

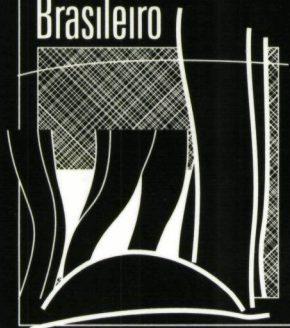
**Direito Penal**

# **Direito Penal Brasileiro**

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

Galdino Siqueira

História do Direito  
Brasileiro



4



**Direito Penal**

## **Direito Penal Brasileiro**

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

**Galdino Siqueira**

Obra fac-similar

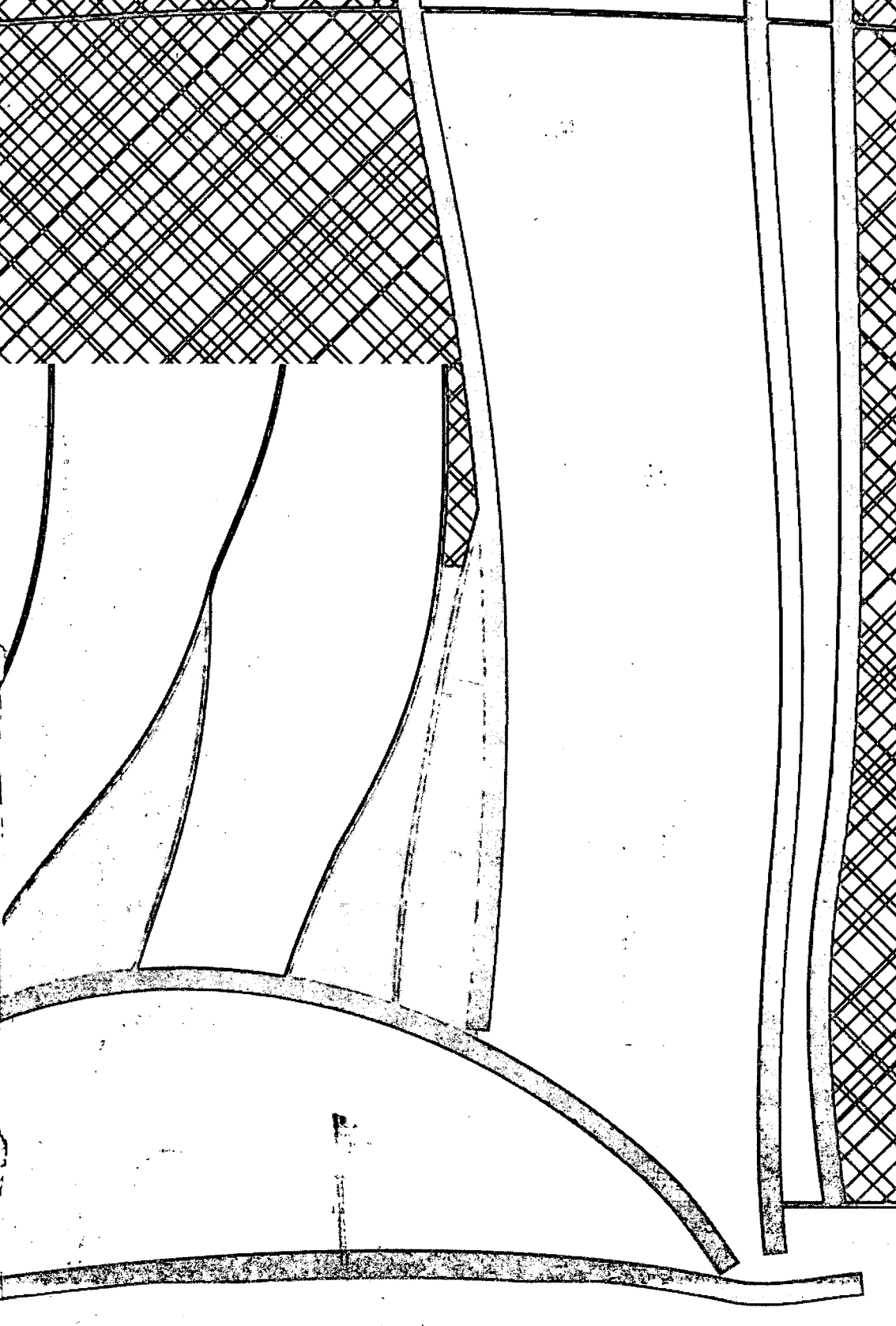
Prefácio de  
Laurita Hilário Vaz

**História do Direito  
Brasileiro**



Brasília  
Novembro/2003





### ***Senado Federal***

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

### ***Superior Tribunal de Justiça***

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

### *Conselho Editorial*

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

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

### *Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal*

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

### *Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça*

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral  
Jefferson Paranhos Santos, Assessor de Articulação Parlamentar  
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico  
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica  
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão  
Mari Lúcia Del 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  
Tais Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

.....  
Siqueira, Galdino, 1872-.

Direito penal brasileiro : (segundo o Codigo Penal mandado  
executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis  
que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e  
jurisprudência) / Galdino Siqueira ; prefácio de Laurita Hilário  
Vaz. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

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

1. Direito penal, Brasil. 2. Legislação penal, Brasil. I.  
Título. II. Série.



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 juristas e autores de obras de Direito, mas de luminárias 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 prefecção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

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

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

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Dêsse 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.

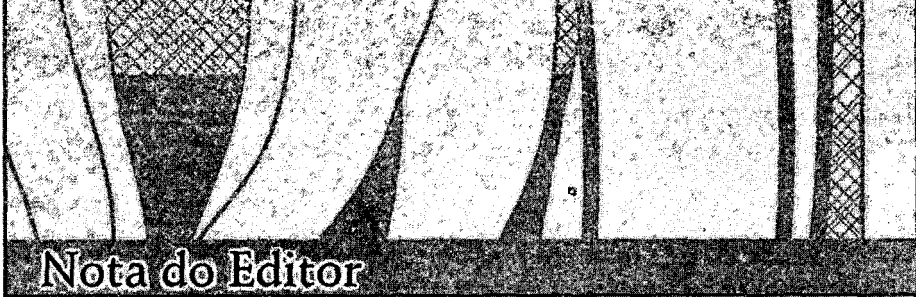
O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

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







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



# **DIREITO PENAL BRAZILEIRO**





# Direito Penal Brasileiro

---

SEGUNDO O CODIGO PENAL MANDADO  
EXECUTAR PELO DECRETO N. 847, DE  
11 DE OUTUBRO DE 1890 E LEIS QUE  
QUE O MODIFICARAM OU COMPLETA-  
RAM. ELUCIDADAS PELA DOCTRINA  
E JURISPRUDENCIA

POR

**GALDINO SIQUEIRA**

Juiz da 2ª Vara de Orphãos e Ausentes do Districto Federal, lente da Faculdade  
de Direito de Niotheroy e socio correspondente do Instituto  
Historico e Geographico de São Paulo

VOL. II

**PARTE ESPECIAL**

~~2ª EDICAO~~  
~~1932~~  
CORRECÇÃO E ARGUMENTADA



RIO DE JANEIRO  
LIVRARIA JACYNTHO  
EDITORA

37 — Rua S. José — 37

1932

puniveis, que estabelece a pena ligada a cada um desses factos e que se chama *parte especial*.

Quando este trabalho de synthese está terminado é que surgem as varias questões que o problema suscita para o legislador, a saber, si se deve limitar a enumerar os factos puniveis sem classificá-los, ou ao contrario, si se deve preoccupar com a adopção de uma exposição systematica e neste ultimo caso qual é a que deve ser adoptada. O problema tem uma face dupla, porque pôde ser encarado sob o aspecto das codificações positivas e sob o aspecto dos tratados scientificos sobre essa parte do direito e da legislação penal.

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

Effectivamente, a exposição systematica dos delictos, segundo determinado criterio, representa um efficaz coefficiente para melhor conhecer a essencia de cada um e respectivas relações, além de mostrar qual a concepção que a seu respeito teve o legislador (FLORIAN). Depois, um código, nota CLOVIS BEVILAQUA, é principalmente uma classificação de preceitos que adquirem incontestavelmente maior nitidez de fórmula e maior energia de imperio pelo simples effeito da systematisação”.

Durante seculos dominou uma distincção, mas de character formal ou processual, vinda do direito romano, entre *crimina publica*, cuja accusação cabia a qualquer povo, *quorum accusatio vel persecutio permissa est, cuilibet de populo*, e *crimina privata*, que eram julgados pelo pretor, com consequencias puramente pecuniarias, *quorum accusatio vel persecutio regulariter non permittitur nisi parti læsæ, utatenent comuniter doctores* (CLARUS).

Foi a partir dos escriptores de direito natural (GROTIUS, PUFFENDORF, FILANGIERI, etc.), que se procurou classificar os delictos mediante outros criterios, como taes tomados o sujeito passivo, o movel, o meio, etc. Tomando como criterio a pessoa lesada, BENTHAM distribue os delictos em: *privados*, que prejudicam a tal ou taes individuos, designadamente, além do proprio delinquente; *reflectivos* ou *contra si mesmo*; *semi-publicos* quando attingem uma porção da collectividade e *publicos* quando produzem algum perigo *commum*, quer a todos os membros do Estado, quer a um numero indefinido de individuos não designados.

Firmou-se por ultimo, como criterio decisivo o *objecto* do delicto. no-

tando-se que outro não podia ser, desde que a distribuição fosse segundo a natureza jurídica dos delictos. Como o *damno mediato*, *político* ou *social* é *commun* a todos os delictos, fornecendo assim criterio da semilhança para assignalar o *genero*, forçoso era procurar, como criterio da classificação, o *damno immediato*, que representa a *quantidade natural* do delicto, pois que fornecendo criterio de dissemelhança, era apto para a distincção das *especies*. Nesse presupposto, e tomado o direito como objecto do delicto, CARRARA distingue os delictos em duas-classes: *naturaes*, quando lesam immediatamente um direito particular, attribuido ao individuo pela natureza (vida, integridade, honra, direito da familia, propriedade) e *sociaes* quando lesam immediatamente um direito universal, resultante da associação, e a todos *commun* (justiça, moral publica, tranquillidade publica, religião, fé publica, regalia, direitos publicos).

Dando maior amplitude ao objecto do delicto, isto é, considerando como objecto deste, não sómente o direito subjectivo, mas o *bem juridico* isto é o interesse juridicamente protegido, que póde occorrer sem conferir direito a determinadas pessoas, individuaes ou collectivas, FRANZ VON LISZT delineou a classificação dos delictos, em duas classes, segundo o bem juridico, que em ultima analyse é sempre a existencia humana nas suas diversas fórmãs e manifestações, se refere á existencia do homem considerado na sua *individualidade*, ou como existencia dos membros da *communhão* na sua *collectividade*. Temos assim delictos que offendem os bens do individuo (corpo e vida, bens incorporeos, direitos individuaes e patrimoniaes), e que offendem os *bens da collectividade* (políticos, poder publico, administração publica). Das modernas classificações, é a preconisada como mais perfeita.

3. No dominio do direito positivo, uniforme não tem sido a distribuição das materias da parte especial, podendo ser reduzidos a tres typos os diversos codigos. O primeiro typo, de feição *synthetica*, nos é fornecido pelo codigo francez de 1810.

Distribue as infracções em duas grandes categorias: *crimes et délits contre la chose publique* (livr. II, tit I) e *crimes et délits contre les particuliers* (livr. II, tit. II), titulos subdivididos em capitulos e secções. Seguem esse typo o codigo do Principado de Monaco, o dinamarquez o de São Marino, de 1865, o parmense, de 1820, e o nosso, de 1830, que dividia os

crimes em *publicos e particulares*, com subdivisões em titulos, capitulos e secções.

O segundo systema, de feição *analytica* nos é fornecido pelo codigo allemão, de 1870, que não distribue as infracções em grupos grandes ou pequenos, mas os descreve simplesmente, em vinte e nove grupos, sem subdivisões. Seguem este typo os codigos austriaco, hollandez, bulgaro, norueguense, projectos suiso, austriaco e servio.

O terceiro typo fórma um systema *mixto*, uma combinação dos dois anteriores, pois regeita as vastas divisões do primeiro systema, e o parcelamento exaggerado do segundo, distribuindo as infracções por titulos em numero bem maior do que o systema synthetico e bem menor do que o analytico, embora adopte subdivisões em capitulos e secções, quando a variedade das especies o exige. Seguem este systema, que procura harmonisar, tanto quanto possivel, o systema pelo qual os factos são estudados pela sciencia e a ordem ou methodo que deve presidil-os na legislação positiva, os codigos belga, hespanhol, portuguez, o sardo uruguayo, os projectos de codigo italiano, etc.

E' tambem o systema seguido pelo nosso codigo vigente.

Quanto á ordem successiva das infracções, dois pontos de vista foram adoptados: partir das offensivas aos bens do Estado, como organismo maximo politico e juridico, e ir até aos bens do individuo, como tal, ou ao inverso, ir das offensas a estes bens até ás dos bens da collectividade. A primeira directriz foi seguida pela maioria dos codigos, inclusive os nossos, e traduz a preeminencia do Estado sobre o individuo; a segunda adoptada por varios codigos como o bavaro, o argentino, e pelos melhores tratados (CARRARA, LISZT, TUOZZI, BINDING, MEYER, etc.), não traduz o predominio do individualismo, mas bem interpretado, a realidade das coisas, a existencia do homem considerado na sua *individualidade* se apresentando desde logo, nas suas differentes manifestações, como bem juridico a proteger primeiramente.

4. Seguindo o systema mixto, o codigo vigente dispõe os differentes crimes que qualifica, em treze titulos, a partir dos crimes contra o Estado e a terminar nos contra a pessoa e a propriedade, pela seguinte forma:

- I. Dos crimes contra a existencia politica da Republica.
- II. Dos crimes contra a segurança externa da Republica.

III. Dos crimes contra a tranquillidade publica.

IV. Dos crimes contra o livre exercicio dos direitos individuaes.

V. Dos crimes contra a boa ordem e administração publica.

VI. Dos crimes contra a fé publica.

VII. Dos crimes contra a Fazenda Publica.

VIII. Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultrage publico ao pudor.

IX. Dos crimes contra a segurança do estado civil.

X. Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida.

XI. Dos crimes contra a honra e a boa fama.

XII. Dos crimes contra a propriedade publica e particula.

XIII. Dos crimes contra a pessoa e a propriedade.

Não se nota ordem logica quer na distribuição da materia, por titulos e suas subdivisões, quer na disposição desses mesmos titulos.

Scindiu-se muitas vezes a mesma materia por titulos diversos como os *crimes politicos*, que são distribuidos pelos titulos I, II, caps. I, e IV, cap. I. incluiu-se materia não relacionada com a rubrica do titulo, por exemplo os crimes definidos nos arts. 99 e 100, violação de immuniidade de embaixadores ou ministros estrangeiros, e offensas á bandeira ou outro symbolo de nacionalidade estrangeira, que são subordinados ao titulo dos crimes contra a *patria*. Ha ainda impropriedade de dizeres de certas rubricas de titulos, como teremos occasião de mostrar. Quanto ás contravenções, não se nota criterio algum presidindo sua distribuição.

Como aconteceu á classificação dos crimes, nota CARVALHO MOURÃO, na relativa ás contravenções, os capitulos, pelos quaes são distribuidas, ficaram amalgamados e se approximam ou se separam sem attender á natureza juridica de: grupos de infracções previstas em uns e em outros.

No emtanto, tinha o legislador o modelo do codigo italiano, em que se inspirou não poucas vezes, e que contem uma classificação logica, tida como uma das mais perfectas, distribuindo as contravenções em correspondencia com os delictos analogos. Os treze capitulos que consagra o codigo a essas infracções são assim rubricados:

I. Da violação das leis de inhumação e de profanação dos tumulos e cemiterios.

II. Das loterias e rifas.



- III. Do jogo e aposta.
- IV. Das casas de emprestimo sobre penhores.
- V. Do fabrico e uso de armas.
- VI. Das contravenções de perigo *commum*.
- VII. Do uso de nome supposto, titulos indevidos e outros disfarces.
- VIII. Das sociedades secretas.
- IX. Do uso illegal da arte typographica.
- X. Da omissão de declarações no registro civil.
- XI. Do damno á coisas publicas.
- XII. Dos mendigos e ehrios.
- XIII. Dos vadios e capoeiras.

Conservamos a classificação feita pelo codigo, porque sendo nosso empenho mostrar o direito positivo penal qual é alteração que se fizesse na classificação das infracções attenta a relação de intimidade que guardam umas e outras, muitas vezes servindo de explicação mutua, poderia, por isso mesmo, affectar a *mens legis*, o espirito que presidiu sua elaboração, deixando em consequencia de manifestar o direito real.

**LIVRO I**  
**DOS CRIMES EM ESPECIE**  
**TITULO I**

**Dos crimes contra a existência política da República**



# LIVRO I

## DOS CRIMES EM ESPECIE

### TITULO I

#### Dos crimes contra a existencia politica da Republica

##### CONSIDERAÇÕES GERAES

###### I

*O crime contra o Estado, o crime politico e o crime social segundo a doutrina e as legislações*

5. Neste titulo occupa-se o codigo dos *crimes contra o Estado*, isto é, dos crimes que atacam *directamente* suas condições de existencia, a fórma do governo, o conjuncto de seus órgãos e funcções de importancia suprema e de character eminente. Distinguem-se assim dos outros crimes publicos, como os referentes á administração publica, á fé publica, etc., pelo seu objecto immediato, os *interesses juridicos do Estado, inherentes á sua existencia e á sua actividade essencial*.

Estes interesses, segundo especificação da lei penal, são: a *independencia*, isto é, a inteira e completa liberdade, tanto no governo dos seus negocios internos, quanto na direcção das suas relações exteriores; a *integridade* ou a subordinação absoluta do territorio e de tudo que nelle se contem ao poder do Estado; a *dignidade*, a qualidade de ser moral (cap. I); a *constituição e forma de governo* (cap. II), e os *poderes politicos* (cap. III).

No codigo penal francez, seguido pelo belga e outros, e sob o titulo — *crimes et délits contre la sureté de l'Etat*, os crimes em questão se distribuem em duas classes, a saber: *crimes et délits contre la sureté exterieure de l'Etat*, comprehendendo os que offendem a sua independencia, a integridade do seu territorio e as suas relações internacionaes; *crimes et délits contre la sureté intérieure de l'Etat*, comprehendendo os que offendem a forma do governo, os poderes politicos. A mesma distribuição dual, encontrámos no codigo allemão, sob as denominações de crimes de *traição contra o paiz*



“Le but la loi reprimant avec sévérité les attaques contre les chefs des gouvernements étrangers, a été de prévenir par l’intimidation les animosités qui pourraient naître entre la France et les gouvernements, á l’occasion de ces attaques, si elles étaient impuissantes. Car l’impunité, en pareille occurrence, pourrait avoir pour effet d’engager imprudemment le pays dans une guerre étrangère, en créant entre deux nations des animosités qui pourraient amener la rupture de la paix”.

Além de egoista, é tal systema evidentemente anti-juridico, outra coisa não visando senão a apologia da força.

Effectivamente, cessaria todo o direito desde que o offendido fosse um Estado fraco, porquanto receio não poderia haver de guerra ou represalias (FLORIAN). Segundo orientação opposta, inspirando-se no elevado criterio da solidariedade internacional, o systema allemão, qual se manifesta nos anteriores codigos (bavaro, de 1813, art. 306, prussiano, de 1851, art. 78, saxonico, de 1855, art. 124), e no actual codigo imperial, vê a razão da punibilidade não no temor de represalias e de guerras, mas na existencia mesma da sociedade internacional dos Estados e dos deveres que della derivam.

A’ semilhança do individuo, que não pôde viver em estado de isolamento, os Estados, para satisfazer suas necessidades, sempre crescentes, são levados a associar-se, a entrar em cooperação cada vez mais extensa e intensa, travando innumeradas e permanentes relações.

A formação de uma sociedade internacional de Estados impõe a cada um, como consequencia immediata, deveres especiaes e reciprocos, entre os quaes sobresahe o de não deixar impunes ataques que visem, de modo violento, a modificação ou destruição das suas instituições politicas. E’ certo que instaveis são estas, em consonancia com a evolução da civilização, mas o interesse da manutenção da ordem juridica exige que essas mutações se operem sómente segundo as normas do direito. Nesse presupposto o cod. allemão, arts. 102 e 104, pune de modo especial não só as offensas (*Beleidigung*) aos soberanos e representantes dos Estados estrangeiros, como tambem os crimes contra esses Estados, como entidade collectiva (*Hochverrath*).

Mas, outorgando tal protecção, estabelece restricções que não se justificam mais hodiernamente, pois fal-a dependente das condições de *reciprocidade* e *amizade*, que por isso mesmo que são meramente externas, accidentaes, em nada affectam a necessidade da repressão.

Razão tiveram, pois, os codigos hungaro, italiano e hollandez, este exigindo só a reciprocidade, de prescindir de taes requisitos.

O codigo italiano arts. 128 a 130, se encerra verdadeiras conquistas, como a de estender a protecção aos representantes dos Estados estrangeiros, punindo não só as offensas como os demais crimes de que possam ser sujeito passivo, equiparando-os aos funcionarios publicos, muito embora só em

relação ás suas funções, e não tambem em actos dellas, é deficiente ainda e em ponto essencial, porquanto, ao contrario do codigo allemão, não contempla os crimes commettidos contra os Estados estrangeiros, como individualidades distinctas (crimes de alta traição).

6. Cumpre examinar se os crimes contra o Estado, como vêm definidos pelo codigo, são ou não equipollentes aos *crimes politicos*, indagação de summa importancia, não só theorica, como pratica, dada a diversidade de conceituação dos crimes politicos, com extensão maior ou menor, e, porque interessa á competencia jurisdiccional, e á assistencia internacional, á justiça federal competindo conhecer desses crimes (Const. Federal, art. 60, letr. i), e da extradição sendo excluidos, segundo orientação uniforme dos tratados e das leis, entre nós a de n. 2.416, de 28 de junho de 1911, art. 2, V. letr. d.

O codigo nem define o crime politico, nem d'elle faz menção, o que aliás se nota nos codigos e leis estrangeiras, o assumpto ficando para a elucidação da doutrina e da jurisprudencia.

Um ligeiro retrospecto historico e doutrinal, nos habilitará a elucidar a questão. Primeiramente na fórmula da *Perdullio*, depois na do crime *laese majestatis*, da primitiva legislação romana até a idade moderna, se manifestam os crimes contra o Estado; na segunda daquellas fórmulas se distinguindo em *primeira cabeça ou gráo*, comprehendendo os attentados e machinações contra a existencia do Estado, contra a vida do principe e sua familia, e em *segunda cabeça ou gráo*, os menores, configurações delictuosas que vemos na Ord. Philippina, liv. V. t. 6. Consideradas como mais graves e mais perigosas, por isso que affectavam a existencia do Estado, podendo acarretar agitações e ruina ao paiz, essas formas delictuosas tiveram uma repressão rigorosa, indo ao odioso, pois abrangia os descendentes do delinquente, desde a celebre *Sex quisquis*, decretada por ARCADIO e HONORIO, em 397. Com a revolução de 1830 em França, se delinea uma nova concepção delictuosa, emergindo o crime politico com feição propria, estricta, technica, e tratamento tambem especial.

Tendo seus prodromos nos philosophos reformadores, o movimento se concretisando, visava reformas legislativas, para assegurar a liberdade politica: CONSTANT, LUCAS e especialmente GUIZOT, insurgindo-se contra a figura tradicional do crime de lesa magestade, mostraram que a acção delictuosa visando a destruição ou mudança das instituições politicas, cuja configuração era todo relativa, segundo os tempos e os logares, seus agentes impulsionados por generosos sentimentos, desejosos de progresso para seu paiz, não se podia comparar ás acções criminosas do direito commum, devendo ser reprimidas só pela anti-jurisdiccionalidade do meio empregado. O delinquente politico não podia ser mais considerado como inimigo do bem publico, como *hostes*, antes um vencido, não se justificando, pois, contra elle um tratamento rigoroso, com a pena de morte e jurisdicções de excepção. Nesse sentido, o notavel jurisconsulto hollandez KLUIT, foi o segundo, depois de FILANGIERI, a adoptar a locução *delicto politico*, que definia como visando

principalmente a forma do governo: *quæ primario regiminis formam spectant*, locução aquella que vemos figurar pela primeira vez na carta constitucional de França (1830) e da Belgicã (1831).

A essa conceituação do delicto *propriamente politico* ou *directo*, se reuniu a do delicto *politico improprio* ou *indirecto*, ou violação dos direitos politicos dos cidadãos e especialmente dos direitos eleitoraes, como aquelle sujeito ao mesmo tratamento penal e excluído da extradição.

