistir, devem se casar no momento da consummação do crime. O emprego do *instrumento aviltante*, que pode ser eventual, por si só não constitue a figura da offensa physica injuriosa. Elle deve ser *procurado* e *utilizado* com o fito de vilipendiar, de expôr o offendido ao desprezo publico. E' n'isto que revela-se o *animus injuriandi*. Bem decidio o Tribunal Superior de Justiça do Pará (no *Direito*, Janeiro 1895, p. 91) confirmando a doutrina do Acc. do Trib. da Relação do Rio, de 1º de Maio de 1877, *Dir.*, vol. 13, p. 423. Para que se dê o crime do art. 305 do Codigo penal é preciso tambem a prova do *animus injuriandi*. Nem sempre quem offende com um cabo, chibata ou cipó injuria e alvita o offendido. O logar, o crime e a qualidade do offendido não são circunstancias para se desprezar. Se o *elemento moral* constitue o *dolo especifico* deste delicto, muito importa saber o que deve se entender por *instrumento aviltante*, desde que o Codigo não definio.

O que constitue o *instrumento aviltante* não é o seu destino, mas o uso que delle faz o vulnerador com o intuito de *aviltar* o adversario. Ordinariamente, considera-se o chicote *instrumento aviltante* pelo uso commum que delle se faz, mas nem sempre o emprego desse instrumento constitue offensa physica injuriosa. Tal seria, v. g., o caso do carroceiro que, habitualmente, usa de chicote, e com elle vergastasse o offendido, como meio de defeza ou mesmo de aggressão, mas sem o intuito de vilipendiar. Assim como ha instrumentos que, considerados aviltantes, cujo emprego nem sempre produz offensas physicas injuriosas, outros existem que absolutamente não podem ser como taes considerados, e, no entretanto, produzem aquellas offensas dada a intenção do vulnerador. A *bofetada* está neste caso. Ninguém considerará aviltante o instrumento, *a mão*, que a produziu. Mas, nem sempre, a bofetada será uma offensa physica injuriosa, pois ella pode ser executada simplesmente como meio de ataque ou defeza, sem que o vulnerador tenha o *animus injuriandi*. Divergimos de João Vieira quando considera que, se alem da injuria, o facto revestir caracteres de gravidade tal de modo a ser comprehendido em alguma das especies do art. 304 e § unico, n'estas e não no art. 305 incorrerá o réu. Divergimos do illustre J. C. porque as figuras dos arts. 304 e 305 são especies distinctas, e por sua vez o art. 304 não distingue a offensa, que pode ser leve ou grave.

A característica da figura do art. 305 é a *injuria*, embora do emprego do instrumento aviltante resulte offensa leve ou grave. O vulnerador responderá como incurso nos dois artigos combinados, impondo-se-lhe, na forma do art. 66, § 3, o gráo maximo da pena mais grave em que tiver incorrido.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 124, § 1.

Art. 306. Aquelle que por imprudencia, negligencia ou impericia, na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar, commetter ou fôr causa involuntaria, directa ou indirectamente, de alguma lesão corporal, será punido com a pena de prisão cellular por 15 dias a seis mezes (466).

(466) *Vide* art. 160, § 1.

As considerações que fizemos sobre o homicidio involuntario ou culposo, applicam-se a este art. *Vide* notas ao art. 297 e ao art. 378. Para o calculo da penalidade, nota ao art. 160, § 1.

CAPITULO VI

Do duello

Art. 307. Desafiar outrem para duello, ainda que o desafio não seja acceito :

Pena — de multa de 100\$ a 200\$000 (468).

(468) *Vide* art. 168 pr.

Parapho unico. Si aquelle que desafiar para o duello fôr causa injusta do facto, que occasionou o desafio :

Pena — de prisão cellular por 15 dias a dous mezes (469).

(469) Prescripção — 1 anno. Livra-se solto. Maximo 2 mezes, medio 1 mez 7 dias e 12 horas, minimo 15 dias; prepond. aggr. — 1 mez 18 dias e 18 horas, prepond. att. — 26 dias e 6 horas (cellular). Na forma do art. 409: maximo 2 mezes e 10 dias, medio 1 mez 13 dias e 18 horas, minimo 17 dias e 12 horas; prepond. aggr. — 1 mez 26 dias e 21 horas, prepond. att. — 1 mez e 15 dias (simples).

Art. 308. Aceitar o desafio, ainda que tenha sido causa injusta do facto, que o determinou :

Pena — de multa de 100\$ a 200\$000 (470).

(470) *Vide* art. 160 pr.

Art. 309. Si o duello tiver lugar, se observarão as seguintes disposições :

§ 1. Ao que fizer uso das armas sem causar ao adversario nenhuma lesão corporal :

Pena — de prizão cellular por 15 dias a dous mezes (471)..

(471) Vide art. 307, § unico.

§ 2. Si o culpado tiver sido causa injusta do duello :

Pena — de prizão cellular por um a quatro mezes (472).

(472) Prescripção — 1 anno. Livra-se solto. Maximo 4 mezes, medio 2 mezes, e 15 dias, minimo 1 mez; prepond. aggr. — 3 mezes 7 dias e 11 horas, prepond. att. — 1 mez 22 dias e 12 horas (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 6 mezes e 20 dias, medio 2 mezes 27 dias e 12 horas minimo 1 mez e 5 dias; prepond. aggr. — 3 mezes 23 dias e 18 horas. prepond. att. — 2 mezes 1 dia e 6 horas (simples).

Art. 310. Matar em duello o adversario, ou causar-lhe uma lesão corporal de que resulte a morte :

Pena — de prizão cellular por um a quatro annos (473).

(473) Vide art. 118, § unico.

§ 1. Causar ao adversario alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 :

Pena — de prizão cellular por um a tres mezes (474).

(474) Vide art. 119.

§ 2. Causar-lhe alguma lesão corporal das especificadas no art. 305.

Pena — de prizão cellular por seis mezes a um anno (475).

(475) Vide art. 94, 2.º alin.

§ 3. A pena será diminuida da sexta parte, si o culpado tiver sido induzido ao duello por insulto ou offensa grave.

Art. 311. Os portadores do desafio serão punidos com a multa de 100\$ a 200\$000 (476)..

(476) Vide art 160 pr.

§ 1. Com a mesma multa serão punidos os padrinhos, si do duello não resultar lesão corporal a qualquer dos combatentes.

§ 2. Si, porém, do duello resultar a morte, ou lesão corporal, serão elles punidos como cúmplices, segundo as regras geraes.

Art. 312. Quando alguém, que não tiver tomado parte no facto que motivou o duello, apresentar-se para bater-se por algum dos combatentes, impor-se-lhe-hão em dobro as penas em que incorrer.

Art. 313. Serão applicadas ao homicidio e lesões corporaes. resultantes do duello, em vez das penas do art. 310, as dos arts. 294, § 2, e 304, nos casos seguintes :

§ 1. Si as condições do combate não tiverem sido previamente combinadas pelos padrinhos; ou si o combate se travar sem que elles estivessem presentes;

§ 2. Si as armas usadas não forem iguaes;

§ 3. Si na escolha das armas, ou durante o combate, houver fraude ou violação das condições estabelecidas;

§ 4. Si tiver sido expressamente convencionado, ou resultar da especie do duello, da distancia guardada, entre os combatentes, ou de outra condição estabelecida, que um delles devesse ficar morto;

§ 5. Si o duello fôr provocado com o fim de lucro.

Art. 314. Offender publicamente, ou expôr ao desprezo publico, a pessoa que não aceitar o duello, ou por esses meios a provocar a acceptal-o :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 100\$ a 200\$000 (477).

(477) A penalidade da prisão é a do art. 94, segunda parte; a da multa a do art. 307 pr.

O nosso Codigo de 1830, seguindo o francez de 1810, silenciou sobre o duello e implicitamente revogou a portaria de 27 de Setembro de 1821, mencionada por João Vieira, a qual declarava que « os duellos eram prohibidos pelas leis do Imperio e seriam rigorosamente punidos os que assim se batessem. » E o antigo codigo, assim procedendo, consultava os nossos costumes. De accordo com o dr. Dias Duarte, na critica ao actual Codigo penal brasileiro, estampada no *Direito*, v. III, 609, A. J. de Macedo Soares (no *Direito*, Julho 1891, p. 335) entende que fóra mais acertado não intro-

duzir, no direito criminal patrio, essa nova figura dos crimes contra a segurança da pessoa : o duello. E acrescenta : « Importação da Europa, ainda não libertada dos costumes feudaes, podia o duello ser transplantado para a legislação da Republica Argentina, onde não existe ainda um povo consolidado nas diversas raças que estão entrando na sua composição. No Brazil, porém, que se caracteriza por um povo proprio, uma hegemonia nacional, uma sub raça autonoma, resultante das trez raças elementares, o portuguez, o indio e o negro, ou o europeu, o americano e o africano, o duello não é uma instituição, é um accidente tão raro que só no fim do seculo xix tem apparecido duas ou trez vezes em todo o vasto territorio da patria. Dar-lhe lugar no Codigo penal é desconhecer este facto ethnologico que não ha hoje homem de letras que não conheça e não consagre como verdade incontestavel. » O dr. Ed. Durão diz que tem ouvido mais de uma censura a esta innovação do Codigo penal, e Arthur Azevedo dellas fez-se echo em uma de suas bellas chronicas no *Correio do Povo*, sustentando que o legislador não devia preoccupar-se do duello, reservando-se para punil-o como um crime commum, quando da sua realisação resultar uma morte ou um ferimento. Um outro amigo seu, illustre advogado. applaudio a opinião do festejado poeta e para mais robustecel-a, invocou o exemplo da França, a terra classica dos duellos, onde o Codigo não se preocupa delles e a magistratura applica-lhes a lei ordinaria. Ed. Durão está, porem, ao lado do Codigo e achou prudente e avisada essa innovação, constituindo o duello em delicto especial. João Vieira tambem entende que, considerando em seus antecedentes historicos entre nós e nas suas fontes o instituto do duello, o Codigo penal vigente avisadamente o admittio nas disposições minuciosas do seu texto. Entre outras razões do seu modo de pensar, Ed. Durão salienta a de não ter-se isolado o legislador brasileiro assim procedendo e, ao contrario, acompanhando a quasi totalidade das legislações estrangeiras, como os Cods. hollandez, belga, allemão, hungaro, portuguez, hespanhol, grego, austriaco, argentino, italiano, que seguiram o mesmo systema, considerando o duello um delicto differente do assassinato commum. A. J. de Macedo Soares responde, porém, fazendo vêr que neste, como em alguns outros pontos o Codigo penal brasileiro deixou do ser um Codigo nacional para constituir-se um apanhado de legislações européas. « Trabalho de muita sciencia, não ha duvida; mas de pouca consciencia dos nossos costumes, o novo Codigo tem o defeito de ser mais obra da imaginação pessoal do legislador que da historia ou da razão nacional. » A questão juridicamente reduz-se, porém, aos termos de dever ser ou não considerado o duello um crime *sui generis*, com caracteres distinctos dos outros crimes contra a pessoa. E, assim sendo dever ser punido com penalidade especial, embora delle resultem morte ou lesões corporaes. A doutrina e a jurisprudencia estrangeiras são accordes resolvendo pela affirmativa. Devido ao nossos costumes, nossa raça e nosso temperamento, os casos de duello são rarissimos. As questões de honra são resolvidas pelo desforço incontinentente, ou pela *vendetta* á italiana, como diz Macedo Soares. Sob o regimen do novo Codigo só tivemos noticia do caso de um almirante que mandou um cartel de desafio a um padre deputado federal, que não podendo bater-se, deu homem por si, um seu collega de bancada. O facto causou sensação, mas a nota do ridiculo foi a dominante.

A divergencia, antiquissima entre os autores, pois já Beccaria opinava pela impunidade do duello contra o voto de Savigny, partidario da punição com infamia, não demoveu o legislador ante a consideração dos nossos costumes. O Codigo contem disposição minuciosa, entendendo, como Von Listz, que « a razão da criminalidade do duello não está em que elle, como combate entre dois individuos (*duellum*) perturba a paz publica, pois modernamente o duello trava-se ás mais das vezes em sitio retirado e solitario; tambem não está em que como desforço pessoal e injusto, estorva o andamento da justiça publica por uma intervenção da autoridade privada, pois a justiça é simplesmente posta á margem e não se faz violencia a ninguem; mas está em que o duello é em jogo da vida, um compromettimento da propria, e da alheia existencia que o Estado julga não dever contemplar impassivelmente. Sob o ponto de vista do systema o duello occupa entre os crimes contra a vida logar correspondente ao que cabe ao jogo de azar entre os crimes contra o patrimonio. *Escriptos do Trat. de Dir. Pen.* de Von Listz, trad. do Dr. José Hygino, na *Rev. Jurispr.*, Fev. 1809, p. 115. Como o italiano, sua fonte quasi exclusiva, o nosso Codigo não definiu o duello, limitando-se ao conceito, dado pelo costume — de combate singular, com as formalidades de ajuste de armas, condições do combate, etc. — e distinguio duas figuras, a do *desafio* para o duello e a do *duello* propriamente dito. O crime de *desafio* para duello foi definido nos arts. 307 e 308. São ambos criminosos, o que desafia e o que acceita o desafio. O simples factio de desafiar, ainda que o desafio não seja acceito, é crime. O simples factio de acceitar o desafio, ainda que o duello não se realise, é tambem crime. Vé-se que o legislador preocupou-se seriamente com a repressão do *horrendo* crime. Não importa o *motivo*, si se trata ou não de questão de honra; se o que desafia, ou o que acceita o desafio, é determinado por causa justa ou injusta. A preocupação do legislador, foi talvez cortar o mal pela raiz, impedindo a sua introdução, pela impunidade, nos nossos costumes. A figura do *duello propriamente dito* é a dos arts. 309 a 313.

A do art. 314 é a do *desafio aggravado* pela offensa publica ou pela *exposição ao desprezõ publico* do que não acceitou o duello, com o fim de, por esta forma, compellir-o a bater-se. A figura do duello distingue-se pela escolha do logar e armas, ajuste de condições, comparecimento dos duellistas e dos padrinhos, mas não pode integrar-se se não houver o combate, que é elemento essencial. O Codigo distingue ainda duas *especies* — *duello propriamente dito* : o duello com formalidades sancionadas pelos costumes e o duello sem formalidades e realizado com fraude ou violação das condições. A primeira especie é, permittam-nos a expressão, um duello honroso e leal, e por isso é menor a penalidade de cada uma de suas modalidades. Na segunda especie, o duello deixa de ser um combate leal e digno, transforma-se em uma lucta desigual e deshonrosa. Nesta especie, as condições do combate não são previamente estabelecidas pelos padrinhos; estes não se acham presentes; as armas usadas não são eguaes; só houveram condições estabelecidas, na escolha das armas, ou durante o combate, ha fraude ou violação das condições; se o duello foi provocado com o fim de lucro. Em qualquer destes casos, se do duello resultar a morte de um dos combatentes, ou lesões corporaes em um ou ambos os combatentes, a penalidade torna-se

aggravada, pois, em vez da do art. 310, passa a ser a do art. 291, § 2 (homicídio simples) e do art. 304 (lesões corporaes graves). O Codigo pune ainda com severidade o *duello de morte*, que é figura distincta da primeira especie do *duello propriamente dito*. O *duello de morte* é, segundo o Codigo (art. 313, § 4), aquelle em que se convencionou expressamente que um dos combatentes deva ser morto, dependendo o resultado das condições estabelecidas sobre o modo de realizar-se o duello, a natureza da arma, a distancia guardada entre os combatentes. A figura mais commum do duello é aquella em que os combatentes se contentam em produzir uma lesão corporal leve. Em geral, essa é a intenção dos combatentes, pois entende-se que o sangue lava a afronta, por minima que seja a quantidade derramada. O *duello de morte* é raro e só se admite em casos excepcionaes. Entretanto, do *duello simples* pode resultar a morte e lesões corporaes leves ou graves, ou mesmo pode-se dar o caso sahirem illezos os combatentes. Para cada uma das modalidades, resultantes das consequencias do combate, o Codigo estabelece uma penalidade differente.

O motivo que determina o duello tambem influe na penalidade que se torna aggravada, se elle fôr injusto. E' essa a disposição do art. 309, § 2, que se acha mal redigida. Por motivo injusto deve-se considerar a injuria, a offensa gratuita e todo aquelle que não tenha por fundamento qualquer questão de honra. O legislador transplantando para o Codigo o instituto do duello quiz ser casuistico e fez uma mistura de disposições mal redigidas e mal collocadas, referentes umas á figura do desafio outras á do duello. No desafio são punidos o desafiante, o desafiado se aceita o desafio (arts 307 e 308) e o portador do desafio (art. 313). No duello o Codigo só se refere ao *culpado* e aos *padrinhos* (art. 509, §§ 1 e 2; art. 310, §§ 1, 2 e 3; art. 811, §§ 1 e 2). Ora no duello, como no desafio, culpados são ambos os combatentes, porque ambos commettem o mesmo crime, ambos fazem uso das armas, ambos são adversarios (art. 309 princ.). Como deve-se entender a expressão — *culpado* — a que referem-se o art. 309, § 2 e o art. 310, §§ 1, 2, 3? Parece que foi intenção do legislador considerar culpado o combatente que matar ou ferir o adversario. Se os ferimentos forem reciprocos?

Serão ambos culpados. Mas, se o ferimento for só de um dos combatentes, nem por isso o ferido deixa de ser culpado como responsavel pelo duello que por elle foi aceito. Em relação aos padrinhos, são considerados cúmplices sujeitos á respectiva penalidade se do duello resultar morte ou ferimentos; no caso contrario apenas incorrem na mesma multa dos portadores de desafio (art. 311). Os padrinhos são assim cúmplices no duello figurado no art. 310 e não o são no duello do art. 209. Se a razão da cumplicidade é a participação criminosa dos padrinhos, não ha motivo para ser excluida a cumplicidade no duello do art. 309, em que se verifica a mesma participação.

A figura do art. 312 é a do *duello mercenario*, quer tenha o combatente o fito de lucro, quer se apresente para bater-se por outro, qualquer que seja o movel dos seus sentimentos. O *duello mercenario* é injusto, porque o duello é um meio de desaggravo de honra pessoal (de *honra propria* e não de *honra alheia*). O *duello mercenario* é o duello para desaggravo da honra alheia. Nesta parte o Codigo foi logico impondo ao mercenario o decro da penalidade (art. 312).

A figura delictuosa do art. 314 é distincta das do desafio e do duello, e apresenta as seguintes modalidades : 1º offender publicamente ou expôr ao desprezo publico a pessoa que não acceitou o duello; 2º offender publicamente ou expôr alguém ao desprezo publico com o fim de obrigar-o a acceitar o duello. A offensa publica, ou a exposição ao desprezo publico são meios de obrigar o provocado a acceitar o duello. Quer se realise ou não o duello, integra-se a figura do art. 314, que em ultima analyse, como já fizemos vêr, é o *desafio* aggravado pela offensa publica ou pela exposição ao desprezo publico.

TITULO XI

DOS CRIMES CONTRA A HONRA E A BOA FAMA

CAPITULO UNICO

Da calumnia e da injuria (478).

No *Direito* de 15 de Maio de 1891 — estudo do dr. Ed. Durão, discutindo as theses seguintes : *Injuria verbal em face do Cod. Pen.; Remissão, compensação, retorção e condicionalidade da injuria*. Viveiros de Castro, *Jurisprud. Crim.*, p. 81, vò. *Injurias*.

Art. 315. Constitue calumnia a falsa imputação, feita a alguém, de facto que a lei qualifica crime.

Paragrapho unico. E' isento de pena o que provar ser verdadeiro o facto imputado, salvo quando o direito de queixa resultante delle fôr privativo de determinadas pessoas (479).

(479) A materia deste capitulo presta-se a grande desenvolvimento, que não podemos dar a um simples commentario. João Vieira escreveu uma monographia quando tratou da materia no capitulo VI, vol. 2, da parte especial do seu *Cod. Pen. Interpr.* Limitamo-nos a transcrever a seguinte decisão do dr. Viveiros de Castro, publicada no *Jornal do Commercio* e reproduzida na *Jurisprudencia Criminal*, acompanhada de commentarios do mesmo illustre magistrado :

Calumnia. — Emilia Ferreira Barbosa allega na queixa de fl. 2 achar-se Eduardo José de Mesquita incurso no art. 315 combinado com o art. 316, § 2 do Codigo Penal, por ter a 3 de Agosto do corrente anno, na sala onde func-

zona a 11ª Circumscrição Policial Urbana, affirmado perente varias pessoas alli reunidas, inspectores seccionaes e praças da Brigada Policial, ter a querellante lhe furtado na vespera um relógio e a respectiva corrente, reque-rendo depois inquerito para mais reforçar a asserção calumniosa, inquerito que não iniciou, apesar de haver a autoridade deferido o seu requerimento. Instruem a queixa os documentos de fls. 4 — 11.

Instaurada a instrução criminal depuzeram cinco testemunhas, em presença do querellado, previamente qualificado e afinal interrogado.

Ouvido em todos os termos da acção o Ministerio Publico na promoção de fl. 78 opinou pela pronuncia.

Na defesa escripta de fl. 76 affirma o querellado serem indignas de fé as testemunhas, repetindo um recado mal ensinado, que não teve intenção de offender a querellante e sim em boa fé procurar descobrir o autor do furto de seu relógio.

O que tudo visto e devidamente examinado :

Nos termos do art. 315 do Codigo Penal são elementos constitutivos do crime de calumnia : 1º a imputação de um facto preciso e determinado; 2º que o facto imputado constitua um crime; 3º que a imputação seja falsa; 4º feita com intenção offensiva.

O estudo attento dos autos demonstra ter o facto articulado na queixa reunido todos os elementos constitutivos do crime de calumnia.

I. — Ensinão os escriptores, é tambem accorde a jurisprudencia dos tri-hunaes, que a imputação deve versar sobre um facto preciso e determinado, especificado com suas circumstancias de tempo e de lugar, feita com tal clareza que sobre elle possa ser produzida a prova da verdade ou falsidade. Assim será calumnia dizer de um Juiz que recebeu dinheiro de A para decidir a seu favor a questão que B lhe intentava. Mas não constituem calumnias e sim injurias suspeitas infamantes, as allegações vagas, os termos offensivos, as suposições e conjecturas; por exemplo, dizer que F não póde explicar a origem da sua fortuna, que tal Juiz é prevaricador, que tal deputado aproveita-se de sua influencia politica para conseguir contractos vantajosos a amigos comsigo associados. Ora na especie dos autos a imputação versou sobre um facto preciso e determinado. O querellado affirmou que a querellante lhe furtára o relógio com a respectiva corrente na noite de 2 de Agosto do corrente anno.

II. Mas não basta a imputação do facto preciso e determinado. O nosso Codigo Penal, reproduzindo o art. 467 do Codigo Penal hespanhol, exige que o facto articulado constitua crime. Em geral os codigos europeos considerão diffamação a imputação de um facto preciso que attinge a honra ou a consideração da pessoa offendida, expondo-a ao desprezo publico. Mas perante a nossa lei, por mais deprimente da consideração publica ou offensiva da honra que seja a imputação, sómente será calumnia quando o facto arguido é qualificado crime pela lei. Assim são calumnias imputar a alguém ter committido um homicidio, um roubo, uma falsidade. Mas são injurias e não calumnias dizer de um individuo que não paga suas dividas, que levou uma bofetada e não reagiu contra o offensor, que foi expulso de um club familiar por sua conducta desregrada e escandalosa. Apesar da autorisada opinião do dr. João Vieira, applaudo o conceito do nosso Codigo. A malicia hu-

mana, na phrase feliz de Carlier, é um Protheu, reveste mil formas. Nem sempre seria facil ao Juiz distinguir com precisão a calunnia da injuria. A definição do Codigo tem a vantagem de dar um conceito claro, facilmente comprehensivel, mesmo para os magistrados e advogados de mediocre intelligencia e pouca cultura.

Ora, na especie dos autos o querellado, affirmando ter a querellante lhe furtado um relógio com a respectiva corrente, attribuo-lhe um facto que a lei qualifica crime.

E' o furto, definido no art. 330 do Codigo Penal, subtrahir para si cousa alheia movel contra a vontade de seu dono.

III. E' preciso, ainda que a imputação seja falsa. Cabe, porém, ao querellado provar a verdade do facto que imputou, pois, como juridicamente pondera Florian, a lei tutela a presumpção de honestidade, todo o cidadão é julgado honrado e digno, até que se prove não ser elle merecedor dessa presumpção juridica.

E a prova deve ser completa, plena, convindo notar que a maioria dos Codigos europeos firma a regra de que o facto imputado sómente pôde ser provado por uma *decisão judiciaria definitiva* ou outro acto *authentico*.

Ora, o querellado não produziu prova alguma demonstrando ter a querellante lhe furtado o relógio.

Pelo contrario resulta dos autos a convicção de ser falsa a imputação. A 2 de Agosto, referem as testemunhas, o querellado dizia ter perdido o seu relógio, mas dava publico testemunho da honorabilidade da querellante, aclarando julgal-a incapaz de commetter um furto.

A 3 de Agosto o querellado declara positivamente ser a querellante a autora do furto, requer inquerito policial, mas não dá proseguimento, ficando assim esse inquerito limitado a uma simples petição. Assim procedendo, o querellado demonstrou a innocencia da querellante. Demais se o inquerito tivesse proseguido, o delicto não seria de calunnia e sim de denuncia calumniosa. O querellado não procurava descobrir por meio de um inquerito quem lhe havia furtado o relógio. Esse requerimento era apenas mais uma insistencia na offensa, repetir perante a autoridade a mesma imputação que já havia sido proferida perante varias pessoas.

IV. — Finalmente é necessario que a imputação seja feita com o *animus diffamandi*, com a intenção offensiva, com o proposito de expôr o offendido ao desprezo publico. E' a formula classifica de Ulpiano, sempre repetida e sempre justa *injuria ex affecta facientis consistit*. Mas é regra juridica que as imputações diffamatorias, como as palavras injuriosas, são reputadas de direito feitas com intenção offensiva, que a boa fé não se presume, que incumbe ao querellado demonstrar sua boa fé.

Nos crimes de calunnia e de injuria, como hem decidio a Côte de Appeltação de Bordeaux em acordão de 26 de Dezembro de 1890, a intenção de offender está legalmente caracterisada, quando o autor da diffamação tinha consciencia das consequencias prejudiciaes, que della poderião resultar para a pessoa diffamada.

Invoca o querellado a boa fé, sustenta ter sido victima de um furto e requereu inquerito para descobrir o autor.

E' certo que não pôde constituir diffamação por falta de intenção criminal

nosa o facto de imputar em boa fé um roubo a uma pessoa innocente, accordãos das Córtes de Appellações de Bastia, 5 de Julho de 1837, Ruão, 29 de Junho de 1845, Bordeaux, 4 de Abril de 1883; Fabreguettes, *Tratado das Infracções da palavras*, volume 1º, § 1130; Chassan, volume 1º, p. 373.

O Supremo Tribunal Federal em accordão de 28 de Setembro de 1895, na revisão n. 106 decidiu que não constituem o crime do art. 315 do Codigo Penal as diligencias em boa fé empregadas perante a autoridade publica para a averiguação de um facto.

Mas na especie dos autos o querellado não teve intenção de descobrir o autor do furto de que se diz victima. Perante varios inspectores seccionaes e praças da Brigada Policial, o querellado affirmou ter sido a querellante quem lhe furtou o relógio. Requereu inquerito, indigita a querellante como autora do furto, mas não dá proseguimento ao inquerito.

Este requerimento não tinha, portanto, por fim a descoberta da verdade, era uma insistencia da imputação diffamatoria.

O estudo dos autos verifica que o querellado não estava de boa fé e sim obedecia a um desejo de vingança.

Querellante e querellado viverão juntos alguns annos, separarão-se tendo havido entre elles uma scena violenta, resultando sahir dessa luta ferida a querellante do modo descripto no corpo de delicto a fl. 6.

Como a querellante tivesse dado queixa perante a autoridade policial contra o querellado, em despeito dessa queixa o querellado lhe attribuiu a autoria de um furto.

Por estes fundamentos julgo procedente a queixa de fl. 2 e pronuncio o reo Eduardo José de Mesquita no art. 316, § 2 combinado com o art. 315 do Codigo Penal.

O Escrivão lance o nome do réo no ról dos culpados e expeça contra elle mandado de prisão com a declaração da fiança provisoria que arbitro em 200\$. Custas afinal.

Feitas as necessarias intimações, findo o prazo legal do recurso, sejam-me os autos conclusos.

Rio, 8 de Outubro de 1893. — *Francisco José Viveiros de Castro*.

Os Juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal.

Considerando que o delicto de calumnia se constitue quando alguém imputa falsa e dolosamente a outrem um facto que a lei qualifica crime;

Considerando que são, portanto, elementos constitutivos do delicto : 1º a imputação de um facto preciso e determinado; 2º que o facto imputado constitua um crime; 3º que a imputação seja falsa; 4º dolosa, isto é, feita com o animo de prejudicar o offendido no conceito publico;

Considerando que a imputação deve versar sobre um facto preciso e determinado, especificado com as suas circumstancias de tempo e de logar, feita com tal clareza, que sobre elle possa ser produzida a prova da verdade ou da falsidade;

Considerando que não constituem calumnias e sim injurias as suspeitas infamantes, as allegações vagas, os termos offensivos, as hypothèses, supposições e conjecturas;

Considerando que no artigo incriminado o recorrido não articula contra o

recorrente um facto preciso e determinado que a lei qualifica crime, e sim empregou phrases offensivas e supposições indecorosas;

Considerando que se trata, portanto, de um delicto de injurias e não de calumnias;

Considerando que, nos termos dos arts. 78, 79 e 85 do Codigo Penal, o delicto de injurias contra particulares prescreve em um anno, contado da data da publicação do artigo;

Considerando que o artigo incriminado foi publicado no *Jornal do Commercio* de 8 de Dezembro de 1900 e a prescripção decretada em sentença de 26 de Dezembro de 1901 :

Accordão negar provimento ao recurso para confirmar, como confirmão, o despacho recorrido. E assim julgando condemnão o recorrente nas custas.

Rio, 7 de Março de 1902. — *Segurado P.* — *Viveiros de Castro*, relator. — *T. Torres*.

Para a constituição do crime de calumnia (art. 315) é elemento primordial a imputação de um facto determinado e positivo previsto na lei penal, devendo o facto reunir todas as condições necessarias á sua existencia como infracção : Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 23 de Junho de 1898, na *Rev. de Jurisp.* de Agosto de 1898, p. 452.

No paragrapho unico trata o Codigo da *exceptio veritatis*, que é tambem assumpto de ampla controversia entre os juristas. João Vieira trata amplamente da materia (*Vide Cod. Pen. Interp.*, v. II, part. esp., ps. 96 e segs.).

Vide na Rev. de Jurisp., Setembro de 1902, ps. 85 e segs., o Acc. de 2 de Agosto de 1902 do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, que desenvolve as seguintes ementas : 1° A *exceptio veritatis* pode ser provada por todos os generos de provas admissiveis em direito e pode ser produzida no summario da culpa. 2° Nos termos do art. 315, § unico do Codigo penal, é vedada a prova do facto imputado quando o direito de queixa resultante delle fôr privativo de determinadas pessoas. 3° Essa prohibição cessa, porem, se é a propria victima quem torna publico o crime, quem deseja sua divulgação. 4° Não ha crime de calumnia por falta de intenção offensiva, não ha o *animus injuriandi* e sim o *animus nocendi* quando o jornalista divulga o facto e prova ser verdadeiro no intuito de prevenir o publico contra individuos indignos de sua confiança. 5° A compensação não é admissivel no crime de calumnia. Na *Rev. de Jurisp.*, Dezembro 1898, p. 435, Acc. de 28 de Outubro de 1898, do mesmo Conselho, desenvolvendo as seguintes ementas : 1° Para a constituição do crime de calumnia do art. 316 combinado com o art. 315 do Cod. Penal devem concorrer os elementos; a) a imputação de um facto determinado; b) a falsidade da imputação; c) que ella se refira a pessoa certa; d) que o facto seja qualificado crime pela lei; e) que a forma executiva da calumnia seja o *escripto*; f) que este tenha sido publicado, mediante distribuição por mais de quinze pessoas, ou mediante affixação em logar publico; g) que o sujeito passivo do delicto seja corporação que exerça autoridade publica, ou agente ou depositario desta; e h) que a imputação seja feita em razão do officio da autoridade. 2° Os quatro primeiros elementos são *condições essenciaes* do crime de calumnia; o quinto constitue uma de suas *formas executivas*; os restantes são meramente *accidentaes*, constituindo *qualificação ou aggravação*. 3° Quando o

direito de queixa resultante do facto imputado não é privativo de determinada pessoa, é permittida a prova da *veracidade do facto* e, então, o agente é isento da pena (art. 315).

Não tendo o Codigo penal regulado o processo da *exceptio veritatis*, a nossa jurisprudencia vacillou. Ha decisões de tribunaes sustentando que só no plenario póde ser admittida a *exceptio*; outros entendem que pode ser admittida somente no summario. Na *Rev. Jurisp.*, Fev. 1897, p. 123, o dr. Vicente de Moraes Mello Junior publicou um estudo sobre o assumpto. Commentando o Cod. Penal Militar, em nota ao § unico do art. 142, paralelo ao art. 315, § unico do Cod. Penal commum, fizemos referencia á doutrina firmada pelo Accordão de 26 de Abril de 1900 do Eonselho de Trib. Civ. e Crim. na *Rev. de Jurisp.*, Dezembro 1900, p. 135, opinando pela admissão da prova da *exceptio* no plenario e não na formação da culpa, devendo, porem, ser a *exceptio* articulada na contrariedade ou allegada na defeza, sendo certo que em todo o caso a *exceptio* só pode ser julgada no plenario. Esta doutrina é duvidosa. Si, como diz o citado Acc. de 2 de Agosto de 1902, do Cons. de Trib. Civ. e Crim., a *exceptio veritatis* é uma dirimente da calumnia, si o juiz da pronuncia tem competencia para conhecer de todas as circunstancias dirimentes e justificativas da criminalidade, é consequencia necessaria e logica que o juiz da pronuncia tem competencia para conhecer da *exceptio*. Excluil-a da competencia do juiz da pronuncia é abrir uma excepção ao principio geral que a lei estabeleceu, o que não é licito ao interprete. Nem se comprehende como se possa admittir a *exceptio* na *contrariedade* ou na *defeza* (?), guardando-se a prova para o plenario. Ou se a prova deve ser dada no summario, não ha razão para que della deixe de conhecer o juiz da pronuncia. Opinamos pela admissibilidade da *exceptio* no summario ou no plenario, conforme convier ao réu, pois a *exceptio* é sempre materia de defeza e na duvida prevalece o *favorabilia amplianda*.

Art. 316. Si a calumnia fôr commettida por meio de publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em lugar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta e em razão de seu officio :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa de 500\$ a 1:000\$000 (480).

(480) A penalidade da prisão é a do art. 151, paragrapho unico; a da multa é do art. 160, § 2.

§ 1. Si commettida contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio :

Penas — de prisão celllular por quatro mezes a um anno e multa de 400\$ a 800\$000 (481).

(481) A penalidade da prisão é a do art. 165. Multa : maximo 80\$, medio 600\$, minimo 400\$; prepond aggr. — 700\$, prepond. att. — 500\$.

§ 2. Si commettida por outro qualquer meio que não algum dos mencionados :

Pena — a metade das estabelecidas (482).

(482) A calumnia pôde ser escripta ou verbal. O art. 316 refere-se a calumnia escripta por meio de publicação impressa ou manuscripta destribuida por mais de quinze pessoas ou affixada em logar frequentado pelo publico. A calumnia *verbal* ou *fallada* foi prevista no § 2, cuja redacção não offerece duvidas sobre a não exigencia do elemento da publicidade por mais de 15 pessoas ou em logar publico, indispensavel para a constituição da calumnia escripta. Convem fazer distincção entre *divulgação* e *publicação*. *Divulgar* é *propalar* um facto, uma acção, uma qualidade, um defeito de alguém ignorados por outrem. A *divulgação* produz o effeito da *publicação*, mas a sua caracteristica é a de uma publicação verbal, porem restricta na sua forma de execução. *Publica-se* um facto n'um jornal, n'um comicio, *divulga-se* esse mesmo facto n'um circulo de pessoas, ou n'um logar publico onde se acham diversas pessoas, não guardando o divulgador reserva alguma. A *divulgação* é elemento essencial na calumnia, verbal assim como o é na escripta a *publicação*. O que se diz em confiança, em reserva, á alguém, imputando a outrem facto criminoso, não constitue calumnia ainda que seja falsa a imputação, porque a reserva da communicação exclue a divulgação com *animus nocendi*, constitutivo do dolo da calumnia. A penalidade da calumnia escripta ou verbal varia conforme a qualidade do offendido. A pena é mais severa se o offendido fôr corporação que exerça autoridade publica, ou se fôr agente ou depositario de autoridade publica e em razão do officio. Tal seria, v. g. attribuir falsamente a um tribunal ou funcionario um acto que importe prevaricação. Se a calumnia fôr contra um particular, ou um funcionario publico, mas, quanto a este, sem ser em razão do officio, a penalidade é o do § 1. Tal seria, v. g., attribuir-se a alguém um crime que se não deu, a um juizo um acto de irregularidade de comportamento, a um empregado de fazenda um crime qualquer que se não relacione com o exercicio de suas funcções.

— Por Acc. de 9 de Junho de 1900, na *Rev. de Jurisp.*, Dezembro 1901, p. 336, o Supremo Tribunal Federal decidiu : 1º Não incide nas penas do crime de calumnia o autor de publicação reputada calumniosa, feita em periodico impresso no estrangeiro e destribuido no Brasil ; 2º N'estas condições a justiça do Estado é incompetente para conhecer do crime, porquanto no art. 4 do Codigo penal se acham definidos os casos em que são passíveis de penas os nacionaes e estrangeiros que commetterem crimes no territorio brasileiro, sendo que o facto de que se trata consumou-se na cidade do Porto, reino de Portugal, onde foram impressos e destribuidos os alludidos

periodicos *Commercio do Porto*, portanto eomente alli podia ser apurada a responsabilidade criminal dos autores dos artigos, e não na capital do Pará, logar onde apenas se verificou a distribuição ; 3º No caso de distribuição do periodico no Brasil, por consentimento do autor da publicação, a justiça de um Estado não pode conhecer da acção crime contra elle intentada, sem que se tenha provado que houve aquelle consentimento, nos precisos termos do art. 22, § 2, letra *b* do citado Código Penal.

Art. 317. Julgar-se ha injuria :

a) a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expôr a pessoa ao odio ou desprezo publico ;

b) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra ;

c) a palavra, o gesto, ou signal reputado insultante na opinião publica.

Art. 318. E' vedada a prova da verdade, ou notoriedade do facto imputado á pessoa offendida, salvo si esta :

a) fôr funcionario publico, ou corporação, e o facto imputado referir-se ao exercicio de suas funcções ;

b) permittir a prova ;

c) tiver sido condemnado pelo facto imputado.

Art. 319. Si a injuria fôr commettida por qualquer dos meios especificados no art. 216 :

§ 1. Contra corporações que exerçam autoridade publica ou contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica :

Penas — de prisão cellular por tres a novez mezes e multa de 400\$ a 800\$000 (483).

(483) A penalidade da prisão é a do art. 211, § 3, ; a da multa é a do art. 316, § 1.

§ 2. Si contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio :

Penas — de prisão cellular por dous a seis mezes e multa de 300\$ a 500\$000 (484).

(484) A penalidade da prisão é a do art. 96. A da multa é a seguinte : maximo 600\$: medio 450\$, minimo 300\$; prepond. aggr. — 525\$, prepond. att. — 375\$000

§ 3. Si a injuria for commettida por outro qualquer meio, que não algum dos especificados no art. 316, será punida com a metade das penas (485).

(485) A offensa ao sentimento de dignidade constitue a noção primaria da configuração juridica da injuria, que é uma das formas dos delictos da linguagem. A dôr moral soffrida pelo sujeito passivo é o damno immediato desse acto anti-juridico, a *lesão do direito de integridade moral*, como nos delictos *contra a pessoa* o mal corporal constitue a *lesão do direito de integridade physica*. « L'occhio vede il gesto o lo scritto, l'orecchio ascolta la parola oltraggiante, ma l'occhio e l'orecchio non ne partiscono dolori; e soltanto i sensi delle anima se ne commuovono perché l'azione di questo dilitto stá tutta in *una idéa*, e nasce del contacto, delle anime, d'alluna all'altra delle quali la idea se comunica. (Carrara, Progr., part. espec. V: 3. § 175). As *formas executivas* da injuria são o *escripto*, que é a manifestação do pensamento por meio de caracteres significativos; a *palacra falada*, que é a manifestação do pensamento por meio da voz humana, e o *gesto*, que é um signal mimico. Existindo o agente do delicto, a manifestação externa da offensa, por qualquer dos meios representativos do pensamento, e o sujeito passivo, directo ou indirecto, o organismo da injuria está perfeito como *género* pela reunião dos seus elementos *essenciaes*.

A *accidentalidade* de outras condições, umas referentes à *publicação* da offensa, outras à *qualidade pessoal* do offendido, motiva apenas a *aggravação* da pena pelo augmento do *mal immediato* ou pelo augmento do *damno politico*. Incide no primeiro caso a injuria exercitada por meio de *publicação escripta*: a *perdurabilidade* do meio empregado e a *communicação* da injuria aggravao a dôr do offendido e diminuem a sua reputação; é profundamente ferida — além de honra interna, que é um phenomeno psychico, — a honra objectiva, que é a estima exterior. Verifica-se o segundo caso, quando a injuria é dirigida contra uma autoridade publica, em seu character funcional. Esta distincção necessaria entre a injuria *simples* e a *injuriam qualificada* pelas condições accidentaes de *qualidade pessoal* e de *modo* é originaria do direito romano, que consignou-a em varios textos, notadamente no Digesto, de *injuriis et famosiss libellis*. Em seu sentido generico, a injuria era tudo que podia offender a reputação de outrem e dava logar á respectiva acção penal: « *Generaliter vetuit prætor quid ad infamiam alicujus fieri. Proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit ut alium infamet erit actio injuriarium* (fr. 15, § 27). Proferida contra o magistrado, o ascendente ou o patrono, a injuria tornava-se *qualificada* e era denominada *atroz*: a aggravação da offensa resultava da *qualidade pessoal* do injuriado. Igual aggravação tinha a injuria enunciada em *lugar publico*. « *Atrociem injuriam, aut persona, aut tempore, aut re ipsa, fieri, Labeo fit. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui, cum parenti. patrono fiat. Tempore, si ludis et in conspectu, an in solitudine injuria facta sit, multam interesse ait: quia atrocior est quæ in conspectu fiat* (fr. 7, § 80). Aceita pelos praticos da idade média a theoria apenas modificou-se pela multiplicação e esmo dos casos de atrocidade. Modernamente é mantida pela maior parte

dos codigos, que fazem residir na maior *quantidade* do delicto o *criterium* da aggravação ; e como bem se expressou, em 18 de Novembro de 1893, a Corte de Casale « *l'aggravante non é che una modalitá del reato per le quale questo assume carattere piú serio e viene in conseguenza maggiormente punito* (Cogliolo, Dir. Pen, v. II, p. II, n° 221).

O legislador penál escreveu as disposições do titulo XI — *dos crimes contra a honra e a boa fama*, em que pouco se afastou do Codigo de 1830, com exacto conhecimento das lições dos mestres de direito criminal e por isso as noções que vem de ser expostas encontram concordancia no texto legal. O Codigo pune como crime de injuria : a) a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especifica dos que possam expor a pessoa ao odio ou desprezo publico ; b) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra ; c) a palavra, o gesto ou signal reputado insultante na opinião publica (art. 317) ; e seguindo o *criterium* differencial moderno traça com justeza a distincção entre a injuria *simples* e a *qualificada*, que é punida com pena tanto maior, quanto mais importante é em *numero* ou em *qualidade* a causa da aggravação. Dado *conceito generico* da injuria no art. 317 e expressos no art. 318 os casos em que é permitida a prova da verdade, o Codigo prescreve no art. 319, §§ 1 a 3 as penas das injurias *qualificadas*, incluindo neste ultimo paragrapho a injuria *simples*. *Simples* a injuria em sua nudez, com os elementos *essenciaes* de constituição : a) o agente b) o sujeito passivo, directo ou indirecto, c) a manifestação do pensamento offensivo por uma das tres fórmias — I o escripto (em que se comprehendem os symbolos), II a palavra fallada, III o gesto. *Qualificada* — a injuria revestida de condições *accidentaes* : a) comme relação á *publicidade* de uma das formas executivas, o *escripto* b) com relação á *qualidade* do sujeito passivo do delicto. Da combinação do art. 319 e seus paragraphos com o art. 316 resultão as diversas modalidades da injuria qualificada : A) Quanto á *publicidade*, — a injuria « commettida por meio de *publicação* de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscrito, impresso ou lithographado, *distribuido por mais de 15 pessoas ou affixado em lugar frequentado* » (art. 316.) Por esta qualificação, o *escripto*, uma das fórmias do elemento *essencial* a todo crime de injuria — a manifestação do pensamento — só reveste a condição accidental da *publicidade* quando *distribuido por mais de 15 pessoas ou affixado em lugar publico* e é justamente *esta* condição que agrava a pena. B) Quanto á *qualidade pessoal* do sujeito passivo, — a injuria commettida « contra corporação que exerça autoridade publica ou contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica » (art. 319, § 1). Se concorrerem as duas condições — a *publicidade* e a *pessoal*, a pena é a *maior* : prisão cellular por tres a nove mezes e multa de 400\$ a 800\$ (art. 319, § 1). Existindo apenas a primeira, a pena de prisão é de dous mezes a seis, e multa de 300 \$ a 600\$ (art. cit., § 2) ; e verificando-se só a segunda, é de mez e meio a quatro nezes, e multa de 200\$ a 400\$ (cit. art., § 3, combinado com o § 1). A pena varia, pois, segundo a *quandidade* e a *qualidade* das *condições de qualificação*. Não havendo condição qualificativa, fica apenas de pé, a injuria *simples*, expressa por *uma das tres formas executivas*, isto é *verbal, escripta ou gesticulada* e punida com a pena *menor* : um a tres mezes de

prisão celluar, e multa de 150\$ a 300\$ (cit. art., § 3). Este paragrapho usa das palavras: — « si a injuria fôr commettida por *qualquer meio que não os especificados* no art. 317 » e *estes meios* (do art. 316) são o pamphleto, pasquim... *qualquer papel manuscripto*, impresso ou lithographado, *distribuido* por mais de quinze pessoas ou *affixado* em logar *frequentado* ou, em termos resumidos — *as diversas especies de escripto publicadas*. Basta que a distribuição seja feita por 15 *pessoas* ou que a affixação do escripto se dê em logar *não frequentado* para que não exista a *publicação legal* e o *meio* seja *outro que não os do art 316*. Concluir de outro modo seria chegar ao absurdo: de admittir que o Codigo pune a simples injuria *verbal* proferida na *ausencia* do offendido e *ouvida* apenas por *uma ou duas* pessoas, e deixa impune a injuria *escripta lida pelo offendido e por 14 pessoas*. Accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 10 de Janeiro de 1898, na *Revista de Jurisprudencia* de Março de 1898, ps. 326-333. Na especie dos autos em que foi proferido este Accordão, a fórma executiva da injuria era o *escripto*; uma *carta*, despida de ambas as condições qualificativas: a da *publicidade* do art. 316, pois não foi distribuida por mais de 15 pessoas, nem affixada em logar frequentado; era a *pessoal*, pois os offendidos não eram agentes, nem depositarios da autoridade publica. Trata-se, portanto, de uma *injuria simples*, no sentido scientifico e no *sentido legal*. O Codigo italiano não foi seguido neste particular, quer quanto á divisão dos crimes, quer quanto á constituição da injuria simples, aos motivos de *aggravação* e ao methodo expositivo da materia. Deside em primeiro logar a *simples* e em seguida a injuria *qualificada*. A *publicidade* do escripto caracteriza-se pela *divulgação* ou *exposição ao publico* (art. 393 et 395) e a injuria por meio de *carta* está incluída entre as qualificadas, ao lado da que é commettida em *presença* do offendido, ainda que só, e da que é feita *publicamente* (art. 395). « All'offesa, fatta *dirretamente alla persona* viene assimilata quella communicatale: per *lettera*... La commissione di revisione non abbandonò il concetto della commissione sull'ingiuria per *lettera privata* e su proposta del presidente Eula approvò la dizione, passata nel texto del codice: « con scritto a lui diretto » (Cogliolo; cit. n.º 242). Qualquer, porém, que seja o systema seguido com relação aos motivos de qualificação da injuria, o que é certo é que a *publicidade* não é um elemento constitutivo deste delicto: é uma condição de *aggravação* (Haus. Cod. Pen. Belga, Part. 3.º pag. 72); e *já era este o sentido da antiga lei brusileira* (Chassan, Contraventions de la parole, Part. I. liv. I, ch. II. n.º 63). Enviar a alguém uma carta fechada injuriosa é um libello, da mesma fórma que se essa carta fosse publicada pela imprensa; porque isto tende igualmente a perturbar a paz publica (Blackstone; comm. sobre as leis inglezas, n.º 5, pag. 449), e a sua punição tem por fim principalmente evitar os seus funestos resultados, excitando a vingança privada, e a pratica de maiores attentados (Braz. Florentino, Dos crimes de liberdade de imprensa, pag. 20). « Se la ingiuria si contiene in una *lettera a me stesso diretta*, quando io me ne lagni si potrà dire che l'onore mio non è stato ferito perché l'offensore avendo fatto me stesso padrone del segreto e nessuno havendo ucito e conosciuto quella ingiuria (per fatto almeno dell'offensore) non si volle con cio memorare il patrimonio del mio: buon nome: né ricarmi discredito appo altri, e molto meno dis-

pogharimi di materiali ventaggi che dal mio buon nome fossero dipendenti. Cio si potrà dire, ma non per questo ne avverrà che sparisca la oggettività jurídica del fatto malvagio. Dessa rimane, independentemente dal togliimento degli altri due beni sovraccenati, *nella sua offensa al sentimento della mia dignità*, per la quale io *risento dolore allo intendere che altri metiene a vile*, e che andacemente in *faccia a me stesso fa professione di dispreszarmi.* » (Carrara, Obr. cit., § 1804). Além das formas executivas da injuria alludidas, é necessario o elemento moral do *animus injuriandi* para a integração do delicto. O *animus injuriandi* constitue o *dolo específico* da figura. Nas modalidades previstas nas letras *a, b* do art. 317, o *dolo* está *implicito* na *imputação* de vicios ou defeitos que *possam expôr a pessoa ao odio ou desprezo publico* ou de factos *offensivos da reputação, do decoro ou da honra*. Na modalidade da letra *e* do mesmo art. o *dolo* se manifesta de accordo com os motivos determinantes do acto delictuoso. Se no gesto practicado ou na palavra insulsante proferida não houve intenção de offensa, ou, como se diz, foi *por brincadeira*, entre pessoas que se permitem taes liberdades sem duvida por defeito de educação, não existe crime de injuria, porque fallece o elemento moral do *animus injuriandi*. Na *imputação* o *dolo* está *implicito*, porque como observa o dr. Ed. Durão (*Direito*, Maio 1891. p. 60) « *imputar* é afirmar, é pôr alguma cousa a conta de outrem. » A afirmativa, em taes condições, importa a consciencia não só do acto que se pratica, como das consequencias que derivam do mesmo acto.

O *animus injuriandi*, diz o dr. Ed. Durão (*Dir.*, vol. cit., p. 67), o proposito directo e maligno de denegrir a reputação alheia, é a vida mesma, a alma, por assim dizer, da injuria. A palavra, o gesto, os actos, as omissões, nada são por si, se não os caracteriza o *dôlo específico* da injuria, que pertence á sua essencia de facto, e se não deve confundir como o *dolo geral (dolo in genere)*, que, como diz João Vieira, não se presume em materia penal), presupposto de todos os delictos que se prende ás condições psychologicas da imputabilidade. O *animus injuriandi* é a vida do crime de injuria, porque é delle que as palavras tiram força e poder de violar o direito e ferir a honra alheia, só assim realisando o objectivo, que é essencial a este delicto. Não basta que as palavras soem injuria ; é indispensavel demonstrar que foram ditas com o fim de denegrir a reputação alheia. E o animo de injuriar deve ser lucidamente provado pela accusação, porque sem elle não fica certo o material do delicto que se tem de punir (Carrara, *Opuscoli*, vol. 6, p. 178). Desapparecendo o animo de injuriar, desapparece o delicto, por falta de um dos seus elementos constitutivos.

No art. 318, o Codigo veda a prova da verdade ou notoriedade do facto imputado á pessoa offendida, salvo se esta permittir a prova, tiver sido condemnado pelo facto imputado ou se fór funcçionario publico ou corporação, referindo-se o facto imputado ao exercicio de funcções. João Vieira censura o Codigo por admitir a prova da *notoriedade*, que na phrase de Pessina, é aquella mesma voz publica, á qual bem se pode dar o nome de *meretrix* das provas. Francisco Luiz commentando o Codigo de 1830 observa que nos crimes de calumnia e injuria não é meio de defeza nomear aquelle de quem se ouviu a imputação, pois com isto não se faz mais do que nomear um coautor. Nem pode ser meio de evita a condemnação o allegar a *notoriedade*

publica ; o provar-se que não se fez mais do que *repetir* o que se ouviu *geralmente*. A voz publica que tanto proclama a *verdade* como a *mentira* não constitue prova perante os tribunaes. » O codigo vigente não consagrou doutrina tão absoluta, pois se, em principio, não admite a prova da *notoriedade*, abre excepções nas letras *a, b, c*, do art. 318.

No art. 319, o Codigo classifica as injurias em dois grupos conforme sejam, ou não, commetidas pelos meios especificados no art. 316.

— Injuria em bilhete postal circulando a descoberto só existe quando a distribuição é feito directamente pelo indiciado. Quando a injuria em bilhete postal se opera por qualquer outro meio não especificado no art. 316, o indiciado incorre no art. 319, § 3.º do Codigo. *Sentença* do dr. Lima Drummond, na *Rev. Jurispr.* Jan. 1898. p. 100.

— Constitue crime de injuria previsto no art. 317, letras, *a, b*, imputar a uma firma commercial o uso de artificios para simular capital inexistente. *Vide* esta these decidida por Acc. do Trib. de Justiça de S. Paulo e discutida em allegações pelo Advogado Alfredo Pujol, na *Rev. Jurispr.*, Set. 1899, p. 57.

— Na generalidade do § 3 do art. 319 estão comprehendidas todas as injurias sem publicidade. Assim a carta injuriosa não publicada (Acc. do Trib. de S. Paulo, na *Rev. Jurispr.*, Dez. 1897, p. 233) constitue injuria simples (Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim., na *Rev. Jurispr.* de Março de 1898 ; p. 326) e incide na sancção do § 3. O bilhete postal é meio *idoneo* de divulgação da injuria e está sujeito ao mesmo § 3 (Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 13 de Outubro de 1890 e Sent. do dr. Lima Drummond de 4 de Setembro de 1895, na *Rev. de Jurisp.* de Fevereiro de 1899, p. 138, e de Janeiro de 1898, p. 100.

— Injuria e não calúnia constitue a imputação de plagio criminoso, no *Direito*, Março 1902, p. 501.

— *Vide* João Vieira, *Cod. Pen. Interp.* p. esp., v. II, pgs. 127-154. *Vide* Silva Ferrão, *Theor. do Dir. Pen.*, v. III, comm. ao art. 407 do Cod. Pen. Portug.

Art. 320. E' tambem injuria :

§ 1. Usar de marca de fabrica, ou commercio, que contiver offensa pessoal ; ou expôr á venda objectos revestidos de marcas offensivas ;

§ 2. Apregoar em logares publicos, a venda de gazetas, papeis impressos ou manuscripto de modo offensivo a pessoa certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia :

Penas — de prisão cellular por dous a quatro mezes e de multa de 100\$ a 300\$000 (486).

(486) A fonte do § 4 deste art. foi o art 18 a 16 da lei, n. 3346 de 14 de Outubro de 1887. Entende João Vieira. citando o Visconde de Ouro Preto (*Marcas industriaes e Nome commercial*, p. 127) que a simples

referencia da lei ao código bastava para o intérprete saber como se devia haver, mas o código vigente limitou-se a reproduzir a lei no meio das outras disposições sobre a calúnia e a injúria em geral. E acrescenta ; « Assim, tal art. 320, § 1, deve ser cumprido como uma disposição singular da lei especial, ou deve ser subordinado a sua applicação ás formas geraes do Código e ás especies sobre a injúria ? « E' difficil responder, diz o illustre J. C., parecendo-lhe, entretanto, que o § 1 do citado art. deve ser mesmo entendido de accordo com as disposições geraes do código penal e especiaes deste capitulo sobre a injúria. Sem duvida, é necessario o *animus injuriandi*. O commerciante que expusesse á venda objectos revestidos de marcas injuriosas a alguém, mas sem saber-o, não incorreria em crime algum. Os elementos materiaes do crime são o *uso* das marcas injuriosas, ou a *exposição á venda* de objectos revestidos de taes marcas. »

Outra forma da injúria da figura do art. 320 é o pregão em logar publico da venda de jornaes (gazetas) pamphletos, livros, papeis impressos ou manuscritos offensivos a pessoa certa e determinada com o fim de escandalo e aleivosia. O *animus injuriandi* emerge do fito de escandalo e aleivosia. Em regra o objectivo do apregoador (vendedor de jornaes, opusculos, etc.), é o lucro da venda. O escandalo que elle explora é *um meio*, e não *um fim*, de obter maior lucro com a maior venda dos jornaes. Para que haja injúria é necessario, portanto, que o apregoador tenha o proposito de offender pelo escandalo a pessoa a quem se refere o escripto. Neste caso, o escandalo é a acção que causa a offensa por palavras obscenas, ridiculas, obras criminosas que a probidade, a honradez e o bom senso reprovam, como diz Frei Domingos Vieira (*Thez. da Ling. Port.*) O dr. Ed. Durão censura o nosso legislador, que « parece ignorar a significação da palavra *aleivosia*. Diz a Ord. do 1, 5, tit. 37 (á qual tambem se refere João Vieira) : » Aleivosia é uma maldade commetida atraçoadamente sob mostrança de amizade, e commette-se, quando alguma pessoa, sob mostrança de amizade mata ou fere, ou faz alguma offensa a seu amigo. » Evidentemente, não é este o sentido da *aleivosia* a que se refere o Código, e, sim, o de calúnia, falsidade, affronta (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*), offensa mais grave, emfim, do que a que resulta do escandalo. João Vieira critica o nosso Código que « fez uma verdadeira *embrulhada*, já na dicção, já na collocação do dispositivo, cuja formula não se sabe se teve como fonte o art. 444 do Código italiano ou a lei franceza de 19 de Março de 1889, que só permite aos *vendedores* de jornaes annunciar o *titulo* do jornal, o *preço* e a *opinião* a que pertence e os *nomes* dos redactores, acabando-se com o escandalo dos berradores que ora annunciavam a fallencia do sr. de Lesseps, ora o divorcio de Sarah Bernhardt, a prizão de Julio Ferry e outras amenidades do mesmo genero. » *Cod. Pen. Interp.*, part. esp., v. 11, p. 157.

A penalidade da prizão é a do art. 134 ; a da multa é a do art. 168.

Art. 321. Quando a calúnia e a injúria fôrem equivocadas, poderá o offendido pedir explicações em juizo.

O que se recusar a dal-as, ou não as dêr satisfactorias, a

juízo do offendido, ficará sujeito ás penas da calúnia ou injúria, a que o equívoco der logar (487).

(487) A injúria pode ser *clara, directa*, imputando-se a alguém vícios ou defeitos ou factos offensivos da reputação etc., nos termos do art. 317 letras a, b, c, ou pode ser velada, *equivoca* ou *indirecta*. As injúrias *directa* e *equivoca* podem referir-se quer ás palavras injuriosas, quer á pessoa a quem se dirigir (A. J. de Macedo Soares, sentença no *Direito*, vol. 13, p. 109). Quanto ás *palavras*, ha a forma representativa *directa* da injúria quando ellas são *por si mesmas injuriosas*, não havendo necessidade de combinalas em phrase que traduza, no seu conjunto, aquelle pensamento. O pensamento offensivo manifesta-se *indirectamente* quando só emerge do sentido resultante da *combinação* das palavras que formam a proposição ou proposições do escripto (Acc. de Cons. do Trib Civ. e Crim. de 30 de Junho de 1898, na *Rev. Jurisp.* Janeiro' 1099, p. 87). Quanto á pessoa a quem se dirigir, a injúria *directa* ou a *equivoca* podem manifestar-se de diversas formas, como insinuações, allegorias, allusões, apologos, reticencias, letras, iniciaes do nome ou mesmo de alcunha ou de antonomasia, de modo que, embora não seja determinada claramente o nome da pessoa a quem se refere o escripto, d'elle transparece quem seja a pessoa a quem se refere. Os autores distinguem a injúria *equivoca* da injúria *vaga*. Se bem que *indirecta* como a *equivoca*, a injúria *vaga* é menos grave do que aquella. Francisco Luiz; citado por João Vieira, commentando o nosso Codigo de 1830, diz que é preciso não confundir a palavra *equivoca*, empregada no art. 240 (paralelo ao art. 231 do Cod. actual), com a palavra *vaga*, empregada no § 3, do art. 236 (imputação *vaga* de crimes ou vícios sem factos especificados). « *Equivoco*, diz elle, é o que, tendo mais de um sentido, pode se entender de *differentes modos*; e imputação *vaga*, na accepção do citado paragrapho, é a attribuição de crimes ou vícios *sem factos* especificados, isto é, certos, determinados. » No Codigo vigente não se fez, porem, essa distincção. A injúria *vaga* entra na classe das injúrias *equivocas*. Não se confundem, porem, a injúria *equivoca*, e a *directa* com a injúria *condicional* ou *hypothetica*, que escapa á punição do nosso Codigo. A differença consiste que nas primeiras ha uma *imputação* em que se afirma, clara ou veladamente, o facto ou acto injurioso; na injúria *condicional* ou *hypothetica*, *directa* ou *indirecta*, ha uma simples allegação, ou enunciado sujeito á uma condição que, modificando o sentido da phrase, exclue o *dolo especifico*. Dizer-se de um homem probo que se elle fizer ou fizesse tal roubo será ou seria um ladrão, não constitue uma affirmativa injuriosa. Os autores, em geral, são accordes em que não ha crime de injúria e calúnia se a imputação é feita em sentido *hypothetico* ou *condicional*. Vide um estudo do dr. Ed. Durão no *Direito*, Maio, 1891, ps. 65 e segs. sobre o assumpto

Quando a calúnia e a injúria forem *equivocas*, poderá o offendido pedir explicações em juízo. Se as explicações forem recusadas ou não forem satisfactorias a juízo do offendido, ficará o offensor sujeito ás penas da calúnia ou da injúria a que o equívoco der logar. João Vieira censura esta disposição do Codigo, porque entende que ella fez do juízo apaixonado do

offendido o arbitro da sorte do offensor, « quando é doutrina e jurisprudencia constante que nos crimes de injuria não é ao sentir d'aquelle que se diz injuriado que se attende, mas ao animo d'aquelle que commette o facto reputado injurioso. » A censura seria justa si se tratasse de *retractação*, que, como bem decidio o dr. Viveiros de Castro (*Sentenças e decisões*, p. 207), é circumstancia dirimente do crime de calumnia (e tambem de injuria) quando feita expontaneamente, antes de dada a queixa pelo offendido. Sobre este assumpto, diz o dr. Viveiros na referida sentença : « Quanto ao valor da retractação é ponto em que se acham divergentes os escriptores da materia e a jurisprudencia dos tribunaes. Que a retractação não pode fazer desaparecer o delicto, sendo apenas uma circumstancia attenuante, tal é a opinião de Fabreguettes, vol. 1, § 1126, Grellet Dumaseau, t. 1, n. 244, e n'este sentido decidio a Côte de Cassação, em aresto de 4 de Janeiro de 1862. Sustentam, porem, que a retractação derime o delicto Grattier, t. 1, p. 195; Chassan, t. 1, p. 248, Rousset, p. 105, Stoos, Proj. de Cod. Pen. Suisso, art. 122, e assim decidio o Tribunal Supremo de Hespanha em sentença de 29 de Novembro de 1875, Viada e Vilaseca, Cod. Pen. Hesp., vol. 3, p. 170. Sendo omissa a jurisprudencia dos nossos tribunaes e silencioso o Codigo penal, eu entendo que a retractação pode ser admittida, como circumstancia dirimente do crime de calumnia, com a condição, porem, de ser feita expontaneamente, antes de iniciada qualquer acção do offendido. Comprehende-se bem que feita a imputação calumniosa e pouco depois expontaneamente retractada, o agente dá prova inequivoca de reconhecer o erro em que laborava e de seu amor pela verdade, restabelecendo-a. E' certo que todo o mundo tem o dever de verificar escrupulosamente a exactidão dos factos que publicamente avança. Mas diante da lei, como diante da moral, não podem ser julgados pela mesma bitola um procedimento que apenas revela precipitação e leviandade e um procedimento que denota espirito de perversidade e intenção de prejudicar. No segundo caso, porem, quando a retractação se faz, depois de iniciado o procedimento do offendido pela apresentação de queixa, não pode ella ser considerada uma circumstancia dirimente da criminalidade. O agente não obedeceu a um movimento natural, ao desejo digno de restabelecer a verdade, de reparar o mal que causou, procura escapar á pena do crime que commetteu, é um expediente de defeza que não deve illudir o juiz. » O art. 321 não cogitou da *retractação* e, sim, de *explicações* pedidas pelo offendido sobre a *equitocidade* da calumnia ou injuria. Só elle pode decidir sobre se as explicações são ou não satisfactorias para desaggravo de sua honra, e assim terminar ou continuar a acção contra o offensor. A *retractação* é acto do offensor independente da vontade do offendido, e, sendo assim, fica este sujeito ás consequencias do acto, que dará logar á *dirimente*, se realisado expontaneamente antes da queixa do offendido, ou á *attenuante* se tiver logar depois de iniciado o processo. N'este ponto adoptamos uma opinião intermedia, considerando a *retractação* expontanea *dirimente*, de accordo com Viveiros, ou *attenuante*, de accordo com Fabreguettes, conforme seja ella realisada antes ou depois de dada a queixa pelo offendido. E como *attenuante* entendemos que ella deve ser admittida em qualquer phase do processo, no *summario* ou no *plenario*.

— Transcrevemos o seguinte Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Crim. do Distr. Fed. :

O Conselheiro João C. de Souza Ferreira e Luiz da Silva Porto querelando de Antonio José de Souza Brandão, por crime de injurias impressas, porque o querelado escreveu e publicou em o *Correio da Manhã* n. 817, de 21 de agosto ultimo um artigo contra os liquidantes do *Banco de Credito Real do Brazil*, artigo que contém conceitos contumeliosos e a imputação de factos offensivos da reputação e da honra dos queixosos, que são os liquidantes desse estabelecimento de credito.

Preenchidas as formalidades legais e apresentada a defesa do querelado, o Juiz *a quo* julgou procedente a queixa na sentença de pronuncia de fl. 103.

Dessa decisão recorreu o querelado, apresentando as razões de fl. 112, ás quaes responderam os queixosos.

Considerando, quanto ás nullidades arguidas, que a procuração de fl. 8, firmada pelo queixoso L. A. da Silva Porto e escripta por outrem está de accôrdo com a lei, porquanto os commerciantes matriculados, em quanto exercem o commercio, podem fazer procuração por instrumento particular escripto por mão alheia e por elles assignado (C. de Carvalho, *Nova Consolidação das Leis Civis*, art. 1.333; *Codigo Commercial*, art. 21; decreto n. 1.597 de 1855, art. 2.º; arg. da *Constituição*, arts. 72 § 2º, 78 e 83); essa concessão, que tem por fundamento a propria natureza da vida commercial. não contraria a Constituição da Republica, nem foi revogada pela lei de 23 de agosto de 1892;

— que, concedida licença aos queixosos para se apresentarem por procurador, a substituição do mandatario que iniciou a acção penal não exige novo alvará de autorização, porque a licença é dada, não a *procurador determinado* para representar o queixoso, mas a *este para se representar por procurador*;

Considerando, *de meritis*; — que não se trata, na especie, de injurias *equivocas*, porque os conceitos injuriosos estão expressos com toda a clareza e referem-se positivamente aos *liquidantes do Banco de Credito Real do Brazil*;

— que não aproveita ao recorrente a dirimente allegada — o *animus defendendi*, porque elle, como o *narrandi*, o *corrigendi*, e outros que os criminalistas aceitam como eliminativos do *animus injuriandi*, só têm em absoluto esse character segundo o systema que faz depender a injuria do *dólo específico* ou *characterístico* e exige que o agente obedeça a moveis egoisticos e de baixas paixões de vingança ou de odio, a *animus maligno* e a fim perverso;

— que o nosso *Codigo* não seguiu esse systema, mas o que faz residir o *dolo* na *consciencia do character injurioso do acto praticado*, e adopta a fórmula dos praticos — *cum verba sunt per se injuriosa animus injuriandi presumitur*;

— que a nossa lei penal só tomou em consideração o *animus defendendi* no caso do art. 323 do *Codigo*, não para lhe dar a natureza de dirimente e legitimas a *facultas conviviendi*, mas para excluir da *acção penal* a offensa irrogada em *allegações* ou escriptos produzidos em Juizo pelas partes ou

seus procuradores, devendo o Juiz mandar riscar as palavras offensivas, a requerimento da parte offendida, e impôr a multa de 20\$ ou 50\$000;

— que, ainda que o Código Penal comportasse a extensão que o recorrente dá ao *animus defendendi*, esta derimente não existiria no caso concreto, porque as injurias escriptas e publicadas pelo querelado não tiveram como causa determinante a necessidade na defesa de direitos :

Accórdão os Juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal negar provimento ao recurso interposto da sentença de pronuncia de fl. 103, a qual julgou procedente a queixa, ficando assim confirmada a mesma sentença.

Custas a final.

Rio, 16 de maio de 1904. — *Moniz Barreto, P.* e relator. — *Vieiros de Castro*, de accôrdo nas conclusões. — *Alfredo Russell*.

Art. 322. As injurias compensam-se : em consequencia, não poderão querelar por injuria os que reciprocamente se injuriarem (488).

(488) Tratando da materia, os autores distinguem a *provocação*, a *compensação* ou *reciprocidade*, a *retorsão*, os trez meios ou formulas de que o réo de crime de injuria pode usar em defeza, diz o dr. Ed. Durão (no *Dir. reito*, Maio, 1891, ps. 70-73); e acrescenta : « Diferem no principio racional que os justifica e nos respectivos effeitos juridicos. A *provocação* é uma excusa ou attenuante, que tem uma razão *psychologica*, o impeto da paixão que agita a alma do ultrajado e não lhe dá tempo de reflectir nas consequencias do acto. Não é necessario que a *provocação* seja constituida por uma injuria verbal; qualquer *facto* injusto, ainda que não criminoso, pode ser considerado pelo juiz como constitutivo da *provocação*, desde que perturbe a serenidade de espirito do agente. Assim, no *facto* de colher alguém, sem direito, um fructo do meu pomar, espancar um animal que me pertence e em outros semelhantes, ha a *provocação*; mas seria absurdo fallar-se em *compensação* ou *retorsão*. A *provocação* no crime de injuria, como em todos os outros, segundo a doutrina do nosso Código penal, opera como simples degradante; é uma attenuante, salvo se tirar ao agente a consciencia dos proprios actos ou a liberdade de eleição. A *compensação* provem da natureza privada dos delictos, em cuja punição a sociedade não é directamente interessada. Desde que houve defeza privada, opposta pelo primeiro injuriado á injusta aggressão do que primeiro injuriou, sendo eguaes as offensas, nenhum delles tem o direito de recorrer á via judiciaria. Os delictos compensam-se. *Mutua actione tolluntur*. Em regra, todos os delictos de acção privada são compensaveis, ainda que não o digam expressamente os Códigos, porque os tribunaes não tem que decidir o que já terminou privadamente. E' indispensavel neste caso a paridade ou egualdade das offensas e a *compensação* aproveita a ambos os contendores que ficam quites. Em um profundo estudo sobre a *compensação*, Carrara escreveu o seguinte : « Finchè tutti é delitti se perseguitarono a volontà delle parte, tutti furono quillanzabili e tutti compensabili; e così l'omicidio com la ingiuria. Quando tutti i delitti se presero a perseguitare sulla volontà del magistrato o de chi-

mique del popolo pel publico interesse, tutti i delitti divenuti de publicazione cessarono di essere quitanzabili, cosi la ingiuria, come l'omicidio. *Opuscoli* vol. 3, compensazione delle injurias. » A retorsão procede dos principios de legitima defeza, que se applicam a todos os delictos sem excepção alguma; o acto torna-se legitimo, justificavel, como exprime-se o nosso Codigo, cessando a sua criminalidade. A provocação attenua; a compensação extingue, perime a acção; a retorsão justifica, legitima o acto. » Para maior desenvolvimento que este commentario não comporta, *vide* o excellente trabalho do dr. Ed. Durão no *Direito* cit., Maio, 1891. ps. 54 e segs. Consulte-se ainda João Vieira, *Cod. Pen. Interp.*, part. esp. v. II, ps. 158 e segs.