Quanto á natureza tambem politica deste delicto, argumentou-se que a tem por isso que lesa os direitos politicos do cidadão, destruindo ou diminuindo a liberdade do voto, alterando a sinceridade da eleição, e assim viciando a formação do corpo politico (HAUS).

Configurações delictuosas mais complicadas surgiram tambem, com effeito na pena e na extradição, e são os chamados delictos *politicos relativos, concurrentes, complexos* ou *connexos*.

Ha *delicto complexo* quando o factio delictuoso, unico no ponto de vista material, lesa ao mesmo tempo a ordem politica e um interesse privado; o typo deste delicto é o assassinato do chefe de Estado com fim politico, o regicidio, sujeito no entanto, quanto á penalidade e quando o sujeito passivo é soberano, a mesma do direito *commum* mais elevada (cod. penal francez, art. 86, modificado pela lei de 10 de junho de 1853, e abrogado pela quèda do governo imperial, cod. italiano, art. 117, allemão, art. 80, etc.).

Quanto aos outros delictos complexos, commettidos no curso de uma insurreição ou de uma guerra civil, as infracções de direito *commum*, que lhe são elementos constitutivos, ficam absorvidos pelo crime politico, de que são accessorios.

Ha *delicto connexo* quando os factos delictuosos se ligam uns aos outros por um laço mais ou menos estreito, violando direitos individuaes com fim politico, como, por exemplo, os insurrectos, para derribar o governo estabelecido, se apoderam dos arsenaes, das usinas do Estado, destroem as propriedades publicas ou privadas, matam em um combate individuos do partido opposto. Não basta a simples concurrencia de tempo para dar a taes delictos o caracter politico relativo, necessario sendo que o agente tenha obedecido a *motivos politicos* e tenha tido a *intenção de alcançar um fim politico* (VIDAL, BEAUCHET).

Assim, se o crime politico, segundo a concepção formada em 1830, e dominante na pratica judiciaria, se distingue e é visto com indulgencia, pela nobreza de movel de seu agente, e pela relatividade de seu objecto, a forma politica, variavel segundo o tempo e o logar, é bem de ver que só pôde se referir á constituição e forma de governo, aos poderes politicos e aos direitos politicos, e não ás condições existenciaes do Estado, como a independencia, a integridade, a dignidade, o que importa dizer que crime politico e crime contra o Estado não são equivalentes, este tendo maior amplitude. Effectivamente, como qualificar de politico, na accepção alludida, a tentativa de destruir ou enfraquecer a independencia do proprio paiz, ou de sujei-



tar parte do territorio ao dominio estrangeiro, ou tomar armas contra a propria patria?

Na verdade, os crimes contra a existencia do Estado são sempre objecto de execração universal, porque o perigo é identico sob qualquer governo e em todos os paizes juridicamente constituídos.

Ao contrario, os crimes que visam a forma de governo, sujeita, aliás, a modificações, segundo as necessidades dos tempos e dos costumes, poderão ser mais facilmente desculpados. Algumas vezes não são mais do que a explosão violenta do sentimento publico, a manifestação brutal da vontade de um povo, a influencia de factores sociaes, politicos e economicos que os ligava para substituil-a por outra que presume satisfazel-o melhor. O facto considerado em si, como criminoso, pôde tornar-se, conforme os acontecimentos, em um acto glorioso (FLORIAN, LE COMTE). Mesmo os crimes contra os direitos politicos não podem entrar na accepção exposta, segundo diversos tratadistas, porquanto, argumentam, nem a nobreza do fim, por isso que o triumpho dos proprios principios politicos nada tem de commum com os tumultos e violencias; nem a variabilidade e a relatividade dos principios moraes e juridicos, por isso que a fraude e a violencia são sempre e por toda a parte repudiadas e condemnadas; nem o objecto de abater ou modificar a organização politica, por isso que no crime eleitoral o agente se vale exactamente das instituições vigentes para commetter o crime e, consumado este, as instituições ficam quaes eram antes. Emfim estes crimes não são dignos de sympathia e de benevolencia; são antes odiosos e funestos, porque tornam impura a representação legal da vontade commum (FLORIAN).

Não obstante a procedencia destes argumentos, a opinião dominante, divorciando-se muito embora do conceito originario do crime politico, o tem ampliado e tornado equivalente ao crime contra o Estado. A reacção, porém á tal orientação, que não tem nada a justifical-a, desde que se mantem o tratamento de excepção, de indulgencia, que só convem ao conceito restricto e technico, se opera e se intensifica. Diz, por isso GARRAUD: “Une autre evolution se prépare, elle tend á distinguer les crimes contre la nation et les crimes contre le gouvernement. Aux seconds seuls serait reservée la qualification de crimes politiques”.

7. O nosso direito admite o crime politico em sentido lato, de modo a tornal-o equipollente do crime contra o Estado. E' o que se deprehe de da disposição do art. 15, letra i do decr. n. 848, de 11 de outubro de 1890, publicado na mesma data do codigo penal, partindo do mesmo poder dictatorial que o decretou, e que tratando da competencia dos juizes de secção, estatue caber-lhes processar e julgar “os crimes politicos classificados pelo codigo penal, no livro 2º, tit. 1º. e seus capitulos, e tit. 2º. cap. 1º.”. Nos Annaes da Constituinte não consta fosse impugnado o conceito, que do crime resalta dessa disposição, e sim a rejeição da emenda offerecida pelo deputado por São Paulo, ADOLPHO GORDO e outros, dando competencia á justiça federal para conhecer dos crimes politicos quando fossem a causa ou conse-

quencia de perturbações que determinassem a intervenção do governo federal. A lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 20, enumerando os crimes de julgamento do jury federal, sem qualificar os crimes mencionados no decreto n. 848, de *políticos*, os comprehende, referindo-se ás disposições do código penal, destacando nos ns. IX e XII, os factos eleitoraes, previstos no mesmo código, *tit.* IV, cap. I do livro II, e na primeira parte do *tit.* III, da lei n. 35 de 26 de janeiro de 1892, hoje substituída pela de n. 3.208, de 27 de dezembro de 1916, que nos arts. 48 e 56 define varios crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos e pelo decr. 4.215 de 20 de dezembro de 1920, que no art. 32 qualifica outros da mesma natureza.

O Supr. Tribunal Federal tem reputado, em diversos accordams, que adiante reproduzimos, como crimes politicos os referidos no livro II, *tits.* I, II, cap. I e III, cap. I do cod. penal, e os constantes das referidas leis eleitoraes.

A cit. lei n. 221 de 1894, art. 83, excluiu da competencia federal os crimes politicos praticados contra as autoridades dos Estados federados, mas tal disposição é inconstitucional, porquanto o art. 60. letra *i* da Constituição Federal não distingue os poderes federaes dos locais, inconstitucionalidade posta em evidencia pelo accordão do Supremo Tribunal de 6 de abril de 1907, e depois reconhecida pelo poder legislativo, que pelo decr. n. 1.939 de 28 de agosto de 1908 revogou aquella disposição.

Identificado assim o crime politico com o crime contra o Estado, preponderante se torna, como criterio distinctivo, o seu *objecto*, isto é, a organização politica. ao passo que, no conceito stricto e originario, predominante era o criterio do *fim*.

8. Passemos a apreciar o crime *social*, como vem delineado na doutrina e na legislação.

A principio, em conceito vasto e indeterminado, se designava como *crime social* aquella que tinha por objecto proprio os interesses da collectividade, ou aquella em que publico era o damno immediato (n. 2). Dahi, por differenciação longamente operada, se originou a categoria dos crimes *políticos*, com objecto proprio, a organização politica do Estado.

Por ultimo, e ainda em elaboração, mas em contornos já nitidos, se delinearão os crimes sociaes, em accepção outra do que a primitiva, pela collaboração de SCHIRACH, STEIN, WAHLBERG e outros, pela occurrencia dos attentados anarchistas, autores e executores da chamada propaganda de facto, motivando uma legislação especial de repressão nos differentes paizes cultos. O crime social, cuja forma typica hodierna, é o attentado anarchista, é o que tem por objecto a vigente organização social, considerada em seus institutos fundamentaes, que são principalmente a família, a propriedade privada, a gestão privada da producção e da troca, a egualdade civil. E como a organização social, nos povos cultos, assenta nos mesmos fundamentos, dahi porque, muito mais do que no crime politico, no social o damno repercute, como dizia BLUNTSCHILI, um delicto contra o genero humano, offensa daquillo que os allemães definem como bem juridico internacional (LENZ).

Para completar a noção do crime, é preciso ter em vista o fim, a direcção de vontade delictuosa, que imprime no sujeito passivo o significado social, que o agente queria attingir. Assim, por exemplo, a morte de um rei é *delictum communi*, se commettida por vingança privada; é *delictum politico*, se commettida para mudar a forma do governo ou para transferir a corôa ao successor ou a outro principe; é *delictum social*, se commettida para ferir a sociedade hodierna em seu chefe e no seu centro symbolico, como fazem os anarchistas (FLORIAN). A repressão do crime assenta no meio illicito, fraudulento ou violento, por isso que a propaganda theorica para obter mudanças sociaes, mediante forma legal, não pôde constituir crime. O expendido extrema o crime social do politico, autorizando tratamento penal diverso, o que tem sido feito nos diversos paizes, por um systema de repressão rigoroso e de excepção, em certos pontos indo ao exaggero. A série de leis editadas contra a acção anarchista teve inicio com a lei ingleza de 10 de abril de 1883, proseguindo com a lei allemã de 9 de junho de 1884, a austriaca de 27 de maio de 1885, a dinamarqueza de 2 de novembro de 1886, as francezas de 29 de abril de 1892, de 12 e 18 de dezembro de 1893, e de 28 de julho de 1894, a hespanhola de 10-11 de julho de 1894, as suissas de 1º de abril de 1894 e de 30 de março de 1905, as italianas ns. 314, 315 e 316 de 19 de julho de 1894, a bulgara de 16 de abril de 1907, a argentina de 30 de junho de 1910, etc.

No Brazil sómente com o decr. n. 4.269 de 17 de janeiro de 1921 que apreciaremos adiante, se tratou da repressão do anarchismo.

Por aquellas leis, em que se inspirou a nossa, as fórmas delictuosas do anarchismo se reduzem ás seguintes:

a) O *attentado* com materias explosivas;

b) A *preparação* material, real ou presumida ou suspeita de tal crime; a preparação na fórma da *provocação* para delinquir geralmente ou para commetter delictos contra a pessoa ou a propriedade ou com materias explosivas, provocação punida independentemente do effeito, e a preparação na fórma da *apologia*, que é uma provocação indirecta;

c) A *associação* anarchista equiparada a associação de malfeitores, Nesses crimes, os cúmplices foram equiparados aos autores, e contra o principio da territorialidade do direito penal, algumas daquellas leis têm efficacia tambem quanto ás infracções commettidas no estrangeiro (leis allemã e ingleza), e contra o systema ordinario da competencia, os delictos em questão foram tirados do jury.

## II

### A REPRESSÃO DO ANARCHISMO NO BRAZIL

9. Ao Senado Federal em sessão de 1920, apresentou o senador por São Paulo, Dr. ADOLPHO GORDO, um projecto regulando a repressão do anarchismo, e a commissão de justiça e legislação julgando de opportuni-

dade, por isso que a nossa legislação penal não estava aparelhada dos meios de defesa correspondente ao grande perigo que podia occasionar sua invasão em nosso paiz, a exemplo de outros paizes, que se acautelaram a respeito, votando leis especiaes, acceptando o projecto, com modificações justificadas, apresentou-o á discussão e votação, sendo remettido á Camara dos Deputados, onde passando tramites regimentaes, recebeu emendas que vieram empeioral-o consideravelmente. Apreciando o projecto assim emendado, o Dr. ADOLPHO GORDO, no relatorio que apresentou ao Senado, aconselhou fosse approvedo pois tempo não havia para corrigir o projecto e necessidade se impunha das medidas legaes alli constantes, o que foi feito. Para a devida elucidação do assumpto, convem ter em vista o que expendeu aquelle senador:

“Confrontando-se as disposições do projecto do Senado, regulando a repressão do anarchismo, com as do substitutivo approvedo pela Camara dos Deputados, verifica-se o seguinte:

O projecto considera crimes: a provocação ao damno, furto, roubo, assalto, incendio, homicidio e á suppressão ou subversão da actual organização da sociedade ou de alguns de seus institutos legaes; a fabricação de bombas de dynamite ou de quaesquer outras materias explosivas, seu transporte ou emprego com o intuito de causar tumulto, alarme ou desordem ou de commetter algum dos crimes mencionados; concertarem-se duas ou mais pessoas para a execução de alguns dos mesmos crimes ou associarem-se para a sua pratica continuada, embora não sejam elles especialmente determinados; determina que nos referidos crimes, a tentativa é punida com as penas estabelecidas para os delictos consummados; considera provocação a apologia feita verbalmente ou por escripto, ou por qualquer outro meio de publicidade, nas ruas, theatros ou associações ou reuniões onde quer que funccionem, de todos os meios de acção directa para quaesquer dos fins acima indicados; commina pena especial para a provocação feita a militares, a praças e officiaes de policia, com o fim de induzil-os a desobedecer aos seus superiores e subleval-os contra as autoridades constituidas; reputa fabricadas ou conduzidas para fins criminosos as bombas e materiaes explosivos encontrados em poder de anarchistas ou agitadores conhecidos; eleva as penas dos crimes previstos nos arts. 136, 137, 138, 139, 141, 142, 144, 149 pr. e § 1º, 150, 152, 153, 326 a 329 do codigo penal, quando praticados por meio de bombas de dynamite ou de quaesquer materiaes explosivos; commina a pena de prisão por 8 a 20 annos, se, por effeito desses crimes, fôr posta em perigo a vida de alguém, e de 12 a 30 annos, se resultar a morte de uma ou mais pessoas; dispõe que se os crimes de homicidio e lesões corporaes forem praticados por meio de bombas de dynamite ou de quaesquer outras materias explosivas, serão punidos — no caso de homicidio, com a pena de prisão cellullar por 20 a 30 annos e nos casos dos arts. 303, 304 e § unico deste artigo, com a pena de prisão cellullar por 4 a 10 annos, por 6 a 15 e por 5 a 12 annos; eleva parao 1 a 2

annos as penas dos arts. 204, 205 e 206 do código penal, combinados com o decr. n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, e determina que a pena do art. 382 do código Penal será de 6 mezes a 1 anno e que no caso do § 2º do mesmo artigo, a pena será de 1 a 2 annos, e dá authorisação ao Governo para dissolver e impedir o funcionamento de sociedades civis e de syndicatos, tenham ou não personalidade jurídica, quando incorram em actos oppostos aos seus fins ou nocivos ao bem publico.

O substitutivo approved na Camara dos Deputados considera crime e pune os mesmos factos, mantendo a redacção de alguns artigos do projecto, modificando a de outros e fazendo desdobramentos.

Eis as principaes modificações feitas pelo substitutivo:

a) Quando na formidavel luta que os Estados modernos movem contra o anarchismo, promulgam numerosas leis especiaes; definindo os seus crimes e comminando penas severissimas, desde a de morte, o substitutivo reduz consideravelmente as penas instituidas no projecto para os factos graves e impõe penas severas para factos sem importancia.

Basta salientar que o projecto do Senado pune a provocação ao *crime de homicidio* com a pena de prisão celllular por 2 a 5 annos; com a pena de 3 a 8 annos, se é feita a militares, a praças e officiaes de policia, como pune a fabricação e emprego de bombas de dynamite com a pena de 3 a 8 annos de prisão celllular. Entretanto, o substitutivo da Camara dos Deputados pune o primeiro facto com a pena de 1 a annos, o segundo com a de 2 a 5 annos, e o terceiro — se se tratar de simples fabricação de bomba de dynamite, com a pena de 6 mezes a dois annos, se de tel-a feito explodir em edificios publicos ou particulares, ou nas vias publicas, com a pena de 1 a 4 annos.

Dispõe o art. 7.º do substitutivo:

“Provocar directamente pelos meios indicados no art. 1.º a pratica de crimes TAES COMO damno, depredação, incendio, roubo, e homicidio.”

A disposição é meramente exemplificativa, de modo que por aquella redacção outros crimes, além dos indicados, estão sujeitos á mesma pena estabelecida nesse artigo

O *desacato*, por exemplo. O código penal pune o desacato a qualquer autoridade ou o funcionario publico, com pena de 2 a 4 mezes de prisão celllular, enquanto que o substitutivo pune com 6 mezes a 2 annos de prisão celllular?

b) O art. 1.º do projecto do Senado está concebido nos seguintes termos: “Constituem crimes — “a provocação ao damno, furto, roubo, assalto, incendio, homicidio e á suppressão ou subversão da actual organização da sociedade ou de algum de seus institutos legaes.”

A Camara dos Deputados substituiu esse artigo pelo seguinte:

“Art. 1.º Provocar directamente por escripto, ou por qualquer outro meio de publicidade ou verbalmente em reuniões realizadas nas ruas, theatros, clubs, sédes de associações ou quaesquer lugares publicos ou franqueados

ao publico, a pratica de crimes taes como damno, depredação, incendio, homicidio, *com o fim de subverter a actual organização social*; pena, etc.”

E tendo-se em vista o art. 7.º do mesmo substitutivo, que diz: “provocar directamente, pelos meios indicados no art. 1.º a pratica de crimes *taes como damno, depredação, incendio, roubo, homicidio*; pena, etc”. verifica-se que o substitutivo desdobrou em duas a disposição do art. 1.º do projecto, additando a palavra — “provocar” —, e a palavra *depredação*, depois da palavra — “damno”

Determinou o substitutivo que a provocação deve ser “directa”. A Comissão de Justiça e Legislação do Senado deixou de declarar no texto do art. 1.º de seu projecto, que a provocação deve ser “directa”, por considerar desnecessaria tal declaração, accrescendo que, na opinião de ROLIN. “*a provocação indirecta pôde ser mais perigosa do que a directa, e o adverbio — méchanmant est inutile et nuisible.*”

A mesma commissão não se referiu, no mesmo artigo, á “depredação.., tambem por considerar tal referencia desnecessaria.

c) O projecto “não confunde” a provocação com a apologia: considerou tambem provocação a apologia feita verbalmente ou por escripto ou por qualquer outro meio de publicidade, nas ruas, theatros ou associações ou reuniões onde quer que funccionem, de todos os meios de acção directa para qualquer dos fins indicados no mesmo projecto.

“*L’apologia deve essere come la provocazione publica: ma é pensiero comune degli interprete, che l’apologia d’un crimine non sia altra cosa, in ultimo, che una provocazione indirecta a commettere tale crimine.*” (FLORIAN, *Trat. de Dir. Pen.*, cap. 5.º).

*Qu’est-ce, en effet, que l’apologie d’un attentat contre le meurtre, le pilage, l’incendie, la destruction d’un edifice. a l’aide d’engins explosifs, etc., si non la provocacion ou renouvellement d’actes de même nature?* (FABREGUETTES, II, pag. 269).

A Comissão de Justiça da Camara supprimiu por isso o seu substitutivo, não reproduz a disposição do projecto do Senado reputando “*fabricadas ou conduzidas para fins criminosos, as bombas ou materias explosivas, encontradas em poder de anarchistas ou agitadores conhecidos*”.

Entretanto, a lei allemã, de 9 de junho de 1884, considera delicto a posse ou detenção de materias explosivas, quando as *circunstancias não demonstram* que essa posse tem um fim licito; a lei franceza, de 18 de dezembro de 1893, eleva a delicto a mesma detenção. *sem permissão e sem legitimos motivos*, de machinas explosivas e de outras materias explosivas, e a lei suissa de 1 de abril de 1894 tambem considera delicto a detenção ou posse de materias explosivas “*con intensione diversa da quella d’impedire un delitto quando l’agente debba pressumere che sieno distinate a commettere delitti contro le persona o la proprietè*”.

*Qui, dunque, é elevado a reato, il sospeto ed invertendo il comune onere dela prova, si pone una presunzione juris tantum di reato* (FLORIAN, *obr. e log* citados.)

e) O art. 3.º do projecto do Senado commina determinadas penas para os crimes de homicidio e de lesões corporaes praticadas por meio de bombas de dynamite ou de quaesquer outras materias explosivas.

A Comissão de Justiça da Camara dos Deputados foi de parecer que era *“melhor substituir os arts. 2.º e 3.º do projecto por um, considerando como circumstancia aggravante, entre as enumeradas no Codigo Penal — ter o delinquente commettido o crime por meio de bombas de dynamite ou de qualquer outra materia explosiva.”*

Não consta, entretanto, do substitutivo, disposição alguma nesse sentido e nem foi reproduzida aquella disposição.

f) O art. 4.º do projecto considera crimes — concertarem-se duas ou mais pessoas para a execução de alguns dos crimes mencionados no mesmo projecto, ou associarem-se para a sua pratica continuada, embora não sejam elles especialmente determinados, sob a pena de prisão cellular, por “1 a 5 annos”. O substitutivo reduz a pena de 6 mezes a 2 annos.

g) Dispõe o projecto no art. 10:

I. Quando alguma pessoa fôr encontrada fazendo a provocação, a que se refere o n. I do art. 1.º.

II. Quando qualquer pessoa fôr encontrada trazendo consigo bomba ou materiaes explosivos para os fins de que trata o n. II do mesmo artigo.

III. Quando na residencia de alguém fôr descoberta alguma dessas bombas ou materias explosivas, ou quaesquer substancias proprias para fabrical-as clandestinamente e para fins criminosos.”

E' evidente dos proprios termos desta disposição, a sua grande conveniencia.

Pois bem: a Comissão de Justiça da Camara dos Deputados, com o fundamento de que as duas disposições dos ns. 1 e 2 são inuteis e de que a de n. 3 é “perigosa”, suprimiu todo o artigo!

h) O projecto, enumerando os factos criminosos que são da competencia da justiça Federal, diz na letra c do art. 9.º: “Quando praticado contra funcionarios ou autoridade federal ou contra corporações que exerçam funcções federaes ou poderes politicos.

No substitutivo a disposição é a seguinte: “quando praticados contra funcionario federal, em acto ou por motivo do exercicio de suas funcções”.

i) Estabelecendo o projecto a competencia dos Juizes de Direito da comarca, para, no Districto Federal, no Territorio do Acre e nos Estados, processarem e julgarem os crimes previstos no projecto, mas não referidos no artigo 9.º, a Camara substituiu essa disposição pela seguinte:

“§ 1.º Nos demais casos serão da competencia para o processo e julgamento:

a) no Districto Federal os juizes de direito do crime, observado o disposto nos arts. 265 e 266. do decreto n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911;

b) no Territorio do Acre, os juizes de direito do crime, observado o disposto no art. 347, do decreto n. 9.831, de 13 de outubro de 1912.

§ 2.º Nos Estados o processo e o julgamento serão feitos nos termos e na conformidade das respectivas leis.”

Certo, em face da Constituição Política, ficou reservado aos Estados a competencia para as leis de processo e organização judiciaria, em materia civil, commercial e criminal, mas elevados interesses de ordem publica e a necessidade de ser garantida a execução de uma disposição de direito substantivo exigem algumas vezes que seja ella unida á de uma outra de direito processual.

O art. 826 do cod. civil dispõe que a execução do immovel hypothecario far-se-ha “por acção executiva”; a lei cambial n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, contém disposições de processo, tambem contém e em grande numero, a lei de fallencias; a lei eleitoral dá attribuições aos juizes e tribunaes dos Estados, etc., etc.

E quando aquella disposição só fosse valida para o Districto Federal e Territorio do Acre, valeria, pelo menos, como sua suggestão aos Estados. Ninguem desconhece a necessidade de dar-se competencia aos juizes de direito para o julgamento dos crimes de anarchistas.

“Em face do exposto é manifesto que a commissão de justiça e legislação poderia aconselhar ao Senado a rejeição do substitutivo da Camara dos Deputados.

Esse procedimento, porém determinaria a volta do projecto áquella Casa do Congresso e como faltam apenas dous dias para o encerramento da actual sessão, evidentemente o projecto não poderia ser convertido em lei no corrente anno.

E sendo indispensavel a lei porque o Brazil é um dos unicos paizes do mundo que até hoje não tem uma lei que regule a repressão do anarchismo, a Commissão é de parecer que o Senado approve o substitutivo, protestando offerecer mais tarde, um projecto modificando algumas de suas disposições.”

Sanccionado o projecto, se converteu no decr. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921. Na sua integra, é assim concebido o decreto legislativo:

ART. 1.º Provocar directamente por escripto ou por qualquer outro meio de publicidade, ou verbalmente em reuniões realizadas nas ruas, theatros, clubs, sédes de associações, ou quaesquer logares publicos ou franqueados ao publico, a pratica de crimes taes como damno, depredação, incendio, homicidio, com o fim de subverter a actual organização social:

Pena: prisão cellular por um a quatro annos.