O conselho do Trib. Civ. e Crim. em Accordão de 30 de Junho de 1898, na *Rev. Jurisp.*, Janeiro, 1899, p. 86, decidio « que a compensação é uma extincção reciproca de um mutuo debito, proclamada pela lei e que se opera *ipso jure* a favor dos que se *injuriam reciprocamente*, qualquer que seja o *intervallo de tempo* (bastando que não esteja prescripto o direito de *querella* ao exceptonar por compensação e embora não exista *nexo ideologico* entre a primeira e a segunda injuria. (Carrara, *Progr.*, part. esp., v. 3, ps. 446 e 247; *Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. de 29 Março de 1895, Direito*, vol. 69, p. 241). Com o absoluto nas palavras « *as injurias compensam-se* » o nosso Codigo penal evitou o rigorismo da maxima — *paria cum paria compensantur* — e assim não exigio a *egualdade* das injurias como requisito d'aquella *dirimente especial*. Comquanto a compensação constitua uma verdadeira *excepção peremptoria* o direito processual patrio não estabelece para ella normas especias em ordem a permittir que exceptante e excepto discutam e provem as suas allegações, já quanto á *quitação de facto*, já quanto á de direito, como se constituisse a excepção uma verdadeira acção opposta á primeira para o fim de *dirimil-a*: que, em taes condições, só por occasião do *interrogatorio* e da *defeza nos triduo*, ou, por occasião do *recurso*, ou ainda no *plenario*, é que o réu tem oportunidade para pedir a *compensação*, apresentando então as provas demonstrativas de suas allegações, que o autor poderá impugnar offerecendo as provas da improcedencia do *meio elisivo*, ou porque elle não está perfeitamente caracterisado quanto ao *corpus*, ou porque lhe falta o elemento *moral* do *animus*, ou porque houve preterição do direito formulario, em parte *substancial* ou porque está *prescripto o direito de querella*, etc., que assim — excluida unicamente a *propria compensação* — todas as outras especies de defeza podem ser apresentadas pelo *quixoso*, como se réu fosse no processo, para o fim, de ser *repellida a dirimente e prevalecer a acção penal* por elle intentada. »

O nosso Codigo include na *compensação a retorsão*. Essa é a interpretação corrente, ainda que erronea seja a confusão do Codigo. « Sem o *animus injuriandi* não ha crime de injuria, diz um *Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. de 21 de Setembro de 1898*, dr. Viveiros de Castro, *Jurisprudencia Criminal*, p. 93; nem é passivel de pena quem repelle a injuria com a injuria; presume-se ahi apenas o *animus retorquendi*, como um legitimo desagravo. E' bem positivo, a tal respeito, o art. 322 do Codigo penal, deile se depreheende que o legislador considerou a retorsão á injuria como

um simile da legitima defeza, e a respitou, aliás, sem o rigor com que a circumscrevo no art. 34.

Concluimos este commentario com a seguinte decisão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal :

Considerando que nos termos do art. 17, § 2, do decreto n. 2.579 de 16 de Agosto de 1897, incumbe ao Juiz da pronuncia conhecer das circumstancias dirimentes da criminalidade definidas no art. 27 do Codigo Penal, com recurso necessario para o Conselho do Tribunal Civil e Criminal ; Considerando que nos termos do art. 5, § 2 da lei n. 628 de 28 de Outubro de 1899, incumbe ao Juiz da pronuncia conhecer das circumstancias justificativas da criminalidade definidas nos arts. 32 a 35 do Codigo Penal, com recurso necessario para o Conselho do Tribunal Civil e Criminal ; Considerando, que nos termos do art. 322 do Codigo Penal a compensação é uma circumstancia justificativa nos delictos de injuria ; que, portanto, de accôrdo com os principios estabelecidos na nossa legislação processual incumbe seu conhecimento ao juiz da pronuncia, substituido o recurso necessario pelo recurso voluntario da parte, visto tratar-se de delicto de natureza particular ; Considerando que nos delictos de injurias impressas não é necessario que seja escripto o nome da pessoa offendida, basta que seja ella designada de modo tão claro e inequivoco, que ninguem se illuda sobre a referencia ; Considerando que se é licito aos jornalistas discutir e criticar os actos dos funcionarios publicos referentes ao exercicio de suas funcções, sem incidir em sancção penal, porque agem no interesse da causa publica, é tambem licito ao funcionario responder á critica, defender-se da arguição, no gozo do legitimo e natural direito de defesa, zelando sua dignidade pessoal e sua honra profissional ;

Considerando que se o jornalista exceder o direito de livre critica e discussão para aggreir o funcionario, é tambem licito ao funcionario retorquir as injurias, pois a lei não concede a ninguem o direito de insultar impunemente e quem escreve o que quer deve esperar resposta na altura da aggressão ; Considerando que o recorrente nos artigos de fls. 55 e 58, discutindo o fornecimento de carnes verdes á população desta cidade, e referindo-se aos empregados do entreposto de S. Diogo, diz serem elles venaes, pensionistas do monopolio, corrompidos, percebendo lucros inconfessaveis, e outras expressões semelhantes, que atacão a probidade dos mesmos funcionarios ; Considerando que embora tenha o recorrente em sua defesa empregado phrases que repugnão a todo homem delicado, usou comtudo do direito de compensação que a lei lhe faculta e não incidio, portanto, em sancção penal nos termos do art. 322 do Codigo Penal, Accordão negar provimento ao recurso para confirmar, como confirmão, a sentença recorrida, e assim julgando, condemnão o recorrente nas custas. Rio, 31 de Janeiro de 1902. — *Segurado, P.* — *Viveiros de Castro*, Relator. — *T. Torres*.

Art. 323. Não tem logar acção criminal por offensa irrogada em allegações, ou escriptos produzidos em juizo pelas partes, ou seus procuradores. Todavia o juiz que encontrar calumnias, ou injurias, em allegações de autos as mandará riscar, a reque-

rimento da parte offendida, quando tiver de julgar a causa, e na mesma sentença imporá ao autor uma multa de 20\$ a 50\$000 (489).

(489) A fonte da disposição, diz João Vieira, foi o art. 241 do Cod. crim. anterior,, do qual acceitou-se como pena disciplinar a multa, omitindo-se a suspensão do officio de advogado, ou solicitador, quando no caso se tratasse de qualquer delles. A fonte primitiva devia ter sido o Codigo francez, art. 277, já abrogado e ainda seguido por outros, quasi á letra, como o da Rumania, arts. 302 e 303. Entende o mesmo autor que a disposição é lacunosa, porque não comprehende os discursos, que, se feitos na presença do adversario, são mais offensivos do que os escriptos. Essa lacuna, si é que existe, é supprida pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, em Acc. revisor de 5 de novembro de 1900, na *Rev. Jurisp.*, Julho 1901, p. 242 : « O vocabulo — *allegações* — empregado pelo Codigo exprime o que é produzido em juizo pelos pleitantes, ou por seus procuradores, defendendo os seus direitos, quer seja verbalmente. quer por escripto, e ambos os casos excluem o procedimento criminal, cabendo apenas á parte offendida requerer que sejam riscadas as calumnias e injurias contidas em escriptos. Nem se pode attribuir ao legislador a incoherencia de isentar na acção criminal o que em juizo offende por seus escriptos, e a ella sujeitar o que offende por palavras. A parte que por si mesma defende em juizo seus direitos não pode deixar de gozar da mesma immunnidade que assiste ao advogado nas circumstancias do cit. art. 323 do Cod. penal. » O elemento moral da figura do art. 323 é o *animus defendendi* que exclue o *animus injuriandi* da calumnia e da injuria. Essa e a doutrina corrente entre os autores. Vide João Vieira, *Cod. Pen. Interp.*, part esp., v. II, ps. 179-185.

Art. 324. Si a injuria, ou calumnia, forem commettidas contra a memoria de um morto, o direito de queixa poderá ser exercido pelo conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos (490).

(490) Apezar de ser principio confirmado desde o direito romano e nos codigos penaes que, mesmo depois de morto, o homem tem direito á protecção de sua honra, cuja tradição se transmite á familia e muitas vezes constitue patrimonio do qual resultam outros bens, a memoria dos mortos não é senão a tradição da sua vida, cujos actos são apreciados conforme sua conducta. A injuria ou a calumnia commettida contra a memoria de um morto produzem effeitos tão desastrosos como se fossem irrogados em vida do offendido, e mais grave se torna ainda se considerarmos que o morto offendido em sua honra não pode defender-se, o ultrage á sua memoria ficaria impune, se a lei não a protegesse facultando o direito de queixa áquelles a quem mais de perto toca o interesse de zelar pela memoria do morto. Estes são, sem duvida, os parentes mais proximos, ascendentes, descendentes, ou irmãos, alem do conjuge sobrevivente. João Vieira censura o Codigo por não haver admitido o herdeiro a querellar pelo morto, se a injuria foi irrogada antes

do fallecimento, pois se, segundo Von Liszt, Suman e outros autores, o morto não é mais sujeito de direitos, comtudo a denominada injuria aos mortos é sempre injuria aos sobreviventes, não aos membros individuaes da familia a quem porventura caiba o direito, mas á familia como pessoa collectiva. Ha sobre a materia controversia entre os commentadores, como se pode vêr em João Vieira, *Cod. Pen. Interp.*, part. esp., v. II, ps. 185-189. E' admissivel a *exceptio veritatis* na offensa contra os mortos? João Vieira decide pela affirmativa; seguindo os melhores autores italianos, que só não a admittem ao caso em que pelo « factio attribuido a pessoa offendida se abra ou inicie contra ella um processo penal » — pois neste caso extingue-se a acção pela morte do réu ou indiciado. A esta questão liga-se tambem a chamada da *liberdade ou direitos da historia*, sobre a qual discorrem os autores, principalmente italianos, e á qual tambem se refere João Vieira.

Art. 325. O criminoso que houver paga, ou promessa de recompensa para commetter alguma injuria, ou calumnia, incorrerá, alem das penas respectivas, na multa do decuplo dos valores recebidos ou promettidos (491).

(491) A figura é a da injuria aggravada pela paga ou promessa de recompensa, que revela no criminoso o sentimento de improbidade a par do *animus injuriandi*. Os *testas de ferro* na injuria escripta e os *Seixas* na injuria verbal são os dois typos especificos no nosso meio social. O injuriador verbal por conta alheia, o injuriador mercenario, é denominado *seixas*, nome de conhecido vagabundo que foi o introductor desse meio de vida deshonesto, como foi o celebre Romão José de Lima, o que mais explorou e ligou seu nome á profissão, egualmente torpe, dos *testas de ferro*. O Cod. de 1830, art. 246, dizia : « Provando-se que o delinquente teve paga ou promessa para prometter alguma calumnia ou injuria, alem das outras penas, incorrerá mais na do duplo dos valores recebidos ou promettidos. » O novo Codigo alterou a ultima parte elevando a multa ao *decuplo* dos valores recebidos ou promettidos. João Vieira censura o Codigo, dizendo — « si no § 10 do art. 39 já considerava o factio aggravante geral, não havia uma razão de peso para convertel-o aqui em aggravante *especial*, aliás de prova difficilima. » Improcede a censura, porque, evidentemente, embora aggravados, a injuria e a calumnia, descriptas no art. 325, constituem figura especial, distincta das outras e em que a *paga* ou *promessa de recompensa* são circumstancias elementares, como elementares são, por exemplo, as do homicidio aggravado.

TITULO XII

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE PUBLICA E PARTICULAR

CAPITULO I

Do damno (492).

(492) Compete á justiça federal o julgamento do crime de damno em cousas do dominio ou uso publico da União, contra a fazenda e propriedade nacional comprehendidas no Titulo XII. Lei n. 628 de 28 de Outubro de 1899, art. 1; Lei n. 21 de 20 de Setembro de 189., art. 20, n. V. A Lei n. 628 de 1899 cit. dispõe : (art. 1, n. 14) « Compete a acção penal por denuncia ao ministerio publico no crime de damno em cousas do dominio ou uso publico dos Estados e municipios, ou em livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos, autos e actos originaes de autoridade publica. » Entra-se em duvida si essa disposição, sendo de direito *adjectivo* ou *processual*, em face da Constituição Federal, art. 34, n. 23, póde obrigar os Estados.

Art. 326. Destruir, ou inutilisar livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos; autos e actos originaes de autoridade publica; livros commerciaes, e em geral todo e qualquer papel, titulo, ou documento que sirva para fundamentar, ou provar direitos, sem haver lucro ou vantagem para si ou para outrem :

Penas — de prisão cellular por dous mezes a um anno e multa de 5 a 20 0/0 do damno causado (493).

(483) A penalidade é a do art. 181 pr.; a multa a do art. 136, primeira parte.

Parapho unico. Si o crime fór commettido auferindo o delinquente proveito para si ou para outrem :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa

de 5 a 20 0/0 do valor do damno causado ou que poderia causar (494).

(494) Vide art. 118, paragrapho unico, para a prisão; art. 136, primeira parte, para a multa.

A Constituição Federal, art. 72, § 17, garantindo o direito de propriedade, em toda a sua plenitude, necessitava de uma sanção que tornasse efectiva a garantia desse direito. Esta sanção é a lei penal que define os crimes contra a propriedade publica e particular. Os attentados contra a propriedade são de natureza civil ou criminal, conforme o elemento moral que os determina. Os de natureza criminal caracterizam-se pelo *animus delinquendi* generico, que manifesta-se de diversos modos conforme o *dólo especifico* do delicto. Os de natureza civil gyram em outra esphera de relações juridicas e são reparaveis pelos remedios possessorios e outras acções de processo civil. O Codigo penal classifica entre os crimes contra a propriedade publica e particular e *damno*, o furto, a fallencia, o estellionato, o abuso de confiança e outras fraudes, os crimes contra a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial, o roubo e a extorção, comprehendendo este dois ultimos uma classe especial em que o crime affecta ao mesmo tempo á pessoa e á propriedade.

O art. 326 do Codigo é reproducção quasi textual do art. 2 da lei n. 3311 de 15 de outubro de 1886, promulgada para supprir as lacunas do Codigo de 1830 na parte relativa aos crimes de damno, incendio, destrucção e outros. Justificando o projecto, dizia a commissão composta dos deputados José de Alencar e Izidro Borges Monteiro, em 3 de Abril de 1877, « que a conservação dos titulos de propriedade, escripturas de contracto, e quaesquer actos civis, carecem da especial protecção da lei, porque sobre elles repousam as relações individuaes e muitas vezes a segurança dos mais caros interesses sociaes, Quando a destruição, ou deterioração, de taes documentos não é feita com a mira de lucro, mas só por malfetoria, não constitue a falsidade punida pelo art. 167, e não pode ser confundida com a supressão de que alli se trata. » O art. 2 da lei n. 3311 está assim redigido : « Destruir, inutilizar, ou occultar, de qualquer maneira que seja, livros de notas, de registro, de assentamento de actas e termos, autos, actos originaes de autoridade publica e em geral todos e quaesquer titulos, papeis, livros commerciaes e escriptos particulares, que servem para fundamentar ou provar direitos, sem haver para si ou para outrem vantagem ou lucro. Penas : de prisão com trabalho por dois mezes a um anno e multa de 5 a 25 0/0 do prejuizo causado, § 1. Si este crime fôr commettido, tirando o delinquente delle proveito para si ou para outrem. Penas : as mesmas do furto ou roubo, conforme as circumstancias que se derem. » O Codigo omittio a *occultação*, que na lei figura como uma das modalidades do damno. De sorte que os elementos do crime são, como diz João Vieira : « 1º um factio de *destruição* ou *inutilização*; 2º que este factio verse sobre uma das cousas enumeradas no artigo; 3º que esta coisa, isto é, escripto ou papel, sirva para fundamentar ou provar direitos; 4º que a destruição tenha sido voluntaria. Contra os autores francezes Chauveau Hélie, Blanche e Garraud, entende João Vieira. e com este

concordamos, que, ao contrario do Codigo francez, o art. 326 do nosso Codigo admite a *tentativa*, e não faz distincção entre os papeis enumerados no referido artigo. A expressão — *em geral, todo e qualquer papel, titulo ou documento que sirva para fundamentar ou provar direitos* — abrange todos os demais que não sejam os enumerados precedentemente. E desde que se trata de papel destinado a fundamentar ou provar direitos, pergunta Blanche, citado por João Vieira, se existe incriminação no caso do papel destruido ser nullo pela irregularidade da sua fórma ou por incapacidade da pessoa de quem emanasse e que, por conseguinte, não contiver nem operar obrigação, disposição ou extincção de direitos? Si o papel destruido, diz elle, fôr tão radicalmente nullo que deva ser considerado como inexistente, a infracção não terá logar. Si, porém, a nullidade fôr sanavel ou supprivel, o acto deve ser punido. João Vieira diz que « esta solução rigorosamente juridica não pode deixar de ser aceita como interpretação do nosso Codigo. » Divergimos aqui do illustre J. C., porque não só o Codigo não faz aquella distincção de nullidades, como não entra na apreciação do conteúdo do papel, titulo, documento ou livro, senão para conhecer unica e exclusivamente o fim a que se destina. A nullidade dá prova ou fundamento do direito objecto do papel pertence ao fóro civil. O que constitue o crime é a distincção ou inutilização material do papel destinado a fundamentar ou provar algum direito, sendo o acto commetido com *animus nocendi*, com a intenção de prejudicar. Basta que o papel pertença a outrem, e seja inutilizado ou destinado sem o consentimento do dono. Existe o damno, ainda que, no fundo e na fórma, seja radicalmente nullo o direito a que se refere o papel. Na figura do paragrapho unico, além do dolo especifico, faz parte do elemento moral o fito de *lucro ou vantagem para si ou para outrem*. O vocabulo — *proceito* — resume as palavras — *lucro ou vantagem* — empregadas no final do artigo. Iva penalidade, o Codigo afastou-se da lei n. 3311 de 1886.

Art. 327. Demolir, ou destruir, de qualquer modo, no todo ou em parte, edificio concluido, ou sómente começado, pertencente á Nação, Estado, Municipio, ou a particular :

Penas — de prizão cellular por um a quatro annos e multa de 10 a 20 0/0 do damno causado (495).

(495) Para a prisão — art. 118, paragrapho unico. Multa : maximo 20 0/0 medio 16 0/0, minimo 10 0/0; tent. ou compl. : maximo 13 1/3 0/0, medio 10 0/0, minimo 6 2/3 0/0.

Art. 328. Destruir, abater, mutilar, ou damnificar monumentos, estatuas, ornamentos ou quaesquer objectos destinados á decoração, utilidade ou recreio publico :

Penas. — de prizão cellular por seis mezes a dous annos e multa de 5 a 20 0/0 do damno causado (496).

(496) Vide art. 153 pr.

Como observa João Vieira, a fonte dos arts. 327 e 328 foi o Código de 1830, art. 178, alterado pelo art. 3, da lei n. 3311 de 1886. A fonte primitiva foi o Código francez, arts. 257 e 437, imitado pelo belga, arts. 521 e 526. O art. 3, da lei n. 3311 de 1886 diz : « Derrubar, demolir, ou destruir por qualquer modo, no todo ou em parte, edificio ou qualquer construcção concluída ou somente começada. Penas de prisão com trabalho por dois a seis annos e multa de 5 a 25 0/0 do damno causado. » O legislador supprimio a palavra — *derrubar* — considerando-a synonyma de — *demolir*. Restringio a *demolição* ou *destruição* somente ao *edificio*, eliminando a expressão — *ou qualquer construcção*, que se encontra na lei. O que se deve entender por — *construcção* — já o Código declara no art. 136, embora se refira somente a *construcção habitada ou destinada á habitação*, ao passo que a lei n. 3311 de 1886 se refere em termos genericos a — *qualquer construcção*, seja, ou não, destinada á habitação. Mas a supressão notada no art. 327, dá logar a interpretação de João Vieira, entendendo que o Código exclue outras construcções que não sejam o *edificio*, taes como as *embarcações*, os *diques*, *muralhas*, etc. Realmente, o *edificio* é uma *construcção*, caracterizada pelo uso a que se destina. E' uma *construcção especial*, seja pertencente á Nação, Estado, municipio ou particular. No art. 327 o Código pune somente o damno feito em edificio publico ou predio particular.

A *destruição* e a *demolição* são modalidades do crime, que se caracterizam pelos effectos do acto. *Demolir* significa — *derrubar, deitar abaixo, desfazer*. A *destruição* dá idéa de uma *demolição violenta, de arrazamento*, de modo a fazer desaparecer o edificio concluído ou somente começado. A *destruição* pode tambem consistir na *demolição com estrago do material*. Os meios de *demolição* ou *destruição* são quaesquer, exceptuados o incendio, a explosão e a inundação, que constituem figuras de crimes definidos nos arts. 135 e seguintes.

Não foi, porem, excluído da punição o damno de outras construcções de uso ou utilidade publica ou particular. São construcções os monumentos, estatuas, ornamentos ou quaesquer objectos destinados á decoração, utilidade ou recreio publico, a que se refere o art. 328. O damno destas cousas apresenta diversas modalidades, conforme os effectos da acção de *destruir, abater, mutilar* ou *damnificar*. Estes verbos tem significados proprios, a que correspondem resultados differentes. A acção de *destruir* é mais violenta, ainda que a violencia possa soffrer gradação: *Abater* pode ser *demolir, deitar abaixo*, porem sem *destruir*. *Mutilar* significa — *privar de algum membro*. Figuradamente : *destruir parcialmente* uma obra d'arte (Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*). Mas o Código emprega o termo no sentido de *cortar, decepar* algum membro ou parte de uma estatua, por exemplo. A acção de *damnificar* refere-se á um prejuizo menor, é menos intensa. A fonte do nosso Código é o Cod. francez, art. 247, onde tambem inspirou-se o portuguez, art. 477, que refere-se á *destruição* ou *damnificação* por qualquer modo de estatua ou outro objecto destinado á utilidade ou á decoração publica e *collocado pela autoridade publica ou com sua autorisação*. O nosso Código não cogitou da origem da *collocação*, se feita por autoridade publica, ou por particular. A condição é que o objecto seja destinado á decoração, utilidade ou recreio publicos.

Art. 329 Destruir, ou damnificar, coisa alheia, de qualquer valor, movel, immovel, ou semovente :

Penas — de prisão-cellular por um a trez mezes e multa de 5 a 20 0/0 do damno causado (497).

(497) Vide art. 119 para a prizão ; multa, art. 136, primeira parte.

§ 1. Si a destruição ou damnificação fôr de cousas que sirvam para distinguir ou separar os limites da propriedade immovel, urbana ou rural.

§ 2. Si para desviar do seu curso agua de uso publico ou particular :

Penas — de prizão cellular por um a seis mezes e multa de 5 a 20 0/0 do damno causado (498).

(498) Vide art. 148, pr.

§ 3. Si o facto fôr praticado com violencia ou ameaça contra a pessoa, ou por mais de duas pessoas, com armas ou sem ellas :
Pena — a do art. 356 (499).

(499) Entende João Vieira que este art. comprehende o *damno* e a *usurpação*, tendo como fonte o Cod. de 1830, arts 266-267, alterados pela lei n. 3311 de 1885, art. 1, §§ 1 e 2. « Aqui, o systema do nosso Codigo, diz o illustre J. C., afastou-se inteiramente do francez, para seguir o do italiano, cujo art. 422 servio de fonte especial ao § 2 do art. 329, na sua disposição sobre *aguas*, que não figurava em nosso direito positivo anterior, sinão no principio geral do artigo correspondente em parte ao art. 266 do Cod. ant. e na disposição especial do § 1, correspondente ao art. 267, que a citada lei n. 3311 additou no § 2 do art. 1, additamento, porem, que o § 1 do art. 329 omittio. A formula geral, porem, deste art., é a mesma do italiano, art. 424, com a differença que este, em vez de incluir nella as cousas *semoventes*, como fez o nosso art. 329, 1ª parte, estabeleceu varias modalidades e entre estas a da morte e damnificação de *animaes* no art. 429. Segundo Suman, em face da disposição do Cod. ital., parallela ao nosso, são necessarios á existencia do crime os seguintes elementos : 1º que haja um damno ; 2º que verse sobre cousas immoveis, moveis ou someventes ; 3º que o facto damnoso seja voluntario. Conforme o texto deve haver destruição ou qualquer damno por mais tenue que seja o prejuizo, ainda que não possa ter valor senão o da *afeição* (estimativo), demonstra bem Suman. E para distinguir este crime dos outros contra a propriedade, é mister que o agente damnificando a coisa, não a torne sua, caso em que o facto constituiria furto, roubo ou

crime semelhante. A coisa deve necessariamente pertencer a outrem, ao menos em parte. » O crime do art. 329 é o de damno de coisa alheia, móvel, imóvel ou semovente, por meio de destruição completa ou em parte, ou por meio de damnificação, sujeita a gradação, desde o simples arranhão, até a própria destruição total ou parcial. O Conselho do Tribunal Civil e Criminal, por Acc. de 21 de Julho de 1898, declarou que na formação do crime definido no art. 329, do Código penal, um dos elementos essenciaes é que o objecto do delicto seja uma — *cousa-res* — no sentido de *bem material, corporea, quæ tangi potest*, coisa que ao mesmo tempo que represente uma *propriedade*, possa soffrer uma transformação physica, total ou parcial; que entre *as cousas* não se comprehende, um *letreiro* pintado n'uma portada; que provado, pelo corpo de delicto, o facto material da damnificação, era necessaria a concurrencia do *dolo especifico* — o *proposito de damnificar, o intuito de prejudicar* — *damnum injuria datum*. (Vide na *Rev. Jurispr.*, Agosto, 1898, p. 443). João Vieira, seguindo o Código e os autores italianos, encontra no § 1, do art. 329, a figura da *usurpação*, que é a violação do direito de propriedade nas *cousas immoveis*, assim como o furto e o roubo é a violação desse direito nas *cousas moveis*. Faz rapido estudo historico da *usurpação* desde o tempo de Moysés, até o Código italiano que enumera as trez especies de *usurpação* — a *remoção de marco, a usurpação das aguas e a turbação violenta da posse*. O nosso Código não faz, porem, essa distincção. A fonte do § 1 do art. 329, foi a lei n. 3311 de 1886, § 1, do art. 1, que diz : « Si a destruição ou damnificação fôr de cousas que sirvam para distinguir ou separar limites da propriedade immovel : Penas de prisão por um a quatro mezes e multa de 5 a 25 0/0 do valor do objecto destruido ou damnificado. » As cousas destinadas a separar e distinguir limites podem ser marcos de pedra ou de madeira, muros, muralhas, gradis de ferro ou madeira, cercas vivas ou mortas, estradas, trilhos, etc., pouco importando a natureza da coisa, comtanto que seja destinada a distinguir ou separar limites da propriedade immovel urbana ou rural. Não se deprehende da disposição a figura da *usurpação*, pois o intuito da destruição ou damnificação pode ser outro, muito differente. A lei cogitou da *apropriação*, declarando no § 2 : « Se a destruição ou damnificação neste caso fôr feita para se apropriar o delinquente de terreno alheio : Penas : as mesmas do furto. » A figura da *apropriação* poder-se-ia considerar aqui, segundo a doutrina italiana, como *usurpação*. Mas o nosso legislador aproveitando o § 1, do art. 1, da lei n. 3311, desprezou a disposição do § 2, deixando assim patente o pensamento de constituir uma figura especial do damno, cujo elemento moral deve ser a *vontade de prejudicar* o dono da coisa, pouco importando que o acto do delinquente seja em proveito proprio ou de terceiro.

Entende ainda João Vieira que a disposição do § 2, do art. 329, não tem entre nós antecedentes historicos, sua fonte exclusiva foi a Código italiano e por isso os melhores elementos de interpretação são os da doutrina e jurisprudencia decorrentes do Código italiano. Faz notar que a unica differença entre o nosso e o Código italiano consiste em que este exige que o desvio das aguas seja — *per procacciarsi un indebito profitto*. O objectivo d'um proveito indebito é, por consequente, elemento essencial do crime, segundo

o Código italiano. O nosso Código, porém, não exige esse elemento : basta que haja o desvio do curso da agua de uso publico ou particular. Os elementos do crime pelo nosso Código são : 1º que haja *desejo* de um curso de agua ; 2º que essa agua seja de *uso* publico ou particular ; 3º que haja o dolo especifico, manifestado no *proposito de prejudicar* a quem aproveite o uso do curso dessa agua. E' indifferente quer o *desejo* do curso da agua seja em proveito do delinquente, quer de terceiros. N'este proveito é que se poderia encontrar a figura da *usurpação*.

No § 3, do art. 329, apresenta-se a figura do damno aggravado. A aggração pôde occorrer de dois modos : 1º pela pratica de violencias ou ameaças contra o proprietario ou possuidor da cousa ; 2º pelo concurso de mais de duas pessoas armadas, ou desarmadas, que se ajuntam para praticar o damno, *ainda que não haja violencia ou ameaça contra o proprietario ou possuidor da cousa*. O que constitue a aggravação é o concurso de pessoas, sendo indifferente que se achem ou não armadas. A penalidade é a do roubo, prisão cellular por dous a oito annos, quer seja o damno aggravado praticado em cousa alheia, de qualquer valor, movel, immovel ou semovente, quer sobre cousas que sirvam para separar ou distinguir limites da propriedade immovel urbana ou rural, quer tenha por objecto desviar de seu curso agua de uso publico ou particular.

Vide na *Rev. Jurisp.*, Agosto 1900, Accs. de 29 de Junho de 1899, e de Abril de 1900 do Tribunal de Justiça de S. Paulo, sobre responsabilidade dos funcionarios publicos pelos danos causados no exercicio de seus cargos, responsabilidade do Estado por actos dos mesmos funcionarios — Casos de não responsabilidade do Estado — Obrigações *ex delicto* — Prova de culpa por parte do Estado para procedencia do pedido de indemnisação em consequencia de assalto e destruição das officinas e escriptorio de um jornal.

Damno criminal não ha nos actos possessorios entre condominos ou entre heréus confinantes, competindo somente ao heréu prejudicado a acção civil. Vide no *Direito*, Janeiro de 1894, p. 72, e Maio de 1895, p. 136.

O Código commercial (art. 712), considera *rebeldia*, que é synonymo de *ribaldaria* ou *barataria*, todo e qualquer acto por sua natureza criminoso praticado pelo capitão do navio, no exercicio de seu emprego, ou pela tripolação, ou por um e outro conjunctamente, do qual acontece damno grave ao navio ou á carga, em opposição á presumida vontade legal do dono do navio. Ferreira Borges, *Dicc. Jurid. Comm.*, diz que — *Barataria, Ribaldia, Ribaldaria*, no sentido restricto, indicam todo a especie de dolo, de maldade ou prevaricações, commettidos pelos capitão ou pela gente da tripolação. Entende que é erro o emprego da palavra *rebeldia*, como synonyma d'aquellas. Provem o erro das copias das antigas apolices portuguezas que alteraram a palavra *ribaldia*, que significa *prevaricação*, para *rebeldia*, que é o crime do *rebeldie*, que não tem a menor applicação para esta palavra e sentido que abrange. Silva Lisboa, o unico autor que escreveu com mais largueza sobre a materia, perpetuou o erro da palavra *rebeldia*, de que nós mesmos fomos um dia victima, diz Ferreira Borges. Frei Domingos Vieira *Thez. da Ling. Port.*, diz que *ribaldia* ou *ribaldaria* é acto de *ribaldo*, que, segundo uns, significa homem vil, perverso, segundo outros, mariola

que embarcava e desembarcava as fazendas nas margens do rio Sena; porém, propriamente é o homem máu, velhaco.

CAPITULO II

Do furto (500)

(500) São inafiançáveis os crimes de furto de valor igual ou excedente de 200\$ (Cod. Pen., art. 330, § 4), de animaes nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura (Lei n. 627 de 28 de Outubro de 1898, art. 2) Na Capital Federal, compete a acção por denuncia do Ministerio Publico no crime de furto (Lei 628 cit., art. 1). Sobre furto de productos da lavoura e industria e gado vaccum, cavallar e muar, *vide*, Lei n. 21, de 24 de Outubro de 1891 e Decreto n. 121 de 11 de Novembro de 1892.

Art. 330. Subtrahir, para si, ou para outrem, cousa alheia movel, contra a vontade de seu dono :

§ 1. Si o objecto furtado fôr de valor inferior a 50\$000 :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 5 a 20 0/0 do valor do objecto furtado (501).

(501) A penalidade da prisão é a do art. 119; a da multa a do art. 136, primeira alin.

§ 2. Si de valor inferior a 100\$000 :

Penas — de prisão cellular por dous a quatro mezes e a mesma multa (502).

(502) A penalidade da prisão é a do art. 134; a da multa a do art. 136, prim. alin.

§ 3. Si de valor inferior a 200\$000 :

Penas — de prisão cellular por tres a seis mezes e a mesma multa (503).

(503) A penalidade da multa é a do art. 136, prim. alin. A da prisão é a seguinte : maximo 6 mezes, medio 4 mezes e 15 dias, minimo 3 mezes; prepond, aggr. — 5 mezes 7 dias e 12 horas, prepond. att. — 3 mezes 22 dias e 12 horas (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 7 mezes, medio 5 mezes 7 dias e 12 horas, minimo 3 mezes e 15 dias; prepond. aggr. — 6 mezes 3 dias e 18 horas, prepond. att. — 4 mezes 11 dias e 6 horas. Tentativa ou cumplicidade : maximo 4 mezes, medio 3 mezes, minimo 2 mezes; prepon.

aggr. — 3 mezes e 15 dias, prepond. att. — 2 mezes e 15 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 4 mezes e 20 dias, medio 3 mezes e 15 dias, minimo 2 mezes e 10 dias ; prepond, aggr. — 4 mezes 2 dias e 12 horas, prepond. att. — 2 mezes 27 dias e 12 horas (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 2 mezes e 20 dias, medio 2 mezes, minimo 1 mez e 10 dias ; prepond. aggr. — 2 mezes e 10 dias, prepond. att. — 1 mez e 20 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 3 mezes 3 dias e 8 horas, medio 2 mezes e 10 dias, minimo 1 mez 16 dias e 16 horas ; prepond. aggr. — 2 mezes 21 dias e 16 horas, prepond. att. — 1 mez e 28 dias (simples). Prescripção — 1 anno.

§ 4. Si de valor igual ou excedente a 200\$000 :

Penas — de prizão cellular por seis mezes a tres annos e a mesma multa (504).

(504) A penalidade da multa é a do art. 136, prim. alin. Da prizão : maximo 3 annos, medio 1 anno e 9 mezes, minimo 6 mezes ; prepond. aggr. — 2 annos 4 mezes e 15 dias, prepond. att. — 1 anno 1 mez e 15 dias (cellular) Na forma do art. 409 : maximo 3 annos e 6 mezes, medio 2 annos e 15 dias, minimo 7 mezes ; prepond. aggr. — 2 annos 9 mezes 7 dias e 12 horas, prepond. att. — 1 anno 3 mezes 22 dias e 12 horas (simples). Tentativa ou cumplicidade : maximo 2 annos, medio 1 anno e 2 mezes, minimo 4 mezes ; prepond. aggr. — 1 anno e 7 mezes, prepond. att. — 9 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 2 annos e 4 mezes, medio 1 anno 4 mezes e 10 dias, minimo 4 mezes e 20 dias ; prepond. aggr. — 1 anno 10 mezes e 5 dias, pre. ond. att. — 10 mezes e 15 dias (simples). Cumplicidade na tentativa : maximo 1 anno e 4 mezes, medio 9 mezes e 10 dias, minimo 2 mezes e 20 dias ; prepond. aggr. — 1 anno e 30 dias, prepond. att. — 6 mezes (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 1 anno 6 mezes e 20 dias, medio 10 mezes 26 dias e 16 horas, minimo 3 mezes 3 dias e 8 horas ; prepond. aggr. — 1 anno 2 mezes 23 dias e 8 horas, prepond. att. — 7 mezes (simples). Pela lei 638 de 1899 é inaffiançavel o furto de valor igual ou excedente de 200\$000.

Art. 331. E' crime de furto, sujeito ás mesmas penas e guardadas ás distincções do artigo precedente :

1º Apropriar-se alguém de cousa alheia que venha ao seu poder por erro, engano, ou caso fortuito ;

2º Apropriar-se da cousa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer titulo, com obrigação de a restituir ou fazer della uso determinado ;

3º Apropriar-se de cousa alheia achada, deixando de a restituir ao dono, si a reclamar, ou de manifestal-a, dentro de quinze dias, á autoridade competente ;

4º Apropriar-se, em proveito proprio ou alheio, de animaes de qualquer especie pertencentes a outrem.

§ 1. Si os animaes forem tirados dos pastos de fazendas de criação ou lavoura :

Penas — A mesma multa, accrescida com a sexta parte a pena corporal.

§ 2. Nas penas do paragrapho precedente incorrerá aquelle que subtrahir producto de estabelecimento de lavoura, qualquer que seja a sua denominação e genero de cultura; de estabelecimentos de salga ou preparo de carnes, peixes, banhas e couros, não estando esses productos recolhidos a depositos, armazens ou celleiros fechados (505).

(505) O direito de propriedade encontra-se garantido pela legislação penal de todos os povos, desde a mais remota antiguidade, sobresahindo como mais frequentes entre os attentados contra a propriedade — o furto e o roubo.

A legislação romana, minuciosa e previdente, inspirada no admiravel senso juridico dos seus legisladores, servio de fonte ás legislações de outros povos e ainda hoje os modernos codigos ressentem-se de sua influencia. As noções do furto e do roubo são actualmente as mesmas do tempo dos romanos. João Vieira, citando Pessina, observa que a fórma mais elementar dos delictos patrimoniaes, por motivo do lucro, é o *furto*. O fazer proprio o que é de outrem é a nota essencial do furto em sentido lato. Mas o furto, em sentido restricto, é o apossar-se da coisa movel de outrem mediante o acto material de apprehendê-la e levá-la, e a este acto material denominou-se *concrectatio*. « A palavra *concrectatio* corresponde, portanto, ás palavras *subtracção*, do Codigo vigente, e *tirada* do Codigo de 1830. Mas, segundo João Vieira, Nypels mostra, citando diversas autoridades, que embora a palavra *concrectatio* comprehenda a subtracção, esta não pode ser considerada synonyma d'aquella. « A' primeira vista, continua João Vieira, esta palavra importa a idéa de apprehensão e não de simples recepção ou retenção mesmo fraudulenta de um objecto. A Cassação franceza accrescenta que a *concrectatio* importa em idéa de apprehensão, deslocação da coisa; mas Garraud mostra que a jurisprudencia da Cassação não se coaduna com a letra do Codigo francez, porque, diz elle, a *subtracção* é ao mesmo tempo uma *apprehensão* e uma *tirada* (*enlèvement*). João Vieira discorda, fazendo vêr que Garraud esquece-se que o Cod. é pela letra semelhante ao direito inglez vigente, e não lhe « cala o systema de alterar o juiz a lei, ainda para melhorá-la, maximé na esphera do direito penal positivo. » A *concrectatio*, diz João Vieira consta de dois *momentos*, o primeiro dos quaes é a *apprehensio rei*, e o segundo é a *amotio de loco ad locum*; e esta tem dois termos, como disseram os praticos, isto é, o *terminus a quo* e o *terminus ad quem*; ou, por outras palavras, o lugar onde a coisa se achava antes que o

começasse, e o lugar para onde a coisa é transportada. Estas distincções servem para resolver-se praticamente a questão da *consummação* e da *tentativa* de furto. Assim, observa ainda João Vieira, tudo quanto precede á *concrectatio* é a preparação do delicto, e quando muito pode ser começo deste, como a escalada, o arrombamento da porta, a entrada no domicilio, mas a execução do delicto começa com a *aprehensio rei* e o seu ultimo momento é a *amotio*, que torna completa a *ablatio*. E conclue que esta é a verdadeira doutrina, mas não é a do nosso Codigo vigente no art. 330. Portanto, conclue João Vieira, este (Cod. de 1890) seguindo o Cod. francez, cuja doutrina na pratica tem sido alterada, só pôde ser interpretado como disposição parallelá das dos Codigos hespanhol, belga e argentino, segundo Rivarola, commentador do ultimo. A noção do furto do Codigo vigente ainda é a do direito romano, a subtracção ou apropriação da coisa alheia movel contra a vontade do dono. O Codigo de 1830 empregou a palavra — *tirar* a coisa alheia, etc. *Subtrahir* e *tirar* produzem o mesmo effeito na acção delictuosa, embora lexicologicamente tenham sentido differente. *Subtrahir* pode ser uma *tirada* ás escondidas ou fraudulenta. Qualquer que seja o sentido restricto destas palavras, não ha duvida que a *subtracção* de que falla o art. 330 é a *concrectatio* manifestada pelo acto da remoção de coisa subtrahida do lugar onde se achava ou do poder do seu possuidor, para outro lugar ou poder de quem a subtrahio. E a *concrectatio* não só se verifica na *subtracção* do art. 330, como na *tirada* do art. 342, como adiante veremos. O furto da coisa alheia comprehende duas classes, uma tendo como elemento característico a *subtracção*, a outra apresenta a figura da *apropriação*. Se na *subtracção* existe a *tirada* ás escondidas, na *apropriação* não existe a *concrectatio* porque ainda que houvesse a remoção da coisa para o poder de alguém, o acto delictuoso consiste não na *tirada*, isto é, na conducção ou remoção da coisa, mas no facto do individuo apossar-se della, dispôr della como sua attribuir se, arrogar-se sobre ella um direito que elle não tem. A figura do furto por *subtracção* é a do art. 330, a do furto por *apropriação* é a do art. 331. São elementos essenciaes de ambas as figuras: 1º que a coisa seja movel e pertencente a outrem; 2º que a subtracção ou apropriação se faça contra a vontade do dono da coisa; 3º que haja o dolo específico o *animus furandi*. A *subtracção* e a *apropriação* são elementos característicos das figuras.

No furto por *subtracção* o Codigo seguiu o systema das incriminações especiaes conforme o valor do objecto furtado, contrario ao systema do Codigo de 1830, que, segundo Silva Ferrão, n'este, como em muitos pontos se avantajou aos Codigos da Europa. Este commentador do Codigo penal portuguez combate aquelle systema, mostrando o « erro visivel, que conduz a grandes injustiças, » da regra que para a determinação da pena, adopta a quantidade real do damno causado em dinheiro, com abstracção das circumstancias da pessoa offendida pelo crime. » Produz bons argumentos. Seguindo systema opposto, o Codigo de 1890 gradúa a penalidade, conforme o valor do objecto furtado, estabelecendo o limite minimo do 50\$000, e maxime 200\$000. O valor do objecto sendo até 50\$000, a pena é a do § 1; de 50\$ a 100\$000 é a do § 2; de 100 \$ a 200\$000 é a do § 3; de 200\$000 ou dahi para cima é a do § 4. Quanto á disposição deste § 4 em relação ao § 3, ha

dúvida resultante da expressão — *de valor igual* ou excedente de 200\$000 — Interpretado rigorosamente o § 3, o maximo do valor seria 199\$999 reis, pois a vista das palavras — *valor igual a 200\$000* do § 4, se o objecto tiver esse valor, a penalidade é a do § 4.

Nos crimes de furto é elemento constitutivo do delicto o valor do objecto subtraído, porque firma a competencia do juizo e estabelece a graduação da pena. Na falta do valor do objecto subtraído o arbitramento deve assentar nos termos do art. 405, § 1. do Código Penal, em prova documental ou testemunhal, podendo ser corrigido pelo Juiz. A avaliação não tem valor judiciario, quando não tem por base a prova documental ou testemunhal e sim apenas as informações do offendido. As informações da victima nos crimes de furto são suspeitas, como judiciosamente pondera Framarino, não só pela tendencia natural ao homem de exagerar o valor do objecto que perde, como também porque em sua avaliação entra o valor de estima, a grata recordação ligada ao objecto, que não tem, entretanto, valor monetario. Assim decido o Conselho do Trib. Civ. e Crim. em Acc. de 22 de Novembro de 1901.

O furto por apropriação comprehende diversas especies figuradas no art. 331, ns. 1, 2, 3, 4, e §§ 1, e 2. A figura da primeira especie é a da *apropriação* que alguém faz de coisa alheia que, por erro, engano ou caso fortuito, venha ao seu poder. Aqui não existe a subtração, nem a tirada da coisa, mas ha o *animus furandi* manifesto na retenção ou uso indevidos de coisa pertencente a terceiro, e que pela detenção não foi adquirida legitimamente. Existe ainda o elemento da retenção ou uso da coisa contra a vontade do dono, que ou ignora o paradeiro do objecto, ou, conhecendo-o, vê-se impossibilitado de reivindicá-lo. Se o dono ignora o paradeiro, a apropriação equivale á occultação, que produz os mesmos efeitos da subtração. A figura da segunda especie (§ 2), diverge da primeira porque não existe a occultação. O dono da coisa sabe onde ella se acha, confiou-a a alguém, ou consignou-a por qualquer titulo, com obrigação de a restituir ou fazer della uso determinado. A apropriação equivale n'este caso a um abuso de confiança e manifesta-se de dois modos : 1º pela recusa da restituição a que era obrigado o detentor, guarda, depositario ou consignatario da coisa ; 2º pelo uso indevido da coisa ou pelo uso diverso d'aquelle que havia sido determinado.

Na terceira especie (§ 3) a apropriação apresenta se sob outro aspecto. Trata se de coisa alheia achada, cujo dono póde ser ou não conhecido. Se o dono fôr conhecido e si a reclamar, commette furto por apropriação, aquelle que se recusa a restituir a coisa achada. Se o dono fôr conhecido, mas não a reclamar, ou se o dono fôr desconhecido, quem achou acousa deve communicar (*manifestal-a*) a autoridade competente, dentro de quinze dias. N'esta modalidade a apropriação equivale á occultação. Em ambas as modalidades o *animus furandi* é manifesto, na retenção ou uso da coisa contra a vontade do dono. No caso de recusa á reclamação, a retenção contra a vontade do dono é evidente ; no de occultação presume-se que a retenção é feita contra a vontade do dono. Não diz o código qual a autoridade competente, parecendo esperar que outra lei completasse a disposição declarando-a. Não ha lei expressa sobre esse ponto. Por autoridade competente deve-se entender qualquer autoridade judiciaria ou administrativa.

Tratando-se de apropriação de *cousa alheia*, couvem examinar, se ha crime de furto na apropriação da *res nullius* e da *res derelicta*. *Res nullius* é uma coisa sem dono, que só pode ser encorporada ao patrimonio de alguém pela apreensão (*apropriação*) tratando-se de coisa movel, pela occupação si se trata de immovel. *Res derelicta* é a coisa abandonada pelo possuidor, com a intenção de deixal-a á disposição do primeiro apprehensor ou occupante. Como bem observa João Vieira, o caracter da *res nullius* e da *res derelicta*, sobre a qual recahe a apreensão, exclue toda idéa do delicto. Não ha furto de *res nullius* ou *derelicta*, porque, embora se trate de coisa alheia, não se faz a apreensão contra a vontade, manifesta, ou presumida, do dono, a *invito domino* dos romanos, que constitue um dos elementos essenciaes do delicto.

A quarta especie da apropriação refere-se á apreensão, retenção ou uso de animaes (gado de qualquer especie) alheios contra a vontade do dono. E' necessario, porem, que a apropriação se faça em proveito proprio ou de terceiros. A apropriação aqui toma a fórma da *apprehensão* ou da *tirada* dos animaes dos pastos de fazendas de criação ou lavoura.

A apropriação pode ainda manifestar-se pela *subtracção*. E' a figura da especie do § 2, que consiste na subtracção de productos de estabelecimentos de lavoura, qualquer que seja sua denominação e genero de cultura ; de estabelecimentos de salga ou preparo de carnes, peixes, banhas e couros. A preocupação casuistica do legislador faz incorrer o § 2, na parte final, em justo reparo pela restricção de *não estarem os productos* recolhidos a depositos, armazens ou celleiros fechados. A penalidade varia conforme o lugar onde se acharem os productos. Se os productos não se acharem recolhidos a depositos, armazens ou celleiros fechados, a penalidade é a do art. 330, guardadas as distincções de valor a que se referem os § 1 a 5 ; se não estiverem recolhidos nos logares mencionados, a penalidade é a do § 1. do art. 331, isto é, a penalidade é a do art. 330 e seus §§, conforme o valor, com augmento da sexta parte na prizão cellular, sendo, porem, a multa a mesma de 5 a 20 0/0 do valor. Não ha proporção entre a pena e o delicto, pois mais grave devia ser considerado o furto, e punido com maior penalidade, quando o producto estivesse recolhido a deposito, armazem ou celleiro fechado. A subtracção, n'estas condições, causa maior prejuizo, porque o producto recolhido á deposito representa trabalho, gastos, despezas, com o transporte e accomodação. A penalidade do facto por apropriação das cousas mencionadas no art. 331, ns. 1, 2, 3, e 4, § 2, está sujeita ao principio geral das incriminações especiaes conforme o valor do objecto furtado, a que nos referimos quando tratámos do furto por subtracção. Mas no furto de animaes, figurado no n. 4, e § 1 do art. 331, o Codigo distingue se o animal furtado foi, ou não, tirado dos pastos da fazenda de criação ou cultura. A penalidade, como no § 2, varia, conforme o lugar onde se achava o animal. Se o animal foi apropriado fora dos pastos, a penalidade é a do art. 330, guardadas as distincções sobre o valor. Si o animal foi tirado do pasto, a penalidade é a do mesmo artigo, guardadas as mesmas distincções, com augmento da sexta parte na prizão cellular, mantendo-se, porem, a mesma multa de 5 a 20 0/0 sobre o valor do animal furtado.

Essas disposições do n. 4, e seu § 1, acham-se, porem, modificadas pela,

lei n. 121 de 11 de Novembro de 1890, que no art. 3 estabelece : « O furto de gado vaccum, cavallar e muar, será punido com a penalidade do art. 330 § 4. do Codigo penal, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado. » João Vieira entende que o § 1 foi derogado pelo art. 3 da lei n. 121 citada, que não faz allusão alguma á situação ou lugar onde se ache o animal furtado. Opinamos antes pela *modificação* e não pela *derogação*, porque a lei n. 121 é restricta ao *gado vaccum, cavallar e muar* e o § 1º refere-se a *animaes de qualquer especie*, abrangendo não só aquellas especies de gado como quaesquer outros animaes, que escaparam á lei, como o gado suino, as aves e outros animaes domesticos. E, por isto, bem decidio a Camara Criminal da Corte de Appellação, no Acc. de 30 de Agosto de 1901 (na *Rev. Jurisp.*, Outubro 1901, p. 111) dizendo que « na expressão — *animaes de qualquer especie* — usada pelo art. 231, § 4 do Cod. Pen., se comprehendem todos os entes dotados de órgãos respiratorios, que executão movimentos o gozão da faculdade de locomoção voluntaria. Compete a acção publica no crime de furto de gado de qualquer especie, assim o vaccum, cavallar e muar como o suino, carnivoro, lanigero, etc. Comparando-se as disposições do Codigo, art. 331, n. 4, § 1 e da lei n. 121, art. 3, concluimos que, tratando-se do gado vaccum, cavallar e muar, o furto é punido com uma só penalidade, a do art. 330, § 4, isto é, seis mezes a tres annos de prisão celular qualquer que seja o valor do animal furtado, attendendo-se somente ao valor para a multa que continúa a mesma de 50 a 20 0/0 sobre o dito valor. Nesta interpretação da lei citada comparada com a disposição do Codigo, nota-se o pouco cuidado com que, em geral, se elabora a nossa legislação. Diversos autores denominam *abigeato* o furto de animaes destinados á agricultura e industria pastoril.

— O Supr. Trib. Fed., em Acc. de 19 de Maio de 1900, no *habeas corpus* impetrado pelo dr. Oliveira Coelho em favor de Martin Ehririk, decidiu que o Decreto de 28 de Outubro de 1899, na parte que torna inafiançavel o crime de furto, até então considerado afiançavel, não é lei processual, propriamente dita, mas lei substantiva, e como tal não pôde retroagir, pois não trata, em tal caso, do *modo* ou *fôrma* de prestar a fiança mas antes, a elimina, o que affecta a sua essencia e tira á lei nesse ponto, o character de lei processual. Assim o réo, que no dominio anterior á lei de 28 de Outubro citada, foi pronunciado em crime de furto, e *prestou fiança definitiva*, não pôde, na vigencia da lei Alfredo Pinto, ser recolhido á prisão, porque ella considerou o crime inafiançavel, e si a prisão não obstante, se deu, é illegal por ferir o disposto no art. 72, § 15 da Constituição Federal e o artigo 3 do Codigo Penal, *Vide* este Acc. na *Rev. de Jurisp.* de Julho de 1900, p. 265.

A prisão, em virtude de deposito, não está prejudicada pelas disposições do Cod. Pen. Não é propriamente titulo de deposito aquelle que tem por objecto dinheiro sem a individuação para ser restituído na mesma especie : Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 18 de Novembro de 1897, na *Rev. de Jurisp.* de Dezembro de 1897, n. II, p. 239. A apropriação do art. n. 2 existe desde que o possuidor se transforma em illegítimo proprietario : Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 18 de Novembro de 1896, na *Rev. de Jurisp.* de Fevereiro de 1898, n. IV, p. 231.

— O processo crime por furto de animaes, não occorrido entre parentes

até o 4º gráo por direito civil, pode ser iniciado sem representação do offendido (Dec. n. 628 de 28 de Outubro de 1899 arts. 1, n. I, II, § unico). Sendo semelhante furto commettido nas fazendas ou campos de criação, é inaffiançavel. Acc. do Trib. da Rel. do Ceará, de 25 de Maio de 1900, na *Rev. de Jurisp.*, Abril 1902, p. 364.

— A Camara Criminal da Corte de Appellação, por Accordão de 30 de Agosto de 1901, na *Rev. Jurisp.*, Julho 1902, p. 276, mandando annullar um processo, assim fundamentou a decisão : « O Codigo estabelecendo no art. 331, n. 4, penas especiaes para o furto de animaes, não quiz proteger tão somente a industria pastoril das fazendas de criação de que especialmente cuidou no § 1 do citado art. 331 — « se os animaes forem tirados dos pastos de fazendas de criação ou lavoura » — quiz tambem proteger a pequena industria, tanto que no citado n. 4 do art. 331 usou das expressões — apropriar-se de animaes de *qualquer especie*, comprehendendo-se assim na generalidade desses termos, todos os entes dotados de órgãos respiratorios que executam movimentos e que gozam da faculdade de locomoção voluntaria. Para proteger a grande industria pastoril, já a lei n. 3163 de 7 de Julho de 1883 prescrevia a acção official e o julgamento pelo jury para o crime de furto de gado vaccum, cavallar e muar, cujas disposições mandou a lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891, posterior ao Codigo penal, que continuasse em vigor. Suscitando-se, porem, duvida na pratica, não só a respeito das especies de animaes comprehendidos n'aquellas disposições, como tambem quanto á forma do processo a applicar-se a respeito, em virtude de haver a Const. Federal, no art. 34, n. 23, conferido ao Congresso a faculdade de legislar, quanto ao direito processual, somente ao da justiça federal, e determinar o art. 407 do Codigo penal que só tem logar a denuncia do ministerio publico por crime de furto, havendo prizãe em flagrante, veio o dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1882, com character interpretativo, fazer cessar tal incerteza, dispondo que a citada lei n. 21 de 1891 comprehende, quanto á acção publica, o furto de gado de qualquer especie o por isso tanto de vaccum, cavallar e muar, como tambem do gado miudo como suino, carnivoro, lanigero, etc., competindo aos Estados a determinação da forma dos respectivos processos e julgamentos e que taes crimes seriam punidos com a penalidade do art. 330, § 4 do Codigo penal, isto é, seis mezes a trez annos, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado e não com as penas estabelecidas no art. 330, graduadas segundo o valor do furto, ficando assim augmentadas as ditas penas. (*Vide* Annaes do Senado, vols. 5 e 6, pags. 16, 44, 70, 182, 189 e 194, o parecer da Comissão de justiça, a respectiva discussão); posteriormente, a lei n. 628 de 28 de Outubro de 1899, art. 2, n. 3, declarou inaffiançavel o crime de furto de animaes nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura. De accordo com as mencionadas disposições já assim se pronunciou este Tribunal em Acc. de 18 de Janeiro de 1901. condemnando os appellantes no art. 330 combinado com o art. 331, § 4 do Cod. penal pelo crime de furto de perús e gansos. »

Decidio ainda o mesmo Accordão que o arrombamento do gallinheiro donde foram subtrahidas as gallinhas não obrigava a classificação do crime como roubo, visto como, na especie, o arrombamento constatado constitue «aggravante, do art. 39, § 11 do Código:

Art. 332. Tirar, sem autorisação legal, a coisa propria que se achar em poder de terceiro, por convenção ou determinação judicial, e em prejuizo d'elle :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e multa de 5 a 20 0/8 do valor do objecto (506).

(506) Vide art. 330, § 4

Art. 333. Subtrahir processo, folhas, peças de autos ou livros judiciaes, titulos, documentos, testamentos e em geral qualquer instrumento susceptivel de effeitos juridicos :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e multa de 200\$ a 600\$000 (507).

(507) Vide art. 330, § 4, sobre a prisão e sobre a multa o art 178.

Paragrapho unico. Si o furto fôr de objectos, ou papeis depositados em archivos publicos, ou estabelecimentos incumbidos pela lei de os guardar ou conservar :

Penas — as do artigo antecedente, com augmento da sexta parte.

Art. 334. O crime de furto se commetterá ainda que a coisa pertença a herança ou communhão em estado de indivisão (508).

(508) A figura do furto do art. 332 diverge das outras essencialmente. Trata-se, em primeiro logar, de coisa propria e não alheia. Alem disso, é o proprio dono, pondo em contribuição a sua propria vontade, quem tira a coisa. No furto dos arts. 330 e 331 são elementos essenciaes que a coisa seja alheia e que a subtracção ou apropriação seja contra a vontade do dono. Aqui dá-se exactamente o contrario, a coisa deve ser propria, tirada pelo proprio dono, ou por ordem d'elle. A *tirada* é o *concretatio* que pode realisar-se por meio da *subtracção* ou da *apropriação*. Não basta, porem, que a coisa seja propria; é necessario que ella se ache em poder de terceiro por convenção ou determinação judicial. Mas a figura delictuosa só se integra quando a *tirada* se faz sem authorização legal e havendo prejuizo do *terceiro* em cujo poder ella se achava. São, portanto, elementos constitutivos do delicto : 1° que a coisa seja *propria* e movel ou semovente; 2° que se ache em poder de terceiro por convenção ou determinação judicial; 3° que a tirada seja feita pelo proprio dono, *sponte sua*, ou por sua ordem; e 4°, sem authorização legal; 5° que da tirada resulte prejuizo do terceiro em cujo poder se se achava a coisa; 6° que o dono da coisa haja procedido dolosamente. A característica da figura é a tirada de uma coisa que se acha em poder da

outrem por qualquer título legal. Esse título pode ser judicial quando se trata de depósito, arresto, sequestro, penhora, etc., e n'este caso o objecto se acha em poder de terceiro por *determinação judicial*, isto é, de *autoridade competente*. Ou o título pode ser proveniente de um contracto entre o dono da causa e o terceiro quando se trata de *penhor* para garantir qualquer obrigação, e, neste caso, o objecto se acha em poder de terceiro por *convenção*. O título em virtude do qual se acha a coisa em poder de terceiro deve ser legal, isto é, *valido*, pois a illegalidade ou nullidade do título faria desaparecer uma das condições essenciaes do crime, e, assim, concordamos com João Vieira.

No art. 332 trata-se de furto *por subtracção* de cousas de natureza judiciaria, taes como autos de processo judicial ou administrativo, folhas ou peças dos mesmos autos, testamentos, escripturas, letras, recibos, títulos, documentos, qualquer instrumento, enfim, susceptível de efeitos juridicos. A *subtracção* pode apresentar-se sobre a *forma da tirada, occultação ou apropriação*. A coisa pode ser alheia ou propria, mas é condição essencial — que esteja em poder de outrem no caso de *subtracção* ou *tirada*, ou que venha ao poder do agente por título legal, no caso de *apropriação* ou *occultação*, v. g., quando os autos vão com vista á parte ou conclusos ao juiz. O lugar donde foi subtrahida a coisa é elemento constitutivo da figura da subtracção aggravada prevista no paragrafo unico, pois a penalidade é augmentada com a sexta parte se a coisa se achava depositada em cartorio, archivo ou repartição publica incumbidos pela lei de a guardar e conservar. Da expressão — *pela lei* — pode-se concluir que se a coisa se achava em cartorio, ou repartição que não era a sua, não ha furto. E assim parece, mas convem distinguir se a coisa se achava ou não legalmente, licitamente, em outro lugar diverso do seu.

Na disposição do art. 334 tem lugar a questão de saber-se si o proprietario que se apodera de uma coisa indivisa, torna-se passivel de furto. João Vieira decide o assumpto (*Cod. Pen. Interp.*, part esp., v. II, p. 225), resolvendo pela affirmativa. Assim tambem, segundo Garraud, tem decidido a jurisprudencia franceza. O furto de coisa indivisa pode se dar por *subtracção, tirada, apropriação* ou *occultação*, sendo, porem, elemento essencial que a coisa pertença á herança ou communhão indivisa. Nesta especie a *coisa* é *propria*, isto é, pertence, ainda que em parte, ao autor do furto. A característica do delicto é o dolo, que manifesta se na consciencia que tem o agente da indivisão da herança ou communhão e que, só pelos meios regulares e de direito, poderia apoderar-se da parte que lhe pertence.

Art. 335. A acção criminal de furto não terá lugar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes, e affins nos mesmos grãos (509).

(509) O art. 335, diz João Vieira, constitue a sanção de um antigo principio em virtude do qual os delictos contra a propriedade commettidos entre parentes não dão lugar a processo penal e, em alguns casos, só dão mediante querella da parte, attenuando se a pena. Cita um artigo de Pio Viazzi na

Enciclopedia Giuridica Italiana que discute a questão de tal dirimente. O nosso Código de 1830 já consagrava o mesmo principio no art. 262. : « Não se dará acção de furto entre marido e mulher, ascendentes e descendentes, e affins nos mesmos grãos, nem por ella poderão ser demandados os viuvos ou viúvas, quanto ás cousas que pertenceram ao conjuge morto, tendo somente logar, em todos estes casos, a acção civil para a satisfação. ». O novo Código introduzio uma excepção — *salvo havendo separação judicial de pessoa e bens* — quando o furto tiver lugar entre marido e mulher. A separação judicial da pessoa e bens de marido e mulher só se opera por meio do divorcio amigal ou litigioso, de nullidade ou annulação do casamento (Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, arts. 80 e segs., arts. 61 et segs.). Quanto aos ascendentes, descendentes e affins *nos mesmos grãos*, divergem as opiniões, entendendo alguns que ha obscuridade no texto relativo aos grãos. Entendem outros que a expressão, — *nos mesmos grãos* — deve ser considerada no sentido stricto quantos aos ascendentes — de pae contra o filho, avó contra o neto, e *vice versa*; quanto aos descendentes — de filho contra o pae e neto contra o avó; quanto aos affins — de sogro contra o genro, de padraostro contra o enteado e *vice versa*. Outros entendem que não sendo o Código explicito, como devera ser, a interpretação lata seria preferivel, adoptando-se o conceito do Código de 1830. A disposição do art. 335 não deixa duvida e a nossa jurisprudencia tem-se firmado no sentido da interpretação restrictiva. Tambem se ha entendido restrictamente que essa disposição só comprehende o furto e não se refere ao roubo e ao estellionato.

O art. 335, mantido em vigor pela lei 628 de 1899, não comprehende o estellionato e o roubo : *Vide na Rev. de Jurispr.* de Março de 1900, p. 275, *Acc. do Trib. Sup. do Pará* de 17 de Dezembro de 1898. O art. 335 do Cod. só comprehende o furto e por ser uma excepção, como tal deve ser interpretado restrictamente. Na mesma *Rev.* de Novembro de 1900, p. 267. *Acc. do Trib. de Justiça de S. Paulo* de 3 de Outubro de 1900 : A disposição do art. 335 é implicavel ao crime de roubo. Assim, cabe acção penal do ministerio publico no crime de roubo praticado por um genro em bens pertencentes ao sogro.

O trabalho mais completo que conhecemos sobre a materia é o *Trattato del furto e delle varie sue specie* do Adv. Vincenzo Manzini, professor na Universidade de Ferrara.

CAPITULO III

De fallencia

Art. 336. Todo commerciante, matriculado ou não, que fôr declarado em estado de fallencia, fica sujeito á acção criminal, si aquella fôr qualificada fraudulenta ou culposa, na conformidade das leis do commercio.

§ 1, si a fallencia fôr qualificada fraudulenta :

Pena — de prizão cellular por dous a seis annos (510).

(510) *Vide* art. 93 pr.

§ 2, si culposa :

Pena — de prizão cellular por um a quatro annos (511).

(511) *Vide* art. 118, § unico.

§ 3. A fallencia dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas.

Art. 337. O devedor não commerciante que se constituir em insolvencia, occultando ou alheando maliciosamente seus bens, ou simulando dividas em fraude de seus credores legitimos, será punido com a pena de prizão cellular de seis mezes a dous annos (512).

(512) *Vide* art. 151, § unico.

A lei n.º 859 de 16 de Agoso de 1902 reformou a lei sobre fallencias e por decreto n.º 4855 de 2 de Junho de 1903, approvou-se o regulamento da mesma lei. Ha, porem, no senado, vindo da camara um projecto reformando a lei actual.

São as seguintes as disposições do regulamento sobre o *processo criminal da fallencia* :

CAPITULO I. — Do summario da culpa ou processo preparatorio da qualificação da fallencia

Art. 327. O processo criminal da fallencia tem por fim assegurar os efeitos de ordem publica decorrentes da sentença declaratoria (art. 87, § 2), sem a qual não poderá ser iniciado (Lei n.º 859, art. 84).

§ 1. O processo deve correr em auto apartado, distincto e independente do commercial (Lei, *ibid.*).

§ 2 O processo será intentado, no Distrito Federal, pelo curador das massas fallidas, e, nos Estados, pelo funcionario do Ministerio Publico a quem fôr commetida essa attribuição, perante o juiz commercial que tiver declarado a fallencia, o competente para qualificar-a, formando a culpa e pronunciando ou não o fallido e seus cumplices, si os houver, como no caso caiba (Lei n.º 859, art. 85).

§ 3. O curador das massas deve promover o processo criminal dentro do prazo de 15 dias, contados do recebimento das copias do art. 233 remetidas pelo escrivão da fallencia (Lei n.º 85, art. 859, §§ 1 e 3).

§ 4. Nos casos em que o relatorio do art. 212 mencionar algum facto dos enumerados nos arts. 331 e 332. o syndico ou syndicos definitivos são obri-

gados, sob pena de destituição, a promover o processo, quando não faça o curador das massas (Lei, *ibid.*, § 2).

§ 5. A petição inicial deve revestir a forma da denuncia do art. 79 do Código do Processo Criminal e ser instruída com as copias do art. 233 e de quaesquer outras peças dos autos de fallencia, que forem requeridas a bem da accusação pelo curador das massas, ou pelo syndico, no caso do paragraho anterior.

Art. 328. Apresentada a petição, devidamente formalisada, e previamente suppridas as omissões quando não preenchidos os requisitos legais, o juiz a fará autoar com os documentos que a acompanharem e procederá ao summario da culpa, nos crimes communs, com assistencia do promotor publico; sendo facultada a intervenção de qualquer credor, como seu auxiliar, nos termos do art. 408 do Código Penal (Lei n. 859, *ibid.*, §§ 4 e 5).

§ 1. Findo o interrogatorio do fallido e produzida a defeza, o curador das massas e o promotor publico terão vista dos autos, successivamente, por 48 horas cada um, para emittirem parecer sobre a qualificação da fallencia (Lei, *ibid.*, § 7).

§ 2. Conclusos os autos, o juiz fará supprir as nullidades que encontrar e proceder ás diligencias que entender necessarias, e cumpridas, qualificará a fallencia casual, culposa, ou fraudulenta, pronunciando, nos dous ultimos casos, os indiciados nas penas do art. 336 do Código (Lei, *ibid.*, § 8).

§ 3. Os inqueritos a que procederem as autoridades policiaes, durante o summario, serão remettidos ao juiz summariante da culpa (Lei, *ibid.*, § 6).

Art. 329. Da sentença de pronuncia cabe recurso, que poderão interpôr os indiciados para o superior competente, na conformidade das leis de organização judiciaria dos Estados: — no Districto Federal, para a Camara Criminal da Côte de Appellação.

§ 1. Da sentença de não pronuncia, no caso de qualificação da fallencia casual, só poderão recorrer o curador das massas e o promotor publico, não podendo fazel-o os credores auxiliares da accusação.

§ 2. Na interposição e processo dos recursos observar-se-ha o disposto nos arts. 442 e 443 do dec. n. 118 de 1842 e 54 e 56 do dec. n. 4824 de 1871.

Art. 330. A fallencia será qualificada casual quando proceder de accidentes, casos fortuitos ou de forças maior (Lei n. 859, art. 86 a).

Art. 331. A fallencia será qualificada culposa, quando occorrer algum dos factos seguintes (Lei n. 859, *ibid.*, b):

I. Excesso de despezas no tratamento pessoal do fallido, em relação ao seu cabedal, numero de pessoas de sua familia e especie de negocio;

II. Venda, por menos de preço corrente, de effeitos comprados nos seis mezes anteriores á data legal da fallencia e ainda não pagos, si com intenção de retardar a sua declaração;

III. Emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da fallencia;

IV. Abuso de accetes, endossos e responsabilidades de mero favor.

V. Quando o fallido não tiver os livros e a sua escripturação nos termos regulados pelos arts 13 et 14 do Código Commercial, ou a tiver em atrazo, salvo si a exiguidade do negocio o relevar do preenchimento daquellas formalidades (dec. n. 3564 de 1900, art. 62).

Art. 332. A fallencia será qualificada fraudulenta, quando occorrer algum dos seguintes factos (Lei n. 850, *ibid.*, c) :

I. Despezas ou perdas ficticias, ou para fins reprovados, ou falta de justificação do emprego de todas as receitas ;

II. Occultação no balanço de qualquer somma de dinheiro, ou de quaesquer bens ou titulos, ou inclusão de dividas activas pagas, ou prescriptas ;

III. Desvio ou applicação de fundos ou valor de que o fallido seja depositario ou mandatario ;

IV. Vendas, negociações ou doações feitas, ou dividas contrahidas com simulação ou fingimento ;

V. Compra de bens em nome de terceira pessoa, ainda que conjuge, ascendentes, descendentes e irmãos ;

VI. Falta pelo menos do livro *Diario*, com os balanços visados na forma do art. 346 ;

VII Falsificação ou truncamento do *Diario* ou do *Copiador* ;

VIII. Falta de archivamento e lançamento, no registro do commercio do contracto ante-nupcial, dentro de 15 dias subsequentes á celebração do casamento (Cod. do Com., art. 31) sendo o marido commerciante ao tempo do mesmo ; do dito contracto, dentro de 15 dias subsequentes ao exercicio do commercio, não sendo o marido a esse tempo commerciante ; e dentro de 30 dias, subsequentes á aquisição, quanto aos bens incommunicaveis da mulher e que não possam ser obrigados por dividas.

IX. Perdas avultadas em jogos de qualquer especie e sob qualquer fórma, inclusive os chamados de Bolsa ;

X. Officio de corretor ou agente de leilões, embora o fallido tenha deixado de exercer taes funções, uma vez que a fallencia proceda do tempo em que as tiver exercido ;

XI. O exercicio do commercio sob firma ou razão commercial que não pudesse ser inscripta no respectivo registro.

CAPITULO II. — Do plenario ou processo do julgamento dos crimes de fallencia culposa ou fraudulenta.

Art. 333. O julgamento dos crimes de fallencia culposa ou fraudulenta compete ao juiz de direito criminal do districto da séde do estabelecimento do fallido (Lei n. 859, art. 89) ; — no Districto Federal, á Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal.

Art. 334. Qualificada a fallencia e pronunciados o fallido e cúmplices, quando ouver, proceder-se-ha aos actos preparatorios do plenario, observando-se a fórma processual dos arts. 5 a 9 do dec. n. 707 de 9 de Outubro de 1850 (Lei n. 859, art. 90).

§ 1. Terminados os sobreditos actos preparatorios, seguir-se-ha a audiencia do julgamento, préviamente annunciada, em que deverão ser guardadas as formulas dos art. 10 a 12 do dec. n. 707 de 1850 : e, finda a discussão oral, serão os autos conclusos ao juiz para a sentença definitiva.

§ 2. A sentença será proferida e publicada até a segunda audiencia que se seguir ao julgamento, e della poderão appellar o réo e o promotor publico.

§ 3. A appellação será interposta no termo e pela fôrma do art. 451 do dec. n. 120 de 1842 e recebida em seus effeitos regulares.

Art. 335. Incorrem nas penas de fallencia culposa, salvo o caso de fraude, em que serão applicadas as de fraudulenta (Lei n. 859, art. 87) :

I. O fallido que, depois da declaração da fallencia ou do sequestro, praticar algum acto nullo ou annullavel (arts. 141, 142 e 144) ;

II. O fallido que tiver os os livros escripturados por fôrma a dificultar, ou tornar obscura a verificação ou a liquidação do activo, ou do passivo ;

III. O devedor que, no prazo legal, não se declarar fallido, si resultar da omissão ficar fóra da influencia da época legal da fallencia (art. 45, n. II) algum acto, que, dentro da sua data, seria nullo ou annullavel ;

IV. O fallido que, occultando-se, ausentando-se, não comparecendo, negando informações, ou esquivando-se de auxiliar os syndicos e a commissão fiscal, crear embaraços de qualquer especie ao andamento do processo commercial (arts. 97 e 98) :

V. O concordatario que, por negligencia, descuido ou algum outro acto de culpa, concorrer para a deterioração da massa e consequente rescisão da concordata e declaração da fallencia (art. 247).

Art. 336. Incorrem nas penas de fallencia fraudulenta (Lei n. 859, art. 88) :

I. O devedor que, por meio de fraude ou simulação, obtiver de seus credores accôrdo preventivo da fallencia ;

II. O devedor que obtiver concordata suspensiva da fallencia prevalecendo-se de algum facto que a qualifique fraudulenta ;

III. Qualquer pessoa, inclusive guarda-livro, que se mancommunar com o devedor para fraudar os credores, ou o auxiliar directamente na occultação ou desvio de qualquer especie de bens, quer antes quer depois da declaração da fallencia ;

IV. Qualquer pessoa que se apresentar com credito simulado ;

V. Qualquer pessoa que occultar ou recusar aos syndicos, ou á commissão fiscal, a entrega de bens, creditos ou titulos que tenha do fallido ; admitir, depois de publicada a declaração da fallencia, cessão ou endosso do fallido, ou com elle celebrar algum contracto ou transacção ;

VI. O credor legitimo que fizer concerto com o devedor em prejuizo da massa, ou transigir com o seu voto para obter vantagens para si nas deliberações e actos da concordata, preventiva ou não, quitação e reabilitação ;

VII. O corrector que intervier em qualquer operação mercantil do fallido depois de declarada e publicada a fallencia.

Art. 337. Os factos criminosos dos arts. 335 e 336, equiparados quanto á penalidade á fallencia culposa ou fraudulenta, serão processados e julgados pela fôrma determinada no arts. 328 e 333. (Lei n. 859, art. 89).

Art. 338. A sentença criminal condemnatoria em fallencia fraudulenta, ou por crime equiparado, além dos effeitos da penalidade do art. 336, § 1 do Codigo penal (Lei n. 859, art. 91) :

§ 1. Annulla a quitação dada ao fallido ;

§ 2. Rescinde a concordata (art. 222) ou o accôrdo preventivo da fallencia (art. 23), ainda não cumpridos ;

§ 3. Annulla, independente de sentença civil ou commercial, os actos incriminados, e obriga á restituição dos bens a que se referirem.

Art. 339. O curador das massas fallidas, syndicos e membros da commissão fiscal, além da responsabilidade civil pelos actos que praticarem em opposição aos interesses a seu cargo, ficam sujeitos ás penas impostas ás omissões, malversações e abusos criminosos dos empregados publicos a elles equiparados para esse effeito. (Cod. Pen. Tit. V ; Lei n. 859, art. 92).

CAPITULO IV

Do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes

Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato :

1°. Alhear a cousa alheia como propria, ou trocar por outras as cousas, que se deverem entregar ;

2°. Alhear, locar ou aforar a cousa propria já alheada, locada ou aforada ;

3°. Dar em caução, penhor, ou hypotheca, bens que não puderem ser alienados, ou estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles ;

4°. Alhear, ou desviar os objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoratícia ;

5°. Usar de artificio para surprehender a boa fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança ; induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito ;

6°. Abusar de papel com assignatura em branco, de que se tenha apossado, ou lhe haja sido confiado com obrigação de restituir, ou fazer delle uso determinado, e nelle escrever ou fazer escrever um acto, que produza effeito juridico em prejuizo daquelle que o firmou ;

7°. Abusar, em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdicto, ou incapaz, e fazel-o subcrever acto que importe effeito juridico, em damno delle ou de outrem, não obstante a nullidade do acto emanada da incapacidade pessoal ;

8°. Usar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, ou de qualquer ardil para persuadir a existencia de emprezas, bens, credito, influencia e supposto poder, e por esses meios induzir alguém a entrar em negocios, ou especulações, tirando para si qualquer proveito, ou locupletando-se da jactura alheia ;

9°. Usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não poder satisfazer ou cumprir ;

10°. Fingir-se ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as funções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade ;

11°. Alterar a quantidade e o pezo dos metaes nas obras que lhe forem encomendadas ; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior ; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino objectos de diversa qualidade :

Penas — de prizão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto sobre que recahir o crime (514).

(514) A penalidade da prizão é a do art. 118, paragrapho unico ; a da multa a do art. 136, prim. alin.

Paragrapho unico. Si o crime do numero 6 deste artigo fór commettido por pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão, ás penas impostas se accrescentará a de privação do exercicio da profissão, ou suspensão do emprego por tempo igual ao da condemnação.

Art. 339. Quando o valor do objecto sobre que recahir o estellionato não exceder de 100\$, a pena será de prizão cellular por dous mezes a um anno, além da multa (515).

(515) Vide art. 181 pr. quanto á prizão ; art. 136. prim. alin., quanto á multa.

A palavra *estellionato*, latina *estellionatus*, de *stellione*, lagarto mosqueado, animal astuto e de côres variaveis, segundo João Vieira, vem da comparação com o lagarto, diz Silva Ferrão (*Cod. Pen. Port.*, nota ao art. 450), notavel tanto por sua subtileza, como pela variedade de suas côres.

Estes lacertilios (*Geckonides* ou *Ascalabotæ*), dos quaes, segundo o dr. Emilio Goeldi (Estudo publicado no *Diário Official* de 2 de Março de 1905),

se conhece em todo o orbe 270 especies, são tidos e havidos como inocuos e uma especie, a conhecida *lagarticha*, é um dos habitantes mais comuns de nossas casas. O *lagarto*, cuja carne é apreciada pela população do interior e de cujo rabo se tiram os aneis, aos quaes a credence popular attribue efeitos therapeuticos para molestias de *mão olhado*; a *caranga* verde de barriga amarella, abundante nas restingas de beira mar e nas catingas dos sertões do norte; a *vibora* preta de listas amarellas no dorso, são todos lacertilios, estudados e classificados pelos naturalistas. Na antiguidade greco romana, estes reptis eram tidos como malignos e venenosos. Diz o Dr. Gældi : « Os escriptos dos classicos gregos e romanos são repletos de horrendas narrações da pretentiva venenosa e malignidade destes caçadores nocturnos de insectos, da classe dos reptis, chamados *ascalabotæ* em Aristoteles, e *stellio* entre os latinos, devido a uma pequena mancha, em fórma de estrella, no dorso, conforme nos ensina Ovidius. Refere o primeiro que estas horrendas creaturas teem por costume cahir do tecto dentro da comida, dormir nos presepios, introduzir-se nas narinas dos asnos, asphyxiando-os e envenenando-os pela mordedura, e, finalmente, devorar, na epocha da muda, a sua pelle — « de inveja, conforme nos conta Conradus Gessnerus, afim de que tão soberano remedio contra a epilepsia não caia na mão dos homens » — de onde tiraram os jurisconsultos o seu termo « *stellionatus* », querendo designar o caso, onde a alguém se rouba e se desvia alguma cousa mediante fraude e dolo. Ahi dous dedos de doutrina proveitosa para os adeptos da sciencia juridica ».

A' semelhança dos lacertilios que mudam de côres, Silva Ferrão accrescenta que os delictos desta especie (*estellionato*) mal se podem prevêr, nem definir, porque são tão varios, que os romanos os consideravam n'uma incriminação *generica* para comprehender toda a especie de fraudes, cujos caracteres não estivessem designados na lei. *Burla* ou *inlicio* era o nome com que a Ord. do l. 5, tit. 65, qualificava este delicto. Corresponde-lhe no Codigo francez a palavra *escroquerie*, com origem italiana; no Codigo hespanhol á palavra *esta far*, e entre os romanos á palavra *estellionato*, conservada no Codigo do Brazil (de 1830) art. 264 e que Pereira e Souza e Mello Freire conservam em suas obras ». João Vieira censura o nosso Codigo, considerando este capitulo um dos mais defeituosos : « O Codigo, que timbrou nas disposições taxativas, nas exenplificações materiaes, *afogou* no meio dellas, no n. 5 do art. 338, uma formula geral para conceituar o *estellionato*, formula esta que pelo seu proprio character de generalidade, devia preceder ou succeder á todas as outras e mesmo constituir uma disposição separada destas ». Antes, porem, de estudarmos o conceito do *estellionato*, convem estabelecer, como João Vieira, citando Pessina, que a lei protege as convenções nas relações juridicas patrimoniaes quando a *bona fides* é elemento essencial de sua formação e execução. A violação da *bona fides* toma o nome de *fraude*, que dividê-se em *civil* e *criminal*. No sentido lato a *fraude* constitue uma das formas do crime : *duobus modis fit injuria aut VI aut FRAUDE*. No sentido stricto ella é um delicto *patrimonial*, contra a propriedade. A' *fraude civil* e á *fraude criminal* correspondem como elemento subjectivo o *dolo civil* e o *dolo criminal*, tambem denominados *dolus bonus* e *dolus malus*. Na *burla* (*estellionato*) diz Silva Ferrão, ha sempre *dolo*, mas não

se confunde o *dolo criminal* com o *civil*. O *dolo civil* comprehende quaesquer artificios ou enganos que, ainda que repugnantes á moral, tem menos por fim ser nocivos a outrem, que favorecer um interesse em parte legítimo. Os romanos chamavam *dolo bom* a finura, espertesa ou habilidades empregadas nas transacções da vida humana para se obterem vantagens que o direito não reprova. E assim tambem entendeu o dr. Viveiros de Castro (*Sentenças e Decisões em materia criminal*, p. 21) : « Não havendo o emprego de artificios ou manobras fraudulentas, de uma encenação capaz de illudir a prudencia ordinaria, é licito ás partes contractantes procurarem em seus negocios os maiores lucros. N'este caso o dolo que possa existir é civil e não criminal, não dá logar a imposição da pena, a sua sancção é a nullidade do contracto, segundo os principios do direito civil ». O *dolo criminal* não se manifesta só pelo engano, diz Ferrão, ou pela mentira, mas tambem pelos seus resultados reaes. Não tende só a favorecer especialmente um interesse illegítimo, mas a espoliar outra pessoa. E' o dolo máu dos romanos, isto é, as machinações e artificios fraudulentos, ou manobras empregadas para enganar alguém. A distincção entre a *fraude criminal* e o *dolo criminal* existe somente no dominio formal ou material. O *dolo* é elemento moral constitutivo da *fraude*. Assim podemos definir : a *fraude* é o *dolo materializado*. A característica do estellionato é a *fraude* que tem como elemento constitutivo o *dolus malus*. A *fraude* toma diferentes formas a que correspondem as diversas especies descriptas no art. 338 e seus paragraphos. Ha, porem, uma nota geral que domina todas as especies : é o uso de meios, artificios e ardis com o intuito de enganar, surprender a boa fé de outrem, induzir alguém em erro, procurando para si ou para outrem proveito em damno de outrem (João Vieira).

As especies de estellionato previstas no art. 338 dividem-se em grupos assim descriminados : 1° — a *alheação* : a) de cousa alheia como propria ; de cousa propria já alheia ; b) de objectos dados em penhor agricola sem consentimento do credor ; 2° — a *troca* por outras de cousas que se deverem entregar ; 3° — a *locação* ou *aforamento* de cousa propria já locada ou aforada ; 4° — a *caução*, o *penhor* e a *hypoteca* de bens que não puderem ser alienados ou estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, *afirmando a isenção desses onus e encargos* ; 5° — o *desvio* de objectos dados em penhor agricola sem consentimento do credor ; 6° — qualquer *fraude* que tenha por fim burlar a garantia pignoraticia ; 7° — o *uso de artificio* : a) para surprender a boa fe de outrem ; b) illudir a sua vigilancia ; c) ganhar-lhe a confiança ; d) induzil-o a erro ou engano por estes ou outros meios astuciosos ; 8° o *uso de falsidade* : a) do nome ; b) da qualidade, ou de titulos para persuadir a existencia de empresas, bens credito, influencia e supposto poder, afim de por estes neios induzir alguém a entrar em negocios ou especulações ; 9° o *uso de qualquer ardil* para persuadir a existencia das mesmas empresas, bens, etc., com o mesmo fim retro ; 10° o *uso de qualquer fraude* para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista ou não puder satisfazer ou cumprir ; 11° o *abuso* : a) de papel com assignatura em branco, de que se tenha apossado, ou lhe haja sido confiado com obrigação de restituir, ou fazer delle uso determinado, e nelle escrever ou fazer escrever um acto, que pro-

duza efeito juridico em prejuizo d'aquelle que o firmou ; b) das paixões ou inexperienca de menor, interdecto ou incapaz e fazel-o escrever acto que importe em efeito juridico, não obstante a nullidade do acto resultante da incapacidade pessoal do signatario ; 12° o *fingimento* da qualidade de ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as respectivas funcções para obter de outrem dinheiro ou utillidade ; 13° a *alteração* da qualidade e de pezo dos metaes nas obras que lhe forem confiadas ; 14° a *substituição* de pedras preciosas verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior ; 15° a *venda* : a) de pedras falsas por finas ; b) de objectos de metal de diversa qualdade como se fossem de ouro, prata ou qualquer metal fino. Em todos estes grupos como elemento da figura do estellionato deve apparecer o dolo especifico manifestado no proposito : a) de induzir a victima a erro ou engano ; b) de tirar proveito para si ou para outrem, havendo damno ou prejuizo da victima. Observa o dr. Viveiros de Castro *Sentenças e Decisões*, p. 20), que para existir o delicto de estellionato é necessario que as manobras fraudulentas possam comprometter a sagacidade ordinaria. Se a victima podia facilmente verificar as asserções do accusado, as manobras fraudulentas cessam de ser punidas. O artificio tonto e grosseiro, que só pode illudir um nescio não constitue o delicto. O estellionato se caracteriza juridicamente quando se procura illaquear a boa fé de outrem. Si a victima não estava de boa fé, si tambem pretendia illudir ou propunha uma transacção criminosa, immoral ou torpe, o facto incriminado não incide na sancção penal. No conceito conciso e feliz de Franz Von Liszt não se pôde admittir burla se a pretensão que foi illudida não é reconhecida pelo direito, exemplos, o salario da prostituta, a paga do criminoso assalariado. Essa doutrina sustentada pelo dr. Viveiros de Castro (*Jurisprudencia Criminal*, os 296 e segs.) não foi acceita pelo Conselho de Tribunal Civil e Criminal, em Acc. de 30 de Novembro de 1899; mas as razões do dr. Viveiros são bem fundadas, pois, como diz Von Liszt, não pode haver estellionato, se a pretensão que foi illudida não foi reconhecida pelo direito. A Camara Criminal do Trib. Civ. e Crim., por Acc. de 25 de Janeiro de 1897 decidio, n'um caso de *conto do vigario*, que, embora seja grosseiro o artificio ou o ardil empregado pelo criminoso, o crime existe, desde que o artificio ou ardil é proporcionado ao gráo de aptidão intellectual da victima (Pessina, *Elem. di dir. pen.*, II, p. 239; Roberti, *Quest. di dir.*, p. 100); que, consequentemente, na expressão *fraude*, deve se ter em consideração, não a *prudencia ordinaria*, mas sim a *prudencia individual*, medindo-se a aptidão do artificio ou ardil, não pelo seu valor intrinseco, nem pela sua forma exterior, mas pela força de resistencia, que elle é destinado a vencer, isto é, a prudencia da victima no momento do engano e do crime (G. Marciano, II, titulo decimo do Cod. Pen. Ital., p. 224); que, estando provado que a victima se enganou, mediante o artificio ou ardil de que se servira o delinquente, está demonstrado que o artificio ou ardil foi proporcionado e adaptado ao fim que o delinquente queria obter (Garraud, *Droit, Pen. Fr.*, t. 5, p. 238). A Camara condemnou o passador do *conto do vigario* nas penas do art. 339 combinado com o art. 338, § 5 do Codice penal. O dr. Viveiros de Castro assignou-se *vencido* por entender que « o *conto do vigario*, *le vol à l'américaine* dos ~~Amé~~cezes, não reúne os característicos juridi-

cos do estellionato, como tem decidido a jurisprudencia franceza (Luiz Puibaraud, *Les Malfaiteurs de profession*, p. 150). Não se trata na hypotese, como observa o citado escriptor, diz o dr. Viveiros, de um homem, ingenuo e simples, illudido em sua boa fé, mas de uma lucta de ardis e artificios entre dois tratantes que mutuamente procuravam illudir-se. Ora, a sancção penal, a tutela juridica, não deve comprehender sinão as transacções honestas e dignas. A Côte de Appellação, contra a opinião do dr. Viveiros, confirmou, por Acc. de 31 de Agosto de 1897, a doutrina do Acc. da Camara Crim. do Trib. Civ. e Crim. A jurisprudencia se não pode considerar ainda firmada, mas não é caso de condemnar-se *in totum* a opinião do dr. Viveiros. João Vieira inclina-se para o voto vencido do dr. Viveiros, mas acha mesmo neste sentido a solução muito absoluta, como tem sido a dos arestos em sentido contrario. « Na ausencia de disposição que classifique devidamente o *conto do vigario*, entendemos, diz o mesmo A., que é facto para ser classificado, conforme as circumstancias que occorrerem em cada caso. Mas entendemos que a acção não é innocente, ao contrario, é criminosa, mas que, em geral, ao menos como ella se revela na criminalidade do Districto Federal, deve ser classificada como furto, habil, astucioso, em alguns casos. Não ha propriamente boa fé nas victimas do *conto do vigario*, ao contrario, as mais das vezes ellas, cada uma a seu turno, procuram illudir o ladrão ou o suppõe illudido; basta esta crença para afastar a idéa da efficacia do artificio contra ella. » A solução que offerecemos é a de considerar-se crime de furto, como quer João Vieira, mas *furto por apropriação* figurada no art. 331, n. 2, no caso de ficar provado que a victima não se achava de boa fé e aceitou o negocio com o pensamento occulto de illudir o passador do *conto*. Não subsiste a *impunidade* do passador, como quer Viveiros, porque elle responde pelo furto. Mas si ficar provado que a victima foi realmente illudida em sua boa fé de homem simples e ingenuo, chegado ha pouco do interior do Estado ou do estrangeiro, que nunca ouviu fallar em taes artificios caracteristicos do *conto do vigario*, que aceitou o negocio por condescendencia ou impulso natural, não ha duvida, a figura delictuosa é o *estellionato* definido no art. 338, § 5. O *conto do vigario* é o artificio alli mencionado, que o *vigarista* usa para illudir a boa fé da victima, auferindo lucro ou proveito para si e em prejuizo da mesma victima. A classificação de *conto do vigario* como furto ou estellionato depende, portanto, do exame do elemento moral fornecido pela victima.

As fontes do Codigo nas diversas especies do art. 338 foram, como bem demonstra João Vieira (*Cod. Pen. Interp.*, p. esp. VII, ps. 265 e segs.), o Codigo de 1830, arts. 263 e 265, a lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, art. 21 e §§, a lei n. 3372 de 5 de Outubro de 1885, art. 10, § 2, a lei n. 165, A de 17 de Janeiro de 1890 e o dec. n. 169 A de 19 do mesmo mez e anno, os Codigos sardo e toscano. Entende ainda João Vieira que « diante do systema exposito do nosso Codigo, cada numero do art. 338 consagra uma disposição independente, que deve ser applicada, sem coordenação com a regra geral do n. 5 do mesmo art. O systema do novo Codigo italiano é muito differente, porque só consagra a regra geral e a que della escapar, ou não puder ser incluída n'outra, não é crime, nem de estellionato, nem de abuso de confiança ou fraude.

No *abuso do papel com assignatura* que constitue o grupo de especies previsto no n. 6, ha estellionato qualificado quando o estellionario for pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão. E' a disposição do § unico que manda addicionar á pena de prisão cellular do art. 338 a de privação do exercicio da profissão, ou suspensão do emprego, por egual tempo ao da condemnação.

O valor do objecto sobre que recahir o estellionato tambem influe sobre a penalidade. Se não exceder de 100\$000, a pena é muito inferior á do art. 338. E' a disposição do art. 339.

— O seguinte Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. no Distr. Fed. contem um estudo sobre factos communs na vida do functionalismo publico. E' frequente o uso de procurações em *causa propria* nos casos a que se refere o Acc. e tambem nos de *agiotagem*.

Crime de estellionato. Procuração in rem propriam. Inalienabilidade dos vencimentos dos funcionarios publicos. — I. O 3º Promotor Publico imputa a Gastão Duarte Pereira o crime do art. 338, n. 5, do Codigo Penal, porque em 2 de Janeiro de 1902 surpreendeu a boa fé de Antonio Alves Bastos, dando como garantia de um emprestimo de 830\$ uma procuração em causa propria para receber na Pagadoria da Intendencia Municipal os seus vencimentos de official da Directoria de Obras e Viação durante aquelle anno, pois já havia passado identica procuração a Lima e C., que os receberam.

Pronunciado de accordo com a denuncia, o réo recorreu para este Conselho, pedindo a reforma da sentença recorrida.

II. A leitura attenta do processo mostra que o acto praticado pelo recorrente não tem a feição que lhe empresta a denuncia.

Inquilino de Antonio Alves Bastos, em cuja casa commercial comprava os generos de primeira necessidade, o recorrente ficou a dever ao seu senhorio e fornecedor 830\$000.

Para pagar o debito, deu ao credor a procuração *in rem propriam* datada de 2 de Janeiro de 1902 e reconhecida a 26 de Maio, afim de receber na Pagadoria da Intendencia Municipal os seus vencimentos de 1º official, correspondentes ao alludido anno.

Do confronto das provas dos autos, notadamente das declarações do proprio prejudicado, resulta a convicção de que a procuração foi antedatada por exigencia deste. Outros procuradores, tambem em causa propria, já havia o recorrente constituido; pelo que, quando Antonio Alves Bastos foi receber vencimentos do réo, foi-lhe recusado o pagamento, em razão de já haverem sido entregues á Lima e C., mandatarios anteriores, com poderes tambem para o recebimento durante todo o anno de 1902.

Sendo este o facto, com toda exactidão, claro está que o crime do art. 338, n. 5, do Codigo Penal, não encontra nos autos os seus elementos de constituição; não houve o emprego de *meio* artificioso, de manobras fraudulentas, para, sorprendendo a boa fé da victima, *levar* o seu patrimonio. Houve uma operação para pagamento de uma divida *preexistente*. O proveito auferido pelo réo foi *anterior ao uso do ardid*, á pratica da mentira, condemnavel certamente pela moral, mas fóra da esphera em que impera a lei punitiva.

Impossibilitado de receber a importancia do seu credito, na fórmula do

combinado com o seu devedor, nem por isso ficou Alves Bastos ao desabrigo da lei, em cujos preceitos estão claramente escriptos os meios judicarios pelos quaes se opera na *jurisdição civil* o reconhecimento dos direitos creditorios e a reintegração do patrimonio.

III. O facto imputado tambem não é regido pelo n. 2º do citado art. 338, o qual, entre outras modalidades, considera crime de estelionato — « alhear a cousa propria já alheada. »

O conceito fundamental da alienação é a transmissão de uma cousa ou de um direito de um para outro patrimonio, seja a titulo oneroso, seja a titulo gratuito : venda e permuta, e doação.

Qualquer dellas pôde tomar a fôrma de *cessão*, isto é, de transferencia de credito, convenção pela qual um credor cede voluntariamente seus direitos, contra o devedor, a terceiro, que torna-se credor em seu lugar. Como valor que é, o *credito pôde ser dado em pagamento*, exceptuados os casos prescriptos na lei.

A procuração *in rem propriam* é um dos meios por que se opera a *cessão* : não acaba pela morte de qualquer das partes ; não pôde ser revogado ; e o procurador não fica obrigado a contas. E' reconhecida em nosso direito, e lhe faz referencias o Regulamento annexo ao decreto n. 3 564 de 22 de Janeiro de 1900, que exige, como o de 11 de Janeiro de 1903, *sello proporcional* nas procurações com a clausula *in rem propriam*. Della tambem trata o Regimento de Custas da Justiça do Districto Federal.

E', pois, um acto de alheação. Mas só pôde ser cedida a cousa sobre que temos uma propriedade *actual*, ou *potencial* ao menos. A alienação da safra do engenho recae sobre uma propriedade *potencial*, sendo uma causa futura que se espera obter attendendo sómente ao curso natural das cousas.

O mesmo se não pôde dizer dos vencimentos futuros dos cargos publicos, aos quaes os funcionarios só tem direito, integralmente, pelo exercicio e, em parte, nos casos marcados na lei. Não constituem uma propriedade potencial.

Abstrahindo da condição de serem futuros, ainda assim não podem ser alienados, como o não podem ser em geral os direitos e acções inseparaveis da individualidade da pessoa. Da mesma fôrma que as pensões civis e militares, e os montepios, cuja inalienabilidade é incontestavel, elles não estão sujeitos á penhora. (Regulamento 737, de 1850, art. 529, §§ 2º e 8º.)

E se assim não fosse, nem por isso haveria no caso concreto um acto de alheação com o instrumento de fl. 5, porque a este falta uma condição indispensavel á constituição juridica da procuração *in rem propriam* : falta o *valor* da cessão, valor necessario para o pagamento do *sello proporcional*.

Não podendo valer como procuração em causa propria, esse instrumento expressa apenas um mandato *commum* revogavel.

Consequentemente, o réo *não alheou cousa já alheada*.

IV. Pelos motivos expostos :

Accordão em Conselho do Tribunal civil e Criminal dar provimento ao recurso, para, reformando a sentença recorrida, despronunciar o recorrente. Em consequencia, mandam que elle seja posto em liberdade se por al não estiver preso, e que se lhe dê baixa na culpa.

Rio de Janeiro, 25 de Agosto de 1904. — *Moniz Barreto* (P. e relator. — *Vieiros de Castro*, de accôrdo na conclusão. — *Celso Guimarães*.

Art. 340. Incurrerão nas penas de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 100\$000 a 500\$000(516) :

(516) Quanto á penalidade da prisão — art. 118, paragrapho unico; e da multa — art. 211, § 3.

1°. Os administradores de sociedades e companhias anonymas que, por conta dellas, comprarem e venderem acções das mesmas sociedades ou companhias, salva a facultade de as amortizar na forma permittida por lei;

2°. Os administradores ou agentes que distribuirem dividendos não devidos;

3°. Os administradores que por qualquer artificio promoverem falsas cotações das acções;

4°. Os administradores que em garantia de creditos sociaes acceitarem penhor de acções da propria companhia.

Paragrapho unico. Serão considerados cúmplices os fiscaes que deixarem de denunciar nos seus relatorios annuaes a distribuição de dividendos não devidos, e quaesquer fraudes praticadas no decurso do anno, e constantes dos livros e papeis sujeitos ao seu exame.

Art. 341. Não ficam prejudicadas pela disposição do artigo precedente as penas pecuniarias comminadas nas leis que regulam o estabelecimento dos sociedades e companhias anonymas, aos respectivos administradores e gerentes, por outras faltas em que incorrerem, prevista nas mesmas leis (517).

(517) A fonte do art. 340 é o dec. n. 164 de 17 de Janeiro de 1890 que reformou a lei n. 3150 de 3 de Novembro de 1882. Por dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891 foram consolidadas as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anonymas, que, nos arts. 201 e 202, das *Disposições penaes* reproduz o art. 340 do Código. O mesmo decreto, no art. 200 estabelece penas pecuniarias que, na forma do art. 241 do Código, não ficam prejudicadas, mas no art. 203 estabelece outras especies que não se achavam contempladas no art. 330. Diz o art. 200 da lei : Incurrerem na multa de 200\$ a 5.000\$: 1°. Os fundadores de sociedades, que na constituição dellas, deixarem de observar as formalidades prescriptas no art. 3, seus paragraphos de numeros. do dec. n. 164 de 17 de Janeiro de 1890 ; 2°. Os administradores que não

cumprirem as disposições de art. 91, a do art. 112 e a do art. 134, deixando de convocar a assembléa geral ordinaria nas epochas marcadas nos estatutos; 3.º Os administradores que violarem as disposições do art. 147; 5.º Os administradores que emitirem obrigações ao portador em contração ás disposições dos arts 41 e 42. (Lei n. 3150 de 1882, arts. 26 e seus numeros; Decr. 8821 de 1882, art. 135 e seus numeros; Dec. n. 164 de 1890, art. 26 e seus numeros). Art. 203. No caso de dissolução da sociedade anonyma por insolvidabilidade, ou por cessação de pagamentos, serão punidos com as penas de estellionato (art. 340 do Código penal de 1890) os administradores ou gerentes, que subtrahirem os livros da mesma sociedade, inutilizarem n'os, ou lhes alterarem o conteúdo; os que diminuirem, desviarem, ou acceptarem parte do activo; ou os que, em instrumentos publicos, em escriptos particulares, ou em balanços, reconhecerem a sociedade devedora de sommas, que effectivamente ella não deva. (Lei n. 3150 de 1882, art. 28; Decr. n. 8821 do mesmo anno, art. 137; Decr. n. 164 de 1890, art. 28). Art. 204. Em todos os crimes, de que trata este Decreto, caberá a acção publica. (Lei n. 3150 de 1882, art. 30; Decr. n. 8821, art. 138; Decr. n. 164 de 1890, art. 30). Art. 205. A sociedade, qualquer accionista, e os terceiros offendidos, podem dar queixa pelos crimes definidos nos artigos antecedentes. (Decr. n. 8821 de 1882, art. 139). Art. 206. Os pareceres dos fiscaes, em que se denunciarem quaesquer dos ditos crimes, serão remettidos, por cópia authentica, ao sub-procurador junto ao Tribunal Civil e Criminal, no districto federal (arts. 101, § 5, n. 22, e 165 do Decr. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890) e aos promotores publicos das comarcas, nos Estados, para darem denuncia e promoverem os termos da accusação. (Decr. n. 8821, art. 140). Art. 207. Serão igualmente e para o mesmo fim remettidos aos referidos agentes do ministerio publico, por ordem do juiz da causa, certidão das peças, autos ou termos, de onde conste a existencia de qualquer dos crimes alludidos. (Decr. n. 8821 de 1882, art. 141). Art. 208. Os crimes, de que trata o art. 200, serão processados, segundo as prescripções dos arts. 47 e 48 do Decr. n. 4825 de 22 de Novembro de 1871 e julgados pelo juiz de direito da comarca nos Estados, ou pelo jury no Districto federal, com os recursos legaes. (Decr. n. 8821 de 1882, art. 142; Decr. n. 1890 de 14 de Novembro de 1890, art. 107; Decr. n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, art. 29). Art. 209. As multas impostas por virtude das disposições do art. 200 serão recolhidas ao Thesouro Publico Nacional, como verba da receita geral da Republica (Decr. n. 8821 de 1882, art. 143). Art. 210. Na imposição das penas decretadas pela Lei n. 3150 e Decr. n. 164 de 1890 se observarão as regras do art. 63 do Código Criminal Penal. (Decr. n. 8821 de 1882, art. 144). »

As multas de que trata o art. 209 serão recolhidas nos Estados ás Thezourarias de fazenda do governo Federal.

Quaes são os crimes imputaveis aos administradores e gerentes das sociedades anonymas? O illustre advogado do fóro paulistano dr. Alfredo Pujol, defendendo perante o jury, os administradores do Banco União de S. Carlos, sustentou, apoiando-se em opiniões de João Vieira, Ruy Barboza e desembargador Rezende Costa, da Relação de Minas, que o Código encerra nos quatro paragraphos do art. 340 todos os crimes que podem ser arguidos aos administradores ou gerentes das sociedades anonymas

e que são os mesmos enumerados no art. 27 do decreto de 17 de Janeiro. Os factos de que faz menção o art. 28 deste decreto deixaram, *em face do novo Código*, de constituir crimes puníveis com as penas do estellionato. Para elles só subsiste, diz o dr. Pujol, a pena pecuniaria alli comminada. » A proposição é verdadeira *em face do novo Código*, que não incluiu no art. 340 os factos do art. 28 do decreto de 17 de Janeiro, mas, por isso mesmo é que o decreto n. 434 de 4 de Julho de 1891, *posterior ao Código*, mandou punir com as penas do art. 340 do mesmo Código os factos a que se refere o art. 28 do dec. de 17 de Janeiro, *no caso de dissolução da sociedade anonyma por insolvabilidade ou por cessação de pagamentos*. Compreende-se bem a razão de ordem geral dessa disposição, garantindo os interesses e o patrimonio dos accionistas contra as fraudes e manobras dos administradores. E' certo que a disposição do decreto é restricta aos *casos de dissolução da sociedade anonyma*. A doutrina sustentada pelos autores citados só tem applicação fóra d'aquelles casos.

CAPITULO V

Dos crimes contra a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial

SECÇÃO I

Da violação dos direitos da propriedade litteraria e artistica

Art. 342. Imprimir, ou publicar em collecções, as leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatorios, e quaesquer actos dos poderes legislativo ou executivo da Nação e dos Estados :

Penas — de apprehensão e perda, para a Nação ou o Estado, do todos os exemplares publicados ou postos á venda, e multa igual á importancia do seu valor.

Art. 343 São solidariamente responsáveis por esta infracção :

- a) o dono da officina onde se fizer a impressão ou publicação ;
- b) o autor ou importador, si a publicação fór feita no estrangeiro ;
- c) o vendedor.

Art. 344. Reimprimir, gravar, lithographar, importar

introduzir, vender documentos, estampas, cartas, mappas, e quaesquer publicações feitas por conta da Nação ou dos Estados, em officinas particulares ou publicas :

Penas — de apprehensão e perda, para a Nação, de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos.

Parapho unico. O privilegio da fazenda publica resultant deste e do art. 342 não importa prohibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periodicos e gazetas, em compendios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou litterarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos.

Art. 345. Reproduzir, sem consentimento do autor, qualquer obra litteraria ou artistica, por meio da imprensa, gravura, ou lithographia, ou qualquer processo mecanico ou chimico, emquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade e dez annos mais depois de sua morte, si deixar herdeiros :

Penas — de apprehensão e perda de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor.

Art. 346. Reproduzir por inteiro em livro, collecção, ou publicação avulsa, discursos e orações proferidos em assembléas publicas, em tribunaes, em reuniões politicas, administrativas ou religiosas, ou em conferencias publicas, sem consentimento do autor :

Penas — de apprehensão e perda dos exemplares e multa igual ao valor dos mesmos, em favor do autor.

Art. 347. Traduzir e expór á venda qualquer escripto ou obra sem licença do seu autor :

Penas — as mesmas do artigo antecedente.

Esta prohibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de critica, polemica, ou ensino.

Art. 348. Executar, ou fazer representar, em theatros ou espectaculos publicos, composição musical, tragedia, drama,

comedia ou qualquer outra producção, seja qual fôr a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor.

Pena — de multa de 100\$ a 500\$ a favor do dono ou do autor.

Art. 349. Importar, vender, occultar, ou receber, para serem vendidas, obras litterarias ou artisticas, sabendo que são contrafeitas :

Penas — as de apprehensão e perda dos exemplares e multa igual ao dobro do valor dos mesmos a favor do dono ou autor.

Art. 350. Reproduzir qualquer producção artistica, sem consentimento do dono, por imitação ou contrafacção :

Penas — as do artigo antecedente.

Paraphrasso unico. Para este effeito reputar-se-ha contrafacção :

1° A reproducção, em pintura, quando um artista, sem consentimento do autor, ou daquelle a quem transferiu a propriedade artistica, copiar em um quadro grupos, figuras, cabeças ou detalhes de paisagens, ou os fizer entrar no proprio quadro, conservando as mesmas proporções e os mesmos effeitos de luz que na obra original ;

2° A reproducção, em esculptura, quando o imitador tomar em uma obra original, grupos, figuras, cabeças, ornamentos e os fizer entrar na obra executada por elle ;

3° A reproducção, em musica, quando se arranjar uma composição musical para um instrumento só, tendo sido feita para orchestra, ou para um instrumento differente daquelle para o qual foi composta (519).

(519) Silva Ferrão, commentando o Codigo Penal portuguez de 1852, art. 457, observa que houve tempo em que era posto em duvida, contestado mesmo, o *direito de propriedade* sobre os productos da intelligencia. Não se considerava a protecção das leis a taes productos como fundada nesse principio, mas em razões de politica e de conveniencia publica, mais um favor outhorgado, do que um acto de justiça, e antes uma *transacção equitativa* entre a sociedade e os autores das obras litterarias ou artisticas, ou uma *remuneração* ou *incentivo* ao trabalho, ao aperfeiçoamento do espirito humano. Estas idéas se encontram ainda no relatorio feito na camara dos deputados em França, por occasião da Lei de 1844. Porque esta propriedade

tem um caracter especial, e se acha collocada fóra do que é material e apprehensível, como se fóra um edificio ou um campo, e por isso é mais fraca para resistir a usurpação, concluiu-se, que não era propriedade no rigor do termo; e todavia a consequencia mais natural, mais logica a tirar dahi seria que este caracter particular reclamava uma protecção tão especial como é a natureza da mesma propriedade. Custa a conceber, conclue o illustre commentador, como semelhantes doutrinas dominassem por tanto tempo, mesmo em França, apezar das memoraveis palavras de um dos maiores homens de Estado (Turgot) d'aquelle paiz : « Cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. » Felizmente todas as nações que se acham á frente da civilização, por seus trabalhos tanto scientificos como litterarios, tem comprehendido que ao genio, sendo sempre genio em toda a parte, é devida sempre e em toda a parte, a mesma protecção. Tem comprehendido que mesmo sob o ponto de vista de sua propriedade, o partido mais politico a seguir é proclamar com firmeza e energia o reconhecimento publico devido á intelligencia humana, decretando em favor de suas producções a protecção da lei, qualquer que seja o paiz de que ellas venham. O dr. A. Milton, commentando a Const. Fed., art. 72, § 26, diz que este paragrapho foi adoptado em consequencia de emenda, offerecida pelos senadores José Hygino e outro e accrescenta : « Qualquer descobrimento ou invenção, bem como toda a obra litteraria ou artistica, é sem duvida o fructo do trabalho e das cogitações do inventor, ou autor; é uma creação sua, e, portanto, *propriedade* sua tambem. Assim, pois, a lei deve assegurar os direitos de quem quer que tenha concebido uma idéa util ou nova, já que esta augmenta o acervo intellectual da nação, serve de incentivo a outros para enriquecerem o paiz pelo desenvolvimento das forças industriaes, influe no progresso do povo, consolida-lhe a reputação e aparelha-lhe, finalmente, a gloria. » O dr. José Hygino (na *Rev. de Jurispr.*, Novembro, 1897, *Razões de Appellação*, sob a epigrapha *Questão de propriedade litteraria*) entende que « a expressão — *propriedade litteraria* — é infelicissima; tem entretido um erro só desculpavel, quando tal direito mal comprehendido começou a ser reconhecido pela legislação. Leva-nos a equiparar o direito em questão com o dominio, com a propriedade de cousas corporeas. A expressão hoje geralmente adoptada — *direitos de autor, direito de copia* — e entre nós autorizada pela propria Constituição (direito exclusivo de reproduzir a obra por qualquer processo mechanic) mostra por si só a geral repulsa d'aquella equiparação. Com effeito, segundo o direito civil, a propriedade é uma idéa que se limita e circumscreve no direito das cousas; só ha propriedade sobre cousas corporeas. O escriptor, o inventor, etc., não é proprietario da sua idéa, da sua producção intellectual, do seu invento, quaesquer que sejam os direitos exclusivos que a este respeito a lei lhe confira; propriedade elle só a tem do manuscripto, dos exemplares do livro impresso, dos modelos feitos, das machinas ou apparatus. « Para affirmar-se a existencia de uma verdadeira propriedade sobre a producção intellectual, sobre o invento, diz Stöbbe (*Privat Recht*, t. 3, § 13), deve-se conceber a idéa da propriedade por um modo inteiramente diverso d'aquella porque é concebida e aceita em toda a nossa doutrina actual. » Qual seja a natureza juridica e peculiar do direito de autor é uma das questões mais controvertidas entre os juriscôn-

sultos. Desde aquelles que entendem que não ha propriamente um direito de autor, um direito subjectivo, mas sómente actos que a lei prohibe por offensivos dos interesses do autor, até aquelles que entendem que taes direitos são um elemento novo do direito privado e que devem ser classificados em uma secção inteiramente distincta ao lado dos direitos patrimoniaes, todas as opiniões estão representadas; mas todos estão de accordo em que o *direito de autor* não é o *dominium* ou um direito real sobre cousa corporea. Mesmo os escriptores que fallam em *propriedade litteraria*, querem com isto significar que se trata de um direito a uma *res incorporalis*, isto é, ao conteúdo intellectual da obra, á forma dos pensamentos contidos nella. Se o direito de autor não é um direito sobre cousa corporea, conclue o dr. José Hygino, e por isso mesmo não lhe pode ser tomado ou occupado por meios violentos, segue-se que as offensas a tal direito não estão comprehendidas na Ord. l. 3, t. 79, § 5 e que não pode elle ser protegido por acções possessórias. O autor que receia que outrem queira reimprimir indevidamente a sua obra não está por modo algum no caso do autor que receia que outrem lhe queira tomar o seu manuscripto ou os exemplares impressos do seu livro. » Diz o dr. João Barbalho (*Const. Fed. Brazil. Comment.*, ao art. 72, § 26) : « A Constituição considera o direito actual distincto da propriedade de direito commum, como uma *propriedade sui generis*, diversa da que ella garante em *toda a sua plenitude* no § 17 deste art. 72, e por isto limita o tempo de sua duração, tirando-lhe assim a perpetuidade, um dos caracteres da propriedade material. Esta limitação funda-se quer em a natureza especial do direito autoral, quer na conveniencia ou interesse geral da sociedade. Entende ainda que ninguem pode ser proprietario de uma idéa, de um pensamento, de uma noção que se exteriorisa, nem é possível fazel-os objecto de gozo exclusivo de alguem, com o *jus utendi, fruendi et abutendi*. Além disso, o mundo das idéas é uma communhão que accumula o que lhe não legado, o titulo gratuito, as cogitações dos doutos, dos sabios, dos genios de muitas e muitas gerações. Desse repositorio commum e inexgotavel, desse patrimonio intellectual da humanidade tiram-se seus elementos formadores, as novas concepções no dominio das sciencias, das lettras, das artes. Os modernos têm assim a collaboração gratuita, desinteressada, franca, dos antigos pensadores; e, o que é mais, sem ella bem pouco fariam, além de tateios, ensaios e tentamens. » Por outro lado, é justo que aquelles que contribuem para esse patrimonio intellectual, tenham tambem garantidos os seus interesses. O modo de combinar os interesses do autor e da communhão, diz o illustre commentador, as nações cultas tem feito consistir no reconhecimento e garantia do direito d'aquelle por um certo tempo limitado, entrando a obra, findo esse prazo, no dominio social, commum a todos. O prazo é vario na legislação dos diversos paizes; em regra tem a duração da vida do autor e mais alguns annos passados em beneficio dos seus successores. Entre nós, a recente lei n. 497 de 1.º de Agosto de 1898, regula a materia. Opina ainda o dr. José Hygino pela incompetencia da justiça federal para tomar conhecimento das causas sobre propriedade litteraria, a despeito do art. 12 da lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, que o contrario determina. Assim tambem decidio o Supremo Tribunal Federal em Accordão de 1.º de Maio de 1895.

O Código vigente não trata de regular a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial, e, sim, de definir os crimes de contrafacção dessa mesma propriedade. Elle distingue a propriedade da Nação nos arts. 242 a 244 e a dos autores nos arts. 345 e seguintes. Entende João Vieira que a disposição do art. 342 está derogada pelo art. 22 da Lei n. 496, que não considera contrafacção a *reprodução de todos os actos officiaes* da União, dos Estados ou das municipalidades. « Consequentemente, diz este commentador (Cod. Pen. Interp., part. esp., v. II, p. 287), ha hoje ampla faculdade de reproduzir os actos officiaes e não somente nos termos da excepção restricta que estabelecia o § unico do art. 244 do Código, que só será applicada como tal nos casos do mesmo art. 344, 1ª parte. E se a disposição do art. 24 da lei citada no texto fosse concebida em termos mais genericos, poderia ser applicada áquelle que commettesse o abuso, muito possivel, de editar publicações de actos officiaes por carta particular, declarando a edição de procedencia official. Mas o art. 1º do Cod. Pen. veda tal interpretação extensiva. Aliás a revogação do art. 342 pela nova lei está de accordo com as fontes desta, isto é; a solução do direito estrangeiro, inclusive o italiano, sobre o qual discorre Moise Amar no seu livro *Dei diritti degli Autori*. (Torino, 1874). » Entende, porém, o mesmo commentador, que o art. 344 está em vigor e comprehende as hypotheses em que o Estado, o Municipio ou a União tenham e exerçam os direitos de autor. E acrescenta : « Esta é a solução implicita da lei que, fazendo a excepção quanto aos actos officiaes, nada diz quanto aos outros ; e nossa opinião está de accordo com os principios geraes que reconhecem tal direito ás pessoas moraes. E' tambem a doutrina do autor que citamos sobre a lei italiana, que se refere aos direitos de autor daquellas pessoas sobre as obras publicadas á sua custa e por sua conta. E' excusado dizer que isto se estende a todas as sociedades, corporações publicas ou particulares, como acontece com as pessoas physicas. »

O art. 345 foi tambem alterado pela lei n. 496 que define no art. 1 o que sejam direitos de autor e no art. 2 o que se deve entender por *obra litteraria, scientifica ou artistica*. « Vê-se que taes disposições, diz João Vieira, substituiriam os conceitos diffusos e confusos dos arts. 345 a 350 do texto do Código. Consequentemente estes conceitos só serão applicados quando em harmonia com a nova lei ; assim como as disposições desta serão applicadas a casos que a sua generalidade abranger, ainda quando não comprehendidos nos casos do Código e mesmo contrarios ao espirito ou letra deste.

No paragrapho unico do art. 350 o Código define o que seja contrafacção da producção artistica sem consentimento do dono. A lei define a contrafacção em geral, abrangendo assim toda e qualquer producção (Arts. 19, 20, 21). A disposição do art. 350 deve ser, portanto, interpretada de accordo com os artigos citados da lei. Considerando o termo *reprodução*, no sentido restricto, o qual consiste em fazer uma obra, copiando a obra de outrem, os autores distinguem-n'a da *imitação* e do *plagiat*. A imitação refere-se a obras de arte e o plagiat ás litterarias e scientificas. A *reprodução* é elemento da *contrafacção*, que, como diz João Vieira, não se deve confundir com a simples imitação e o plagiat. Este autor analisa a lei comparada com o Código e discorre bem sobre o assumpto — *Plagio* criminal não é a con-

traficação por simples compilação, em obra de character scientifico destinada á instrucção publica, de trechos de obras estrangeiras não registradas na Bibliotheca Nacional. *Injuria*, e não calunnia, constitue a imputação de plagiato fóra das qualificações da Lei n. 496 de 1º de Agosto de 1898. *Crime continuado*, e não varios crimes distinctos, é o que resulta da irrogação de injurias, com uma mesma intenção e um só fim, por meio da publicação de artigos em differentes jornaes e diversos dias. *Vide* o desenvolvimento destas ementas na *Rev. Jurisp.*. Fevereiro 1902, p. 163.

— O dec. n. 1825 de 20 de Dezembro de 1907 dispõe sobre a remissa de obras impressas á Bibliotheca Nacional.

SECÇÃO II

Da violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas (520).

(520) *Vide* na *Rev. de Jurispr.* de Janeiro, n. III de 1898, p. 42 — parecer de consulta sob rubr. *Privilegio de Invenção* do dr. Tarquineo de Souza; de Maio de 1900, XXXI, p. 76, Accs. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. de 21 de Junho de 1899 e da Córte de Appellação de 26 de Dezembro do mesmo anno. A Const. Fed., art. 72, § 25 estabelece : Os inventos industriaes pertencerão a seus autores, aos quaes ficará garantido por lei um privilegio temporario, ou será concedido pelo Congresso um premio rasoavel, quando haja conveniencia de vulgarisar o invento.

Art. 351. Constitue violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas :

§ 1. Fabricar, sem licença do concessionario, os productos que forem objecto de uma patente de invenção ou descoberta legitimamente concedida;

§ 2. Empregar ou fazer applicação dos meios privilegiados pela patente;

§ 3. Importar, expôr á venda, occultar, ou receber para o fim de serem vendidos, productos contrafeitos de industria privilegiada, sabendo que o são :

Penas — multa de 500\$ a 5:000\$, em favor da Nação, de 10 a 20 0/0, em favor do concessionario da patente, do valor do damno causado ou que se poderia causar, e perda dos instrumentos ou apparatus, os quaes serão adjudicados ao concessionario da patente, pela mesma sentença que condemnar o infractor (521).

(521) A penalidade da multa de 10 a 20 0/0 é a do art. 327. A da outra é a seguinte : Autoria : maximo 5:800\$, medio 2:750\$, minimo 500\$; prepond. aggr. — 3:875\$, prepond. att. — 1:625\$. Tentativa ou cumplicidade : maximo 3:333\$334, medio 1:833\$334; minimo 333\$334; prepond. aggr. — 1:583\$334, prepond. att. — 1:083\$334.

Parapho unico. Considera-se circumstancia aggravante da infracção :

1° Ser, ou ter sido, o infractor empregado ou operario nos estabelecimentos do concessionario da patente ;

2° Associar-se com empregado, ou operario do concessionario, para ter conhecimento do modo pratico de obter ou empregar a invenção.

Art. 352. Inculcar-se alguém possuidor de patentes, usando de emblemas, marcas, lettreiros ou rotulos indicativos de privilegios que não tenha, sobre productos, ou objectos preparados para o commercio, ou expostos á venda :

§ 1. Continuar o inventor a exercer a industria como privilegiada, estando a patente suspensa, annullada ou caduca ;

§ 2. Fazer em prospectos, annuncios, lettreiros ou por qualquer modo de publicidade, menção da patente sem designar o objecto especial para que a tiver obtido :

Pena — de multa de 100\$ a 500\$ em favor da Nação (522).

(522) A multa é a do art. 156.

Parapho unico. Na mesma pena incorrerão os profissionaes ou peritos que, incumbidos do exame prévio da materia ou objecto da patente, vulgarisarem o segredo da invenção, sem prejuizo das acções criminaes ou civis que as leis permitirem (523).

(523) A materia das patentes de invenção e descobertas já era regulada pela legislação imperial. Antes da lei n. 3129 de 14 de Outubro de 1882 e seu regulamento n. 3820 de 30 de Dezembro de 1882, já a lei de 28 de Agosto de 1830 pronunciara-se garantindo a concessão das patentes de invenção e descobertas. O decreto n. 8820 de 1882 foi rectificado quanto á redacção do art. 62 pelo decreto n. 9045 de 20 de Outubro de 1883. Sem embargo das disposições do Codigo, continua em vigor aquella legislação por força do art. 83 da Const. Fed. e art. 59 da lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894.

A patente de invenção, diz Viveiros de Castro (*Jurisprudencia Criminal*, p. 155), tem por fim reconhecer e garantir os direitos de quem pela sua perseverança, esforços, estudos e trabalhos descobriu alguma cousa de novo, que melhore o bem estar da humanidade, ou um novo processo para fabricação de objectos já conhecidos, mais rapido e mais barato de que os meios até então empregados. Neste caso, diz Bhering o reconhecimento do direito do inventor se opera concretamente por uma disposição da autoridade administrativa. Mas é necessario conciliar os direitos do inventor com a liberdade da industria. E' justo que goze dos fructos do seu tratlho quem realmente inventou, quem descobriu um objecto ou um processo até então ignorado. Mas tambem, a pretexto de invenção, pode a fraude querer o monopolio de industrias exploradas e de ha muito tempo no dominio publico. Simples e insignificantes alterações, que não mudam a essencia, a natureza do objecto, são allegadas como invenções, e obtido o privilegio, procura-se suffocar a concurrencia, monopolisando-se a industria. Duas condições são, portanto, essenciaes para que tenha valor juridico um privilegio : 1° que haja uma invenção ou descoberta nova ; 2° que o privilegiado seja realmente o autor do invento. A lei franceza de 5 de Julho de 1844 definio com felicidade o que seja descoberta : « São consideradas como invenções ou descobertas novas, diz o art. 2, a invenção de novos productos industriaes ; a invenção de novos meios ou a applicação nova de meios conhecidos para a obtenção de um resultado ou de um producto industrial ».

A concessão da patente dá ao inventor os direitos de uso e gozo exclusivo da exploração de sua descoberta por um certo numero de annos. A violação destes direitos constitue o delicto do art. 351 que desdobra-se nas seguintes modalidades especificas : 1° *Fabrico*, sem licença do concessionario da patente, de productos que forem objecto da patente concedida na forma da lei pelo poder competente ; 2° *Emprego* dos meios privilegiados pela patente ; 3° *Applicação* dos mesmos meios para confecção do producto privilegiado ; 4° *Importação, exposição á venda, occultação, ou recebimento para serem vendidos* (a consignação, por conta propria ou alheia) de productos contrafeitos de industria privilegiada. Quanto á 1°, 2° e 3° modalidades o *dolo* está implicito, mas é necessario que o producto fabricado, o emprego, ou a applicação dos meios privilegiados, dê em resultado um producto similar, que fazendo concurrencia, *prejudique* os interesses do autor do invento e possuidor da patente privilegiada. Quanto á 4° modalidade o *dolo* deve ser provado e consiste no conhecimento que o importador, vendedor, occultador ou recebedor, tem de que os productos são contrafeitos de industria privilegiada (*sabendo que o são*, diz o § 3.)

Conforme as hypotheses do § unico, a violação é aggravada pelas circunstancias allí mencionadas, que importam em abuso de confiança de infractor que, ou por ser empregado ou operario, ou por associar-se a empregado ou operario, aproveita-se, de sua situação, creada pela confiança do privilegiado que o tomou a seu serviço.

A figura do art. 352 que, o Codigo considera *violação de direitos de patente*, mas, na realidade, melhor ficaria enquadrada entre os da falsidade ou falsificação, ou mesmo do estellionato, apresenta as modalidades seguintes : 1° *Apresentar-se* alguem (*inculcar-se*) como possuidor de patente

que não possui, usando de emblemas, marcas, letreiro ou rotulos indicativos de privilegio. Ha, nestes meios, um artificio fraudulento, com o fito de lucro, que caracterisaria a figura do estellionato, se ella não estivesse prevista especialmente no art. 352. A *continuação* da industria como privilegiada, estando a patente suspensa, annullada ou caduca por expiração do prazo é uma *falsidade*. Fazer por qualquer modo de publicidade menção de patente, sem designar o objecto especial para que a tiver obtido, pode ser um artificio fraudulento com o fito de lucro caracteristico da figura do art. 352, ou uma falsidade (§ 1) conforme os elementos componentes de cada uma d'aquellás especies, ou pode constituir uma especie distincta se o infractor limita-se aos meios de publicidade referidos no § 2. E' necessario, porem, que se demonstre o *dolo* no facto de não ser designado na publicação o objecto especial da patente que diz ter obtido.

Ha invenções e descobertas que possuem um segredo, cuja divulgação pode prejudicar os interesses do inventor. Mas, como na forma da lei, não se pode conceder privilegio sem exame previo do objecto para o qual se pede o privilegio, é claro que os peritos encarregados do exame, são obrigados a guardar o segredo da invenção. O Codigo acautela no § unico do art. 352, os direitos e interesses do inventor perseguindo os que divulgarem o segredo que obtiveram em razão do officio, figura aliás já prevista no art. 192.

SECÇÃO III

Da violação dos direitos de marcas de fabricas e de commercio (524)

(524) Const. Fed., art. 72, § : A lei assegura também a propriedade das marcas de fabricas. Sobre a competencia do juizo federal ou local para conhecer destes crimes, tem havido controversia, á vista do art. 12 da lei n. 221 de 20 de Setembro de 1891. O Sup. Trib. Fed. em diversos accordaões decidió que era competente a justiça local para processar e julgar o crime de violação dos direitos de marca de fabrica, que o art. 12 da lei 221 só dá competencia á justiça federal para conhecer das causas que versarem sobre marcas de fabrica em processos civis por indemnisação de prejuizos : Accs. de 7 e 21 de Agosto e 9 de Novembro de 1895. Por Acc. de 6 de Fevereiro de 1897, decidió este Tribunal que o art. 12 da lei 221 era inconstitucional, porque as questões de marca de fabrica não pertencem á jurisdicção federal, e sim á jurisdicção da justiça commum. No mesmo anno, por Acc. de 29 de Setembro de 1897 decidió que o art. 12 da lei 221 não é contraria disposição alguma da Constituição, cabendo, portanto, á justiça federal conhecer todas as questões de marca de fabrica. Outro Acc. de 19 de Dezembro de 1898 assim também decidió. Houverão votos vencidos que podem ser lidos, na *Rev. de Jurispr.* de Dezembro de 1897, n. II, p. 214 ; de Julho de 1899 n. XXI, p. 237. A boa doutrina parece estar com os votos vencidos, dizia a *Redacção nas Observações ao Acc. de 29 de Setembro*, na *Rev. de Jurispr.*

de Dezembro de 1897. A Camara Criminal tem-se julgado competente, eo quanto na Corte de Appellação tenha variado a jurisprudencia. O dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898 (Consol. das Leis da Just. Fed.) no art. 57, letra j, dá aos juizes seccionaes competencia para processar e julgar as causas sobre marcas de fabrica e privilegios de invenção. Não obstante continua a justiça local a considerar-se competente e assim tem-se julgado. Por Acc. de 1 de Maio de 1902 o Supr. Trib. Fed. deu provimento ao agravo pela incompetencia da justiça federal para tomar conhecimento das questões de marca de fabrica, contra os votos dos srs. ministros Epictacio, Murтинho, Espirito Santo e Pisa.

Assim variava a jurisprudencia dos tribunaes até que o decreto legislativo n. 1236 de 24 de Setembro de 1904, que modificou o de n. 3346 de 14 de Outubro de 1887, dirimiu a controversia. O § unico do art. 29 delara : No Districto Federal é competente para conhecer da acção o Tribunal Civil e Criminal (hoje aos juizes de direito do commercio, pela lei n. 1338 de 9 de Janeiro de 1905, que decretou a nova reforma judiciaria) que observará o processo estabelecido no § unico do art. 100 do decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890. Nos Estados seguir-se ha o processo determinado pela respectiva legislação, competindo sempre o julgamento em primeira instancia á justiça singular.

Art. 353. Reproduzir sem licença do dono, ou seu legitimo representante, por qualquer meio, no todo ou em parte, marca de industria ou de commercio devidamente registrada e publicada :

§ 1. Usar de marca alheia, ou falsificada, nos termos supra-ditos ;

§ 2. Vender, ou expôr á venda: objectos revestidos de marca alheia ou falsificada, no todo ou em parte ;

§ 3. Imitar marca de industria, ou commercio, de modo que possa illudir o comprador ;

§ 4. Usar de marca assim imitada ;

§ 5. Vender, ou expôr á venda, objectos revestidos de marca imitada ;

§ 6. Usar de nome, ou firma commercial, que lhe não pertença, faça ou não parte de marca registrada :

Penas — multa de 500\$ a 2:000\$ a favor da Nação, e de 10 a 50 0/0 do valor dos objectos sobre que versar a infracção, em favor do dono da marca.

Art. 354. Para que se dê a imitação nos casos acima indica-

dos, não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando, sejam quaes fôrem as differenças, a possibilidade de erro e confusão, sempre que as differenças das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação.

Paragrapho unico. Reputar-se-ha existente a usurpação de nome ou firma social, quer a reproducção seja integral, quer com accrescentamentos, omissões ou alterações, comtanto que haja a mesma possibilidade de erro ou confusão do comprador.

Art. 355. Usar, sem autorização competente, em marca de industria ou de commercio, de armas, brazões ou distinctivos publicos ou officiaes, nacionaes ou estrangeiros ;

§ 1. Usar de marca que offenda o decoro publico ;

§ 2. Usar de marca que contiver indicação de localidade, ou estabelecimento, que não seja o da proveniencia de mercadoria ou producto, quer a esta indicação esteja junto nome supposto, quer não ;

§ 3. Vender, ou expôr á venda, mercadoria ou producto nas condições referidas neste artigo :

Pena — de multa de 100\$ a 500\$ a favor da Nação (526).

(526) *Vide* no *Appendice* decr. 1236 de setembro de 1904, art. 37.

A Constituição Federal, art. 72, § 27, dispõe : « A lei assegurará tambem a propriedade das marcas de fabrica. » Essa propriedade, diz o dr. João Barbalho, commentando o texto constitucional, é tambem garantida, como direito que é do productor, fabricante e industrial, e no interesse do publico consumidor. As marcas de fabrica assignalam e distinguem os productos, na grande arena da livre concorrência ; por este modo, as que tem conseguido certa reputação devida á habilidade e lisura do fabricante tornam-se facilmente conhecidas e indicadas á predilecção dos freguezes. E não é justo que a lei permita que os esforços do productor para a melhoria do seu producto e para a preferencia do publico sejam ludibriados e aproveitem a competidores desleaes, que exploram assim a factura alheia e illudem a boa fé dos consumidores. A garantia consiste quer na punição dessa usurpação, dessa fraude criminosa, consistente no uso, na reproducção, sem licença do dono, por qualquer meio, da marca devidamente registrada, na sua falsificação ou imitação e na venda ou exposição á venda de objectos revestidos de marca alheia ou falsificada (*Vide* Cod. Pen., arts. 353, 354, 355), quer no direito das perdas e danos, consequente do reconhecimento do de uso

exclusivo da marca. O mesmo se deve entender das *marcas de commercio*. Com ellas os negociantes especificam e recommendam as mercadorias de sua negocio e as entregam ao consumo sob garantia da reputação e bons creditos de sua casa commercial. Taes marcas não poderiam ficar desprestigiadas, sem prejudicarem-se essa reputação e creditos e sem dar ganho de causa á má fé e logar ao abuso da confiança do publico. O Codigo Penal com razão as equiparou, para seus effectos, ás marcas de fabrica. » A lei que assegurava a propriedade das marcas de fabrica e de commercio era a de n. 3346 de 14 de Outubro de 1887, para cuja execução baixou o decreto regulamentar n. 9828 de 31 de Dezembro de 1887. Veio depois o decreto n. 2747 de 17 de Dezembro de 1897, que approva o regulamento do registro internacional das marcas de fabricas e de commercio. Até a data da primeira d'aquellas leis, os delictos de que podia ser objecto a propriedade das marcas de fabrica e de commercio, ou, como diz o Visconde de Ouro Preto, da *marca industrial*, não foram capituladas nem pelo Codigo criminal de 1830, nem pelas leis penaes promulgadas até o anno de 1874. No intuito de reprimir actos dessa natureza, que assumiram certa notoriedade, alguns legistas e magistrados entenderam applicarem-lhes diversas disposições vigentes. Não prevaleceu a opinião, manifestamente incorrecta, ao contrario, firmou-se a convicção de que a especie escapára á providencia do legislador. Nem o art. 167 do Codigo criminal (*falsificação*) invocado para aquelle fim, nem o art. 257 (*furto*), nem o art. 264 (*estellionato*) tinham applicação á especie. A legislação era omissa; não havia negal-o. A impunidade deu logar ao desenvolvimento da fraude na concorrência desleal e criminosa em damno de fabricas importantes e acreditadas de longa data estabelecidas no paiz. O parlamento cuidou de legislar sobre a materia, sendo então promulgada a lei n. 3346 de 1887. (*Vide Affonso Celso, Marcas industriaes e Nome commercial*).

O novo Codigo inspirou-se nessa legislação, mas dividio as especies delictuosas do art. 353 em dois grupos: 1º o da *reprodução* com as modalidades da *usurpação* (ou *uso*), e da *venda*; 2º o da *imitação* com a modalidade da *venda*. São elementos essenciaes de cada uma das especies: 1º que a marca reproduzida ou imitada esteja devidamente *registrada e publicada* na forma da lei; 2º que haja a contrafacção sem licença ou consentimento do dono da marca; 3º que haja o *dolo* manifestado no fito de lucro ou proveito do contrafactor, em prejuizo ou damno do dono da marca. Na figura da *reprodução*, esta pode ser feita por *qualquer meio*, no todo ou em parte. O *uso* e a *venda* da marca reproduzida no todo ou em parte constituem modalidades da figura da *reprodução*. Mas o Codigo distingue ainda no *uso* e na *venda* a marca alheia ou falsificada. Esta distincção faz confusão, porque quer seja verdadeira ou falsificada o crime consiste na reprodução de marca alheia, que é usurpada ou usada, ou se encontra revestindo objectos expostos á venda. A reprodução de marca alheia sem consentimento do dono é uma falsificação. A expressão do Codigo usar de marca alheia *falsificada*, dá a entender que o legislador cogitou da possibilidade do uso de marca alheia *verdadeira*, sem consentimento do dono. N'este ultimo caso desaparece, porem, a figura principal da *reprodução* definida no art. 353.

A *imitação* de marca de industria ou commercio de modo que pccsa

illudir o comprador é outra figura distincta da *reprodução*. Apresenta também duas modalidades, a do *uso* e a da *venda* de objectos revestidos da *marca imitada*. O *dolo específico* da *reprodução* distingue-se do da *imitação*, porque na *marca* reproduzida ha a copia fiel da registrada, de modo que illude completamente, tornando-se mais difficil a prova da contrafacção. A *marca imitada*, á primeira vista parece identica á verdadeira, mas, observando-se com cuidado, vê-se que ha pontos de divergencia entre uma e outra. Na *imitação* ha um artificio, com o fim de enganar o consumidor, procurando ao mesmo tempo o infractor furtar-se á responsabilidade penal pela tangente de não haver *reprodução* da *marca* registrada. E porque, em geral, era essa defeza artilosa da fraude, o Codigo impedio a impunidade constituindo a *imitação* uma figura da contrafacção, definio-a no art. 354 e punio-a com a mesma penalidade da *reprodução*. Vide Affonso Celso, *Obr. cit.*, p. 167. Inspirando-se sempre na sua fonte, a lei n. 3346 de 1887, o Codigo prohibe a *usurpação* ou *uso* de nome ou firma commercial que não pertença ao contrafactor, faça ou não parte da *marca* registrada. Affonso Celso, *Obr. cit.*, p. 197, diz : « No intuito de proteger o nome ou firma commercial não se limitou a lei a prohibir o registro da *marca*, que nelles consistir ou os contiver, quando requerido por quem não tenha direito á pretendida denominação ; acautelou convenientemente duas hypotheses, que podem verificar-se na especie ; a saber : 1º O uso de nome ou firma alheios, o que constitue *usurpação* ; 2º O uso de nome ou firma proprios, porem identicos ou semelhantes aos do concorrente na industria ou commercio, o que é simples *homonymia*. Não ha nenhuma paridade entre estes factos. A *usurpação* do nome é um crime ; revela de si mesma uma intenção de fraude ; a *homonymia* pode ser meramente casual, provir de parentesco, de uma prova de consideração, da vaidade ; pode emfim ter uma explicação accetavel. Diversos, pois, são os dois factos, requerem providencias differentes. Effectivamente o primeiro é punido, como a contrafacção, com 1 a 6 mezes de prisão e multa de 500\$ a 6:000\$ para o Estado. Quanto á *homonymia* contentou-se a lei de fazel-a cèssar. » O Codigo n'esta parte não seguiu a disposição do art. 14 da lei ; supprimio a pena de prisão, reduzio o maximo da multa a 2:000\$ a favor da Nação e accrescentou a multa de 10 a 50 0/0 do valor dos objectos sobre que versar a infracção em favor do dono da *marca*. Essa penalidade é a mesma para todas as especies previstas no art. 353. « Ao contrario da *marca*, continúa Affonso Celso, que só depois de registrada é garantida pela acção coercitiva da lei, o nome commercial e a firma social são por ella amparados, embora não tenham sido levados a registro. Não consente a lei que coexistam, no gyro do mesmo negocio ou na exploração da mesma industria, dois nomes identicos ou de tel forma parecidos, que possam confundir-se, e outra formalidade não exige para intervir, alem da reclamação do interessado. » Vide a *Obr. Cit.* deste Autor, ps. 195 e segs. O Codigo no art. 354, depois de definir o que seja *imitação* de *marca*, declara no paragrapho unico que ha *usurpação* de nome ou firma social, quer seja integral a *reprodução*, quer com accrescentamentos, omissões ou alterações, comtanto que da *reprodução* resulte possibilidade de erro ou confusão do comprador. Este § unico do art 354 do Codigo é *reprodução* do art. 14, § 2 da lei ; assim o disposto no § 6 do art. 353

é reprodução *ipsis verbis* do art. 14, n. 7, da lei. Quanto á *homonymia*, o Codigo não a considerou figura delictuosa.

O art. 355 e seus §§ reproduz as disposições do art. 15, ns. 1 a 5 e adoptou a mesma penalidade de multa de 100\$ a 500\$ em favor da Nação. Commentando este art. da lei, Affonso Celso, *Obr. cit.*, p. 183, observa que a lei não se limitou a prohibir o registro de marcas que contrafizessem ou imitassem outras já registradas, ou usurpassem nomes e firmas commerciaes, privou tambem dessa importante regalia outras que sem incorrerem n'aquellas faltas, podem suscitar escandalo publico e envolver offensa a direitos individuaes e interesses de ordem geral. (*Vide* art. 8 da lei). Os inconvenientes que assim quiz evitar, porem, produzir-se-iam do mesmo modo, si, contentando-se com a recusa do registro, tolerasse o uso de taes marcas no exercicio do commercio e da industria. Coherente nos seus intuitos e para melhor realisal-os, sujeitou todos os que se servissem de marcas vedadas ás disposições penaes (*Vide* art. 15 da lei).

— Damos em seguida dois Accordãos do Conselho do Tribunal civil e Criminal sobre — Contrafação de marca. — I. F. Nicoláo e C., negociantes, com fabrica de calçado á rua da Alfandega ns. 139, 141 e 143, allegão na petição de queixa que fizerão registrar na Junta Commercial a marca consistente em uma *balança*, tendo na parte superior as palavras — *Marca registrada*, e na inferior as iniciaes — *F. N. e C.*, para ser applicada nas solas das chinelas de seu commercio, distinguindo uma qualidade dellas (doc. á fl. 6), marca que foi devidamente *publicada* no *Diario Official* (fl. 8 v.); que, entretanto, C. J. de Oliviera, residente em Pariz, estabelecido com o mesmo genero de commercio á rua da Alfandega n. 155, para fazer concurrencia desleal, fabrica á rua general Pedra ns. 259 e 261 e Senador Eusebio n. 330 e *expõe á venda*, naquelle estabelecimento, chinelas revestidas de *marca identica* á que constitue propriedade exclusiva dos querelantes, como bem evidencia o processo de busca junto aos autos; que, por estes motivos, Francisco Ferraro, preposto de C. J. de Oliveira, deve ser punido pelo delicto do art. 353, §§ 1 e 2 do Codigo Penal.

Na formação da culpa forão ouvidas cinco testemunhas, procedeu-se a exame pericial, fez-se ratificação da queixa pelo termo de fl. 41, os querelantes juntarão diversos documentos, e defendeu-se o querelado apresentando as razões de fis. 101 a 103, instruidas com os documentos de fis. 110 a 150.

O juiz *a quo* julgou improcedente a queixa: 1º, porque os querelantes impetão a C. J. de Oliveira os crimes previstos no art. 353, §§ 1º e 2º do Codigo Penal, e, entretanto, pedem a condemnação de Francisco Ferraro como autor dessas infracções, esquecendo que a responsabilidade criminal é exclusivamente pessoal; 2º porque os factos delictuosos não estão provados como evidencião as allegações de defesa do querelado.

Dessa decisão recorrerão os querelantes para este Conselho, apresentando as razões que se vêem de fis. 157 a 163 v., ás quaes o querelado oppoz as de fis. 168 a 177.

II. Quanto ao 1º fundamento da sentença recorrida:

Considerando que explicada pelo termo de ratificação, a petição de queixa mostra claramente que os querelantes, comquanto certos de que por conta e ordem de C. J. de Oliveira, residente em Pariz, se fabricação e se expu-

whão a venda chinelas revestidas da marca registrada — *balança* —, *querelão* sómente do preposto Francisco Ferraro, *mandatario*, em face da *lei* pessoal, porque era elle quem *nesta cidade* dirigia o *fabrico* da mercadoria e a *expunha* á venda, depois de *appor-lhe a marca*, praticando por esta *fôrma* actos executivos da infracção penal como autor physico; que o *pactum sceleris* indica sem duvida a coexistencia de dous ou mais agentes da acto anti-juridico, mas qualquer que seja a *fôrma especial* da co-autoria, expressa no art. 18, § 2 do Codigo — concurso de vontade sem concurso de accção — é licito querellar do agente material, independentemente do autor intellectual; a abstracção deste não transmuda, em face da lei repressiva, a situação do executor que pratica o delicto em razão de haver adoptado alheia resolução criminosa (Codigo, art. cit., § 4); o executor reúne, par si só, sem qualquer dependencia ou subordinação, todas as condições exigidas para lhe ser imputavel a infracção.

III. Quanto ao 2º fundamento, considerando que, conforme a queixa, trata-se no caso concreto do delicto do art. 353, §§ 1 e 2 do Codigo Penal: *uso de marca all eia*, devidamente registrada e publicada, e *exposição á venda* de objectos revestidos dessa marca; que, entretanto, o exame pericial e o simples confronto das marcas mostram desde logo que a especie sujeita não é de *reprodução*, mas de *imitação* de maréca. Ellas são *semelhantes* e não *identicas*: ambas contêm uma *balança*, sendo menor o emblema na marca do querelado; nesta, se lê, na parte superior, a palavra — *Marca*, e na inferior — *Registrada*; sobre o emblema da dos querelantes estão escriptas as palavras — *Marca Registrada*, e na parte inferior lêem-se as iniciaes — F. N. e C.; que, conseguintemente, as modalidades que a querella apresenta são: a) *imitação* de marca apta para illudir o comprador; b) *exposição á venda* de objectos revestidos desse signal distinctivo (Codigo, art. 353, §§ 3 e 5), modalidades que são aspectos de uma só figura de infracção e podem residir em um só agente ou ser praticadas separadamente por agentes diversos;

Considerando que não é necessario, para que a *imitação* exista, que a *semelhança* seja completa; basta, sejam quaes forem as differenças, a *possibilidade* de erro ou confusão, sempre que as differenças das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação (Cod., art. 354); que *essa possibilidade* está demonstrada nos autos de modo inilludivel e o querelado não o contesta;

Considerando que os signaes, symbolos ou emblemas que servem para *distinguir* os productos ou mercadorias só passão do dominio publico para o dominio particular por meio da *apropriação*, e uma vez preenchidas as formalidades ou condições impostas pela lei: a primeira condição essencial é o *registro*, com o qual se comprova a incorporação da marca ao patrimonio de quem apprehende o signal distinctivo da mercadoria; a segunda condição é a *publicidade* (Cod., art. 358 prin.); que os querelantes satisfazerão essas condições, de accordo com a lei n. 2.245, de 14 de Outubro e Regulamento de 31 de Dezembro de 1887, sendo feito o registro a 23 de Julho de 1902, e a publicação á 26 do mesmo mez (fls. 6 a 8);

Considerando que, comquanto a marca, além de ser *especial*, isto é, destinada a certo producto ou determinada mercadoria, deva ser *distincta*, isto é, ter feição propria, ou porque consista em uma concepção nova, ou porque

combine elementos já utilizados por fôrma diferente, ou porque se applique a generos sem analogia, certo é que em face de nossa legislação industrial essa circumstancia não impede que a marca seja *identica* ou *semelhante* a alguma já *apropriada* para a mesma especie de producto ou mercadoria e que tenha entrado no dominio publico por não haver o proprietario feito uso della dentro no prazo de tres annos, ou deixado de renovar o registro findos quinze annos (lei cit., art. 12) ; é licito a qualquer pessoa incorpora-la ao seu patrimonio, uma vez satisfeitas às formalidades legais ;

Considerando que a marca apposta ás chinelas apprehendidas foi registrada ha mais de quinze annos (21 de Julho de 1887) por Bastos, Cunha e C., passando depois da dissolução desta firma a ser usada successivamente pela Companhia Progresso Manufactureira de Calçado, por Gregorio de Abreu e C., G. J. de Abreu, filho e pai, e Abreu Rosa e Simas, cujo acervo foi comprado por Gregorio José de Abreu, que a 4 de Junho de 1902 vendeu a C., G. de Oliveira as fabricas das ruas General Pedra e Senador Euzebio, e o estabelecimento da rua da Alfandega n. 145, onde se effectuou a busca a que se referem os autos ; que nenhuma dessas firmas adquirio a propriedade da marca, porque não cumprio o disposto no art. 13 da lei de 14 de Outubro de 1887, segundo o qual « a marca sómente pôde ser transferida com o genero de industria ou de commercio para que tenha sido adoptada, fazendo-se no registro a competente anotação, á vista de documentos authenticos » e seguindo-se a necessaria *publicidade* ; que, conseguintemente, incorporando ao seu patrimonio marca semelhante a esse signal distinctivo que voltára ao dominio publico, os querelantes não violarão propriedade alheia, crearão apenas para o prejudicado direito á indemnização devida pela apropriação de marca que se confunde com a que usára anteriormente ao registro (Lei cit., art. 23, 2º parte.)