ART. 2.º Fazer pelos meios indicados no artigo antecedente a apologia dos crimes praticados contra a actual organização social, ou fazer, pelos mesmos meios, o elogio dos autores desses crimes, com o intuito manifesto de instigar a pratica de novos crimes da mesma natureza:

Pena: prisão cellular por seis mezes a um anno.

ART. 3.º Si a provocação de que trata o artigo 1.º fôr dirigida directamente a militares, praças ou officiaes de corporações militarizadas da União ou dos Estados, ou si a apologia ou o elogio de que trata o artigo 2.º foren:



feitos perante os mesmos militares, praças ou officiaes de corporações militarizadas da União ou dos Estados:

Pena: prisão cellular, no caso da provocação, por dous a cinco annos; no caso da instigação por um a dois annos.

ART. 4.º Fazer explodir em edificios publicos ou particulares, nas vias publicas ou logares franqueados ao publico, bombas de dynamite ou de outros explosivos eguaes ou semelhantes em seus efeitos aos da dynamite:

Pena: prisão cellular por um a quatro annos.

ART. 5.º Collocar, nos logares indicados no artigo anterior, bombas de dynamite ou de outros explosivos eguaes ou semelhantes em seus efeitos aos da dynamite:

Pena: prisão cellular por seis mezes a dois annos.

ART. 6.º Fabricar bombas de dynamite ou de outros explosivos eguaes ou semelhantes em seus efeitos, aos da dynamite, com o intuito de causar tumulto, alarma, ou desordem, ou de commetter alguns crimes indicados no artigo 1.º ou de auxiliar a sua execução:

Pena: prisão cellular por seis mezes a dois annos.

ART. 7.º Provocar directamente, pelos meios indicados no artigo 1.º a pratica de crimes taes como damno, depredação, incendio, roubo ou homicidio:

Pena: prisão cellular por seis mezes a dois annos.

ART. 8.º Concertarem ou associarem-se duas ou mais pessoas para a pratica de qualquer dos crimes indicados no artigo 1.º.

Pena: prisão cellular por seis mezes a dois annos.

ART. 9.º Nos crimes definidos no codigo penal, nos arts. 204 e 382 e no decreto n. 1.162, de 12 de setembro de 1890, artigo 1.º, ns. 1 e 2, as penas serão de: prisão cellular por tres mezes a um anno.

§ UNICO. Si forem falsas as declarações a que se refere o § 1.º do art. 382, do codigo penal e a sociedade tiver fins oppostos á ordem social, a autoridade policial fará dispersar a reunião e os chefes e directores soffrerão a pena de um a dois annos de prisão cellular.

ART. 10. Os crimes de lenocinio capitulados na lei n. 2.992 de 25 de setembro de 1915, são inafiançaveis.

ART. 11. Si os crimes previstos nos artigos 136, 137, 138, 139, 141, 142, 144, 149, princ. e §§ 1.º, 150, 152, 153, 326 a 329, § 2.º, todos do Codigo Penal, forem praticados por meio de bombas de dynamite ou de outros explosivos eguaes ou semelhantes em seus efeitos aos da dynamite:

Pena: prisão cellular por dois a oito annos.

ART. 12. O governo poderá ordenar o fechamento, por tempo determinado, de associações, syndicatos e sociedades civis quando incorram em actos nocivos ao bem publico

§ 1.º Ao Poder Judiciario compete, porém, decretar a dissolução em acção propria, de forma summaria, promovida pelo Ministerio Publico.

§ 2.º O acto do governo será fundamentado e expedido pelo Ministerio

da Justiça e Negocios Interiores si a sociedade, associação ou syndicato funcionar no Districto Federal ou no Territorio do Acre.

ART. 13. Serão da competencia da Justiça Federal e processados e julgados de conformidade com as disposições da lei numero 515, de 3 de novembro de 1898, os crimes previstos nesta lei:

- 1.º quando tiverem por fim a subversão da actual organização social;
- 2.º, quando prejudicarem um bem publico federal ou particular, que esteja sob a guarda, deposito ou administração do Governo Federal;
- 3.º, quando praticado contra funcionario federal, em acto, ou por motivo de exercicio de suas funcções;
- 4.º, nas hypotheses do artigo 3.º desta lei;

1.º Nos demais casos são competentes para o processo e julgamento:

a) no Districto Federal, os juizes de direito do crime, observado o disposto nos artigos 265 e 266, do decreto n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911;

b) no Territorio do Acre, os juizes de direito do crime, observado o disposto no artigo 347, do decreto n. 9.831, de 13 de outubro de 1912.

§ 2.º Nos Estados o processo e o julgamento serão feitos nos termos e na conformidade das respectivas leis.

ART. 14. Revogam-se as disposições em contrario.

Vid. ns, 61 e 93. O art. 12 foi alterado pelo art. 2.º do Decr. legislativo n. 5.221, de 12 de agosto de 1927, pela seguinte forma:

ART. 2. O art. 12 da lei n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921 fica substituido pelo seguinte:

“O Governo poderá ordenar o fechamento, por tempo determinado, de agremiações, syndicatos, centros ou sociedades que incidam na pratica de crimes previstos nesta lei ou de actos contrarios á ordem, moralidade e segurança publicas, e, quer operem no estrangeiro ou no paiz, vedar-lhes a propaganda, impedindo a distribuição de escriptos ou suspendendo os órgãos de publicidade que a isto se proponham, sem prejuizo do respectivo processo criminal.

§ 1.º Ao poder judiciario compete decretar-lhes a dissolução em acção propria, de forma summaria, promovida pelo Ministerio Publico.

§ 2.º O acto do Governo será fundamentado e expedido pelo Ministro da Justiça e Negocios Interiores.

---

Em seu livro recentemente publicado — *Problemas de direito penal e de psychologia criminal*, o Dr. EVARISTO DE MORAES aborda a questão do anarchismo e da reacção social com muita erudição e acuidade de vistas, á parte certo radicalismo. Quanto á repressão e critica ao então projecto, em discussão na Camara dos Deputados. E' um bello capitulo, dentre outros de valor daquella excellente obra.

## 10. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. São crimes *políticos* de competência dos juizes e tribunaes *federaes* (art. 60, letr. *i* da Const. Federal e art. 15, letr. *i* do Decr. n. 848, de 11 de outubro de 1890) *os que se acham previstos* nos arts. 87 a 123 do cod. penal, e arts. 47 a 55 da Lei n. 35 de 26 de janeiro de 1892. Não é delicto de natureza *política* o attentado contra a pessoa do Presidente da Republica *em occasião diversa daquella* em que se achasse exercendo *qualquer* de suas attribuições constitucionaes, taxativamente declaradas no art. 48 e paragrafos da Constituição Federal. Embora seja politico o *movel* desse attentado, não é este um crime politico, pois o *movel só qualifica o delicto quando* constitui o *dolo especifico* de sua respectiva *definição* legal (*Ac. de 16 de fevereiro de 1898*).

Este accordam, que é referente ao attentado de 5 de novembro de 1898 contra o Presidente da Republica, contem principios inacceptaveis, e assim notados por JOÃO VIEIRA.

Em primeiro lugar, os crimes previstos nos arts. 118 a 123 (ajuntamento ilícito e sedição) não são *políticos*, nem em face dos principios geraes do direito, nem do Decr. n. 848 de 1890, embora a Lei n. 221, de 1894, art. 20, n. II, considere da competência do jury federal a *sedição*.

Em segundo lugar, ainda mesmo no momento de exercitar as suas attribuições constitucionaes, o crime *contra a pessoa* do Presidente da Republica, isto é, contra a sua vida ou integridade physica e psychica, não é crime *politico*. Já pelo cod. anterior o *regicidio* não era crime politico.

O terceiro principio só pôde ser acceito tendo-se em vista tambem o direito lesado, isto é, o direito da maioria dos cidadãos á manutenção da organização politica por elles querida.

O Tribunal variou de jurisprudencia, excluindo da classe de crimes politicos, a sedição e o ajuntamento ilícito, como se vê do accordam referido infra, n. V.

II. Os crimes eleitoraes são de natureza politica (*Accs. ns. 2.795 e 2.800 de 22 de dezembro de 1909*).

III. Quando o crime commum é connexo com o delicto politico prevalece a competência para o julgamento deste ultimo (*Accs. ns. 2.795 de 22 de dezembro de 1909, 2.962 de 26 de outubro de 1910, e 252 de 16 de dezembro de 1911*).

IV. O art. 83 da lei n. 221 de 20 de novembro de 1894 foi expressamente revogado pelo art. 4 da lei n. 1.939 de 28 de agosto de 1908 (*Accs. ns. 2.795 e 2.800 de 22 de dezembro de 1909, 3.042 de 17 de junho de 1911, e 3.143 de 27 de janeiro de 1912*).

V. Segundo a lição dos criminalistas, são crimes politicos os que attentam contra a ordem publica interna ou externa do Estado, isto é, os previstos

nos arts. 87 a 118 e 165 a 178 do cod. penal, os definidos no decr. n. 848 de 1890 e n. 221 de 1894 (*Acc. n. 3.108 de 25 de outubro de 1911*).

VI. O nosso legislador, como o de todas as nações cultas, não definiu o crime politico, pelo que se deve recorrer á doutrina. No seu *Poder Judiciario*, § 51, PEDRO LESSA aceita, a respeito como a mais geralmente seguida, a lição de FLORIAN (*Trattato di Diritto Penale*, vol. 2.º, parte 1.ª, cap. IV, § 2.º, p. 54), segundo a qual, distinguindo-se no Estado, a *materia* (soberania em dado territorio e independencia) e *forma* (organismo politico e administrativo), é crime politico o que ataca directamente este organismo politico, por meio violento ou fraudulento e com escopo politico.

Segundo ainda a generalidade da doutrina, incluem-se entre os crimes politicos, os ataques aos direitos politicos dos cidadãos (obr. cit. cap. IV, ps. 51 a 119). Foi este conceito, salvo o attinente á fraude, o que foi adoptado pelo nosso legislador, quando, no liv. 1 tits. 1 e 2, do Cod. Penal, delineou as figuras dos crimes politicos. Não padece duvida que o crime politico é um crime formal, isto é, que se consumma independentemente da obtenção do evento visado e querido (FLORIAN, obr. cit., p. 107), mas é igualmente fora de duvida que, para constituil-o, não bastam actos meramente preparatorios, e faz-se mister constituam estes um principio de execução — FLORIAN, obr. cit., ps. 103 a 105 e 119. GARRAUD, *Tr. de Droit Penal Français*, tom. 3, n. 376. IV, p. 371 da 1.ª edição (*Accord.*, de 21 de maio de 1926).

## CAPITULO I

### DOS CRIMES CONTRA A INDEPENDENCIA, INTEGRIDADE E DIGNIDADE DA PATRIA

**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:

§ 1.º. Entregar de facto ao inimigo interno ou externo, qualquer porção de territorio possuido ou occupado pela nação, ou coisa sobre que a mesma tenha dominio ou posse, dispondo de sufficientes meios de defesa e resistencia;

§ 2.º. Auxiliar alguma nação inimiga a fazer guerra, ou a commetter hostilidades contra a Republica, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições e meios de transporte;

§ 3.º. Revelar a nação 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;

§ 4.º Dar entrada e auxilio e expiões ou emissarios inimigos mandados a espiar as operações de guerra da Republica, conhecendo -os como taes:

Pena — de prisão por cinco a quinze annos.

Art. 88. — Provocar, directamente ou por factos, uma nação estrangeira a mover hostilidades ou declarar guerra á Republica:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.

§ 1.º Si seguir-se a declaração de guerra:

Pena — de prisão cellular por cinco a quinze annos.

§ 2.º Si para não se verificar a guerra, decretada 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 quinze annos.

Art. 89. Tomar armas o cidadão brasileiro contra a Republica, debaixo de bandeira inimiga:

Pena — de prisão cellular por dois a quatro annos.

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 cellular por dois a quatro annos.

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 quinze annos.

§ unico. Si a deserção não fôr para o inimigo:

Pena — de prisão cellular por dois a dez annos.

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 superiores:

Pena — de prisão cellular por cinco a quinze annos.

Art. 93. Se os crimes dos dois precedentes artigos forem commettidos em tempo de paz e em qualquer logar do territorio nacional:

Pena — de prisão cellular por dois a seis annos.

§ unico. A pena será applicada com augmento da terça parte, si a deserção fôr para paiz estrangeiro.

**Art. 94.** Dar, em tempo de guerra, asylo ou transporte a desertores, conhecendo-os como taes:

**Pena** — de prisão cellullar por trez a nove annos.

Si em tempo de paz:

**Pena** -- de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

**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 cellullar por seis mezes a um anno e multa do decuplo do valor dos objectos comprados.

**Art. 96.** Transgredir as ordens e decretos do governo que prohibirem, no territorio onde tiverem logar operações de guerra, publicações e reuniões que poderem favorecer o inimigo ou excitar a desordem:

**Penna** — de prisão cellullar por dous a seis mezes.

**Art. 97.** Alliciar, sem auctorização do governo, gente para o serviço militar de um paiz estrangeiro:

**Pena** — de prisão cellullar por um a dous annos.

**Art. 98.** Violar tratados legitimamente feitos com as nações estrangeiras:

**Penna** — de prisão cellullar por seis mezes a quatro annos.

**Art. 99.** Violar a immuidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros:

**Penna** — de prisão cellullar por um a dous annos.

**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 cellullar por seis mezes a um anno.

**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 cellullar por um a seis annos.

**Art. 102.** Entrar jurisdiccionalmente em paiz estrangeiro sem autoridade legitima:

**Pena** — de prisão cellullar por seis mezes a quatro annos.

**Art. 103.** Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effeceiva:

**Pena** — de prisão celllular por quatro mezes a um anno.

§ unico. Si este crime fôr 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 regimen:

**Pena** — aos chefes — de prisão celllular por um a seis annos, — aos outros membros — por seis mezes a um anno.

**Art. 104.** Exercitar a pirataria — e este crime julgar-se-á commettido.

§ 1°. Praticando no mar qualquer acto de depredação e violencia, contra brasileiro 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 alguem, por meio de fraude ou de 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.º Oppondo-se alguem, por ameaças ou por violencia, a que o commandante ou tripulação do navio o defenda em occasião de ser atacado por piratas, ou por inimigos:

**Pena** — de prisão celllular por cinco a quinze annos.

§ 6°. Aceitando carta de corso de governo estrangeiro sem competente autorização:

**Penna** — de Prisão celllular por dous a seis annos.

**Art. 105.** Pena igual á estabelecida para os cinco primeiros paragraphos do artigo antecedente se imporá:

§ 1.º Aos estrangeiros que commetterem contra navios brasileiros depredações ou violencias em tempo de guerra, sem estarem munidos de carta de corso;

§ 2.º A todo commandante de embarcação que commetter hostilidade debaixo da bandeira que não seja da nação de que tiver recebido carta de corso.

**Art. 106.** Tambem commetterá crime de pirataria:

§ 1.º 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 doze annos; ás pessoas da equipagem — de dous á seis annos.

§ 2º. 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;

§ 3º. Todo o commandante de navio armado que trazer documentos passados por dois ou mais governos differentes.

Pena — de prisão cellullar por seis a doze annos.

DECR. N. 4.743, DE 31 DE OUTUBRO DE 1923

Art. 2º. A publicação de segredos do Estado é punida com a pena de prisão cellullar por um a quatro annos, tambem applicavel no caso de notícias ou informações relativas á sua força, preparação e defesa militar, si taes noticias ou informações puderem de algum modo influir sobre a sua segurança externa ou despertar rivalidades ou desconfianças perturbadoras das boas relações internacionaes.

§ unico. E' entretanto, permittida a discussão e critica si tiver por fim esclarecer e preparar a opinião para as reformas e providencias convenientes ao interesse publico, contanto que se use de linguagem moderada, leal e respeitosa.

Art. 3º. A offensa feita pela imprensa ao Presidente da Republica no exercicio de suas funções ou fóra d'elle, e a algum soberano ou chefe de Estado estrangeiro, ou aos seus representantes diplomaticos, quando não revista caracteres da calúnia ou injuria, é punida com a pena de prisão cellullar, por tres a nove mezes e multa de 4 contos a 20 contos de réis.

11- As diversas figuras delictuosas, previstas nestes artigos, se referem ao Estado, considerado em suas condições existenciaes, isto é ao *territorio*, porção da superficie terrestre onde, sem contradicção, exerce seu poder, e a *independencia*, que é a propria soberania, ou como diz LAFAYETTE, a inteira e completa liberdade de que goza o Estadô, tanto no governo de seus negocios internos, como na direcção de suas relações exteriores. E' com estas condições fundamentaes que o Estado assume uma *individualidade*, uma *personalidade juridica* em face dos outros Estados, e é nesse aspecto que se outorga a protecção penal, punindo-se os factos tendentes a sujeitar o territorio, ou parte d'elle ao *dominio estrangeiro*, que comprehende não só a completa sujeição, como tambem a simples dependencia como *tributariô* ou *vassallo*, ou factos tendentes a quebrantar ou enfraquecer a sua independencia e integridade, entre os quaes estaria o *protectorado*.

O codigo comprehende tambem neste capitulo factos delictuosos contra a dignidade da patria, dest'arte assegurando attributo moral de transcendente valor, essencial ao conceito da personalidade.



Encarando-se em sua feição synthetica essas diversas modalidades delictuosas, para accentuar seus elementos essenciaes, é de notar, quanto ao sujeito activo, que, imperante a configuração do crime *lesae majestatis*, tinha-se como requisito o vinculo de nacionalidade, a qualidade de subdito. Uma melhor apreciação do crime e razão de sua repressão levou a rejeitar esta opinião, admittindo-se tambem, em regra, que agente podia ser tambem o estrangeiro. Se é exacto que o cidadão, pelos vinculos naturaes que o prendem á patria, se revela de accentuada perversidade com attentar contra suas condições existenciaes, não menos temivel ou perverso se revela o estrangeiro que commette tal delicto, com isso abusando da hospitalidade que recebe no paiz que offende, e que o protege como a seus naturaes. Pouco importa, por ser mero accidente, que no momento consummativo do crime, o seu agente, estrangeiro, esteja fôra do paiz, pois o principio da solidariedade das nações autorisa a repressão, e esta se impõe diante da gravidade do caso, em jogo estando as condições de existencia do Estado.

E neste é que a repressão se deve verificar, porque ahi é que se opera a violação do direito, com o damno ou a situação de perigo, firmando assim a natural jurisdicção.

Nem deve ser esta suppletiva, o Estado offendido ficando na dependencia de protecção alheia, cabendo-lhe o direito de processar e julgar o delinquento, embora já o tenha sido em paiz estrangeiro, não se incidindo na regra do *non bis in idem*, pois só prevalece com relação a sentenças proferidas pela justiça do paiz.

Tal a regra reconhecida expressamente pela nossa lei sobre extradição, de n. 2.416, de 28 de junho de 1914, art. 14, § 2.º, que apenas manda computar no tempo da pena, a prisão que no estrangeiro tiver, pois taes crimes, sido executada, deixando firmado no art. 13, § 2.º que o estrangeiro pôde ser agente desses crimes. Ficou assim dissipada qualquer duvida que a respeito podia ocorrer diante do termo — *patria* — empregado pelo codigo na rubrica deste capitulo, aliás tambem empregado no codigo italiano, tit. I. cap. I. do livr. II, o que não impediu que a maioria de seus commentadores sustentasse a admssibilidade do estrangeiro como delinquento dos crimes em questão (Tolomei, Borciani, Barsanti, Florian, etc.). É de notar, porém, que a qualidade de cidadão é exigida expressamente nos arts. 89 e 103 e implicitamente nos casos de traição militar ou diplomatica, exercendo o agente cargos que impliquem a qualidade de brasileiro nato ou naturalizado.

Quanto ao elemento subjectivo, isto é, o *dolo*, este nada tem de peculiar no caso, consistindo, consoante a regra geral do art. 24, na intenção criminosa, ou na vontade e consciencia de praticar acção contraria á independencia, integridade ou dignidade da patria.

Se na *L. II Dig. ad Lege. Jul. Maj.*, se requeria o *animus hostilis*, com esta expressão, diz Borciani apenas se queria assignalar que naquelle que offendia a segurança da republica, attendendo contra sua existencia, só

podia attribuir o proposito de um inimigo, ao passo que nos outros crimes, a intenção por má que fosse não se podia equiparar a de um verdadeiro e proprio inimigo. *In civilibus dissensionibus*, diz ULPIANO, *quamvis sæpe per eas respublica lædatur, non tamen in exitium reipublicæ contenditur*.

Não é admissivel a allegação da *boa fé*, para eximir da responsabilidade, o dolo advindo do acto voluntario de attentar contra a independencia, a integridade e a dignidade da patria.

Que valeria ao incendiario, pergunta BORCLANI, asseverar que tocou fogo a uma casa velha e estragada com o fim de constringer o proprietario a construir outra e assim impedir perigos e damnos a saude dos inquilinos? O mesmo valor teria a escusa de boa fé allegada por quem attentasse contra a segurança do Estado, com o fim de constituir outro e melhor do que o actual.

Quanto ao elemento objectivo material, tendo em consideração de que nos crimes contra o Estado, se fosse esperado o resultado visado pelo agente, a punição não teria logar, ou difficilmente seria effectiva, procurou-se determinar por outra forma o momento consummativo do crime.

Em face da suprema necessidade da repressão, posta em evidencia pela sentença de CATÃO, que a proposito da conjuração de CATILINA, proferiu no Senado romano — “*cætera (crimes communs) tum persequere ubi facta sunt: hæc (crime contra o Estado) nisi provideris ne accidat, ubi evenit frustra judicium implores*”; de outro lado pelo texto da L., 5 Cod. *ad L. Jul. Maj.*, que resava — *eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt*, que se prestava a diversas interpretações as mais rigorosas e literaes foram buscadas pelos servidores do poder, chegando-se a fundar a punição em simples actos preparatorios e até no pensamento. Derimida não ficou a controversia com a reacção da figura do *attentado*, cujo conteúdo diversificava segundo os codigos que a adoptaram, para uns equiparada á tentativa (codigo francez, belga, sardo), para outros consistente em acto preparatorio proximo á execução (codigos das Duas Sicilias, de Parma, de Piacencia e Estenie). O nosso codigo de 1830, art. 68, comprehendia as duas modalidades da tentativa e da consumação sem outra elucidação, estatuindo: “Tentar directamente e por factos destruir a independencia ou a integridade do Imperio”, e na segunda parte: “Se o crime se consummar”. O texto parecia referir-se á consummação no sentido de producção do resultado material, o que sobresahe ainda do projecto de VASCONCELLOS, que no art. 313, estatua: “A consummação do delicto será punida com a pena de morte, logo que ser possa”. Reputando absurda tal intelligencia, pois a consummação importava em deixar de existir a nação, e assim inexistente o poder que poderia applicar a disposição legal, THOMAZ ALVES tomava o termo — *consummação*, no sentido subjectivo, assumindo, então, o facto a configuração do *crime falho*, modalidade aliás não cogitada pelo codigo.

Esta intelligencia não está longe da doutrina que ora constitue a *opinio communis* no assumpto. Effectivamente, considera-se o crime contra o *Estado* como um *crime formal*, que se consumma com a pratica do acto incriminado,

independentemente das consequencias que poderiam advir, por isso que o acto sómente esgota plenamente o extremo objectivo do crime, a violação do direito que o Estado tem de não ser ameaçado na propria segurança. Esse acto deve ser executivo, proximo e de idoneidade pelo menos relativa. Quanto á tentativa, se uns autores a reputam possível, desde que no *itineris criminis* se distinga o acto executivo remoto ou inicial do acto executivo proximo da consummação (FLORIAN, NOCITO, BARSANTI), outros consideram esta distincção de difficil actuação, argumentando que ou foram praticados factos univocamente dirigidos a sujeitar o Estado ao dominio estrangeiro, e então temos o crime consummado, ou ao contrario não se trata de factos, mas de simples palavras ou factos não dirigidos immediatamente ao fim visado, e então teremos actos simplesmente preparatorios, que escapam á punição, salvo se constituirem de per si crimes especiaes (BORCIANI, LUCCHINI, etc.). E' uma questão a resolver em cada caso concreto.

12. Na qualificação dos crimes deste capitulo, o codigo tomou como fonte o anterior codigo, mas em vez de sanar-lhe as lacunas, corrigir-lhe os defeitos, tendo em vista o progresso da sciencia penal, as necessidades sociaes, manteve o que estatuiu o velho codigo, e nos pontos que modificou ou innovou, o fez para peor, deixando sem satisfação o que reclamava a nova ordem de coisas do paiz. Desde logo se verifica a falta de orientação technico-juridica no art. 87. onde se reuniram factos diversos, na configuração e na gravidade, subordinados, entretanto, á mesma penalidade. Effectivamente, o corpo do artigo, teve como fonte o art. 68 do codigo anterior, com a suppressão da segunda parte referente á consummação, e adjuncção do facto relativo ao quebramento da independencia e integridade. Os §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º têm como fontes respectivamente os arts. 76, 71 e 72 do anterior codigo, que por se tratar de factos de gravidade diversa, comminava penas tambem diversas, como prisão com trabalho por 2 a 18 annos, prisão perpetua com trabalho no grão maximo, por 15 annos no medio e 8 annos no minimo, e prisão com trabalho por 20 a 6 annos.