Considerando que feita a busca em os dias 19 e 20 de Agosto de 1902 não foram encontradas nas fabricas dirigidas pelo querelado chinelas revestidas da marca contrafeita, mas sómente no estabelecimento da rua da Alfandega, onde *estavaõ expostas á venda* ; que nem da prova testemunhal nem da indiciaria se pôde concluir que o querelado fizera opposição da marca *depois da publicação do registro* ; que, portanto, não lhe pôde ser imputada a modalidade do art. 35, § 3 do Codigo Penal ;

Considerando que, em relação á outra modalidade — *exposição á venda de mercadoria revestida de marca semelhante á registrado e publicada* o delicto está cabalmente demonstrado em sua materialidade, mas o mesmo não se pôde dizer com referencia ao elemento intencional, ao *dolus generalis*, porque as circumstancias especiaes do phenomeno juridico em questão indicão accentuadamente que o querelado agio de *boa fé* ; que embora a violação dos direitos da marca pertença ao genero dos delictos cuja materialidade contém em si a prova do elemento moral — *res ipsa se dolura habet* ; embora a lei de 1837 e o Codigo Penal não empreguem as expressões — *scientemente, dolosamente, em fraude*, usadas na lei de 23 de Outubro de 1875 e na legislação similar de outros paizes, e por isso se presume sempre intenção criminosa no agente dessa infracção, é indubitavel que a *escusa de boa fé* pôde existir e ser demonstrada em casos extraordinarios, como o preesnte, em que um conjuncto de particularidades e de cir-

circumstancias especiaes collocou o querelado em situação de facto de tal ordem que infringindo a lei penal — na especie antagonica á lei civil — o fez sem consciencia de caracter anti-juridico do seu acto ; que as principaes circumstancias são as seguintes : a) trata-se de *exposição á venda*, feita pelo proprio fabricante, de mercadoria em que o signal distinctivo foi apposto quando ainda não constituia propriedade dos querelantes a marca *balança* ; b) não se provou que entre a data da publicação do registro e a da busca e apprehensão o querelado houvesse vendido chinellas revestidas de marca contrafeita ; c) G. J. de Oliveira, cujo estabelecimento commercial é contiguo aos querelantes, estava na posse da marca primitiva quando seus vizinhos, ás caladas e pressurosamente, fizerão o registro, e tendo a seu turno requerido o preenchimento desta formalidade comprobativa da apropriação, só quasi um mez depois da busca e apprehensão foi que sahio publicado no *Diario Official* o despacho indeferindo o requerimento ; d) como complemento das condições do *registro e da publicidade* e para facilitar a todos os interessados a verificação do que seja ou não apprehensivel, por pertencer ao dominio publico, ou ter entrado no patrimonio de alguem, instituiu a lei o *deposito* de um dos exemplares da folha official em que sahirem a descripção da marca e a respectiva certidão, deposito que deve ser feito dentro de 60 dias contados do registro (regul. de 1887, art 30) ; e antes de decorrido metade deste prazo, antes de ser publicado o despacho admitindo *deposito* que o querelado ignorava, os querelantes requererão e fizerão a apprehensão das chinellas ; esta circumstancia é de muita importancia, porque se bem que o Codigo Penal só se refira a marca devidamente *registrada e publicada*, o *deposito* é um complemento da notificação ou noticia official, e de tanto valor que ha prazo marcado para a sua realização ; constitue, segundo o art. 3 da lei de 1887 e o art. 1 do respectivo regulamento, uma das condições de *effectividade das garantias estabelecidas para o uso exclusivo da marca* ;

Considerando que, á vista do exposto, não existe nos autos prova de culpabilidade do querelado :

Accordão em Conselho do Tribunal Civil e Criminal negar provimento ao recurso, para confirmar, em sua conclusão, a sentença recorrida ; pagas as custas pelos recorrentes.

Rio, 2 de Maio de 1902. — *Muniz Barreto*, P. e Relator. — *Segurado* — *T. Torres*.

— Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim :

1. Miguel Matheus Ferreira, industrial, domiciliado no Barreto, Nitherohy, Capital do Estado do Rio de Janeiro, imputa a J. Carl Hems, socio solidario da firma Behrend Schmidt e C., o crime do art. 353, §§ 4º e 5º do Codigo Penal.

Allega na petição de queixa :

— que é o unico proprietario da marca de fabrica n. 28, registrada na Junta Commercial do Estado do Rio de Janeiro, legalmente depositada na Junta Commercial deste Districto e publicada pela imprensa ;

— que usa effectivamente dessa marca nos phosphoros geralmente conhecidos sob a denominação *Brilhante* ;

— que no estabelecimento do querelado são fabricados productos similares, a que se applicão marcas que constituem imitação da marca industrial

do queixoso, sendo taes productos vendidos em grosso a commerciantes varejistas :

— que seguindo nesse ponto as inspirações da fraude sempre habil, e procurando de antemão preparar meios de defesa, o querelado apenas substituiu, nas marcas que usa e vende, a palavra — *Brilhante* pelas palavras *S. João*, conservando em tudo mais a mesma disposição de cores, dimensões, linhas, contornos e ornatos, sem esquecer a facha obliqua, onde se lê aquella inscripção, e que constitue um dos caracteristicos da marca ;

— que esses factos, que constituem manifesta usurpação do direito de propriedade industrial do querelante ficarão plenamente provados pela busca e apprehensão feitas de accordo com o art. 21, §§ 1º e 2º da lei n. 3.346 de 14 de Outubro de 1887 ;

— que sem embargo da modificação introduzida — a substituição da palavra *Brilhante* pelas palavras *S. João*, a qual por si só já é um indicio de fraude, o querelado não pôde escapar á responsabilidade criminal que do seu acto decorre, em face da expressa disposição do art. 354 do Codigo Penal ;

— que ainda para illudir os consumidores e encobrir a fraude, o querelado assignala na marca ter sido ella *registrada*, o que effectivamente não é verdade.

A sancção penal foi proposta com o auto de busca e apprehensão, requeridos a 28 de Novembro ultimo ; a fl. 25 vêem-se o modelo da marca do queixoso e a prova do registro feito a 14 de Outubro de 1898, e do deposito, e a fl. 74 a prova da publicidade.

Forão ouvidas testemunhas na fórmula legal e procedeu-se a exame por peritos.

A 27 de Outubro de 1902 foi requerido á Junta Commercial registro da marca *S. João*, sendo deferido o requerimento e feito o registro a 19 de Janeiro do corrente anno, isto é, *depois da propositura da presente acção penal*.

Aggravando o queixoso, da decisão da Junta para a Camara Civil da Corte de Appellação, teve provimento o agravo e foi ordenado o cancellamento do registro, porque, diz o acordão, « confrontando-se as duas marcas juntas á fl. 16, vê-se que o emblema em ambas é o mesmo, — *um losango com identica direcção ; a disposição dos dizeres e a côr do rotulo as mesmas e igual o tamanho das caixas, o que tudo concorre para induzir em erro o consumidor.* »

O querelado defendeu-se com as allegações de fis, a fis., dizendo :

— que a marca *S. João* não pôde por fórmula alguma ser considerada contrafacção da marca *Brilhante*, porque não ha possibilidade de erro ou confusão entre as duas marcas ; as differenças entre ellas podem ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação ;

— que o Juiz deve, segundo a lição dos mestres, proceder ao exame das marcas obedecendo aos seguintes principios : 1º, investigar qual o caracteristico ou traço dominante de cada marca ; 2º, apprehender qual a apresentação geral de cada uma ; 3º, discriminar o que mais deve impressionar o comprador, se o caracteristico, se a feição geral ; 4º concluir se por um ou por outra é possível o engano do consumidor ;

— que, como ensina Pouillet (*Traité des marques de fabrique*, n. 18^o « pour juger du plus ou du moins de possibilité de confusion, il ne faut pas prendre pour terme de comparaison le degré d'attention du premier venu du consommateur ignorant et inintelligent, mais le degré d'attention du consommateur vigilant suffisamment soigneux de ses intérêts » ;

— que na hypothese dos autos não é possível que pessoa de mediano entendimento se engane entre as duas marcas; os característicos de cada uma dellas são as proprias denominações; as côres de impressão, o tamanho e o formato dos rotulós não podem constituir característico, porque na quasi totalidade de fabricação dos phosphoros nacionaes ha inteira uniformidade e a tal respeito, como é facil verificar dos documentos a fls. 82, 83 e 84;

— que dentre as testemunhas do queixoso duas ha, as de fls. 45 e 48, que dizem que só quem não sabe lêr, só um ignorante, pôde confundir a marca S. João com a marca *Brilhante*.

— que o proprio laudo dos peritos, apezar de muito parcial e suspeito, autorisa a mesma conclusão quando affirma que para a pessoa que souber ler e de boa percepção não é possível erro ou confusão entre as duas marcas;

— que o acórdão da Camara Civil da Côte de Appellação de fórma alguma pôde influir neste feito, porque a casos de imitação ou semelhança de marcas que escapão á jurisdicção criminal e incidem em sanção civil; ha casos que, quer pela ausencia de intenção fraudulenta, quer pela falta de confusão possível ou provada, não podem ser considerados delictos, mas podem constituir elementos de concorrência desleal ou acto indemnizavel;

— que todos os autores estão de accôrdo em que a responsabilidade do fabricante no crime de imitação fica dependente e sujeita á verificação de sua má fé ou *intenção fraudulenta*, elemento moral que não existe no caso vertente;

— que Guimarães, Irmão e C., estabelecidos com a « Confeitaria S. João », tendo requerido a 27 de Outubro do anno findo o registro da marca S. João, tiverão a leviandade de, não accelerando a effectividade do registro, fazer, entretando, encommenda de phosphoros rotulados com a marca que dizião registrada; os fabricantes attenderão ao pedido, no qual não podião suspeitar intenção fraudulenta, desde que o emblema da marca era unica e simplesmente o nome da confeitaria dos pretendentes, e o nome destes era declarado por extenso e pela fórma mais ostensiva.

O Dr. Juiz *a quo* julgou procedente a queixa e pronunciou o querellado como incurso no art. 353, §§ 4^o e 5^o, do Codigo Penal.

Dessa decisão recorreu o querellado para este Conselho, reiterando, quanto ao merecimento da causa, as allegações da defesa e arguindo, preliminarmente, as seguintes nullidades :

a) que a queixa foi offerecida com formal inobservancia da lei, porque na petição de fl. 2 não se deu valor ao damno;

b) que, se bem que offerecida a queixa contra uma firma social, só um socio foi citado — o recorrente — e só contra o mesmo foi instaurado e seguido o processo;

c) que, contra disposição expressa da lei, o processo ficou parado no cartorio por mais de 15 dias (31 de Janeiro a 1 de Abril), não se justifi-

cando a occurrencia, nem pela superveniencia de férias forenses, nem pela certidão de fl. 77, passada pelo escrivão.

A's razões de recurso respondeu o queixoso, apresentando as allegações de fl.

II. Examinado detidamente o caso concreto, ponderadas as allegações e as provas, e

Considerando, preliminarmente,

— que são improcedentes as nullidades arguidas : a 1ª, porque desde a revogação do art. 31 do antigo Codigo Criminal e do § 5º do art. 269 do Codigo do Processo, pelo art. 68 da lei de 3 de Dezembro de 1841, que determinou que « a indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil », disposição confirmada pelo Codigo Penal, no art. 70, o valor do damno causado deixou de constituir requisito legal de queixa ; a 2ª, porque a presente acção penal foi intentada exclusivamente contra J. Carls Heims, socio solidario da firma Beherend, Schmidt e C., como se lê na queixa á fl. 2 ; a 3ª, porque, como prova a certidão de fl. 77 v., o processo ficou suspenso por ordem do Juiz, e o que prescreve o art. 33, n. 2, do regulamento annexo ao decreto n. 9.828, de 31 de Dezembro de 1888, é que a *aprehensão e o deposito ficarão de nenhum effeito se a acção penal ficar paralyzada por falta do autor durante mais de 15 de dias* ;

Considerando, de *meritis*, — que o Codigo Penal considera delicto a *imitação* de marca de industria, ou commercio, devidamente *registrada e publicada* (art. 353 — princ. e § 3º) ;

— que para que se dê a imitação não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando, sejam quaes forem as differenças, a possibilidade de erro e confusão, sempre que as differenças não possuão ser reconhecidas *sem exame attento ou confrontação* (art. 354) ;

— que esse exame não é o que pôde fazer um perito, versado na especialidade, experiente e avisado, que de golpe descobriria o embuste, e *sim o que está ao alcance de todos, e na capacidade commum do consumidor* (Aff. Celso, *Marcas Industriaes*, n. 194) ;

— que a lei não exige que o comprador saiba ler e conheça o idioma em que estão escriptos o nome e os dizeres da marca, tanto que, satisfeitos os requisitos legais, a marca estrangeira é admittida a registro e goza da effectividade das garantias que a lei estabelece para as nacionaes (Decreto n. 3.346 de 14 de Outubro de 1887) ;

— que a lei também não exige no consumidor, ou comprador, vigilancia suspeitosa ; basta que elle tenha a intelligencia commum e a attenção ordinaria ;

— que a *imitação* é uma contrafacção que *evitou ser integral* ; o corrente doloso, o artista que para ella trabalhou, procurará a um tempo produzir a confusão e reservar-se uma defeza ; tomárão da marca original os traços principaes e variárão os secundarios, ou vice-versa ; não lhe reproduzindo os elementos essenciaes, conseguirão chegar pelos accessorios a uma semelhança geral ; e aos tribunaes compete, em ambos os casos, *desmascarar a manobra, e julgar se a semelhança é sufficiente para enganar o comprador* (Aff. Celso, ob. cit., n. 192) ;

— que a esse respeito o Juiz tem poder soberano de apreciação, mas o

que deve guia-lo é a impressão que elle sente vendo separadamente as duas marcas, afim de verificar se a impressão produzida pela segunda recorda a que deixou em seu espirito a primeira marca ; e é preciso que tenha em vista, sobretudo, o conjunto em sua disposição e sua forma (Bry, *Cours de législation industrielle* ; pag. 468) :

— que as marcas podem ser : a) *nominaes*, quando são apresentadas por nome ou denominação de fantasia, expressa sob fórma distinctiva ; b) *emblematicas*, quando são representadas por quaesquer *signaes, emblemas, desenhos*, etc., que indepentemente de nome ou denominação, servem para designar os productos a que são appostos ; c) *mixtas*, quando ao lado da *fôrma nominal ha a fôrma emblematica* ;

— que a *marca emblematica* tem o merito de fallar aos olhos de todos e de ser comprehendida pelos *illetterados de todos os paizes* (Bry, ob. cit., pag. 458) ;

— que as marcas devem consistir em *concepção nova*, ou serem formadas de *elementos já combinados*, comtanto que a *nova combinação seja differente, ou applicada em productos que nenhuma analogia tenham entre si* ;

— que a imitação entre duas marcas de natureza *mixta* pôde dar-se ou porque a *semelhança* resida no *traço essencial ou dominante*, ou porque resida no *aspecto geral, na disposição dos signaes e das palavras, ainda que diversos sejam os dizeres e differentes os emblemas* ;

— que a jurisprudencia attesta não pequeno numero de casos de violação de direito de marca unicamente pela imitação do *aspecto geral* sem embargo da *diversidade da parte emblematica e da parte nominal*, consideradas em si mesmas (Aff. Celso, ob. cit. ns. 196 e 198)

— que ha *imitação (Rendu, Codes de la propriété industrielle, n. 139)*, quando não obstante ser *differente a inscripção* em cada marca, a *fôrma, a côr e a disposição typographica* induzem em erro o comprador ; quando o *conjunto da marca é semelhante*, tem a *mesma fôrma e a mesma côr*, ainda que as *palavras e a assignatura sejam differentes* ;

— que a marca do queixoso — devidamente *registrada e publicada* — é de natureza *mixta* : a parte nominal tem como traço caracteristico a palavra *Brilhante*, escripta numa larga facha (parallogrammo) em diagonal e com um rabisco por baixo ; a emblematica consiste em tres parallogrammos, o primeiro em sentido diagonal e os outros em sentido horisontal, sendo um collocado na parte superior e outro na parte inferior, e tambem em dous triangulos — um á direita e outro á esquerda da etiqueta :

— que a marca apprehendida é tambem de natureza *incicta* : o traço dominante da parte nominal são as palavras *S. João*, escriptas em *larga facha em sentido diagonal*, e com um *rabisco* por baixo, e a parte emblematica se compõe tambem de tres *parallogrammos e dous triangulos, dispostos do mesmo modo que os da marca do queixoso* ;

— que além da *identidade* dos parallogrammos e triangulos, em sua *disposição*, elles tem, nas duas marcas as *mesmas dimensões e a mesma côr* ;

— que comquanto differentes os *dizeres* escriptos nos dous triangulos estão *dispostos da mesma fôrma*, guardando as *palavras collocacão analogica* ;

— que embora sejam identicos os *elementos* que entrão na *composição da parte emblematica*, elles não darião lugar a confusão se fossem *combinados de modo differente*, o que não se fez na marca apprehendida ;

— que examinadas separadamente as duas marcas, a *impressão* que deixa a *marca falsa* recorda a *impressão* produzida pela marca verdadeira, porque *identica* na parte emblematica, a *diversidade* do traço caracteristico da parte nominal, não é de ordem a transmutar o *aspecto geral*, as disposições dos signaes e dos dizeres, a *fôrma typographica*, o *conjuncto*, que é o que mais impressiona ;

— que a semelhança do *aspecto geral* das duas marcas é tão accentuada que um consumidor de intelligencia commum e de attenção ordinaria poderá receber o producto com a marca *S. João* suppondo que se lhe entrega producto similar da marca *Brilhante* ;

— que as provas dos autos fazem certo que no estabelecimento industrial do querellado se fabricão productos similares aos do queixoso, productos a que se appunha a marca contrafeita, e assim erão introduzidos no mercado ;

— que não milita a favor do querellado excusa da boa fé, porque, salvo casos, muito especiaes, o elemento moral do delicto de violação do direito de marca de fabrica decorre da circumstancia material do registro e da publicidade ; essa infracção pertence ao genero de crimes em que o proprio facto envolve a existencia do dolo — *res ipse se dolum hebet* ;

— que a lei de 1837 e o Codigo Penal omitirão propositalmente — para evitar confusão no espirito dos interpretes — as expressões *dolosamente*, *subrepticamente*, *scientemente*, *em fraude*, que usava a lei de 1875 e usa a legislação de alguns paizes ;

— que, consequentemente, o caso concreto reúne todos os elementos que entrão na composição legal do delicto definido no art. 353 §§ 4º e 5º do Codigo Penal ;

Accórdão em Conselho do Tribunal Civil e Criminal negar provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida, pagas as custas afinal.

Rio de Janeiro, 30 de Julho de 1903. — *Muniz Barreto*, Presidente e relator. — *Segurado*. — *T. Torres*.

— Actualmente a materia é regulada pela lei n. 1236 de 24 de Setembro de 1904 que modifica o dec. n. 8343 de 14 de Outubro de 1882. O decreto n. 5424 de 10 de Janeiro de 1905 approva o regulamento para a execução da lei n. 1236 de 1904, na fôrma do art. 36 desta, que diz : O governo reverá o regulamento n. 9828, de 1887, pondo-o de accordo com as disposições desta lei. Não houve, portanto, revogação da legislação anterior sobre marcas de fabrica e de commercio e sim modificação. O novo regulamento devia ser uma consolidação das disposições anteriores não derogadas pela lei n. 1236, com as novas disposições.

O arts. 353 a 355 do Codigo foram modificados pelo art. 37 da nova lei, que diz. « São modificados os arts. 353 a 355 do Codigo penal na conformidade do que dispõem os arts. 13, 14 e 15 desta lei. » Vide no *Appendice* a lei e o regulamento.

O commentario supra tem applicação á nova lei com pequenas variantes e por isso o mantivemos nesta edição. As figuras da nova lei (art. 131) estão classificadas em grupos cujas modalidades são — de *uso*, *venda* ou *expo-*

stição á venda, reproducção, imitação e usurpação. Nos arts. 14 e 15 ha o *uso* de marcas e a *venda* ou *exposição á venda* de mercadorias ou productos revestidos das marcas a que se referem os mesmos artigos.

O *uso*, a *reproducção*, a *imitação* e a *usurpação* de marcas contrafeitas, são modalidades de figuras distinctas das da *venda* ou *exposição á venda* das mercadorias ou productos revestidos de taes marcas. A lei comprehende, portanto, o productor, isto é o fabricante, e o commerciante, que serve de intermediario entre aquelle e o consummidor. Era esse tambem o pensamento do Codigo que comprehendia aquellas modalidades da marca contrafeita e a *venda* ou *exposição á venda* de mercadorias ou productos revestidos das marcas contrafeitas.

— O dec. n. 1425 B de 28 de Novembro de 1905 estabelece regras para a apprehensão de productos ou mercadorias importadas com falsas indicações de procedencia.

TITULO XIII

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA E A PROPRIEDADE

CAPITULO I

Do roubo

Art. 356. Subtrahir, para si ou para outrem, cousa alheia movel, fazendo violencia á pessoa ou empregando força contra a cousa :

Pena — de prizão cellular pour dous a oito annos (528).

(528) A penalidade é a do art. 239, § unico.

Art. 357. Julgar-se-ha feita violencia á pessoa tōdas as vezes que, por meio de lesões corporaes, ameaças ou outro qualquer modo, se reduzir alguem a não poder defender os bens proprios ou alheios sob sua guarda.

E' considerada violencia contra a pessoa a entrada á noite na casa por meio de escalada, gazúas, chaves falsas ou verdadeiras, fortuita ou subrepticamente obtidas pelo criminoso, ou com auxilio de algum domestico, que tenha sido subornado, ou.

fingindo-se o delinquente autoridade publica, ou autorizado a tomar a propriedade alheia.

Art. 358. Julgar-se-ha violencia feita ás cousas a destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime.

Constituem violencia contra as cousas os arrombamentos internos e externos, a perfuração de paredes, a introdução 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 (529)

(529) O roubo é o furto com violencia; este é o conceito generico, admitido desde a legislação romana, e na de todos os povos (Vide Albert Desjardins, *Traité du vol* dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain.) Os codigos modernos adoptaram o mesmo conceito. Pode-se dar no roubo todas as modalidades do furto, mas a característica do roubo é a violencia feita á *pessoa* ou contra a *cousa*. Não se limitou o Codigo ao simples enunciado do art. 356. Definio nos arts. 357 e 358 a violencia que tem por objecto a pessoa ou a coisa. Mas julgou conveniente distinguir a violencia feita á *pessoa* e a violencia feita *contra* a pessoa; a violencia feita á *cousa* e *contra a coisa*. A violencia *á pessoa* pode ser *moral* ou *material*, havendo em ambos os casos *coacção*, constrangimento que impossibilita a victima de defender a coisa cubiçada pelo ladrão. A *ameaça* produz o constrangimento moral, a *aggressão physica*, o emprego de anestesicos ou narcoticos, as lesões corporaes, constituem constrangimento physico ou material. A violencia *á pessoa* é directa, o offendido está presente na occasião em que se commette o roubo. Na violencia *contra a pessoa* não ha offensa á incolumidade pessoal da victima, mas ha uma offensa indirecta, com a violação do domicilio *á noite* por qualquer dos meios figurados na segunda parte do art. 357. Ha nesta modalidade diversas figuras de violencia, desde a entrada na casa por meio de *escalada* ou aberturas de portas e janellas por meio de gazúas, chaves falsas ou verdadeiras, até o *suborno* de criados e o *artificio* de fingir-se o ladrão autoridade, ou autorizado a tomar a propriedade alheia. Não ha n'estas figuras violencia feita á *cousa* ou *contra a coisa*, ainda mesmo na abertura das portas e janellas com gazúa ou chave falsa. Sendo elemento constitutivo do roubo a violencia á *pessoa* ou *contra a pessoa*, á *cousa* ou *contra a coisa*, podem occorrer casos em que ha violencia á *pessoa* ou *contra a pessoa*, não existindo a violencia á *cousa* ou *contra a coisa* e vice-versa, e casos em que concorram ao mesmo tempo na execução do delicto as especies de violencia *á* ou *contra* a pessoa, *á* ou *contra* a coisa.

Na violencia feita á *cousa* (art. 358) ha destruição ou rompimento de obstaculos que impediriam o roubo; ha, enfim, remoção violenta dos obstaculos. A violencia *contra a coisa* verifica se por diversos meios: arrca-

bamentos internos ou externos, perfuração de paredes, entrada na casa por conducto subterraneo (galeria de exgotto ou qualquer outra trabalhada ou não pelo ladrão), a entrada na casa pelo telhado ou por qualquer caminho que não sejam as portas de entrada do edificio principal ou de suas dependencias. Parece que na violencia *contra a cousa* o Codigo cogitou das *cousas immoveis* somente e na violencia *à cousa*, das *cousas moveis*. O Supr. Trib. de Just. do Maranhão, por Acc. de 18 de Setembro de 1900, na *Rev. Jurisp.*, Nov. 1900. p. 263, decidiu que segundo o art. 358 do Cod. pen. os arrombamentos externos são aquelles com cujo auxilio pode alguém introduzir-se nas casas, pateos, quintaes, muros ou dependencias, ou nos aposentos e quartos particulares; e os arrombamentos internos aquelles que depois da introdução nos logares mencionados, são feitos nas portas e recintos de dentro, assim como nos armarios ou outros moveis fechados. O mesmo Acc. decidiu que não constitue crime de roubo, e sim furto, o facto do delinquente subtrahir uma cousa movel para fóra do local da subtracção arrombal-a e apropriar-se de seu conteúdo.

A Camara Criminal da Corte de Appelação do districto Federal por Acc. de 30 de Agosto de 1901 tambem decidiu que não commette o crime de roubo, mas o de furto, aquelle que arromba a porta de um galinheiro para apropriar-se de animaes nelle existentes. Na especie o arrombamento constatado constitue a aggravante do art. 39, § II, do Cod. pen. Não parece accetavel a doutrina dos dois Accs., em face do art. 358, que considera violencia feita *à cousa* a destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime. Não se pode negar que a cousa movel fechada, a porta fechada do galinheiro eram obstaculos para a apropriação das joias ou das gallinhas, desde que verificou-se o rompimento ou destruição da fechadura ou do obstaculo material, a violencia é manifesta. Não é o local ou o valor da cousa subtraida que constitue o roubo, mas a forma da execução do delicto por meio de violencia nos termos do art. 356. E para evitar toda e qualquer duvida o Codigo definio nos arts. 356 e 357 em que consiste a violencia.

Art. 359. Si para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se commetter morte :

Pena — de prisão cellular por doze a trinta annos (529).

(529) A penalidade é a do art. 294, § 1.

Parapho unico. Si commetter-se alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 :

Pena — de prisão cellular por quatro a doze annos (530).

(530) No art. 359 a figura é a do *latrocinio*, a forma mais grave dos crimes contra a propriedade. A penalidade é igual á do *assassinato*, que é a forma mais grave do *homicidio* (art. 294, § 1). Já assim se dispunha no Codigo de 1830 art. 271, cuje maximo da penalidade era a morte e o mi:

nimo 20 annos de galés. Concordam todos os Codigos no augmento da pena. No latrocínio o roubo é o fim. A morte pode ser um meio para facilitar ou realisar o roubo, ou pode occorrer accidentalmente, ou em defeza do ladrão, defeza que se não considera legitima para dirimir a responsabilidade. A morte podia ainda occorrer antes, durante, ou depois da perpetração do roubo. Qualquer que seja a hypothese ella é sempre elemento constitutivo do latrocínio. Basta que haja relação directa entre a morte e o roubo, ainda que seja este o facto principal. No § unico o Codigo figura o roubo acompanhado de violencia á pessoa por meio de offensa physica grave. João Vieira considera esta figura uma modalidade de latrocínio, sendo a penalidade maior que a do roubo com offensa physica leve previsto no art. 356. A caracteristica do latrocínio é a morte. Matar para roubar ou roubar matando — é a figura do crime. A offensa physica grave é uma lesão corporal da qual resulta mutilação, amputação, deformidade, ou privação permanente do uso de um orgão ou membro, ou qualquer enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho. Considera-se tambem offensa physica grave se a lesão produzir incommodo de saúde, que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de trinta dias. Não existe aqui o *animus occidendi*, com o fito de facilitar ou realisar o roubo, o que constitue o *dolo especifico* do latrocínio. O dr. Vicente Reis, em um trabalho recentemente publicado sob a epigraphe *Os ladrões no Rio* faz curioso estudo, fructo de suas observações pessoas como delegado de policia, sobre esta perigosa classe de criminosos que infestam a Capital Federal. Elle divide os ladrões em duas classes : os que roubam e os que furtam. Os primeiros empregam violencia e são os que propriamente se podem denominar ladrões. Aos demais se chamam gatunos. Entre os ladrões destacam-se : 1º os que matam para roubar; 2º os que agarram a victima pela garganta; 3º os que assaltam no mar; 4º os que narcotizam; 5º os que fazem banhos de mar; 6º os saltadores de janelas; 7º os que destroem os obstaculos á sua passagem, por meio de instrumentos para taes fins criminosos appropriados : a) arrombando o que fôr preciso, b) empregando a gazúa ou a chave falsa, c) servindo-se, ás vezes, até da propria chave da casa que obtem fortuita ou subrepticamente, ou com o auxilio de algum domestico com elles connivente; 8º os que visitam os gallinheiros, coradouros e casas vasiaas. Entre os gatunos ha os que *trabalham* com dois dedos e os que se valem da boa fé alheia. Quanto aos primeiros notam-se : 1º os que furtam objectos de bolso; 2º os que se aproveitam dos descuidos, do desmazelo de qualquer pessoa; 3º os que furtam amostras expostas á porta de casas commerciaes e, na impossibilidade de se entregarem a esse meio de rapinagem, saqueam os pobre infelizes que, por qualquer causa, bebedeira ou ataque, são encontrados, cahidos nas ruas e praças publicas; 4º os que furtam animaes. Dentre os que subtrahem, illudindo a boa fé do proximo, incluem-se : 1º os que preparam a fraude para auferir lucros, por meio de falsos documentos, etc. : são os chamados estellionatarios propriamente ditos; 2º os que prégam o *conto do vigario*, usando para isso de varios golpes, mais ou menos interessantes. N'essa classificação não estão incluídos os que se apresentam como agenciadores de certos hotéis e finalmente as mulheres ladras. Os ladrões fazem e vivem de sua especialidade. Os ladrões, isto é, os que rou-

dam, não furtam, e vice versa. O illustre autor estuda em seguida as diversas especies de ladrões e gatunos, o seu modo de *operar* e faz a nomenclatura e chronica de grande numero que tem tido entrada nas repartições policiaes e nas prisões para comprimento de penas. E' no genero, trabalho interessante e de actualidade.

Art. 360. A tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violencia, ainda que não se opere a tirada da cousa alheia, será punida com as penas do crime, si della resultar a morte de alguém, ou á pessoa offendida alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 (531).

(531) Este artigo abre uma excepção á regra geral da penalidade estabelecida no art. 63, que diz : a tentativa será punida com as penas do crime consummado, menos a terça parte em cada um dos grãos. Aliás o proprio art. 63 previo a excepção da tentativa a que estiver imposta pena especial, como succede no art. 360.

No *Direito*, Junho 1891, p. 321, o dr. Ed. Durão (*Solus*) sob a epigraphe *Roubo e latrocínio*, faz uma critica interessante deste capitulo do Codigo. João Vieira subscreve essa critica, mas diverge na parte em que o dr. Durão considera que o art. 390 refere-se ás penas do art. 356 e não á do art. 359.

Essa intelligencia, diz João Vieira, só por ser absurda, deve ser afastada ; mas o Codigo, empregando as expressões punida com as penas do crime — refere-se ao crime ou facto commettido da *morte* ou *lesão* que são punidos respectivamente pelo art. 349 e § 1º e não com as penas do art. 356. Subscrevemos tambem a opinião de João Vieira, mas para maior clareza diremos — quando o Codigo diz com as penas do crime, refere-se ao crime de *latrocínio* definido no art. 359, § 1 e não ao crime de roubo definido no art. 356, porque só no *latrocínio* é que existe a figura do roubo com assassinato ou lesão corporal grave. Improcede nesta parte a critica do dr. Ed. Durão.

Art. 361. Fabricar gazúas, chaves, instrumentos e appa-relhos proprios para roubar, tel-os, ou trazel-os cosigo, de dia ou de noite.

Pena — de prisão cellular por seis mezes a trez annos (532).

(532) A disposição deste artigo figurava assim no art. 300 do Codigo de 1830 entre os *crimes policiaes*, que correspondem ás contravenções : « Fabricar gazúa, ou ter ou trazer comsigno, de dia ou de noite, gazúa ou outros instrumentos proprios para roubar : Penas de 2 mezes a 3 annos de prizã som trabalho. » O novo Codigo manteve aquella disposição accrescentanã

— *chaves e aparelhos*, e desloca das *contravenções* para considerar *crime* classificado no capítulo do roubo. Subscrevendo a censura do dr. Ed. Durão. adoptamos a observação de João Vieira : Está subentendido que o elemento essencial deste crime é o dolo específico, isto é, o fabricante, operario, detentor e portador, tem *sciencia* de que o fabrico, a detenção, e condução das gazuas, chaves, instrumentos, aparelhos destinam-se a roubos. O fim a que se destinam estes objectos é que torna illicitos o seu commercio ou a sua posse. — A penalidade é a do art. 330, § 4, excluida a multa.

Vide art. 26 do dec. n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, no *Appendix*.

CAPITULO II

Das extorções.

Art. 362. Sequestrar uma pessoa para obter della, ou de outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, cousa ou acto que importe qualquer effeito juridico :

§ 1. Extorquir de alguém vantagem illicita, pelo temor de grave damno á sua pessoa ou bens; constranger alguém quer por ameaça de publicações infamantes e falsas denuncias, quer simulando ordem de autoridade, ou fingindo-se tal, a mandar depositar, ou pôr á disposição, dinheiro, cousa, ou acto que importe effeito juridico;

§ 2. Obrigar alguém, com violencia ou ameaça de grave damno á sua pessoa ou bens, a assignar, escrever ou aniquillar, em prejuizo seu, ou de outrem, um acto que importe effeito juridico :

Pena — de prisão celllular por dous a oito annos (534).

(534) A *extorção* pode-se definir *in genere* a acção violenta para obter ou conseguir alguma cousa de alguém por meio de ameaças ou coacção moral. O nosso Codigo comprehende, porem, n'este capitulo o sequestro, que é um constrangimento physico ou material.

No art. 362 e seus §§ 1 e 2 distinguem-se as figuras do sequestro e da extorsão propriamente dita, que apresenta duas modalidades nos §§ 1 e 2. O sequestro é, por sua natureza, distincto da extorsão, porque tem por fim privar alguém materialmente de sua liberdade, da liberdade de locomoção, retendo-o me qualquer logar, occultando-o, de modo que pode existir o sequestro da pessoa, sem que a liberdade moral dessa pessoa seja affectada, sem

que haja constrangimento ou coacção moral. Tal seria, v. g., o sequestro de um menor, para obrigar o interessado a resgatal-o ou pagar certa quantia a fim de obter informações do seu paradeiro. A característica do sequestro não é, como na extorsão, o constrangimento da liberdade moral. O elemento essencial do sequestro é o constrangimento physico. Na extorsão ha sempre o constrangimento moral, e pode não existir o physico. O sequestro definido no art. 362 apresenta duas modalidades : 1ª quando o sequestro tem por fim obter da *propria pessoa sequestrada* o preço de sua libertação, dinheiro, cousa ou acto que importe qualquer efeito juridico; 2ª quando o sequestro tem por fim obter de *outrem*, que se interessa pela pessoa sequestrada, aquellas utilidades. Em ambas as modalidades o paciente é um só, divergindo, porem, de situação conforme fôr causa directa ou indirecta do objectivo do sequestro. O delicto se consumma, como diz João Vieira, com a privação da liberdade da pessoa, ainda que o delinquente não haja conseguido o fim que teve em vista com o sequestro.

A *extorsão* apresenta diversas modalidades nos §§ 1 e 2, conforme os meios utilizados para obter o *fim illicito*. Assim na primeira modalidade ha a coacção moral pelo *temor* de grave damno á pessoa ou bens de alguém; na segunda, ha constrangimento ou coacção moral de alguém por meio do *ameaças* de publicações infamantes ou falsas denuncias; na terceira, ha o mesmo constrangimento, mas o *meio* é diferente : o agente simula ordem de autoridade ou finge-se autoridade para mandar cumprir a ordem sob penas de desobediencia ou prisão, etc. Em cada uma destas modalidades, são elementos especificos os meios de acção, mas o objectivo pode ser qualquer dos mencionados no final do paragrapho : ordem para depositar, ou pôr a disposição, dinheiro, cousa, ou acto que importe efeito juridico, emfim, qualquer vantagem illicita. A figura da extorsão descripta no § 1 apresenta duas modalidades caracterisadas pela violencia material e pela ameaça, que é a coacção ou violencia moral. Na primeira o constrangimento é physico, na segunda é moral. Esse constrangimento constitue o *meio* de execução do delicto, cujo objectivo limita-se ás trez hypotheses : assignatura, escriptura ou aniquilamento de acto que importe efeito juridico. E' necessario, porém, que da acção delictuosa resulte algum prejuizo, que pode ser de outrem, ou da propria victima da extorsão.

Damos em seguida o Acc. de 21 de Agosto de 1901 do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, que constitue um excellent commentario do art. 362.

• Os Juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal.

Considerando que o querellante Otto Pettersen assignou a queixa de fl. 2 e prestou o compromisso legal de fl. 9; que está, portanto, juridicamente comprovada a sua responsabilidade legal pelas consequencias da queixa; que a procuração de fl. 53, confirmada pela procuração de fl. 186, contem os poderes precisos e necessarios em direito e especifica a causa crime para a qual são outorgados os poderes para o advogado constituído;

Considerando que, nos termos do art. 80 do Codigo do Processo Criminal, os querellantes devem ser ouvidos como informantes, fazendo-lhes os Juizes as perguntas que lhes parecerem necessarias para descobrirem a verdade e aquerir sobre ella as testemunhas;

Considerando que são, portanto, improcedentes as nullidade arguidas;

Considerando que o crime de extorsão consiste no facto do agente obter um proveito illicito pela intimidação, pelo terror inspirado á victima, por meio da coacção moral que lhe impõe e das ameaças que lhe faz, pouco importando para a integração do delicto que as ameaças sejam ou não seguidas de execução (Accordão do Tribunal Correccional do Sena, de 27 de Maio de 1895, Pasicrisie Belge, 1895, Jurisprudencia Estrangeira, pag. 105);

Considerando que são elementos do delicto : 1° — o emprego de meios que exerçam coacção sobre a vontade da victima, como o temor de grave damno á sua pessoa ou bens, as ameaças de publicações diffamativas, da revelação de um segredo, de um escandalo, de uma denuncia falsa, de um processo judicial, etc., a simulação de uma ordem de autoridade; 2° — o fim perverso do agente, obter para si um lucro illicito á custa da victima; 3° — o resultado da operação, o lucro illicito assim obtido, havendo apenas tentativa se o agente não chegar a obter a proveito illicito que esperava, por uma circumstancia independente da sua vontade;

Considerando que o delicto de extorção, cujo desenvolvimento progressivo desperta os receios dos criminalistas e suggere a necessidade de uma repressão mais energica, apresenta as modalidades mais diversas, tal, por exemplo, o jornalista que obtem dinheiro ameaçando a victima com publicações escandalosas; a criada que explora a ama pelo terror de entregar ao marido a carta comprometedora que subtrahio; a mulher que se diz seduzida e dá queixa-crime para, aterrando o pretenso offensor com o escandalo do processo, forçal-o a comprar a desistencia da queixa (Listz, Bolletim da União Internacional do Direito Penal, vol. 7, pag. 148);

Considerando que o legislador não póde dar uma definição precisa e rigorosa do crime de extorsão como dá para os crime que têm um caracter fixo, taes, por exemplo, o assassinato, a falsidade, pois a extorsão é um Pro-~~meu~~meu, transforma-se de mil modos differentes, assignalando-se o delicto por estes dous requisitos fundamentaes — a coacção exercida sobre a victima, em prejuizo de sua propriedade e o lucro illicito para o criminoso (Requisitorio do Procurador Imperial Dupin perante as Camaras Reunidas da Côte de Cassação, a 20 de Maio de 1858);

Considerando que o recorrente allega não ser o querellante a victima no caso do crime consumado e sim o Banco Allemão; pois a quantia de 61.000\$ foi paga por esse Banco, e então, abolida como está a antiga denuncia popular que o art. 74 do Codigo do Processo Criminal consagrava, e iniciando-se o procedimento da Justiça Publica ou por denuncia do Ministerio Publico ou per queixa da parte offendida, nos termos do art. 407 do Codigo Penal, nullo é todo o processo, pois a querellante não foi a victima, não é a parte offendida, e sim o Banco Allemão;

Considerando não ser procedente essa allegação, pois está provado pelo depoimento de fl. 102 que a Directoria do Banco Allemão deu a quantia de 61.000\$ ao recorrente, mas sob a responsabilidade do querellante, que está por carta obrigado a pagar essa quantia, caso não seja approvada pela administração superior do Banco essa deliberação da Directoria;

Considerando que o delicto de extorsão se caracteriza juridicamente, como bem decidiu a Côte de Cassação de Turim, em accordão, que Pincherli

ocita, quando ha a potencialidade do damno para a victima e a potencialidade do lucro para o agente;

Considerando que não é necessario para a integração do delicto, que o prejuizo seja soffrido pela pessoa ameaçada, pois succede muitas vezes que maridos, ascendentes, amigos, paguem, forneçam o dinheiro, para libertar pessoas que lhes são caras, do escandalo com que foram ameaçadas, e houve assim para o agente a obtenção de um lucro illicito, pela intimidação, pela coacção moral (Accordão da Côte de Cassação, de 6 de Janeiro de 1854;

Considerando que o recorrente allega ainda : 1^o que a extorsão não está legalmente caracterizada, porque não houve a ameaça de um damno imminente, do qual o offendido não podia defender-se; 2^o porque o temor de grave damno a pessoa ou aos bens a que se refere o art. 862, § 1 do Codigo Penal, é o constrangimento, a força irresistivel definida no § 5 do art. 27 do mesmo Codigo, o que não occurreu na especie;

Considerando que no roubo as ameaças devem ser de graves danos imminentes e a subtracção da cousa tambem immediata, mas na extorsão a ameaça não é de um mal immediato, inevitavel, e sim de um mal futuro, como futura é a esperança gananciosa do culpado (Pincherli, commentario ao art. 406 do Codigo Penal Italiano);

Considerando que a coacção moral que a lei quiz punir é aquella que pôde produzir o temor de uma revelação ou de uma imputação, attingindo a honra ou a consideração da pessoa ameaçada, não é necessario que o facto, objecto da revelação ou da imputação, seja claramente precisado ou enunciado na ameaça, basta que a ameaça alluda ao mesmo facto e exclua todo o equívoco quanto às suas consequencias eventuaes. Côte de Appellação de Gand, 17 de Julho de 1876; Côte de Cassação da Belgica, 12 de Julho de 1884; Côte de Cassação da França, 10 de Dezembro de 1886; Tribunal Correccional do Sena, 25 de Março de 1896; Pasierisic Belge 1896, Jurisprudencia Estrangeira, pag. 63;

Considerando que na extorção, a ameaça, o temor de grave damno á pessoa ou aos bens, não precisa revestir o character de força irresistivel, que é circumstancia dirimente da criminalidade, basta que ella impressione um espirito commum e lhe inspire o receio de expór sua pessoa ou sua fortuna a um mal grave e proximo, do mesmo modo que no direito civil a excepção *quod metus causa* vicia o consentimento e annulla a obrigação, devendo o Juiz ter em consideração a idade, o sexo, a condição e o temperamento da pessoa ameaçada (Malvezy, Ensaio sobre o crime de extorsão e o delicto de chantage, pag. 79-81; Garraud, Direito Penal Francez, tomo 5, n. 206, pag. 199);

Considerando que os factos attribuidos ao recorrente, e confirmados na instrucção criminal, não podem ser qualificados simples ameaças, porque as ameaças, sem o fim de extorquir dinheiro, constituem um delicto contra a liberdade individual, contra a personalidade; e quando tem por fim a obtenção de um lucro illicito atacão a propriedade (Rivarola, Codigo Penal Argentino, volume 2, n. 772, pag. 299);

Considerando que a ameaça tem principalmente por fim inspirar o receio de uma violencia physica, pôde existir sem ordem nem condição e se existe condição não é para a entrega de uma somma de dinheiro; a avidéz de uma

proveito, de um lucro illicito não é de sua essência e foi por isto que o Código a classificou entre os crimes contra as pessoas e não entre os crimes contra a propriedade; a extorsão, pelo contrario, tem por objecto arrancar uma somma de dinheiro pelo temor de um mal verdadeiro e serio, é um delicto contra a propriedade (Exposição de motivos da lei franceza de 13 de Maio de 1893, que reformou o Código Penal);

Considerando finalmente que a sentença recorrida apreciou juridicamente os elementos constitutivos do delicto e as provas colhidas na instrução criminal :

Por estes fundamentos : Accordão negar provimento ao recurso, para confirmar, como confirmão, o despacho recorrido. Custas afinal.

Rio, 22 de Agosto de 1901. *Segurado*, Presidente. — *Viceiros de Castro*, Relator. — *Thomé Torres*.

— Na primeira especie do crime de extorção definido no art. 362, § 1 do Código penal « *extorquir* de alguém *vantagem illicita* pelo temor de *grave damno* á sua pessoa ou bens » e primeiro elemento é a *intimidação coercitiva*, qualificada por um *damno grave* e que basta a qualidade pessoal do prejudicado e as circumstancias de tempo e de logar determinem *coactivamente* o sujeito passivo á entrega da vantagem illicita para existir a *gravidade do damno*, o qual pode referir-se á integridade physica da pessoa ou á sua integridade moral, ou ainda aos seus direitos patrimoniaes. O segundo elemento é a entrega da *vantagem illicita*, condição que dá ao delicto o caracter de lesivo de direito patrimonial. Esse delicto consumma-se quando a entrega se *torna effectiva*, isto é, quando a *vantagem está em poder do agente*. A' vista do sentido do verbo — *extorquir* que encerra em si a ideia de *violencia*, *coacção* ou *ameaça*, e attento o momento consumativo do crime, a sua tentativa só existe quando o meio intimidativo é *efficaz*. A *ameaça* recebida com *indifferença*, não constitue extorsão (Pessina, *Elem. di Dir. Pen.*, VII, p. 227), nem começo de execução de delicto. Na segunda especie primeira modalidade do mesmo paragrapho — *constranger* alguém, por *ameaça de publicação infamante*, mandar depositar ou pôr a disposição dinheiro, cousa ou acto que importe effeito juridico — o momento integrativo da tentativa existe (á vista do sentido do verbo *constranger*, logo que se dá a *ameaça de publicação*, embora essa *ameaça* seja *inefficaz*, isto é, *não produza o constrangimento*, uma vez que a *inidoneidade* do meio empregado seja apenas *relativa*, isto é, quando esse meio é « *sufficiente per sua natura e nel corso ordinario delle casi ad incutere timore... anche per circostanza speciale il minciato non se ne via preoccupato* » (G. Marciano, *Il Tit. X del Cod. Pen. Ital.*, p. 179). Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 11 de Agolto de 1898, na *Rev. Jurisp.*, Janeiro 1899, p. 89.

— Para o calculo da penalidade, *vide* nota ao art. 239, § unico.

Art. 363. Em todos os casos comprehendidos nos dous capitulos deste titulo se addicionará á pena corporal imposta ao criminoso a multa de 5 a 20 0/0 do valor do objecto roubado ou extorquido (§35).

(535) João Vieira observa, e bem, que no caso de *sequestro*, visto como a disposição deste artigo 363 abrange o roubo (arts. 359 a 391) e a extorsão (art. 362, §§ 1 e 2), no caso de *sequestro*, dizemos, si não chegar a haver *extorsão*, desaparece a multa, porque, de accôrdo com a sua letra, aquella disposição refere-se ao valor do objecto *roubado* ou *extorquido*.

— Para o calculo da multa. *vide* nota ao art 136, 1.ª *alinea*.

Vide no *Appendice* dec. n. 2110 de 30 de Setembro de 1909, art. 26.

LIVRO III

DAS CONTRAÇÕES EM ESPECIE (536)

(536) *Vide no Appendice*, lei n. 628 de 28 de Outubro e Dec. n. 3475 de 4 de Novembro de 1899. Revisão pode ser pedida ao Supr. Trib. Fed. em processo de contração : Decisão n. 4 na Jurispr. dos Accs. desse Trib. de 1898, p. 293.

CAPITULO I

Da violação das leis de inhumação e da profanação dos tumulos e cemiterios.

Art. 364. Inhumar cadaver em contração dos regulamentos sanitarios, ou transportal-o para fóra do cemiterio, salvo o caso de exhumação competentemente autorizada :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes (538).

(538) A penalidade é a do art. 148 pr., excluida a multa.

Paragrapho unico. O facultativo que, sem designio criminoso, passar certidão de obito de individuo que depois se reconheça que estava vivo ainda, incorrerá nas penas de multa de 100\$ a 200\$ e privação do exercicio da profissão por um anno (539).

(539) A multa é a do art. 160 pr.

Art. 365. Profanar cadaver; praticar sobre elle, antes ou depois da inhumação, qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos; violar ou conspurcar as sepulturas :

Pena — de prisão cellullar por dous mezes a um anno (540).

(540) A penalidade é a do art. 181 pr.

Art. 366. Damnificar, de qualquer modo, os mausoléos, lousas, inscripções e emblemas funerarios :

Pena — de prisão cellullar por um a tres mezes (541).

(541) A penalidade é a do art. 119.

João Vieira censura o Codigo, observando que neste capitulo ha uma mistura de factos que podem ser classificados como contrarios, já á ordem publica (art. 364), já á incolumidade publica (art. 364, § unico), já á moralidade (art. 365) e até á propriedade (art. 366). De facto, diversas são as figuras das contravenções definidas neste capitulo, mas nem por isso poderiam deixar de ficar agrupadas, como se acham, n'um mesmo capitulo, attendendo-se ao objecto de cada uma.

No art. 344 encontra-se a sancção contra a infracção das leis que regulam o serviço de enterramentos de cadaveres. Este serviço é municipal, é local. A Const. Fed., art. 72, § 5, determina que os cemiterios terão character secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis. A legislação do Imperio, diz o dr. João Barbalho, *Const. Fed. Comment.*, p. 312, punha a cargo das municipalidades proverem por suas posturas sobre cemiterios fóra do recinto dos templos a conferindo a esse fim com a principal autoridade ecclesiastica do logar. O Governo Provisorio da Republica adoptou a laicidade dos cemiterios e por dec. n. 789 de 29 de Setembro de 1890 regulou o assumpto, declarando que compete ás municipalidades a policia, direcção e administração dos cemiterios, sem intervenção ou dependencia de qualquer autoridade religiosa, não podendo as municipalidades, no exercicio desta attribuição, estabelecer distincção em favor ou detrimento de nenhuma Igreja, seita ou confissão religiosa. Declarou ainda que esta disposição (do art. 1) não comprehende os cemiterios existentes n'aquella epocha pertencentes a particulares, irmandades, confrarias, ordens e congregações religiosas e hospitaes, os quaes ficam, entretanto, sujeitos á inspecção e policia municipal. Prohibio o estabelecimento de cemiterios particulares. Determinou que em todos os municipios fossem creados cemiterios civis, de accordo com os regulamentos que fossem expedidos pelos poderes competentes. Determinou, finalmente, que em quanto não se fundarem taes cemiterios, nos municipios em que estes estabelecimentos estiverem a cargo de associações, de corporações religiosas, ou de ministros de qualquer culto, as municipalidades farão

manter a servidão publica nelles existentes, providenciando para que os enterramentos não sejam embaraçados por motivo de religião.

O preceito constitucional não alterou esta lei, que continua em vigor, que pode se considerar complementar ou explicativa do texto constitucional.

Na contravenção do art. 364 ha tres figuras distinctas : 1º *inhumação* em contravenção dos regulamentos sanitarios e dos do poder local ; 2º *transporte* para fóra do cemiterio de cadaver alli depositado ou destinado a ser inhumado ; 3º *exhumação* de cadaver sem autorisação de autoridade competente.

A especie do paragrapho unico refere-se, segundo João Vieira, ao enterramento de pessoa, de cujo obito o medico, *sem designo criminoso*, passa attestado e depois verifica-se que estava ainda vivo quando foi inhumada. Acrescenta o illustre J.-C. que « o elemento *material* da infracção é a attestação de obito de pessoa que não está ainda morta ; o *moral* a culpa de não verificar o medico si a pessoa, cujo obito attesta, esta realmente morta. O Codigo diz — *sem designo criminoso* — porque se houvesse este, v. g. para enterrar a pessoa ainda viva, ainda que fosse um moribundo haveria homicidio, e o facultativo seria co-réu ou cumplice, conforme as circunstancias do crime. »

A profanação do cadaver constitue a contravenção *in genere* prevista no art. 365. A profanação é acto de irreverencia, de desrespeito a cousas sagradas. Por motivos de ordem moral, philosophica e social, nada é mais respeitavel, nem pode ser objecto de maior reverencia do que os despojos do ser humano. Todo e qualquer acto offensivo do respeito e reverencia que devemos aos mortos é uma profanação. O art. 365 figura a profanação do cadaver antes ou depois de inhumado por meio de desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos. A profanação pode se apresentar sob diversas formas, desde o simples desacato por injuria verbal até a mais repugnante que consiste na aberração sexual denominada *necrophilia*, que Viveiros de Castro, resumindo a leitura de outros autores, descreve na sua monographia *Attentados ao pudor*. « *Necrophilos*, diz o illustre A., foi denominação dada por Guislain, mas a antiguidade já conhecia essa repulsiva manifestação da loucura ou de um profundo desequilibrio nervoso, quasi sempre hereditario. São os individuos que se entregam a actos sexuaes sobre os cadaveres das mulheres, chegando até a penetrar nos cemiterios, abrir as covas, tirar corpos em composição para essas monstruosas aberrações. Herodoto referé que Periandro, tyranno de Corintho, depois de haver assassinado sua mulher Melitta, teve relações sexuaes com o cadaver. Mas, o typo classico, citado por todos os psychiatristas, é o do sargento-Bertrand, que de quinze em quinze dias abria as sepulturas do cemiterio de Bléré para violar os cadaveres das mulheres. Viveiros cita ainda dois casos que leu em Legrand du Saulle : Um guarda do cemiterio de Saint-Ouen, Bran, chegava a desenterrar mulheres mortas de variola ; e um padre que violou o cadaver ainda quente de uma mulher, junto do qual o tinham collocado para recitar as preces dos moribundos ! Não ha muito tempo a chronica dos escandalos parisienses noticiou a captura de um violador de cadaveres nos cemiterios de Pariz com o fim de satisfazer paixões lascivas. O fito da profanação pôde ser tambem o roubo de objectos de valor ou pôde

ter por fim a occultação do proprio cadaver para fazer desaparecer a prova de um crime, ou para qualquer fim illicito.

A *violação* ou *conspuração* de sepulturas constitue figura diversa da profanação do cadaver inhumado, se o violador não tinha em mente essa profanação. No caso affirmativo a violação da sepultura é acto preparatorio da profanação do cadaver inhumado. A expressão — *conspurar* sepultura — é mal empregada como synonyma de *violar*, porque aquelle verbo (do latim — *conspurare*) significa — sujar, inficcionar. Se o legislador teve intenção de distinguir as duas acções — de *violar* e *conspurar*, forçoso será reconhecermos duas figuras distinctas nesta contravenção. A *violação* consistirá no acto da abertura ou excavação da sepultura sem autorisação da autoridade competente. A *conspuração* limitar-se-á á acção de sujar, inficcionar a sepultura, e assim se confundiria por extensão com o damno-descripto no art. 366.

A contravenção do art. 366 limita-se á damnificação dos mausoleos, lousas, inscripções e emblemas funerarios. Não se refere ás sepulturas. O damno-póde ser produzido por qualquer meio ou de qualquer forma, desde a simples *arranhadura* de qualquer peça até o arrazamento do monumento.

CAPITULO II

Das loterias e rifas.

Art. 367. Fazer loterias e rifas, de qualquer especie, não autorizadas por lei, ainda que corram annexas a qualquer outra autorizada :

Penas — de perda, para a Nação, de todos os bens e valores sobre que versarem, e multa de 200\$ a 500\$000 (543).

(543) Esta contravenção é punida com prisão cellualar por um a trez mezes, alem da pena estatuida no mesmo artigo. (Lei 628 de 1899, art. 3. Para a graduação da multa *vide* art. 157, § 1; quanto á prisão — art 119.

§ 1. Será reputada loteria ou rifa a venda de bens, mercadorias ou objectos de qualquer natureza, que se prometter ou effectuar, por meio de sorte; toda e qualquer operação em que houver promessa de premio ou beneficio dependente de sorte (544).

(544) *Vide* Lei n. 628 de 1899 cit., art. 3, §§ 1 e 2.

§ 2. Incurrerão em pena •

1º os autores, emprehendedores ou agentes de loterias ou rifas;

2º os que destrubirem ou venderem bilhetes ;

3º os que promoverem o seu curso e extracção.

Art. 368. Receber bilhetes de loteria estrangeira, para vender por conta propria ou alheia, ou em quantidade tal que razoavelmente não se possa presumir outro destino :

Penas — de perda, para a Nação, de todos os bilhetes apprehendidos, respectivos valores e premios, e multa de 500\$ a 2:000\$000 (545).

(545) *Vide* art. 353, § 6, excluida a multa de 10 a 50 0/0.

Na mesma pena incorrerão os que passarem bilhetes, ou offerecerem á venda, ou de qualquer modo disfarçado fizerem delles objecto de mercancia (546).

(546) O art. 367 § 1º do Codigo Penal reproduz o texto da lei n. 1.099, de 3 de Setembro de 1860, pedida como uma necessidade de ordem social pelo Conselheiro Angelo Muniz, quando Presidente do Conselho de Ministros — « para extirpar o abuso das loterias particulares e clandestinas. »

« A lei pune as loterias ou rifas, diz J. Vieira (*Cod. pen. interp. par. esp. o II*, p. 355) em primeiro logar para defender esse monopolio immoral das loterias officias ou publicas, que o Estado explora, e em muitos paizes, por motivos diversos, não poude ainda extinguir ; e em segundo logar é um fundamento moralisante, pelas mesmas razões porque pune o jogo e a aposta em geral, salvas as excepções previstas nas leis. » A não ser para attingir o jogo denominado dos *bichos*, pode-se dizer que a sancção do Codigo tem-se tornado innocua na repressão de loterias não autorisadas, pois a industria das loterias tomou tal incremento, que constituiu-se em sociedade anonyma uma companhia para exploral-as.

Observa o mesmo A. que a materia deste e do capitulo seguinte avultou de importancia desde que surgio na Capital Federal e propagou-se pelos Estados o denominado *jogo dos bichos*, que é irmão gêmeo da loteria. Este jogo *indigena* encontrou um meio de miseria após a jogatina da *bolsa*, proliferou e criou raizes tão profundas que não será certamente a golpes de lei ou de arbitrariedades policiaes que o poder publico poderá extirpal-o dos nossos costumes. O *jogo dos bichos* ha de existir emquanto existirem a loteria e as condições da vida precaria, que chegou ás raias da miseria moral e material. O jogo dos bichos é tambem prohibido pelo dec. n. 189 de 24 de Outubro de 1895 da Intendencia Municipal da Capital Federal. Os infractores incorrem na multa de 200\$000 e são processados e julgados na forma do dec. 4769 de 9 de Fevereiro de 1903. O poder publico empenha-se em extirpar o *jogo dos bichos*. Não ha chefe de policia, principalmente

marinheiro de primeira viagem, que não incluia, no seu programma, farramente publicado nos jornaes, a repressão do pernicioso vicio.

Entram como leões na campanha, delegados fazem *canôas* (é uma denominação nova dada ás *diligencias policiaes*, na gyria da casa), varejam domicilios, lavram flagrantes contra bicheiros e jogadores, que defendem-se soltos, e por fim reconhecem a improficuidade dos esforços, e o vicio continua. Em quanto existir a loteria legal, autorisada pelo governo, é impossivel reprimir o jogo dos bichos. Bem inspirado andou o deputado mineiro João Luiz Alves apresentando e projecto, que já seguiu para o Senado, considerando jogo prohibido a loteria ou rifa de qualquer especie. Estabelece penas mais severas e revoga os arts. 367 e 368 do Cod. pen., o art. 3.º e seus §§ da lei 628 de 28 de Outubro de 1899. A medida devia, porem, ser radical, acabando de vez com todas as loterias e prohibindo a venda de loterias estrangeiras no territorio da Republica. Mas o art. 6.º do projecto contempla, abre excepções para as loterias officiaes da União ou dos Estados, de maneira que o vicio continuará a reinar, entrando pela janella, quando encontrar fechada a porta.

O jogo do bicho, embora digam que nasceu no jardim zoologico, é producto genuino do *ensilhamento*, da *jogatina da bolsa*, fructo do *meio e do tempo*, em grande parte devido ás idéas pregadas pelos estadistas visionarios que dominavam a situação. A introducção do *jogo do ensilhamento* e do *jogo dos bichos* nos nossos costumes é moderna. Até então as operações da bolsa eram cousas serias: um corretor, era antes de tudo, um homem probro, não havia *zangões*, nem *roedores de cordas*. O jogador profissional vivia nas casas de jogo muito ás occultas e escondia o vicio, porque tinha vergonha de si proprio. Ninguém teria a coragem de dizer francamente que não tinha profissão e vivia do jogo. As casas de tavolagem hoje passaram a funcionar francamente a toda hora do dia ou da noute. Reina o jogo em todas as camadas sociâes, desde a ralé que frequenta a tavolagem da peor especie, até os frequentadores dos clubs elegantes. N'uma sociedade de costumes dissolutos é difficil reprimir o vicio pela acção directa do poder publico, por melhor que seja a lei confeccionada. Os bons costumes, que decorrem da moral privada e publica, são o unico freio contra as paixões desordenadas. Quando se promulgou o Codigo penal em 1890, o jogo dos bichos ainda não era conhecido e por isso não foi prevista a figura delictuosa respectiva. E por isso os nossos tribunaes e juizes vacillaram não sabendo onde capitular o novo delicto, ou melhor a nova especie ou modalidade do jogo. A principio consideraram-n'o infracção do art. 369, mas depois da lei n. 628 de 1899, a jurisprudencia variou incluindo-o na sancção do art. 367, § 1.º

Por Acc. de 10 de Outubro de 1900, na *Rev. Jurispr.*, Janeiro 1901, p. 90, a Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. decidiu:

« Para que algum possa ser considerado incurso no art. 367 do Cod. Pen. é essencial que os factos a elle imputados coincidão com a qualificação legal respectiva. Assim, a simples imputação feita ao accusado de praticar o denominado *jogo dos bichos*, sem a determinação dos factos que constituem este *jogo* não legitimão a condemnação do accusado como incurso a aquelle artigo. O primordial dever funcional da policia é prevenir o»

delictos pela vigilância. Altamente reprehensível, senão criminoso, é o promover a policia a consummação de contravenções para surpreender os contraventores em flagrante e processal-os. »

Por Acc. de 16 de Junho de 1900 a mesma Cam. Crim. confirmou, em grão de recurso, uma sentença que considerava o jogo dos bichos comprehendido na contravenção ao art. 367, § 1. O dr. Montenegro foi voto vencido. O illustre magistrado dava provimento á appellação para julgar improcedente a acção criminal, por não haver lei que qualifique crime o jogo dos bichos, e não ser admissivel a interpretação por analogia ou paridade para a qualificação de crimes ou applicação de penas! (Cod. Pen., art. 1). *Nullum crimen sine lege*. O appellante foi prezo e processado pela contravenção do art. 367, § 1 do Cod. Penal (nota de culpa a fl. 9); isto é, fazer rifa ou loteria não autorisada. Ora, si o jogo dos bichos é uma loteria ou rifa, sob a sancção do cit. art. 367, ao ministerio publico cabia a prova, e não supprila o juiz do julgamento. E qual o criterio para dizer-se que as listas a fl. 6 e 7 são bilhetes de rifa ou loteria, sem um indicio, fugitivo siquer, do « bem, mercadoria ou objecto prometido ou effectuado por meio de sorte », ou « da promessa e beneficio dependente da sorte? » E, mais ainda, qual a hypothese da supposta criminalidade do appellante? E' elle « autor de loteria, distribuidor, ou o promotor do seu curso e extracção? » Nestas condições, falhos, como são, os elementos precisos do supposto crime imputado ao appellante, irrito e nullo é o presente procedimento criminal, e ama iniquidade a condemnação por facto não previsto na lei penal. »

Outra decisão fundamentada :

« Autora a Justiça. Réo Delphim Pereira de Azevedo Bossas. (Art. 367 do Código Penal, combinado com o art. 3 da lei n. 628, de 28 de Outubro de 1899. Vistos, etc. Pelo auto de flagrante delicto de fl. 3 *usque* 4, vê-se que o réo em 26 de Junho do corrente anno, foi prezo pelo Delegado da 1.ª Circumscripção Suburbana como incurso na pena do art. 367 do Código, combinado com o art. 3 da lei n. 628 de Outubro de 1899 por estar fazendo o denominado jogo dos bichos. Procedidas as diligencias julgadas necessarias, foi o processo, depois de prestada pelo réo a respectiva fiança, enviado a este Juizo. Intimado o réo para, na fórmula do § 5 do art. 6 daquela lei, apresentar sua defeza, veio o mesmo réo com a que se vê nos depoimentos de fl. e allegações de fl. O que tudo bem examinado : Considerando que a contravenção imputada nestes autos, onde apenas se vêem a fl. dous papeis — a que a policia denomina de lista de bichos, mas que se achão sem solemnidade que fação fé e, portanto, constituão, pelo menos, a presumpção de representar em prova sufficiente da existencia da mesma contravenção; Considerando que, se assim não succedesse, restava ainda saber se o — jogo dos bichos — éito pelo modo por que o é, deve ser considerado, á vista do nosso Código Penal, *contravenção* ou *crime* previsto e qualificado sob tal denominação em algum artigo do mesmo Código, o que, não ha duvida, tem sido contestado pela jurisprudencia de nossos tribunaes; Accs. da Cam. Crim. de 10 e 20 de Outubro de 1900: *Rev. de Jur.* de Jan. de 1901, pags. 90 a 101; Considerando que simples imputação é o que se vê no inquerito policial, imputação que não é aceitavel, porquanto fez-se sem determinação de factos, e que caracterisação o delicto e, demais, tornou-se inexistente á vista da prova

testemunhal produzida neste Juízo, pela qual se verifica que o réo nunca fez semelhante jogo, é trabalhador, estabelecido com negocio de fogos artificiaes e vidros e agencia de construcções e reconstrucções de predios, por ser, como é, carpinteiro; Finalmente, considerando o mais que dos autos consta: Julgo improcedente o auto de flagrante, alludido para absolver, como absolvo, o réo Delphim Pereira de Azevedo Bossas da acção que contra o mesmo foi intentada para mandal-o em paz, si por al não estiver prezo. Rio, 18 de Julho de 1902. — *José Nodden de Almeida Pinto.* »

Outra decisão do mesmo magistrado, juiz da 13.^a Pretoria, de 27 de Janeiro de 1907 :

« Josino Quintanilha e Joaquim de Oliveira Reis foram processados pela autoridade policial da 20.^a Circumscripção Urbana, como incursoos na sancção penal do art. 367 do Codigo por serem accusados de fazer o jogo denominado « Jogo de bichos. » O primeiro é tido como banqueiro e o segundo como jogador; e, sendo preso aquelle prestou a fiança de 1:500\$ que vé a fl., apresentando a defesa de fl. O que tudo bem visto e examinado: considerando que pela lei n. 628, de 28 de Outubro de 1899, art. 6.^o, compete ao Chefe e Delegados de Policia do Districto Federal processar *ex officio* as contravenções do livro III, capitulo II do Codigo Penal; Considerando que, estabelecendo tal competencia, a mesma lei, nos §§ 1.^o e 2.^o do citado art. 6.^o determina quaes os termos essenciaes, indicando, ao mesmo tempo, o modo de fazer processo; Considerando que, entre os termos essenciaes conta-se o interrogatorio do contraventor na phase do processo a que se refere o § 2.^o citado, sendo certo que a falta do mesmo interrogatorio importa nullidade do processo, não só á vista da lei n. 628, de 1899, como tambem na conformidade do art. 98 do Codigo do Processo Criminal, que o exigem; Considerando que, no caso dos autos, além do processo não ter sido como mandam as disposições da lei referida, cujas normas foram desprezadas, visto como só depuzeram as testemunhas do flagrante, nelle vé-se tambem a falta de interrogatorio dos contraventores, cuja fiança foi arbitrada sem audiencia do Ministerio Publico; Considerando que a falta de interrogatorio por si só fere de nullidade todo o processo; Considerando que este Juízo deve conhecer da existencia de tal nullidade independentemente de arguição, que entretanto foi feita; Considerando que, assim, este Juízo não deve pronunciar-se *de meritis* sobre o caso; Julgo, pelos motivos expostos, nulló todo o processo e consequentemente absolvo os contraventores da acção intentada para mandal-os em paz. »

Por estas decisões vé-se bem que entre a policia e os magistrados do Districto federal não ha concordancia sobre a execução da lei na repressão do jogo dos bichos. Vé-se claramente que o aparelho judiciario-policial não funciona bem, dando em resultado a nullificação dos esforços da autoridade administrativa. Dar á policia attribuições judicarias é um erro; fazer da magistratura instrumento da autoridade administrativa é outro erro maior e mais pernicioso. Preencha-se a lacuna do Codigo com uma lei que defina a figura delictuosa do jogo dos bichos, a repressão se fará pelo poder judiciario nos termos da lei. Dêm bons exemplos as classes superiores: os senadores, deputados, ministros, funcionarios publicos, commerciantes,

os que vivem das profissões liberaes : sejam probos, honestos, cumpridores da lei, o jogo dos bichos desapparecerá das classes inferiores.

No § 1 do art. 367, o Código define o que seja loteria ou rifa, inspirando-se na citada lei de 1860 e no art. 368 sobre loterias estrangeiras consolidou as disposições da legislação anterior (Leis n. 1099 de 1.º de Setembro de 1860, n. 3140 de 30 de Outubro de 1882, n. 3329 de 3 de Setembro de 1884).

CAPITULO III

Do jogo e aposta.

Art. 369. Ter casa de tavolagem, onde habitualmente se reunam pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar, ou estabelecê-los em logar frequentado pelo publico.

Penas — de prisão cellular por um a trez mezes; de perda para a fazenda publica de todos os aparelhos e instrumentos de jogo, dos utensilios, moveis e docoração da sala de jogo, e multa de 200\$ a 500\$000 (548).

(548) A penalidade da prisão é a do art. 119; e a da multa a do art. 157, §.1.

Paragrapho unico. Incurrerão na pena de multa de 50\$ a 100\$ os individuos que fõrem achiados jogando (549).

(549) Vide art. 201.

Art. 370. Consideram-se jogos de azar aquelles em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte.

Paragrapho unico. Não se comprehendem na prohibição dos jogos de azar as apostas de corridas a pé ou a cavallo, ou outras semelhantes (550).

(550) Apostas de *Book-makers*, mediante *poules*, constituem jogos de azar, todas as vezes que em taes estabelecimentos, o publico é, em geral, admitido a apostar e que se tem por objecto a paixão do jogo, explorado com o fim de lucro. N'esse caso, a policia pode intimar o *book-maker* para cessar o jogo; Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. de 16 de Maio de 1896, na *Rev. de Jurispr.* de Setembro de 1898, p. 108.

Art. 371. Jogar com menores de 21 annos ou excital-os a jogar :

Penas — de prizão cellular por um a trez mezes e multa de 50\$ a 100\$000 (551).

(551) A penalidade da prizão é a do art. 119; a da multa — art. 201.

Art. 372. Usar de violencia para constranger alguem a jogar, ou manter jogo :

Pena — de prizão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 200\$, além das mais em que incorrer pela violencia (552).

(552) A penalidade da prizão é a do art. 148; a da multa — art. 160 pr. O processo e julgamento desta contravenção, na Cap. Fed.; compete á junta correccional, visto haver a lei n. 628 de 1899 a exceptuado do art. 6.

Art. 373. Usar de meios fraudulentos para assegurar a sorte no jogo ou o ganho na aposta :

Pena — de prizão cellular por um a quatro annos (553).

(553) A penalidade é a do art. 118, § unico.

Art. 374. Será julgado e punido como vadio todo aquelle que se sustentar do jogo, além de incorrer na pena do paragraho unico do art. 369 (554).

(554) Vide art. 399.

Ha cousas que ainda que licitas em si mesmas, diz Portalis, cit. por Silva Ferrão (*Cod. Pen. Port.*), são prohibidas em razão dos abusos e perigos que podem seguir-se. Aos olhos do legislador não podem ter valor algum as obrigações e promessas resultantes do jogo que a razão condemna e a equidade reprova. Ninguem ignora que o jogo favorece a ociosidade, separando a idéa do ganho da do trabalho, que elle dispõe o coração á dureza e ao egoismo mais atroz. Ninguem pode desconhecer as revoluções subitas que elle produz no patrimonio das familias particulares em detrimento da moral publica e da sociedade em geral. Na administração de um grande Estado a tolerancia do jogo é muitas vezes um acto necessario de policia quando a autoridade não pode suffocar as paixões, mas deve pelo menos vigiar os que se lhes entregam, não renunciando os meios indispensaveis, para esse fim. Na impotencia de *impedir os vicios*, a missão da policia é *prevenir* os crimes; mas tolerar o jogo, não é autorisal-o. Assim fallam os moralistas, mas os pensadores modernos consideram o assumpto sob outro ponto de vista, mais pratico, talvez, em consequencia da experiencia e da observação

Os vícios que constituem as grandes chagas sociaes. O legislador moderno, não podendo extirpar o cancro, procura ao menos attenuar os seus effectos perniciosos. E' essa a função da lei executada pela autoridade. Em geral os autores sustentam que o jogo é um contracto, pelo qual, segundo João Vieira, duas ou mais pessoas se obrigam a pagar áquella que ganhar uma somma ou um objecto dado. Segundo Silva Ferrão « o jogo não pode ter logar sem uma *convenção* onerosa e bilateral que necessariamente lhe precede; e em toda a convenção desta natureza, o que o direito natural quer *essencialmente* para sua validade é que haja plena *liberdade* no accordo, *igualdade* ou *reciprocidade* nas condições, e *fidelidade* no exercicio e cumprimento dos direitos e obrigações resultantes. Em summa, que antes e depois da convenção se guardem os principios da *justiça*. Alem disso, no jogo é preciso que o objecto seja *licito*. Assim ninguem poderia jogar a fazenda alheia, a propria vida ou liberdade, ou de sua mulher ou de seus filhos, como tem havido numerosos exemplos. Se o jogo se não pratica em logar publico, ou em casa que não tem outro destino, fica e deve ficar fóra do alcance das leis civis. Não é possível á policia, não é necessario ao bem estar da sociedade, não é conveniente ao repouso das familias, nem á segurança individual dos cidadãos que agentes do governo espionem o que se passa no interior de uma casa. » Essa opinião do illustre criminalista portuguez é geralmente adoptada na legislação penal de todos os povos que restringem a noção do delicto de jogo prohibido, a certos jogos denominados de *azar*, pelo unico motivo de que são estes os que maior damno podem causar ao patrimonio do individuo, á tranquilidade das familias, e aos interesses da sociedade. O jogo *criminoso*, isto é, o jogo prohibido, é o *jogo de azar*. Toda a questão gyra em torno do significado que deve ter o *jogo de azar*. O nosso Codigo define-o — aquelle em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte. A definição é clara e veio muito a proposito, porque ha sobre o assumpto divergencia entre os commentadores dos codigos estrangeiros. « Ha dois mil annos, diz Silva Ferrão, que as leis criminaes de diversos paizes tem punido os jogos de *azar* ou de *fortuna*. Em Roma já existia antes de Cicero, em França desde os Capitulares de Carlos Magno confirmando a reprovação do Concilio de Moguncia. Na Hespanha, Inglaterra, por toda a parte e em todos os tempos, tem pretendido os legisladores reprimir a paixão dos jogos de azar. Mas hoje reduz-se a muito pouco a legislação moderna que mais tolera que prohibe taes jogos. » Depois de passar em revista a legislação portugueza, chegando á mesma conclusão, o illustre criminalista dividia os jogos em tres classes : 1ª puramente de industria, de destreza ou de exercicio; 2ª puramente de azar ou de fortuna; 3ª *mixtos*, que participam de ambos. Nos desta ultima classe ora predomina a industria, ora predomina o azar, ou se equilibram. O *jogo de azar* que o nosso Codigo prohibe pertence á segunda classe, e por isso no § unico do art. 370 exceptuou as apostas de corridas a pé ou a cavallo, ou outras semelhantes. Todas estas apostas são jogos pertencentes á terceira classe, em que pôde predominar o *azar*, a *destreza* ou *industria*, ou podem se equilibrar.

A contravenção do art. 369 consiste em *ter casa de taolagem*, onde *habitualmente* se reúnem pessoas para jogar *jogos de azar*. Que seja, ou

ção, paga a entrada, é indifferente. Esta é a primeira figura. Constitue tambem contração do art. 379 *estabelecer jogo de azar* em lugar frequentado pelo publico. O contraventor sujeito á penalidade do art. é o dono da casa de *tavolagem*, é *aquelle* que, em lugar publico, *estabelece* o jogo de azar. Mas, nem por isso deixam os jogadores de incorrer em penalidade, que é a multa mencionada no § unico. Convem tambem definir o que seja *casa de tavolagem*. Segundo Frei Domingos Vieira, *Thez. da Ling. Port.*, *tavolagem* é termo antiquado; significa todo e qualquer jogo de sorte. *Dar ou ter tavolagem* : ter casa de jogo, de tavolas, dados ou cartas. Casa de *tavolagem* é, por conseguinte, casa onde *habitualmente* se reúnem pessoas que vivem do jogo de *sorte*, isto é, de *azar*. A *reunião habitual* de jogadores dá a estas casas o caracter de logar destinado á exploração do jogo, mas não é *tavolagem* a casa de familia, embora ali se reúnam habitualmente jogadores de jogos de azar.

Considera-se, por conseguinte, violação de domicilio a entrada de dia ou de noite em casa de familia sob pretexto de repressão de jogo.

O significado das expressões — *casa de tavolagem* — segundo o Codigo é a que se nos affigura, dando ao termo o sentido lexicologico. Entre os profissionais (jogadores) « a *tavolagem* ou *tavola* donde se origina, quer dizer — *ficha* ; é a porcentagem geral sobre o lucro da banca, em geral dez por cento que o banqueiro paga á casa, *como tavolagem*, como contribuição para sua manutenção e gastos. Quando o jogo é pequeno então ha o — *barato* — que é um tanto tirado do lucro que a banca tem nos lances em que ganha, por exemplo 250 réis de cada 3\$000 de lucro no lance e chama-se a isso *escrever*. — *Escreva*, quer dizer : deite na caixa 250 réis, porque a banca no relance ganhou mais de tres mil réis.

« Chama-se, pois, casa de *tavolagem* ás casas que tiram barato e o recebem como *tavolagem*.

• Não é o mystiforio que se fez e pelo qual, com muita trica e muita artimanha, chegou-se á conclusão que : — *casa de tavolagem é casa de jogo de azar*.

• A ser assim, os Clubs todos onde se jogam jogos de azar seriam casas de *tavolagem*. Não, não o são, porque nos Clubs o banqueiro e successivamente os que se lhe seguirem pagam as cartas, etc., dando logo, adiantado, quer ganhem, quer percam, uma quantia estipulada, por uma só vez.

« Não tira barato, não recebe a — *tavola*, — não é de *tavolagem*.

• O fim da lei, com o art. 369, foi impedir o estabelecimento desses centros, que facilitam o desenvolvimento do jogo, mediante o lucro da *tavolagem*, e os prohibio e pune. Tanto assim é, que ao dono da casa pune com perda de tudo quanto houver na sala do jogo, multa de 200\$ a 500\$ e prisão celllular de um a tres mezes.

« Aos parceiros, aos jogadores, apenas a multa de 50\$ a 100\$000 ».

Estes trechos, entre aspas, transcrevemos de um artigo ineditorial do *Jornal do Commercio* de 10 de Fevereiro de 1907, em resposta a um artigo inserto na *Gazetilha* do mesmo jornal, sob a epigraphe a *figura jurídica do jogo*, o qual adopta a nossa interpretação. No ineditorial o articulista defende o juiz da 13ª Pretoria que absolveu *jogadores de bichos*, sob o fundamento de que a especie não foi prevista nos arts. 367 e 369 do Cod onde « não é possível

encaixal-a senão por analogia ou paridade, o que vae de encontro ao art. 1.^o do Cod. »

Casa frequentada pela *ralé*, ou club de gente de alta sociedade, são *casas de tabolagem*, desde que ahí se pratique habitualmente o jogo de azar, na forma declarada no art. 369. O vício é o mesmo, as distincções de castas ou de qualidades de pessoas não alterão a figura da contravenção.

A fonte da disposição do art. 371 foi o Codigo portuguez, art. 266, que Silva Ferrão censura porque restringio a prohibição aos jogos de azar, quando devia ser ampliada a todos os jogos. O nosso Codigo adoptou este alvitre. O art. 371 refere-se a todo e qualquer jogo. A figura da contravenção apresenta duas modalidades : 1.^a, *jogar* com menores de 21 annos; 2.^a, *excitá-los a jogar*. Na *excitação* estão incluídos o *convite*, a *sedução* ou qualquer *engodo* destinado a atrahir o menor ao jogo.

Constranger alguém, por meio de violencia, a jogar ou a manter jogo, é a figura da contravenção prevista no art. 371. O uso da violencia, sem duvida, agrava a penalidade, mas não é circumstancia aggravante, e, sim, elementar da contravenção. A violencia pode ser moral (coacção ou ameaças) ou physica (simples constrangimento material, ou mesmo lesões corporaes).

A fonte do art. 373 é o Codigo penal portuguez, art. 369, que pune com as penas do furto aos que empregarem meios fraudulentos para assegurar a sorte ». Concordam, diz Silva Ferrão, os Cods. Hesp., art. 261, da Austria, art. 180, da Baviera, art. 265, n. 3. A Ord. do l. 5., t. 82, § 3 tambem punia o jogo com dados ou cartas falsas. Segundo João Vieira, no direito inglez, aquelle que, mediante fraude ou artificio illicito, ganha no jogo ou nas apostas qualquer somma de dinheiro ou outra cousa de valor, responde por estellionato. João Vieira considera excessiva a penalidade deste artigo e Silva Ferrão entende que devia ser maior a da disposição parallela do Codigo portuguez, cuja materia por sua natureza é digna de uma disposição especial, cuja punição devia ser superior á do furto. O nosso legislador assim procedeu, porque a fraude no jogo, sendo mesmo commum, como diz Silva Ferrão, entre jogadores de profissão, denota maior perversão de character e dá a medida do vicio, de modo a poder-se considerar o jogador fraudulento irmão gêmeo do estellionato e do gatuno.

O Codigo equipara ao *vadio*, e como tal manda punir, todo aquelle que se sustentar do jogo, além de incorrer na penalidade do art. 369. Pelo art. 399, *vadio* é aquelle que deixa de exercitar profissão ou qualquer mister, não possuindo meio de subsistencia e domicilio certo em que habite. E' tambem *vadio* aquelle que provê a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes. E' nesta segunda parte do art. que se achão incluídos os jogadores de profissão. Deve-se considerar jogador de profissão aquelle que se sustenta exclusivamente do jogo, isto é, que não tem outro meio de vida. Donde se conclue que um individuo pode ter casa de tabolagem, incorrendo na penalidade do art. 369, e não ser jogador de profissão para ser punido e julgado como *vadio*. Forçoso é tambem concluirmos, em face da penalidade do art. 374, que os jogadores, sujeitos á multa do § unico do art. 369, se forem de profissão, nos termos do art. 374, devem ser tambem punidos como *vadios*. O Codigo distingue, assim entre os jogadores — o *dono de casa* »

de **tavolagem**, de jogos de azar; os que estabelecem jogos de azar em logares frequentados pelo publico; os que são encontrados jogando n'aquellas casas ou nestes logares; os jogadores de profissão, isto é, os que sustentam-se exclusivamente do jogo.

— Vide na *Revista de Jurisprudencia*, Setembro de 1898, p. 27, artigo do dr. Baptista Pereira, *Notas historicas sobre o Codigo Penal de 1890*. O illustre autor do Codigo diz que conformando-se com a indole da lei penal, o Codigo tirou á autoridade administrativa o arbitrio de qualificar o objecto da infracção e definiu o que se deve entender por jogos prohibidos. Que « hoje, como dantes, a **tavolagem** se caracteriza por um extremo elementar. Dar **tavolagem** ou ter casa de **tavolagem** significa o mesmo que admitir o publico indistinctamente em certo logar para jogar jogos prohibidos. Em todas as legislações antigas e modernas o schema da contravenção é que — a **tavolagem** é um estabelecimento franqueado indistinctamente ao publico (*Dalloz, Rép. v. jen. parti*). A casa particular, ou de uma sociedade regularmente constituida, onde os seus membros se reúnem para jogar jogos de azar, não é casa de **tavolagem**; a contravenção não consiste em jogar jogos prohibidos, e sim em fazer taes jogos em casas de **tavolagem**. Por toda a parte ha leis que se destinam a corrigir a paixão do jogo; mas em nenhuma cidade civilisada, onde o jogo pululla, as casas particulares, que não reúnem as condições de **tavolagem**, cahem debaixo da acção penal. Considerando jogos de azar os que exclusivamente dependem de sorte, a lei exclue da sancção os jogos athleticos, como a pelota; taes jogos, como todos que tendem a desenvolver as forças corporaes e dar mais vigor á musculatura, como meios de educação physica, são licitos, porque dependem só da agilidade, da robustez e destreza dos jogadores. A legislação penal não podia ter encarado o facto de modo diverso da legislação civil. Esta, pouco favoravel ás apostas, embora não conceda nenhuma acção para dividas de jogo, todavia exceptua as que provem de jogos de força e destreza corporal. Este principio passou do classico codigo civil francez para muitas legislações modernas. » O dr. Baptista Pereira considera ainda o *jogo de bichos*, jogo prohibido, sujeito a sancção penal, por ser uma especulação aleatoria que participa de todos os elementos do jogo de azar. Diz ainda que o Codigo não incluiu entre as causas extinctivas da condemnação penal a *oblação voluntaria*, admittida por varias legislações nos crimes punidos exclusivamente com pena pecuniaria. E conclue profugando as diligencias arbitrarrias que as autoridades policiaes ignorantes ou violentas costumam praticar a pretexto de repressão do jogo.

— E' licita a busca em casas de **tavolagem** para descoberta de provas da contravenção. Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 5 de Maio de 1898, na *Rev. Jurisp.*, Agosto 1898, p. 437.

— Frontões como jogos licitos e apostas sobre frontões. Sentença do dr. João Thomaz de Mello Alves, juiz de direito de S. Paulo, na *Rev. Jurisp.*, Dezembro de 1900, p. 363.

— Intelligencia do art. 370 applicado ao jogo da péla nos Frontões. Taes jogos são licitos. Acc. do Trib. da Rel. do Estado do Rio, de 22 de Agosto de 1898.

Vêr no *Direito* de 15 de Abril de 1095, p. 529, *Razões do Conselheiro Ferreira Vianna sobre jogos de azar*.

— Todo logar em que é permittido o accesso de qualquer pessoa, mediante pagamento de entrada, ou sem elle, para o fim de jogo, é considerado logar frequentado pelo publico para o effeito da lei penal (art. 369 do Cod.) Lei 628 de 28 de Outubro de 1899, art. 4°.

CAPITULO IV

Das casas de emprestimo sobre penhores.

Art. 375. Estabelecer casa de emprestimo sobre penhores sem autorisação, ou, tendo obtido esta, não manter escripturação regular na forma determinada nas leis e regulamentos do Governo :

Pena — de multa de 500\$ a 2.000\$, sem prejuizo de outras em que incorrer (555).

(555) Ao chefe e delegado de policia na Cap. Fed. compete processar *ex-officio* esta contravenção (Lei 628 de 1899, art. 6). A multa é a do art. 353. Seja qual fôr a pessoa, ou a sociedade, de qualquer qualidade ou denominação que seja, desde que reune ás suas operações a de emprestar sobre penhores em casas ou escriptorios estabelecidos para esse fim, fica, quanto a taes emprestimos, sujeita ao cumprimento das obrigações legais, relativas á especialidade do negocio de taes estabelecimentos, regulado pelo dec. 2692 de 14 de Novembro de 1869, que ao em vez de ter sido revogado pela legislação posterior, foi confirmado pelo nosso Cod. Pen. Avisos de 14 de Outubro e 7 de Novembro de 1891.

Esta contravenção apresenta duas figuras distinctas : 1° estabelecimento illegal, isto é, sem autorização, de casa de emprestimo sobre penhores; 2° não manter a casa de penhor autorizada a sua escripturação na forma determinada nas leis e regulamentos. Estas casas são sujeitas á fiscalização rigorosa da autoridade no intuito de garantir os mutuarios contra a fraude, a negligencia e a agiotagem. Entende João Vieira que *estabelecer casa de penhor* indica a existencia de um estabelecimento que tenha uma situação de *permanencia*. Alguns factos isolados de emprestimo sobre penhor não bastam para constituir o delicto. Todavia, diz Dalloz, não seria mister exigir com rigor um habito constante e não interrompido, porque então se tornaria muito facil illudir a lei. Pertence aos tribunaes decidir sobre os factos constitutivos do *habito* e declarar se o iniciado possui ou não casa de emprestimo sobre penhor na forma da lei. A clandestinidade dos emprestimos importa em subtrahir-se o indiciado á vigilancia e ao processo e não

obsta á existencia do delicto. Mas essa clandestinidade para constituir figura de contravenção em face do Código é necessario que se opere em casa não autorizada, ou autorizada que não tenha escripturação regular.

CAPITULO V

Do fabrico e uso de armas (556).

(556) *Vide* lei 628 de 1899, art. 8

Art. 376. Estabelecer, sem licença do Governo, fabrica de armas, ou polvora :

Penas — de perda, para a Nação, dos objectos apprehendidos e multa de 200\$ a 500\$000 (557),

(557) A multa é a do art. 157, § 1.

Art. 377. Usar de armas offensivas sem licença da autoridade policial :

Pena — de prisão celllular por 15 a 60 dias (558).

(558) Prescrição — 1 anno. Autoria; maximo 60 dias, medio 37 dias e 12 horas, minimo 15 dias; prepond. aggr. — 43 dias e 16 horas, prepond att. — 26 dias (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 70 dias, medio 43 dias e 18 horas, minimo 17 dias e 12 horas; prepond. aggr. — 56 dias e 21 horas, prepond. att. 30 dias e 15 horas (simples). Tentativa, ou cumplicidade : maximo 40 dias, medio 25 dias, minimo 10 dias; prepond. aggr. — 32 dias e 12 horas, prepond. att. — 17 dias e 12 horas (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 46 dias e 16 horas, medio 29 dias e 4 horas, minimo 11 dias e 16 horas; prepond. aggr. — 37 dias e 22 horas, prepond. att. — 20 dias e 10 horas (simples). Livra-se solto.

Parapho unico. São isentos de pena :

1º os agentes da autoridade publica, em diligencia ou serviço;

2º os officiaes e praças do Exercito, da Armada e da Guarda Nacional, na conformidade dos seus regulamentos (559).

(559) O dr. Baptista Pereira (*Notas historicas sobre o Cod. penal de 1890*), na *Rev. Jurisp.*, Setembro 1898, p. 3), diz que o projecto do Código

vigente, continha no Cap. V das contravenções sob a epigrapha — *Fabrico e uso de armas e materias explosivas*, seis artigos; só dois foram adoptados, e esses com modificação. A epigrapha do capitulo foi substituida por esta — *Do fabrico e uso de armas*. O projecto estabelecia um systema de medidas concernentes a segurança publica; esse systema ficou mutilado, porquanto as providencias preventivas das differentes especies de contravenção foram reduzidas á uma só de modo incompleto e deficiente. Foi pensamento do projecto sujeitar a sanção penal os factos que por qualquer modo fazem surgir o perigo de damno á pessoa ou ás cousas, perturbem o socego publico e privado, e sobresaltem o repouso do cidadão, e que a legislação italiana, mais provida que outras, excedendo mesmo o Codigo de contravenções da Hungria, qualificou como contravenções concernentes a incolumidade publica. Mutilado o systema do projecto nos mostramos menos preventivos, que outras legislações, que prestaram ao assumpto a attenção devida e cuidaram em garantir a segurança publica contra os perigos, a que os expõem estas varias especies de infracção, como o Codigo francez (art. 314), o Belga (arts. 316 e 317), o Allemão (art. 367), o da Hungria (art. 34), o de Portugal (art. 253) e o da Italia (arts. 460 a 470). De todos foi este o que adoptou um systema mais completo de providencias preventivas.

A contravenção figurada no art. 376 é o estabelecimento illegal, isto é, sem licença do governo, de fabrica de armas ou de polvora. João Vieira observa que em vez da palavra *polvora* devia o Codigo usar de um termo generico que abrangesse materias explosivas tão perigosas ou mais do que a polvora, como a dynamite, a melinite e outros productos congeneres. Faz notar a divergencia que reina entre os commentadores dos Codigos francez e belga, que contem disposições parallelas ao nosso, sobre a definição de arma offensiva, occulta ou secreta, cujo *porte* (*gallicismo* do Autor) é o que a lei prohibe. Entre nós não ha controversia. O que se prohibe é o estabelecimento de fabrica de armas sem licença do governo. O uso de armas offensivas, *sem licença da autoridade policial*, é a contravenção figurada no art. 377. O uso de taes armas é o *port d'armes* do art. 314 do Cod. pen. francez (que João Vieira denomina *porte*), é o trazer-as consigo. Assim tambem entende o dr. Mendes Bastos, juiz de direito da Vigia, Pará (*Sentença*, no *Direito*, Dezembro 1893, p. 547). Entre nós, observa ainda João Vieira, nunca se contestou que alguém pudesse ter armas em casa para sua defeza. Mas, como diz o dr. Baptista Pereira, não pode ser licito tel-as em quantidade e qualidade, que constituam um perigo permanente para a segurança social. Convem, porem, não confundir, como diz Garraud, a simples *posse* de uma arma prohibida com o uso, *port*, desta arma, que somente constitue a infracção. E' assim, acrescenta João Vieira, que o facto para um viajante de ter em uma mala ou em um sacco, pistola de algebeira ou punhaes não entra nos termos da incriminação. A arma deve se achar em poder da *pessoa* do indiciado. O facto é punido como infracção material, que existe, como diz Nypels, independentemente dos motivos e da intenção do contraventor, ou, como diz João Vieira, qualquer que seja a boa fé do agente, a innocencia de suas intenções. « Se a lei intervem para punir o porte de armas, não é em vista do uso actual da arma de que é o culpado portador, mas em vista de uso ou emprego que elle pode fazer

della, da facilidade que ella lhe proporciona de commetter um delicto. • A prohibição é antes medida preventiva do que repressiva. O legislador propositalmente deixou de definir e classificar o que são *armas offensivas* porque, como diz o dr. Mendes Bastos (*Sentença cit.*) seria uma definição e classificação defeituosas, visto não poder abranger tudo em uma generalidade absoluta. « O novo Codigo não classifica, diz ainda o dr. Mendes Bastos, nem entregou esta attribuição ás camaras municipaes, para declararem quaes são as armas offensivas e a lei de 28 de Outubro de 1831 (art. 3) que especificava o uso de algumas armas, entre ellas qualquer instrumento perfurante como o estoque, hoje expressamente revogada pelo art. 3 da lei n. 1890 de 1º de Setembro de 1860, a materia só era decidida pelo art. 297 do antigo Codigo Crim., hoje revogado pelo novo, que apenas diz — *armas offensivas*, sejam ellas quaes forem. » A característica da contravenção é a *falta de licença da autoridade policial* para o uso da arma. A isenção da pena, comprehende os agentes da autoridade publica, judiciaria, policial ou administrativa, *em diligencia* ou *serviço* de sua competencia. Comprehende ainda os officiaes e praça das classes armadas. Quanto á policia é preciso distinguir a *civil* da *militar*. A isenção aproveita aos agentes da policia civil sómente quando *em diligencia* ou *serviço* de sua competencia. A policia militar é sempre isenta como o exercito e a armada, porque o armamento é da natureza da instituição. A policia militar é sempre armada. A guarda nacional é tambem uma instituição de natureza militar, mas o seu armamento só se faz nos casos determinados na lei de sua organização. O guarda nacional só é isento da penalidade quando em serviço. E assim deve-se entender a disposição do paragrapho unico n. 2.

Bento de Faria observa que a lei não define o que considera *arma prohibida*, limitando-se a restringir a prohibição ás *armas offensivas*. E acrescenta: « Ora, qualquer instrumento pôde tornar-se arma offensiva, dependente este facto da vontade do agente. O criterio, portanto; para determinar se um objecto constitue ou não *arma offensiva* (prohibida) não deve subordinar-se ao uso que fez ou possa ser feito pelo agente, mas apreciar a arma em si, abstracção feita de qualquer emprego. O exame é indispensavel para attestar a natureza da arma. Essa é a noção que melhor se ajusta á intelligencia do texto legal ».

Quanto ao elemento moral faz-se necessario verificar, porque, provada a *boa fé*, isto é, a falta de *intenção* criminosa, desaparece a contravenção, doutrina sustentada por Lajoie (*De la bonne foi dans les contrav.*) reproduzida por Bento de Faria e consagrada no Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. do Distr. Fed. de 24 de Novembro de 1897, que abaixo publicamos, doutrina esta contraria á que alludimos, sustentada por João Vieira, seguindo outros A. A. :

« Vistos, etc., Considerando estar provado pelos depoimentos das testemunhas do inquerito policial e do summario da culpa pela confissão do proprio appellante, haver sido apprehendido em seu poder no botequim da estação da Estrada de Ferro Central do Brasil, a 10 de Setembro do corrente anno, pelas sete horas da noite, um revolver, que é arma offensiva por sua natureza : Considerando, porém, como ensina Zanardelli, que nas

contravenções é admissível a justificativa da boa fé, da falta de intenção criminosa, contanto que não se baseie na ignorancia da lei penal, pois repugna ao sentimento juridico responsabilisar por um delicto quem pode ter commettido o facto com as intenções mais puras e rectas ; Considerando que esta doutrina do eminente jurisconsulto italiano é mais conforme ao sentimento da justiça e da equidade do que a opinião sustentada por Garraud, que considera caracterisada a contravenção pela simples apprehensão da arma offensiva, sem admittir a justificativa da boa fé, sob o fundamento de tratar-se de uma medida preventiva; porque a lei considera o uso de arma offensiva como delicto não pelo emprego actual que o accusador faz da arma de que é portador, mas em vista do emprego que ainda pode fazer, da facilidade que ella lhe procura para commetter um delicto ; Considerando que esta doutrina de punir um homem pela possibilidade de vir ainda accommetter um crime, já repellida pelos jurisconsultos romanos, *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, foi tambem ultimamente rejeitada pela Córte de Cassação que em seas ultimos arestos tem declarado ser necessaria a verificação da intenção criminosa como elemento essencial das contravenções, Raoul Lajoie, *De la bonne foi dans les contraventions*, pag. 76; Considerando que nos termos do art. 24 do Codigo Penal não são passíveis de pena as acções ou omissões contrarias á lei penal commettidas sem intenção criminosa, principio que se estende tambem ás contravenções (accordão da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal de 28 de Julho de 1897); Considerando estar provado dos autos ser o appellante um cidadão pacifico, sem antecedentes judiciarios, segundo artesta a autoridade policial, e sendo negociante, residindo em lugar ermo, levando as vezes comsigo quantias avultadas, traz o revolver como medida de precaução contra ataques de gatunos quando transita de noite : Accordão os juizes da Camara Criminal de Tribunal Civil e criminal em dar provimento á appellação para absolverem, como absolvem, o appellante Francisco Antonio da accusação que lhe foi intentada, dando-se lhe baixa na culpa, pagas as custas na forma da lei. Rio, 24 de Novembro de 1897. *Muniz Barretto*, presidente, com voto — *Viveiros de Castro* — Foi voto vencedor o do dr. Affonso de Miranda.

Vide discurso pronunciado pelo Dr. Paulino de Souza junior na sessão da Camara dos deputados em 27 de Novembro de 1909.

CAPITULO VI

Das contravenções de perigo commum (560):

(560) *Vide* Lei 628 de 1899, art. 6.

Art. 378. Conservar soltos, ou guardados sem cautela, animaes bravios, perigosos, ou suspeitos de hydrophobia; deixar, neste ultimo caso, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir;

Deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou, quando evadidos de seu poder, não avisar a autoridade competente, para os fazer recolher ;

Receber em casa particular, sem aviso prévio á autoridade, ou sem autorização legal, pessoas affectadas de alienação mental ;

Deixar o medico clinico de denunciar a existencia de doentes de molestia infecciosa á autoridade competente, afim de que esta possa providenciar opportunamente na conformidade dos regulamentos sanitarios ;

Destruir ou remover signaes collocados na via publica para prevenir algum sinistro, ou advertir de perigo os transeuntes ;

Dar aviso falso de incendio :

Pena — multa de 50\$ a 100\$000 (561).

(561) A multa é a do art. 201.

Ha neste artigo diversas figuras de contravenções de perigo commum; todas, porém, punidas com a mesma penalidade. A fonte destas disposições foi o Codigo italiano, como demonstra João Vieira (*Cod. Pen. Interp.*, p. esp. v. II, p. 370).

Damos em seguida o Acc. de 16 de Setembro de 1902 do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, que, embora tratanto só da primeira figura do art. 378, é um bom commentario do mesmo artigo.

« Relatados e discutidos estes autos. Denunciou o Dr. 5.º Adjunto dos Promotores Publicos a Honorina Mendes, como incursa no art. 306 do Codigo Penal, pelo seguinte facto : « Na manhã de 11 de Março ultimo, cerca de dez horas, ao passar o menor Diniz Eugenio da Rocha pela porta da casa n. 101, da rua Capitão Felix, residencia da denunciada, um cão a esta pertencente arremetteu o alludido menor mordendo-o na face posterior da perna direita produzio-lhe a lesão corporal leve constatada no corpo de delicto de fl. 12. Foi assim a denunciada causa, embora indirecta e involuntaria, dessa lesão, por deixar, com inobservancia do art. 4, §§ 1 e 6 da lei municipal n. 547 de 10 de Maio de 1898, solto nas ruas e sem cautelas necessarias, um cão de sua propriedade, cuja ferocidade é notoria, pois tem mordido a mais de um transeunte. » Instrue a denuncia o inquerito policial. O Dr. Juiz *a quo* deixou de receber a denuncia, sob o fundamento de que o facto incriminado não constitue o delicto definido no art. 306 do Codigo Penal, e sim a contravenção do art. 376 do mesmo Codigo, que neste sentido já decidio a Camara Criminal do Tribunal Civil et Criminal no processo em que foi réo Antonio Corrêa Leal, que tratando-se de uma contravenção não é o Pretor a autoridade competente para a formação da culpa, e sim o Delegado de Policia, como está determinado no art. 6 da lei n. 628 de 28 de Outubro de 1899.

Interposto recurso deste despacho, opinou o Dr. Sub-Procurador Geral que fuisse provido « A contravenção do art. 378 do Codigo, diz elle, não se

confunde com o crime do art. 306, porque este se completa com o mal effectivamente produzido pelos factos, que aquella apenas previne no interesse da segurança publica, e que são puniveis apenas com pena pecuniaria, independentemente de seus resultados ». O que tudo examinado, evidentemente ponderadas as allegações de facto e de direito : Cabe recurso para o Conselho do Tribunal Civil e Criminal do despacho que não acceta a queixa ou denuncia nos termos do art. 17, § 2 do decreto n. 2579 de 16 de Agosto de 1897. Convém preliminarmente notar, que não é licito ao Juiz da Instrução criminal qualificar o delicto antes da pronuncia, pois isto importaria substituir à acção do Ministerio Publico o procedimento official da justiça, abolido pela lei. Assim foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em accordão de 19 de Dezembro de 1895, recurso de *habeas-corpus* n. 851, impetrante Rodrigo Ricardo Moreira Ferreira. A doutrina sustentada pelo Dr. 5.º Adjunto dos Promotores Publicos é a juridica, tem por si a autoridade da jurisprudencia, os ensinamentos da doutrina.

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 cause elle algum mal, mas na previsão do mal futuro, pela possibilidade de perigo, pelo interesse de garantir e acautelar a segurança publica.

O individuo que traz consigo uma arma offensiva sem emprega-la não está agredindo 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 pôde emprega-la. Todo o crime se compõe de dous elementos, o elemento material, o facto ; e o elemento moral, a intenção ou a culpa. Sem o elemento moral, sem 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. É a maxima immortal já formulada pelos jurisconsultos romanos — *in maleficiis voluntas spectatur nom 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 da sua ignorancia ou da 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, alguém soffreu pela imprudencia do cocheiro. Applicados esses principios ao caso dos autos, verifica-se que não se trata de uma contravenção e sim de um delicto. Não houve apenas o *damno potencial*, a possibilidade do evento. Houve uma victima, um menor foi morrido na perna pelo cão da denunciada. O facto concreto pôde ser considerado um crime, um delicto culposo, uma contravenção, segundo as moda-

Idades da especie. O crime é intencional, quando o agente propositalmente emprega o cão para a aggressão e o ataque, quando açula, instiga, incita o animal para que persiga e morde alguém. O cão foi o meio empregado para a perpetração do crime como podia ter sido uma pedra, um cacete, uma faca. E' delicto involuntario ou culposo, quando o cão sem ser instigado morde alguém. O agente responde ahí pela sua imprudencia, sua falta de previsão, não ter tomado as necessarias cautelas e pela violação da lei municipal, que prohibe a permanencia de cães na via publica. A contravenção se caracteriza pelo simples facto de soltar o cão na via publica sem estar açaimado e preso por um conductor. E' certo que o cão ainda não mordeu, mas ha a possibilidade do mal futuro e a infracção da lei municipal. Ora, no caso referido na denuncia houve uma victima. A denunciada não quiz propositalmente o facto, responde pela sua imprudencia e pela inobservancia da lei municipal. Foi, portanto, bem classificado o facto no art. 306 do Codigo Penal. E' esta a doutrina dos escriptores e a lição da jurisprudencia. Diz Nypels : « Ha contravenção quando o cão simplesmente aggride ou persegue o transeunte, mas deste ataque não resultou nenhum mal ou damno isto é, o transeunte não foi ferido, nem teve as roupas rasgadas. Se, porém, elle foi mordido, o facto muda de natureza, trata-se então de lesões voluntarias ou involuntarias, segundo o accidente foi effeito da vontade ou da imprudencia do dono do cão. » (Codigo Penal Belga interpretado, edição Servais, volume 4, pag. 394). Diz Robustiano Vera : Na contravenção sómente se pune a possibilidade de um mal que póde resultar de se ter soltos animaes ferozes ou perigosos. Se houve, porém, um damno, haverá um quasi delicto ou um delicto : quasi delicto, se o damno é effeito da imprudencia ; delicto se houve intenção. (Codigo Penal da Republica do Chile interpretado, pag. 727). Convém notar que o Codigo Penal Chileno no título 10 e arts. 490 a 493 qualifica de quasi delicto os crimes punidos nos outros artigos, sob a denominação de involuntarios ou culposos. De accordo com estes conceitos manifesta-se tambem o unico commentador do nosso Codigo Penal, o illustrado Dr. João Vieira de Araujo. « Taes contravenções subsistem pelos factos unicos porque se revelão independente de ter derivado damno delles á pessoa. Se animaes, nas condicções figuradas nos factos para constituirem contravenções, matão ou ferem, os contraventores responderão por homicidio ou lesão por culpa. (O Codigo Penal Interpretado, volume 2, pag. 370.) O Tribunal Superior de Hespanha em accordam de 9 de Julho de 1892 considerou culpado de homicidio involuntario o dono de um cão que, estando hydrophobo, mordeu um individuo, transmittindo-lhe a molestia, que occasionou a morte, visto ter havido no dono do cão imprudencia temeraria constitutiva do delicto, porque, apresentando o animal symptomas da enfermidade, não tomou as cautelas necessarias para prevenir o perigo, nem collocou o açaimo, nem o isolou, nem communicou o facto ás autoridades, como é prescripto na postura municipal.

A Côte de Appellação de Limoges, em accordão de 5 de Dezembro de 1860, condemnou como culpado de lesões involuntarias o dono de um cortiço de abelhas, que tornadas furiosas pela operação da colheita de mel, mordérão os cavalloes que vinhão puxando um carro, resultando dispararem os animaes e atirada ao chão a pessoa que vinha no carro, ficando hastante.

contusa da queda. O tribunal considerou imprudente o proprietário do cortiço não só por tê-lo collocado na vizinhança da via publica, como por ter procedido á colheita do mel sem advertir os transeuntes do perigo que os ameaçava.

A Corte de Cassação de Roma, em accordão de 2 de Outubro de 1891, considerou culpado de lesões involuntarias o individuo que, encarregado de conduzir um cavallo pela via publica, descuidou-se a conversar com alguém resultando desta negligencia ter o animal, com um couce, contundido um transeunte. A Corte de Appellação de Liège, em accordão de 23 de Fevereiro de 1887 e o Tribunal Correccional de Audenard, em accordão de 12 de Outubro de 1889, condemnarão, como culpados de homicidio involuntario, o proprietario de cães hydrophobos, que por falta de precaução e infracção de disposições regulamentares, mordêrão dous individuos, transmitindo-lhes o mal, de que resultou a morte. A Corte de Appellação de Anvers, em accordão de 4 de Abril de 1892, condemnou como culpado de homicidio involuntario o proprietario de uma collecção de animaes ferozes, porque um delles, por falta de vigilancia, escapou-se da jaula e estrangulou em uma rua, um transeunte. A Corte de Cassação da Belgica, em accordão de 10 de Agosto de 1838 e a Corte de Appellação de Gand, em accordão de 28 de Janeiro de 1845, condemnarão como culpados de lesões involuntarias donos de cães que na via publica tinham mordido transeuntes. « Na especie julgado nestes accordão, diz Nypels, os donos tinham deixado divagar seus animaes, o que constituia a culpa ; e por esta culpa, imprudencia, tornárão-se involuntariamente a causa das lesões. A defesa pretendeu que os arts. 319 e 320 do Codigo Penal suppõem que o accusado seja o autor immediato das lesões, mas nada na lei justifica esta distincção. O texto legal comprehende bem explicitamente não só o caso em que o accusado é a causa directa, como tambem o caso em que é a causa indirecta das lesões. » Convém notar que o nosso Codigo Penal foi neste assumpto de uma admiravel lucidez. Com effeito, quer no art. 297, quer no art. 306, elle considera culpado quem foi a causa directa ou indirecta do homicidio, ou das lesões involuntarias. Por estes fundamentos : Accordão dar provimento ao recurso para que o Dr. Juiz *a quo*, reformando o seu despacho, receba a denuncia de fl. 2, e proseguindo nos termos ulteriores de direito, inquiridas as testemunhas, submetta a denunciada a julgamento perante a Junta Correccional. Custas afinal. Rio, 19 de Setembro de 1902. — (Assignado) *Segurado P.* — *Viveiros de Castro*, relator. *T. Torres.* »

— O *habeas corpus* é meio regular para fazer cessar o constrangimento illegal resultante da internação por ordem da autoridade de individuo de mente sã em hospicio de alienados. Pode o Juiz examinar, ao conhecer desse recurso, qual o estado mental do paciente. E' legal a internação, n'aquelle estabelecimento, por ordem de autoridade policial, de louco não interdicto, na forma do Ord. l. 4, t. 103, § 1. Sentença do dr. Francisco Altino Corrêa de Araujo, juiz no Recife, na *Rev. Jurispr.*, Outubro 1899, p. 154. A redacção da *Revista* observa : Sem duvida, como bem decidio a sentença, a policia pôde determinar a internação de um louco, ainda não interdicto, em um hospicio de alienados, mas só o deve fazer em caracter provisório e como medida urgente de sugurança individual ou publica. E

de seu restricto dever, no emtanto, communicar o facto — sem delonga — à autoridade competente para decretar a interdicção, e esta cabe sempre, ou se trate de um indigente, ou de um potentado, pois uns e outros, maxime no infortunio, são eguaes perante a lei.

CAPITULO VII

Do uso de nome supposto, titulos indevidos e outros disfarces.

Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, de titulo, distinctivo, uniforme ou condecoração que não tenha;

Usurar titulo de nobreza, ou brazão de armas que não tenha;

Disfarçar o sexo, tomando trajos improprios do seu, e trazel-os publicamente para enganar :

Pena — de prisão cellular por 15 a 90 dias (563).

(563) A penalidade é a do art. 377 pr.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a mulher que condemnada em acção de divorcio, continuar a usar do nome do marido.

Art. 380. Si por meio de algum dos artificios precedentemente mencionados, alguém conseguir de outrem dinheiro, ou utilidade :

Penas — as do art. 338.

Art. 381. Fingir-se empregado publico :

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes (564).

(594) A penalidade é a do art. 119.

Si por esse meio conseguir obter de outrem dinheiro ou utilidade :

Penas — as do art. 338 (565)

(595) O dr. Baptista Pereira nas suas *Notas historicas sobre o Codigo Penal de 1890 (Rev. Jurisp., Set. 1898, p. 34)* observa : « O simples uso do

nome, ou título indevido, não passa de um fingimento ou disfarce, mas só por si não viola um direito; é um acto potencialmente lesivo ou capaz de uma possível lesão do direito. Mas o uso do título, ou nome indevido *cum animo lucrandi*, opéra como meio para perpetração do crime; representa de sujeito secundário do crime. Fingir-se alguém ministro ou sacerdote de uma confissão qualquer, e exercer as respectivas funções, é uma contravenção; mas fingir-se tal para tirar desse ardil fructo ou utilidade, é usar de um artificio, que constitue extremo de um crime autonomo; o acto de contravenção, que era, degenera em crime, porque ha lesão de um direito determinado e não mera possibilidade de um mal indistincto. O fingimento entra na cathogoria das burlas, ou manobras fraudulentas, para haver lucro illicito; conseguintemente, o seu logar proprio é no título de *estellionato*. Em relação, porém, á figura da contravenção consistente em fingir-se o inculpado empregado publico, houve incoherencia, porque, ao passo que conservou-se-lhe essa feição, se irrogou a pena do estellionato e não a do roubo, como dispunha o projecto. Na doutrina do projecto (art. 370) era culpado de roubo aquelle que para obter a jactura alheia se inculca autoridade publica, por se entender que esse ardil caracteriza-se como uma violencia exercida contra a pessoa. Se como violencia contra a pessoa se reputa o facto de penetrar alguém á noite, indevidamente, na casa alheia, fingindo de autoridade, não ha razão para se não reputar violencia contra a pessoa o uso indevido do título de autoridade, que o inculpado se arroga, ou usurpa, para por esse meio fazer pressão sobre a victima e mais facilmente exercer a extorsão. Resultou dessa incoherencia que a circumstancia do fingimento tem dupla significação, conforme o momento do tempo em que se desenvolve a acção delictuosa. É violencia pessoal que qualifica o roubo (art. 357) se o crime é praticado á noite com entrada na casa da victima; é artificio fraudulento que qualifica o estellionato (art. 338) se o crime é perpetrado em condições diversas de tempo e logar. »

São distinctas as figuras do art. 379 : 1º uso de nome supposto, etc.; 2º usurpação de títulos, etc.; 3º disfarce de sexo. Qualquer destes actos pode constituir um meio ou artificio para conseguir de outrem dinheiro ou utilidade e n'este caso a contravenção transforma-se em crime de estellionato punido com a penalidade deste crime (art. 378). Então, é denecessario o art. 380. Nem sempre o uso de nome trocado ou mudado é contravenção, pois, como diz João Vieira, simples mudança ou troca de nome, que todos os dias estamos vendo dar-se, sem má fé, e ás vezes por motivo justificado para não confundir-se a identidade da pessoa com outras de igual nome, não é punivel, ainda que o art. 379 estabeleça um principio absoluto. No uso de nome supposto revela-se sempre má fé, porque com o nome supposto procura-se illudir ou occultar a identidade da pessoa. Assim, tambem no uso de títulos, distinctivos, uniforme ou condecoração que não tenha, e na usurpação de titulo de nobreza ou de brazão d'armas que não tenha, o contraventor manifesta mesmo proposito de illudir a outrem attribuindo-se qualidade ou merecimentos que não possui. E, naturalmente, quer seja movido pela vaidade, quer tenha por fim conseguir de outrem dinheiro ou utilidade, o contraventor procura vantagem para si por meio de uma falsidade. Entende João Vieira que a disposição do art. 379 está

restringida em seu dispositivo pelo art. 72 da Const. Fed. quando no § 2º declara que todos são eguaes perante a lei; que a Republica não admitte privilegios de *nascimento*, desconhece *foros de nobreza*, e extingue as *ordens honorificas* existentes e todas as suas *prerogativas e regalias*, bem como os titulos *nobiliarchicos* e de *conselho*. Em consequencia, conclue o illustre A. : « entre nós, o individuo pode impunemente dizer-se filho do *sol* e neto da *lua*, imperador da Cochinchina, moço *fidalgo*, criado de *galão branco* ou *amarello*, duque ou marquez, etc. » Esta interpretação leva mui longe a condescendencia. A egualdade estabelecida no preceito constitucional não apaga o sentimento de consideração e respeito que naturalmente tributamos às pessoas que, por seu merecimento e outras qualidades natas ou adquiridas de familia, fortuna, posição social, etc., se destacam na sociedade. Os titulos e condecorações eram, como hoje ainda são, considerados distinctivos de pessoas que salientavam-se do commum, tornavam se notaveis, gozando por isso de considerações e mesmo de certas regalias a que faziam jus. O uso ou usurpação de titulos, condecorações, etc., indevidos é uma verdadeira burla de que o contraventor se aproveita para obter alguma vantagem, pelo menos a de considerações e respeito, que não lhe seriam devidas. O *disfarce do sexo*, tomando trajos improprios do seu, e trazel-os publicamente para enganar, é sempre um artificio para fins illicitos.

O paragrapho unico do art. 379 é reproducção do art. 92 do dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 (Lei do *Casamento Civil*). O dec. refere-se ao Cod. Crim. antigo, porque o novo foi promulgado depois (11 de Outubro de 1890). Vide o nosso *Casamento Civil*, dec. cit. comm. e annot., nota 104 ao art. 92 (2ª edição). Para que haja a contravenção é preciso que a mulher seja *condemnada* em acção de divorcio, isto é, torna-se necessario que a acção de divorcio seja *por sentença* julgada procedente, quer seja a mulher considerada innocente, ou não, quer se trate de divorcio litigioso, ou amigavel. N'esta parte divergimos de João Vieira, que opina em contrario, isto é, que se o divorcio fôr por mutuo accordo ou se a mulher fôr innocente e o marido culpado, não ha contravenção. E assim entendemos porque sendo o nome do marido propriedade d'elle, a mulher só tem o direito de usal-o na constancia do matrimoneo, na sociedade conjugal. Desde que esta dissolve-se pelo divorcio, não é justo que a mulher se arrogue o direito de continuar a usar um nome que já lhe não pertence, e o que é mais, contra a vontade do dono desse nome.

Fingir-se empregado publico é uma burla que manifesta desejo de attribuir-se falsa qualidade para gozo de vantagens e proveitos pessoas, que o contraventor de outro modo não conseguiria. E se o fito é obter dinheiro ou utilidade de outrem, a figura da contravenção transforma-se na do crime de estellionato, punido com as penas do art. 338. O *fingimento* é, n'este caso, elementar do estellionato. Pelo que, entendemos, como João Vieira, que essa disposição é desnecessaria, porque não terá applicação isoladamente.

CAPITULO VIII

Das sociedades secretas (566).

(566) *Vide* Lei 628 de 1899, art. 6.

Art. 382. Considera-se sociedade secreta a reunião, em dias certos e determinado lugar, de mais de sete pessoas que, sob juramento ou sem elle, se impuzerem a obrigação de occultar á autoridade publica o objecto da reunião, sua organização interna, e o pessoal de sua administração.

Aos chefes ou directores da reunião, ao dono ou administrador da casa onde ella se celebrar :

Pena — de prisão cellular por cinco a quinze dias (567).

(567) Prescrição — 1 anno. Penalidade : maximo 15 dias, medio 10 dias, minimo 5 dias; prepond. aggr. — 12 dias et 12 horas, prepond. att. — 7 dias e 12 horas (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 16 dias e 12 horas medio 11 dias e 16 horas, minimo 5 dias e 20 horas, prepond. aggr. — 14 dias e 14 horas prepond. att. — dias e 18 horas simples. Livra-se solto. Não estão comprehendidas n'este art. as communidades religiosas e lojas maçonicas.

§ Não terá lugar a imposição da pena, si se fizer á autoridade policial a declaração do fim e dos intuitos da reunião.

§ 2. Si forem falsas as declarações e a sociedade tiver fins oppostos á ordem social, a autoridade fará dispersar a reunião e aos chefes ou directores imporá em dobro a pena deste artigo (568).

(598) A Const. Fed., art. 372, § 8 declara que a todos é licito *associarem-se* e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. A Const. imperial não continha essa disposição, mas o direito de associação era garantido pelas leis de 20 de Outubro de 1825, de 6 de Junho de 1831, de 3 de Dezembro de 1841 e regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, arts. 120 e 130, lei n. 3150 de 4 de Novembro •

decr. n. 8821 de 30 de Dezembro de 1882. O governo procurou sempre garantir esse direito : os avisos de 3 de Outubro de 1831 e de 2 de Janeiro de 1832 declararam não haver necessidade de licença para se organisarem sociedades, bastando cumprir se o disposto no Código criminal, arts. 282 a 284. A Const. Fed. consagrando esse espirito liberal do direito de associação, limitou, porém, o exercicio livre desse direito ás condições de não serem associações armadas e que não tenham por fim perturbar a ordem publica. Sendo principio geral que toda a associação deve ter por objecto um fim moral ou licito e para serem reconhecidas como entidades juridicas precisam cumprir o disposto na lei n. 173 de 10 de Setembro de 1893, é claro que ao poder publico cabe o direito de conhecer os intuitos das associações que se organisarem. O segredo destas associações já é indicio de fins inconfessaveis. O Código vigente, tendo, porem, como fonte os arts. 282 e 284 do Código de 1830, definiu a sociedade secreta — a reunião de mais de sete pessoas (o Código de 1830 estabeleceu o numero de *mais de 10 pessoas*), em dias certos e determinado logar, para um fim qualquer, obrigando-se estas pessoas sob juramento, compromisso ou palavra, a occultar á autoridade publica o objecto da reunião, sua organização interna e o pessoal de sua administração. A característica da sociedade secreta é o *compromisso* que os associados tomam entres si de occultar á *autoridade publica* o objecto, a organização e o pessoal que constitue a sociedade. Não ha, por conseguinte, aqui a figura da *associação de malfeitores* do Código penal portuguez, a *societas scele-ris*, a *associação para delinquir* do Código italiano. O objecto da sociedade secreta pode ser licito e até moral : a contravenção consiste propriamente na occultação da sociedade, que procura furtar-se á fiscalisação da autoridade encarregada da segurança publica e individual. E tanto é assim que não terá logar a imposição da pena, si se fizer á autoridade policial a declaração do fim e dos intuitos da reunião (§ 1). Embora, em geral, se considere a Maçonaria uma associação secreta, está entendido que as lojas maçonicas não participam da natureza das sociedades secretas a que se refere o Código, porque as lojas se regem pela lei maçonica. As lojas maçonicas que se fundarem escapam á fiscalisação da autoridade policial.

CAPITULO IX

Do uso illegal da arte typographica

Art. 383. Estabelecer officina de impressão, lithographia, gravura, ou qualquer outra arte de reproducção de exemplares por meios mecanicos ou chimicos, sem prévia licença da Intendencia, ou Camara Municipal do logar, com declaração do nome do dono, anno. logar, rua e casa onde tiver de estabelecer a

officina, ou o lugar para onde fôr transferida depois de estabelecida :

Pena — de multa de 100\$000 (570).

(570) A multa é a do art. 160 pr.

Art. 384. Imprimir, lithographar ou gravar qualquer escripto, estampa ou desenho, sem nelle se declarar as circumstancias mencionadas no artigo antecedente :

Penas — de perda, para a Nação, de todos os exemplares apprehendidos, e multa de 50\$ a 100\$000 (571).

(571) A multa é a do art. 201.

Art. 385. Imprimir, lithographar ou gravar, com falsidade, as declarações do artigo antecedente :

Pena — de perda, para a Nação, de todos os exemplares apprehendidos, e multa de 100\$ a 200\$000 (572).

(457) Vide art. 160 pr.

Art. 386. Deixar de remetter á Bibliotheca Publica, nos logares onde a houver: um exemplar do escripto ou obra impressa :

Pena — de multa de 50\$ a 100 a 200\$000 (573).

(573) Vide art. 201 e dec. leg. n. 1825 de dezembro de 1907, que dispõe sobre a remessa de braso impressas á Bibliotheca Nacional.

Art. 387. Affixar em logares publicos, nas paredes e muros das casas, sem licença da autoridade competente, cartazes, estampas, desenhos, manuscritos, ou escrever disticos ou lettreiros :

Pena — de multa de 50\$ a 100\$000 (574).

(574) Vide art. 301.

Não se trata neste capitulo do direito de liberdade de manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de cen-

cura, a que se refere a Const. Fed., art. 72, § 12. O capitulo comprehende, como diz João Vieira, as disposições concernentes ao que se costuma chamar *policia da imprensa*, ou, na phrase de Zanardelli, *disciplinas de policia administrativa*, que não affectam a livre manifestação de pensamento pela imprensa ou outro meio de reprodução. João Vieira, depois de observar que estas disciplinas pelo que respeitam a arte typographica, lithographica e semelhantes foram em todos os paizes reconhecidas necessarias, inclusive no direito francez onde taes factos tem o mesmo character de contravenções, entende que n'um Estado, como o nosso, regido por instituições livres, não impõem, nem podem impôr quaesquer restricções meticulosas á liberdade de tal industria, submettendo o seu exercicio á obrigação de autorizações e licenças, isto é, ao beneplacito da autoridade publica. Divergimos do illustre autor, porque esta *regulamentação do uso da arte typographica* a que se refere o Codigo não é propriamente uma restricção ao exercicio da liberdade de imprensa, mas é uma consequencia logica e natural do principio da responsabilidade, estabelecido pela Const. Fed., art. 72, § 12, como conseqüentario do livre exercicio d'aquelle direito. Alem disso as contravenções figuradas neste capitulo são o complemento das disposições dos arts. 22 e 23 (*Vide* notas respectivas). O que se procura impedir é a *imprensa clandestina*, que procura especular á sombra da irresponsabilidade. O defeito do Codigo está no titulo — *Uso illegal da arte typographica* — comprehendendo materia extranha á *arte typographica*. O Codigo de 1830 usou de uma expressão mais lata — *Uso indevido da imprensa*. A fonte do Codigo vigente foram os arts. 303 a 307 d'aquelle Codigo.

CAPITULO X

Da omissão de declarações no registro civil.

Art. 388. Toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que, tendo obrigação de dar a registro algum nascimento, deixar de fazer as declarações competentes, dentro dos prazos marcados nos regulamentos, incorrerá na multa de 5\$ à 20\$, elevada ao duplo, no caso de reincidencia (575).

(575) Excluida do art. 6 da lei n. 628 de 1890. Prescripção — 1 anno. Auctoridade: maximo 20\$, medio 12\$500, minimo 5\$; prepond. aggr. — 16\$250, prepond. att. 8\$750. Cumplicidade: maximo 13\$334, medio 8\$334, minimo 3\$334; prepond. aggr. — 10\$834, prepond. att. — 5\$834.

O dec. n. 9886 de 7 de Março de 1888 que manda observar o regulamento do registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos, estabelece que o registro civil comprehende nos seus assentos as declarações especificadas.

no mesmo regulamento, para certificar a existencia de tres factos : o nascimento, o casamento e a morte.

O Codigo só se refere ao nascimento e n'esta parte é defeituoso, omittindo as declarações referentes ao casamento e ao obito.

Do registro dos nascimentos trata o decreto nos arts. 53 a 68. Mais censuravel se torna ainda, porque o art. 388 do Codigo é reproducção *ipsis verbis* do art. 50 do dec. n. 9886 de 1898, omittindo-se as palavras — *casamento ou obito* — O regul. estabelece a multa de 5\$ a 10\$000, o Codigo elevou a multa de 10\$ a 30\$000. Vide o dec. n. 9886 de 1888 annotado pelo dr. Didimo Junior.

— Decisão do dr. Gomes de Paiva, juiz da 5ª Pretoria do Distr. Fedz: (*Jorn. do Comm.*, 19 de Maio 1906) :

Vistos os autos, allega na petição de fl. 2 D. Ermelinda da Rocha Miranda, que no dia 8 de Dezembro de 1905, na casa em que habitava á rua do Lavradio n. 73, deu á luz a uma criança do sexo masculino, que não pôde registrar porque permaneceu de cama algum tempo, além do seu estado de pobreza. Pede que seja aberto o assentamento respectivo, sendo ella dispensada da multa, attento ao seu estado de pobreza.

Cumpra salientar que, de conformidade com o art. 44 do decreto n. 9886, de 7 de Março de 1888, não pôde ser exigido emolumento algum pelos registros, annotações e averbamentos, relativos a pessoas notoriamente pobres, consignando-se alli os meios de provar a pobreza, quando impugnada.

Por esse lado não se justifica a falta praticada. Entretanto, o art. 55 do decreto citado permite ao official do registro exigir prova da declaração levada a registro, se tiver motivo para duvidar da sua veracidade, podendo mesmo ir á casa do recém-nascido verificar a sua existencia; e se assim é em circumstancia normal, quando o facto é recente, dicta a prudencia que o juiz não se deixe levar simplesmente pela declaração da parte, mas se prevaleça daquelle dispositivo, quando um prazo mais ou menos longo tem decorrido, sem que o registro esteja effectuado.

Esse prazo deve ser do um mez, desde que, tendo elle terminado, se torna preciso apurar o dolo, verificar se a falta do registro derivou da intenção de crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro, caso em que existe um crime a punir. Codigo Penal, art. 386. »

Quanto á multa que o art. 50 do regulamento citado obriga o Juiz a applicar administrativamente no caso do omissão de registro de nascimento, casamento ou obito; em se tratando de nascimento, não tem mais razão de ser, em face do Codigo Penal, que classificou a omissão como uma contravenção, no art. 388, Carlos de Carvalho, *Direito Civil Brasileiro*, art. 51. § 2º. O art. 410 do Codigo Penal, mantendo em vigor as disposições das leis e regulamentos de fazenda e commercio, de administração e policia geral, e regimento dos auditorios, que decretam penas pecuniarias e disciplinares, salvou a hypothese de terem sido revogadas pelo mesmo Codigo.

E é logico que a inclusão de uma materia no Codigo Penal, sujeitando a prisão o seu contraventor, se não pagar a multa (art. 59) deroga disposições do regulamento, do contrario se verificava o principio do *bis in idem*, que a sciencia tem repellido, art. 61.

Ora, ninguém pôde ser condemnado sem ter sido submettido a processo

regular perante Juiz competente e a acção penal é promovida por denuncia do M. Publico. em todos os crimes e contravenções, art. 407.

Portanto, nenhuma relação de dependencia existe entre o lançamento do nascimento e o pagamento da multa, são questões distinctas, de ordem administrativa uma, de natureza crime a outra.

A contravenção do art. 388 do Codigo Penal deve ser prōcessada e julgada pelo Pretor, decreto n. 5.561, de Junho de 1905, art. 128, § 2º n. IV, adoptando-se a forma prescripta no art. 236.

Assim, determino que a requerente traga a Juizo a criança a que se refere na petição inicial, e justifique o allegado na mesma petição, dando-se vista dos autos *in-continenti* ao Dr. Promotor Adjunto, para que possa providenciar de accordo com a lei, e com a urgencia necessaria para evitar a prescripção do art. 82 do Codigo Penal

CAPITULO XI

Do damno ás cousas publicas (576).

(576) A estas contravenções applica-se tambem a disposição do art. 1 n. 11, lei 928 de 1899.

Art. 389. Plantar arvores ou quaesquer vegetaes, que se embarcem nas linhas telegraphicas ou telephonicas; fazer obras que obstruam os esgotos e vedem o escoamento das aguas; fazer queimadas, ou depositar materias inflammaveis na proximidade das linhas; atar animaes aos postes; collocar sobre os fios objecto que possa causar damnificação, ou impedir o transito dos guardas pelas linhas :

Pena — de multa de 50\$ a 100\$, alem da obrigação de reparar o damno causado e de remover os obstaculos creados nas linhas (577).

(577) A multa é a do art. 201.

Paragraphe unico. Em igual penal incorrerão os donos ou consignatarios de navios que fundearem, ou largarem ferro na direcção de algum cabo telegraphico immerso, indicado pelas boias.

Si o ferro agarrar o cabo immerso e o deslocar, ou quebrar, a multa será dobrada.

Art. 390. Cortar, destruir, ou substituir por outras, sem licença da autoridade competente, as arvores plantadas nas praças, ruas e logradouros publicos; damnificar os jardins e parques de uso publico :

Penas — de prisão cellular por oito a quinze dias, e multa igual ao valor do damno causado (578).

(578) Prescrição — 1 anno. Penalidade : maximo 15 dias, medio 11 dias e 12 horas, minimo 8 dias; prepond. aggr. — 13 dias e 6 horas: prepond. att. — 9 dias e 18 horas (cellular). Na forma do art. 409 : minimo 17 dias e 12 horas, medio 13 dias e 10 horas, minimo 9 dias e 8 horas; prepond. aggr. — 15 dias e 11 horas; prepond. att. — 11 dias et 9 horas (simples). A prisão addiciona-se a multa igual ao valor do damno causado. Lavra-se solto.

No arts. 149 e segs. e respectivas notas tratamos do crime de *damno* e outros, que o Codigo enfeixou sob a epigraphe — *Dos crimes contra a segurança dos meios de transporte ou comunicação*, crimes que, em geral, affectam a *incolumidade publica*. O damno ás cousas publicas o Codigo considera contravenção, como sanção de disposições regulamentares, aliás dispensaveis. Nos regulamentos dos telegraphos, nas posturas municipaes, no regulamento das capitancias dos portos se encontram a materia das disposições dos arts. 389 e 390, ás quaes se junta a sanção do Codigo, unicamente para o effeito da punição por meio do processo judiciario, quando por aquelles a punição, é pelo processo administrativo. Aliás, a punição das contravenções municipaes no Districto Federal hoje se faz por uma junta judiciaria.

CAPITULO XII

Dos mendigos e ebrios (579).

(579) Compete ao chefe e delegado de policia na Cap. Fed. processar *ex officio* esta contravenção (lei 628 de 1899, art. 6).

Art. 391. Mendigar, tendo saúde e aptidão para trabalhar :
Pena — de prisão cellular por oito a trinta dias (580).

(580) Prescrição — 1 anno. Penalidade : maximo 30 dias, medio 19 dias, minimo 8 dias; prepond. aggr. — 24 dias e 12 horas, prepond. att. — 13 dias e 12 horas (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 35 dias, medio 22 dias e 4 horas; minimo 9 dias e 8 horas; prepond. aggr. — 28 dias e 14 horas; prepond. att. — 15 dias e 18 horas (simples). Livra-se solto.

Art. 392. Mendigar, sendo inhabil para trahalhar. nos logares onde existem hospicios e asylos para mendigos :

Pena — de prizão cellular por cinco a quinze dias (581).

(581) A penalidade é a do art. 382 pr.

Art. 393. Mendigar fingindo enfermidade, simulando motivo para armar á commiseração, ou usando de modo ameaçador e vexatorio :

Pena — de prizão com trabalho por um a dous mezes (582).

(582) A penalidade é a do art. 201, exceptuada a multa.

Art. 394. Mendigar aos bandos ou em ajuntamento, não sendo pae ou mãe e seus filhos impuberes, marido e mulher, cego ou aleijado e seu conductor :

Pena — de prizão cellular por um a trez mezes (583).

(583) A penalidade é a do art. 119.

Art. 395. Permittir que uma pessoa menor de 14 annos sujeita a seu poder, ou confiada á sua guarda e vigilancia, ande a mendigar, tire, ou não, lucro para si, ou para outrem :

Pena — de prizão cellular por um a trez mezes (584).

(584) Vide art. 119.

Louis Paulian, no seu interessante livro *Paris qui mendie, les orais et les faux pauvres, mal et remède*, demonstra que a mendicidade, em Paris como em todos os centros populosos, constitue uma profissão a que se entrega certa classe de gente da peor especie. Elle mostra como o mendicidade profissional se prepara : a entrada na carreira pela aprendizagem, os primeiros passos do officio, a especialização, o serviço activo e o sedentario. Estuda o *typo do mendigo profissional*, dos cantores de rua, dos antro-

piados, dos mendigos de egrejas, dos que exploram as crianças. Ha em Paris e outras cidades européas escolas de mendicidade profissional, onde se ensina a arte de mendigar e onde se estropiam crianças, que são expostas á commiseração publica. Nas *varias* do *Jornal ao Commercio* de 1893: lemos em uma correspondenei de Vienna para a *Indépendance belge* a noticia de ter sido descoberta nas visinhanças de Biskúpice, aldeia da Croacia, uma quadrilha de exploradores da infancia, que operavam com inaudita crueldade. Os miseraveis roubavam as crianças e as mutilavam para fazer dellas mendigos, ficando com as esmolas que recebiam. A policia descobrio crianças de 8 a 12 annos em miserandas condições. Duas meninas tinham um dos olhos vasados, um menino a espinha dorsal quebrada, e outra menina o corpo coberto de chagas. No antro desses bandidos foram encontrados os instrumentos e os aparelhos com que mutilavam as victimas:

Um jornal allemão dá curiosas indicações sobre signaes secretos que empregam entre si, nas cidades da Allemanha, os mendigos profissionaes.

Esses signaes são para o effeito delles se informarem, mutuamente, sobre a generosidade dos habitantes a quem pedem, ao acaso das suas peregrinações.

E' uma especie de cryptographia, que unicamente os vagabundos de todas as regiões comprehendem, e que não desperta suspeita entre os não iniciados.

As indicações fornecidas por esse codigo secreto estão geralmente collocadas nas portas das casas, ao lado opposto á fechadura e a uma altura média de um metro e meio acima do sólo. Os signaes traçados a giz são pequenos e pouco apparentes, mas não escapam ao olhar perspicaz do mendigo.

Dest'arte, tal proprietario, conhecido pela sua generosidade, espantar-se-ha do grande numero de pobres que vão, constantemente, bater-lhe a porta. E' porque essa porta está marcada com um circulosinho. Quando ha dois circulos, é porque a casa é magnífica.

Ao contrario, uma cruz indica que se não dá nada. Duas cruces assignalam um perigo possivel, e trez cruces recommendam ao pedinte que fuja, indicando-lhe que a casa é habitada por uma autoridade.

Por outro lado, um triangulo annuncia a presença de uma dama idosa, de coração caritativo. Dois quadrinhos, assignalam um cliente duro de apanhar, e trez que não se apanha nada.

Finalmente, nos campos e aldeias, um quadrado encimado de uma enxada symbolica, adverte o mendigo de que se lhe pedirá trabalho em troca da esmola que receber.

Convem não confundir a *mendicidade* com a *indigencia*. A lei belga, sob a inspiração de M. Le Jeune, considerada modelo no assumpto, faz essa distincção: *Le paresseux invétéré qui exploite la charité publique, et le malheureux réduit par la misère à demander un asile provisoire à l'État*. A indigencia é um estado d'alma e do corpo que reduz o individuo á miseria moral, á falta de iniciativa e de coragem para a lucta pela vida. A indigencia é uma molestia. A *mendicidade* é uma das formas da *vadiagem*. O mendigo adopta esse meio de vida como o mais facil de ganhar dinheiro.

sem trabalhar. A mendicidade é uma contravenção. Alguns autores distinguem a mendicidade profissional punível e a simples mendicidade ou indigência, que vive da caridade publica e pode ser tolerada. O Código pune a mendicidade profissional nos arts. 391, 393, 394, 395. Parece tolerar a mendicidade dos inhabeis para o trabalho, prohibindo somente que exerçam a profissão nos logares onde não existem hospícios e asylos para os mendigos (art. 392). No art. 394 a figura da mendicidade aos bandos ou em ajuntamento, abre uma excepção em favor do pae ou mãe e seus filhos impuberes, marido e mulher, cego ou aleijado e seu conductor. Parece que o Código permite a estes a mendicidade, mas essa permissão deve se entender de accordo com o disposto no art. 392. O dec. de 13 de Outubro de 1893 no art. 1 n. IV, manda crear uma ou mais colonias correccionaes para rehabilitação pelo trabalho e instrucção dos mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos que forem encontrados e como taes julgados no Districto Federal, comprehendendo nessas classes os definidos no Código Penal e no decreto n. 145 de 12 de Julho de 1892.

Em virtude dessa lei foi fundada a Colonia Correccional de Dois Rios na Ilha Grande. O estabelecimento esta funcionando regularmente, devido aos esforços e tenacidade do chefe de policia do Districto Federal, dr. A. A. Cardozo de Castro.

Vide no Direito, vol. 85, de 1901 relatorio do dr. Carvalho Mourão, escripto para o Congresso-Juridico Americano de 1900.

Art. 396. Embriagar-se por habito, ou apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesta :

Pena — de prisão celllular por quinze a trinta dias (585).

(585) Prescripção — 1 anno. Penalidade : maximo 38 dias, medio 22 dias e 12 horas, minimo 15 dias; prepond. aggr. — 26 dias e 6 horas, prepond. att. 18 dias e 18 horas (cellular). Na forma do art. 409 : maximo 35 dias, medio 26 dias e 6 horas, minimo 17 dias e 12 horas; prepond. aggr. — 30 dias e 15 horas, prepond. att. — 21 dias e 21 horas (simples). Livra se solto.

Art. 397. Fornecer a alguém, em logar frequentado pelo publico, bebidas com o fim de embriagal-o, ou de augmentar-lhe a embriaguez :

Pena — de prisão celllular por quinze a trinta dias (586).

(586). *Vide* artigo antecedente.

Paragrapho unico. Si o factio fôr praticado com alguma pessoa menor, ou que se ache manifestamente em estado anormal por fraqueza ou alteração da intelligencia

Pena — de prisão cellullar por dois a quatro mezes (587).

(587) A penalidade é a do art. 134.

Art. 398. Si o infractor fôr dono da casa de vender bebidas, ou substancias inebriantes :

Pena — de prizão cellullar por um a quatro mezes, e multa de 50\$ a 100\$000 (588).

588) A multa é a do art. 201. A penalidade da prizão é a do art. 300, § 2.

A embriaguez é um vicio dos mais despreziveis e sem duvida affecta os interesses da ordem e segurança publicas, porque o ebrio habitual é um predisposto ao crime. Tambem affecta á moralidade publica. Mas a embriaguez só pode ser punida, como contravenção, quando concorrerem os elementos do *habito* e do *logar publico*. João Vieira entende que o Codigo commette um desaso considerando como uma das formas da embriaguez o *habito*, que no Codigo italiano, fonte do nosso, é apenas aggravante. « Não se comprehende mesmo, diz o illustre autor, que, sem os requisitos indicados, a embriaguez, mesmo *habitual*, de portas a dentro, seja punivel. Dentro de sua casa cada um pode *emborrachar-se* quando e como quizer. » E esta nossa opinião parece estar de accordo com os fundamentos do aresto que vamos transcrever e resolve outras duvidas : « O Codigo penal vigente não nullificou pelo seu art. 396 a attribuição, commettida anteriormente ás autoridades policiaes, de pôr em custodia os bebedos, durante a bebedice. Não sendo o bebedo vagabundo, residindo no proprio lugar em que foi prezo e não sendo tal a embriaguez, que exija a sua detenção, é mais consentaneo com o respeito devido á liberdade do cidadão, e para tirar qualquer pretexto de violencia, que seja elle conduzido para a sua casa, em vez de ser recolhido á cadeia. Acc. da Relação da Fortaleza (Ceará) de 30 de Dezembro de 1895. Pelo novo Codigo o *habito* no caso não é circumstancia aggravante, e, seja a embriaguez habitual ou não, é ella punivel, mas sendo publica. » A expressão generica — *apresentar-se em publico* — comprehende não só as ruas e praças, como os cafés, theatros, hoteis e estabelecimentos publicos. Outro elemento da contravenção é que a embriaguez seja *manifesta*, pouco importando que seja ella procurada ou não, completa ou incompleta.

A contravenção do art. 397 punida com a mesma penalidade do art. 396, revela, sem duvida, perversidade do contraventor. São elementos da contravenção : 1º que o fornecimento da bebida seja feito em lugar frequentado pelo publico; 2º que tenha por fim embriagar o paciente, ou augmentar-lhe a embriaguez. A penalidade é aggravada se o paciente fôr de menor idade ou, quando maior, se ache em estado anormal, por fraqueza ou alteração d intelligencia. Esse estado deve ser manifesto, isto é, reconhecido á primeira vista, independente de exame pericial. A razão da aggravante é obvia, attenta á menor resistencia que offerece o paciente em tal estado. Si o infractor fôr o dono da casa de bebidas, n'este caso, alem do abuso, entra tambem o interesse do ganho, da venda da substancia inebriante, em prejuizo do pa-

ciente, o *dolo* específico é diverso do das figuras do art. 397 e parágrafo unico, onde predomina a *perversidade*. Vide no *Appendice* a lei n. 647 de 1902, arts. 9 e 10.

CAPITULO XIII

Dos vadios e capoeiras.

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover á subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes :

Pena — de prisão cellular por quinze a trinta dias (590).

(590) A penalidade é a do art. 396. Dec. n. 3475 de 4 de Novembro de 1899, art. 6, vide no *Appendice*.

§ 1. Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de quinze dias, contados do cumprimento da pena (591).

(591) Na *Rev. de Jurispr.* de Agosto de 1899, p. 386 — estudo do dr. Renato Carmil sob a epigraphe — *Termos de bem viver*.

§ 2. Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos (592).

(592) Dec. n. 145 de Julho de 1894. Por dec. n. 4793 de 11 de Setembro de 1894 foi expedido regulamento para a Colonia correccional de Dois Rios.

Art. 400. Si o termo fôr quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes, que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.

Parapho unico. Si o infrator fôr estrangeiro será de-
porado (594).

(594) Acc. do Supr. Trib. Fed. de 13 de Março de 1895.

Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta si o condemnado provar superveniente aquisição de renda bastante para a sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.

Parapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della (595).