Além de amalgamar todos esses factos em uma só disposição, impoz-lhes a mesma pena, reduzida quinze annos no maximo, quando alguns delles são gravissimos, visando a morte ou destruição da nação!

Não é tudo, neste mesmo capitulo, que cogita dos attentados contra a segurança externa da nação, inclue factos delictuosos contra Estados estrangeiros (arts. 98, 99, 100 e 102), que deviam occupar secção diversa, na perfeita technica legislativa. A distribuição da materia não obedece a ordem logica, factos affins, que podiam ser qualificados em uma disposição, dispersos entre outros diversos.

Tenha-se em vista ainda que lacunas sensiveis encerra o codigo, deixando de qualificar factos delictuosos, ou qualificando imperfeitamente diversas infracções.

Para boa ordem na exposição e critica, vamos enfechar as figuras delictuosas deste capitulo em grupos, tendo em vista sua affinidade, e que assim podem ser dispostos:

- 1.º Attentados contra a integridade e independencia da patria (artigos 87 e § 1.º).
- 2.º Traição diplomatica (arts. 87, § 3.º e 101).
- 4.º Crimes contra Estados estrangeiros (arts. 98, 99, 100 e 102).
- 5.º Pirataria (arts. 104, 105 e 106).

1) Attentados contra a integridade e independencia da patria

13. No corpo do art. 87, ha duas hypotheses a considerar.

a) *Sujeitar o territorio da Republica, ou parte delle ao dominio estrangeiro.* Tomando como fonte o art. 68 do codigo anterior, mas eliminando-lhe a segunda parte, referente á consummação, o legislador considerou como perfeito o crime desde que assumisse a configuração de tentativa, neste ponto innovando para melhor, porque se fosse admittida a consummação no sentido de producção do resultado material, desapparecida a nação com a sua sujeição ao dominio estrangeiro, a repressão não se tornaria possível. Como já tivemos occasião de mostrar (n. 11), trata-se de um crime *formal*, para cuja integraçào bastante é a pratica de *actos de execuçào, proximos* e pelo menos relativamente *idoneos* ou aptos para realizaçào do objectivo criminoso.

E' o que diz o texto legal — *tentar, directamente e por factos*, que o agente pratique actos materiaes, isto é, movimento corporal com mutaçào no exterior, tendentes, por sua direcçào a sujeitar o *territorio* da Republica, ou parte delle ao dominio estrangeiro, isto é á sujeição completa ou simples dependencia, como *tributario* ou *vassallo*, como seriam o conluio com o estrangeiro, a venda do territorio, o incitamento da propaganda pela imprensa. O codigo italiano. art. 104, usa de expressào equivalente, dizendo: *chiunque commette un fatto diretto a sottoporre lo Stato o una parte di esso al dominio stranero...* E nas discussões parlamentares ficou assente que se tratava de actos executivos, segundo os principios reguladores da tentativa, figura esta não *incriminavel* no caso, por isso que constituia já a integraçào do crime (*Rel., de ZANARDELLI, de CANONICO, MANZINI, FLORIAN, etc.*).

Assim, deixam de ser *incriminadas* as opiniões, as discussões, etc., salvos os casos em que os actos preparatorios são erigidos em delictos especiaes. O codigo falla em *dominio estrangeiro*, e assim deixa de ser *incriminada* a incorporaçào violenta de um Estado federado ou de parte de seu territorio a outro Estado federado, caso não previsto, e inexplicavelmente em se tratando de uma federaçào.

b) *Quebrantar ou enfraquecer a sua independencia e integridade.* é a segundo hypothese do art. 87.

Destacada como se acha, pela pontuação, esta proposição da anterior, que forma a primeira parte do artigo, não deixa de ser vaga, não definindo o delicto, com indicar seus elementos integrantes. É preciso relacionar-as, como se acham no código italiano, art. 104, que parece ter sido a fonte dessa segunda modalidade delictuosa, não prevista no nosso código de 1830. No código italiano diz: “*commette un fatto diretto a sottoporre lo Stato o una parte de esse el dominio straniero, ovvero a menomarne l'indipendenza e a discioglierne l'unità*”. A *unidade* a que se refere aqui tem uma significação histórica, peculiar, á Italia, a sua integração, após lutas porfiadas e seculares, conquista que o legislador quiz assegurar pela comminação e execução penal. Sustentam os commentadores que o delicto podia se verificar, ou pela separação de parte do territorio para constituir um Estado soberano, hypothese verificavel por exemplo, pela tentativa da reconstituição do Estado Pontificio, ou pela instauração de uma confederação de Estados italianos, no caso em que mantida a unidade nacional, não seria a *do Estado, tal qual existia ao promulgarem-se o código* (NOCITO, TUOZZI, LANZA, FLORIAN, MANZINI). No nosso caso não se verificando a razão histórica, que o legislador italiano teve em consideração, outra preocupação não podia ter o nosso legislador senão assegurar a integridade da Republica, pela *união perpetua e indissoluvel dos Estados federados, que a constituíam*, contra movimento separatista. Já no projecto de constituição elaborado pelo Governo Provisorio, já na Constituição decretada pelo Congresso Nacional, art. 1.º se consignou aquella formula, vendo-se na federação, como foi formada em 1889, meio efficaz de garantir a unidade nacional, e na Lei n. 30 de 8 de janeiro de 1892, art. 4.º, se qualificou especialmente como de responsabilidade do Presidente da Republica: “*Tentar directamente e por factos submeter a União ou algum dos Estados que della fazem parte ao dominio estrangeiro, ou separar da União qualquer Estado ou porção do territorio nacional*”. Assim, a segunda modalidade delictuosa, prevista no art. 87, se verifica na seguinte forma — Tentar, directamente e por factos, quebrantar ou enfraquecer a independencia e integridade da Republica.

No enfraquecimento da independencia, não se verifica sujeição do territorio, mas a ingerencia de poder extranho, por exemplo, pelo protectorado ou outro facto, que acarrete restricções á soberania; no quebrantamento da integridade politica, a federação continua a subsistir, mas enfraquecida pelo desfalque de uma unidade federativa.

Já notamos que a penalidade não está em correspondencia com a gravidade dos factos delictuosos aqui previstos (n. 12).

14. Outra modalidade do crime é a prevista no § 1.º do art. 87 que teve como fonte o art. 76 do anterior código, modificado para peor. É crime que pôde ser praticado por paisano ou militar, e dahi porque vemol-o tambem qualificado no código militar, art. 75, n. 1, com dicção mais correcta do que a do *commum*.

A lei de 18 de setembro de 1815 distinguindo os casos, submettia o paisano á jurisdicção e processo, na forma da lei n. 562 de 2 de julho de 1850, e o militar a conselho de guerra (art. 1.º § 5).

Como nota THOMAZ ALVES, não se trata neste crime de uma intelligencia perversa entre o inimigo (interno ou externo) e o nacional pela qual renegando este sua patria coopera para que ella deixe de existir, e faça parte de uma terceira potencia; trata-se do cidadão que, longe de ter esse desejo infame, de alimentar essa idéa desgraçada que, de ser o instrumento da vontade do inimigo, é antes o covarde que, podendo defender o territorio ou propriedade da patria, pusilanime e fraco, o entrega de facto ao inimigo (interno ou externo). São elementos do crime:

1.º) A *entrega de facto*, isto é, a tradição real, ao *inimigo interno* ou *externo*. No código militar, a figura delictuosa se apresenta com maior latitude, pois comprehende a *entrega*, sem especificação, e o *abandono*.

2.º) A tradição tem por objecto ou pôde ter *qualquer porção* do *territorio*, ou coisa sobre que a nação tenha *dominio* ou *posse*.

O territorio, cuja porção faz objecto da entrega, pôde ser *possuido* ou *occupado* pela nação.

O código anterior mais correctamente dizia — *territorio do Imperio*, para denotar o territorio sobre o qual a nação exerce permanentemente sua soberania. Segundo ainda os dous códigos a entrega pôde ser de porção de territorio *occupado*, que, por se tratar de guerra, é o territorio tomado ao inimigo e apossado effectiva e realmente pela nação, que ahi estabelece de uma maneira absoluta a exclusiva o poder de suas armas.

3.º) E' necessario que a entrega seja feita por quem *disponha de sufficientes meios de defesa e resistencia*.

Assim, se o agente não os tiver, não praticará crime fazendo a entrega da porção de territorio ou da coisa movel ou semovente pertencente á nação, porque surge o estado de necessidade, que dá logar a *rendição* ou a *capitulação*.

Menos redundantemente dizia o código anterior — *tendo meios de defesa*, assim deixando patente que os meios devem ser sufficientes quanto bastem para a *defesa*, em cuja idéa se include perfectamente a de *resistencia*, destacada prolixamente pelo vigente código.

## 2) *Traição militar*

15. As modalidades criminosas comprehendidas neste grupo têm de commum consistirem na assistencia de character militar dada a uma potencia estrangeira. Essas modalidades são:

1.º) a prevista no art. 87 § 2.º do código, que tem por fonte o art. 71 do código anterior. O auxilio, a que se refere a disposição, é taxativamente determinado como sendo de *gente* (leva de homens nacionaes ou estrangeiros não alistados sob as bandeiras da Republica), *armas*, *dinheiro*, *municações* e

*meios de transporte* (o código anterior dizia restrictamente — *embarcações*), qualquer que seja a quantidade, desde que a respeito silencia a lei.

Para que o auxilio consitua crime, é necessario que seja dado com conhecimento do fim previsto pela lei, isto é, para a nação, a quem fôr dado, *fazer a guerra* ou *commetter hostilidades contra a Republica*. Nos casos de fornecimento de *gente* ou de *munições de fogo*, o dolo resulta do proprio acto, que não pôde ser praticado sem o designio criminoso; nos de fornecimento de *viveres* (*munições de bocca*) ou de *dinheiro*, o dolo não se manifesta *res ipsa*, o acto sendo susceptivel de mais de uma explicação, cumprindo, então, pesquizal-o pelas circumstancias do caso: Apreciando o art. 77 do cod. penal francez, que contem disposição semelhante, nota GARRAUD que nesses casos, a lei deve ser applicada com alguns temperamentos. “A lei pune, com effeito, actos de trahição; não pune *actos de commercio*, de *complacencia* ou de *imprudencia*. O individuo que se collocou espontaneamente em relação directa com o exercito inimigo para se tornar um de seus *fornecedores* em viveres, dinheiro, provisões, se não cuidou senão em um ganho illicito, não é passivel da disposição que nos occupa, admitindo mesmo que os fornecimentos tenham sido feitos ou, pelo menos, começado. O art. 77 não é applicavel ao que fornece *accidentalmente* dinheiro ou procurasse viveres para, soldados inimigos, mesmo espontaneamente e sem constrangimento.

No mesmo sentido HAUS.

A *hostilidade* distingue-se da guerra, não só pela maior amplitude de sua significação, mas tambem pela diversidade do damno real a que ficaria exposta a nação. Devem considerar-se *hostis* todos os actos como os que interrompem o accordo pacifico entre o proprio Estado e o estrangeiro e dão causa a um perigo proximo de guerra. Se tal perigo não existisse faltaria um elemento integral do delicto e desapareceria a necessidade de recorrer a meios repressivos. A guerra, ao envez, emquanto está na intenção do agente de accordo com o estrangeiro, é alguma coisa mais que o perigo de simples turbação de paz: é a probabilidade de damno gravissimo em detrimento do Estado (LONCO).

16. 2.º) Outra modalidade é a prevista no mesmo art. 87, § 4.º que tem como fonte o art. 72, segunda parte, do anterior código.

Trata-se de um caso de cumplicidade, erigida em crime especial, por isso que consiste no asylo ou assistencia a criminosos, como taes sendo considerados, pelo código militar, os *espiões*, agentes da espionagem militar, qualificada no art. 79, n. 1.

No n. 2 de este artigo, prevê ainda o código militar, como crime, caso analogo ao que ora apreciamos.

Em uma e outra disposição se trata de *espiões* e de *emissarios* do *inimigo*, especies de individuos que não se devem confundir. *Espião* é o individuo que, clandestinamente, com disfarce ou sob falso pretexto, procura informações com o intento de as communicar ao inimigo. *Emissario* é o

que age a descoberto, sem a menor clandestinidade. O cod. anterior falava de *espiões* e de *soldado inimigo* mandados a pesquisar as operações do Imperio.

Mas como um e outro se propõem o mesmo fim, a saber — informar-se dos recursos militares e das operações de guerra para levar tudo ao conhecimento do inimigo, é identico o crime de quem lhes dá *entrada* ou ingresso ou lhes *auxilia* (ESMERALDINO BANDEIRA).

A figura criminosa tem mais amplitude no codigo militar, pois ahi se verifica no “dar asylo, agasalho ou auxilio a espiões e emissarios do inimigo, sabendo que o são, e facilitar-lhes, quando presos, a evasão ou fugida”. Mas tanto em um como em outro codigo é essencial que, por parte do receptador haja *sciencia de que o individuo que recebe ou auxilia, é espião ou emissario do inimigo*.

17. 3.º) Outra modalidade da traição militar é a do art. 88, que tem como fonte o art. 69 do anterior codigo.

Trata-se de facto cuja repressão não está em qualquer assistencia internacional, mas na necessidade de segurança do nosso paiz, acautelando sua independencia e integridade.

O agente pôde ser nacional ou estrangeiro, agir no paiz ou fóra, circumstancia esta ultima expressa no codigo italiano, art. 113, e implicita nos nossos e na sua fonte, o codigo francez, arts. 84 e 85.

Tres hypotheses ha a considerar, segundo o nosso codigo.

Primeiramente é a do corpo do art. 88, em que o crime se integra com a provocação, não se cogitando do resultado: é um crime formal. Evitou assim o legislador a critica feita ao codigo francez, que exige seja o Estado exposto á *uma declaração de guerra*, elevando a pena se seguir a guerra (art. 84), argumentando-se que aquella condição torna impossivel a applicação da lei, pois extremamente difficil é o facto isolado de um simples cidadão poder suscitar uma guerra entre duas nações, quando o governo desconheça esse acto e puna depois o autor (CHAUVEAU e HELIE, GARRAUD).

A provocação deve ser feita *directamente* e por *factos*, exactamente como no caso do art. 87 (n. 13), isto é, por actos devidamente exteriorisados e visando os fins previstos pela lei, as *hostilidades* ou a *declaração de guerra á Republica* pela nação estrangeira, actos não approvados pelo governo daquella, condição de intuitiva necessidade, e explicita nos codigos francez e italiano.

Na segunda e terceira hypotheses previstas nos §§ 1.º e 2.º, tem-se em vista a relação causal entre a provocação e os resultados alli figurados, em virtude dos quaes a pena é aggravada.

Como estabelecia o anterior codigo, devia ser mais forte no caso do § 1.º do que no do 2.º, attendendo a que alli o resultado é mais gravoso. Mas incriminado como foi o caso, de um lado tendo em vista só o facto da provocação, devidamente externada, e de outro, como circumstancias ag-



gravantes, resultados determinados, não incide o nosso código na crítica feita a outros, como o francez, como já vimos, e o italiano que requer, como elemento essencial, o perigo de guerra, de represalias ou effectiva turbacão das relações externas, porquanto o evento fica dependente, de uma lado, da vontade do governo e de outro de circumstancias accidentaes (FLORIAN, LAMMASCH, NOCITO, etc.).

Quanto ao elemento moral, o dolo se apresenta como designio, isto é deve haver voluntariedade da accção e fim determinado, que é levar uma nação estrangeira a mover hostilidades (n. 15), ou a declarar guerra á Republica.

A declaração de guerra é o acto pelo qual um governo faz conhecer, de uma maneira formal e publica, sua determinacão de recorrer á força, quer immediatamente, quer num prazo mais ou menos curto, para a reparacão de uma injustiça ou de um damno, real ou supposto, caso não receba a satisfacão que reclama. Embora nenhuma guerra deva ser iniciada sem a respectiva declaracão prévia, em attentão não só á honra dos Estados é a lealdade dos Governos, senão tambem á tradiçãõ immemorial desse uso, comtudo, não ha a tal respeito um preceito imperativo em direito internacional, e casos occorrem em que não se torna ella necessaria, como nos das guerras defensivas. Consoante a tradiçãõ, depois que o Estado, por qualquer maneira idonea, faz conhecer sua intencão, e são chamados os ministros diplomaticos e entregues seus passaportes, bem como retirados os *exequaturs* aos consules é que se considera declarada a guerra (ESMERALDINO BANDEIRA).

18. 4.º Outra modalidade do crime de traiçãõ militar é a do art. 39, que tem como fonte o art. 70 do código anterior.

São elementos essenciaes do crime:

- a) que o agente seja cidadão brasileiro;
- b) que tenha tomado armas contra a Republica;
- c) que o faça debaixo da bandeira inimiga.

A repressão assenta na obrigacão de fidelidade para com o Estado, e como essa obrigacão só cabe ao cidadão, tão sómente este póde ser agente do crime violando tão sagrado dever.

A qualidade de cidadão brasileiro é determinada pelo art. 69 da Constitucão Federal, por onde se vê que advem do *jus sanguinis* ou do *jus soli*. Assim, nao seria passivel de pena o individuo que no momento de tomar armas contra a Republica já tivesse perdido a qualidade de cidadão brasileiro, pela naturalisacão em paiz estrangeiro, ou por ter accedido emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licençã do poder executivo federal (Const. Federal, art. 71, § 2.º), neste caso não entrando o facto mesmo de ter entrado no serviço militar de outro Estado, caso em que o crime subsistiria sempre, por isso que diversamente seria premiar traidores. Seguiu o nosso

codigo o systema dos codigos francez e allemão, a que se contrapõe o adoptado pelo codigo italiano, art. 105, que não encara a qualidade do cidadão no momento do crime, bastando que a tivesse tido, embora a renunciasse ou perdesse, entendendo-se que essa qualidade permanece indelevel para os effeitos penaes, systema que encontra justificação em se tratando de cidadão nato, e não naturalisado, considerando que naquelle caso é preso ao paiz por vinculos naturaes e aqui, por convenção. Quanto ao elemento objectivo ou material, tem-se censurado, por vaga, a formula — *porté les armes*, do codigo francez, art. 75, fonte dos nossos, por ella não se determinando a fórma da acção, nem suas contingencias.

Diversamente procedeu o codigo allemão, art. 88, onde o delicto é descripto em todos os seus elementos constitutivos, com precisão e clareza. “Engajar-se o allemão para o serviço da força militar inimiga (seja como combatente, ou em outra qualidade, como empregado, medico, pregador, etc.), durante uma guerra contra o imperio da Allemanha ou contra seus alliados”.

Distingue a penalidade conforme o delinquenté já se achava ou não engajado ao serviço do inimigo, antes do rompimento da guerra. Por precisas tambem se destacam as qualificações dos codigos hungaro (art. 143) e hollandez (art. 110).

O nosso codigo corrigiu em parte a formula do codigo francez, quanto á contingencia de tempo, accrescentando — “*debaixo de bandeira inimiga*”, por onde se vê que se trata de *tempo de guerra*, e guerra externa, excluida. pois, a guerra civil, visto como os insurretos presumem combater para melhorar as instituições do seu paiz e não contra elle (BAVOUX, FABREGUETTES).

Pouco importa que as armas sejam tomadas no interior da Republica para auxiliar ou sustentar o inimigo que combate nas fronteiras ou sejam tomadas no exterior sob bandeira inimiga (FABREGUETTES). Tem prevalecido em França a intelligencia que faz o texto legal comprehender não só o caso em que o agente faz uso material das armas que tomou contra a sua patria ou tome parte effectiva em um ou mais combates, como tambem o simples facto de alistar-se no exercito inimigo, prestando quaesquer serviços (GARRAUD). — Na Italia a opinião dominante é em sentido contrario, o crime só comprehendendo o uso material das armas, com apoio em um trecho da Relação da Commissão da Camara dos deputados onde VILLA, referindo-se a proposta de MANCINI de accrescentar-se ao art. 102 do projecto o caso do alistamento no exercito de um Estado em guerra com a Italia, ponderou, em contrario, que “o simples alistamento não constitue ainda um momento executivo tão proximo da consummação do crime, de modo a poder ser incriminado, notando-se que nem sempre seria indicio seguro de animo determinado á hostilidade, além de se comprehenderem no exercito ou lhe serem assimilados outros corpos, como os de agentes da segurança publica e guardas alfandegarios, não destinados a tomar parte na guerra”. Impede combater individualmente contra o Estado, de ter participado material- e combater individualmente contra o Estado, de ter participado material-

mente em um combate, e com esse criterio restricto, actos de verdadeira hostilidade contra o Estado ficariam fóra da orbita do crime.

Bastante é achar-se o cidadão nas fileiras inimigas combatentes, para que se verifique a razão da repressão, um tal facto se patenteadando indubitavelmente como de hostilidade. E' de notar que pelos modernos systemas de guerra, um individuo poderia combater contra a propria patria sem tomar parte no acto material do combate. Ora, uma lei que erigisse em crime o tomar armas contra o Estado e não comprehendesse tal hypothese, não preencheria sua destinação. Podemos estabelecer o seguinte criterio: cooperando o cidadão em uma grande acção collectiva de potencia estrangeira, em estado de guerra effectivo, basta o alistamento nas fileiras inimigas combatentes, e não se requer sua acção individual; ao contrario, não se tratando de tal acção collectiva, necessario se torna a obra individual directamente hostil, aggressiva ou combatente. Assim, quanto mais vasta fôr a acção desenvolvida pelo inimigo, tanto menos é necessaria a manifestação da acção individual, por si mesma hostil, sufficiente sendo que coopere na acção collectiva.

E' a intelligencia que melhor se conforma com a razão informativa da lei.

O nosso codigo não comprehende como sujeito passivo potencia alliada do Brazil, como fazem os codigos allemão, art. 88, hollandez, art. 106, com os alliados dos respectivos paizes.

Entretanto, a comprehensão se opera no caso em que forças alliadas combatam juntament ecôm as nossas, porquanto, pela necessidade das coisas, tomando o cidadão armas contra o alliado, o faria tambem contra a nossa patria (FLORIAN).

Quanto ao elemento subjectivo, vigora a regra geral do art. 24, o dolo se manifestando com a *consciencia e vontade de dirigir as armas contra a Republica*, ou equivalentemente, contra o Estado brasileiro, tomado em sua ampla accepção de organismo material, moral e politico, o que importa em aggressão á patria, no ponto de vista das relações do agente com o sujeito passivo. Se, porém, agindo por essa fórmula, o delinquente visa especialmente sujeitar o territorio da Republica, ou parte delle ao dominio do Estado, sob cuja bandeira combate, ou quebrantar ou enfraquecer a sua independencia e integridade, teremos o concurso dos crimes dos arts. 87 e 89.

Quanto a penalidade, o codigo não a estabelece em correspondencia com o crime, que é o de maior gravidade, dentre os que se comprehendem na figura geral da traição militar.

Estabelece a pena de 2 a 4 annos de prisão cellular, quando o anterior codigo estabelecia a de prisão com trabalho por 6 a 14 annos, o italiano reclusão não inferior a 15 annos, o francez, a de morte, convertida em deportação em recinto fortificado, o belga, detenção extraordinaria, etc.

A disparidade mais se accentua em cotejo com o codigo penal militar, onde se commina para crime identico, a pena de 10 annos no minimo e de morte no maximo!

THOMAZ ALVES entende que não ha tentativa nem cumplicidade, o facto se revelando delicto perfeito desde que seja commettido, e a cumplicidade porque o que como tal poderia ser considerado é crime definido no art. 71 do anterior codigo, correspondente ao art. 87 § 2.º do vigente.

19. 5.º) A figura delictuosa prevista no art. 90, que tem como fonte o art. 73 do anterior codigo, se inclue aqui, pela attinencia que tem com os crimes de traição militar.

Não se trata de connivencia ou intelligencia do delinquente com potencia estrangeira em detrimento da independencia e segurança da patria, mas de individuo que temerariamente ou perversamente, hostilizando subditos de nação estrangeira, colloca o paiz na conjunctura de uma guerra ou de represalias, e dahi porque sua acção é punida, garantindo-se assim os estrangeiros residentes, na sua vida, liberdade, interesses ou propriedade, direitos reconhecidos pela lei constitucional, e prevenindo-se complicações internacionaes, quiçá mesmo a guerra, com todo o cortejo de seus males, e assim assegurando-se a independencia e integridade da nação.

O codigo francez, fonte dos nossos, distingue o crime em duas modalidades, o caso em que o agente, por acções hostis não approvadas pelo governo, expõe o Estado a uma declaração de guerra, ou a estado effectivo de guerra (art. 84), e o caso em que, por actos não approvados pelo governo, expõe Francezes a soffrer represalias (art. 85), a pena alli sendo de banimento ou de deportação, e aqui de banimento. O nosso codigo de 1830 trouxe-lhe modificações sensiveis. não cogitando da declaração de guerra, mas do facto de mais segura previsão, o perigo de turbação da paz, e sem distinguir os particulares dos poderes publicos, da sequencia de represalias (art. 73).

Na ultima parte desta disposição, encerra preceito passível de justa critica, por contravir principio fundamental de direito penal, estatuinto que “se pelo procedimento do delinquente algum Brasileiro soffrer algum mal, será elle considerado autor delle, e punido com as penas correspondentes, além da sobredita.” Esta parte do artigo não foi reproduzida no codigo vigente. Como bem nota THOMAZ ALVES, embora não seja expresso o codigo, como tambem não o é o francez, attendendo-se, porém, á natureza do crime e tendo-se em vista os principios de direito internacional parece que a condição de nacional deve se entender implicita no agente. As nações, representando individuos moraes, com direitos e obrigações, assim como devem ir em defesa de seus subditos em qualquer parte do mundo em que elles se achem, nem outra razão tem a maxima dos antigos Romanos — *cives romanus sum*, assim tambem são responsaveis por qualquer offensa que seus subditos façam a outra nação inimiga. E neste caso ou as offensas são individuaes, estão previstas no codigo, e estão sujeitas aos tribunaes, cuja missão é *summ cuique tribuere* ou entram na esphera das questões internacionaes, comò na presente hypothese do art. 73, e em tal caso a nação, pelo dever que tem de reparação, incrimina o facto, e applica-lhe uma pena. Mas esse dever de reparação não pôde existir se o agente do cri-

me não é nacional, logo o agente do crime de que trata o art. 73 deve ter a qualidade de nacional.”

A acção se deve traduzir em fôrma de *hostilidade*, que no caso não são actos de guerra, mas sim actos que offendem gravemente a pessoa e propriedade do estrangeiro residente no paiz, como se lhes fosse negada segurança a esses bens juridicos, perseguido, preso sem forma de processo, suas propriedades devastadas, enfim actos de tal natureza que exigissem a intervenção de sua nação. Taes hostilidades podem ser praticadas por funcionarios ou por particulares, e só quando commettidas sem ordem ou autorisação do governo, o que é evidente, e vem expresso no art. 90, é que formam o delicto em questão.

No anterior codigo a pena era de prisão com trabalho por 1 a 12 annos, reduzida sensivelmente, de modo a não corresponder á gravidade do facto delictuoso. á de prisão cellualar, que lhe é equivalente, por 2 a 4 annos, no codigo vigente.

20. 6.º Outra modalidade da traição militar é a *alliciação*, que o codigo qualifica dispersamente nos arts. 91, 92, 93 e 97. Segundo estes dispositivos, em sua feição synthetica, consiste a alliciação na sedução de praças do exercito ou armada nacionaes para que desertem para o inimigo, ou se levantem contra o governo ou contra superiores, ou no arrolamento, sem autorisação do governo, de cidadãos para o serviço militar estrangeiro.

O Codigo ainda distingue, nos dois primeiros casos, o tempo de guerra do tempo de paz, graduando de accordo a respectiva pena.

Constituindo um ataque ao *jus militæ* do Estado, o seu character predominante é de crime politico.

Como bem nota ESMERALDINO BANDEIRA, uina coisa é o ataque ao exercito em sua organização technica, em sua economia especifica e em seus serviços funcçionaes, e coisa muito diversa é o ataque ao exercito como instituição nacional e em sua funcção politica de defesa interna e externa do paiz.

Nesse ultimo caso, embora incida o crime em factos que entendem com a organização e o serviço militar, comtudo o ataque do delicto, passando através do exercito, fere mais alto, fere o paiz na sua dupla existencia — interior e exterior.

Na sua existencia exterior pelo alistamento e armamento de cidadãos no exercito estrangeiro. E na sua existencia interior porque, uma das modalidades da alliciação, em nosso direito, é a da seducção de praças para se levantarem contra os seus superiores hierarchicos e contra o governo.

Pode-se repetir quanto ao nosso direito as palavras de VON LISZT com referencia ao allemão: “O alliciamiento figura como offensa aos direitos soberanos do Estado em materia militar.

O attentado contra a liberdade individual passa completamente para o segundo plano.” Não só o attentado á liberdade individual, mas tambem o

attentado ao serviço, á economia e á administração militar. O crime politico absorve na hypothese o crime commum e o crime militar.”

No art. 91 o crime se apresenta como *sedução*, into é, induzimento, em caso de guerra externa, e nos logares ahí enumerados ou em outros, das praças componentes das forças do governo, tanto de terra, como de mar, para que desertem para o inimigo.

E’ nessa destinação, que traz o augmento do poder offensivo do inimigo, e respectivamente diminuição do paiz, que assenta o acaracter politico do crime, como attentado á existencia do Estado. Esta disposição é reproducção com pequenas variantes, do art. 1.º, n. 2 da Lei n. 631 de 18 de setembro de 1851.

No § unico do mesmo art. 91, cogita o codigo da hypothese de *não ser a deserção para o inimigo*, diminuindo, por isso, a pena.

No art. 92 trata o codigo de modalidade da alliciação que se distingue da do art. 91, quanto ao fim da acção, pois alli se cogita do *levantamento de praças contra o Governo ou contra seus superiores*. E’ reproducção literal da citada Lei n. 631 de 1851, art. 1.º, n. 3. Conforme a extensão ou intensidade do movimento, a alliciação, neste caso, póde preparar uma insurreição ou sublevação.

No art. 93, o codigo reduz a penalidade estabelecida para os casos dos arts. 91 e 92, desde que os factos ahí previstos sejam commettidos em *tempo de paz, e em qualquer logar do territorio nacional*, condições que influem evidentemente na gravidade do facto criminoso, degradando sua intensidade.

Caso a deserção seja para paiz estrangeiro, hypothésé esta de maior gravidade, a pena é então, augmentada da terça parte (art. 93, § unico).

O codigo militar, arts. 79, § 3.º e 80, qualifica tambem a alliciação, mas com comprehensão maior quanto ás hypotheses e menor com relação ao tempo por se referirem só ao de guerra.

Comminando, porém, pena mais rigorosa do que o codigo commum ao caso da seducção para deserção, pois é de morte no grao maximo e de prisão com trabalho por dez annos no minimo, ao passo que a do commum é de 5 a 15 annos de prisão cellular, e desde que suas disposições abrangem tanto o militar, quanto o paisano, é de indagar se este fica sujeito a pena que estabelece, ou antes a do codigo commum.

Pela applicação deste opinam ESMERALDINO BANDEIRA e MACEDO SOARES, por isso que encara a hypothese em todos os seus aspectos, e por força dos principios de nosso direito constitucional.

No art. 97 se occupa o codigo da alliciação quando consistente no *alistamento ou arrolamento, sem autorisação do governo*, de gente para o serviço militar de um paiz estrangeiro.

*A falta de autorisação do governo e a destinação dos alliciados* imprimem ao acto o character criminoso, mostrando desde logo a razão da repressão. Ha offensa ao *jus militiæ* que cabe ao Estado, e ha offensa ás suas condições de segurança, diminuindo-lhe o poder militar, com o desfalque de energias que se deviam reservar para o exercito nacional.

Por aqui se vê que a *gente*, a que se refere imprecisamente o código, isto é os alliciados, devem ser cidadãos.

Nos códigos francez, art. 92 e italiano, art. 119, vemos este crime classificado entre os que offendem a segurança interna do Estado, e comprehensivo não só do *arrolamento*, como também do *armamento*.

O arrolamento ou alistamento deve ser effectuado em territorio do Brazil, do contrario não teria este direito de intervir, para punir esse acto, pois não cabiria sob sua jurisdicção.

Quanto á autorisação, é de notar que não deve ser interpretada no sentido de falta de prohibição; por outra, é necessario, para excluir o delicto, a prévia e effectiva autorisação do governo (FLORIAN).

21 7.º) Incluem-se finalmente no grupo de crimes de traição militar, pela attinencia que com elles têm os previstos nos arts. 95 e 96. Em rigor tem antes a natureza contravencional, e não de crimes, visando manter a segurança, ordem e disciplina das forças do exercito.

### 3) **Traição diplomatica**

22. Denomina-se traição diplomatica a assistencia ou serviço prestado ao inimigo revestida de natureza funcional diplomatica.

No código allemão comprehende tres grupos de crimes: a) revelação de segredo sobre certas intenções, sobre determinadas coisas de sua politica e truição, falsificação ou subtracção de documentos do Estado (art. 92).

No nosso código encontramos as duas primeiras categorias expressamente qualificadas nos arts. 87 § 3.º e 101, e quanto á terceira, com intuito politico, se include no art. 87, primeira parte.

Apreciemos a primeira dessas figuras delictuosas.

Para sua conservação e defesa e desenvolvimento de sua actividade, quer interna, quer externamente, o Estado tem neccessidade que se guarde segredo sobre certas intenções, sobre determinadas coisas de sua politica e especialmente sobre sua situação militar. do contrario, permittir fosse levado isso ao conhecimento do outro Estado inimigo ou não, importaria evidentemente em enfraquecel-o nos elementos accumulados para manutenção de sua independencia, do seu prestigio, da sua dignidade, do seu progresso. Dahi porque todos os códigos incriminam a revelação de segredos politicos e militares. As divergencias surgiram quanto á extensão e precisa determinação da figura delictuosa. Pela antiga intuição, a que serve de modelo o código francez, art. 80, seguido pelos códigos sardo, art. 169 n. 5, das Duas Sicilias, art. 111, etc., dava-se uma certa delimitação, exigindo-se a qualidade official da pessoa a quem era confiado o segredo bem como este lhe fosse confiado com o dever de não manifestal-o, ampliando-se o conseito, quanto ao segredo militar, á pessoa que o houvesse por engano, violencia ou fraude (art. 82), ampliação ainda continuada pela lei de 18 de abril de 1886, que não exige estas condições. Pela moderna intuição, adoptada pelo código italiano, arts.

107-109, prescinde-se da qualidade official do agente, como extremo do crime, só tida em consideração para o effeito da pena, e assim a determinação do que seja segredo politico, cuja revelação constitue crime, não encontra legislativamente outros elementos informativos senão o de se referir á *segurança do Estado* e em consistir em *documentos* ou *factos*, ou em *desenhos*, *planos* ou *outras informações*, que digam respeito ao *material*, *fortificações* ou *operações militares*.

Com esses subsidios, e reconhecendo que a característica do segredo não é inherente á coisa, mas formal e extrinseco, FLORIAN considera segredo, no assumpto, como aquillo que não é nem deve ser conhecido senão de determinada pessoa ou de determinada categoria de pessoas em razão do officio, conceito que encontra limitação, primeiramente em referir-se a assumpto *politico*, isto é, á actividade do Estado nas relações externas (*segredo diplomatico*), ou internas (*segredo politico sensu stricto*), ou a assumpto *militar*, isto é, organização do exercito e da marinha, ás armas, fortificações, ás disposições para mobilisação, etc; em segundo logar, outra limitação está em que o segredo, politico ou militar, deve referir-se á *segurança do Estado*, isto é, a existencia e a defesa do Estado nas suas condições e manifestações essenciaes.

Prendendo-se o nosso codigo de 1830, art. 72, primeira parte, á intuição do codigo francez, prescindindo da qualidade official do agente qualificava o crime, sem a precisão que se notava no projecto de CLEMENTE PEREIRA, estatuinto: “Entreter com uma nação inimiga ou com seus agentes intelligencias por que se lhe communique o estado de forças do Imperio, seus recursos ou planos. etc.”. O alludido projecto dizia: “O empregado publico que communicar ao governo ou agentes estrangeiros, ainda que amigos sejam do Imperio, o segredo de algum negocio, plano politico ou de defesa que em razão de seu officio ou emprego fôr delle sabedor, etc. Se não fôr empregado publico, e tiver obtido o segredo por lhe ter sido confiado, para ouvir o seu parecer, ou exigir a sua cooperação, agencia ou intervenção, etc.”.

O codigo vigente, mantendo em substancia a orientação do nosso direito, inspirou-se no codigo italiano, na determinação generica do objecto do segredo, que faz consistente em assumpto “*politico* ou *militar* e concernente á *segurança* e á *integridade da patria*”, e na especificação summaria do conteúdo do segredo, que faz consistir em “*documentos, planos, desenhos e outras informações com relação ao material de guerra, ás fortificações e operações da Republica*”, que amplia aos “*de nações alliadas, quando operarem contra inimigo commum*”.

Embora esta determinação especifica se contenha na determinação generica, o codigo as discriminou, por isso que diverso é o modo de consummação do crime em um e em outro caso.

Dizendo o codigo — *revelar* ao inimigo ou a seus agentes os segredos politicos e militares, visa a communicação de taes segredos *directamente* áquelles individuos e de *modo reservado*.



Dizendo — *communicar* ou *publicar documentos*, etc., tem em vista a participação de taes factos, não em reserva ou exclusivamente ao individuo, mas com publicidade e, portanto, a toda gente. E' isso o que significam os vocabulos — *communicar*. sem restringir a quem, e *publicar* (ESMERALDINO BANDEIRA).

BORCIANI vê a razão da discriminação em que nem sempre se pôde dizer que a comunicação de um documento (que poderia ser tambem um acto *publico* no sentido legal) constitue violação de segredo: ha documentos não secretos, antes destinados á publicidade, que seria perigoso comunicar a outras potencias ou tornar publicos bem a propalção intempestiva que a lei quer impedir.

Em summa: “o segredo se *revela*, o documento se *publica* ou se *communica*”.

O codigo, á semelhança do anterior e do codigo italiano, prescinde, como elemento essencial do crime, da qualidade do agente, que pôde ser funcionario publico ou particular, cidadão ou estrangeiro, por isso que o damno, resultante da revelação, é independente dessa qualidade.

Diverge do codigo italiano em restringir a revelação criminosa ao *tempo de guerra*, e á *nação inimiga* ou seus *agentes*, isto é, seus encarregados ou enviados se, por isso, não punindo a pessoa que obtem a revelação dos segredos ou a comunicação dos documentos, como faz este codigo, art. 108; em não comprehender, como modo da revelação, o favorecimento do conhecimento do segredo e finalmente em não punir a revelação simplesmente culposa, o que precedentemente faz o codigo italiano; art. 109, seguindo o exemplo da lei franceza de 18 de abril de 1886. art. 4 e da lei allemã de 3 de julho de 1893, art. 7 e de 1914, art. 2.

Assim, uma imprudencia, a falta de precaução em correspondencia mantida com subditos de uma potencia inimiga, por prejudiciaes que sejam á situação militar ou politica, ficam impunes.

Quanto ao dolo, é bastante a *voluntariedade* da acção da revelação ou comunicação, acompanhada da *sciencia de tratar-se de um segredo politico ou militar, concernente a segurança e a integridade da patria*; por outra, o dolo consiste na intenção criminosa geral (art. 24).

O decr. n. 4.743 de 1923, art. 2, transcripto no texto, qualifica infracção semelhante, quando commettida pela imprensa.

23. O art. 101 se occupa da *infidelidade do mandatario diplomatico*. Sua fonte, quanto á primeira parte, é o art. 77 do anterior codigo, e quanto á segunda parte, cuja hypothese não figura neste, é o art. 152, segunda parte do codigo portuguez. Ao discutir-se o projecto do codigo italiano, e no seio da Comissão do Senado, propoz-se a suppressão do art. 111, que se occupa do crime em questão, “por tratar-se de um facto não definivel com precisão e de uma materia em que uma certa latitude é indispensavel”, mas tal proposta foi regeitada, argumentando-se que “a suppressão do artigo não parece aco-

her-se, porque, por mais delicada que seja a materia, não se julgou deixar impune quem, por infidelidade ao Estado, compromette o interesse publico (CANONICO).

E a repressão encontra ainda justificação no facto da qualificação do crime em outros codigos de nomeada, como o allemão, art. 92.

Segundo o art. 101 do codigo, o crime é constituido por duas modalidades, a saber: a) comprometter, isto é., pôr em perigo concreto, em qualquer tratado, ou convenção, a honra, a dignidade ou os interesses da nação; b) tomar compromissos em nome della, ou de seu governo, sem estar devidamente autorizado.

Em ambos os casos, o sujeito activo pôde ser qualquer, funcionario publico ou não, mas investido de um encargo, pelo governo brasileiro, para tratar com governo de Estado estrangeiro.

O negocio a tratar deve ser objecto de *tratado* ou *convenção*. O tratado consiste no consentimento reciproco de duas ou mais nações para constituir, regular, modificar, alterar ou extinguir um vinculo de direito. O maior numero de tratados tem por objecto regular os interesses e negocios no sentido conforme ás conveniencias particulares das nações (actos juridicos), como os referentes ao commercio e navegação, cessão de territorio, limitação de fronteira alliança e subsidios. Mas como o direito internacional não tem a certeza, o rigor e a precisão da lei escripta; para evitar duvidas e incertezas, as nações muitas vezes recorrem ao alvitre de fixarem, declararem, restringirem ou ampliarem, por meio de tratados, regras e principios de direito que ellas querem que regulem as suas relações. Ha finalmente tratados mixtos que reúnem em si as duas precedentes categorias, como são os de commercio e navegação em que se define o que seja contrabando de guerra, em que se estabelecem regras sobre a propriedade neutra em navios do belligerante, em que se suprime o direito de angariar. Si bem que aos tratados se dê indifferentemente a denominação de *convenções*, accordos, pactos e ajustes internacionaes, todavia, nestes ultimos tempos, se emprega de preferencia a pälavra *convenção* para exprimir os accordos que regulam serviços especiaes entre os nações ou que estabelecem garantias para direitos e interesses particulares, como são os ajustes sobre postas, telegraphos, estradas de ferro, moedas, sobre a propriedade literaria e a industrial, e sobre attribuições consulares (LAFAYETE). Dahi porque o codigo menciona distinctamente o *tratado* e a *convenção*, e desde que não faz limitação, o crime se verifica não só quando se trata de assumpto respeitante á existencia politica do Estado, como tambem a todas as negociações que possam interessar a convenção e os melhoramentos do Estado em todos os ramos da sua administração (BORCIANI).

A infidelidade do mandato se verifica quando o mandatario se conduza contrariamente ás instrucções recebidas do Estado e para o fim do mandato (MANZINI, FLORIAN). e segundo o codigo, de modo a *comprometter a honra, a dignidade ou os interesses da nação*.

Na discriminação destes bens juridicos, omittiu o codigo o referente á *fé*, mencionado pelo anterior codigo, no art. 77. que reproduzindo o art. 326 do

projecto de BERNARDO DE VASCONCELLOS, assim estatua: “Comprometter em qualquer tratado ou convenção a honra, dignidade, fé, ou interesses nacionaes”.

A segundo modalidade do crime, segundo o art. 101 do codigo vigente, importa especialmente em abuso de poder, porque o agente não estava devidamente autorizado a tomar os compromissos em nome da nação, ou do seu governo.

Em seu art. 152, o codigo portuguez, fonte do nosso, nessa segunda modalidade do crime, assim estatue de modo mais comprehensivo e claro: “Aquelle que, exercendo funcções officiaes relativas a negocios com potencia estrangeira, abusar de seus poderes, offendendo ou dando causa a que seja offendida a dignidade, a fé ou os interesses da nação portugueza, ou *tomando quaesquer compromissos em nome do governo ou da nação para que não esteja devidamente autorizado*, será condemnado a pena de 2 a 8 annos de prisão cellular, ou, em alternativa, a prisão maior temporaria”. Embora se trate de tratado ou convenção *ad referendum* ou sujeito a ratificação, o crime fica logo consummado, independentemente dessa ratificação, e assim não admite tentativa punivel (THOMAZ ALVES).

Quanto ao elemento subjectivo do crime, não basta a simples culpa, mas é necessario o dolo, isto é, a vontade e a consciencia de tornar-se infiel ao mandato recebido. Não é necessaria uma especial intenção criminosa, nem fim preverso, muito embora o crime seja tal que a immoralidade e a antiso-ciabilidade do movel se manifestem naturalmente (FLORIAN, TUOZZI, MANZINI).

Quanto á penalidade, o codigo reduziu á metade a que era estabelecida pelo anterior.

#### 4) Crimes contra os Estados estrangeiros

24. Já salientamos as lacunas e os defeitos que offerece o codigo quanto a esta categoria de crimes, não destacando secção especial que os comprehendesse, antes subordinando as figuras, que qualifica, a rubrica diversa, crimes conta a *patria*, e se mantendo no ponto de vista antigo e estreito do codigo francez, olvidando a sempre crescente cooperação e assistencia que se estabelecem entre as nações, constituindo uma sociedade internacional, com os direitos e deveres correlatos, entre estes sobresahindo o de não deixar impunes ataques que vizem, de modo violento, a modificação ou a destruição das suas instituições politicas (ns. 5 e 6).

A falta de providencia por parte do legislador, deixando de encarar o assumpto em toda a sua amplitude, quando modelo tinha em codigos recentes e de nomeada, como o allemão, o italiano e outros, só se explica pelo espirito de rotina.

O codigo não cogita de attentados contra as instituições politicas de Estados estrangeiros, nem contra a pessoa de seus chefes, ou representantes, quanto a estes destacando apenas a disposição restricta do art. 99, lacuna, em parte, preenchida pelo decr. n. 4.743 art. 3 (Vid. ns. 41 e 42).

As figuras que contempla, constantes dos arts. 98, 99, 100 e 102, são as mesmas do anterior código, excepção feita do art. 100.

25. A figura delictuosa do art. 98 vem qualificada pelos mesmos termos do art. 74 do anterior código, que por sua vez parece ter-se inspirado no código da Baviera, art. 306 § 2º, já porque a fonte a que ordinariamente se soccorria, o código francez, nada dispõe a respeito, já porque, em substancia, encerram a disposição. O código bavaro, considerando como caso de traição contra Estado, qualificava o crime em questão como “violação, com sciencia e vontade dos tratados em que a Baviera intervem com outros Estados.”

O fundamento da repressão neste caso é de evidencia.

A inviolabilidade dos tratados, que os antigos publicistas chamavam — *sanctitas pactorum gentium* — é uma dessas verdades fundamentaes que não podem ser contestadas, porque assuntam no testemunho claro e universal da consciencia humana.

Sem a incessante transmissão e troca de coisas, direitos, serviços, prestações, auxilios, seria impossivel a sociedade das nações.

Aquelles phenomenos realisam-se pelos tratados e sua consequente execução. Depois, a paz, a tranquillidade e a bôa fé constituem condições imprescindiveis da convivencia das nações.

Essas condições, porém, desappareceriam, logo que não fossem guardados e respeitados os tratados. A inobservancia da palavra dada e das promessas formuladas em convenções e accordos internacionaes criaria a desconfiança, a incerteza e a falta de segurança entre as nações e as submergeria em conflicto e perpetuas lutas. Desde que as nações entram em convivencia e relações, é visto que se submettem ás exigencias ineluctaveis que lhes impõe a situação tomada: é uma dessas exigencias a necessidade de cumprir e fazer cumprir os tratados (LAFAYETTE, VATTEL, BLUNT). O texto comprehende quaesquer tratados, cuja significação já deixamos firmada (n. 23), desde que *sejam legitimamente feitos*, isto é, que preencham os requisitos essenciaes referentes á capacidade dos contractantes, consentimento reciproco livre, objecto determinado e lícito, e forma, externa, assumpto regulado pelo direito internacional.

A violação do tratado, que pôde se verificar pela inexecução da obrigação contrahida, pela execução imperfeita ou incompleta e pela môra da execução, para constituir crime ha de ser dolosa, nos termos do art. 24.

26. No art. 99 trata o código da violação da immuidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros. Esta disposição é reproducção do art. 75 do código anterior, e, como os demais referentes a crimes contra Estados estrangeiros, visa garantir as relações amigaveis internacionaes, a offensa das immuidades dos ministros publicos importando em offensa ao soberano ou Estado que representam. Como nota LAFAYETTE, desde os mais remotos tempos reconheceu-se a necessidade de garantir aos embaixadores a mais perfeita segurança contra todo o genero de violencias e offensas, attribuindo-lhes os

antigos o predicamento de *sagrados e santos*, o que importava literalmente o mesmo que a *inviolabilidade* no sentido moderno.

Dahi o interesse de não só prevenir o mais possivel toda a violação dessa especie, mas ainda punil-a severamente como *delicto de Estado*, quando elle se dê (KLUEBER).

A figura delictuosa, segundo o nosso codigo, se restringe á violação das *immunidades* ou *prerogativas* que se outorgam aos *ministros publicos* (Vid. 1.º vol., n.º 55).