(595) Os autores distinguem a *ociosidade*, a *vadiagem* e a *vagabundagem*. Qualquer destes estados é a negação do trabalho, constitue uma infracção de um dever normal e social, imposto á todos que fazem parte da sociedade e della tiram proveito. Conclue-se, assim, que qualquer d'aquelles estados é um estado anti social. Mais a lei penal não pune os contraventores da lei moral e unicamente trata de reprimir ou prevenir os crimes. Os termos *ociosidade*, *vadiagem* ou *vagabundagem* juridicamente são equivalentes e o nosso Codigo não suffraga aquella distincção. Na expressão *vadiagem* comprehende-se o *ocioso*, o *vadio* e o *vagabundo*. A *vadiagem* é, como diz Silva Ferrão, menos um facto criminoso em si mesmo do que um modo de existencia social perigoso que o legislador quiz reprimir. E' mais um acto *preparatorio* ou de predisposição de crime, que mesmo *tentativa* malefica, porque o ser *vadio* não constitue nem começo de crime, ou habito de fazer mal. Mas a lei penal presume aqui a grande possibilidade e probabilidade dessa consequencia, e seu character e fim é portanto eminentemente preventivo e correccional. A doutrina de Florian e Cavaglieri, cuja obra recente, *I vagabondi*, João Vieira cita e exalta, suffraga o mesmo sentido. A *vadiagem* como *parasitismo social* e *anti social* é um phenomeno individual, social e economico, punível quando *anti social*, isto é, quando pode constituir germen ou terreno preparado para os crimes, ou quando affecta os interesses da ordem economica ou da segurança social. O *parasitismo social* ou *simples*, como diz João Vieira, o parasitismo dos ricos, dos doentes, dos inaptos, dos desoccupados sem culpa propria, não pode ser punido. A lei define o *vadio anti social* afim de distinguil-o dos demais e ao mesmo tempo constituir a figura da respectiva contravenção. E' *vadio*, e incorre em contravenção de *vadiagem* ou *vagabundagem*, aquelle que deixar de exercitar profissão, officio ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistencia e domicilio certo em que habite. E' tambem *vadio* ou *vagabundo* aquelle que provê á subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes, ainda que tenha domicilio certo. O art. 399 distingue portanto trez especies de *vadios*.

São elementos constitutivos da primeira especie : 1° que o individuo não exerça profissão, officio ou qualquer mister em que ganhe a vida; 2° que não possua meio de subsistencia, isto é, que não tenha renda, pensão ou qualquer recurso que lhe garanta a subsistencia; 3° que não tenha domicilio certo em que habite. Estes são os vadios ou vagabundos propriamente. A' segunda especie pertencem os individuos que embora tenham domicilio certo, procuram recursos de subsistencia em occupação prohibida por lei : taes são os jogadores de profissão, a que se refere o art. 374. São comprehendidos na terceira especie os *castens*, *proænetas*, os que em geral vivem do *lenocineo*, as *meretrizes*. Esta casta de gente possui domicilio certo, mas provém á subsistencia por meio de occupação manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes. O dr. Bento de Faria, delegado da 8ª circumscripção policial da Capital Federal, expedio em 23 de Março de 1903, a seguinte portaria, que merece ser aqui citada :

« Attendendo a que vagabundagem, embora não seja um crime completo, deve ser, entretanto, considerada com um estado anti social permanente que exige medidas de preservação constante (*Prins — Science pénale et droit positif*), o que importa prevenir ou corrigir as inclinações ou habitos viciosos ou immoraes do agente;

Attendendo a que por *vagabundo* se entende não só aquelle que vagueia sem domicilio e sem pedir ao trabalho os meios de subsistencia, mas tambem o que procura provê-la por meio de occupação prohibida por lei ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes (*Cod. Pen., art. 399, Reg. 120, de 31 de Janeiro de 1842, art. 300*);

Attendendo a que a prostituição sobre ser occupação reprovada, como offensiva da moral e dos bons costumes, para ser publicamente tolerada, sendo que as meretrizes não merecem consideração civil por falta de boa fama, *ULP. Reg., Tit. 13, § 1º e fr. 43. Deritu nupt. (XXIII, 2), Cod. L. 3, tit. 58, § 2; RIBAS — Direito civil brasileiro, vol. 2, pags. 109 e seguintes; PAULA BAPTISTA — Theor. e prat. do proc. civil, § 135; MORAES CARVALHO — Praxe forense, § 547;*

Attendendo a que os proprios paizes que a regulamentarão, apenas tiverão em vista cohibir o escandalo publico, mas nunca o reconhecimento official da *profissão de prostituta*, e tanto assim que, em recente conferencia internacional, realizada em Pariz, a 15 de Julho de 1902, e na qual tomárão parte os representantes da Alemanha, Austria, Belgica, Brazil, Dinamarca, Hespanha, Inglaterra, Hungria, Italia, Noruega, Hollanda, Portugal, Russia, Suecia, Suissa e França, sob a presidencia do Ministro dos Negocios Exteriores desta ultima nação, tratou-se com empenho de pôr termo á prostituição crescente, promettendo os referidos Delegados auxiliar-se reciprocamente para consecução desse *desideratum* (*Documents diplomatiques sur la Conférence internationale pour la répression de la traite des blanches. Pub. Offic.*);

Attendendo a que a prostituição no Brazil não é regulamentada, sendo até punidos os que excitarem, favorecerem ou induzirem mulheres a esse trafico (*Cod. Pen., art. 277*); -

Attendendo a que á autoridade policial cumpre ter sob sua vigilancia as prostitutas, providenciando contra ellas de fórma a assegurar o respeito á

lei e á moral publica (*Dec. n. 4763, de 5 de Fevereiro de 1903, art. 31 n. XIII*);

Attendendo a que no sentido legal toda a mulher exclusivamente meretriz é vagabunda, pouco importando que tenha casa onde habite; e assim sendo deve ser punida de accordo com o art. 6 e §§ da lei n. 628, de 28 de Outubro de 1899 e na conformidade do art. 399 do Código Penal e art. 400 do mesmo Código, na reincidencia;

Determino aos Inspectores desta Circumscripção;

a) que intinem a vir a esta Delegacia qualquer meretriz, notoriamente conhecida como tal, que fôr vista em exhibição nas portas ou janellas:

b) que fação prender aquellas que, nas ruas ou lugares frequentados pelo publico, demonstrem de modo inequivoco, a escandalosa e reprovada occupação a que habitualmente se entregão. »

Se todos os delegados providenciassem no mesmo sentido, e, sobretudo, se as ordens fossem cumpridasmeticulosamente pelos subalternos, em algumas ruas desta cidade não se exhibiriam os quadros escandalosos que tanto offendem á moral publica e aos bons costumes.

O aviso do ministerio da justiça de 24 de Janeiro de 1898 (no *Direito*, Março de 1898, p. 46) providencia sobre o destino que deve ser dado aos menores vagabundos nacionaes e estrangeiros. *Vide*, dec. de 13 de Outubro de 1893 e lei n. 947 de 1902.

O § 1 do art. 399 determina que pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a tomar termo de occupação dentro de quinze dias, contados do cumprimento da pena. O art. 400 determina que se o termo fôr quebrado, o que importará reincidencia, o infractor (sendo nacional) será recolhido por um a trez annos á colonias penaes, que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes. Se o infractor fôr estrangeiro, será deportado. Convem distinguir o termo de tomar occupação do termo do bem viver, pois ha — entre um e outro notavel differença. O termo de tomar occupação é um complemento da pena corporal e decorre da sentença que condemna o contraventor (art. 399, § 1 do Cod. Pen.). O termo de bem viver é uma medida preventiva applicavel a todos os individuos mencionados no art. 12, § 2 do Cod. do Proc. Crim., embora possam alguns delles incorrer em contravenção, caso se verifiquem os respectivos elementos, o que não importa dupla punição por um mesmo factó, attenta a diversidade das hypotheses. Assim decidio o Sup. Trib. Fed. por Acc. de 30 de Agosto de 1899, na *Rev. Jurisp.*, Out. 1898, p. 139. N'esse mesmo julgado o Tribunal declarou que compete ás juntas correccionaes, no Districto Federal, o julgamento da contravenção do art. 399, § 1 do Cod. Penal. Em consequencia, é um constrangimento illegal a condemnação de alguém, por essa contravenção, mediante julgamento de qualquer autoridade policial. O processo e julgamento do termo de bem viver não se confundem com o processo e julgamento da infracção do mesmo termo; estes são da exclusiva competencia da justiça criminal; aquelles o podem ser da policia. Quando uma autoridade viola uma lei em caso controvertido, pode deixar de ser responsabilizada criminalmente. O Conselho do Tribunal Civ. e Crim., por Acc. de

13 de Junho de 1900, decidiu que o termo de bem viver é uma providencia ou medida de policia administrativa no interesse da ordem social, meio preventivo para não delinquir e assecutorio dos bons côstumes e tranquillidade publica (Cod. do Proc. Crim., art. 121); e que nestes termos a determinação e a repressão de crimes qualificados no Codigo Penal excedem da jurisdicção administrativa ou preventiva da policia, cujo caracter principal é « a vigilancia, e a sociedade, considerada em massa, o objecto da sua solididade. » Por Acc. de 7 de Março de 1902, o Conselho do mesmo Tribunal, na *Rev. Jurisp.*, Março 1902, p. 291, decidiu que nos termos de bem viver devem ser garantidos ao accusado os mais amplos meios de defeza, visto como, si bem que seja uma medida de caracter policial, o termo de bem viver affecta, comtudo, a honorabilidade e a consideração do cidadão e sujeita-o ao cumprimento de uma pena, caso seja quebrado. Assim, é de annular-se o processado em que elle não teve vista para dizer sobre os documentos juntos pelo autor com suas allegações. Assim tambem decidiu o mesmo Conselho em Acc. de 21 de Agosto de 1902, na *Rev. de Jurisp.* Agosto de 1902, p. 362. Este Accordão está longamente fundamentado e demonstra ainda que o termo de bem viver está em plena vigencia e pode ser procurado a requerimento das partes. Declara ainda que o estado civil de uma pessoa, por exemplo, de mulher casada, não constitue immunitade legal para garantil-a contra a assignatura d'aquelle termo. Si o facto incriminado constitue um crime não é caso para termo de bem viver, porque este é uma caução preventiva e não repressiva de crimes, conforme já decidiu o Acc. do mesmo Conselho de 13 de Julho de 1900.

— Em seguida publicamos uma sentença proferida pelo Juiz da 13ª Pretoria, determinando a internação de um menor na « Escola Correccional Quinze de Novembro » :

« Vistos, etc. Pelo officio de folhas duas foi apresentado a este Juizo, vindo da 20ª Circumscripção Policial, o menor João Luiz da Silva, nos termos do art. 51, que baixou com o decreto n. 4,780, de 2 do expirante.

Procedidas as diligencias da lei, nos termos do citado artigo e seus paragraphos, foi ouvido o Ministerio Publico, que opinou pela internação do referido menor na « Escola Quinze de Novembro ». O que tudo visto e examinado :

Considerando que o menor em questão se acha desprotegido completamente, sem pais, sem recursos e, portanto, á mercê de todas as necessidades que o podem levar á pratica de crimes;

Considerando que á Justiça cumpre evitar esses crimes, necessitando esse acto, no caso vertente, do auxilio da caridade judicial tão bem prevista no salutar decreto n. 4,780, de 2 deste mez, approvando o regulamento da « Escola Quinze de Novembro » ;

Considerando que de tal recurso precisa o menor João Luiz da Silva, que até aqui tem vivido ás soltas e exposto á pratica de transgressões proprias de sua idade :

Mando que; nos termos do art. 51 do regulamento que baixou com o citado decreto, seja aquelle menor internado na « Escola Quinze de Novembro », tudo na conformidade do § 8 do alludido artigo.

Publique-se e desta dê-se conhecimento ao 6º Adjunto dos Promotores Públicos. Procedam-se as diligencias legais ultteriores. — Rio, em 31 de Março de 1903. O Juiz, *José Nodden de Almeida Pinto.* »

— Pelo delegado de 7ª circumscripção urbana, foi processado por quebra de termo o italiano Adolpho Lombardini e remettidos os autos ao juiz da 4ª pretoria, que condemnou o accusado á pena de deportação para fóra do territorio brasileiro, proferindo a seguinte sentença :

« Visto, etc, Attendendo a que a prova colhida contra o réo convence de que é elle realmente vagabundo ; attendendo a que já foi condemnado pela contravenção do art. 399, 1ª parte do Codigo Penal, tendo assignado o termo a que se refere o § 1 do citado art. ; attendendo a que o réo quebrou o compromisso que tomou de procurar occupação conforme o termo por elle assignado e que se vê por certidão a fl. 11 ; attendendo a que o réo é estrangeiro, o que se verifica dos autos e principalmente da diligencia de fls. 14 ; attendendo ao mais que dos autos consta — Julgo procedente a accusação para, havendo por quebrado o termo assignado pelo réo e declarando-o reincidente, condemnal-o, como condemnno, á expulsão do territorio brasileiro, nos termos do art. 400, § unico do Codigo Penal da Republica. Officie-se em tempo ao dr. secretario dos negocios do interior e justiça solicitando as providencias necessarias á execução da pena por este juizo e ao dr. chefe de policia para que seja o réo submettido ao processo de identificação, como medida garantidora do cumprimento da referida pena. Intime. — Rio, 21 — 3 — 1 903. — *Auto Barbosa Fontes.* »

— Accordãos da Camara Criminal do Trib. Civ. Crim do Districto Federal :

• Vistos em mesa, relatados e discutidos os autos.

Considerandô que a lei n. 947, de 29 de Dezembro de 1902, estabeleceu em seus artigos 1 a 4 que fossem creadas Colonias Correccionaes para internação de mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos ;

Considerando que, prevendo a hypothese de demora na criação das diversas colonias, a lei citada, no art. 11, estabeleceu na colonia já creada separação entre os internados, segundo a idade, sexo e causa de internação, em grupos incommunicaveis, que o Decrêto n. 4.753, de 28 de Janeiro do corrente anno fixou em tres ;

Considerando finalmente que o art. 399 § 2º do Codigo Penal, autorisou o Juiz a mandar recolher os maiores de quatorze annos a estabelecimentos industriaes, onde poderão ser conservados até vinte e um annos, o que fez a sentença appellada :

Accordão os Juizes da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal negar provimento á appellação, mandar internar os appellantes pelo prazo de dez mezes na Colonia Correccional dos Dous Rios, na secção creada para os maiores de quatorze annos e menores de dezeseite annos.

Rio de Janeiro, 10 de Outubro de 1903. — *Muniz Barreto, P.* — *Alfredo Russel.* — *Celso Guimarães.* — *Gama e Sousa.*

Relatados e discutidos os autos de appellação em que são appellantes Miguel da Silva Campos, Etelvina Maria da Conceição e Maria da Conceição.

Consta do processo que os appellantes forão inculpados da contravenção do art. 399 do Codigo Penal e condemnados na pena respectiva.

E, attendendo :

que a prova produzida não convence de terem os reus, appellantes, incorrido na contravenção referida, porquanto faltam os elementos necessários que indiquem terem os accusados, por habito, deixado de exercer profissão ou officio, não tendo domicilio certo, e o simples facto do ser alguem encontrado dormindo na via publica, por si só, não significa vagabundagem;

que o appellante Miguel da Silva Campos, negando declaração feita perante esta Camara, tem doze annos de idade, como tal não pôde ser tido em contravenção porque o art. 899 § 2º do Codigo Penal sómente attinge os maiores de quatorze annos;

que o legislador, no art. 30 do Codigo Penal, mandando recolher a estabelecimentos disciplinares industriaes os individuos maiores de nove annos e menores de quatorze que tiverem obrado com discernimento, deu a conhecer, pelo lugar em que inscreveu tal disposição, que só tinha em vista os casos de crimes ou delictos, tanto que no livro 8º do citado Codigo, tratando de contravenções, sómente se refere a maiores de quatorze annos, nada dizendo sobre os menores dessa idade;

que assim entendendo o pensamento do legislador, a lei n. 947 de 29 de Dezembro de 1902, em seu art. 7º, distingue menores de quatorze annos e maiores de nove inculpades criminalmente, e abandonados orphãos ou com pais ou tutores negligentes ou enfermos, e para estes ultimos o Regulamento n. 478, de 2 de Maio do corrente anno, determinou, em seu art. 2º, que taes menores abandonados sejam recolhidos á Escola Correccional, estabelecendo, para a apprehensão delles, o processo administrativo do seu art. 51.

Accordão em Camara Criminal dar provimento á appellação, e absolvem os appellantes, que serão postos em liberdade.

Rio, 7 de Outubro de 1903. — *Muniz Barreto*, Presidente, com voto. — *Celso Guimarães*. — *Gama e Sousa*.

— Decisões do Cons. do Trib. Civ. e Crim. do Distr. Fed. sobre *termos de bem viver* :

Os Juizes do Conselho de Tribunal Civil e Criminal :

Considerando que o termo de bem viver, se bem que seja uma medida de character policial, affecta, comtudo, a honorabilidade e a consideração do cidadão e sujeita-o ao cumprimento de uma pena, caso seja quebrado;

Considerando que nestas condições devem ser garantidos ao accusado os mais amplos meios de defesa;

Considerando ser esse o pensamento do legislador, pois regularizando o prazo em que devem ser apresentadas as allegações finaes das partes, determina expressamente que o prazo seja regulado de modo que não seja prejudicada a defesa, art. 48, § 6º, do decreto n. 4.824, de 22 de Novembro de 1871 :

Considerando que essa disposição, attendendo-se á sua redacção, deve ser interpretada de modo que a vista dos autos em cartorio ao réo tenha lugar depois das allegações do autor, de sorte que possa ter elle conhecimento das accusações contra si imputadas, e dos documentos que forem apresentados;

Considerando que na especie dos autos o escrivão abriu a vista ao mesmo tempo para o autor e para o réo, que o autor juntou numerosos documentos nas suas allegações finaes, que o réo não teve conhecimento desses docu-

mentos, não pôde contradita-los; que foi, portanto, cerceada a defesa e condemnado o reu em virtude de provas de que não teve conhecimento e que não pôde impugnar :

Accordão dar provimento ao recurso para, annullando o processado, considerar sem effeito o termo de segurança. E assim julgando condemnão o recorrido nas custas.

Rio, 7 de Março de 1902. — *Segurado, P.* — *Viceiros de Castro*, relator. — *T. Torres*.

Accordão em Conselho do Tribunal Civil e Criminal converter o julgamento em diligencia, afim de subirem os autos em original, irregular como foi a remessa de traslado. Com effeito, compete ao Conselho do Tribunal Civil e Criminal julgar os recursos das decisões das autoridades policiaes, obrigando a termo de segurança, art. 17, § 2, do Decr. n. 2.579, de 16 de Agosto de 1897. Se bem que o termo de bem viver seja uma medida de character policial, comtudo, á ordem de seu processo, como pondera Paula Pessoa, é mais ou menos a mesma que se guarda nos processos crimes. Nestas condições tem applicação á especie a disposição do art. 157 do Decr. n. 1.030, de 14 de Novembro de 1890, determinando que as appellações subão nos proprios autos independentemente de traslado.

Assim estatuinto, o legislador teve esse duplo intuito, tornar mais prompta e rapida a marcha do processo e poupar ás partes litigantes despezas desnecessarias e inuteis.

Exigir traslado para um termo de bem viver é difficultar se não impossibilitar o recurso, que a previdencia do legislador julgou prudente conceder contra o zelo excessivo ou a arbitrariedade, porquanto os individuos sujeitos a esta medida são ordinariamente pela sua humilde condição social, baldos de recursos pecuniarios.

Accresce ainda que a leitura dos autos no proprio original offerece mais garantias para a segurança do julgamento que o traslado, sujeito aos erros, equivococ, descuidos e omissões do copista.

A legislação do Imperio consagrava o traslado, porque era pequeno o numero dos tribunaes então existentes no paiz, e não era prudente confiar aos azares das viagens os proprios autos contendo documentos que tão profundamente affectavão aos interesses, á honra, á liberdade do cidadão. Hoje, porém, não se comprehende o traslado na propria cidade. Teria apenas como effeito difficultar a acção da justiça, que, pelo contrario, deve ser prompta e accessivel a todos.

Rio, 23 de Janeiro de 1902. — *Segurado P.* — Votei pela preliminar, attendendo á conveniencia de, no presente caso, fazer-se o exame dos autos no proprio original, por serem muito volumosos, e não porque considere sem vigor as disposições dos arts. 72 e seguintes da lei de 3 de Dezembro de 1841 e 442, a 445 do Reg. n. 120, de 31 de Janeiro de 1842. — *Viceiros de Castro*, relator. — *Ataulfo*.

A pena imposta aos infractores das disposições dos arts. 399 e 400 ficará extincta se o condemnado provar surperveniente acquisição de meios de renda bastantes para a sua subsistencia. Será suspensa á pena, se o condemnado apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue. Mas se não obstante esta concessão de intuitos regeneradores, o infractor persistir na

prática da vadiagem, pôde o fiador requerer exoneração de sua responsabilidade ou requerer o quebramento da fiança, e neste caso a sentença que julgar quebrada a fiança tornará effectiva a condemnação suspensa em virtude della. A proposito e sob a epigraphe *Sentença não cumprida* publicou o *Correio da Manhã* de 8 de Junho o seguinte local : « Publicamos em a nossa edição de 19 do mez passado uma reclamação feita por diversos detentos da Casa de Correção, a juizes da 1ª instancia, em virtude de suas transferencias por ordem do dr. chefe de policia e sem a competente guia do juiz da execução, para a Colonia dos Dois Rios. Hontem, attendendo a identica reclamação, o dr. Alfredo Russel officiou ao dr. chefe de policia, requisitando a remessa incontinente da Colonia dos Dois Rios para a Casa de Correção dos réos Manoel Pereira de Rezende e José Joaquim de Mello, que para alli tambem forão transferidos. Sobre esta irregularidade, já a Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal resolveu e considerou exorbitante da lei as disposições do artigo 26, § 7 do decreto n. 4753 de 28 de Janeiro de 1903, baixado para fiel execução da lei 947 de 29 de Dezembro de 1902, disposições que não podem subsistir como se verifica confrontando com a do artigo 1, n. 4, da lei onde cuidadosamente especificou o legislador os individuos a internar nas colonias correccionaes, creadas para reabilitação pelo trabalho e instrucção de mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos e não para réos condemnados a cumprirem penas de prisão cellular. Essa doutrina foi sustentada por um julgamento da appellação em que era appellante Antonio Adalberto Soares, condemnado pela Junta Correccional da 5ª pretoria, a 4 1/2 mezes de prisão cellular a cumprir na Colonia Correccional de Dois Rios. A sentença foi confirmada; porém, pelo mesmo accordão, foi ordenada a transferencia do réu para a Casa de Correção.

— Merece ser tambem transcripta a seguinte decisão do dr. Geminiano da Franca, juiz da 3ª Vara Criminal do Distr. Federal :

Vistos estes autos — Appella o menor José Joaquim de Freitas, de nacionalidade portugueza, da sentença do Dr. Juiz da 8ª Pretoria, que o condemnou á residencia na Colonia Correccional dos Dous Rios até completar a maioridade, de conformidade com o disposto do § 2º do art. 399 doCodigo Penal.

Fundamenta o seu recurso na applicação da pena imposta, pois menor, estrangeiro e reincidente, a penalidade em que incorreu é a deportação e não a reclusão na Colonia, como determina a sentença.

Esta allegação seródia não pôde ser considerada, desde que não está acompanhada de prova, e consta de todos os termos do processo a declaração de menoridade, sendo portanto, um ardil do appellante para illudir a condemnação.

Obedeceu, porém, a sentença appellada aos preceitos juridicos, e applicou a pena de accordo com os elementos probatorios constantes da instrucção criminal?

A vagabundagem tem suas causas determinantes — ou na falta de forças do individuo para o trabalho, ou na carencia de meios para conseguilo, havendo aptidão necessaria, ou na ausencia de vontade para o trabalho,

existindo, entretanto, meios para alcançá-lo e forças para supportá-lo. As duas primeiras causas devem ser combatidas pela solicitude e providencia dos Governos, e quando não o são, cabem aos institutos de assistência particular, e á caridade individual attenuar os seus effeitos. A ultima, porém, requer a maxima severidade das leis penaes, em bem da estabilidade social, por ser no dizer incisivo de Adolpho Prins — o estagio da criminalidade. E, assim, comprehende o nosso Codigo, tanto que estatuiu penas severas no intuito de cohibil-as.

O estado de vagabundagem, consequentemente, só constitue um perigo social, merecedor de repressão, no caso de ficar demonstrado cabalmente pela instrucção criminal, que o accusado é um ocioso valido. Por isso, diz Garraud — *Droit Pénal Français*, vol. 4º, n. 1.459 : « Para poder punir o vagabundo é necessario estabelecer a sua culpabilidade, isto é, provar que se elle está sem domicilio, sem recursos e sem profissão, é exclusivamente por sua culpa. O que a lei reprime na vagabundagem é a adopção voluntaria de um genero de vida, socialmente perigoso ».

Dir-se-ha, entretanto, que a vadiagem que se está desenvolvendo assustadoramente em nosso meio social, deve, em regra, ser punida, attenta a facilidade hoje existente para o emprego de todas as actividades, sendo, sempre, o vagabundo um avesso ao trabalho e um explorador do vicio em suas multiplas e repulsivas fórmulas. Essa asserção que é verdadeira, salvo o caso de inhabilitação para o trabalho, não releva, contudo, a autoridade da instrucção criminal da obrigação de fornecer os elementos, que caracterizem perfeitamente o estado de vagabundagem, visto como é exclusivamente pelo estudo consciencioso e pela apreciação escrupulosa delle, que o julgador se tem de guiar para proferir o julgamento.

A necessidade de ser feita a prova com segurança e de um modo convincente e completo faz-se, sobretudo, sentir nos casos em que o contraventor é um menor e de humilde condição social. Adolphe Prins — *Droit positif et Science Pénale*, pag. 225, diz : « A criança das baixas camadas, sendo victima da atmospherá envenenada que respira, a sociedade responde um pouco por seus crimes, como a tribu franca respondia pelos crimes de seus membros. O primeiro dever dos poderes publicos é arrancá-la deste meio, e não dá-la á policia e á prisão, mas prodigalizar-lhe protecção e piedade ».

Por conseguinte, a repressão penal do menor, sendo um recurso extremo e delicado, só deve ser levada a effeito quando ficar exuberantemente provada a sua incorrigibilidade, isto é, que as medidas de apoio, vigilancia e cuidado tomadas em tempo opportuno pelas autoridades competentes foram impotentes para conter as suas tendencias viciosas.

Resta, porém, saber se as autoridades brazileiras têm também a missão de prodigalizar aos menores estrangeiros a protecção e o amparo que a lei manda dispensar aos nacionaes.

Pelos principios geraes de direito internacional cabe aos agentes diplomaticos o cuidar dos interesses de seus compatriotas, velando para que lhes sejam respeitadas todas as regalias asseguradas pelo estatuto pessoal. A essa autoridade, portanto, incumbê providenciar sobre o destino dos menores desprotegidos e desamparados.

Não o fazendo, porém, dentro de um prazo razoavel, depois de regularmente informado, cumpre supplementarmente, por um dever de humanidade, a autoridade local supprir a incapacidade e curar da sorte do menor, como se fosse nacional.

Este modo de agir funda-se nas decisões do Congresso de Haya, no disposto no art. 23 da lei de introdução do Código Civil allemão, nas opiniões de internacionalistas como Vareilles et Soumières — *La Synthèse du Droit International Privé*, pags. 805 e 806, vol. 2º; Clovis Bevilacqua — *Principios de Direito Internacional Privado*, pag. 246; nos accordãos dos tribunaes do Seine de 10 de Abril de 1877; de Lille, de 13 de Junho de 1884; de Nancy, de 25 de Abril de 1885; de Besançon, de 30 de Novembro de 1887; e é incontestavelmente o unico que praticamente pôde ser observado nos paizes como o nosso, onde vigora o principio da nacionalidade. Isto posto e

Considerando que vagabundo é aquelle que não tem habitação actual e effectiva — *ille qui non certum habet domicilium in que habitat*, nem meios proprios de subsistencia, nem exercita habitualmente profissão ou officio; ou o que tira os meios de subsistencia de occupação prohibida por lei ou contraria á moral e aos bons costumes;

Considerando que ao menor orphão ou abandonado deve ser dado domicilio civil pela autoridade competente, e se esta não cumpre este dever não se pôde imputar ao mesmo menor a vida errante que levar;

Considerando que, declarando a lei a incapacidade do menor, tornou-o inapto para por si mesmo procurar emprego para a sua actividade;

Considerando que dos autos não consta que tivessem sido tomadas as providencias legaes, acauteladoras da pessoa do menor, quer pelo Consul, quer pelo Juiz competente;

Dou provimento á appellação para, reformando a sentença appellada, absolver o réo appellante de accusação que lhe foi intentada. Sem custas.

Rio, 5 de Dezembro de 1906. — *Geminiano da Franca*.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicio de agilidad e destreza corporal conhecido pela denominação *capoeiragem*; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal;

Pena — de prisão cellular por dois a seis mezes (596).

(596) A penalidade é a do art. 96.

Paragrapho unico. E' considerada circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes ou cabeças, se imporá a pena em dobro

Art. 403. No caso de reincidencia será applicada ao capoeira, no gráu maximo, a pena do art. 400.

Parapho unico. Si fôr estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquillidade ou segurança publica, ou fôr encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes (§97).

(597) A figura delictuosa da *capoeiragem* não era conhecida no Codigo anterior. Forma de delinquencia *indigena*, como diz João Vieira, os *capoeiras* escapavam á sancção penal, salvo quando dos exercicios resultavam offensas corporaes ou mortes, e n'estes casos respondiam pelos crimes commettidos.

O novo Codigo andou bem avisado constituindo a figura especial da capoeiragem em contravenção punivel, ainda que dos exercicios não resultem offensas physicas ou mortes. O codigo distingue a capoeiragem como simples contravenção, a qual consiste em fazer nas ruas e praças os exercicios de agilidade e de destreza corporal conhecidos sob aquella denominação. Constitue tambem capoeiragem, e esta é a forma mais perigosa para a segurança publica e individual, andar em correrias com armas e instrumentos capazes de produzir lesões corporaes, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal. Esta especie de capoeiras são os desordeiros e turbulentos profissionaes ou instinctivos pertencentes de ordinario a grupos ou multas com denominações diversas, que saham a fazer correrias e se pertenciam a multas rivaes desafiavam-se para brigar, empenhando-se ás vezes em verdadeiros combates na praça publica. Estes malfeitores eram vistos tambem em exercicios de capoeiragem na frente da musica dos batalhões que saham á rua. Hoje esta gente pertence a grupos carnavalescos, aos denominados *cordões*, ou são capangas eleitoraes ao serviço dos politicos da mesma laia. Na figura da simples capoeiragem ha duas especies, a segunda mais grave do que a primeira porque o uso da arma offensiva, a provocação do tumulto ou desordem, a ameaça a alguém, e o temor incutido, sem duvida produzem mal maior, aggravando a *capoeiragem*, e por isso devia essa contravenção ser punida com mais rigor. Comtudo, não existe n'estas especies outros crimes senão os *exercicios* ou as *correrias* de simples capoeiragem. Se aesses exercicios ou correrias resultarem mortes, lesões corporaes graves ou leves, ultrage ao pudor publico ou particular, alem das penas do art. 402 incorreão os capoeiras nas dos crimes a que derem logar. Se dos *exercicios* ou *correrias* resultar somente perturbação da ordem, da tranquillidade e segurança publicas, serão punidos com as penas do art. 402, porque não se encontra no Codigo, senão n'aquelle artigo, definida a perturbação da

ordem como figura delictuosa. Si o capoeira fôr encontrado com armas responderá tambem pelo uso de armas prohibidas (art. 377). O facto de pertencer o capoeira a banda ou malta agrava a penalidade, ainda que elle opere isoladamente.

O dispositivo do Codigo sobre expulsão já encontra no recente decreto legislativo n. 1641 de 7 de Janeiro de 1907, que providencia sobre a expulsão de estrangeiros do territorio nacional, base segura para a sua execução. Eis o decreto :

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil :

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução :

Art. 1.º O estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometter a segurança nacional ou a tranquillidade publica, pôde ser expulso de parte ou de todo o territorio nacional.

Art. 2.º São tambem causas bastantes para a expulsão :

1ª, a condemnação ou processo pelos tribunaes estrangeiros por crimes ou delictos de natureza commum.

2ª, duas condemnações, pelo menos, pelos tribunaes brasileiros por crimes ou delictos de natureza commum.

3ª, a vagabundagem, a mendicidade e o renocinio competentemente verificados.

Art. 3.º Não pôde ser expulso o estrangeiro que residir no territorio da Republica por dous annos continuos, ou por menos tempo quando.

a) casado com brasileira;

b) viuvo com filho brasileiro.

Art. 4.º O Poder Executivo pôde impedir a entrada no territorio da Republica a todo estrangeiro cujos antecedentes autorizem inclui-os entre aquelles a que se referem os arts. 1.º e 2.º.

Paragrapho unico. A entrada não pôde ser vedada ao estrangeiro nas condições do art. 3.º, si tiver se retirado da Republica temporariamente.

Art. 5.º A expulsão será individual e em fórma de acto, que será expedido pelo Ministro da Justiça e Negocios Interiores.

Art. 6.º O Poder Executivo dará annualmente conta ao Congresso da execução da presente lei, remettendo-lhe os nomes de cada um dos expulsos, com a indicação de sua nacionalidade, e relatando igualmente os casos em que deixou de attender á requisição das autoridades estaduaes e motivos da recusa.

Art. 7.º O Poder Executivo fará notificar em nota official ao estrangeiro que resolver expulsar, os motivos da deliberação, concedendo-lhe o prazo de tres a trinta dias para se retirar, e podendo, como medida de segurança publica, ordenar a sua detenção até o momento da partida.

Art. 8.º Dentro do prazo que fôr concedido, pôde o estrangeiro recorrer para o proprio poder que ordenou a expulsão, si ella se fundou na disposição do art. 1.º, ou para o Poder Judiciario Federal, quando proceder do disposto no art. 2.º. Sómte neste ultimo caso o recurso terá effeito suspensivo.

Paragrapho unico. O recurso ao Poder Judiciario Federal consistirá na justificação da falsidade do motivo allegado, feita perante juiz seccional com audiencia do ministerio publico.

Art. 9.º O estrangeiro que regressar ao territorio de onde tiver sido expulso será punido com a pena de um a trez annos de prisão, em processo preparado e julgado pelo juiz seccional e, depois de cumprida a pena, novamente expulso.

Art. 10. O Poder Executivo pôde revogar a expulsão, si cessarem as causas que a determinaram.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 7 de Janeiro de 1907, 19 da Republica.

AFFONSO AUGUSTO MOREIRA PENNA.

Augusto Tavares de Lyra.

Posta a lei em execução, o governo expedia um acto expulsando o medico portuguez dr. Vicente Urbino de Freitas, condemnado em Portugal por veneficio e banido do territorio portuguez em virtude de commutação da pena anterior. Insurgindo-se contra o acto do governo brazileiro, interpôz *habeas corpus*, que foi concedido pelo dr. Pires do Carvalho e Albuquerque, juiz seccional da 2.ª Vara do Districto Federal, cuja sentença passamos a transcrever :

« Vistos e examinados estes autos de *habeas-corpus* requerido pelos drs. Antonio Moutinho Doria e Celso Bayma em favor do subdito portuguez dr. Vicente Urbino de Freitas, expulso do territorio nacional — « á vista do disposto no art. 2.º, n. 1 da lei n. 1.641 de 7 do corrente, por ter sido condemnado pela justiça portugueza, por crime de envenenamento, sendo a pena posteriormente substituída pela de banimento do Reino de Portugal » ;

E, considerando que o direito de expulsão de estrangeiros está universalmente reconhecido como um consecario da soberania e é praticado pela maioria das nações cultas em nome dos interesses da segurança, da ordem e da moralidade :

Considerando que o exercicio deste direito, subordinado a taes interesses, nos casos e pela fórma estabelecidos em lei, não coillide com as garantias asseguradas no art. 72 do Estatuto de 24 de Fevereiro, que deve ser interpretado com as limitações impostas pelo direito incontestavel e inalienavel que tem o Estado de prover á propria segurança e consecução dos fins a que se destina (Accs. do Supremo Tribunal Federal n. 322, de 6 de Junho de 1892 e 388 de 21 de Junho e 1893 — citados pelo Dr. João Barbalho, pagina 300 — e n. 758 de 13 de Março de 1895 e 116 (unanime) de 3 de Agosto de 1898 — jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal (liv. I, pags. 6 e 41) ;

Considerando que a recente lei de 7 de Janeiro, que entre nós o institue e regula, applica-se não só aos estrangeiros admittidos depois da sua promulgação como tambem aos que já residiam no paiz ;

A redação constitucional acerca da retroactividade das leis, não se pôde entender senão quanto retroactivade injuridica e viciosa ; porquanto leis ha inoffensivamente retroactivas, leis legitimamente retroactivas, leis até necessariamente retroactivas.

No primeiro caso estão as leis que não ferem direitos adquiridos ». (R. Barbosa — Amnistia inversa, pag. 98).

Reconhecer aos estrangeiros entrados em qualquer epocha o direito adquirido á sombra da Constituição, de aqui permanecerem ainda quando compromettam a ordem publica, seria condemnar a medida não pelo vicio da retroactividade, mas pelo da inconstitucionalidade da lei que a autoriza, inefficaz para derogar uma garantia constitucional.

Semelhante inconstitucionalidade, porém, não se verifica segundo tem sido invariavelmente decidido pelo mais alto tribunal do paiz nos accordãos acima citados.

Mas, considerando que a citada lei de 7 do corrente declara no art. 2º que é *causa* para a expulsão do estrangeiro não só o facto de comprometter ou ameaçar a segurança nacional, a tranquillidade e a moral publica (arts. 1º e 2º §§ 2º, e 3º); mas « *tambem a condemnação* ou processo pelos Tribunaes estrangeiros » e que desta sorte, desnaturando a medida, incomprehensivel e inustificavel, se não é determinada pelos interesses superiores da ordem publica, converte o instituto politico da expulsão em um instituto penal iniquo e absurdo.

A disposição do art. 2º n. 11 que não figura no projecto primitivo, approved pela Camara (annaes de 1092, XV, pag. 370) insurge-se contra o pensamento que prêsido á elaboração da lei, não tem por si os fundamentos brilhantemente expendidos em defesa e sustentação da medida (deputado Madeiros e Albuquerque, annaes citados, pag. 144) e está em manifesto desaccordo com disposições que se lhes seguem;

No caso ahi previsto, não é mais a segurança nacional, não é a ordem publica que reclamam a expulsão do estrangeiro. « *São tambem causas* », diz a lei. Nem se poderia admittir que uma só condemnação, menos do que isto, *simplex processo por tribunal estrangeiro* — bastasse para tornar a residencia do indigitado uma ameaça para a nossa tranquillidade, tivesse a virtude de fazel-o suspeito á ordem e autorizasse a expulsão quando immediatamente depois, no n. 2 do mesmo artigo, a mesma lei declara que são necessarias, *pelo menos*, duas condemnações por tribunal brasileiro para permittir semelhante providencia. Seria forçoso concluir pelo absurdo de que mais se resente a nossa tranquillidade interna com suspeita de haver sido praticado um delicto no estrangeiro, do que com a perpetração provada e julgada de um crime dentro do paiz.

Além disto o prazo de tres a trinta dias, concedido para o recurso, pelo art. 7º; sufficiente para todos os casos previstos na lei, é irrisorio para o do art. 2º n. 2, e importaria na recusa do recurso instituido no art. 8º.

Considerando que, se fosse permittido ao nosso legislador decretar penas autorizando o executivo a applical-as para os condemnados por tribunaes estrangeiros e até para os que estão ainda sendo processados, taes penas em caso algum poderiam attingir factos occorridos em época anterior (Constituição, arts. 11 e 72, §§ 15 e 16):

Assim, considerando que a expulsão do paciente, determinada, não pelas exigencias da segurança nacional ou da ordem publica, porventura compromettidas ou ameaçadas com a sua permanencia no paiz, mas unica e exclusivamente, segundo declaram as informações de fl. 14, e consta do processo, pela condemnação que lhe infigiram as justiças portuguezas, é duplamente inconstitucional, pois resulta em uma verdadeira pena que é imposta por

autoridade incompetente, sem attenção ás fórmulas tutelares de defeza e é applicada por um delicto anterior;

Ainda, considerando que a lei, ao conferir ao Poder Executivo a faculdade de expulsão de estrangeiros, preoccupou-se igualmente com assegurar a estes as garantias que têm o direito de esperar da nossa cultura, e que a Constituição lhes promete, prescrevendo regras no intuito de evitar que tão grave medida pudesse servir ao arbitrio ou converter-se em pena substitutiva das que o Codigo da Republica estabelece para as diversas categorias de delictos, cuja apreciação e julgamento, trate-se de nacional ou estrangeiro, compete exclusivamente ao Poder Judiciario;

Considerando assim, além de definir os casos em que teria lugar, prescrevem a fórma porque se effectuaria a expulsão, instituiu a prestação de contas do art. 6º e o recurso do art. 8º;

Considerando que na hypothese dos autos, foi preterida a formalidade clara e terminantemente recommendada pelo art. 7º, pois que ao paciente não se deu « nota official da expulsão », com os motivos determinantes do acto, formalidade substancial que entende com os direitos da defesa e cujo preenchimento é condição indispensavel para a interposição do recurso do art. 8º, e que portanto é ainda illegal o constrangimento que soffre o mesmo paciente;

Considerando que dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou estiver em imminente perigo de soffrer violencia ou coacção por illegalidade ou abuso de poder (Const., art. 72, § 22) :

Julgo procedente o recurso e concedo a ordem requerida. Custas *ex causa* ».

Cuidando do saneamento moral da cidade, a policia prendeu diversos *castens* para serem deportados de accordo com a nova lei. Um delles, mais ousado, Alberto Benamour, encontrou rabula (empregamos esse termo porque advogado, que comprehende a *nobre profissão*, não acceta causas torpes) para requerer *habeas-corpus* ao Supremo Tribunal Fcderal, que denegou a ordem, sendo relator o sr. Ministro Epitacio Pessoa. A sessão foi interessante, porque dizia-se que um dos fins do *habeas corpus* era provocar o Tribunal a conhecer e declarar a inconstitucionalidade da lei de expulsão. Eis o que se passou, segundo a *Gazetilha do Jornal do Commercio* de 8 de Fev. 1907 :

« Feito o relatorio, o Sr. Epitacio Pessoa entrou a demonstrar que se tratava de um dos casos de competencia originaria do Supremo Tribunal, citando as leis relativas ao ponto, e acrescentando que naquelle caso a competencia devia até ser privativa do Supremo Tribunal.

Passou em seguida a combater a opinião dos que entendem que a concessão de *habeas corpus* não admite recurso.

Neste particular demorou-se, analysando leis, citando exemplos, figurando hypotheses, etc., e terminou estudando tambem longamente a constitucionalidade da lei da expulsão e a especie sujeita, destacando cada um dos argumentos da petição para offerecer-lhe contradicta.

Pede então a palavra o Sr. Oliveira Ribeiro. Do discurso do Sr. Epitacio destaca elle um ponto, o da competencia privativa do Supremo Tribunal, e extensamente o desenvolve mostrando a conveniencia de que neste sentido se firme a jurisprudencia. Conclue por apresentar uma preliminar sobre a competencia dos juizes seccionaes em relação aos actos do Governo.

Houve manifestações em contrario da parte de alguns Ministros, dizendo, em aparte, o Sr. Epitacio Pessoa que a preliminar era escusada, pois, se o Tribunal aceitasse a doutrina, elle a consignaria no accordão. A' vista disto, retirou o Sr. Procurador Geral a sua preliminar,

Fallou depois o Sr. Amaro Cavalcanti defendendo tambem, com longa-cópia de argumentos de doutrina e de direito positivo, a competencia privativa do Supremo Tribunal.

Por ultimo, teve a palavra o Sr. Alberto Torres que declarou abstrahir das questões constitucionaes para considerar apenas que o requerente do *habeas-corpus* não provara a sua residencia no Brazil, o que lhe parecia bastante para que a ordem fosse denegada. A proposito de se dever ou não apreciar tambem a constitucionalidade da lei, empenhou-se animada discussão entre os Srs. Amaro e Epitacio de um lado e do outro o Sr. Alberto Torres.

Finda esta discussão, o Sr. Presidente poz a votos o requerimento, dizendo simplesmente : « O Sr. Relator nega a ordem pedida; como votam os Srs. Ministros? », respondendo cada um por sua vez que negava tambem, sem se manifestar sobre a questão da competencia, a não ser o Sr. Natal, que resalvou esse ponto.

Outro caso de *habeas-corpus* requerido por outro *enften*, ao dr. Godofredo Cunha, juiz seccional da 1ª vara do Distr. Fed. e resolvido de accordo com a nova lei de expulsão :

« Vistos e examinados estes autos de *habeas-corpus* em que Manoel Fernandes da Silva pede a soltura do subdito italiano Alfredo Rossi, allegando ser elle official de ourivesaria, residir nesta cidade, e ter sido preso illegalmente pelo Chefe de Policia, pois nenhum delicto commetteu que justifique a sua detenção;

E considerando, preliminarmente, que los juizes federaes são manifestamente competentes para processar e julgar pedidos de *habeas-corpus*, seja qual fôr a autoridade que haja decretado o constrangimento, tratando-se de prisões ordenadas por autoridades federaes ou de prisões effectuadas por crimes de jurisdicção federal, com excepção apenas das autoridades militares, e, portanto, para conhecer de detenções de estrangeiros, presos pelo Poder Executivo, para serem deportados, por incidirem nas causas especificadas no art. 2º da lei n. 1.641, de 7 de Janeiro de 1907, como se verifica das expressas disposições combinadas dos arts. 60, letra a, e 72, § 22 da Constituição, arts. 37 do decreto n. 848, de 11 de Outubro de 1890 e 23, da lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894, e das disposições não menos expressas do art. 8º combinado com o 2º da citada lei de expulsão n. 1.641, de 7 de Janeiro de 1907;

Considerando, por outro lado, que os mesmos juizes são incompetentes para conhecer de prisões effectuadas pelo Poder Executivo, com fundamento no art. 1 combinado com o art. 8 da actual lei de expulsão;

Considerando, ainda preliminarmente, que em todos os casos em que a autoridade que conceder a ordem de *habeas corpus*, reconhecer que houve, da parte da que autorizou o constrangimento illegal, abuso de poder ou violação flagrante da lei, deverá, se fôr de sua competencia, fazer effectiva, ordenar ou requisitar do competente Juiz ou Tribunal a responsabilidade da que assim abusou (arts. 18, § 3, da lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871.

83 da Constituição, e 375, parte segunda, do decreto n. 3084, de 5 de Novembro de 1898);

Considerando que em face da legislação citada não é licito confundir o Juiz do *habeas-corporis* com o do processo, competente para processar e julgar a autoridade detentora, sendo assim indifferente, para os effeitos da competencia ou jurisdicção, que aquella autoridade esteja ou não sujeita, a processo e julgamento pelo proprio Juiz que conceder a ordem de *habeas-corporis*, ou por outro motivo qualquer;

Considerando que a deducção logica da doutrina contraria, conduziria a conclusão absolutamente inaceitavel de não ser permittido aos juizes federaes conhecer do pedido de *habeas-corporis*, requerido por individuos presos pelo Chefe de Policia, nos crimes de jurisdicção federal, porque este s póde ser julgado pelas Camaras Reunidas da Côte de Appellação, e de não ser igualmente permittido ao proprio Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas-corporis* requeridos por individuos presos por ordem do Presidente da Republica, porque este só póde ser processado e julgado pelo Senado (lei n. 1338, de 9 de Janeiro de 1905, decreto n. 5561, de 19 de Junho de mesmo anno, art. 144, X, § 3, e Constituição, art. 53); considerando de *meritis*, que a vigente lei de expulsão de estrangeiros commetteu ao Poder Executivo o dirreito de fazer retirar do territorio nacional o estrangeiro, quando, *por qualquer motivo* a sua permanencia no Brazil comprometter a ordem publica, facultando-lhe apenas recurso deste acto para o propria poder que ordenou a expulsão (arts. 1 e 8 da citada lei n. 1641, de 1907);

Considerando que a intervenção do poder judiciario no exercicio deste direito, por parte do poder executivo, seria duplamente intoleravel, por se tratar de um direito decorrente do principio da soberania nacional e reconhecido por lei expressa;

Considerando, por outro lado, que a citada lei submetteu ao poder judiciario o exame e fiscalização da expulsão ordenada pelo executivo, quando a causa da deportação fôr : 1° a condemnação ou processo pelos tribunaes estrangeiros por crimes ou delictos de natureza communs; 2° duas condemnações, pelo menos, pelos tribunaes brasileiros por crimes ou delictos da mesma natureza; 3° a vagabundagem, a mendicidade e o lenocinio completamente verificados (arts. 2 e 8 da citada lei);

Considerando que os direitos conferidos aos estrangeiros residentes no Brazil, pela nossa Constituição, soffrem como os dos proprios nacionaes, necessarias limitações no interesse da ordem publica e da utilidade geral;

Considerando que o direito de expulsar o estrangeiro, por motivo de ordem publica e politica, tem sido praticado e continúa a sel-o por todos os governos, e se acha expressamente consagrado nas legislações franceza, belga, suissa, dinamarqueza, hespanhola, e ingleza (Lafayette, *Principios do Direito Internacional*, § 144);

Considerando que ninguem contesta ao Poder Executivo de uma nação o direito corollario de sua independencia e soberania, de expulsar o estrangeiro, quando occorrem causas justificativas, como quando se conspira contra as instituições, se perturba a tranquillidade publica, se desobedece as autoridades ou se exerce profissão immoral, sendo certo, porém, que alguns publicistas pensam que a bem do respeito devido á liberdade individual.

conviria sujeitar o exercicio desse direito a formulas protetoras e que nesse intento, se deveria exigir a intervenção do Poder Judiciario, para declarar se a medida de expulsão é ou não conforme á lei; entendendo outros, entretanto, que a deportação do estrangeiro, tendo sempre o caracter de uma medida de policia, exprime uma necessidade de politica ou uma conveniencia de administração, sendo, portanto, da exclusiva competencia do Poder Executivo, chamar o Poder Judiciario, dizem estes, a intervir em deliberações taes, é desconhecer a natureza, a missão e os habitos de um poder rigorosamente adstricto a decidir as questões pelas normas da lei e a julgar tão sómente da justiça dos actos, isto é, da competencia ou não conformidade delles com os principios de direito, absolutamente sem competencia para tomar como elementos de suas decisões, motivos de conveniencia, de interesse politico ou de utilidade publica (Lafayette, *Princ. de Dir. Intern.*, § 144, nota 2);

Considerando que a nossa lei não adoptando o absolutismo de nenhuma das duas escolas, limitou-se no primeiro caso, como já vimos, a permittir a expulsão de estrangeiros, por simples deliberação do Poder Executivo, com recurso apenas para o proprio poder que ordenou o acto, e no segundo caso com o recurso de exame e fiscalização pelo Poder Judiciario;

Considerando que, segundo a informação prestada pelo Chefe de Policia, o Poder Executivo mandou deter o paciente para ser expulso do territorio nacional, de accordo com a referida lei n. 1641 de 1907, art. 1º, por ser a sua permanencia no paiz prejudicial á ordem publica e pernicioso á sociedade;

Considerando, isto posto, que, nesta hypothese, é vedada pelo citado art. 3, 1ª alinea da lei de expulsão a interferencia do Poder Judiciario, por se tratar de medida ou deliberação puramente discricionaria do Poder Executivo, cabendo unicamente ao paciente recorrer para o proprio poder que ordenou a expulsão;

Julgo incompetente este Juizo para tomar conhecimento do pedido, pagas as custas *ex-causa*.

Districto Federal, 7 de Fevereiro de 1907.

GODOFREDO XAVIER DA CUNHA.

No mesmo dia e pelos mesmos fundamentos, o illustre magistrado assim tambem julgou o *habeas corpus* requerido a favor da *cafina* Clara Langer, austriaca, expulsa por acto do governo, nos termos da nova lei.

Commentando o dec. n. 1611 de 7 de janeiro de 1907 e sob o titulo *Expulsão de estrangeiros do territorio nacional* publicou o dr. Lacerda de Almeida um excellente trabalho.

LIVRO IV

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 405. O valor do objecto sobre que versar o crime nas hypotheses dos arts. 330, 331 e 339 será fixado :

1. Para regular a fiança provisoria, pela autoridade a quem competir concedel-a, conforme as circumstancias do caso ;

2. Para regular a pronuncia, pelo Juiz da causa, mediante arbitramento feito por dous peritos de sua nomeação.

§ 1. O arbitramento assentará na avaliação do objecto, ou em falta deste, na prova documental, ou testemunhal, e poderá ser corrigido pelo juiz.

§ 2. Si o valor fixado para a pronuncia fôr alterado pelo tribunal do jury, não deixará este de applicar a pena correspondente, seja qual fôr a alteração (598).

(598) Nos arts. 330 e 331 trata o Codigo do furto por *subtracção* e por *apropriação* e no art. 339 do estellionato que recai sobre objecto de valor não excedente de 100\$000.

As seguintes decisões do Conselho do Tribunal Civil e Criminal ~~suffragam~~ a doutrina corrente :

— Os Juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal :

Considerando que, nos termos do art. 97 do Codigo do Processo Criminal, toda a vez que o réo, levado á presença do Juiz, requerer que as testemunhas inquiridas em sua ausencia sejam reperguntadas em sua presença, assim lhe será deferido, sendo possível ;

Considerando que esta disposição, pelos termos em que está redigida, refere-se ao caso em que o réo não foi intimado por não ter sido encontrado, ou se achava ausente do districto, não podendo, porém, invocar este *favor* ao réo que devidamente intimado não comparece, e assim justamente incorre na pena de revelia ;

Considerando que o fim desta disposição é garantir a *defeza* do accusado contra as surpresas de accusações produzidas em sua ausencia ou sem o seu conhecimento, o que não pôde allegar o réo que foi devidamente intimado;

Considerando que permittir a reinquirição das testemunhas ao réo que foi devidamente intimado seria dar-lhe a faculdade de protelar a seu arbitrio os tramites regulares do processo, embaraçando a acção da justiça, obtendo a prescrição, o que é um absurdo;

Considerando estar provado pelas certidões de fl. 36 e 45 que a recorrente foi intimada para assistir á formação da culpa, que não compareceu, nem allegou impedimento, que, portanto, bem procedeu o dr. Juiz *a quo* indeferindo a reinquirição das testemunhas;

Considerando que é assim improcedente a nullidade arguida pelo Ministerio Publico;

Considerando que a avaliação do objecto furtado é elemento constitutivo do crime de furto, porque estabelece a competencia de juizo e determina a graduação da pena;

Considerando que não sendo mais encontrado o objecto subtraído, deve a avaliação ser feita pela prova documental ou testemunhal, segundo está determinado no artigo 405, § 1 do Codigo Penal, não bastando as simples informações do offendido, que seria assim o arbitro da repressão;

Considerando que o Ministerio Publico imputa á recorrente ter subtraído de M^{ma} Pauline Martin, em cuja officina de modista, á rua do Ouvidor n. 153, era empregada, algumas miudezas e 14 côrtes de seda;

Considerando que não tendo sido encontrados os côrtes de seda, a avaliação delles devia ter sido feita nos termos do art. 485, § 1, do Codigo Penal, pela prova documental ou testemunhal;

Considerando que provado o furto, como está na especie dos autos, mas não tendo sido devidamente avaliados os objectos subtraídos, deve na duvida prevalecer a hypothese mais favoravel ao réo:

Accorrdão dar em parte provimento ao recurso para desclassificar o delicto para o art. 330, § 1, do Codigo Penal, e mandão sejam os autos remetidos ao Dr. Juiz da 3^a Pretoria, afim de ser a ré submettida a julgamento perante a Junta Correccional.

Custas afinal.

Rio, 26 de Junho de 1902. — *T. Torres*, Presidente. — *Viveiros de Castro*, relator. — *Montenegro*.

— Os Juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal: Considerando que a avaliação do objecto subtraído é elemento essencial do crime de furto, porque firma a competencia do juizo a estabelece a graduação da pena;

Considerando que o arbitramento procedido perante a autoridade policial, quando feito de accordo com as regras estabelecidas no Codigo Penal, produz seus juridicos e legaes effeitos, tendo o benefico effeito de permittir que seja promptamente restituído ao dono o objecto que lhe foi subtraído, de evitar a perda ou desvio do mesmo objecto, o que dificultaria o arbitramento, as despesas do deposito, até que fosse feita a avaliação, no summario da culpa; as deteriorações produzidas pelo tempo conforme a natureza do objecto

Considerando que a disposição do art. 405, n. 2, do Código Penal é facultativa e não obrigatória; o juiz da instrução criminal pôde decretar novo arbitramento, *ex-officio* ou a requerimento das partes, se o arbitramento procedido perante a autoridade policial não foi feito de accôrdo com as regras estabelecidas no Código Penal, se o valor dado aos objectos subtraídos parecer excessivamente alto ou excessivamente benigno;

Considerando que se nenhuma reclamação foi apresentada pelo Ministério Público ou pelo réo contra o arbitramento procedido pela autoridade policial, se nenhuma dúvida surgiu no espirito do juiz contra o arbitramento, si foi elle procedido de accôrdo com as normas legais, não ha necessidade de proceder-se a novo arbitramento no summario de culpa, nem essa falta constitue nullidade;

Considerando que, neste sentido, se tem manifestado a jurisprudencia dos tribunaes, não annullando os processos por falta de arbitramento no summario de culpa;

Considerando que não foi regular o procedimento do Dr. Juiz *a quo*, annullando o summario de culpa de que foi elle o instructor, porquanto, se julgava necessario o arbitramento, podia manda-lo proceder, visto que o Juiz da instrução pôde mandar proceder *ex-officio* a tôdas as diligencias necessarias para o mais amplo conhecimento da verdade ou para sanar alguma nullidade, como está determinado no art. 200, n. 2, do reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 e art. 101 n. do decreto n. 1.030 de 14 de Novembro de 1890; accordão dar provimento ao recurso para que baixem os autos ao Dr. Juiz *a quo* afim de julgar a causa *de meritis*, considerando procedente a denuncia como entender em sua convicção. Custas afinal.

Rio, 2 de Agosto de 1902. — T. Torres, Presidente. — Viceiros de Castro. — Montenegro.

Art. 406. A fiança não será concedida nos crimes, cujo maximo da pena fôr prisão cellular, ou reclusão por quatro annos.

Paragrapho unico. Para os effeitos da fiança provisoria, a pena de prisão cellular será considerada equivalente á de prisão com trabalho, e a de reclusão á de degredo, sendo alterada a tabella vigente (599).

(599) A lei 628 e o regul. 3475 de 1898 (*vide no Appendice*) alterarão o Cod. Pen. nesta parte relativa á fiança. O instituto juridico da fiança, como o da prescripção, é de *direito substantivo*. Consequentemente, tendo sido praticado antes da lei n. 628 de 1899 o crime de furto attribuido a alguém, a inafiançabilidade decretada por esta lei não abrange o caso concreto. Em face do principio constitucional da irretroactividade das leis penaes e da regra do art. 3 do Cod. Pen., o caso concreto rege-se pela disposição antiga. *Vide* o desenvolvimento destas *ementas* do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 16 de Agosto de 1900, na *Rev. de Jurispr.* de Janeiro de 1901, p. 95. A lei que extingue a fiança em crime até então affiançavel não estende a sua

acção ao passado. Assim, a lei 628 de 1899, art. 2, n. 1, não é applicavel aos crimes commettidos na vigencia da lei anterior : Acc. do Supr. Trib. Fed. de 19 de Maio de 1900, na *Rev. de Jurispr.* de Julho de 1900.

O instituto da fiança é preceito constitucional. No art. 72, § 14, d z a Const. : Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as excepções especificadas em lei, nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir. O dr. João Barbalho, commentando esta disposição, diz : « E'a prisão o maior sacrificio que se impõe á liberdade individual ; a lei trata de minoral-o, não o exigindo, quanto a certos crimes de gravidade relativamente inferior, senão depois de proferida sentença de pronuncia, estando a presença do accusado garantida por meio da fiança. Os casos em que se permite a fiança e aquelles em que mesmo sem ella, nas pequenas infracções, os réus se livram soltos, são os que acham compendiados na consolidação approvada pelo dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898, parte 2, arts. 100 a 103, ao que cumpre accrescentar os de que tratam a lei n. 628 de 28 de Outubro de 1899, art. 1 e o dec. n. 3475 de 4 de Novembro do mesmo anno, art. 6.

« Das disposições dos arts. 100 e 101 do Cod. do Proc. Crim. combinadas com os arts. 37 e 38 da lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 ; dos arts. 299, 300 e 301 do regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 e do art. 406 princ. do Cod. Penal, depreheende-se, diz o dr. Lima Drummond (*Estudo na Rev. Jurispr.*, Maio 1898, p. 5, sob a epigraphe — *Interposição de appellação nos processos crimes em que os réus se livram soltos*) depreheende-se que consoante a technica de nossa legislação, os crimes podem tambem dividir-se assim : a) crimes em que os réus se livram soltos, isto é, crimes isentos de fiança, *se os réus não forem vagabundos ou sem domicilio*; b) crimes afiançaveis; c) crimes inafiançaveis.

Entende o illustre jurista que, embora não possam livrar-se soltos os indiciados vagabundos ou sem domicilio, conforme a definição do art. 800 do regul. n. 120 de 1842, podem elles prestar fiança, *ex-vo* do art. 406 do Cod. Pen. que da prestação della os não exceptuou. Em face, porem, do art. 72, § 14, da Constituição, parece-lhe, desapareceu a classe dos crimes em que os réus se livram soltos, isto é, os crimes isentos de fiança, havendo hoje somente os crimes afiançaveis e os inafiançaveis. Essa doutrina não tem sido, porem, seguida pela nosos tribunaes, começando pelo Supremo Tribunal, que em Acc. de 9 de Fevereiro de 1895 (*habeas corpus* n. 749) decidio ser caso de *habeas corpus* por constrangimento illegal, ser o paciente obrigado pelo juiz a prestar fiança definitiva, podendo pela lei livrar-se solto. O Instituto dos Advogados em sessão de 5 de Maio de 1897, approvou, porem, unanimemente a seguinte conclusão a que se refere o autor : « Não é licito deixar-se de tomar conhecimento de uma appellação quando o réu appellante foi condemnado por crime, em que lhe é permitido livrar-se solto, isto é, por crime isento de fiança, e não a prestou ; porque o art. 75 do dec. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890 não se refere á especie. » Por Acc. de 23 de Junho de 1900 o Supr. Trib. Fed. decidio que as leis formaes e adjectivas sendo retroactivas e pertencendo a fiança criminal á legislação adjectiva, a lei 628 de Outubro de 1896, no que concerne á fianças, é retroactiva. O Accordão foi largamente fundamentado, e houve votos divergentes.

Entende a redacção da *Revista* que a doutrina do Acc. é contraria ás disposições expressas do art. 11 n. 3 e art. 72, § 15 da Constituição e accrescenta que o proprio Egregio Tribunal está em diametral opposição com doutrinas constitucionaes e sabiamente expostas em outros Accordãos. *Vide na Revista de Jurisprudencia* cit. de Fevereiro de 1901, ps. 148-159. João Vieira entende que a disposição do art. 406 é de direito *substantivo* e assim se tem entendido sempre. Entende ainda o illustre autor que o paragrapho unico do mesmo art. é que não tem mais razão de ser, porque o regul. n. 3475 de 4 de Novembro de 1899 da lei n. 628 de 24 de Outubro de 1890 declara no art. 7, que a fiança é *sempre definitiva* e não tambem *provisoria* como o era pelo art. 405 do Codigo e legislação anterior. Esse ponto carece, porem, de confirmação em lei ou em jurisprudencia; pois ha duvida se o art. 7 do regul. n. 3475 de 1899 se applica somente ao Districto Federal, ou si se applica a todos os Estados da Republica. Entra-se tambem em duvida si, não tratando a lei n. 628 de 1899 do assumpto *expressamente*, principalmente em materia de *direito substantivo*, podia o regul. n. 3475 ir além do estabelecido na lei, derogando disposições expressas no Codigo penal e na legislação anterior. « Subsiste, porem, em vigor a regra geral do texto do art. 406 do Codigo penal : a fiança não será concedida nos crimes cujo maximo da pena fôr prisão celllular, ou reclusão por quatro annos. » Essa regra tem hoje excepções estabelecidas na cit. lei n. 628 de 1899.

— A Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. do Distr. Fed. firmou doutrina, declarando que a disposição contida no art. 406 do Cod. pen. não derogou a disposição do art. 100 do Cod. do proc. crim. e do art. 12 § 3 da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 e assim tem decidido o Conselho supremo da Corte de Appellação em todos os accordãos proferidos sobre a especie e attendendo tambem ao disposto no art. 65 da lei n. 35 de 1892, assentou em que nos crimes punidos no maximo com pena de prisão celllular equivalente á de seis mezes de prisão simples (Cod. pen., art. 409), qualquer que seja a multa, o réu poderá livrar-se solto independente de fiança, logo que esteja lavrado o auto de prisão, desde que se verifique não ser elle vagabundo ou sem domicilio certo.

Art. 407. Haverá logar a acção penal (600) :

(600) *Vide* dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890 (organisa a justiça federal) arts. 50 e 54, sobre queixa e denuncia; dec. n. 2579 de 15 de Agosto de 1897 (Justiça local do Districto Federal) art. 44, competencia do ministerio publico para denunciar e dar queixa; lei n. 1269 de 15 de Novembro de 1904 (eleitoral) declarando de acção publica, e, portanto, sujeitas a denuncia, os crimes definidos na mesma lei e os de igual natureza do Cod. Pen. *Vide* monographia do dr. Joaquim Guimarães — *Acção Publica e Privada* (1898) — estudo sobre os arts. 407 e 408 do Cod. Pen., em confronto com os arts. 412 e 418 dos projectos em discussão no Congresso Nacional, acompanhado de decisões do Supr. Trib. Fed. e de diversos tribunaes dos Estados.

Vide Lima Drummond, *Estudos de Direito criminal*, cap. : *Da acção penal*, p. 83; João Mendes Junior, *Processo Criminal*.

§ 1. Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a (601).

(601) Na propositura da acção penal por procurador, é essencial a expressa outorga de poderes especiaes (dec. n. 2570 de 1897, art. 1, § 1). A infracção deste preceito annulla todo o processado : Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim. de 18 de Março de 1898, na *Rev. de Jurispr.* de Abril de 1898, p. 434. O direito de queixa pelo filho offendido não é exclusivo do pae legitimo ; pertence tambem ao pae natural que reconhece o filho por escriptura pública, uma vez que não lhe é contestada a qualidade de pae : Acc. do Supr. Trib. de Just. do Maranhão de 5 de Maio de 1899, na *Rev. de Jurispr.* de Julho de 1899, p. 252. Parte legitima para dar queixa, *vide* no *Direito* de 15 de Março de 1902, p. 514. Socio gerente de uma firma commercial é pessoa legitima para represental-a em juizo criminal e em nome della dar queixa independentemente de procuração especial. Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim. de 11 de Setembro de 1897, na *Rev. de Jurispr.*, Março 1898, p. 333.

— A segunda Camara da Córte de Appellação do Distr. Fed., por Acc. de 11 de Set. de 1906 (na *Rec. de Dir. Aut.* 1906, p. 137) decidio que o ascendente do offendido, embora seja este *maior*, pode dar queixa por elle e para justificar essa decisão diz : « A queixa, seja um direito pessoal, inteiramente, outrem, que não o offendido, pode usar della, mas a nossa lei quiz ampliar esse direito, quando o offendido estivesse impossibilitado de fazer effectivo o seu direito directamente, por exemplo : quando prostrado em um leito, o filho, o conjuge, não pudesse agir, por si mesmo. O Cod. pen. no art. 407 § 1 não faz distincção alguma entre o offendido *menor* ou offendido *maior*, dizendo simplesmente que a queixa compete á parte offendida, ou a quem tiver qualidade, para represental-a, e no caso occorrente (tratava-se do assassinato do dr. João Ferreira de Moraes) não se pôde contestar a qualidade de D. Amelia Ferreira de Moraes, como viuva, mãe do offendido, que falleceu em consequencia do crime, *ab intestato, sem descendentes*, para represental-o. » Entendeu ainda a camara que o dispositivo amplo e generico do art. 407, § 1º do Cod. pen. não revogou o art. 72 do Cod. do proc. crim. mas dirimio a controversia que se levantava, sempre que se tinha de applicar esse ultimo dispositivo. Finalmente decidio que é admissivel a accumulacão de dois crimes, na mesma queixa, dada por dois querellantes, em vista da connexão dos delictos praticados pelo mesmo delinquente, e com a mesma intenção. » E', porem, contestavel a doutrina relativa á representacão do *offendido maior*, nos casos figurados no Accordão.

§ 2. Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se :

1º, os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante (602).

(602) *Vide* no *Appendice*, lei n. 628 de 1899, art. 1; lei n. 24 de 24 de Outubro de 1891, dec. n. 3163 de 7 de Julho de 1893; dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892.

2º, os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calumnia e injuria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274.

§ 3. Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inafiançáveis, quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Art. 408. Em todos os termos da acção intentada por queixa, será ouvido o ministerio publico; e nos da que o fôr por denuncia, ou *ex-officio*, poderá intervir a parte offendida para auxiliá-lo (603).

(603) Entende João Vieira que o art. 407 refere-se unica e exclusivamente á *acção penal* e o art. 408, embora falle em *acção*, toma esta palavra como synonyma de *causa* e *processo*, a cujos termos allude. E, pois, a disposição deste ultimo art. é de caracter *processual*, que pode ser alterada pelas leis de processo estadoaes.

Art. 409. Em quanto não entrar em inteira execução o systema penitenciario, a pena de prizão cellular será cumprida, como a de prizão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciarios existentes, segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prizão simples com augmento da sexta parte do tempo (604).

(604) *Vide* art. 45 e nota, art. 60 e nota.

§ 1. A pena de prizão simples, em que fôr convertida a de prizão cellular, poderá ser cumprida fóra do logar do crime, ou do domicilio do condemnado, si nelle não existirem casas de prizão commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena terá de ser cumprida.

§ 2. O cumprimento dessa pena, embora penda recurso voluntario, começará a contar-se do dia em que fôr proferida a sentença de condemnação.

Art. 410. As disposições das leis e regulamentos de fazenda e commercio, de administração e policia geral, e regimentos dos auditorios, que decretam penas pecuniarias e disciplinares, continuarão a ser observadas na parte em que não tiverem sido especialmente revogadas por este código.

Art. 411. Este código começará a ser executado em todo o territorio da Republica seis mezes depois de sua publicação na Capital Federal (605).

Art. 412. Ficam revogadas todas as leis em contrario.

(605) Este art. foi derogado pelo dec. n. 1127 de 6 de Dezembro de 1990.
(Vide no *Appendice*).

APPENDICE

DECRETO N. 1127 — de 6 de Dezembro de 1890

Marca o prazo para terem execução o Código Penal brasileiro e o decreto n.º 1030 do 14 do mez findo

Artigo unico. O Código Penal, promulgado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro do corrente anno, entrará em plena execução :

1º No Districto Federal em 20 deste mez ;

2º Em todos os Estados do littoral, desde o Rio Grande do Sul até o Pará e em Minas Geraes, no dia 1º de Fevereiro de 1891 ;

3º Nos Estados do Amazonas, Goyaz e Matto Grosso em 1º de Março de 1891.

Art. 2. Em quanto não se installarem os novos juizes e tribunaes creados pelo Governo da Republica, as justicas constituídas applicarão no processo e julgamento dos crimes e contravenções as disposições actualmente em vigor.

Art. 3. O decreto n. 1030 de 14 de Novembro ultimo entrará em plena execução quinze dias depois de aprovada a Constituição pelo Congresso Nacional.

Art. 4. Revogam-se as disposições em contrario.

DECRETO N. 1162 — de 12 de Dezembro de 1890

Altera a redacção dos arts. 205 e 206 do Código Penal.

Art. 1. Os arts. 205 e 206 do Código Penal e seus paragraphos ficam assim redigidos :

1º Desviar operarios ou trabalhadores dos estabelecimentos, em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas ;

Penas : de prisão cellullar por um a tres mezes, e de multa de 200\$ a 500\$000.

2º Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho, por meio de ameaças ou violencias, para impôr aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de salario ou serviço :

Penas : de prisão cellullar por dous a seis mezes, e de multa de 200\$ a 500\$000.

Art. 2. Revogam-se as disposições em contrario.

DECRETO Nº 27 — de 8 de Janeiro de 1892

Regula o processo e julgamento do Presidente da Republica e dos Ministros de Estado, em crimes communs e de responsabilidade.

O Vice Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil ;
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu promulgo a lei seguinte :

DO PROCESSO E JULGAMENTO DO PRESIDENTE DA REPUBLICA

Disposição preliminar

Art. 1. O Presidente da Republica será submettido a processo e julgamento depois que a Camara dos deputados declarar procedente a accusação, perante o Supremo Tribunal Federal, em crimes communs, e, nos de responsabilidade, perante o Senado, que, neste caso, será presidido pelo presidente d'aquelle tribunal (arts. 53 e 33, § 1, da Constituição).

CAPITULO I

DA DENUNCIA E DECRETO DA ACCUSAÇÃO

Art. 2. E' permittido a todo cidadão denunciar o Presidente da Republica perante a Camara dos Deputados, pelos crimes communs ou de responsabilidade.

As comissões da Camara deverão denunciar os delictos de que tiverem conhecimento pelo exame de quaesquer negocios, as do Senado, por intermedio da meza deste, remetterão os papeis, em original ou por copia, á Camara dos Deputados, para proceder de accordo com os arts. 5 e seguintes.

Art. 3. O processo de que trata esta lei só poderá ser intentado durante e periodo presidencial, e cessará quando o Presidente, por qualquer motivo, deixar definitivamente o exercicio do cargo.

Art. 4. A denuncia deverá ser assignada pelo denunciante e acompanhada dos documentos que fação acreditar a existencia do delicto, ou de uma declaração concludente da impossibilidade de aprehendê-los.