Essas immunidades são em geral as seguintes:

- a) isenção de jurisdicção criminal, policial e administrativa do Estado junto ao qual servem;
- b) isenção da jurisdicção civil;
- c) isenção do palacio ou casa em que reside, de toda e qualquer jurisdicção territorial;
- d) inviolabilidade da correspondencia e dos correios;
- e) liberdade de culto;
- f) isenção de certos impostos (LAFAYETTE).

O codigo italiano pune não só as offensas como os demais crimes de que possam os ministros estrangeiros ser sujeito passivo, equiparando-os aos funcionarios publicos, o augmento de pena se verificando quando o crime fôr commettido, por *causa* e não no *exercicio* das funcções do ministro, e a razão está em que o legislador quiz tutelar não a pessoa, mas a funcção (FLORIAN). Essa equiparação tem especial importancia em caso de delictos contra a honra, pois, ao contrario do que têm estatuido as leis francezas de 1819 e 1881, os codigos hungaro, art. 264, n. 1, e hollandez, art. 118, admite o cod. italiano a prova da verdade do facto imputado (CRIVELLARI, TUOZZI, FLORIAN, MAJNO, IMPALLOMENTI).

27. No art. 100 o codigo reuniu duas figuras delictuosas, que nos codigos allemão, arts. 130 *a* (novella de 26 de fevereiro de 1876) e 135, e italiano, arts. 115 e 129, vem distinctamente qualificadas, em secções diversas, e no ultimo passíveis de penas differentes, isto é, a offensa á bandeira ou outro emblema da nação e a offensa á bandeira ou outro emblema de Estado estrangeiro. Inspirando-se neste ultimo codigo, não soube ainda o legislador imitar-lhe a dicção precisa e correcta. O que se protege no caso, não é propriamente a segurança do Estado, razão pela qual autores italianos criticam a collocação do delicto na classe dos delictos contra a patria, mas o sentimento nacional e o sentimento patriotico, por isso que a offensa á bandeira ou outro emblema constitue uma offensa á patria, que symbolisam. Com relação ao Estado estrangeiro, notava ZANARDELLI, “que se os deveres internacionaes impõem especial protecção e respeito aos seus chefes e representantes, não se deve tambem permittir que seja exposto á offensa mediante actos contrarios a isso que é seu symbolo externo, isto é, emblema publico,

a bandeira. Quem insulta uma bandeira ou um emblema exposto publicamente, offende o Estado que é por ella symbolizado... A nova disposição, exigindo expressamente que o culpado tenha agido com o fim de offender o Estado estrangeiro, vem demonstrar, em um conceito de reciprocidade, o interesse que temos em que nosso symbolo nacional seja por toda parte respeitado, não deixando impune na patria o ultrage ás insignias de uma nação estrangeira.”

O delicto em questão não era previsto pelo nosso anterior código, nem o é pelo francez, inspirado em estreito criterio, como já mostrámos. O *sujeito activo* pôde ser qualquer, nacional ou estrangeiro, e quanto ao *logar*, o delicto só pôde ser punido se commettido no Brazil, em face do art. 13 da lei n. 2.416 de 28 de junho de 1911. Quanto ao *objecto*, é necessario ter em vista os seguintes presupostos:

1.º) Que se trate de *bandeira* ou *outro symbolo de nacionalidade de alguma nação estrangeira*, ou da *bandeira nacional*

A bandeira deve ser aquella adoptada pelo Estado, ou a bandeira official, não bastando, pois, que um panno tenha as cores de uma nação para ser considerado a sua bandeira. E' indifferente que a bandeira pertença a particular ou á repartição publica.

Os outros symbolos devem ser representativos da nação, em sua expressão geral, como brazões, sellos, etc., e não em funções especiaes ou actividade della (FLORIAN, MANZINI). Pouco importa que se trate de nação amiga ou em estado de guerra, porquanto verificada esta, não cessam as relações commerciaes e os consules usam a bandeira e outros emblemas de sua nação, que por direito das gentes cumpre respeitar (NÚCITO, MANZINI, FLORIAN, JOÃO VIEIRA). Pela redacção dada ao art. 100 do nosso código, só se pune a offensa á *bandeira nacional*, e não quando referente a outro emblema de que se occupa especialmente o decr. n. 4, de 19 de novembro de 1889. E' uma das incongruencias que offerece o código.

2.º) A acção deve consistir em *dilacerar*, *destruir* ou *ultrajar* a bandeira ou symbolo de nacionalidade de alguma nação estrangeira, ou a bandeira nacional, termos aquelles que devem ser tomados na accepção commum. Trata-se, pois, de injuria real.

3.º) A acção deve ser commettida em *logar publico* ou lugar em que cada um pôde ficar sem condições ou limitações, como praças, estradas, etc. (FLORIAN). O código não cogita tambem, como faz o código italiano, de *logar franqueado ao publico*, isto é, de lugar em que qualquer pôde ficar, observadas determinadas condições, como *theatros*, *negocios*, etc., omissão inexplicavel por isso que nesses logares se verifica tambem a condição de publicidade, constitutiva do crime. Não se requer a presença do publico, e assim bastante é a publicidade potencial, sem a effectiva.

4.º) O elemento subjectivo não consiste sómente na voluntariedade e consciencia da acção, mas tambem no fim de *menosprezar* ou *velipendiar*, pois é com esta finalidade que a acção fere o sentimento nacional ou o Es-

tado estrangeiro symbolisado pela bandeira ou outro emblema. E' necessario, pois, o dolo especifico.

28. A disposiçao do art. 102 do codigo é reproducção do art. 78 do anterior codigo, que por sua vez teve por base o art. 327 do projecto de BERNARDO DE VASCONCELLOS, que assim qualificava o crime: "O que sem legitima autoridade entrar jurisdiccionalmente em paiz estrangeiro, será privado dos direitos politicos e desterrado para fóra da provincia por 4 a 20 annos."

A penalidade, pelo codigo anterior, era de 6 mezes a 4 annos de prisao, mantida pelo vigente.

A repressao se justifica porque, nos casos raros em que as autoridades de um paiz podem penetrar em outro afim de assegurar interesses, por exemplo fiscaes ou aduaneiros ou judicarios, devem fazel-o na forma determinada nos ajustes, ou conforme os usos internacionaes, o que é o mesmo que dizer com autorisação legitima, e se assim não procedem, não só offendem a soberania e independencia dessa nação, como acarretam complicações, que põem em risco a soberania e independencia de seu paiz. Dahi, para evitar conflictos graves e ao mesmo tempo conservar sempre e fazer respeitar a sua soberania, a razão da incriminação (THOMAZ ALVES, JOÃO VIEIRA).

29. No art. 103 reproduz o codigo as disposições dos arts. 79 e 80 do anterior codigo. Trata-se, porém, de uma prescripção sem applicação, assim já considerada na vigencia do anterior codigo.

"Nenhum dos projectos que serviram de base ao nosso codigo diz THOMAZ ALVES, definiram a especie de que se occupam os arts. 79 e 80. Nenhum dos codigos que temos examinado em nosso estudo comparativo apresenta caso que lhe seja semelhante ou analogo. Na verdade não se comprehende como se possa qualificar de crime factio ou factos, que não podem ter mais effeito do que o consagrado pela Constituição do Imperio, e quando crimes sejam, já foram definidos no codigo, donde se conclue a sua redundancia.

As nações em suas relações de sociabilidade ou internacionaes podem ser consideradas em dois estados, estado de guerra ou estado de paz. Se o Imperio está em estado de guerra com a nação cujo superior é reconhecido pelo cidadão brasileiro, é claro que este cidadão tem em vista ser traidor ao paiz, e portanto o reconhecimento do superior, e a sua effectiva obediencia estão implicitamente comprehendidos no espirito de algum dos artigos já anteriormente notados, onde a traição é o elemento do crime capitulado.

Isso que se applica a individuo (hypothese do art. 79), applicação tem á associção (hypothese do art. 80):

Se o Imperio se acha em estado de paz com a nação cujo superior é reconhecido pelo cidadão brasileiro, esse reconhecimento e a obediencia effectiva prestada só podem ser incriminados, prevalecendo a distincção dos antigos Romanos: *barbari et cives*.

Estas idéas porém caducáram; a humanidade é um todo de seres eguaes e livres, que se unem pelo laço fraternal, e por consequencia a ninguem pôde ser prohibido reconhecer este ou aquelle poder, esta ou aquella patria. As crenças sociaes, como as crenças religiosas, devem ser professadas livremente; o amor da patria é filho dessa crença, e cresce na razão de sua firmeza...

Ao homem deve ser livre reconhecer a patria que quizer...

O mais que o legislador pôde fazer, é estabelecer que o cidadão brasileiro, que, em tempo de paz, reconheça superior de nação estrangeira, e lhe preste effectiva obediencia, perca os direitos do cidadão; porque, desprezando sua patria, adoptou uma nova.

Essa naturalização com perda de direitos politicos já era disposição consagrada em nosso pacto fundamental.

Parece que na confecção destes artigos (79 e 80) imperou sobre o espirito da commissão encarregada de formular o codigo o sentimento exaltado do patriotismo, despertado no coração de todo brasileiro por occasião da independencia de 1822.

Apenas oito annos eram passados depois desse grito immortal do Ypiranga, apenas cinco annos tinham se completado depois que a independencia havia sido reconhecida por um tratado, e por isso a doutrina destes artigos (79 e 80) alli apparece como um protesto energico contra esse passado de escravidão politica, que todos lamentavam e que sobre o espirito de todos actuava. Parece que havia receio de que o brasileiro, ou algum associação brasileira pudesse renegar a patria de um paiz novo, cheia porém de rico futuro e de esperanza, para seguir a metropole, decadente, cheia porém de tradições de gloria. Só assim pôde ser desculpado o legislador, que incrimina tal facto, e a que impõe a pena de dezeseis annos de prisão no gráo maximo!" Abundando nessas mesmas considerações, reputando uma creação indigena e ephemera dos legisladores do primeiro reinado. RUY BARBOSA vê na transplantação desses dispositivos para o codigo vigente "um desses erros lastimaveis, com que a precipitação da tarefa o inquinou. Queria-se pressa na encomenda, que, aldravada em mezes, sahiu, como era força que sahisse, uma compilação defeituosa e uma ruim traducção. Pois não é nesse codigo penal que se eximem de criminalidade os factos, cujo autor se ache em *complete privação de sentidos*, como se em tal estado fosse concebivel a pratica de actos humanos? Foi certamente devida a uma dessas inadvertencias, qua a meditação e o tempo evitariam, a replantação, no codigo actual, art. 103, da celebre excentricidade, que se petrificára no anterior. esquecida pela jurisprudencia e refugada pela doutrina. Não houve, portanto, na reprodução, pensamento novo, que reanimasse com intentos de actualidade o texto obsoleto.

Passou de uma a outra legislação como um fossil de um armario para outro. Logo, haviamos de interpretar, no codigo penal de 1890, o art. 103, como a theoria do periodo imperial interpretou, no codigo penal de 1830, os arts. 79 e 80. Ora, já THOMAZ ALVES nos disse como ella o interpretava."

Não se pôde ver enquadrada naquelle texto a obediencia religiosa, de sorte a ser applicado aos congreganistas as comunidades regulares e secula-



res, por subordinação dos seus chefes na séde estrangeira, porque assim não foi entendido, salvante a questão religiosa de 1873, onde figurou de instrumento de compressão nas mãos de um governo em apuros, exautorado aliás pela amnistia dos condemnados.

Mesmo que se quizesse entender o texto nesse sentido, estaria revogado pela Constituição da Republica, que aboliu o padroado e assegurou a mais plena emancipação a todas as confissões religiosas (art. 72 §§ 3.º e 7.º)

### 5) Pirataria

30. Em sentido *absoluto* ou *propriamente dito*, segundo o direito internacional, a PIRATARIA é todo o acto de depredação, praticado no mar por homens que o percorrem, roubando á mão armada navios de quaesquer nações, por autoridade propria, sem commissão do poder publico e desligados de sujeição a qualquer Estado (LAFAYETE). Hodiernamente raros vão se tornando os actos de pirataria, não reclamando, por isso, particular attenção dos poderes publicos, e para isso tem concorrido a difficuldade da obtenção de indispensaveis para a sua pratica, o desenvolvimento extraordinario que tem tido o commercio marítimo, os esforços com que as nações civilisadas procuram fazer respeitar em toda parte os principios de direito reguladores das relações internacionaes.

Do facto de serem os piratas considerados inimigos do genero humano, *communis hostis omnium*, dizia CICERO, porque praticam o homicidio e a depredação contra todos os povos sem distincção de nacionalidade, e do dever que incumbe ás nações de policiarem o mar alto, porque o seu uso é commum a todos, deriva o direito perfeito, para cada uma, de perseguil-os e prendel-os nas suas aguas e em toda a vastidão do oceano, e de fazel-os julgar por seus tribunaes, ou tenham sido capturados por seus navios, ou quando tendo-o sido por navios de outras, lhe são entregues.

Os navios de guerra dos povos cultos, por virtude das leis que os regem, são obrigados a bater e capturar os piratas nas aguas territoriaes dos seus paizes e em qualquer paragem do mar alto onde os encontrarem, e a entregal-os, para que sejam legalmente processados e punidos, ás autoridades competentes da propria nação ou de outra qualquer, como o permittirem as circumstancias e difficuldades do momento. O commandante do navio, salvo lei expressa, carece absolutamente da faculdade para julgal-os e fazel-os executar: só póde executal-os, quando o exigirem as necessidades de conservação e legitima defesa. Taes os principios vigorantes em direito internacional, condemnada hoje geralmente a antiga pratica de enforçar ou fusilar os piratas incontinenti, sem processo e julgamento (LAFAYETE, WHEATON, HEFFETER, ORTOLAN). Cumpre distinguir o *pirata* do *corsario*, já que o tratamento juridico, embora as semilhanças entre elles existentes, não é o mesmo. Diz-se *corsario* aquelle que é autorizado pelo respectivo governo a armar, tripolar e equiparar ou commandar navios para dar caça a navios e embarcações do

inimigo, destruil-os ou captural-os, mediante as instrucções e leis que regulam o corso, que é o genero de guerra assim feita.

Essa autorisação contem-se na carta de marca ou carta patente, ou licença de corso (*commission de guerre, letters of marque, patente de corso*), passada pelo Estado belligerante, cuja bandeira, arvora (FERREIRA BORGES, OLIVEIRA FREITAS).

Assim, o corsario, uma vez legitimamente constituido, é um inimigo que faz a guerra (guerra de corso), e como deve ser tratado quando vencido e preso, e não pôde de maneira alguma ser confundido com o pirata. Se as necessidades de defesa e ataque deram largo emprego do corso em seculos passados, a instituição, pelos abusos e crimes a que deu lugar, convertendo-se em uma especie de latrocinio legal, encontrou por isso franca e cada vez mais extensa opposição, intensificando-se o movimento no sentido de prescrevel-a, o que foi levado a effeito, e entre diversas potencias que assignaram a Declaração de Pariz, de 16 de abril de 1856 (França, Inglaterra, Austria, Prussia, Russia, Sardenha e Turquia), ou lhe prestaram adhesão (Brazil e outras).

Fizeram excepção os Estados Unidos, Hespanha e Mexico.

Tomada em sentido *relativo*, a pirataria comprehende aquelles factos, que pelas diversas legislações são assimiladas á pirataria propriamente dita. Semelhantes disposições. obrigatorias para os Estado que a decretam, não alteram, nem por si podem alterar os principios de direito internacional, e, portanto, não communicam ás outras nações competencia para proceder com relação a taes factos como se fossem casos de verdadeira pirataria (LAFAYETE, WHEATON, PHILLIMORE, ORTO AN, BLUNT).

Cotejadas as diversas legislações, quanto á repressão da pirataria, podem ser reduzidas a tres systemas, assim caracterizados:

1.º) Definem os factos, que entendem dever punir por assemelhação á pirataria propriamente dita, e os qualificam no corpo do codigo (codigos brazileiros, de 1830 e vigente).

2.º) Definem o facto da pirataria propriamente dita, applicam-lhe pena. deixando as leis especiaes se occuparem da pirataria relativa (codigos portuguez, hespanhol e das Duas Sicilias);

3.º) Não incriminam no codigo nem pirataria propriamente dita, nem como tal a caracterisam por assemelhação, deixando ás leis especiaes, ou tudo sujeitando aos principios de direito internacinoal (codigos francez, sardo, bavar, italiano, etc.). Nota-se, em geral, nos factos incriminados como pirataria relativa, pelas diversas legislações, semelhanças accentuadas, o que demonstra necessidade commum de repressão.

O nosso codigo vigente, reproduzindo o que estatua o anterior codigo. nos arts. 82, 83 e 84, que por sua vez se baseou na lei franceza de 10 de abril de 1825, define nos arts. 104 § 1.º e 105 § 1.º a pirataria propriamente dita, alli praticada por agente nacional, e aqui por estrangeiro, factos que não têm tentativa, menciona depois factos assimilados, sendo que os referidos no art. 106 § 1.º não passam de actos preparatorios e os do § 2.º de cumplicidade de pirataria.

## CAPITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA E FORMA DE SEU GOVERNO

**Art. 107.** Tentar, directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição politica da Republica, ou a forma de governo estabelecida:

**Pena** — de banimento, aos cabeças; e aos co-réos a de reclusão por cinco a dez annos.

DECR. N. 1.062 DE 29 DE SETEMBRO DE 1903:

**Art. 1.º** Nos crimes de que trata o art. 107 do Cod. Penal, promulgado pelo Decr; 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.

31. Neste e no capitulo seguinte se occupa o codigo dos crimes contra a organização politica e livre exercicio dos poderes politicos, ou crimes que na technica allemã se denominam crimes de *alta traição*, e que se podem denominar de *insurreição*, a semilhança do previsto no art. 120 do cod. penal italiano.

Sobrelevando a todos e, por isso, vindo em primeiro lugar, se destaca o do art. 107, que consiste no emprehendimento de mudar violentamente os institutos juridicos e politicos da *constituição* e de *forma do governo*. A disposição do art. 107 tem como fonte o art. 85 do anterior codigo, modificado para adaptar-se ao novo regimen politico e para melhor traduzir o facto delictuoso.

Dizia o codigo anterior: “Tentar directamente e por factos destruir a constituição politica do Imperio, ou a forma de governo estabelecida: PENA — de prisão com trabalho por 5 a 15 annos.

Se o crime se consumir: PENA — de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; prisão com trabalho por 20 annos no médio, e por 10 no minimo.” Por sua vez o codigo teve como fonte, que modificou, o codigo francez, que no art. 87 pune “l’attentat, dont le but est, soit de *destruire* ou de *changer le gouvernement ou l’ordre de successibilité au trône*”, cuja intelligencia GARRAUD firma, em face do systema politico vigorante actualmente em França, dizendo: “*Détruire* la forme du gouvernement établi par la constitution, c’est, par exemple remplacer le gouvernement républicain par le gouvernement monarchique. *Changer* cette forme, c’est, par exemple, supprimer le Senat, restreindre les droits constitutionnels du President de la République ou des assemblées législatives.” O nosso codigo visando a substituição, não só do governo, como da constituição, si bem que esta comprehenda aquelle,

mas que destacou para tornar bem explicita e clara a incriminação, usou, do termo *destruir*, reservando para o art. 86 o caso de modificação da constituição, si bem que impropriamente ahí empregasse o termo *destruir*. Como bem nota FLORIAN, criticando o código francez, o verbo *mutare*, empregado de preferencia pelo código italiano, art. 118, n. 3, é o mais adequado, já porque abraça evidentemente tanto o conceito de *détruire*, quanto o de *changer*, já porque propriamente uma constituição ou um governo não se destroe, mas se substitue. O código italiano incluindo o requisito da *violencia*, não explicito no francez e no nosso código anterior, requisito essencial, pois é o fundamento da repressão, e bem assim incluindo a constituição, como fizera o nosso e depois o allemão, art. 81, n.º. 2. estatue: “E’ punito con la detenzione non inferiore a dodici anni chiunque commette un fatto diretto... a mutare *violentamente* la *constituzione* dello Stato, la *forma* del governo, o l’*ordine di successione al trono*”.

Inspirando-se neste código, no tocante ao emprego dos termos *mudar* e de *violencia*, como no nosso código anterior, o vigente comprehende, no ponto de vista objectivo, os seguintes elementos:

1.º) um *facto* visando um determinado fim;

2.º) que este fim consista em *mudar* um dos institutos seguintes:

a) a *constituição politica da Republica*; b) a *forma de governo* estabelecida:

3.º) o modo *violento* por que deva se operar essa mudança.

Quanto ao primeiro elemento, dizendo o código “tentar, directamente e por factos”, o fez no mesmo sentido do art. 87, para denotar que o crime é *formal* se integrando por actos materiaes, inequívocos e idoneos, isto é, actos que acarretem mutações exteriores e aptos para o fim visado (Vid. ns. 11 e 13). Não estariam incluídos no dispositivo as discussões, a critica, a propaganda pela palavra ou por escripto.

Quanto ao segundo elemento, o facto deve ser dirigido, disjuncta ou cumulativamente, á *constituição politica da Republica* ou á *fôrma de governo* estabelecida.

Em sentido commum e amplo da palavra, diz RANELLETTI, chama-se *constituição* o conjuncto das normas juridicas relativas á organização do Estado, como de qualquer outra coollectividade humana.

Em relação ao Estado, indica sómente as normas relativas aos orgams fundamentaes, ás suas instituições e á determinação da sua competencia para o Estado e em face dos outros sujeitos de direito, isto é, sómente as normas fundamentaes sobre a organização dos Estado.”

Por outra, quer dizer *instituições fundamentaes dos Estado*. Por *constituição politica da Republica*, como direito positivo, e a que se refere o código, se comprehende o conjuncto dos principios fundamentaes de nosso direito publico interno, sobre a organização do Estado brasileiro, consagrados no código promulgado em 24 de fevereiro de 1891, pela Assembléa Constituinte.

O código é lacunoso, pois não comprehende tambem as *constituições dos Estados federados*, lacuna sanada em parte, quanto á responsabilidade criminal do Presidente da Republica, pela Lei n. 30 de 8 de jan. de 1892, que qualifica

como crime de responsabilidade dessa autoridade: “Tentar directamente e por factos: 1.º, mudar por meios violentos a forma de governo federal; 2.º, mudar no todo, ou em parte e pelos mesmos meios, a Constituição Federal ou a Constituição de alguns dos Estados da União.”

A *forma do governo*, a que se refere o art. 107 do código penal, que se comprehende na constituição, que a estabelece, mas que a lei penal destaca, para peculiar protecção, é a *forma republicana federativa*. Assim, mudar a constituição politica da Republica ou a forma de governo estabelecida é mudar a constituição por outra ou a forma republicana federativa pela monarchia ou republicana unitaria ou centralisada.

Quanto ao terceiro elemento, a *violencia*, empregada como meio, pôde ser *physica (vis absoluta)*, ou *moral (vis comulsiva)*, nesta se comprehendendo as ameaças, quando podem ser apoiadas pela força e os actos arbitrarios, illicitos, especialmente por quem tenha em mãos o poder politico, por isso podendo exercer intimidação nos particulares (FLORIAN, MANZINI, TUOZZI, MAJNO).

“Em regra, diz BERNER, a violencia deve ser physica. Mas, se a violencia vem do alto, é possivel que ella se verifique pela influencia que a autoridade politica pôde exercer em virtude do cargo, ainda sem o emprego da força physica. Neste caso dá-se o requisito da violencia no abuso de poder. A illegitima suppressão da constituição por meio de um decreto ministerial que fosse executado sem violencia physica, bem poderia ser punida como alta traição.”

Como ainda nota FLORIAN, o conceito da violencia, assim amplo, é o que condiz com novas condições da vida politica moderna, onde a força bruta é meio desusado, a luta politica se travando com mais finos e habeis instrumento, e, assim imprevidente seria o legislador, que não reprimisse tambem a violencia moral, como meio de mudança de regimen politico. Assim, é pelo emprego de meio violento, que se caracteriza o crime em questão.

Desde que a opposição ao regimen adoptado, como expressão da maioria da nação, se traduza pelos meios consentaneos com a ordem, na fórmula da lei, certo que não pôde incorrer em repressão, antes constituindo um direito.

O elemento subjectivo do crime consiste na *vontade* de commetter um facto idoneo para mudar violentamente a constituição politica ou forma do governo, e no *fim especial* de conseguir, mediante tal facto um desses resultados.

E' de notar que o crime assumiu caracter especial no código vigente.

No anterior era qualificado como de acção individual, isto é, podendo ser commettido por um só agente. Considerando que ás mais das vezes isso não se tornava exequivel, dahi porque diversos commentadores entendiam que requeria como preparatorio, ou a *conspiração* ou a *rebellião* (THOMAZ ALVES).

Aquella se traduzindo no concerto de vinte ou mais pessoas para praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 68, 69, 85, 86, 87, 88, 89, 91 e 92, correspondentes aos arts. 87, 88, 89, 107, 108 e 109 do vigente, exceptuados

os arts. 87, 88 e 89 que não têm correspondencia neste, por peculiares á forma monarchica, e esta, a *rebellião*, pela simples reunião de uma ou mais povoações, comprehendendo mais de vinte mil pessoas para se perpetrar algum ou alguns daquelles crimes (arts. 107 e 110). O codigo vigente supprimiu a figura da *rebellião*, como vinha qualificada, e tornou o crime do art. 107 de acção collectiva ou crime de multidão, um crime de *insurreição*, nomen juris do previsto no art. 120 do cod. itaiano, distinguindo os agentes em cabeças e co-réos, para dissipar duvidas que occoriam no dominio do codigo de 1830, quanto a saber o que era *cabeça*, agente do crime de *rebellião*, uns entendendo que era o autor, e neste sentido o avis. n. 78 de 15 de julho de 1842, outros que o *iniciador*, o *provocador* ou *director* do movimento, definiu o *cabeça* como sendo o que tivesse deliberado, excitado ou dirigido o movimento (art. 108).

Quanto á pena de banimento, imposta aos *cabeças* no art. 107, sendo abolida pela Constituição Federal, art. 72 § 20, o decr. n. 1.062 de 29 de setembro de 1903 substituiu-a pela de reclusão por 10 a 20 annos, além de corrigir o codigo. substituindo o termo — *co-réos* — impropriamente empregado, pelo de — *co-autores*.

## 32. JURISPRUDENCIA BRASILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I Não ha cumplicidade no crime definido no art. 107 do codigo penal, em face do art. 2 do decr. n. 1.062, de 19 de setembro de 1908, onde o legislador, de modo expresso, declara, por proposição equipollente, que, em tal crime, só pôde haver autores e não cúmplices, pois, de accordo com a technica vulgar e com a juridica, não pôde ser co-autor quem só é cúmplice e vice-versa. Não vale argumentar com o elemento historico, consistente em palavras proferidas pelo deputado GALDINO LORETO: a) porque de taes palavras se não pôde concluir que, querendo abranger os cúmplices, o legislador mandasse substituir a palavra *co-réos*, que incontestavelmente os comprehende, por outra que tambem incontestavelmente, os não incluye, mas só os autores, isto é, precisamente, o termo antonymo de cúmplice; b) ainda que as palavras do alludido deputado dissessem isso de modo clarissimo, cumpre ao executor da lei não perder de vista as regras da hermeneutica juridica: 1) *interpretatio cessat in claris*; 2) tudo quanto se disse durante a elaboração do projecto legislativo não é a lei e, consequentemente, não pôde e não deve o interprete prevalecer-se dos trabalhos parlamentares para modificar, de qualquer modo, o texto da lei e, á *fortiori* para dizer o contrario de que ella diz (BERREAT DE SAINT-PRIX, *Logique Juridique*, n. 85 e seguintes, ps. 55 e 63 da 3ª edic.; LAURENT, *Cours de droit civil*, vol. I § 111, ps. 22 a 25 da edic. de 1887, (Accordam de 28 de maio de 1932).

OBSERVAÇÃO — Dos sete ministros que o subscreveram, tres se declararam vencidos, e entre estes, EDMUNDO MUNIZ BARRETO, que assim juridicamente fundamentou o seu voto:

“Votei contra a concessão da ordem de *habeas-corpus*, pelos seguintes fundamentos:

Com o pronunciar o paciente por cumplicidade no crime do art. 107, do código penal; o Supremo Tribunal attendeu á lei, que não exclue da repressão os agentes accessorios desse delicto. Punindo os crimes contra a Constituição da Republica e a fôrma do seu Governo, dispoz o código penal, no art. 107: “Tentar directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição Política da Republica, ou a fôrma de Governo estabelecida: pena de banimento aos cabeças; e aos *co-réos* — a reclusão por 5 a 10 annos”.

Além de pôr esse artigo de accôrdo com o art. 72, § 20, da nossa Lei Fundamental, dispositivo que aboliu o banimento judicial, a Lei n. 1.062, de 29 de setembro de 1903, modificou o citado art. 107, prescrevendo que nos crimes de que elle trata será applicada aos cabeças a pena de reclusão por 10 a 20 annos; e não vendo motivo para assimilar a responsabilidade penal dos agentes secundarios do crime á dos autores, substituiu a palavra *co-réos* pela palavra *co-autores* (art. 2.º). Mas, pôde-se objectar que o intuito do legislador foi antes punir, sómente, além dos cabeças, os *co-autores*, nunca os *cumplices*, dirigido por pensamento analogo — não idéntico — ao que presidiu á punição do crime do art. 118 (sedição), o qual comprehendendo exclusivamente os cabeças, ninguem mais. O estudo do *assumpto* me leva a concluir pela improcedencia da objecção.

O código de 1830, além de separar o delicto em duas modalidades, — o tentado, que é o da definição legal, e o consummado, punindo este com pena mais grave, subordinou a punição ás regras geraes sobre a *co-delinquencia*, dispondo simplesmente: Tentar directamente e por facto destruir a Constituição politica do Imperio ou a fôrma de governo estabelecida — penas: de prisão com trabalho por cinco a quinze annos (art. 85).

Unicamente nos crimes de rebellião, sedição e insurreição é que o antigo código criminal previa a autoria especial dos cabeças, sobre os quaes recahia exclusivamente a responsabilidade penal, nos dois primeiros desses delictos, não sendo punida a coparticipação dos autores communs, nem a dos *cumplices* (arts. 110 e 111). No crime de insurreição, punia os cabeças com penas gravissimas e os outros *co-delinquentes* (os mais, como *alli se lê*) com pena menor, sem nenhuma distincção entre *co-autores* simples e *cumplices*. A Lei penal vigente nem quiz circumscrever a punição do crime do citado art. 107 aos cabeças nem comprehender numa só classe os demais coparticipantes desse acto anti-juridico; considerou o gráu de responsabilidade pela maior ou menor efficiencia da cooperação de cada um no delicto, e, em consequencia, impoz pena mais grave aos autores especiaes ou predominantes, — os cabeças, — seguindo-se-lhes — os *co-autores* simples, e, por fim, — os *cumplices*.

Interpretando o art. 110, do código de 1830, disse o VISCONDE DO URUGUAY que a palavra cabeças significava o mesmo que o vocabulo *autores* applicada a outros crimes. THOMAZ ALVES combateu vantajosamente esse asserto. Para elle, aquella palavra tinha significação muito mais restricta.

A rebelião é filha de um pensamento que lhe dá força e existencia; pôde ser auxiliada por braços valentes que a coadjuvem e a façam feliz em diferentes circulos; esse iniciador ou provocador, esses directores ou associados com parte tão activa, serão os cabeças de que fala o codigo, mas não se deve ir mais longe, não se deve achar um cabeça de revolução, onde se encontra um autor de crime commum (An. ao codigo crim., tomo II, pags. 396 e 397).

Ouviu-lhe a lição o legislador. Dahi a alinea do art. 118 do codigo de 1890: Reputam-se cabeças — os que tiveram deliberado, excitado, ou dirigido o movimento. Cabeças vêm a ser, portanto, os autores intellectuaes e physicos ao mesmo tempo, de acção predominante ou directa, constitutiva de uma co-autoria especialmente aggravada pela maior responsabilidade desses agentes. Os outros autores são materiaes, executores, sem a especial aggravação, são autores simples ou communs, e punidos, por isso com pena menor. Mas na codelinquencia podem concorrer agentes de acção secundaria, néros auxiliares do crime, já fornecendo instrucções, — *ope vel consilio* — já prestando auxilio a execução, ainda que no seu inicio, já prometendo coadjuvar na evasão de criminosos occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar seus vestigios (cod, penal, art. 21).

A cumplicidade só é inadmissivel nos casos expressamente declarados na lei penal, como nos crimes de abuso de liberdade de communicação do pensamento (codigo, arts. 22 e 23), ou quando ha absoluta incompatibilidade entre essa fórmula de codelinquencia e a natureza do delicto.

Assim, na acção delictuosa, collectiva, caracterizada pelo *societas criminis*, que CARRARA define — uma convenção realizada entre duas ou mais pessoas, para o fim de consummar um delicto no interesse commum ou respectivo de todos os associados (Prog., Parte Geral, § 45), e se ajusta ao crime de conspiração, todos os convencionaes ou participantes são autores e soffrem a mesma pena, salvo o caso de aggravantes ou attenuantes pessoas, por menor que tenha sido o seu concurso effectivo. Não é a funcção que o criminoso exercita que o torna respectivamente culpado, mas a sua qualidade de socio da convenção criminosa. As palavras do art. 115 do codigo penal são mui claras: a conspiração é o concerto de 20 ou mais pessoas para a pratica de um dos factos especificados nos paragraphos 1º a 5º. No concerto é que está a característica. Si a acção collectiva passa dessa phase intellectual, e a bem dizer preparatoria, para a material, a infracção reveste outra feição e entra na classe dos crimes contra a Constituição da Republica e fórmula de seu Governo, ou na dos crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos. Nada importa a circumstancia de se tratar, no caso em apreço, de um delicto formal, isto é, de um delicto que completa logo que é commettido o facto directo, independentemente da verificação do evento.

Basta decompôr o crime do art. 107, para se ver que elle nunca poderá ser confundido com o de conspiração .



O que é permitido affirmar é que esta ultima infracção pôde ter por objecto aquella, que constituirá, assim, um desenvolvimento, uma phase posterior no *iter criminis* geral, cujo começo se caracterizara pelo delicto *sui generis* regido pelo art. 115 do codigo penal. Sob o ponto de vista objectivo, a infracção penal em exame compõe-se dos seguintes elementos: a) um facto directo e uma determinada meta, que consiste em mudar ou a Constituição Política da Republica ou a fórmula de Governo estabelecida; b) o modo violento para a realização da mudança das referidas instituições, seja violencia physica, seja moral, por ameaças e intimidações. Por facto directo deve-se entender — escreve FLORIAN — um facto externo, executivo idoneo, isto é capaz de conduzir á meta criminis (*Delitti contro la sicurezza dello Stato*, pag. 355). No crime de sedição, o legislador, por motivos especiaes, limitou a responsabilidade e a punição aos cabeças, tal como fazia o codigo de 1830, quanto aos crimes de rebelião e de sedição. Disse-o de modo expresso, como cumpria.

No tocante, porém, ao crime do art. 107, combinado com a lei n. 1.062, de 29 de setembro de 1903, a vontade do legislador foi que a punição se estendesse tambem aos outros agentes, de concurso principal ou de concurso accessorio. Substituindo a palavra co-réos, pelo vocabulo co-autores, o Poder Legislativo não teve em mente significar que os cumplices não seriam alcançados nessa repressão; mas, por um lado, manter a distincção anterior, entre os autores de situação aggravada e os autores simples, e, por outro lado, separar os agentes de responsabilidade inferior, tanto a daquelles como a destes ultimos, collocando-os em terceiro plano, e punindo-os de accôrdo com a regra do art. n. 64, do Codigo: que manda impôr aos cumplices as penas de tentativa, isto é, as do crime, menos a terça parte em cada um dos grâus. Recorrendo-se ao elemento historico da lei n. 1.062, a outra conclusão não se chega. No brilhante discurso proferido, sobre o projecto, pelo deputado GALDINO LORETO, encontram-se os seguintes periodos:

“O Senado aliás, Sr. Presidente, já tinha feito isto com relação aos cumplices, porque si bem entendo, com o projecto do Senado substituindo a palavra — *co-réos* — pela — *co-autores* — o que se quer é crear uma terceira classe de criminosos contra a fórmula do Governo da Republica, distinguindo a classe dos cumplices, que, segundo a disposição do Codigo, era equiparada á dos co-autores. Pelo menos, o projecto do Senado vem tornar isso claro. Ha, portanto, Sr. Presidente, no projecto do Senado, um pensamento benevolo em relação áquelles que concorrem de qualquer modo a perpetração do crime, mas sem fazel-o de modo directo, como co-autores.

Do ponto de vista doutrinario é um progresso.” Nesse sentido decisão ulterior (n. IV).

II. Na violencia está o momento qualificativo do crime do art. 107 como do art. 108 do Cod. Pen. Não é ella um meio simplesmente inconstitucional, mas *anti-juridico*, determinante de especial sancção repressiva garantidora da ordem politica, indispensavel á vida normal do paiz, ao seu des-

envolvimento e á segurança dos direitos. A Nação Brasileira quiz e quer que a lei fundamental da Republica não seja reformada senão pelos meios que ella estabeleceu nos arts. 90 e 91 dessa lei; e prohibiu a apresentação de projectos tendentes a abolir a fôrma republicana federativa ou a egualdade de representação dos Estados no Senado (cit. art. 90 § 4.º). Os tribunaes não podem cumprir as alterações que se fizerem contravindo ao processo e á prohibição constitucionaes, e devem reprimir os actos violentos praticados para mudal-a ainda que tão sómente em algum dos seus artigos. O Codigo republicano evitou duvidas e objecções substituindo o vocabulo *destruir*, pela palavra *mudar*, de mais extenso sentido, e, separando as duas fôrmas executivas do delicto, que, aliás, podem se encontrar reunidas. Não se comprehende a vida constitucional de uma nação sem a continuidade de sua *Lei Magna*. Pôr, ainda que temporariamente, em seu lugar, o arbitrio é trahir a Patria, despojando-a da maior das garantias da sociedade e dos individuos. Fazel-o, pelas armas, confiadas á força publica para a defesa nacional e da ordem interna, é praticar uma acção de summa gravidade, punida severamente pela lei, que á justiça cabe executar sem vacillações, mantendo integro o prestigio da sua alta incumbencia julgadora, necessaria á conservação do equilibrio social (Acc. de 23 de dez. de 1927).

III. A infracção penal do art. 107 é, como a do art. 108 e a do art. 111, um delicto formal. Para sua consummação juridica não se requer um damno effectivo, basta o damno potencial: não se faz mister que o agente atinja o seu escopo, é *sufficiente que tenha empregado meio idoneo com o intuito de obter esse escopo*. Na violencia está o seu momento substancial. O art. 108 expressa a figura do empreendimento directo e por factos para mudança, *por meios violentos, "de alguns dos artigos da Constituição"* Neste caso o agente não tem em vista uma *solução de continuidade na vida constitucional do Estado, nem substituir ou supprimir um dispositivo essencial á qualificação da fôrma do Governo estabelecido* (Acc. de 23 de dez. de 1927).

IV. A lei penal vigente nem quiz circumscrever a punição do crime do art. 107 aos *cabeças* nem comprehender numa só classe os demais co-participantes dessa infracção politica; considerou o gráu de responsabilidade pela maior ou menor efficiencia da cooperação de cada um no delicto e, em consequencia, impoz pena mais grave aos *autores especiaes* ou *predominantes* — os cabeças, seguindo-se-lhes os *co-autores simples* e, por fim, os *cumplices*.

Interpretando o art. 110 do Cod. Criminal do Imperio, disse o VISCONDE DO URUGUAY que a palavra *cabeças* significava o mesmo que o vocabulo *autores*, applicado a outros crimes. THOMAZ ALVES combateu com vantagem esse asserto. Para elle, aquella palavra tem significação muito mais restricta: "A rebellião é filha de um pensamento que lhe dá força e existencia, pôde ser auxiliada por braços valentes que a coadjuvem e a façam feliz em diferentes circulos. Esse iniciador ou provocador, esses directores ou associados com parte tão activa, serão os cabeças de que fala o Codigo, mas não se deve ir mais longe, não se deve achar um cabeça da revolução, onde se encontra

um autor de crime commum (*Anotações ao Código Criminal*, tomo II, pags. 296-297). Ouviu-lhe a lição o legislador. Dahi a alinea collocada depois do art. 108 do Cod. de 1890, mas referente ao art. 107: "Reputam-se cabeças os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento". Cabeças vêm a ser, portanto, os autores intellectuaes, ou intellectuaes e physicos ao mesmo tempo, de acção predominante ou directa, constitutiva de uma co-autoria especialmente aggravada pela maior responsabilidade desses agentes. Os outros autores são materiaes, executivos, sem especial aggravação, são autores simples ou communs, e punidos, por isso, com pena menor. Mas, na co-delinquencia, podem concorrer agentes de acção secundaria, méros auxiliares do crime já fornecendo instrucções, já prestando auxilio á execução, ainda que só no seu inicio ou nos ultimos momentos, já promettendo coadjuvar na evasão dos criminosos, occultar ou destruir os instrumentos do crime ou apagar seus vestigios (Cod. Pen., art. 21 §§ 1º e 2º) (*Acc. de 23 de dez. de 1927*).

Art. 108. Tentar, pelos mesmos meios, mudar algum dos artigos da Constituição:

Pena — de reclusão por dois a seis annos. Reputa-se — cabeças — os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento.

33. Distingue-se o crime previsto neste artigo do previsto no artigo precedente, em que alli o agente visa a mudança completa da constituição politica da Republica, e aqui apenas a de algum de seus artigos. Tirante esta finalidade, sobre a qual deve versar o dolo, no mais ha identidade entre os demais elementos dos dous crimes, e, pois, aqui se applicando o que foi expellido anteriormente.

Uma limitação deve ser feita ao art. 108, pois não comprehende tudo quanto sua redacção parece indicar.

Effectivamente, se o fim visado pelo agente do crime fôr a mudança do art. 1.º da Constituição Federal, que estabelece que a Nação Brasileira adopta como fórmula de governo, sob o regimen representativo, a republica federativa, certo que, muito embora não se trate de mudança completa da constituição, não poderá reger o caso o art. 108, mas o art. 107, pois se trata de mudança de fórmula de governo.

Formulando questão identica e dando identica solução, THOMAZ ALVES ainda mostra, em face da Constituição do Imperio, que o art. 86 do código anterior, correspondente ao art. 108 do vigente, não tinha applicação em outros casos, embora se tratasse de mudança de artigo e não de toda a constituição.

Effectivamente, esta facultando a revisão, distinguia o que era constitucional ou que não o era, alli se considerando incluído o que dissesse respeito aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos, e indivi-

duaes dos cidadãos, materia de revisão, o mais podendo ser alterado pela legislatura ordinaria (art. 178).

Segundo a definição em sua primeira parte, parece que tudo quanto diz respeito aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos quer dizer alteração senão destruição da fórmula de governo, e se diz respeito a fórmula de governo, é claro que o que é constitucional na Constituição não se comprehende no art. 86 e sim no art. 85, donde se conclue que o art. 86 só trata da alteração ou destruição dos artigos que não são constitucionaes. Dahi a regra: desde que os artigos da Constituição dizem respeito á fórmula de governo, a sua alteração ou destruição não é crime do art. 86 e sim do art. 85." Na Constituição vigente não se faz tal distincção, considerando-se constitucionaes, e só alteraveis pelo processo da revisão, todas as suas disposições.

Coarctando, porém, o processo revisional, a Constituição delle exclue os projectos tendentes a abolir a fórmula republicana federativa ou a egualdade da representação dos Estados no Senado (art. 90 § 4.º). Com esta limitação, a mudança de algum ou alguns artigos da Constituição pôde ser feita pelo meio legal, que é o da revisão, cujo processo vem nos arts. 90 e 91 da lei fundamental. Aqui o exercicio de um direito; se o meio fôr a violencia, a acção torna-se criminosa, incidindo na sancção do art. 108.

### CAPITULO III

#### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS PODERES POLITICOS

**Art. 109.** Oppôr-se a alguém, directamente e por factos, á execução das leis e decretos do Congresso:

1.º Oppôr-se directamente, e por factos, á reunião do Congresso;

2.º Entrar tumultariamente 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.

34. As incriminações deste capitulo visam garantir o livre exercicio dos poderes politicos da União e dos Estados, que pela Constituição Federal e pelas Constituições dos Estados federados, são tres, independentes e harmonicos entre si, isso é, o legislativo, o executivo e o judiciario.

Assegura-se dest'arte a plena manifestação da soberania nacional e da autonomia dos Estados federados, das quaes são emanações aquelles poderes.

São crimes aos quaes o codigo não dá *nomen juris*, mas que constituem propriamente a *rebellião*, consoante o uso commum que essa palavra tem em nossa lingua, e que se distinguem da *insurreição*, prevista nos arts. 107 e 108, especialmente pelo fim que visam. Na insurreição, o fim visado é a destruição do organismo politico da nação, como satisfação das exigencias de um pensamento politico, manifestando-se o facto sempre com feições de um *movimento popular*, abrindo caminho á guerra civil.

A rebellião *não é a revolução*, ainda quando assuma vastas proporções pelo numero dos que nella tomam parte; seu fim não é reformar o Estado em sua lei fundamental, não é aggre-dir os representantes do poder publico para conseguir a destruição de uma peça no organismo social; não ataca a soberania em si mesma, mas na *actividade de cada um de seus representantes e para fim determinado e especial*. Em summa: os insurgentes atacam o governo com o fim de *destruil-o*; os rebeldes *não lhe negam legitimidade*, mas recusam-lhe obediencia *oppondo-se violentamente ao exercicio de suas funcções*. Verdade seja que muito vizinha acha-se a insurreição da rebellião, e facilmente trasmuda-se esta naquella; mas pelos fins differentes que têm em vista distinguem-se perfeitamente (JOÃO ROMEIRO).

35. No art. 109 o codigo vigente amalgamou diversas figuras de rebellião, com uma só penalidade, quando por sua differente intensidade ou gravidade, eram qualificadas distinctamente pelo anterior codigo, com penas differentes.

Assim, no corpo do artigo, e nos ns. 1.º e 2.º, temos respectivamente, com poucas modificações, a reproducção dos arts. 91, 92 e 94 do codigo de 1830. que ahi estabelecia as penas de prisão com trabalho por 3 a 12 annos, 6 a 20 annos, e 3 a 12 annos.

O vigente codigo estabelece a penalidade de reclusão por 2 a 4 annos, que reduz á metade e á terça parte, segundo o crime fôr praticado contra o Congresso Nacional ou contra as assembléas legislativas dos Estados ou contra as intendencias ou conselhos municipaes, tendo em vista a diversidade de natureza de suas funcções, umas expressão directa da soberania nacional, outras da autonomia local, embora em um ponto de vista geral, sejam de character politico, isto é, attinentes á direcção dos negocios publicos.

Nos casos do corpo do artigo 109 e de seu n. 1, a acção se deve traduzir por actos materiaes, executivos e inequivocos, visando allí impedir a *execução das leis e decretos do Congresso Nacional*, e aqui a *reunião deste*, quer em sessão ordinaria, quer em sessão extraordinaria, na conformidade do que dispõe a Constituição Federal. Embora o codigo se refira á *reunião do Congresso*, tomando este em sua collectividade, isto é, nas duas camaras que o compõem, estaria comprehendido na incriminação o facto impeditivo da reunião de qualquer dellas, Senado ou Camara dos Deputados, porquanto é de sua acção conjuncta que pôde resultar qualquer lei. o projecto.

originario de uma devendo ser discutido e votado em ambas, para receber a sanção e se converter em lei, e assim, impedida uma de funcionar, o facto se reflecte sobre outra (HALL, RIVAROLA).

Desde que o legislador não faz limitações quanto aos meios impeditivos da reunião do Congresso, são igualmente incrimináveis a violência physica ou moral, os artificios ou fraude em geral, desde que tenham efficacia (FLORIAN). Com qualquer destes meios, a acção deve ser commettida, não individualmente contra um membro de qualquer das camaras, mas contra a Camara ou Senado, considerados em sua collectividade, no sentido de impedir sua reunião. Incidiria porém, sob a sanção legal o facto contrario a uma commissão, desde que repercutisse no parlamento, como seria o impeditivo da reunião de commissão de finanças (FLORIAN, CRESPOLANI). Indaga-se se ha incriminação, nos termos da disposição que apreciamos, se o facto fôr impeditivo da reunião do Senado quando tiver de exercer *funções judicarias*, ou, segundo o nosso direito, funcionar como tribunal de justiça nos termos do art. 33 da Constituição Federal. Em sentido contrario, sustentam uns que em tal caso o senado é um *corpo judiciario* e não *politico*, e a lei prevê attentado eminentemente politico (MAJNO, LONGO). Em sentido affirmativo, argumentam outros convincentemente que se é exacto que exercitando funções judicarias torna-se um *corpo judiciario*, não cessa, entretanto, de ser o senado, em cujo caracter as exerce, e a lei penal, referindo-se ao Senado (codigo italiano, art. 118, n. 2), ou ao Congresso ou suas Camaras (codigo brasileiro, art. 109) não distingue o aspecto politico e o judicario. O Senado é em tal caso um *corpo judiciario sui generis* e não despojado inteiramente do caracter politico (FLORIAN, BORCLANI, CRIVELLARI, CRESPOLANI, CIVOLI, MANZINI).