Art. 5. A Camara dos Deputados elegerá uma comissão de nove membros para examinar a denuncia.

Esta comissão, dentro de oito dias, emitirá parecer sobre se deve ou não a denuncia ser julgada objecto de deliberação, podendo para esse fim promover as diligencias que entender necessarias.

Art. 6. O parecer, depois de publicado e distribuido com antecedencia de 48 horas pelo menos, será submettido a uma só discussão.

Art. 7. Se a Camara julgar que a denuncia objecto de deliberação, remetterá copia de tudo ao denunciado para responder por escripto no prazo de 15 dias, que poderá ser prorogado a requerimento do mesmo denunciado.

Art. 8. Findo esse prazo, voltarão os papeis, com a resposta ou sem ella, a ser examinados pela commissão que, depois de ouvir as testemunhas de ambas as partes e empregar todos os meios para o esclarecimento da verdade, interporá o seu parecer sobre a procedencia ou improcedencia da accusação.

Art. 9. O denunciado poderá assistir pessoalmente, ou por procurador, a todos os actos ou diligencias de que trata o artigo anterior, devendo para isso ser convidado pela commissão, e poderá igualmente contestar as testemunhas e requerer que ellas sejam repurgadas ou acareadas.

Art. 10. O parecer a que se refere o art. 8, depois de publicado ou distribuido na forma do art. 6, será submettido a duas discussões com intervallo de quatro dias, depois do que a Camara decidirá se tem logar ou não a accusação, e, decidindo pela affirmativa, a decretará n'estes termos :

A Camara dos Deputados decreta a accusação contra o Presidente da Republica F... e a envia ao Senado (ou ao Supremo Tribunal Federal) com todos os documentos relativos para se proceder na forma da Constituição e da lei.

Art. 11. Se o accusado estiver na Capital Federal, o decreto de accusação, assignado pela meza da Camara, lhe será immediatamente intimado pelo 1º Secretario.

No caso de ausencia, o presidente da Camara commetterá a intimação ao juiz seccional que tiver jurisdicção no logar onde se achar o accusado.

Art. 12. Os efeitos do decreto de accusação principião do dia da intimação e são os seguintes :

1º Ficar o accusado suspenso do exercicio de suas funcções até sentença final;

2º Ficar sujeito á accusação criminal ;

3º Suspende-se-lhe metade do subsidio ou perdel-o effectivamente, se não fôr afinal absolvido.

Art. 13. A Camara nomeará uma commissão de trez membros, para produzir a accusação no Senado.

CAPITULO II

DO PROCESSO, DA ACCUSAÇÃO E DA SENTENÇA

Art. 14. Nos crimes de responsabilidade do Presidente da Republica são juizes todos os senadores.

Exceptuão-se :

1º Os que tiverem parentesco com o accusado em linha recta scendente ou descendente, ou fôr sogro ou genro do mesmo; em linha col'ateral, os irmãos, cunhados, em quanto durar o cunhadio, e os primos co-irmãos;

2º Os que, como testemunhas do processo, tiverem deposto de sciencia propria.

Art. 15. Estes impedimentos poderão ser allegados tanto pelo accusado, seu advogado, e pela commissão accusadora, como pelos senadores que se julgarem impedidos.

Art. 16. Recebido no Senado o decreto de accusação, com o processo enviado pela Camara dos Deputados e presentado o libello pela commissão accusadora, remetterá o presidente copia de tudo ao accusado, que na mesma occasião e nos termos do art. 11, será notificado para comparecer em dia certo perante o Senado.

Paragrapho unico. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal se enviará o processo em original e se communicará o dia designado para o julgamento.

Art. 17. O accusado comparecerá por si ou seus advogados depois de haver communidado á commissão accusadora, com 24 horas de antecedencia, o rol das testemunhas que houver de produzir.

Art. 18. Entre a notificação do comparecimento do accusado medeará, pelo menos, o espaço de oito dias.

Art. 19. No caso de revelia, marcará e presidente novo dia para o julgamento e nomeará para a defeza do accusado um advogado, a quem se facultará o exame de todas as peças da accusação.

Art. 20. No dia aprazado para o julgamento, presente o accusado, seus advogados ou o defensor, nomeado a sua revelia, e a commissão accusadora, o presidente, abrindo a sessão, mandará lêr o processo preparatorio, o libello e os artigos de defeza; e em seguida inquirirá as testemunhas, que deverão depôr publicamente e fóra da presença umas das outras.

Art. 21. Qualquer membro da commissão accusadora ou do Senado e bem assim o accusado ou seus advogados poderão exigir que se fação ás testemunhas as perguntas que julgarem necessarias.

Paragrapho unico. A commissão accusadora e o accusado ou seus advogados poderão :

1º Contestar e arguir as testemunhas, sem comtudo interrompel-as;

2º Requerer acareação de testemunhas.

Art. 22. Haverá debate verbal entre a commissão accusadora e o accusado ou seus advogados, findo o qual e retiradas as partes, se abrirá discussão sobre o objecto da accusação.

Art. 23. Encerrada esta, fará o presidente um relatorio resumido das provas e fundamentos da accusação e da defeza e perguntará se o accusado commetteu o crime ou os crimes de que é arguido, e si o tribunal o condemna á perda do cargo.

Art. 24. Vencendo-se a condemnação nos termos do artigo prece-

dente, perguntará o presidente se a pena de perda do cargo deve ser aggravada com a incapacidade para exercer qualquer outro.

Art. 25. De accordo com a resolução do Senado, o presidente lavrará no processo a sentença, a qual deverá ser assignada por todos os senadores que tiverem sido juizes e transcripta na acta da sessão.

Art. 26. Si a sentença fôr absolutoria, ella produzirá immediatamente a rehabilitação do accusado, que voltará a occupar o seu cargo e terá direito á metade do subsidio que lhe fôra suspenso.

No caso de condemnação entende-se que o accusado fica destituído do cargo de Presidente da Republica desde o momento em que a sentença fôr proferida.

Art. 27. As questões de que tratão os arts 23 e 24 sómente serão vencidas em favor da accusação, quando, em votação nominal, obtiverem dois terços dos votos presentes.

Disposições geraes

Art. 28. No processo, em uma e outra Camara, escreverá um official da respectiva secretaria, designado pelo presidente.

Art. 29. Quando forem precisas testemunhas, a commissão summariamente ou as Camaras, as farão notificar e as ordens para comparel-las serão mandadas executar por qualquer magistrado.

Art. 30. A sessão legislativa da Camara ou do Senado será prorogada pelo tempo que fôr preciso, se, no dia do encerramento, não se achar concluido o processo ou o julgamento do Presidente da Republica.

Art. 31. Nos crimes communs o Presidente da Republica será julgado de accôrdo com o titulo 3º do regimento interno do Supremo Tribunal Federal de 8 de Agostode 1891.

Art. 32. Os ministros de Estado, nos crimes communs ou de responsabilidade connexos com os de Presidente da Republica, serão processados e julgados pela autoridade competente para o julgamento deste, não lhes podendo o Senado impôr, nos crimes de responsabilidade, outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade para exercer qualquer outro, sem prejuizo da acção da justiça ordinaria.

Art. 33. Revogão-se as disposições em contrario.

Capital Federal, 8 de Janeiro de 1892, 4º da Republica. — FLO-
RIANO PEIXOTO. — *José Hygino Duarte Pereira.*

DECRETO N. 30 — de 8 de Janeiro de 1892

Promulga a lei que define os crimes de responsabilidade do Presidente da Republica.

O Vice-Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil;
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu promulgo a seguinte lei :

DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPUBLICA

Disposições preliminares

Art. 1. São crimes de responsabilidade do Presidente da Republica os que esta lei especifica.

Art. 2. Esses crimes serão punidos com a perda do cargo sómente ou com esta pente 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.

Art. 3. O Presidente da Republica é tambem responsavel por culplicidade nos crimes de que trata esta lei, quando perpretados por outrem.

CAPITULO I

DOS CRIMES CONTRA A EXISTENCIA DA UNIÃO

Art. 4. Tentar directamente e por factos submetter a União, ou algum dos Estados que della fazem parte, ao dominio estrangeiro, ou separar da União qualquer Estado ou porção do territorio nacional.

Art. 5. Entreter directa ou indirectamente intelligencia com um governo estrangeiro para provocal-o ou instigal-o a fazer a guerra ou a commetter hostilidades contra a Republica; prometter-lhe assistencia e favor, ou dar-lhe qualquer auxilio nos preparativos ou planos de guerra contra a Republica.

Art. 6. Auxiliar alguma nação inimiga a faze a guerra ou a commetter hostilidades contra a Republica :

1º Fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições ou embarcações;

2º Communicando-lhe o estado das forças, os meios de defeza, recursos ou planos da Republica ou dos seus aliados;

3º Dando entrada e auxilio a espiés mandados a pesquisar o meios de defeza ou as operações da Republica ou dos seus alliados;

4º Favorecendo ou facilitando por qualquer modo e intencionalmente as operações do inimigo.

Art. 7. Entregar de facto ao inimigo interno ou externo qualquer porção do territorio da Republica, ou que ella tenha occupado, ou quaesquer objectos que lhe pertença, ou de que esteja de posse, tendo meios de defeza, ou não empregar contra o inimigo os meios de defeza que poderia ou deveria empregar.

Art. 8. Revelar negocios politicos ou militares, que devão ser

mantidos secretos, a bem da defeza, da segurança externa ou dos interesses da Nação.

Art. 9. Celebrar tratados, ajustes ou convenções que comprometão o honra, a dignidade ou os interesses da Nação.

Art. 10. Declarar a guerra, salvo os casos de invasão ou aggressão de nação estrangeira, ou a paz, sem autorisação do Congresso.

Art. 11. Violar tratados legitimamente feitos com as nações estrangeiras.

Art. 12. Violar a immuniidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros.

Art. 13. Commetter actos de hostilidade para com alguma nação estrangeira, que compromettam a neutralidade da Republica ou esponhão a Republica ao perigo de guerra.

CAPITULO II

DOS CRIMES CONTRA A CONSTITUIÇÃO E A FORMA DO GOVERNO FEDERAL

Art. 14. Tentar directamente e por factos :

1º Mudar por meios violentos a forma do governo federal;

2º Mudar no todo, ou em parte e pelos mesmos meios, a Constituição Federal ou a Constituição de algum dos Estados da União.

CAPITULO III

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS PODERES POLITICOS

Art. 15. Oppor-se directamente e por factos a que o Senado, ou a Camara dos deputados se reuna constitucionalmente; tentar directamente e por factos dissolver o Congresso, ou alguma de suas Camaras.

Art. 16. Entrar tumultuariamente no recinto de alguma das Camaras do Congresso; obrigar cada uma dellas a exercer ou a deixar de exercer qualquer das suas funcções constitucionaes, ou a exercel-as de certo modo.

Art. 17. Usar de violencias ou de ameaças contra algum senador ou deputado para arredal-o da Camara a que pertence, ou para coagil-o no modo de exercer o seò mandato, ou pelo que tiver dito ou praticado no mesmo exercicio.

Art. 18. Usar de violencias ou ameaças contra os agentes do Poder Executivo para forçal-os a fazer de maneira illegal um acto official, ou a fazer como official um acto para que não estejão autorisados.

Art. 19. Oppor-se directamente e por factos ao livre exercicio do

poter Judiciario da União; impedir ou obstar, por meios violentos, o effeito dos actos, mandados ou sentenças que forem de competencia do mesmo poder.

Art. 20. Usar de violencias ou ameaças para constranger algum juiz ou jurado a proferir ou deixar de proferir algum despacho, sentença ou voto, a fazer ou deixar de fazer qualquer acto official.

Art. 21. Praticar contra qualquer dos poderes dos Estados da União, ou contra as administrações municipaes, ou contra cidadãos investidos nas funcções desses poderes ou administrações os crimes especificados neste capitulo.

Art. 22. Intervir em negocios peculiares aos Estados fóra dos casos exceptuados no art. 6º da Constituição.

Art. 23. Vilipendiar de publico as instituições ou alguma das instituições constitucionaes.

Disposições communs

Art. 24. Conspirar, concertando-se com uma ou mais pessoas para a pratica dos crimes especificados nos capitulos 1º e 2º e nos arts. 15 e 16, ainda que o concerto não seja seguido de algum acto preparatorio.

CAPITULO IV

DOS CRIMES CONTRA O GOZO E EXERCICIO LEGAL DOS DIREITOS POLITICOS OU INDIVIDUAES

Art. 25. Impedir, por violencias ou ameaças, que eleitor exerção livremente o seu direito do voto; comprar votos ou sollicital-os usando de promessas ou abusando da influencia do cargo.

Art. 26. Impedir, por violencias, a meações, ou tumultos, que alguma meza eleitoral ou junta apuradora exerça livremente as suas funcções; violar o escrutineo ou inutilizar ou subtrahir livros e papeis referentes ao processo eleitoral.

Art. 27. Impedir que o povo se reuna pacificamente nas praças publicas, ou em edificios particulares para exercer o direito de representar sobre os negocios publicos; perturbar a reunião, bem como dissolver-a fóra dos casos em que a lei o permittê ou sem as formalidades que a lei prescreve.

Art. 28. Tolher a liberdade de imprensa, impedindo arbitrariamente a publicação ou circulação de jornaes ou outros escriptos impressos, ou attentando contra os redactores ou contra os empregados ou o material das officinas typographicas.

Art. 29. Impedir ou perturbar illegalmente as praticas de culto de qualquer confissão religiosa.

Art. 30. Privar illegalmente alguma pessoa de sua liberdade ind.

vidual ou obrigar dolosamente alguém a fazer o que a lei não manda ou a deixar de fazer o que a lei permite.

Art. 31. Infringir as leis que garantem a inviolabilidade do domicílio, ou segredo da correspondência, ou a plenitude de direito de propriedade.

Art. 32. Tomar, ou autorizar, medidas de repressão durante o estado de sitio, que excedão os limites estabelecidos no art. 80, § 2 da Constituição.

CAPITULO V

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA INTERNA DO PAIZ

Art. 33. Suspender as garantias constitucionaes, achando-se reunido o Congresso, ou, na ausencia deste, não tendo havido commoção interna ou aggressão de nação estrangeira.

Art. 34. Provocar algum crime por discursos proferidos publicamente ou por escriptos affixados ou postos em circulação.

Art. 35. Praticar ou concorrer para que se pratiquem os crimes especificados no titulo 2 da 2ª parte, caps. 2, 3, 4 e 5 do Codigo Criminal.

Art. 36. Não dar as providencias que couberem em suas attribuições para obstar a execução desses crimes ou daquelles a que se refere o art. 35 desta lei, tendo conhecimento delles.

CAPITULO VI

DOS CRIMES CONTRA A PROBIIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Art. 37. Expedir decretos, instrucções, regulamentos, ou ordens, ou fazer requisições contrarias as disposições expressas da Constituição ou da lei.

Art. 38. Deixar de cumprir as disposições expressas da Constituição ou da lei.

Art. 39. Não publicar ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo.

Art. 40. Tolerar, dissimular ou encobrir os crimes dos seus subordinados, não procedendo ou não mandando proceder contra elles.

Art. 41. Recusar as providencias do seu officio que lhe forem requeridas por parte ou por autoridade publica ou determinados por lei, e nomeadamente as informações, esclarecimentos, exhibições de peças ou documentos que uma ou outra Camara do Congresso solicitar, não havendo segredo.

Art. 42. Usurpar algumas das attribuições de outro poder.

Art. 43. Usar mal de sua autoridade, commettendo excessos ou abusos não especificados na lei, que tenham produzido damno provado a algum particular ou ao Estado.

Art. 44. Receber qualquer donativo ou aceitar promessas directas ou indirectamente para praticar ou deixar de praticar algum acto (lo officio contra ou segundo a lei, bem como receber qualquer recompensa por ter praticado ou deixado de praticar um acto official.

Art. 45. Deixar-se corromper por influencia ou petitorio de outrem para proceder contra os deveres do cargo.

Art. 46. Subornar ou peitar a outrem para proceder contra o que deve no desempenho de funcções publicas.

Art. 47. Exigir para cumprir o seu dever, que alguém dê ou prometta, ou induzir a dar ou a prometter gratificação, emolumento, ou premio não determinado por lei, ainda que seja para a Fazenda Publica.

Art. 48. Comprometter a honra e a dignidade do cargo por incontinencia publica e escandalosa, ou pelo vicio de jogos prohibidos ou de embriaguez repetida, ou portando-se com ineptidão notoria ou desidia habitual no desempenho de suas funcções.

CAPITULO VII

DOS CRIMES CONTRA A GUARDA E EMPREGO CONSTITUCIONAL DOS DINHEIROS PUBLICOS E CONTRA AS LEIS ORÇAMENTARIAS.

Art. 49. Dissipar ou gerir mal os bens da União :

1º Ordenando despesas não autorizadas por lei, ou contra a forma, ou antes do tempo determinado por lei;

2º Excedendo ou transportando illegalmente as verbas do orçamento;

3º Abrindo creditos sem as formalidades ou fóra dos casos em que as leis os facultão;

4º Celebrando contractos manifestamente lesivos;

5º Contrahindo empréstimos, emittindo apolices, ou effectuando outras operações de credito, sem autorisação do poder legislativo;

6º Alienando os immoveis nacionaes ou empenhando rendas publicas sem a mesma autorisação;

7º Apropriando-se, consumindo, ou extraviando, ou consentindo, ou concorrendo para que outrem se aproprie, consuma, extravie dinheiro ou valores pertencentes á fazenda publica;

8º Negligenciando os meios ao seu alcance para a conservação de bens moveis ou immoveis e arrecadação dos impostos e rendas da Nação.

Art. 50. Não prestar ao Congresso, no prazo legal, as contas da receita ou despesa de cada exercicio, devidamente processadas e documentadas.

Art. 51. Não apresentar ao Congresso, no prazo legal, a proposta geral da lei do orçamento, formulada e instruída de conformidade com a lei.

Art. 52. Revogão-se as disposições em contrario.

Capital Federal, 8 de Janeiro de 1892, 4º da Republica. **FLORIANO PEIXOTO** — *José Hygino Duart Pereira.*

DECRETO N. 121 — de 11 de Novembro de 1892

Providencia sobre a penalidade e processo de crimes de furto de productos da lavoura e industria.

Art. 1. A lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 comprehende quanto á acção publica o furto de gado de qualquer especie, competindo aos Estados a determinação da forma dos respectivos processos e julgamentos.

Art. 2. Nos crimes a que se refere a mesma lei a acção publica será iniciada sobre representação do offendido, e perime pela desistencia deste, pagas, neste caso, por elle as custas.

Art. 3. O furto de gado vaccum, cavallar e muar será punido com a penalidade do art. 330 § 4º do Cod. Penal, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado.

Art. 4. Revogão-se as disposições em contrario.

DECRETO N. 452 — de 3 de Novembro de 1897

Prohibe importar e fabricar rotulos que se prestem á falsificação de bebidas e quaesquer outros productos nacionaes com o fim de vender estes como se fossem estrangeiros e dá outras providencias.

Art. 1. E' prohibido :

a) Importar e fabricar rotulos que se prestem á fabricação de bebidas e quasquer outros productos nacionaes com o fim de vender estes como se fossem estrangeiros.

b) Expor á venda preparados pharmaceuticos sem a declaração do nome do fabricante, do producto e do lugar de procedencia ;

c) Expor á venda mercadorias ou productos fabric nacionaes com rotulo em lingua estrangeira.

§ 1. Os infractores do disposto na letra a, serão sujeitos, além das penas do Codigo Criminal, a multa de 1:000\$; e os que infringirem a prohibição das letras b e c serão punidos com apprehensão dos productos rotulados e mais a multa de 20\$ a 500\$00.

§ 2. Na prohibição de expor á venda productos nacionaes com rotulos em lingua estrangeira, letra c, não se comprehendem os rotulos que, não constituindo contrafacção de marcas de fabricas estrangeiras, contenham os nomes dos fabricantes, da fabrica e da

localidade em que ella estiver situada ou a declaração — *Industria Nacional* — em caracteres bem visiveis, não sendo permittida esta simples indicação quando os rotulos se destinarem a generos alimenticios.

§ 3. Na prohibição de importar rotulos, capsulas ou involucros exarada no n. 1 do art. 1, não se comprehendem aquelles que forem importados por fabricas ou casas commerciaes que sejam filiaes ou séde de outras estabelecidas na Europa.

§ 4. Os importadores dessas mercadorias serão obrigados a provar por contractos commerciaes, devidamente registrados nas juntas commerciaes, que estão nos casos do paragrapho antecedente.

§ 5. Os despachos nas alfandegas da Republica serão acompanhados de attestados das autoridades consulares brazileiras, nas respectivas localidades exportadoras, de que taes casas são sedes ou filiaes de outras estabelecidas na Republica.

§ 6. Para o caso do § 3 os rotulos deverão conter a designação das localidades em que estiverem estabelecidas as respectivas sedes e casas filiaes.

Art. 2. Serão despachados nas alfandegas e utilizados pelos fabricantes os rotulos em lingua estrangeira que, encommendados antes da expedição do regulamento approved pelo decreto 2548 de 17 de Julho de 1897, forem recebidos até 31 de Dezembro do mesmo anno.

Paragrapho unico. Não poderão, porem, ser appostos aos productos sem que delles conste, por meio de um carimbo de borracha, ou de ferro, ou por outro qualquer modo, a declaração — *Industria Nacional* — em caracteres bem visiveis, sendo indispensavel a indicação do nome do fabricante e da localidade onde funciona a fabrica, quando se tratar de generos alimenticios, sob a comminação da 2ª parte do § 1 do art. 1.

Art. 3. O Governo expedirá regulamento para a execução da presente Lei.

Art. 4. Revogam-se as disposições em contrario.

DECRETO N. 2742 — de 16 de Dezembro de 1897

Dá Regulamento para execução do decreto legislativo n. 452 de 3 de Novembro de 1897.

Art. 1. E' prohibido :

1º Importar e fabricar rotulos, que se prestem á fabricação de bebidas e quasquer outros productos nacionaes, com o fim de vender estes como si fossem estrangeiros :

2º Expôr á venda preparados pharmaceuticos sem a declaração do nome do fabricante, producto e do logar da procedencia ;

3º Expôr á venda mercadorias ou productos fabris nacionaes

com rotulo em lingua estrangeira. (Art. 1.º do decreto legislativo n. 452 de 3 de Novembro de 1897).

Art. 2. Na prohibição de importar rotulos, capsulas ou envolveros exarada no n. 1 do art. 1, não se comprehendem aquelles que forem importados por fabricas ou casas commerciaes, que sejam filiaes ou sedes de outras estabelecidas na Europa (art. 1, § do mesmo decreto n. 452), contanto que os rotulos conttenham a designação das localidades em que estiverem estabelecidas as respectivas sedes e casas filiaes (Mesmo artigo § 6).

Art. 3. Na prohibição de expôr á venda productos nacionaes com rotulos em lingua estrangeira, a que se refere o art. 1, n. 3, não se comprehendem os rotulos que, não constituindo contrafacção de marcas de fabricas estrangeiras, conttenham os nomes dos fabricantes, da fabrica e da localidade em que ella estiver situada, ou a declaração — *Industria Nacional* — em caracteres bem visiveis, não sendó permittida esta simples indicação quando os rotulos se destinarem a generos alimenticios (mesmo artigo, § 2), caso em que se procederá de accordo com o disposto no art. 8, paragrapho unico.

Art. 4. Os importadores de rotulos, capsulas ou envolveros, de que trata o art. 2, são obrigados :

1º A provar por contractos commerciaes, devidamente registrados nas respectivas juutas, que se acham no caso de gozar das vantagens estabelecidas no referido artigo ;

2º A fazer acompanhar os seus despachos de attestados das autoridades consulares brazileiras, nas localidades exportadoras, de que as casas remettentes são sédes ou filiaes de outras estabelecidas na Republica. (Mesmo artigo, § 4 e 5).

Paragrapho unico. Si os rotulos, capsulas e envolveros, de que trata este artigo, se destinarem a productos igualmente importados e remettidos pelas casas matrizes ou filiaes, só se concederá o despacho dos ditos rotulos, capsulas e envolveros necessarios aos referidos productos, mais 5 0/0 para substituir os que se inutilizarem.

Art. 5. E' facultado o despacho, nas alfandegas, e a utilização pelos fabricantes, dos rotulos em lingua estrangeira que, encomendados antes da expedição do regulamento approved pelo decreto n. 2548 de 17 de Julho de 1897, forem recebidos até 31 de Dezembro do mesmo anno. (Art. 2 de decreto n. 452).

Art. 6. A concessão da faculdade estabelecida no artigo antecedente só terá logar depois de provado o direito a ella ; é prova decisiva a exhibição do copiadador.

Art. 7. Com os que exhibirem como meio de prova o copiadador proceder-se-ha do seguinte modo :

1º Apresentada ao inspector da alfandega petição em regra, acompanhada daquelle livro, do qual deve constar a encomenda feita, passará elle a examinar : a) si o livro está preenchido das formalidades legaes e si essas formalidades foram satisfeitas até 17 de Julho de 1897 ; b) si o pedido consta de folha, que obedeça a rigorosa ordem chronologica e si ainda não foi attendido ;

2º Verificada a legitimidade e correção de pedido, o inspector, acto continuo, fará lavrar na petição certificado de ter o requerente satisfeito a prova exigida em relação á data da encomenda e entregará o coprador a seu dono depois de ter cobrado recibo por baixo do dito certificado;

3º Preenchidas as demais exigencias regulamentares sob o ponto de vista da conferencia com a manifesto, e da propria fiscalisção, se concederá o despacho requerido.

Paragrapho unico. Si o exame do coprador revelar existencia de fraude pela interposição de folha estranha, pretensão de fazer passar como não recebido pedido já satisfeito, ou outro meio qualquer, organizado o necessario inqueirto, seguir-se-ha o processo criminal, para o que o inspector remetterá ao procurador da Republica todos os papeis em original, deixando copia na Alfaudega, e neste caso o coprador acompanhará os mesmos papeis.

Art. 8. Os fabricantes, no gozo da vantagem estabelecida pelo art. 5 não poderão appôr aos seus productos os rotulos, a que se refere o mesmo artigo, sem que delles conste por meio de carimbo de borracha ou de ferro, ou por outro qualquer modo, a declaração — *Industria Nacional* — em caracteres bem visiveis.

Paragrapho unico. Si os rotulos se destinarem a generos alimenticios, ao distico — *Industria Nacional* — é indispensavel que se addicione o nome do fabricante e da localidade onde funcionar a fabrica. (Art. 2, paragrapho unico, ultima parte do mesmo decreto n. 452).

Art. 9. Continúa em vigor o art. 11 do regulamento aprovado pelo decreto n. 2548 de 17 de Julho de 1897, que prohibe o registro de marcas de productos nacionaes, que tenham rotulos ou dizeres em lingua estrangeira, com excepção :

1º Dos nomes de bebidas e outros, que não tenham correspondente em portuguez, como o *bitter*, o *brandy*, o *cognac*, o *fernet*, o *kirsch*, o *rhum*, etc., comtanto que os rotulos contemham as indicações da lei;

2º Dos nomes do autor, fabricante, inventor, etc., quando forem estrangeiros.

Art. 10. O art. 40 do regulamento n. 2421 de 31 de Dezembro de 1896, será executado de accordo com as disposições deste decreto.

Art. 11. Os infractores do disposto no art. 1, n. 1, serão sujeitos, além das penas do Codigo Criminal, á multa de 1:000\$ a 5:000\$; e os que infringirem a prohibição constante dos ns. 2 e 3 do mesmo artigo, assim como o disposto no art. 8 e seu paragrapho unico, serão punidos com a apprehensão dos productos rotulados e mais a multa de 20\$ a 500\$000. (Art. 1, §§ 1 e 2 paragrapho unico do decreto n. 452).

Art. 12. Os rotulos, capsulas ou envolucros encontrados nas alfandegas e outros logares em contravenção do art. 1, n. 1, serão depositados e destruidos depois de tornadas irrevogaveis as decisões proferidas pela autoridades competentes, na fórma prescripta.

Consolidação das Leis das Alfandegas (art. 2 do decreto n. 2548 de 17 de Julho de 1897) e de retirados os exemplares que devem acompanhar as bases fornecidas para o processo criminal.

Art. 13. Os processos de apprehensão, organizado, em virtude do art. 11, 2ª parte, regular-se-hão pelo disposto no Tit. X da *Consolidação das Leis das Alfandegas*, excepto nas partes relativas á detenção dos infractores e ao leilão dos artigos apprehendidos, as quaes não terão logar.

Parapho unico. Paga a multa imposta, e satisfeitas as exigencias do art. 1, ns, 2 e 3, por um modo analogo ao determinado no art. 8, serão os artigos apprehendidos entregues a seus donos.

Art. 14. E' facultado ás partes o recurso das decisões dos chefes das repartições fiscaes.

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

DECRETO N. 2747 — de 17 de Dezembro de 1897

Approva o regulamento do registro internacional de fabricas e marcas de commercio.

Art. 1. Os industriaes ou commerciantes, com domicilio no Brazil, proprietarios de marcas registradas, na conformidade da lei n. 3346 de 14 de Outubro de 1887 e do decreto n. 9828 de 31 de Dezembro do mesmo anno, que desejarem garantir ás ditas marcas a protecção legal nos paizes que celebrarão o accordo de 14 de Abril de 1891 ou a elle adherirem, devem dirigir o seu pedido por intermedio da Junta Commercial da Capital Federal, ao Ministerio da Industria, Viação e Obras Publicas para ser enviado ao *Bureau International de la Propriété Industrielle*, em Berne.

Art. 2. O pedido feito em duplicata e em papel sellado, com 33 centimetros de comprimento e 22 de largura, conterá o desenho typographico da marca ou a sua descripção, na lingua franceza, indicando em seguida o nome do proprietario, sua residencia, profissão, productos a que a marca se destina, a data do registro com o numero de ordem, e a data do deposito complementar exigido pelo art. 13 do decreto n. 1828 de Dezembro de 1897 conforme o modelo annexo a este regulamento.

Art. 3. Ao pedido deve acompanhar :

a) Uma chapa que reproduza exactamente a marca, de modo a serem visiveis todos os seus pormenores, tendo não menos de 15 millimetros nem mais de 10 centimetros, quer de comprimento, quer de largura, e 24 millimetros de espessura. Será desnecessaria a chapa se o desenho typographico fór substituido pela descripção na lingua franceza;

b) Um vale postal de 100 francos, importancia do registro internacional;

e) Uma procuração especial si o pedido fôr feito por mandatario. Paragrapho unico. Poderá e peticionario, quando um dos elementos constitutivos da marca consistir na côr, juntar 30 exemplares em papel que a reproduza.

Art. 4. Incumbe á Junta Commercial da Capital Federal :

1º Examinar o pedido, mandado regularisal-o se não estiver nos termos dos arts. 2 e 3:

2º Remettel-o ao Ministerio da Industria, Viação e Obras publicas, informando se o registro subsiste ou ficou sem efeito pela falta de deposito complementar, ou pela expiração do prazo fixado no art. 12 da lei n. 3346 de 14 de Outubro de 1887, e se é applicavel á marca a disposição do art. 8 (ns. 5 ou 6) da dita lei, quando houver identidade ou semelhança susceptivel de confusão entre ella e outra registrada anteriormente;

3º Archivar as marcas inscriptas no registro internacional que lhe forem remetidas pela Directoria Geral da Industria com a notificação do *Bureau International* procedendo a minucioso exame para informar opportunamente ao Governo se alguma dellas está comprehendida no citado art. 8 (ns. 5 ou 6) da lei n. 3346 de 14 de Outubro de 1887, e não pode como tal gozar da protecção no territorio da Republica.

Os exemplares das marcas internaciones serão encadernados no fim de cada anno, juntando-se ao volume um indice que mencione por ordem alphabeticia a natureza do producto e o nome do proprietario :

4º Archivar egualmente, quando os receber por intermedio da Directoria Geral da Industria, dous dos exemplares da publicação das marcas internacionaes, remetendo as outras á Associação Commercial do Rio de Janeiro e ás Juntas dos Estados para seu conhecimento e dos industriaes ou commerciantes a quem possa interessar.

Art. 5. O proprietario da marca, antes de ser encaminhado o seu pedido ao *Bureau International* pagará no Thesouro Federal a taxa de 10\$, mediante guia da Directoria Geral da Industria.

Art. 6. As mudanças que occorrerem na propriedade da marca inscripta no registro internacional serão notificadas á repartição competente, á vista do pedido em duplicata do interessado, feito por intermedio da Junta Commercial da Capital Federal e instruido com certidão do acto respectivo.

Art. 7. As formalidades prescriptas para o registro internacional serão observadas no caso de renovação do mesmo registro, excipiendo-se a remessa da chapa.

Art. 8. Revogam-se as disposições em contrario.

LEI N. 515 — de 3 de Novembro de 1898

Providencia sobre o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e outros qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247, 250 e 265 do Codigo Penal.

Art. 1. Fica competindo ao juiz de secção no Districto Federal e nos Estados da União o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e coupons de juros dos titulos da divida publica da União, qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247 e 265 do Codigo Penal e do uso de qualquer destes papeis e titulos falsificados, qualificados no art. 250 de mesmo codigo.

Parapho unico. A competencia do juiz de secção para julgamento dos crimes de contrabando comprehende sómente os casos em que este versar sobre direitos o impostos de importação ou outros cobrados pela União e para o de peculato quando este versar sobre dinheiros, valores e effeitos pertencentes á Fazenda Nacional.

Art. 2. O processo da formação da culpa, nos crimes de que trata o artigo antecedente, compete ao substituto do juiz de secção, que, pronunciando ou não pronunciando, remetterá o processo a este juizo para confirmar ou não o mesmo despacho, com recurso voluntario e suspensivo para o Supremo Tribunal Federal.

Em quanto o despacho depender de confirmação e de recurso, é exequivel a prizão decretada.

Art. 3. A formação da culpa será processada de accordo com os arts. 53 e 64 inclusivè do decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, e 142 do Codigo do Processo Criminal, podendo o juiz ser auxiliado pelos seus supplentes no corpo de delicto, exame, buscas, apprehensões e mais diligencias necessarias ao descobrimento do crime e dos seus autores, observando-se, quanto ao contrabando, os ss 4 e seguintes do art. 1 do decreto n. 805 de 4 Outubro de 1890, ficando revogado o α 2 do art. 2 do mesmo decreto.

Art. 4. Decretada a pronuncia, será esta intimada ao réo, si estiver prezo, ou afañado o qual dentro de cinco dias improrogaveis poderá juntar as razões e documentos que julgar necessarios; neste caso, e em igual prazo, o procurador de secção poderá tambem juntar as suas razões e documentos.

Si o réo não estiver prezo ou afañado, o processo subirá ao juiz de secção no prazo de 24 horas improrogaveis independente de intimação.

Art. 5. O juiz de secção, recebendo o processo, si neste achar preterição de formalidade legal que indúza nulidade ou falta que-

prejudique o esclarecimento da verdade, ordenará as diligencias necessarias para suppril-as, podendo estas ser feitas perante o mesmo juiz de secção ou perante o seu substituto, conforme aquelle julgar mais conveniente.

Art. 6. O juiz de secção, si não achar necessarias as diligencias, ou sendo estas concluidas, deverá em prazo breve, não excedente de 15 dias, dar ou negar provimento ao recurso. — No caso de pronunciar ou confirmar a pronuncia, mandará do mesmo despacho dar vista ao procurador seccional para este formar o libello, no prazo de 24 horas, e offerecel-o na primeira audiencia. — A parte accusadora, si houver será admittida a addir ou declarar o libello comtanto que o faça na audiencia seguinte.

Art. 7. Offerecido, o libello, deverá o escrivão preparar uma cópia do mesmo, do additamento, si houver documento, o rol das testemunhas e as entregará ao réo prezo, notificando-o ao mesmo tempo para offerecer a sua contrariedade no prazo improrogavel de tres dias. Dessa entrega o escrivão exigirá recibo assignado pelo réo ou por duas testemunhas, si este não souber escrever ou não quizer assignal-o, e o juntará ao processo, passando certidão destes actos.

Si o réo estiver afaçado, deverá igualmente o escrivão entregar-lhe uma cópia do libello com additamento, si o tiver, dos documentos e rol das testemunhas, si elle ou o procurador apparecer para recebel-os, exigindo recibo, que juntará aos autos.

Art. 8. E' facultado ao réo apresentar sua contrariedade escripta; neste caso só no cartorie será concedida vista de processo originario ao mesmo réo ou seu procurador, dando-se-lhe, porém, os traslados dos documentos que quizer, independentemente de despacho.

Na conclusão do libello, seu additamento e contrariedade, se indicarão as testemunhas que as partes tiverem de apresentar.

Art. 9. Findo o prazo do art. 7, na primeira audiencia, presentes o juiz de secção e partes e seus advogados, o juiz fará ao escrivão ler todo o processo, em seguida procederá ao interrogatorio do réo; si houver mais de um réo, serão separados, de modo que não ouça um as respostas do outro.

Terminados os interrogatorios, serão inquiridas pelo juiz as testemunhas, observando-se a mesma separação, sendo facultado ás partes fazerem as perguntas que julgarem convenientes. Os interrogatorios e depoimentos serão escriptos pelo escrivão, assignados pelo juiz procurador de secção, testemunhas e partes, e rubricados pelo mesmo juiz.

Art. 10. Findas as inquirições, seguir-se-ha a discussão oral, que será iniciada pela accusação feita pelo procurador de secção, e finda aquella serão os autos conclusos ao juiz de secção, que preferirá a sua sentença, condemnando ou absolvendo o réo. Esta sentença será publicada em audiencia e intimadas as partes pelo escrivão, e della caberá appellação para o Supremo Tribunal, que julgará em ultima instancia.

Art. 11. Os processos pendentos pelos crimes de que trata a pre-

sente lei, em que ainda não houver culpa formada, serão remetidos ao substituto seccional para concluí-los, na forma dos artigos antecedentes.

Art. 12. Os processos em que houver culpa formada, mas que não houverem sido ainda submettidos ao jury, serão remettidos ao juiz de secção para as diligencias de julgamento, e aquelles em que houver sentença de jury pendente de appellação seguirão os termos ulteriores desta; mas, si o tribunal federal mandar proceder a novo julgamento, este terá logar na conformidade desta lei.

Art. 13. Não será admittida fiança nos crimes de moeda falsa e de contrabando.

Art. 14. O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homiado em paiz estrangeiro.

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

DECRETO N. 561 — de 31 de Dezembro de 1898

Prohibe que sejam recibidos, como moeda, ou nesta qualidade circulem no paiz, quaesquer titulos de credito ao portador, ou com o nome, deste em branco, que forem emitidos pelos Governos dos Estados ou dos municipios, sejam taes titulos apolices ou outros de denominação differente.

Art. 1. Não poderão ser recebidos como moeda, ou nesta qualidade circular no paiz, quaesquer titulos de credito ao portador, ou com nome deste em branco, que forem emitidos pelos Governos dos Estados ou dos municipios, sejam taes titulos apolices ou outros de denominação differente.

Art. 2. No caso de transgressão, não só serão nullos de pleno direito todos os contractos e actos juridicos em que os referidos titulos forem empregados, como moeda, mas ficarão sujeitos á sancção do art. 241 do Codigo Penal os individuos que, como moeda, os empregarem ou os receberem em troca de objectos, valores ou serviços de qualquer especie.

Art. 3. Os órgãos da justiça federal serão os competentes para a applicação desta lei, guardada a disposição que se segue :

Paragrapho unico. Quando em questões de competencia das justias dos Estados fór por estas proferida decisão contraria á applicação da presenté lei, ou decisão favoravel á validade ou applicação de actos ou leis dos governos locaes, que tenham sido contestados com fundamento nas disposições desta lei, haver á taes decisões recursos para o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 59, § 1).

Art. 4. O processo e julgamento destes crimes serão regulados pelas mesmas disposições que regem os crimes de moeda falsa.

Art. 5. Revogam-se as disposições em contrario.

LEI N. 496 — de 1 Agosto de 1898

Define e garante os direitos autoraes.

Art. 1. Os direitos de autor de qualquer obra litterario, scientifica ou artistica, consistem na faculdade, que só elle tem, de reproduzir ou autorizar a reproducção do seu trabalho pela publicação, traducção, representação, ou execução de qualquer outro modo.

A lei garante estes direitos aos nacionaes e aos estrangeiros residentes no Brazil, nos termos do art. 72 da Constituição, si os autores preencherem as condições do art. 13.

Art. 2. A expressão « obra litteraria, scientifica ou artistica » comprehende : livros, brochuras e em geral escriptos de qualquer natureza ; obras dramaticas, musicaes ou dramatico-musicaes, composições de musica com ou sem palavras ; obras de pintura, escultura, architectura, gravura, lithographia, photographia, illustrações de qualquer especie, cartas, planos e esboços ; qualquer producção, em summa, do dominio litterario, scientifico ou artistico.

Art. 3. O prazo de garantia legal para os direitos enumerados no art. 1 é :

1º Para a faculdade exclusiva de fazer ou autorizar a reproducção por qualquer forma, de 50 annos a partir do dia 1 de Janeiro do anno em que se fizer a publicação ;

2º Para a faculdade exclusiva de fazer ou autorizar traducções, representações ou execuções, de 10 annos, a contar, para as traducções, da mesma data acima prescripta, para as representações e execuções, da primeira que se tiver effectuado com autorização do autor.

Art. 4. Os direitos do autor são moveis, cessiveis e transmissiveis no todo ou em parte e passam aos herdeiros, segundo as regras do direito.

§ 1. A cessão entre vivos não valerá por mais de trinta annos, findos os quaes o autor recobrará seus direitos, si ainda existir.

§ 2. Fica sempre salvo ao autor, por occasião de cada nova edição, emendar ou reformar sua obra, ou rehaver seus direitos sobre ella, comtanto que restitua ao cessionario o que d'elle houver recebido em pagamento, metade do valor liquido da edição anterior.

§ 3. Para execução do paragrapho antecedente, o cessionario deverá declarar por escripto ao autor o numero dos exemplares de cada edição com o respectivo preço e cada tiragem será considerada como uma edição.

§ 4. As declarações do cessionario fazem prova plena contra elle, mas o autor poderá contestal-as sempre que tiver outras a oppôr-lhes.

Art. 5. A cessão ou herança, quer dos direitos de autor, quer do

objecto que materializa o obra de arte, litteratura ou sciencia, não dá o direito de a modificar, seja para vendel-a, seja para exploral-a por qualquer fórma.

Art. 6. Na ausencia do contracto de edição, legalmente feito, presume-se sempre que o autor está na inteira posse de seus direitos. Aquelle que sem esse contracto, sejam quaes fôrem as allegações que fizer, publicar qualquer obra, deve ao autor uma indemnisação nunca inferior a 50 0/0 do valor venal da edição completa.

Art. 7. Os credores do autor não podem durante a vida d'elle apprehender os seus direitos; mas tão sómente os rendimentos que dahi lhe possam advir.

Art. 8. Os proprietarios de uma obra posthuma gozam dos direitos de autor pelos prazos marcados no art. 3, a contar, porém, para as reproducções e traducções, do dia 1 de Janeiro do anno em que tiver fallecido o autor.

Art. 9. Quando uma obra feita em collaboração não é susceptivel de ser dividida, os collaboradores, desde que não preceda contracto em opposto, gozam de direitos iguaes, não podendo qualquer delles, sem o consentimento de todos os outros, fazer ou autorizar a sua reproducção.

Em caso de desaccordo entre os co-proprietarios, cabe aos tribunaes decidir, podendo, quando algum delles se opponha á publicação, determinar que elle não participe das despezas, nem dos lucros, ou que seu nome não figure na obra.

Cada um dos proprietarios pôde individual e independentemente fazer valer a sua parte de direitos.

Art. 10. Nas obras theatraes em que collaborarem diversos autores basta o consentimento de um delles para a sua exhibição ou representação, ficando salvo aos mais o direito de, pelos meios judiciais, se indemnizarem da parte que lhes tocar.

Art. 11. O editor de uma obra anonyma ou assignada com pseudonymo, tem os onus e direitos do autor. Todos, porém, passarão a este, desde que seja conhecido.

Art. 12. O autor de uma traducção gosa a respeito della dos mesmos direitos autoraes, não podendo, porém, impedir que se faça da mesma obra outras traducções, salvo durante o prazo do art. 3º, n. 2, si fôr cessionario desse direito.

Art. 13. E' formalidade indispensavel para entrar no goso dos direitos de autor o registro da Bibliotheca Nacional, dentro do prazo maximo de dous annos, a terminar no dia 31 de Dezembro do seguinte áquelle em que deve começar a contagem do prazo de que trata o art. 3 :

1) para as obras de arte, litteratura ou sciencia, impressas, photographadas, lithographadas ou gravadas, de um exemplar em perfeito estado de conversação;

2) para as obras de pintura, escultura, architectura, desenhos, esboços ou de outra natureza, um exemplar da respectiva photo-

graphia, perfeitamente nitida, tendo as dimensões mínimas de 0^m,18 X 0^m, 24.

Art. 14. O direito de representação de uma obra litteraria é regulado conforme as disposições relativas ás obras musicaes.

Art. 15. Toda execução ou representação publica total ou parcia de uma obra musical não pôde ter logar sem consentimento do autor, quer ella seja gratuita, quer tenha um fim de beneficencia ou exploração. Todavia, si ella for publicada e posta á venda, considera-se que o autor consente na sua execução em todo o logar onde não se exija retribuição alguma.

Art 16. O direito de autor para as composições musicaes comprehende a faculdade exclusiva de fazer arranjos e variações sobre motivos da obra original.

Art. 17. A cessão de um objecto de arte não implica a cessão do direito de reproducção em favor de quem o adquire, não podendo, porém, o artista reproduzi-lo sem declaração de que não é o trabalho original.

Art. 18. A reproducção de uma obra de arte por processos industriaes ou sua applicação á industria não lhe fazem perder o caracter artistico : mesmo nestes casos fica submetida ás disposições da presente lei.

Art. 19. Todo o attentado doloso ou fraudulento contra os direitos de autor constitue o crime de contrafacção. Os que scientemente vendem, expõem á venda, teem em seus estabelecimentos para serem vendidos ou introduzem no territorio da Republica, com fim commercial, objectos contrafeitos, são culpados do mesmo crime.

Art. 20. Nös crimes de contrafacção, os cúmplices são punidos com penas iguaes ás dos autores.

Art. 21. Consideram-se igualmente contrafacções :

1) as traducções em lingua portugueza de obras estrangeiras, quando não autorizadas expressamente pelo autor e feitas por estrangeiros não domiciliados na Republica ou que nella não tenham sido impressas. As traducções autorizadas que estiverem nessas condições devem ter a menção expressa : « Traducção autorizada pelo autor », unicas que podem ser introduzidas, vendidas ou representadas no territorio Republica;

7) as reproducções, traducções execuções, ou representações, quer tenham sido autorizadas, quer não tenham sido, por se tratar de obras que não gosam de protecção legal ou já cahidas no dominio publico, em que se fizerem alterações, accrescimos ou suppresões sem o formal consentimento do autor.

Art. 22. Não se considera contrafacção :

1) a reproducção de passagens ou pequenas partes de obras já publicadas, nem a inserção, mesmo integral, de pequenos escriptos no corpo de uma obra maior, comtanto que esta tenha caracter scientifico ou que seja uma compillação de escriptos de diversos escriptores, composta para uso da instrucção publica. Em caso

algun a reproducção pôde dar-se sem a citação da obra de onde é extrahida e do nome do autor.

2) a reproducção em diarios e periodicos de noticias e artigos politicos extrahidos de outros diarios e periodicos e a reproducção de discursos pronunciados em reuniões publicas, qualquer que seja a sua natureza. Na transcripção de artigos deve haver a menção do jornal onde são extrahidos e o nome do autor. O autor, porém, quer dos artigos, qualquer que seja a sua natureza, quer dos discursos, é o unico que os pôde imprimir em separado :

3) a reproducção de todos os actos officiaes da União, dos Estados ou das municipalidades;

4) a reproducção, em livros e jornaes, de passagens de uma obra qualquer com um fim critico ou polemica ;

5) a reproducção no corpo de um escripto de obras de artes figurativas, comtanto que o escripto seja o principal e as figuras sirvam simplesmente para a explicação do texto, sendo, porém, obligatoria a citação do nome do autor;

6) a reproducção de obras de arte que se encontram nas ruas e praças;

7) a reproducção de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ella é feita pelo proprietario dos objectos encomendados.

Art. 23. O crime de contrafacção será punido com as penas dos artigos respectivos do Codigo Penal, livro II, tit. XII, cap. V, secção 1ª, e com o confisco dos objectos contrafeitos e de todos os moldes, matrizes e quaesquer utensilios que tenham servido para a contrafacção, além da indemnização de perdas e danos causados ao autor da obra contrafeita.

No Districto Federal observar-se-ha o seguinte :

§ 1. Essa indemnização será demandada no fóro civil, haja ou não procedimento criminal e haja ou não condemnação do contrafactor. No caso de condemnação, o autor fica, porém, dispensado da prova de contrafacção e a acção civil se limitará á liquidação das perdas e danos.

§ 2. A acção civil, seja qual fôr seu valor será summaria.

Art. 24. A applicação fraudulenta ou de má fé sobre uma obra litteraria, scientifica ou artistica, do nome de um autor ou de qualquer signal por elle adoptado para designar suas obras, será punida com a prisão cellular de seis mezes a um anno e multa de 500\$ a 1:000\$, sendo tambem a obra apprendida.

Art. 25. No caso de representação ou exhibição não autorizada de obras dramaticas ou musicaes, o autor ou concessionario poderá requerer a apprehensão das receitas brutas da representação ou exhibição e o empresario reconhecido culpado será punido com prisão cellular por seis mezes a um anno.

Parapho unico. A importancia da indemnização de perdas e danos não será nesse caso inferior a 50 0/0 das receitas brutas.

Art. 26. Salvo os casos do art. 21 e do art. 24, em que deverá haver procedimento *ex-officio* da autoridade competente e em que

qualquer, na falta desse procedimento, poderá intentar a acção criminal, só ao autor ou ao concessionario dos seus direitos incumbe a queixa e autoria do processo.

Paragrapho unico. Qualquer dos collaboradores de uma obra artistica, litteraria ou scientifica pôde independente dos mais, usar do seu direito para punição dos culpados.

Art. 27. O autor poderá iniciar o processo, requerendo busca e apprehensão dos objectos contrafeitos ou das pranchas, modelos, matrizes, que tenham servido para perpetração do delicto, o que será ordenado pelo juiz, mediante justificação judicial.

Feita a apprehensão e si o autor decahir da acção, o réo terá direito de indemnização de perdas e damnos.

Art. 28. Revogam-se as disposições em contrario (1).

Instrucções de 11 de Junho de 1901.

O Ministro da Justiça e Negocios Interiores, em nome do Presidente da Republica, resolve, á vista do disposto nos arts. 6 da lei n. 657, de 23 de Novembro de 1899, e 13 da de n. 741, de 6 de Dezembro de 1900, que, para execução do art. 13 da lei n. 496, de 1 de Agosto de 1898, se observem as seguintes instrucções :

Art. 1 O autor, traductor, editor, impressor ou cessionario que, na conformidade da lei n. 496, de 1 de Agosto de 1898, pretende registrar qualquer obra litteraria, scientifica ou artistica, deverá requerel-e ao director da Bibliotheca Nacional, em petição assignada por seu proprio punho, ou por procurador, com declaração expressa da sua naturalidade, profissão e domicilio actual, do titulo da obra a registrar, logar e tempo da publicação, reimpressão, primeira representação eu execução, e em geral, de todos os caracteristicos que le fôrem essenciaes, de modo a ser possivel distinguil-a, em todo o tempo, de qualquer outra congenerere.

a) para o registro das obras de arte, litteratura ou sciencia, mpressas, lithographadas, photographadas ou gravadas, o autor entregará á Bibliotheca um exemplar em perfeito estado de conservação.

b) para o das obras de pintura, esculptura, desenho, esboços, etc., fará o autor entrega de uma photographia da obra, perfeitamente nitida, a qual deverá ter, de accordo com o art. 13, 2ª parte, da citada lei n. 496, as dimensões minimas de 0^m,18 × 0^m,24.

§ 1. A prova da naturalidade do autor, traductor, editor, impressor, cedente e cessionario, a do seu domicilio e a do tempo da publicação, reimpressão e primeira representação ou execução, poderão ser exidas pelo director da Bibliotheca, quando as julgar necessarias.

(1) O dec. n. 3836 de 21 de Novembro de 1900 declara que no art 26 da lei n. 496 de 1º de Agosto de 1898, onde se diz, art. 22 n. 1, diga-se, art. 21.

A prova da cessão e a do contracto de edição são indispensáveis.

§ 2. Quando fôr solicitado, simultaneamente e pelo mesmo peti-
cionario, o registro de duas ou mais obras, ao pedido relativo a cada
uma deverá corresponder um requerimento.

Art. 2 Haverá para o registro, na Bibliotheca Nacional, um livro
especial, aberto e encerrado pelo director.

Art. 3. No exemplar entregue pelo autor serão notados o numero
de ordem e a data do registro e estampado, por meio de um ca-
rimbo, o distico « Bibliotheca Nacional — Direitos autoraes ».

Art. 4. O mesmo exemplar será conservado na secretaria da
Bibliotheca, devidamente acondicionado em movel apropriado, de
accordo com a sua natureza a classificação.

Art. 5. Em um só e mesmo livro lançar-se-ha o registro de todas
as obras para esse fim apresentadas, seja qual for a sua natureza,
devendo para isso ser lavrado, em relação a cada uma, o necessario
termo, do qual constarão todos os esclarecimentos, declarações e
caracteristicos da obra a registrar.

Art. 6. O certificado do registro trará impresso no alto do papel,
á esquerda, em tinta azul, o distico referido no art. 3 destas ins-
trucções, e, á direita, o logar para a data, devendo conter o numero
do livro do registro, o numero de ordem deste, seguindo-se, na
integral, a transcrição do termo. O certificado será passado pelo
secretario e authenticado pelo director.

Art. 7. O registro de cada obra está sujeito á taxa de 2\$, inde-
pendentemente da que fôr devida, na conformidade do regulamento
do imposto do sello, por certificado de obra depositada, caso o au-
tor ou cessionario solicite tal documento. A mencionada taxa será
paga em sello de estampilha inutilizada aelo secretario da Biblio-
theca, o qual assignará o termo de que trata a art. 5.

Art. 8. Si duas ou mais pessoas requererem ao mesmo tempo o
registro de uma mesma obra litteraria, scientifica ou artistica, ou de
obras que, pelo invenção assumpto, fórma ou titulo, pareçam iden-
ticas, a juizo do director da Bibliotheca, ou cuja autoria tenha dado
logar a discussão e controversias, não se fará o registro sem que se
haja decidido, por accôrdo das partes ou perante o juizo competente,
a quem cabe o direito autoral.

Art. 9. Do mesmo modo se procederá quando, depois de effectuado
o registro de uma, obra fôr elle novamente requerido em nome de
outra pessoa. Neste caso, sendo decidido que o direito autoral cabe
ao ultimo requente, lavar-se-ha um termo de registro, lançando-se
sobre o primeiro a nota — sem effeito — authenticada pelo director.

Art. 10. A lista das obras registradas será publicada mensal-
mente no *Diario Official*, correndo a despeza á conta do Ministerio
Justica o Negocios Interiores.

Art. 11. Ficam alteradas, de accordo com estas instrucções, as que
foram mandadas observar pela portaria de 6 de Dezembro de 1899.

Capital Federal, 11 de Junho de 1901. — *Epitacio Pessoa*.

NOTAS. — A instruções de 6 de Dezembro de 1899 estão revogadas.

Para o registro dos obras submettidas a essa formalidade, por cessionarios dos respectivos direitos autorales, devem os requerentes annexar á petição publica forma, que ficará archivada na Bibliotheca, do documento comprobatorio da cessão. Aviso de 15 de Janeiro de 15 de 1901.

No sentido generico das expressões —*obras impressas, photographadas, lithographadas ou gravadas* — de que se serve o art. 11 n. 1. da lei n. 496 de 1.º de Agosta de 1898, presume-se incluido o do publicado. Sendo a manuscrito de uma obra dramatica representada um texto editado ou publicado em récita, nada obsta a que seja registrado nos termos do referido art. Aviso de 19 de Agosto de 1901.

Intelligência dos arts. 1, 13, 22 n. 1, 24 e 26 da lei n. 496, *vide* na *Rev. Jurisp.* Dezembro, 1900, p: 395.

LEI N. 628 — de 34 de Outubro de 1899 (1).

Amplia a acção penal por denuncia do Ministerio publico e dá outras providencias.

Art. 1. Compete a acção penal por denuncia do Ministerio Publico nos crimes de :

I. Furto.

II. Damnos em cousas do dominio ou uso publico da União, dos Estados e municipios, ou em livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos, autos e actos originas de autoridade publica.

Parapho unico. A acção publica será iniciada sob representação do offendido, si o furto se der entre parentes e afins até o 4º gráo civil, não comprehendidos no disposição do art. 335 do Código Penal que continúa em vigor.

Art. 2. São inafiançaveis os crimes de :

I. Furto de valor igual ou excedente de 200\$ (Codigo Penal art. 330, § 4º).

II. Furto de animaes nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura.

III. Os crimes capitulados nos art. 141 e 142 do Codigo Penal.

Art. 3. A contravenção dos art. 367 de Codigo Penal é punida com prisão cellulaar por um o trez mezes, além da pena estatuida no mesmo artigo.

§ 1. As pessoas que tomarem parte, sem ser por algum dos modos especificados no citado art. 267, em qualquer operação em que houver promessa de premio ou beneficio dependente de sorte (citado artigo, § 1, 2ª parte), incorrerão na pena de 50\$ a 100\$000.

§ 2. Nas operações de que trata o citado art. 367, § 1, 2ª parte do mesmo Codigo, não se comprehendem as que forem praticadas para resgate de titulos de companhias que funccionem de accordo com

(1) *Vide* esta lei commentada na *Revista de Jurisprud.* An. IV. — 1900 — n. XXVII, pagina 192.

a lei, nem para cumprimento annual ou semestral de obrigações pelas mesmas contrahidas.

Art. 4. Todo o logar em que é permitido o accesso de qualquer pessoa, mediante pagamento de entrada ou sem elle, para o fim de jogo, é considerado logar frequentado pelo publico para o effeito da lei penal.

Art. 5. No Districto Federal será observado o seguinte :

§ 1. O processo e julgamento dos crimes comprehendidos nos livro II, tit. VI, cap. II, secções I e III, caps. II e IV, do Codigo Penal, exceptuados os de competencia da Justiça Federal e das Juntas Correccionaes, pertencem em primeira instancia á Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal.

a) O julgamento em Camara Criminal será feito em uma só sessão, independente de leitura dos autos pelo secretario do Tribunal.

b) Quando, nos termos do art. 3, § 5, n. IV do decreto n. 2579 de 16 de Agosto de 1897, o pretor coadjuvar os juizes do Tribunal Civil e Criminal ou o juiz dos Feitos da Fazenda Municipal no preparo dos processos crimes, servirá com elle o seu escrivão.

§ 2. As justificativas dos arts. 32 a 35 do Codigo Penal serão apreciadas pelo juiz da pronuncia com recurso necessario, no caso de ser qualquer dellas julgada provada.

§ 3. As multas impostas aos jurados e vogaes serão cobradas executivamente pelas autoridades que as impuzerem.

§ 4. A fiança não é precisa, porque nelles nos réos livram-se soltos nos crimes a que não é imposta pena maior que a de multa até 100\$ e prizão cellular até trez mezes, salvo si os réos forem vagabundos ou sem domicilio.

§ 5. A fiança será prestada por meio de deposito em dinheiro, metaes ou pedras preciosas, em apolices ou titulos da divida nacional, ou da municipalidade ou hypotheca de immoveis livres de preferencia, derogada o art. 14, § 3 da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871.

a) O valor da fiança sera fixado pela autoridade a quem competir, na conformidade da tabella annexa ao decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, que o Poder Executivo adaptará á penalidade em vigor, de accordo com o art. 406 do Codigo Penal e no dispoto nesta lei (art. 5, § 4).

b) Nos crimes punidos unicamente com multa, o valor principal da fiança será equivalente ao maximo do valor daquella.

Art. 6. Compete ao chefe e delegados de policia do Districto Federal processar *ex-officio* as contravenções do livro III caps. II e III, arts. 369 a 371 e 374, IV, V, FI, VIII, XII e XIII, art. 399 principio, § 1º, do Codigo Penal.

§ 1. No caso de prizão em flagrante ou de proceder a autoridade policial a busca, de conformidade com o art. 189, § 5 do Codigo do Processo Criminal, serão desde logo arrecadados e depositados os objectos que, nos termos da disposição penal, passam a pertencer á Fazenda Publica, por força de sentença condemnatoria

§ 2. Effectuada a prisão, será incontinenti lavrado o respectivo auto, em que, depois de qualificado o réo, deporão duas ou trez testemunhas, recebendo em seguida a autoridade a defezas escripta ou verbal. No dia immediato serão ouvidas as testemunhas de defeza em numero de trez no maximo, e, interrogado o réo, serão juntos os documentos e allegações que o mesmo apresetar e, acto contínuo, remetido o processo ao respectivo pretor, para seu julgamento.

§ 3. Não tendo havido prisão em flagrante, o processo será iniciado por portaria da autoridade e, citado o réo para comparecer 24 horas depois da citação, serão inqueridas em sua presença duas ou trez testemunhas, seguindo-se os demais termos do paragrapho antecedente, salvo o caso de revelia, em que se encerra a logo o processo.

§ 4. O prazo acima estabelecido para o processo poderá ser prorogado por mais dous dias, si fôr isto indispensavel para a realisação de buscas, apprehensões, acareações ou exames de qualquer natureza, não podendo o processo em caso algum ser dilatado por mais tempo.

§ 5. Apresentados os autos ao pretor, mandará este incontinenti intimar o accusado para, dentro de 24 horas improrogaveis, contadas da intimação, requerer as diligencias legais que tiver por convenientes á sua defeza, devendo taes diligencias ter logar nas 48 horas seguintes e na presença do accusado, e, si este nada requerer, ou fôr revel, seguir-se-ha o julgamento immediato.

§ 6. Do julgamento cabe appellação para a Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal e, pendente este recurso, poderá o réo-condemnado prestar fiança.

§ 7. A appellação será interposta em 48 horas depois da intimação da sentença ao réo ou de recebimento dos autos pelo Ministerio Publico, si fôr este o appellante.

As razões do réo as (para quaes se lhe dará vista dos autos em cartorio) serão offerecidas conjunctamente com o requerimento de appellação.

§ 8. Interposta a appellação, que independe do termo, se fará immediatamente remessa dos autos ao presidente do Tribunal Civil e Criminal, e o juiz a quem fôr distribuido o processo o apresentará a julgamento na primeira sessão da Camara, independente do — visto — dos outros juizes e da audiencia do Ministerio Publico. Sendo, porém, este o appellante, terá o réo o prazo de 48 horas, em cartorio, para responder ás razões da appellação, e o julgamento se effectuará na sessão que se seguir a este termo.

§ 2. O promotor publico dirá verbalmente sobre a appellação após o relatório feito em Camara. Na mesma sessão, ou quando muito na seguinte, será lavrado o accordam julgador.

Art. 7. E' creada mais uma delegacia auxiliar no Districto Federal ficando assim elevado a trez o numero dos delegados auxiliares e escrivãos dos mesmos, e com os mesmos vencimentos.

Parapho unico. No uso da autorisazão concedida pela lei n. 566 de 31 de Dezembro de 1898, art. 3, o Governo, reduzindo o numero das circumscripções policiaes e dos delegados, prescreverá condições de idoneidade e competencia para outras funções e assiduidade do serviço, podendo, sem augmento de despeza, elevar-lhe os vencimentos até 50 0/0.

Art. 8. Revogam-se as disposições em contrario.

DECRETO n. 3475 — de 4 de Novembro de 1899.

Regulamenta o art. 5. da lei n. 628 de 28 de Outubro do corrente anno.

Art. 1. Além das attribuições que o decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890, e mais disposições em vigor conferem á Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, compete-lhe o processo e julgamento, em primeira instancia, dos seguintes crimes provistos no Codigo Penal :

I. Do liv. II, tit. VI, cap. II, secção I, exceptuados os de falsificação de actos das autoridades federaes, de titulos da divida nacional, de papeis de credito e valores da Nação ou de banco autorizado, pelo Governo Federal (lei n. 221 de 10 de Novembro de 1894, art. 20, n. VII).

II. Dos arts. 258 e 259.

II. Do art. 330, § 4 e do art. 331, quando o objecto furtado ou apropriado fór de valor igual ou excedente a 200\$000.

IV. Do art. 338.

Parapho unico. Os recursos e appellações dos despachos ou sentenças proferidas nos respectivos processos pelos juizes da Camara Criminal, singularmente, ou por esta collectivamente, são regulados pelas disposições correlativas dos decretos ns. 1030 de 1890, e 2579 de 16 de Agosto de 1897.

Art. 2. O julgamento em Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal será feito, qualquer que seja o processo, em uma só sessão, e sem dependencia da leitura nos autos pelo secretario.

Art. 3. Quando, nos termos do art. 5, § 3, n. IV do decreto n. 2579 de 16 de Agosto de 1897, o pretor coadjuvar o juiz do Tribunal Civil e Criminal ou o juiz dos feitos da Fazenda Municipal no preparo dos processos crimes, servirá com elle o seu escrivão.

Art. 4. As justificativas dos art. 32 a 35 do Codigo Penal serão apreciadas pelo juiz da pronuncia, cabendo recurso necessario para o Conselho do Tribunal Civil e Criminal quando o juiz do Tribunal da Camara Criminal, ou dos feitos da Fazenda Municipal, julgar qualquer dellas provada.

Art. 5. As multas impostas aos jurados pelo presidente do Tribu-

nal do Jury ou aos vogaes pelo presidente do Tribunal Civil e Criminal serão cobradas por meio de processo executivo, intentado *ex-officio* pelas referidas autoridades.

§ 1. Imposta a multa, será publicado o edital de que conste o nome do jurado ou vogal e a importancia da multa ; marcando-se o prazo de cinco dias para o multado apresentar justa causa que o releve da pena.

Além dessa publicação e sempre que fôr possível, se dará noticia do facto na parte editorial dos diários de grande circulação desta Capital.

§ 2. Si o multado não apresentar a excusa dentro do prazo do edital ou si esta não fôr procedente, a autoridade, fazendo autoar a certidão da citação e a cópia do edital, expedirá mandado executivo, seguindo-se o disposto nos arts. 310 e seguintes do regulamento n. 737 de 1850, na parte em que forem applicaveis.

§ 3. Todas as decisões serão proferidas pelas precitadas autoridades, com appellação nos casos em que conher para a Camara Criminal da Côte do Appellação.

§ 4. A importancia da multa será recolbida ao Thesouro Federal, por meio de guia passada pelo escrivão.

Art. 6. Os réos que não forem vagabundos ou sem domicilio se livrrão soltos, independentemente de fiança :

I. Nas infracções penaes punidas no maximo com trez mezes de prizão cellular, acompanhada de multa até 100\$ ou sem ella ;

II. Quando a pena fôr unicamente de multa e esta não exceder de 100\$000;

III. Quando a pena fôr de multa acompanhada de outra que não a de prizão cellular e aquella não exceder de 100\$000.

Paragrapho unico. Os réos se livrarão sempre soltos, independentemente de fiança, quando a pena não fôr restrictiva da liberdade, nem consistir em multa.

Art. 7. A fiança é sempre definitiva e só pôde ser prestada por meio de deposito em dinheiro, metaes ou pedras preciosas, em apolices ou titulos da divida nacional, ou da municipalidade, ou hypotheca de immoveis livres de preferencias.

§ 1. O valor da fiança será arbitrado na conformidade da tabella annexa ao presente decreto.

§ 2. Para determinar esse valor, a autoridade attenderá ao maximo do tempo de prizão cellular ou reclusão com multa ou sem ella, em que possa incorrer o réo pela infracção penal ; e dentro dos dous extremos, que marca a tabella, fixará o valor, tendo em consideração não só a gravidade do damno causado como a condição de fortuna e circunstancias pessoas do réo.

§ 3. Nas infracções penaes punidas unicamente com multa, ou em que fôr preciso presta fiança em razão da importancia daquella, o valor maximo da fiança será igual ao valor máximo da multa, e o minimo — 100\$000.

§ 4. Quando não fôr logo possível recolher aos cofres de deposito

publico o dinheiro, metaes ou pedras preciosas, apolices ou titulos da divida nacional, ou da municipalidade, o deposito será feito provisoriamente em mão de pessoa abonada, e na sua falta, em juizo, devendo ser removido no prazo de 24 horas para os coffes, do que tudo se fará menação no terno de fiança.

§ 5. O ministerio publico, sempre que estiver presente, será previamente ouvido no processo. Não estando presente terá vista dos autos depois de concedida a fiança, afim de recorrer da sua concessão, ou do arbitramento, si assim o entender, ou para reclamar que convier á justiça publica.

§ 6. No caso de prisão em flagrante, é competente para conceder a fiança a autoridade policial (chefe de policia e delegados) a quem fôr o réo apresentado, ou o pretor da respectiva circumscripção.

§ 7. Nas sentenças de pronuncia e nos mandados de prisão se declarará o valor da fiança a que fica o réo sujeito.

§ 8 Quando a prisão fôr em virtude de mandado, a fiança será prestada perante a autoridade judiciaria que o expediu e, na sua falta, pelo substituto.

Prezo o réo, e querendo prestar fiança, será incontinenti levado á presença do juiz, e não sendo este encontrado, nem quem o substitua, o chefe de policia, ou qualquer dos delegados, processará a fiança, remettendo com brevidade os autos á autoridade judiciaria competente.

§ 9. O quebramento da fiança importa a perda da metade do seu valor e obriga o réo ao processo e julgamento á revelia, nos termos do art. 43 da lei de 3 de Dezembro de 1841.

§ 10. O réo perde a totalidade do valor da fiança quando, sendo condemnado por sentença irrevogavel, fugir antes de ser prezo.

§ 11. Nos casos dos §§ 9 e 10 o producto da fiança ou a metade do seu valor conforme o caso, será applicado a favor do Thesouro Federal, depois de deduzidas as custas do processo.

§ 12. Compete ao Conselho do Tribunal Civil e Criminal julgar os recursos dos despachos, concedendo ou negando fiança, de seu arbitramento, ou de perda da quantia affiançada, proferidos pelos juizes do Tribunal Civil e Criminal, juiz dos feitos da Fazenda Municipal, pretores ou autoridades policiaes.

Disposição transitória.

Artigo unico. Salvo aquelles já uma vez submettidos a julgamento do Tribunal do Jury, todos os mais processos pendentes, relativos aos crimes a que se referem os ns. I, II, III e IV do art. 1, serão remettidos pelos escrivães das Pretorias e do Jury ao presidente da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, para distribuil-os entre os respectivos juizes.

Tabella da Fiança.

TERMOS		PENAS
Minimo.	Maximo.	Prisão cellular ou reclusão por menos de
100\$000	1:5000\$000	Seis mezes.
200\$000	3:000\$000	Um anno.
300\$000	4:500\$000	Um anno e seis mezes.
400\$000	5:000\$000	Dous annos.
500\$000	6:500\$000	Dous annos e seis mezes.
600\$000	8:000\$000	Tres annos.
700\$000	9:500\$000	Tres annos e seis mezes.
800\$000	11:000\$000	Quatro annos.

Exceptuam-se desta tabella, por serem inafiançaveis: o crime de furto igual ou superior a 200\$; o furto de animaes em fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura, e os crimes capitulados nos arts. 141 e 142 do Codigo Penal (Lei n. 628 de 28 de Outubro do corrente anno, art. 2).

DECRETO n. 1236 — de 24 de Setembro de 1904

Modifica o decreto n. 3346, de 14 de outubro de 1887

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil :

Faça saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte :

Art. 1. O industrial ou negociante tem o direito de assignalar as suas mercadorias ou productos por meio de marcas especiaes.

Art. 2. As marcas de industria e de commercio podem consistir em tudo o que esta lei não prohiba e faça differençar os objectos de outros identicos ou semelhantes de proveniencia diversa.

Qualquer nome, denominação necessaria ou vulgar, firma ou razão social e as letras ou cifras sómente servirão para esse fim revestindo forma distinctiva.

Paragrapho unico. As marcas podem ser usadas tanto nos artigos, directamente, como sobre recipientes ou envolvero do ditos artigos.

Art. 3. Para que seja garantido o uso exclusivo das ditas marcas, são indispensaveis o seu registro, deposito e publicidade nos termos desta lei.

Art. 4. E' competente para registro a Junta ou a Inspectoria Commercial da sêde do estabelecimento, ou do principal, quando mais de um da mesma especie pertencerem a um só dono. Tambem é competente a Junta Commercial do Rio de Janeiro para o registro das marcas estrangeiras e deposito central das registradas em outras Juntas ou Inspectorias.

Art. 5. Para effectuar-se o registro é necessario petição do interessado ou seu procurador especial, acompanhada de tres exemplares da marca, contendo :

1º a representação do que constitua a marca, com todos os seus accessorios e explicações;

2º declaração do genero de industria ou de commercio a que se destina, profissão do requerente e seu domicilio.

Art. 6. O secretario da Junta ou empregado da Inspectoria, para esse fim designado, certificará em cada um dos modelos o dia e hora de sua apresentação e, ordenado o registro, arquivará um delles, entregando os demais á parte, com indicação do registro e sua numeração.

Art. 7. Dentro de trinta dias fará o interessado publicar no jornal que inserir o expediente do Governo Federal ou Estadual a certidão do registro, contendo a explicação dos caracteristicos da marca, transcripta da declaração exigida no art. 5, n. 1; e dentro do de sessenta, contados estes prazos da data do mesmo registro, do effectuará na Junta Commercial de Rio de Janeiro o deposito de um modelos, na forma do art. 4.

Art. 8. E' prohibido o registro de marca que contiver ou consistir em :

1º armas, brazões, medalhas ou distinctivos publicos ou officaes, nacionaes ou estrangeiros, quando para seu uso não tenha havido autorização competente;

2º nome commercial ou firma social de que legitimamente não possa usar o requerente;

3º indicação de localidade determinada ou estabelecimento que não seja da proveniencia do objecto, quer a esta indicação esteja junto um nome supposto ou albeio, quer não;

4º palavras, imagens ou representações que envolvam effensa individual ou ao decoro publico;

5º reprodução de outra marca já registrada para objecto da mesma especie;

6º imitação total ou parcial de marca já registrada para producto da mesma especie, que possa induzir em erro ou confusão o comprador. Considerar-se-ha verificada a possibilidade de erro ou confusão sempre que as differenças das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação.

Art. 9. No registro observa se-ha o seguinte :

1º a precedencia no dia e hora da apresentação da marca estabelece preferencia para o registro em favor do requerente; na simultaneidade desse acto relativamente a duas ou mais marcas identicas

ou semelhantes, será admittida a daquelle que a tiver usado ou possuido por mais tempo, e, na falta deste requisito, nenhuma será registrada sem que os interessados a modifiquem;

2º movendo-se duvida sobre o uso ou posse da marca, determinará a Junta ou Inspectoria que os interessados liquidem a questão perante o juizo commercial, procedendo ao registro na conformidade do julgado;

3º si as marcas identicas ou semelhantes, nos termos do art. 8, ns. 5 e 6, forem registradas em Juntas ou Inspectorias diversas, prevalecerá a de data anterior, e, no caso de simultaneidade de registro, qualquer dos interessados poderá recorrer ao mesmo juizo commercial, que decidirá qual deve ser mantida, tendo em vista o mais que está disposto no n. 1 deste artigo;

4º do despacho que negar o registro haverá aggravo no Districto Federal, para a Còrté de Appellação. nos Estados, para o tribunal judiciario de instancia superior :

I. Quem por ella se julgar prejudicado em marca registrada.

II. O interessado nos casos do art. 8, numeros 2 e 3.

III. O ofendido no caso do n. 4, primeira parte.

IV. O promotor publico nos ns. 1 e 4, ultima parte.

O prazo para interposição desses recursos será de cinco dias, a contar da publicação do despacho; si porém, a parte não residir no lugar em que ella se fizer, e não tiver ahi procurador especial, começará a correr trinta dias depois.

Art. 10. Nem a falta de interposição do recurso nem o seu indeferimento dirime o direito que a outrem assista, na fórmula do artigo antecedente, de propor acção :

1º para ser declarada a nullidade do registro feito contra e que determina o art. 8º;

2º para obrigar o concurrente que tenha direito a nome identico ou semelhante a modificá-lo por fórmula que seja impossivel erro ou confusão (art. 8, nº 6, parte final). Esta acção cabe sómente a quem provar posse anterior da marca ou nome para uso commercial ou industrial, embora não o tenha registrado, e prescreve, assim como a referente no art. 8, ns 2º 3º e 4º, primeira parte, si não forem intentadas até seis mezes depois do registro da marca.

Art. 11. O registro prevalecerá para todos os seus effeitos por quinze annos, findos os quas poderá ser renovado, e assim por diante.

Considerar-se-ha o registro sem vigor si dentro do prazo de tres annos, o dono da marca registrada não fizer uso della.

Art. 12. A marca sómente pôde ser transferida com o genero de industria ou de commercio para o qual tenha sido adoptada, fazendo-se no registro a competente annotação, á vista de documentos authenticos.

Igual annotação far-se-ha si, alteradas as firmas sociaes, subsistir marca. Em ambos os casos é necessaria a publicidade.

Art. 13. Será punido com as penas de prisão de seis mezes a um anno e multa a favor do Estado, de 500\$ a 5:000\$ aquelle, que :

1º usar de marca alheia legitima, em producto de falsa procedencia :

2º usar de marca alheia, falsificada no todo ou em parte ;

3º vender ou expuzer á venda objectos revestidos de marca alheia, não sendo taes objectos de proveniencia do dono da marca ;

4º vender ou expuzer á venda objectos revestidos da marca alheia, falsificada no todo ou em parte ;

5º reproduzir, sem ser com licença do dono ou do seu legitimo-representante, por qualquer meio, no todo ou em parte, marca de industria ou de commercio devidamente registrada e publicada ;

6º imitar marca de industria ou de commercio, de modo que possa illudir o consumidor ;

7º usar de marca assim imitada ;

8º vender ou expuzer á venda objectos revestidos de marca imitada ;

9º usar de nome ou firma commercial que lhe não pertença, faça ou não faça parte de marca registrada.

§ 1º Para que se dê a imitação a que se referem os ns. 6º a 9º deste artigo, não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando, sejam quaes forem as differenças, a possibilidade de erro ou confusão, na fórmula do art. 8, n. 6, parte final.

§ 2. Reputar-se-ha existente a usurpação de nome ou firma commercial de que tratam es ns. 5º e 6º, quer a reprodução seja integral, quer com acrescentamentos, omissões e alterações, contanto que haja a mesma possibilidade de erro ou confusão do consumidor.

Art. 14. Será punido com as penas de multa de 100\$ a 500\$ em favor do Estado o que

1º sem autorização competente, usar, em marca de industria ou de commrcio, de armae, brazões ou distinctiões publicos ou officiaes, nacionaes ou estrangeiros ;

2º usar de marca que offenda o decoro publico ;

3º usar de marca de industria ou de commercio que contiver indicação de localidade ou estabelecimento que não seja o da proveniencia da mercadoria ou producto, quer a esta indicação esteja junto um nome supposto ou alheio, quer não ;

4º vender ou expuzer a venda mercadoria ou pproducto revestido de marca nas condições dos ns. 1º e 2º deste artigo ;

5º vender ou expuzer á venda mercadoria ou producto nas condições do n. 3º.

Art. 15. Com as mesmas penas do artigo anterior será punido aquelle que usar da marca que contiver offensa pessoal, vender ou expuzer á venda objectos della revestidos.

Art. 16. A acção criminal contra os delictos previstos nos n. 1º, 2º e 4º do art. 14 será intentada pelo promotor publico da comarca

onde forem encontrados objectos revestidos das marcas de que alli se trata.

E' competente para promovela contra os dos ns. 3º e 5º qualquer industrial ou commerciante de genero similar que residir no logar da proveniencia, e o dono do estabelecimento falsamente indicado; e contra as dos arts. 14 e 15 o offendido ou o interessado.

Art. 17. A reincidencia punida com o dobro das penas estabelecidas nos arts. 13, 14 e 15, si não tiverem decorrido dez annos depois da anterior condemnação por algum dos delictos provistos nesta lei.

Art. 18. As referidas penas não isentam os delinquentes da satisfação do damno causado, que os prejudicados poderão pedir por acção competente.

Art. 19. As sentenças proferidas sobre os delictos de que trata esta lei serão publicadas na sua integra, pela parte vencedora, no mesmo jornal em que se der publicidade aos registros, sem o que não serão admittidas á execução.

Art. 20. O interessado poderá requerer :

1º busca ou vistoria para verificar a existencia de marcas falsificadas ou imitadas, ou de mercadorias que as conttenham;

2º apprehensão e destruição de marcas falsificadas ou imitadas nas officinas em que se preparam, ou onde quer que sejam encontradas, antes de utilizadas para fim criminoso;

3º destruição dos marcas falsificadas ou imitadas nos volumes ou objectos que as contiverem, antes de serem despachados nas repartições fiscaes, ainda que estragados fiquem os envolveros e as proprias mercadorias ou productos;

4º apprehensão e deposito de mercadorias ou productos revestidos de marca falsificada ou imitada ou que indique falsa proveniencia, nos termos do art. 8º n. 3.

§ 1. A apprehensão e o deposito so teem logar como preliminares de acção, ficando de nenhum effeito si não for intentada no prazo de trinta dias.

§ 2. Os objectos apprehendidos servirão para garantir a effectividade da multa e da indemnização da parte, para o que serão vendidos em hasta publica, no correr da acção, si facilmente se deteriorarem, ou na execução exceptuados es productos nocivos á saude publica, que serão destruidos.

Art. 21. A apprehensão dos productos falsificados com marca falsa ou verdadeira, usada dolosamente, será a base do processo.

Art. 22. A apprehensão será feita a requerimento da parte *ex-officio* :

a) A requerimento da parte, por qualquer autoridade policial, preitor ou juiz do Tribunal Civil e Criminal, no Districto Federal; e nos Estados, pelas autoridades competentes para a busca;

b) *Ex-officio*. pelas Alfandegas, no acto da conferencia; pelos fiscaes de impostos de consumo, sempre que encontrarem taes falsificações nos estabelecimentos que visitarem; por qualquer auto-

vidade, quando em quaesquer diligencias se reparar com falsificações.

Art. 23. Feita a apprehensão *ex-officio*, serão intimados os donos da marca ou seus representantes para procederem contra os responsáveis, assignando-se-lhes o prazo de 30 dias para isso, sob pena de ficar sem effeito a apprehensão.

Art. 24. A busca e apprehensão a requerimento da parte serão ordenados mediante termo de responsabilidade assignado perante a autoridade que ordenar a diligencia.

Paragrapho unico. Neste termo o autor tomará o compromisso de pagar as perdas e danos que causar com a busca, si o resultado for negativo e a parte contra quem foi requerida provar que o dito autor agiu com má fé.

Art. 25. Feita a apprehensão, serão arrecadados os livros encontrados no local assim como todos os machinismos e mais objectos que servirem, directa ou indirectamente, para a falsificação.

Art. 26. Para a concessão da fiança é competente a autoridade que effectuar a apprehensão.

Art. 27. No acto da apprehensão serão presas em flagrante as pessoas de que trata o art. 33 desta lei.

Art. 28. Feita a apprehensão, proceder-se-ha a corpo de delicto para verificar-se a infracção commettida.

Art. 29. Dentro de trinta dias da data da apprehensão será apresentada a queixa contra os responsáveis, acompanhada dos autos de apprehensão; corpo de delicto e prisão em flagrante, si esta tiver sido effectuada, rol de testemunhas e indicação de diligencias necessarias.

Paragrapho unico. No Districto Federal é competente para conhecer da acção o Tribunal Civil e Criminal, que observará o processo estabelecido no paragrapho unico do art. 101 do decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890. Nos Estados seguir-se-ha o processo determinado pela respectiva legislação, competindo sempre o julgamento em primeira instancia á justiça singular.

Art. 30. O fóro para as acções de que trata esta lei é o do domicilio do réo ou o do logar em que forem encontradas as mercadorias assignaladas por marca falsificada ou imitada, ou marca legitima, indebidamente usada.

Art. 31. A competencia de que trata o art. 12 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, é relativa ao art. 60 letra f da Constituição, no casos de convenção ou tratado de reciprocidade.

Art. 32. São solidariamente responsáveis pelas infracções dos arts. 13, 14 e 15 :

1º o dono da officina onde se prepararem marcas falsificadas ou imitadas;

2º a pessoa que as tiver sob sua guarda;

3º o vendedor das mesmas;

4º o dono ou morador da casa ou local onde estiverem depositados os productos, desde que não possam mencionar quem o seu dono;

5º aquelle que houver comprado a pessoa desconhecida ou não justificar a procedencia do artigo ou producto.

Art. 33. As disposições desta lei são applicaveis a brasileiros ou estrangeiros, cujos estabelecimentos estiverem fóra do territorio nacional, concorrendo as seguintes condições :

1ª que entre a União e a Nação em cujo territorio existam os referidos estabelecimentos haja convenção diplomatica assegurando reciprocidade de garantia para as marcas brasileiras;

2ª que as marcas tenham sido registradas na conformidade da legislação local ;

3ª que tenham sido depositados na Junta Commercial do Rio de Janeiro o respectivo modelo e a cêrtidão de registro;

4ª que a certidão e a explicação da marca tenham sido publicadas no *Diario Official*.

Parapho unico. Gozarão das garantias desta lei os estrangeiros que, em vez de depositarem certidão do registro feito em seu respectivo paiz, requererem directamente o registro de sua marca no Brazil.

Art. 34. Prevalece em favor das marcas registradas nos paizes estrangeiros que firmaram a convenção promulgada pelo decreto n. 9.233, de 28 de junho de 1884, ou a ella adheriram, concorrendo os requisitos do artigo antecedente, ns. 2º a 4º o disposto no art. 9º, n. 3, pelo prazo de quatro mezes, a contar do dia em que se effectuar o registro, segundo a legislação local.

Art. 35. A's marcas registradas com as leis anteriores são applicaveis as garantias nesta conferidas.

Art. 36. O Governo reverá o regulamento n. 9.828 de 1887 pondo de accordo com as disposições desta lei.

Art. 37. São modificados os arts. 353 a 355 do Codigo Penal, na conformidade do que dispõem os arts. 13, 14 e 15 desta lei.

Art. 38. Ficam revogadas as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, em 24 de setembro de 1904, 16º da Republica.

FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES.

Lauro Severiano Müller.

DECRETO N. 5.424 — de 10 de Janeiro de 1905

Approva o regulamento para execução da lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, sobre marcas de fabrica e de commercio.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil, usando da attribuição que-lhe confere o art. 48, n. 1, da Constituição Federal e da autorização do art. 36 do decreto n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, resolve approvar o regulamento que com este

baixa, assignado pelo Ministro da Industria, Viação e Obras Públicas, para fiel execução da lei referente a marcas de fabrica e de commercio.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 1905, 17º da Republica.

FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES.

Laura Severiano Müller

Regulamento a que se refere o decreto n. 5. 424, da presente data, para execução da lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, sobre marcas de fabrica e de commercio.

CAPITULO

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1. A effectividade das garantias estabelecidas na lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, em favor das marcas de industria (ou fabrica) e de commercio, depende do registro, deposito e publicidade das mesmas marcas (lei, art. 3º).

Art. 2. Effectuar-se-hão : o registro, na Junta ou Inspectoria Commercial da séde do estabelecimento; ou do principal, si mais de um da mesma especie pertencer a um só dono; o deposito, na Junta Commercial do Rio de Janeiro; e a publicidade, pela transcripção da certidão de registro no jornal que inserir o expediente official do Governo Federal ou Estadual, conforme a situação do estabelecimento, principal ou unico, fôr na capital da Republica e paiz estrangeiro, ou em qualquer Estado da União (lei, arts. 4º e 7º).

Art. 3. O registro prevalecerá para todos os seus effectos por quinze annos, findos o quaes poderá ser renovado. Considerar-se-ha, porém, sem vigor si, dentro do prazo de tres annos, o dono da marca não fizer uso della (lei, art. 11).

Art. 4. As garantias da citada lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, serão extensivas a brasileiros e a estrangeiros cujos estabelecimentos estejam fóra da Republica, desde que concorram as seguintes condições :

1ª, que entre a Republica e a nação em cujo territorio existam os referidos estabelecimentos haja convenção diplomatica assegurando reciprocidade de garantias para as marcas brasileiras;

2ª que as marcas registradas no estrangeiro e tenham sido na conformidade da legislação local;

3ª que tenham sido depositados na Junta Commercial do Rio de Janeiro o respectivo modelo e certidão do registro;

4ª que a certidão e explicação da mesma marca tenham sido publicadas no *Diario Official* (lei, art. 33).

° 1º Gosarão das garantias da mesma lei os estrangeiros que, em vez de depositarem certidão do registro feito em seu respectivo paiz, requererem directamente o registro de sua marca no Brazil (lei, art. 33, paragrapho unico).

§ 2º. Para tornar-se, porém, effectivo o registro assim requerido directamente, deverão os interessados apresentar certidão negativa do registro em seu respectivo paiz e documento que prove ahi explorarem estabelecimento commercial ou industrial.

Art. 5. Sob a denominação de marcas internacionas comprehendem-se todas aquellas que, em virtude das convenções internacionas approvadas e mandadas observar e cumprir pelos decretos ns. 9.233, de 28 de junho de 1884, 2.380, de 20 de novembro de 1896, 2.747, de 17 de dezembro de 1897, 4.858, de 3 de junho de 1903, e 5.114 de 12 de janeiro de 1904, tiverem sido depositadas na Repartição Internacional da Propriedade Industrial de Berna, e forem devidamente archivadas na Junta Commercial do Rio de Janeiro.

Art. 6. Estas marcas, uma vez cumpridas as determinações expressas nas ditas convenções internacionas e satisfeitos os requisitos e formalidades da legislação brasileira, equiparam-se para todos os efeitos ás que são originariamente registradas no Brazil.

Art. 7. Os cidadãos ou subditos dos paizes que formam a União para protecção da propriedade industrial gosarão no Brazil, relativamente a marcas de fabrica e de commercio a ao nome commercial, das mesmas vantagens e garantias que a lei brasileira faculta aos nacionaes. O dos paizes, porém, que não façam parte da mesma União só terão os direitos porventura consagrados em outros tratados ou convenções internacionas especiaes, observando-se, em todo caso, com o necessario rigor, o principio da reciprocidade.

Art. 8. Os estrangeiros residentes e estabelecidos no Brazil são equiparados aos nacionaes em tudo quanto disser respeito ás garantias asseguradas pela lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, em favor das marcas de fabrica e de commercio e ao nome commercial.

Art. 9. Em favor das marcas registradas em paizes estrangeiros que firmaram as convenções acima referidas ou a ellas adherirem prevalece o disposto no art. 9º, n. 3 da lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, pelo prazo de quatro mezes contados do dia em que se effectuar o registro segundo a legislação local, desde que concorram os requisitos indicados nos ns. 2, 3 e 4 do art. 4º deste regulamento (lei, art. 34).

Art. 10. Para execução do que preceituam os art. 4º e 9º fará o Governo constar ás Juntas e Inspectorias Commerciaes quaes as nações que tenham celebrado com a Republica convenções diplomaticas assegurando reciprocidade de garantias para marcas brasileiras, bem como as que firmaram ou adherirem ás convenções citadas acima.

Art. 11. Entende-se por indicação da proveniencia dos productos a designação do nome geographico que corresponde ao lugar da

fabricação, elaboração ou extracção dos mesmos productos. O nome do lugar da producção pertence cumulativamente a todos os productores nelle estabelecidos.

Art. 12. Ninguém tem o direito de utilizar-se do nome de um lugar de fabricação para designar producto natural ou artificial fabricado ou proveniente de lugar diverso.

Art. 13. Não haverá falsidade de indicação de proveniencia quando se tratar de denominação de um producto por meio de nome geographico que, tendo-se tornado generico, designar em linguagem commercial a natureza ou genero do producto. Esta excepção não é applicavel aos productos vinícolas.

Art. 14. Os productos revestidos ou assignalados por falsa indicação de proveniencia poderão ser apprehendidos á requisição do Ministerio Publico ou a requerimento da parte interessada.

Art. 15. Effectuada a apprehensão, em qualquer dos dous casos indicados no artigo antecedente, seguir-se-ha o processo estabelecido no presente regulamento para os outros casos de apprehensão.

Art. 16. E' permitido aos syndicatos ou collectividades industriaes ou mercantis o uso de marcas que assignalem e distingam os productos de sua fabricação ou commercio, desde que para esse effeito se sujeitem ás prescripções e formalidades estabelecidas na vigente legislação.

Art. 17. A marca de industria ou de commercio sómente pôde ser transferida com o género de industria e de commercio para o qual tenha sido adoptada, fazendo-se no registro a competente annotação, á vista de documento authenticico. Igual annotação, far-se-ha si, alteradas as firmas sociaes, subsistir a marca. Em ambos os casos o necessaria a publicidade, nos termos do art. 2º lei, art. 12).

§ 1º E' indispensavel para a transferencia da marca a prova do deposito complementario do seu registro, fazendo-se no dito deposito a necessaria annotação.

§ 2º A publicidade consistirá na transcripção integral da certidão do registro com a annotação da transferencia.

Art. 18. São applicaveis ás marcas registradas, de accordo com as leis anteriores, as garantias conferidas na lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904 (lei, art. 35).

CAPITULO II

DAS MARCAS DE INDUSTRIA E DE COMMERCIO, SEU REGISTRO, DEPOSITO E PUBLICIDADE; DOS RECURSOS; E DAS ACÇÕES, SEU PROCESSO E PRESCRIPÇÃO.

Art. 19. Será admittido a registro como marca de industria e de commercio tudo aquillo que a lei não prohiba e faça differenciar o objecto de outros identicos ou semelhantes de proveniencia di-

versa, ainda mesmo qualquer nome, denominação necessária ou vulgar, firma ou razão social, letra ou cifra, contanto que revistam fôrma distinctiva.

§ 1º A enumeração feita neste artigo é puramente enunciativa ou exemplificativa e não taxativa, podendo a marca de industria e de commercio ser constituída por todo e qualquer signal ou meio material capaz de differençar os objectos de outros identicos ou semelhantes de proveniencia diversa, observada a limitação do art. 21 do presente regulamento.

§ 2º O tamanho e as côres, por si só, não podem consittituir marca de fabrica e de commercio.

§ 3º As marcas podem ser usadas tanto nos artigos directamente como sobre os recipientes ou envolucros dos ditos artigos.

§ 4º Os envolucros ou recipientes para serem considerados elemento constitutivo da marca devem ter uma fôrma typica ou caracteris que os distinga dos que a industria e o commercio teem commumente adoptado par revestir ou conter productos e mercadorias e que não podem ser registrados como propriedade exclusiva por pertencerem ao dominio publico (lei, art. 2º).

Art. 20. Si da marca cujo registro fôr solicitado fizer parte integrante algum *fac-simile*, desenho, representação ou indicação de medalhas, premios ou diplomas obtidos em exposições industriaes, deverão os interessados exhibir provas de que effectivamente obtiveram taes recompensas, apresentando os originaes dos titulos ou certidões authenticadas, que lhes serão restituídos depois de feito o registro.

Art. 21. Não podem ser admittidas a registro as marcas que contiverem ou consistirem em :

1º armas, brazões ou distinctivos publicos ou officiaes, nacionaes ou estrangeiros, quando para seu uso não tenha havido autorização competente ;

2º nome commercial ou firma social de que legitimamente não possa usar o requerente ;

3º indicação de localidade determinada ou estabelecimento que não seja o da proveniencia do objecto, quer a esta indicação esteja junto um nome supposto ou alheo, quer não ;

4º palavras, imagens ou representações que envolvam offensa individual ou ao decoro publico ;

5º reprodução de outra marca já registrada para objecto da mesma especie ;

6º imitação total ou parcial de marca já registrada para producto da mesma especie que pos a induzir em erro ou confusão comprador, considerando-se verificada a possibilidade do erro ou confusão sempre que as differenças das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação (lei, arts. 2º e 8º).

§ 1. Na autorização a que se refere o n. 1 deste artigo não se comprehendem as armas nacionaes, que não podem fazer parte de marca por ser o seu uso privativo de repartições e estabelecimentos

da Republica (Aviso do Ministerio da Justiça e Negocios Interiores, de 19 de março de 1894).

§ 2º Nas marcas não são admissiveis medalhas de phantasia que possam confundir-se com as concedidas em exposições industriaes.

§ 3º E' tambem prohibido o registro de marcas.

1º de preparados pharmaceuticos sem a declaração do nome do fabricante, do producto e do logar da procedencia (decreto n. 452, de 30 de novembro de 1897, art. 1º, letra b);

2º de productos fabris nacionaes em lingua estrangeira, sem os nomes do fabricante, da fabrica e da localidade desta, ou a declaração — Industria Nacional — em caracteres bem visiveis, não bastando, comtudo, esta ultima indicação quando as marcas se destinarem á assignalação de generos ou substancias alimentares (citado decreto n. 452, art. 1º, letra e, e § 2º).

Art. 22. Para effectuar-se o registro é necessario petição do interessado o seu procurador especial, acompanhada de tres exemplares da marca, contendo :

1º a descripção do que constitua a marca, com todas as suas explicações e caracteristicos;

2º a representação, por meio de desenho, gravura, impressão ou processo analogo, do que constitua a marca com todos os seus accessorios, inclusive a tinta ou tintas com que deve ser usada;

3º declaração de genero de industria ou de commercio a que se destina, bem como da profissão de requerente e seu domicilio;

4º na descripção do que constitue a marca, ao interessado ou ao seu procurador é permittido declarar que a mesma marca pôde variar em suas dimensões typos, côres ou disposição de côres.

§ 1º Tanto a petição como os exemplares da marca devem ser feitos em papel consistente, com as dimensões de 33 centimetros de comprimento e 22 de largura, com margem para encadernação, sem dobras nem juncturas, sellados, cada um, datados assignados (lei, art. 5º).

§ 2º Estas disposições são applicaveis ás marcas estrangeiras de que trata o art. 4º do presente regulamento.

Art. 23. O secretario da Junta Commercial ou, nas Inspectorias, o empregado que o chefe designar, logo que lhe seja apresentada qualquer petição para registro, certificará em cada um dos modelos o dia e a hora da apresentação, dando recibo á parte, si esta o exigir, e, informada a petição, submettel-a-ha a despacho (lei, art. 6º).

Art. 24. Ordenado o registro, o secretario da Junta ou o empregado da Inspectoria Commercial certificar-o-ha em cada um dos exemplares da marca e fará archivar com um delles a petição, pondo-lhe o numero de ordem, que notará nos demais exemplares entregues á parte (lei, art. 6º).

Art. 25. Dentro de 30 dias contados da data do registro, publicará o interessado, no jornal que inserir o expediente official do Governo Federal ou Estadual, a certidão do mesmo registro e a expli

ção dos característicos da marca, transcriptas integralmente, uma e outra, da descrição exigida no art. 22, n. 1, do presente regulamento (lei, art. 5º, n. 1), e, dentro de 60 dias contados da mesma data, depositará, na Junta Commercial do Rio de Janeiro, um dos modelos, na fôrma do art. 4º da lei, e um exemplar da folha official em que houver sido feita a publicação determinada na primeira parte deste artigo.

§ 1º Na publicação poderá a parte, querendo, incluir o desenho ou representação da marca (lei, arts. 2º, 4º, 5º e 7º).

§ 2º Uma vez feitos o registro da marca em qualquer Estado, de accordo com o que preceitua este artigo, e o subsequente deposito, deverá a certidão deste ser publicada ne *Diario Official* da União.

§ 3º Si forem excedidos os prazos fixados neste artigo, não poderá ser feito o deposito da marca, salvo em todo caso ao respectivo dono o direito de renovar o registro.

§ 4º Incorro igualmente em privação de deposito a marca que tiver sido registrada sem os requisitos do art. 22 do presente regulamento.

Art. 26. Estes documentos serão encadernados no fim de todos os annos, juntando-se ao volume um indice que mencionará por ordem alphabetica a natureza dos productos a que as semarcas se destinarem, e em seguida o nome de proprietario, o numero de ordem do archivo e o lugar do registro.

Art. 27. Os documentos relativos aos registros feitos em paizes estrangeiros serão encadernados em outro volume, juntando-se-lhe o competente indice.

Art. 28. Os indices correspondentes ao anno findo serão publicados no *Diario Official*, no mez de julho seguinte.

A Junta Commercial do Rio de Janeiro, verificando estar correcta a publicação, que fará emendar sendo preciso, communicar-o-ha ao Governo para os fins determinados nas convenções internacionaes.

Art. 29. As Juntas e Inspectorias Commerciaes facultarão, a quem sollicitar-o, o exame, dentro da Repartição e sob a necessaria vigilancia, dos documentos archivados ou depositados sobre marcas de industria e de commercio.

Art. 30. No registro observar-se-ha o seguinte :

1º a precedencia no dia e hora da apresentação da marca estabelece preferencia para o registro em favor do respectivo requerente; na simultaneidade desse acto, relativamente a duas ou mais marcas identicas ou semelhantes, será admittida a daquelle que, dentro de oito dias, provar, a juizo da Junta ou Inspectoria Commercial, tel-a usado ou possuido por mais tempo; na falta deste requisito ou da respectiva prova nenhuma será registrada sem que os interessados a modifiquem de modo a evitar erro ou confusão (lei, art. 9º, n. 1, combinado com o art. 8, n. 6);

2º movendo-se duvida sobre o uso ou posse da marca, determinarà a Junta ou Inspectoria que os interessados liquidem a questão

perante o juizo commercial, procedendo afinal ao registro na conformidade do julgado (lei, art. 9º, n. 2);

3º marcas identicas ou semelhantes, nos termos do art. 21, ns. 5 e 6 (lei, art. 8º, ns. 5 e 6), forem, registradas em Juntas ou Inspectorias diversas, prevalecerá a de data anterior, e, no caso de simultaneidade de registro, qualquer dos interessados poderá recorrer aa juizo competente, que decidirá qual deve ser mantida, tendo em vista o que se acha dispoto no n. 1 deste artigo (lei, art. 9º).

Art. 31. Do despacho que admittir ou negar registro de marca de industria e de commercio, poderá interpôr agravo, no Districto Federal, para o Côrte de Appellação, e, nos Estados, para o tribunal judiciario da 2ª instancia :

1º quem por elle julgar-se prejudicado em marca registrada ;

2º o interessado nos casos do art. 21, ns. 2, 3 e 5 ;

3º o offendido nos casos do art. 21, n. 4 primeira parte ;

4º o promotor publico nos casos do mesmo artigo, n. 1 e n. 4, segunda parte ;

5º quem houver requerido o registro (lei, art. 9º).

Paragrapho unico. O agravo, no caso do n. 2 deste artigo, cabe, ainda que o dono do nome commercial ou firma ou razão social não os tenha registrado, não seja integral a reproducção e haja accrescentamentor, omissões ou alterações, desde que se verifique possibilidade de erro ou confusão (lei, art. 9º combinado com os arts. 10 e 13, n. 9 § 2º).

Art. 32. O prazo para a interposição do agravo será de cinco dias contados da data da publicação do despacho ; si, porém, a parte não residir no lugar em que ella se fizer e não tiver ahi procuradores pecial, começará a correr 30 dias depois (lei, art. 9º).

Art. 33. Nem a falta de interposição do agravo, nem o seu indeferimento ou não provimento dirime o direito que a outrem assista, na fôrma do art. 31, de propôr acção :

1º para ser declarada a nullidade do registro feito contra o que determina o art. 21 ;

2º para obrigar o concorrente que tenha nome identico ou semelhante a modificá-lo por fôrma que seja impossivel erro ou confusão (art. 8º, n. 6, parte final).

Esta acção cabe sómente a quem provar posse anterior da marca, ou nome commercial ou industrial, embora não a tenha registrado, e prescreve assim como o referente ao art. 21, ns. 2, 3 e 4, primeira parte (lei, art. 8º, ns. 2, 3 e 4), si não forem intentados até seis mezes depois do registro da marca (lei, art. 10).

Art. 34. A Junta Commercial justificará o despacho dentro de 48 horas contadas da primeira sessão que seguir-se á apresentacão da minnuta de agravo, si não lhe der provimento. As inspectorias Commerciaes fal-o-hão dentro de 48 horas, contadas da apresentacão da minuta, si igualmente lhe não derem provimento.

Art. 35. São competentes para tomar os termos de agravo para os tribunaes judicarios da 2ª instancia o empregado, nas Juntas

Commerciaes, que tiver servido de escrivão no feito, e nas Inspectorias, o que for designado pelo chefe.

A remessa dos autos para a superior instancia incumbe, nas inspectorias, ao mesmo empregado, e, nas Juntas, ao secretario.

Art. 36. Além do agravo, poderão intentar acção de nullidade do registro as pessoas mencionadas no art. 31 e nos casos respectivamente ahi previstos (lei, art. 10).

Art. 37. Ao dono de nome commercial ou firma social compete acção contra o concorrente, na mesma especie de industria ou de commercio, que tenha direito a nome ou firma identicos ou semelhantes, para obrigar-o a modificá-los de modo que não possa haver erro ou confusão, provada a posse anterior para uso commercial ou industrial.

Parapho unico. Esta acção tem logar, ainda que o autor não tenha registrado o nome ou firma, e não haja reproducção integral, mas com accrescentamentos, omissões ou alterações, comtanto que se dê possibilidade de erro ou confusão (lei, art. 10 combinado com o art. 13 e com a lei n. 916, de 24 de outubro de 1890, art. 10, § 3°).

Art. 38. As acções referentes aos factos previstos no art. 21, ns. 5 e 6, deste regulamento não podem ser intentadas sem exhibição de certidão de registro e de sua publicação, salvo, quanto a esta, versando sobre factos occorridos dentro do prazo concedido para inserção do documento na folha official.

Art. 39. Fica salvo ao prejudicado pela apropriação da marca de que anteriormente usasse, sem fazel-a registrar, o direito de pedir, por meio de acção ordinaria, indemnização do damno que houver soffrido, além do de pedir, dentro dos prazos legaes, a nullidade do registro, por meio de acção summaria.

CAPITULO III

DE OUTRAS GARANTIAS DA MARCA REGISTRADA E DA SANCCÃO PENAL

Art. 40. Será punido com as penas de prisão de seis mezes a um anno e multa, a favor do Estado, de 500\$ a 5:000\$, aquelle que :

1° usar de marca alheia legitima, em producto de falsa proveniencia ;

2° usar de marca alheia, falsificada no todo ou em parte ;

3° vender ou expuzer á venda objectos revestidos de marca alheia, não sendo taes objectos de proveniencia do dono da marca ;

4° vender ou expuzer á venda objectos revestidos de marca alheia, falsificada no todo ou em parte ;

5° reproduzir, sem ser com licença do dono ou do seu legitimo representante, por qualquer meio, no todo ou em parte, marca de industria ou de commercio devidamente registrada e publicada ;

6º imitar marca de industria ou de commercio, de modo que possa illudir o consumidor;

7º usar de marca assim imitada;

8º vender ou expuzer á venda objectos revestidos de marca imitada;

9º usar de nome ou firma commercial que lhe não pertença, faça ou não faça parte de marca registrada.

§ 1º Para que se dê a imitação a que se referem os ns. 6 a 9 deste artigo, não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando, sejam quaes forem as diferenças, a possibilidade de erro ou confusão, na fôrma do art. 8º, n. 6, parte final.

§ 2º Reputar-se-ha existente a usurpação de nome ou firma commercial de que tratam os ns. 5 e 6, quer a reproducção seja integral, quer com accrescentamentos, omissões e alterações, com tanto que haja a mesma possibilidade de erro ou confusão do consumidor (lei, arts. 13 e 37).

Art. 41. Será punido com as penas de multa de 100\$ a 500\$, em favor do Estado, o que :

1º sem autorização competente, usar em marca de industria ou de commercio, de armas, brazões ou distinctivos publicos ou officiaes, nacionaes ou estrangeiros;

2º usar de marca que offenda o decoro publico;

3º usar de marca de industria ou de commercio que contiver indicação de localidade ou estabelecimento que não seja o da proveniencia da mercadoria ou producto, quer a esta indicação esteja junto um nome supposto ou alheio, quer não;

4º vender ou expuzer á venda mercadoria ou producto revestido de marca nas condições dos ns. 1 e 2 deste artigo;

5º vender ou expuzer á venda mercadoria ou producto nas condições do n. 3 (lei, art. 14 e 37).

Art. 42. Com as mesmas penas do artigo anterior será punido aquelle que usar de marca que contiver offensa pessoal, vender ou expuzer á venda objectos della revestidos (lei, arts. 15 e 37).

Art. 43. A acção criminal contra os delictos previstos nos ns. 1, 2 e 4 do art. 41 será intentada pelo promotor publico da comarca onde forem encontrados objectos revestidos das marcas de que alli se trata.

E' competente para promovê-la contra os dos ns. 3 e 5 do mesmo artigo qualquer industrial ou commerciante de genero similar que residir no logar da proveniencia, e o dono do estabelecimento falsamente indicado; e contra os dos arts. 42 e 43 o offendido ou interessado (lei, art. 16);

Art. 44. A reincidencia será punida com o dobro das penas estabelecidas nos arts. 40, 41 e 42, si não tiverem decorrido dez annos depois da anterior condemnação por algum dos delictos previstos nesta lei, art. 17).

Art. 45. As referidas penas não isentam os deliquentes da satis

fação do damno causado, que os prejudicados poderão pedir por acção competente (lei, art. 18).

Art. 46. As sentenças proferidas sobre os delictos de que trata esta lei serão publicadas na sua integra, pela parte vencedora, no mesmo jornal em que se der publicidade aos registros, sem o que não serão admittidas á execução (lei, art. 19).

Art. 47. O interessado poderá requerer :

1º busca ou vistoria para verificar a existencia de marcas falsificadas ou imitadas, ou de mercadorias e productos que as contenham ;

2º apprehensão e destruição de marcas falsificadas ou imitadas nas officinas em que se preparam, onde quer que sejam encontradas, antes de utilizadas para o fim criminoso ;

3º destruição das marcas falsificadas ou imitadas nos volumes ou objectos que as contiverem, antes de serem despachados nas repartições fiscaes, ainda que estragados fiquem os envolucros e as proprias mercadorias ou productos ;

4º apprehensão e deposito de mercadorias ou productos revestidos de marca falsificada ou imitada ou que indique falsa proveniencia, nos termos do art. 21, n. 3.

§ 1º A apprehensão e o deposito só teem logar como preliminares de acção ou no correr della, ficando de nenhum effeito si não for intentada ou proseguida a mesma acção no prazo de 30 dias.

§ 2º Os objectos apprehendidos servirão para garantir a effectividade da multa e da indemnização da parte, para o que serão vendidos em hasta publica, no correr da acção, si facilmente se detriorarem, ou na execução, exceptuados os productos nocivos á saude publica, que serão destruidos (lei, art. 20).

Art. 48. A apprehensão dos productos falsificados com marca falsa ou verdadeira, usada dolosamente, será a base do processo (lei, art. 21).

Art. 49. A apprehensão será feita a requerimento da parte ou *ex-officio* :

a) a requerimento da parte, por qualquer autoridade policial, pretor ou juiz do Tribunal Civil e Criminal, no Districto Federal; e nos Estados, pelas autoridades competentes para a busca ;

b) *ex-officio* : pelas alfandegas, no acto da conferencia ; pelos fiscaes de impostos de consumo, sempre que encontrarem taes falsificações nos estabelecimentos que visitarem ; por qualquer autoridade, quando em quasquer diligencias, deparar com falsificações (lei, art. 22).

Art. 50. As diligencias do art. 47, ns. 1, 2, 3 e 4, serão ordenadas pelo juiz competente ou por elle requisitadas aos chefes das repartições ou estabelecimentos publicos onde existam os productos ou mercadorias a ellas sujeitos, sempre que a parte as requerer, exhibindo certidão do registro da marca e guardadas, nos casos de busca e apprehensão, as disposições da lei n. 1.236, de 24 de se-

tembro de 1904, e do presente regulamento (art. 53 e parágrafo unico).

§ 1.º Sempre que tiver de ser effectuada alguma busca e apprehensão, nos diversos casos a que se refere o presente regulamento, o juiz ou autoridade que a ordenar nomeará dous peritos de sua confiança para verificar si effectivamente os objectos ou mercadorias estão revestidos ou assignalados por marcas falsificadas, imitadas ou indebitamente usadas.

§ 2.º Os objectos apprehendidos serão recolhidos ao deposito publico, precedendo, nas repartições fiscaes, o pagamento, por parte de quem houver requerido a diligencia, de todos os impostos e direitos devidos á Fazenda Nacional.

Art. 51. E' desnecessaria a exhibição de certidão do registro, sempre que se tratar de marcas, mercadorias ou productos nas condições do art. 21, ns. 1, 2, 3 e 4, aos quaes todos são applicaveis as garantias expressas no presente regulamento.

Art. 52. Feita a apprehensão *ex-officio*, nos termos do art. 49, letra b, serão intimados, por editaes, os donos da marca ou seus representantes para procederem contra os responsaveis, assignando-se-lhes para isso o prazo de 30 dias, sob pena de ficar sem effeito a apprehensão.

§ 1.º Ficará igualmente sem effeito a apprehensão si, até 30 dias depois de realizada, não houverem sido feitas a intimação e a assignação do prazo acima estabelecido.

§ 2.º Essa intimação e a assignação desse prazo serão feitas a requerimento do promotor publico competente.

§ 3.º Si os donos das marcas residirem fóra da Republica e não tiverem no Brazil representantes com plenos poderes, inclusive o de recibimento de primeiras citações, o prazo será de 90 dias.

§ 4.º Perempta a apprehensão, por falta de intimação e assignação do prazo ou pelo não comparecimento do dono da marca, subsistirá em todo caso o direito deste a requerer nova apprehensão e a propor as acções que no caso couberem (lei, art. 23.).

Art. 53. A busca e apprehensão a requerimento da parte serão ordenadas mediante termo de responsabilidade assignado perante a autoridade que ordenar a diligencia.

Paragpho unico. Nesse termo o autor tomará o compromisso de pagar as perdas e damnos que causar com a busca, si o resultado for negativo e a parte contra quem foi requerida provar que o dito autor agiu com má fé (lei, art. 24).

Art. 54. Feita a apprehensão serão arrecadados os livros encontrados no local, assim como todos os machanismos e mais objectos que servirem, directa ou indirectamente, para a falsificação (lei, art. 25).

Art. 55. Para a concessão da fiança é competente a autoridade que effectuar a apprehensão (lei, art. 26).

(Art. 56. No acto da apprehensão serão presas em flagrante as

peçoas de que trata o art. 40 do presente regulamento (lei, arts. 13 e 37).

Art. 57. Feita a apprehensão, proceder-se-ha ao corpo de delicto para verificar-se a infracção commettida (lei, art. 28).

Art. 58. Dentro de 30 dias da data da apprehensão, salvo os casos previstos no art. 52 e seus paragraphos, será apresentada a queixa contra os responsaveis, acompanhada dos autos de apprehensão, corpo de delicto e prisão em flagrante, si esta tiver sido effectuada, rol de testemunhas e indicação das diligencias necessarias.

Art. 59. O fôro competente para as acções civis e criminaes de que trata o presente o regulamento é o domicilio do réo, ou do logar em que forem encontradas as mercadorias revestidas ou assinaladas por marca falsificada, imitada ou indebitamente usada (lei, art. 30).

Art. 60. Nas acções civis, a jurisdicção será sempre a commercial.

Art. 61. Nos Estados, seguir-se-ha o processo determinado pela respectiva legislação, competindo sempre o julgamento, em 1ª instancia, á justiça singular. No Districto Federal, é competente o Tribunal Civil e Criminal que, nas acções criminaes, observará o processo estabelecido no paragrapho unico do art. 100 da lei n. 1030, de 14 de novembro de 1890, no que lhes fôr applicavel (lei, art. 29; decreto n. 5.618, de 1874, arts. 97 a 109), e, nas civis, o estabelecido nos arts. 236 e seguintes do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, não incluídas, porém, as de indemnização pelo damno causado, que serão processadas pelos meios ordinarios.

Art. 62. A competencia de que trata o art. 12 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, é relativa ao art. 60, letra *f*, da Constituição, quando as acções se fundarem em convenção ou tratado de reciprocidade (lei, art. 31).

Art. 63. São solidariamente responsaveis pelas infracções dos arts. 40, 41 e 42 :

1º o dono da officina onde se prepararem marcas falsificadas ou imitadas;

2º a pessoa que as tiver sob sua guarda;

3º o vendedor das mesmas;

4º o dono ou morador da casa ou local onde estiverem depositados os productos, desde que não possam mencionar quem o seu dono;

5º aquelle que houver comprado a pessoa desconhecida ou não justificar a procedencia do artigo ou producto (lei, art. 32).

Art. 64. As causas pendentes sobre marca de fabrica e de commercio e nome commercial, tanto em primeira como em segunda instancias, serão julgadas pelos juizos e tribunaes a que já tinham sido affectas, não obstando a isso os principios de competencia estabelecidos na lei ora regulamentada.

Art. 65. Ficam revogados o regulamento n. 9.828, de 31 de dezembro de 1887, e demais disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 1905. — *Lauro Severiano Müller.*

DECRETO N. 1.631 — de 3 de janeiro de 1907.

Autoriza o Presidente da Republica a reformar o serviço policial do Districto Federal.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil :

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte :

Art. 1.º A policia do Districto Federal, que será administrativa e judiciaria, fica sob a superintendencia geral do Ministro da Justiça e Negocios Interiores e sob a direcção de um chefe de policia.

§ 1.º As actuaes circumscripções policiaes, mantidas sob a denominação de districtos policiaes, serão divididas em entrancias, sendo oito de primeira, dez de segunda e dez de terceira, conforme a classificação que será feita em regulamento.

§ 2.º Os órgãos auxiliares da administração policial serão os seguintes : (Segue-se a enumeração dos cargos policiaes, secretaria e respectivos funcionarios, commissarios e agentes do segurança, etc.)

.....

§ 5. Ha incompatibilidade absoluta entre os cargos de policia e os de magistratura. Entender-se-ha que renuncia o seu cargo o magistrado que aceitar qualquer função policial.

Art. 3º. Ficam mantidas as attribuições conferidas pelas leis vigentes ás autoridades, funcionarios e demais auxiliares de policia, no que não seja revogado ou modificado por esta lei.

a) aos commissarios subordinados ao delegado, perante o qual servirem, caberão as attribuições dos extinctos inspectores seccionaes, com exercicio em todo o districto policial, e outras que, a bem do serviço, forem definidas em regulamento ;

b) aos delegados de districto, incumbirá o julgamento de corpos de delicto, cujos autos serão lavrados immediatamente após o exame pericial ;

c) ao director do gabinete de identificação estatistica compete especialmente a redacção do *Boletim Policial*, de publicação mensal e distribuição gratuita pelas autoridades e respectivos auxiliares.

§ 1.º O chefe de policia poderá incumbir a um ou mais delegados de districto de qualquer comissão ou diligencia policial em outros districtos, ficando neste caso prorogada a jurisdicção.

§ 2º. As autoridades policiaes e aos funcionarios da secretaria é vedado o exercicio de qualquer outro cargo ou emprego, officio ou função, inclusive a de procurador judicial no civil e crime, sob pena de perda immediata do cargo que occupar.

Art. 4. Aos delegados, commissarios, inspectores e agentes de

segurança que, em diligencia, soffrerem lesão que determine impedimento do serviço activo, será fornecido o necessario tratamento medico e cirurgico, além da concessão de licença, na fórma das leis vigentes; no caso de fallecimento, os funeraes serão feitos por conta da policia, abonando-se á familia do morto auxilio correspondente a um mez de vencimentos.

Art. 5.º O Governo poderá aposentar, com os vencimentos das tabellas annexas, os funcionarios vitalicios, concedendo-lhes vencimentos integraes, si contarem mais de 30 annos de serviço, vencimentos proporcionaes, si contarem menos tempo.

Os escrivães de policia, para o effeito da aposentaria, contarão o tempo que tenham servido em outros empregos de policia.

Art. 6.º O funcionario de policia exonerado em consequencia, de processo criminal pelo chefe de policia, no poderá ser readmitido em cargo policia.

Art. 7.º A internação do mendigos nos hospicios e asylos será administrativamente autorizada pelo chefe de policia ou prefeito municipal.

Art. 8.º Os vencimentos do pessoal da policia são os da tabella annexa, continuando em vigor as tabellas anteriores, na parte não contemplada naquella.

Parapho unico. Todas as custas e emolumentos em processos e actos dependentes dos funcionarios remunerados da policia serão arrecadadas em sello federal, como renda da União, pelo modo determinado no regulamento, incorrendo em responsabilidade criminal (Codigo Penal, art. 214), a autoridade, funcionario ou auxiliar que receber qualquer quantia, sob qualquer pretexto.

Art. 9.º Continuam em vigor as leis e decretos relativos á organização policial não revogados explicita ou virtualmente por esta lei, podendo o Governo modificar os actuaes regulamentos da policia e tambem o de vehiculos, casas de penhores, theatros e casas de diversões, hotéis e estabelecimentos congeneres, bem como fazer consolidar todas as disposições referentes ao serviço da policia, quer administrativa, quer judiciaria do Districto Federal.

Art. 10. A policia organizará de modo especial a repressão do alcoolismo, observando, além das disposições vigentes, as seguintes:

1.ª sempre que todas as casas commerciaes de um quarteirão onde haja commercio de bebidas alcoolicas, estejam fechadas, tambem a policia fará com que ahi cesse inteiramente o referido commercio, punindo os infractores com a multa inicial de 100\$, a primeira vez, e do dobro da ultima cobrada, em cada reincidencia entendendo-se que, para essa fiscalização especial, qualquer autoridade tem jurisdicção em todo o Districto Federal;

2.ª sempre que em uma casa de bebidas alcoolicas se faça a prova de que alguma foi entregue a qualquer menor, ou para beber, ou para levar a terceiras pessoas, quer ausentes, quer presentes, o

o dono incorrerá nas multas de que falla o paragrapho anterior, cobradas de accordo com o que ahi está disposto.

Art. 11. Fica o Presidente da Republica autorizado a abrir os necessarios creditos para a execução desta lei.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1907.

AFFONSO AUGUSTO MOREIRA PENNA.

Augusto Tavares de Lyra.

DECRETO n. 2110 — de 30 de Setembro de 1909.

Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos e dá outras providencias.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil :

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução :

Art. 1.º O funcionario publico que subtrahir, distrahir ou consentir que outrem subtraia ou distraia dinheiros, documentos, titulos de credito, effeitos, generos e quaesquer outros bens moveis publicos ou particulares, dos quaes tenha a guarda, o deposito, a arrecadação ou administração em razão de seu cargo, seja este remunerado ou gratuito, permanente ou temporario, será punido :

a) Si o prejuizo fôr inferior a 10:000\$, com dois a seis annos de prisão cellular, perda do emprego, com inhabilitação para exercer qualquer função publica por oito a 16 annos e multa de 10 0/0 sobre o damno;

b) Si o prejuizo fôr superior a 10:000\$, com quatro a 12 annos de prisão cellular, perda do emprego com inhabilitação para exercer qualquer função publica por 12 a 20 annos e multa de 15 0/0 sobre o damno.

Paragrapho unico. Quando o prejuizo causado versar sobre objecto de valor não conhecido ou instavel, o juiz formador da culpa mandará proceder á avaliação, de conformidade com o disposto no art. 405 do Codigo Penal.

Art. 2.º Si antes do julgamento fôr integralmente resarcido o prejuizo, mediante restituição ou pagamento da cousa subtrahida ou distrahida :

Penas — perda do emprego com inhabilitação para exercer qualquer função publica por cinco a 15 annos.

Art. 3.º Na hypothese do artigo anterior o criminoso poderá ser julgado á revelia, preecedendo, comtudo, intimação, na fôrma da legislação vigente.

Art. 4.º Quando os factos criminosos, previstos no art. 1.º desta lei, forem commettidos por funcionario publico que não tenha a guarda, o deposito, a arrecadação ou a administração da cousa subtrahida ou distrahida, mas pertença á repartição em que ella se achava, ou disponha, em razão de seu cargo, de facilidade de ingresso na mesma repartição :

Penas — as do art. 1.º, reduzido de uma sexta parte o tempo de prisão.

Art. 5.º Nas penas do art. 1.º incorrerá ainda o funcionario publico que, no seu interesse ou no de outrem, concorrem com acto

do officio ou emprego para que sejam subtraídos ou distraídos documentos, effectos, valores e quaesquer outros bens moveis pertencentes á União, aos Estados, ás municipalidades e prefeituras ou pertencentes a particulares confiados á guarda, deposito, arrecadação ou administração das prefeituras, municipalidades, Estados ou da União.

§ 1.º Si se provar que o funcionario agiu sem dolo, mas com impericia ou negligencia .

Penas — suspensão do emprego por seis mezes a dois annos, além da multa de 15 0/0 sobre o damno.

§ 2.º No caso do paragrapho anterior não haverá logar a imposição de penas, si fôr resarcido o damno causado.

§ 3.º A's hypotheses do art. 4.º e da primeira parte do art. 5.º applicar-se-ha o disposto no art. 2.º

Art. 6.º Os co-autores e cúmplices dos crimes acima previstos, embora não sejam funcionarios publicos, serão processados e julgados com os respectivos autores e sujeitos ás penas desta lei no que lhes fôr applicavel.

Art. 7.º Fabricar, sem autoridade legitima, moeda de prata ou de ouro, nacional ou estrangeira, que tenha curso legal ou commercial, dentro ou fóra do paiz, com o mesmo peso e valor intrinseco da verdadeira :

Penas — prisão cellular por quatro a oito annos, perda da moeda apprehendida e dos objectos destinados ao fabrico.

Paragrapho unico. Si a moeda fôr fabricada com materia diversa, peso ou valor intrinseco differentes da verdadeira :

Penas — prisão cellular por seis a 12 annos, além da perda sobredita.

Art. 8.º Diminuir o peso da moeda verdadeira ou augmentar-lhe o valor mediante qualquer artificio :

Penas — prisão cellular por trez a seis annos e perda da moeda apprehendida.

Art. 9.º Nos casos previstos nos dois artigos anteriores, si fôr a moeda de qualquer outro metal que não ouro ou prata :

Penas — as dos mesmos artigos, reduzido, porém, de um terço o tempo de prisão.

Art. 10. Falsificar, fabricando ou alterando, qualquer papel de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda :

Penas — prisão cellular de quatro a oito annos, perda do papel apprehendido e dos objectos destinados á falsificação.

Paragrapho unico. Para os effectos da lei penal considera-se papel de credito publico o que tiver curso legal como moeda, ou fôr emitido pelo Governo da União, ou por estabelecimentos bancarios legalmente autorizados.

Art. 11. Formar cedulas ou notas do Governo, cedulas ou bilhetes do Thesouro Federal, da Caixa de Conversão ou dos Bancos com fragmentos de outras notas e cedulas ou bilhetes verdadeiros;

Suprimir ou fazer desaparecer por qualquer meio os carimbos com que forem assinaladas as notas, cédulas ou bilhetes retirados da circulação :

Penas — prisão cellular por dois a quatro annos, além da pena sobredita.

Paragrapho unico. Si os crimes previstos neste artigo forem commettidos por funcionarios da repartição em que se acharem recolhidas as notas, cédulas ou bilhetes :

Penas — prisão cellular por seis a 12 annos e perda do emprego com inhabilitação para exercer qualquer função publica, por 12 a 20 annos.

Art. 12. Importar, ou exportar, comprar ou vender, trocar, ceder ou emprestar, por conta propria ou de outrem, moeda, nota ou bilhete nas condições mencionadas nos arts. 7.º e seguintes :

Penas — as desses artigos, conforme as hypotheses respectivas.

Art. 13. Introduzir dolosamente na circulação moeda falsa, papel de credito publico, sendo falso :

Penas — as que veem estatuidas nos arts. 7.º, 8.º, 9.º, 10.º e 11.º, de accordo com as respectivas hypotheses, reduzido, porém, de uma sexta parte o tempo de prisão.

Art. 14. Restituir á circulação moeda falsa, recebida como verdadeira, depois de conhecida a falsidade ou tendo razão para conhecê-la :

Penas — prisão cellular por um mez a um anno, multa de cinco a vinte vezes o valor total da moeda e perda da mesma.

Art. 15. Fabricar, explorar, possuir ou ter sob sua guarda machinismos ou objectos destinados exclusivamente á fabricação ou alteração da moeda nacional ou estrangeira, de curso legal ou commercial, dentro ou fóra do paiz :

Penas — prisão cellular por dois a seis annos e perda dos machinismos e objectos.

Art. 16. Falsificar, fabricando ou alterando, papeis de credito ou titulos da divida publica, bilhetes e letras do Governo da União, dos Estados, das municipalidades ou prefeituras, cautelas do Monte de Socorro e cadernetas da Caixa Economica;

Usar desses papeis, titulos, bilhetes, letras, cautelas e cadernetas, sabendo que são falsos :

Penas — prisão cellular por quatro a oito annos, multa de 5 a 20 0/0 do damno causado, perda dos referidos objectos e daquelles outros relativos á fabricação.

Art. 17. Falsificar, fabricando ou alterando, o sello publico da União, dos Estados, das municipalidades ou prefeituras, destinado a authenticar ou legalizar os actos officiaes :

Penas — prisão cellular por dois a quatro annos, perda do dito sello e dos objectos referentes á falsificação.

Art. 18. Falsificar, fabricando ou alterando, sellos adhesivos

estampilhas, vales postaes, *coupons* da divida publica da União, dos Estados, das municipalidades e prefeituras :

Emittil-os sem autorização legal, quando verdadeiros;

Emittir ou introduzir dolosamente na circulação, importar ou exportar, comprar ou vender, trocar, ceder ou emprestar, por conta propria ou de outrem, os sobreditos sellos, estampilhas, vales e *coupons* falsificados pelos modos referidos no principio deste artigo, conhecida a falsificação;

Usar dolosamente dos sellos, estampilhas, vales e *coupons* assim falsificados :

Penas — prisão cellular por dois a seis annos, perda dos referidos objectos e multa de 5 a 20 % do damno causado.

Art. 19. Falsificar, fabricando ou alterando, talões, recibos, quitações, guias, alvarás e outros documentos destinados á arrecadação da renda da União, dos Estados, municipios e prefeituras, ou relativos ás fianças e aos depositos de dinheiros de particulares, orphãos, ausentes e defuntos :

Penas — prisão cellular por quatro a oito annos e multa de 5 a 20 % do damno causado.

Art. 20. Falsificar, fabricando ou alterando, cheques e outros papeis de bancos, letras e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam ou não transferiveis por endosso;

Emittil-os ou introduzil-os dolosamente na circulação, ou sobre elles fazer qualquer das transações mencionadas no art. 18 conhecida a falsificação :

Penas — as do art. 18.

Art. 21. Falsificar fabricando ou alterando, passes, bilhetes de estradas de ferro ou de qualquer empreza de transporte, pertencente á União, aos Estados, ás municipalidades, ás prefeituras ou a particulares :

Penas — prisão cellular por seis mezes a dois annos.

Art. 22. Possuir ou ter sob sua guarda, para fim criminoso, moeda lsa, sellos, estampilhas ou quaesquer dos titulos ou papeis falsificados, na fórma dos artigos anteriores :

Penas — as mesmas dos referidos artigos, reduzidas de um terço.

Art. 23. Os crimes de que trata a presente lei, bem como os de estellionato, roubo, furto e damno, quando commettidos contra a Fazenda Federal, serão processados e julgados de conformidade com a lei n. 515, de 3 de Novembro de 1898.

Paragrapho unico. Taes crimes tambem se consideram praticados contra a União, quando, pertencente a particular o objecto subtrahido, distrahido ou damnificado, se ache esse objecto sob a guarda, deposito, arrecadação ou administração do Governo Federal.

Art. 24. O processo de formação de culpa nos crimes previstos

esta lei e aquelles comprehendidos na citada lei n. 515; de 1898, deverá ficar concluido dentro do prazo de 15 dias.

Paraphrasso unico. Si o juiz formador da culpa concluir o processo fora do prazo marcado nesse artigo, fará constar dos autos os motivos justificativos da demora, de accôrdo com o disposto no art. 148 do Codigo do Processo Criminal e no art. 1.º do decreto n. 2423 de 25 de Maio de 1859.

Art. 25. Quando, nos crimes sobre que versa a presente lei, fôr interessada a fazenda municipal do Districto Federal, observar-se-ha, além do mais, o disposto no art. 19 da lei n. 1338, de 9 de Janeiro de 1905.

Art. 26. Competem aos juizes de direito do crime no Districto Federal o processo e julgamento dos crimes previstos no titulo 3.º, capitulo 1.º, e titulo 13.º, livro 2.º do Codigo Penal, revogados os capitulos 1.º e 2.º secção 1.ª, titulo 6.º, livro 2.º, do citado codigo; salvo, porém, as secções 2.ª, 3.ª e 4.ª deste ultimo capitulo, que continuam em vigor.

Art. 27. A prisão preventiva é autorizada de accôrdo com a legislação vigente:

§ 1.º Nos crimes afiançaveis quando se apurar no processo que o indiciado:

a) É vagabundo sem profissão licita e domicilio certo;

b) Já cumpriu pena de prisão por effeito de sentença proferida por tribunal competente.

§ 2.º Nos crimes inafiançaveis, em quanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verifiquem indicios vehementes de autoria ou cumplicidade, revogado o § 4.º do art. 13 da lei n. 2033, de 29 de Setembro de 1871, e § 3.º do art. 29 do decreto n. 4824, de 29 de Novembro do mesmo anno.

Art. 28. A requisição e a concessão do mandado de prisão preventiva serão sempre fundamentadas.

Art. 29. Ficam revogadas a lei n. 1785, de 28 de Novembro de 1907, e mais as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 30 de Setembro de 1909, 88.º da Independencia e 21º da Republica.

NILO PEÇANHA.

Esmeraldino Olympio de Torres Bandeira.

DECRETO n. 1425 B, de 28 de Novembro de 1905.

Estabelece regras para a apprehensão de produtos ou mercadorias importados com falsas indicações de procedencia.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil:

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte:

Art. 1.º E' prohibida a importação de qualquer produto ou mercadoria com falsa indicação de procedencia, nos termos do Ajuste de Madrid, de 14 de Abril de 1891, ratificado a 3 de Outubro de 1896 e posto em execução pelo decreto n. 2380, de 20 de Novembro do mesmo anno.

Art. 2.º Os generos incursos nas disposições do artigo anterior serão apprehendidos pelas autoridades aduaneiras, em quanto não houverem sido entregues aos interessados: e fóra desse caso pelas autoridades judiarias federaes. Em ambas as hypotheses, a requerimento dos interessados ou do ministerio publico, guardadas as solemnidades legais.

Art. 3.º Os produtos apprehendidos na zona fiscal serão reexportados pelos importadores dentro de 30 dias, sendo destruidos caso não se verifique a reexportação. Si a apprehensão se realizar fóra da zona fiscal, os generos serão inutilizados ou destruidos.

Art. 4.º Em qualquer das hypotheses previstas nesta lei os importadores incorrerão na multa de 50 % sobre o valor dos generos importados

Art. 5.º Seguir-se-ha no processo de apprehensão, no que fór applicavel, o disposto no art. 633 da Consolidação das Leis das Alfandegas.

Art. 6.º Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 28 de Novembro de 1905, 17.º da Republica.

FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES

Rio-Branco

DECRETO n. 1825 de 20 de Dezembro de 1907.

Dispõe sobre a remessa de obras impressas á Bibliotheca Nacional.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil.

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte :

Art. 1.º Os administradores de officinas de typographia, lytographia, photographia ou gravura, situadas no Districto Federal e nos Estados, são obrigados a remetter á Bibliotheca Nacional de Rio de Janeiro um exemplar de cada obra que executarem.

§ 1.º Estão comprehendidos na disposição legal não só livros, folhetos, revistas e jornaes, mas tambem obras musicaes, mappas, plantas, planos e estampas.

§ 2.º Applicar-se-ha a mesma disposição aos sellos, medalhas e outras especies numismaticas, quando cunhadas por conta do Governo.

§ 3.º Consideram-se como obras differentes as reimpressões, novas edições, ensaios e variantes de qualquer ordem.

§ 4.º Quando nos objectos não estiver declarada a sua significação, o seu preço de renda e numero de exemplares de que a edição constar, todas essas indicações os deverão acompanhar por ocasião de sua remessa.

§ 5.º No Districto Federal a remessa deve effectuar-se no dia em que a obra for publicada ou entregue a quem a mandou executar, e nos Estados até cinco dias depois da publicação ou entrega, devendo neste prazo ser levados ao Correio os exemplares a tal fim destinados.

Art. 2.º No caso de inobservancia das disposições do art. precedente, incorrerão os administradores das officinas na pena de multa de 50\$000 a 100\$000, ficando os editores das obras não remetidas obrigados, logo que termine o prazo do art. 1.º, § 5.º, a effectuar a remessa em um segundo prazo, igual ao primeiro, sob pena de apprehensão do exemplar ou exemplares devidos.

Ao procurador seccional do lugar communicará o director da Bibliotheca Nacional a infração occorrida, afim de tornar-se efectiva perante a justiça federal a sanção aqui estabelecida.

Art. 3.º São equiparadas ás obras nacionaes para o effeito da contribuição e o da apprehensão, as provenientes do estrangeiro que trouxerem indicação de editor ou vendedor domiciliado no Brasil.

Art. 4.º Os objectos remettidos á Bibliotheca Nacional, em observancia a esta lei, transitarão pelos Correios da Republica com isenção de franquia e gratuidade de registro, devendo o remetente declarar o titulo da obra, os nomes do editor e do autor ou o pseudonymo deste, o lugar e a data da edição.

Paragrapho unico. O remetente poderá exigir do Correio que nos certificados declare, depois de verificar, o titulo do impresso, os nomes do editor e do autor ou o pseudonymo deste, o lugar e a data da edição.

Art. 5.º A Bibliotheca Nacional publicará regularmente um boletim bibliographico, que terá por fim principal registrar as acquisições effectuadas em virtude desta lei.

Art. 6.º Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 20 de Dezembro de 1907, 19.º da Republica.

AFFONSO AUGUSTO MOREIRA PENNA

Augusto Tavares de Lyra.

INDICE

Ao LEITOR.....

LIVRO I

Dos crimes e das penas

TITULO I. — Da applicação e dos effeitos da lei pena.....	1
TITULO II. — Dos crimes e dos criminosos.....	26
TITULO III. — Da responsabilidade criminal; das causas que derimem a criminalidade e justificam os crimes.....	61
TITULO IV. — Das circumstancias aggravantes e attenuantes.	95
TITULO V. — Das penas e seus effeitos; da sua applicação e modo de execução.....	133
TITULO VI. — Da extincção e suspensão da acção penal, e da condemnação.....	181

LIVRO II

Dos crimes em especie

TITULO I. — Dos crimes contra a existencia politica da Republica.....	204
CAPITULO I. — Dos crimes contra independencia e integridade da Patria.....	204

CAPITULO II. — Dos crimes contra a Constituição da Republica e forma de seu governo.....	237
CAPITULO III. — Dos crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos.....	241
TITULO II. — Dos crimes contra a segurança interna da Republica.....	249
CAPITULO I. — Conspiração.....	249
CAPITULO II. — Sedição e ajuntamento illicito.....	255
CAPITULO III. — Resistencia.....	261
CAPITULO IV. — Tirada ou fugida de presos do poder de justiça e arrombamento de cadeias.....	266
CAPITULO V. — Desacato e desobediencia ás autoridades	272
TITULO III. — Dos crimes contra a tranquillidade publica...	280
CAPITULO I. — Do incendio e outros crimes de perigo commum.....	280
CAPITULO II. — Dos crimes contra a segurança dos meios de transporte ou comunicação.	298
CAPITULO III. — Dos crimes contra a saude publica...	309
TITULO IV. — Dos crimes contra o livre exercicio dos direitos individuae.....	338
CAPITULO I. — Dos crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos.....	338
CAPITULO II. — Dos crimes contra a liberdade pessoal.	356
CAPITULO III. — Dos crimes contra o livre exercicio dos cultos.....	365
CAPITULO IV. — Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.....	370
CAPITULO V. — Dos crimes contra a inviolabilidade do domicilio.....	378
CAPITULO VI. — Dos crimes contra a liberdade de trabalho.....	386
TITULO V. — Dos crimes contra a boa ordem e administração publica.....	391
CAPITULO UNICO. — Das malversões, abusos e omissões dos funcionarios publicos.....	391
Secção I. — Prevaricação.....	392

SECÇÃO II. — Falta de exacção no cumprimento do dever.....	407
SECÇÃO III. — Peita ou suborno	410
SECÇÃO IV. — Concussão.....	418
SECÇÃO V. — Peculato.....	423
SECÇÃO VI. — Excesso ou abuso de autoridade, e usurpação de funcções publicas.....	444
SECÇÃO VII. — Irregularidade de comportamento.....	468
TITULO VI. — Dos crimes contra a fê publica.....	470
CAPITULO I. — Da moeda falsa.....	470
CAPITULO II. — Da falsidades.....	480
SECÇÃO I. — Da falsidade dos titulos e papeis de credito. do Governo Federal, dos Estados e dos Bancos	480
SECÇÃO II. — Da falsidade de certificados, documentos e actos publicos.....	489
SECÇÃO III. — Da falsidade de documentos e papeis particulares.....	495
SECÇÃO IV. — Do testemunho falso, das declarações, das queixas e denuncias falsas em juizo....	519
TITULO VII. — Dos crimes contra a Fazenda Publica.....	529
CAPITULO UNICO. — Do contrabando.....	529
TITULO VIII. — Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias, e do ultraje publico ao pudor.....	532
CAPITULO I. — Da violencia carnal.....	532
CAPITULO II. — Do rapto.....	542
CAPITULO III. — Do lenocinio.....	563
CAPITULO IV. — Do adulterio ou infidelidade conjugal.	573
CAPITULO V. — Do ultrage publico ao pudor.....	578
TITULO IX. — Dos crimes contra a segurança do estado civil.	580
CAPITULO I. — Da polygamia.....	580
CAPITULO II. — Da celebração do casamento contra a lei.....	584
CAPITULO III. — Do parto supposto e outros fingimentos	585
CAPITULO IV. — Da subtracção, occultação e abandono de menores.....	591
TITULO X. — Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida..	598
CAPITULO I. — Do homicidio.....	598

CAPITULO II. — Do infanticidio.....	611
CAPITULO III. — Do suicidio.....	614
CAPITULO IV. — Do aborto.....	617
CAPITULO V. — Das lesões corporaes.....	623
CAPITULO VI. — Do duello.....	634
TITULO XI. — Dos crimes contra a honra e a boa fama.....	640
CAPITULO UNICO. — Da calunnia e da injuria.....	640
TITULO XII. — Dos crimes contra a propriedade publica e particular.....	662
CAPITULO I. — Do damno.....	652
CAPITULO II. — Do furto.....	639
CAPITULO III. — Da fallencia.....	679
CAPITULO IV. — Do estellionato, abuso de confiança, e outras fraudes.....	684
CAPITULO V. — Dos crimes contra a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial.....	694
Secção I. — Da violação dos direitos da propriedade litteraria e artistica.....	694
Secção II. — Da violação dos direitos de patentes e invenção e descobertas.....	700
Secção III. — Da violação dos direitos de marcas de fabricas e de commercio.....	703
TITULO XIII. — Dos crimes contra a pessoa e a propriedade.	717
CAPITULO I. — Do roubo.....	717
CAPITULO II. — Das extorções.....	722

LIVRO III

Das contravenções em especie

CAPITULO I. — Da violação das leis de inhumação e da profanação dos tumulos e cemeterios.....	728
CAPITULO II. — Das loterias e rifas.....	731
CAPITULO III. — Do jogo e aposta.....	736
CAPITULO IV. — Das casas de emprestimo sobre penhores.....	742

CAPITULO V. — Do fabrico e uso de armas.....	743
CAPITULO VI. — Das contravenções de perigo com- mum.....	746
CAPITULO. VII. — Do uso de nome supposto, titulos in- devidos e outros disfarces.....	751
CAPITULO VIII. — Das sociedades secretas.....	754
CAPITULO IX. — Do uso illegal da arte typographica...	755
CAPITULO X. — Da omissão de declarações no regis- tro civil.....	757
CAPITULO XI. — Do damno á cousas publicas.....	759
CAPITULO XII. — Dos mendigos e ebrios.....	760
CAPITULO XIII. — Dos vadios e capoeiras.....	765

LIVRO IV

DISPOSIÇÕES GERAES.....	784
--------------------------------	------------

APPENDICE

DECRETO N. 1127 — DE 6 DE DEZEMBRRO DE 1890 — Marca o prazo para ter execução o Codigo Penal.....	795
DECRETO N. 1162 — DE 12 DE DEZEMBRO DE 1890 — Altera a redacção dos arts. 205 e 206 do Codigo Penal.....	795
DECRETO N. 27 — DE 8 DE JANEIRO DE 1892 Regula o processo e julgamento de Presidente da Rpublica e dos ministros de Estado em crimes communs e de responsabilidade....	796
DECRETO N. 30 — DE 8 DE JANEIRO DE 1892 — Define os cri- mes de responsabilidade do Presidente da Republica....	799
DECRETO N. 121 — DE 11 DE NOVEMBRO DE 1892 — Provi- dência sobre a penalidade e processo de crimes de furto de productos da lavoura e industria.....	805
DECRETO N. 452 — DE 3 DE NOVEMBRO DE 1897 — Prohibe im- portar e fabricar rotulos que se prestem a fabricacção de bebidas e quaesquer outros productos nacionaes.....	805
DECRETO N. 2742 — DE 17 DE DEZEMBRO DE 1897 — Dá regu- lamento para o decreto legislativo n. 452 supra.....	806

DECRETO N. 3747 — DE 17 DE DEZEMBRO DE 1897 — Approva o regulamento concernente ao registro internacional de fabricas e commercio.....	809
LFI N. 515 — DE 3 DE NOVEMBRO DE 1898 — Providencia sobre julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas e outros.....	811
DECRETO N. 561 — DE 31 DE DEZEMBRO DE 1898 — Prohibe que sejam recebidos e circulem, como moeda, titulos aoportador emitidos pelos Estados.....	813
LEI N. 496 — DE 1 DE AGOSTO DE 1898 — Define e garante os direitos autoraes.....	814
LEI N. 628 — DE 24 DE OUTUBRO DE 1899. — Amplia a acção penal por denuncia do Ministerio Publico e dá outras providencias.....	820
DECRETO N. 3475 — DE 4 DE NOVEMBRO DE 1899 — Regulamento o art. 5º da lei n. 628 supra.....	823
DECRETO N. 1236 — DE 24 DE SETEMBRO DE 1904 — Modifica o decreto n. 334 6 de 14 de Outubro de 1887 sobre registro de marcas de fabrica e de commercio.....	826
DECRETO N. 5424 — DE 10 DE JANEIRO DE 1905 — Approva o regulamento para a execução do lei supra nº 1236.....	832
DECRETO N. 1631 — DE 3 DE JANEIRO DE 1907 — Autoriza o Presidente da Republica a reformar o serviço policial do Districto Federal.....	845
DECRETO N. 2110 — DE 30 DE SETEMBRO DE 1909 — Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, e dá outras providencias.....	848
DECRETO N. 1425 B — DE 28 DE NOVEMBRO DE 1905 — Estabelece regras para a apprehensão de produtos ou mercadorias importados com falsas indicações de procedencia..	852
DECRETO N. 1825 — DE 20 DE DEZEMBRO DE 1907 — Dispõe sobre a remessa de obras litterarias á Bibliotheca Nacional.	857

Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil (edição fac-similar), de Oscar de Macedo Soares, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em abril de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal* (Volume 6).

Coleção



Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA

*Código Penal dos Estados Unidos do Brasil
commentado*

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO

*Código Criminal do Imperio do Brazil
annotado*

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT

*Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e
tradução de José Hygino Duarte Pereira*

GALDINO SIQUEIRA

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

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