No n.º 2 do art. 109 encontramos varios factos, subordinados todos á mesma penalidade, a saber:

a) entrar tumultuariamente no recinto de alguma das Camaras do Congresso;

b) obrigar-a, por meio de força ou ameaças de violencias, a propôr ou deixar de propôr alguma lei ou resolução.

O codigo anterior entrava nesta modalidade em maior especificação, dizendo: obrigar cada uma dellas por força ou por ameaças de violencia a propôr ou deixar de propôr, fazer ou deixar de fazer alguma Lei, Resolução ou qualquer outro acto (art. 94).

c) influir na maneira de exercer as suas funções constitucionaes. O codigo anterior dizia: obrigar a dissolver-se inconstitucionalmente ou a levantar, prorogar ou adiar a sessão (art. 94).

Todo esse causuismo, que só inconvenientes traz, por deixar de fôr factos analogos, poderia ser evitado, usando o legislador de formula ampla comprehensiva do facto geral, que evidentemente teve em vista, isto é, a *oposição ou livre exercicio de cada uma das camaras do Congresso Nacional*.

O código italiano diz simplesmente: "*impedire al Senato o alla Camera dei deputati l'esercizio delle loro funzioni* (art. 118, n. 2).

Como o meio impeditivo do livre exercício das camaras pôde ser empregado por estranho ou por membro dellas. indaga-se se a obstrucção pôde constituir o crime em questão.

Como é sabido a obstrucção indica o methodo de luta, pelo qual um partido e, geralmente, uma minoria da assembléa, procura, mediante longos discursos e outros meios admittidos pela praxe parlamentar, prolongar indefinidamente uma discussão e assim impedir que um determinado projecto de lei seja votado. Tal methodo, por isso que é um modo de exercitar a funcção, attribuida a cada membro do poder legislativo, ou applicação da liberdade da palavra e da discussão, que não pôde ser limitada senão pelo regimento interno, não pôde evidentemente incidir sob a disposição do art. 109. Accresce notar que a obstrucção longe de impedir o exercício das funcções parlamentares, dellas se vale, se por ventura chega a impedir uma determinada deliberação, com isto não intercepta totalmente as funcções da camara, o que é visado pela lei penal (FLORIAN).

Quanto ao dolo, nas diversas modalidades previstas pelo art. 109, além da voluntariedade da acção; é necessario o fim especial de impedir o livre exercício de cada uma das camaras legislativas.

**Art. 110.** Usar de violencia, ou ameaças, contra qualquer membro das Camaras do Congresso no exercício de suas funcções:

**Pena** — de prisão cellular por um a dois annos.

§ 1.º Si este crime fôr praticado contra qualquer membro das assembléas legislativas dos Estados:

Metade da pena.

§ 2.º Si contra qualquer membro das intendencias ou conselhos municipaes:

A terça parte da pena.

36. A fonte desta disposição é o art. 93 do anterior código, que especificadamente assim qualificava o crime: "Usar de violencia ou ameaças contra qualquer membro das Camaras Legislativas, ou para melhor influir na maneira de se portar no exercício de seu cargo, ou pelo que tiver dito ou praticado no mesmo exercício."

THOMAZ ALVES, sem razão, criticou o dispositivo assim concebido, por falta de clareza e contradicção com a doutrina geral do nosso direito constitucional. "A irresponsabilidade dos membros de cada uma das Camaras pelas opiniões que proferirem no exercício de suas funcções é preceito constitucional. Logo, admittido o art. 93 segundo a sua redacção ou espirito literal,

temos a responsabilidade de um agente por um acto que não pôde ser criminoso, o que parece absurdo. A opinião do representante da nação não está sujeita a imputação, e como fazer responsaveis aquelles que exercem pressão para que a opinião se profese? Eis o que não se pode deduzir do artigo, que alás parece importar essa doutrina.” Não procede a censura, já porque claro é o dispositivo, já porque não autorisa a intelligencia notada, antes deixando vêr desde logo que a razão da incriminação está em assegurar o livre exercicio das funcções parlamentares, punindo, por isso, quem pretenda cerceal-as, e por meios materiaes ou moraes, dirigidos directamente contra o deputado ou senador.

O codigo vigente modificou a formula, usando de dicção synthetica: sem, porém, deixar evidenciado, como fez aquelle, a influencia do constrangimento.

São elementos do crime:

a) a violencia ou ameaça, em gráo a influir no procedimento do sujeito passivo. Sobre o que seja violencia ou ameaça, vid. n. 124;

b) que o sujeito passivo seja membro do Congresso Nacional ou assemblêa legislativa estadual ou intendencia ou conselho municipal, e esteja no exercicio de suas funcções;

c) que o agente tenha por fim privar o deputado, senador, intendente ou conselheiro municipal do livre exercicio de suas funcções, finalidade que extrema especialmente o crime em questão do previsto no art. 180.

O codigo anterior estabelecia a pena de seis mezes a quatro annos. além de resalvar as incorridas pela violencia ou ameaças. O vigente, além de reduzir a pena a dous annos, não fez resalva, mas esta deve ser subtendida, porquanto a violencia e a ameaça caracterisam o crime emquanto constituem uma coerção á liberdade do aggreddido, não se confundindo, pois com as lesões corporaes, especialmente graves, que possam resultar, que farão objecto de outro delicto, então, concurrente, meio para realisar o de que se trata.

Estendeu a protecção aos casos dos §§ 1.º e 2.º, reduzindo ainda a penalidade, já modica, á metade e á terça parte, pelas razões que já consignamos em o n.º 34.

No codigo italiano, o crime em questão figura como de violencia publica ou contra a admnistração publica (art. 187): cuja collocação foi impugnada por NOCITO, no seio da commissão de revisão do respectivo projecto, entendendo que melhor ficaria entre os delictos contra o Estado, para evitar o inconveniente que ahi figure o ultrage contra as Camaras e não o da violação da liberdade, que é bem mais grave, por isso que attentando contra a liberdade do voto de cada deputado, attenta-se contra a liberdade do voto da Camara inteira. Decidiu-se, porém, que ha grande differença entre o ataque contra o corpo e o contra uma das pessoas que o compõem. alli havendo um ataque directo, surgindo a figura criminosa politicamente mais grave do que no segundo caso. que é de ataque indirecto, alvo sendo



o individuo. É uma razão especiosa, desde que o fim do agente seja politico, pouco importando que objecto directo do ataque seja o individuo, alás visado na sua qualidade de parlamentar e no exercicio de suas funcções. A differença só pôde autorisar diversidade de pena, assim se orientando os nossos codigos.

**Art. 111.** Oppôr-se a quem, directamente e por factos, ao livre exercicio dos poderes executivos e judiciario federal, ou dos Estados, no tocante as suas attribuições, constitucionaes: obstar ou impedir, por qualquer modo, o effeito das determinações desses poderes que forem conformes á Constituição e ás leis:

**Pena** — de reclusão por dois oa quatro annos.

**37.** Comprehende o artigo duas modalidades distinctas e de intensidade diversa, mas subordinadas á mesma penalidade, uma referente á opposição ao livre exercicio dos poderes executivo e judiciario, no tocante ás suas attribuições constitucionaes, e outra ao impedimento do effeito de suas determinações, conformes á Constituição e ás leis.

O codigo anterior, muito coherentemente, tratava dessas modalidades nos arts. 95 e 96. estabelecendo para a primeira, attendendo á sua maior gravidade a pena de prisão com trabalho por quatro a dezeseis annos, e para a segunda modalidade a pena de prisão com trabalho por dois a seis annos.

Uma simples leitura do dispositivo legal mostra a differença das especies que contem, inexplicavelmente sujeitas á mesma penalidade no actual codigo. Na primeira modalidade, trata-se da *oposição directa e por factos* á enunciação da vontade dos poderes executivo e judiciario, federal ou dos Estados, dentro de suas attribuições constitucionaes, consignadas nos arts. 48. 59 e 60 da Constituição Federal, no que diz respeito aos poderes executivo e judiciario da União, impedimento que por ser total importa na nulificação desses poderes; na segunda modalidade, suppõe-se a vontade já enunciativa, a deliberação firmada e determinada, quanto a certo acto, incriminando-se a opposição, *por qualquer modo feita*, a determinação assim tomada; é um impedimento *parcial*.

Neste ultimo caso, exige o codigo que a determinação seja *conforme á Constituição e ás leis*, pelo que em caso contrario, a opposição é licita, não existe crime.

Officiando em um processo, a cujos accusados era imputado o facto do quebramento da imagem do Christo Crucificado do Tribunal do jury da Capital Federal, escreveu o Dr. LIMA DRUMMOND: "É necessario interpretar o art. 111, segunda parte, do nosso codigo penal, de accôrdo com o elemento systematico, buscando a unidade harmonica da nossa legislação penal.

A doutrina absoluta de que cada cidadão pôde ser juiz supremo da legalidade ou illegalidade das determinações derivadas dos poderes compe-

tentes não se concilia com a da responsabilidade dos funcionarios que 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 codigo penal desse paiz. E no Senado italiano, conforme affirma ZANARDELLI, se propoz fosse na redacção do texto legal, relativa a delicto congenero ao de que se trata, empregado o adjectivo — *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 ponto giuridicamente disputabile, la cui decisione appartienne al solo magistrado (CARRARA, *prog.*, parte esp., vol. V, § 2.777).

Nesta 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.”

### 38. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

I. E' elemento constitutivo do crime definido no art. 111 do cod. penal a permanencia do juiz no cargo a cujas funcções ou a cujas determinações se oppõe obstaculo (*Acc. do Supr. Trib. Federal de 1º de dezembro de 1894*)

II. 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, ao qual serve (*Ac. do Cons. Supr. da Côte de Appelação do Districto Federal de 11 de julho de 1893*).

Art. 112. Usar de violencia, ou ameaças, contra os agentes do poder executivo federal ou dos Estados, para os forçar a praticar um acto official:

Pena — de prisão cellular por um a dois annos.

Art. 113. Usar de violencia, ou ameaças, para constringer 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 cellular por um a dois annos.

39. Estes dous artigos têm como fonte, que modificaram, o art. 97 do codigo anterior. Assim resava este dispositivo:

“Usar de violencia ou ameaças contra os Agentes do Poder Executivo para forçá-los a fazer de maneira illegal um acto official, ou a deixar de fazer legalmente um acto official, ou a fazer como official um acto para que não estejam autorizados. Usar de violencia ou ameaças para constringer algum juiz ou jurado a proferir despacho, ordem, voto ou sentença, ou fazer ou deixar de fazer qualquer outro acto official.” O código supprimiou a clausula — *de maneira illegal*, inspirando-se no código italiano, art. 187, assim só exigindo que o acto, a que seja obrigado a fazer ou não o funcionario *seja official*, isto é, de seu officio, porquanto de maneira ou não legal, age violentamente, tolhido em sua liberdade, impondo-se, por isso, a repressão. Supprimiou ainda a modalidade — *fazer como official um acto para que não estejam autorizados* — porquanto em tal hypothese não ha turbação do do exercicio dos poderes do funcionario publico, o acto não surtindo effeito, por não ser das suas attribuições, e assim a violencia não attingindo o direito que a lei quer tutelar. Outra confirmação delictuosa poderia dahi surgir, como a do art. 180.

São elementos do crime qualificado nos arts. 112 e 118:

a) a violencia ou ameaça (nº. 124);

b) a qualidade do sujeito passivo, que deve ser um funcionario publico, encarregado de dar execução ás determinações do organo do poder executivo (art. 112), ou juiz ou jurado, melhor juiz de facto (art. 113), em exercicio de suas funcções;

c) o fim especifico de constringer o sujeito passivo a fazer ou omitir um acto de seu officio.

**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 cellular por dois a seis mezes.

40. A fonte desta disposição é o art. 98 do anterior código, com a adjunção da clausula — *determinar a suspensão do acto*, aliás redundante, pois está comprehendido no termo — *impedir*.

Como no caso do artigo precedente, procura-se proteger o livre exercicio do poder judiciario, quer quando seus membros, os juizes, se reunam collegialmente, em *sessão*, isto é, para conferencias e votações, quer quando functionem singularmente, em *audiencia*, isto é, em logar, dia e hora certos, publicando suas sentenças, ouvindo as partes ou seus advogados, decidindo os seus requerimentos e questões de facil e prompta solução, na conformidade das leis e regimentos, ou em posição *accubitus, statio et sessio*. O crime assume, porém, feição especial neste artigo, pelo meio empregado — o *motim* ou a *desordem*. O código diz *levantar motim*, isto é, promover confusão com estrepito, com ruido ou fragor; *excitar desordem*, provocar, convidar ou alli-

ciar os presentes para que perturbem a ordem. Em uma ou outra hypothese, é necessario que o facto assuma tal gravidade que *perturbe* o acto ou lhe sirva de *impedimento*, e assim offenda o livre exercicio do poder judiciario, escopo que deve visar o agente.

O codigo anterior estabelecia a pena de prisão por dois a seis mezes além das mais em que fossem incorridas, resalva não estabelecida pelo vigente, que manteve a penalidade da prisão, aliás fraca, sem correspondencia com gravidade do crime.

#### DA OFFENSA AO PRESIDENTE DA REPUBLICA

41. O decreto legislativo n.º 4.743, de 31 de outubro de 1923, dispondo sobre os delictos de imprensa, qualificou como crime, no art. 3.º: "*a offensa feita pela imprensa ao Presidente da Republica no exercicio de suas funcções ou fóra d'elle, e a algum soberano ou chefe de Estado estrangeiro ou aos seus representantes diplomaticos, quando não revista caracteres da calumnia ou injuria*".

Vehemente critica encontrando a lei, quer em sua elaboração, quer depois de publicada, se em diversos pontos procedentes, em outros, especialmente no que diz respeito ao dispositivo ora apreciado, como fórmula delictuosa compativel com o regimen politico vigente, sem razão alguma. E' assim que, levado mais pelo ardor do polemista, do que pela serenidade do jurista, que EVARISTO DE MORAES chegou a afirmar que "segundo os mais autorisados commentadores dos dispositivos que serviram de modelo ao projectado entre nós, a criminalidade dos factos que se podem qualificar *offensas*, reside, essencialmente, na consideração da *irresponsabilidade*, quando não na *inviolabilidade* do chefe da nação, presumindo-se que elle não *erra* não *commette faltas*, não *pratica crimes*."

Por isso mesmo: é inadmissivel, como defesa, a prova de qualquer acto attribuido, pelo offensor, ao soberano offendido.

Sendo assim, comprehender-se-ia o novo crime configurado no projecto num regimen, como o de que sahimos a 15 de novembro de 1889, e em face de uma Constituição que dizia, no seu art. 99, "A pessoa do Imperador é inviolavel e sagrada; elle não está sujeito a responsabilidade alguma..." Ora, a nossa actual organização politica é completamente diversa, no tocante á situação do chefe do Poder Executivo. Ao envés de repellir a responsabilidade, ella a estabeleceu constitucionalmente, epigraphando o cap. 5.º da secção II, do tit. I da lei Magna — *Da responsabilidade do Presidente*, — e dispondo no ar. 53: "O presidente dos Estados Unidos do Brazil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Camara declarar procedente a accusação, perante o Supr. Tribunal, nos crimes commuz, e, nos de responsabilidade perante o Senado..." Percebe-se, sem nenhum esforço, a autonomia que separa do nosso regimen politico a concepção do crime de offensa... ao Rei, tal como sob Luiz XVIII foi, para os fins da reacção realista, insituído em França.

Orça por verdadeira absurdez, portanto, pretender a conciliação da *responsabilidade criminal* do nosso primeiro magistrado, com um preceito repressivo, cuja tradição presuppõe a irresponsabilidade e a inviolabilidade de um Rei ou de um Imperador”.

Improcede de todo a critica, por não ter o crime em questão o presupposto apontado, o que se verifica logo recorrendo á legislação da propria França e aos respectivos commentadores.

E' na lei de 17 de maio de 1819, art. 9, que vemos pela primeira vez configurado o crime com a denominação de *offensa*, em relação á pessoa do rei, vindo a lei de 9 de setembro de 1835, art. 2, juntar outra fórma mais grave, quando a *offensa* tivesse por fim excitar o odio e o desprezo á pessoa ou á autoridade constitucional do rei.

Com a queda da monarchia, revogada esta ultima lei pelo decreto de 6 de março de 1848, e assim abolida a distincção entre *offensas graves e offensas leves*, manteve-se, entretanto, a figura delictuosa, com a mesma de nominação, pelas leis de 29 de julho de 1849, art. I, e de 29 de julho de 1881, art. 26 (*offensa ao presidente da Republica*). E a razão está em que a repressão penal não visa uma *offensa ao soberano, rei ou imperador*, como tal, e com o attributo de irresponsavel, mas o chefe de Estado, cuja dignidade e decoro se procura proteger. Pela preeminencia de sua posição e funcções, a *offensa* que lhe é irrogada nesse caracter, assume uma gravidade especial, exigindo adequada repressão. O chefe de Estado, nota FLORIAN, collocado no vertice da escala social, tem manifestações de honra, de decoro, de respeito que não se podem encontrar no simples cidadão. Razão ha para incriminar certas expressões, certos actos, certas *sfumature*, que, tratando-se de particulares, escapariam a qualquer repressão.

Seria falha, pois, a legislação que não prouvesse a respeito, e foi sanando a lacuna que a respeito existia na nossa, que se qualificou o crime em questão.

42. São elementos do crime nos termos do art. 3 da citada lei n.º 4.743, de 1923:

- a) a *offensa*, que não revista os caracteres da calúnia ou injúria;
- b) o sujeito passivo — presidente da Republica, ou soberano ao chefe do Estado estrangeiro ou seus representantes diplomaticos;
- c) que a *offensa* seja feita pela imprensa.

I) O conceito que tradicionalmente tem predominado em França, a respeito do elemento objectivo do crime de *offensa*, é amplo. Para o legislador de 1849, comprehendiam-se sob a qualificação geral de *offensa* não sómente as *diffamações* e as *injúrias* propriamente ditas, como tambem os ataques menos caracterizados que, sem conter imputações precisas contrarias á honra, sem conter termos grosseiros, sem ir até á *invectiva*, podiam entretanto causar certo prejuizo á dignidade e á autoridade do presidente da Republica (BARBIER). Elaborando-se a lei de 1881, o projecto e a Camara adoptaram

o termo *ultrage* para nomear o crime, mas o Senado manteve a denominação de *offensa*, “termo consagrado, dizia o relator PELLETAN, e por isso só que é excepcional, convem melhor á situação excepcional do chefe de Estado.” O relator da lei, LISBONNE, identificando a *offensa* ao *ultrage*, definia este pelo seguinte modo: “O *ultrage* é um termo generico que encerra a diffamação, a injuria, todo insulto humilhante, a representação da figura descaimbando para o ridiculo, a imputação ou a allegação de um facto de natureza a ferir a susceptibilidade, em uma palavra offendendo, uma ameaça.” No mesmo sentido se enunciam GARRAUD e FABREGUETTES. Em amplo conceito tambem é tomado o termo pela generalidade dos escriptores italianos, apreciando o art. 122 do respectivo codigo, indo até diversos, como FLORIAN, a comprehender não só o ataque á *pessoa* moral do rei, como tambem os ataques á *pessoa physica*, que por sua tenuidade, redundam mais especialmente na lesão da *pessoa moral* (ameaça leve, lesões levissimas, etc.).

O nosso legislador adoptou um conceito mais restricto, excluindo expressamente da qualificação do crime a *offensa* que revista *caracteres da calunnia* ou *injuria*. Cahe, porém, em manifesta incongruência, porquanto biparte as *offensas* ao mesmo bem juridico em o crime que qualifica, por via de exclusão, de *offensa*, e os crimes de *calunnia* e de *injuria*, aquelle com penalidade de multa muito maior, quando destes, e de *calunnia*, pôde assumir character mais grave, e aquelle ainda referente, como devia ser, só ao presidente da Republica e chefes de Estado estrangeiro ou seu representante diplomatico, e estes a outros funcionarios da administração publica, de todo equiparados ao chefe da Nação!

De outro lado, diante do conceito amplo que da *injuria* dá o art. 317 do codigo penal, difficil será, em muitos casos, extremal-a do crime de *offensa*.

II). Quanto ao sujeito passivo, a lei considera como tal, como vimos, o presidente da Republica e bem assim o soberano ou chefe de Estado estrangeiro ou seus representantes diplomaticos. Supprimiu assim a lacuna do codigo, que notámos ao commentar o art. 99. Em o n.º 55 do 1.º vol. discriminamos os representantes diplomaticos.

Quanto ao presidente da Republica, falando a lei em “exercicio de suas funções ou *fora delle*”, tem em vista, na ultima hypóthese o mero afastamento do cargo, por doença ou outro motivo transitorio, perdurando, pois, o mandato. Requer-se, a subsistencia da qualidade de presidente da Republica no momento em que a *offensa* é commettida, por isso que, cessada essa qualidade, cessa naturalmente a razão da repressão especial. Não fica, porém, impune a *offensa* commettida quando cessado o exercicio do cargo, porquanto irrogada em razão deste, e assumindo o character de *injuria* ou *calunnia*, por estes crimes responderá o *offensor*.

E’ ponto este decidido ultimamente pelo Supremo Tribunal Federal, em causa que sobremodo impolgou a opinião publica.

III) A lei, quanto ao modo do commettimento do crime, requer que seja feito pela *imprensa*. E’ outro ponto differencial da lei franceza, que

admitte outros modos de committimento. como discursos, gritos ou ameaças proferidos em logares ou reuniões publicas, escriptos, impressos, etc. (art. 26 em referencia aos arts. 23 e 28). A mesma amplitude encontramos no codigo italiano, art. 122, que torna, porém, aggravado o crime quando committido publicamente ou em presença do offendido.

A protecção é assim outorgada com a amplitude necessaria.

Quanto ao elemento moral do crime. aqui, como na injuria commum, é necessario o dolo, segundo a regra geral do art. 24 do codigo penal, isto é, a *intenção de offender a honra* do chefe de Estado, como tal. Não é necessario indagar do movel ou motivo. Mas a constatação do dolo deve ser feita rigorosamente, elemento preponderante como é na especie, de modo a distinguir a intenção de offender o chefe de Estado da intenção de criticar e censurar o governo. Como bem salienta FLORIAN, tratando-se de pessoa tão alta na escada social e na qual convergem e se reúnem todos os poderes. e em torno da qual, naturalmente, se agitam paixões e tendencias diversas, pôde acontecer que a palavra aspera, a invectiva mordaz, não sejam ditadas pela vontade de offender, antes resultem do calor da discussão, da natureza peculiar do momento politico, do impeto da convicção de quem fala ou escreve.

A lei veda a *exceptio veritatis*, isto é, a prova do facto imputado (art. 1.º, § 3.º). A lei franceza admittindo a prova do facto diffamatorio, mas sómente quando é relativo ás funcções, não comprehende tambem o caso de ser o offendido o presidente da Republica (art. 35).

Em nosso direito a restricção não colloca o chefe de Estado em posição privilegiada, ante o conceito do crime de offensa, que não comprehende a injuria e a calumnia, casos que verificados quanto ao presidente da Republica, incidem na regra commum dos arts. 315 § unico e 318, letra *a* do codigo penal, isto é, admittem a *exceptio veritatis*, o que vem resalvando no § 3.º do art. da lei de imprensa.

E' uma restricção que condiz com a razão informativa da incriminação especial do seu art. 3.

## TITULO II

**Dos crimes contra a segurança interna da República**





## TITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA INTERNA DA REPUBLICA

#### CONSTITUIÇÕES GERAES

43. Adoptando como rubrica, deste titulo a expressão — *Dos crimes contra a segurança da Republica* — a impressão que logo se tem é que o código iria qualificar os crimes contrarios ás instituições politicas ou seu regular funcionamento. O código francez, sob a rubrica — *Dos crimes contre la sureté interieure de l'État* — occupa-se dos attentados e offensas contra a constituição e fórma de governo, da excitação á guerra civil, da devastação, massacre e pilhagem em uma ou diversas communas, do emprego illegal da força publica, dos bandos armados (arts. 87 a 96). O mesmo faz o col. portuguez, t. 3.º, cap. 3.º. O nosso código comprehende, porém, crimes que não condizem com a rubrica do titulo.

Em primeiro lugar trata da *conspiração*, mas da sua propria qualificação se vê que é um preparatorio dos crimes previstos nos arts. 87, 107, 109 e 111, do titulo I, que se inscreve — *Dos crimes contra a independencia, integridade e dignidade da patria*, do qual devia, pois, constituir uma secção commum, como faz o código italiano em relação ao seu titulo primeiro, que se occupa dos crimes contra a segurança do Estado. Em seguida occupa-se o nosso código, não de crimes congeneres aos do código francez, mas da *secção, ajuntamento illicito, resistencia, tirada ou fugida de presos de poder da justiça e arrombamento das cadeias, desacato e desobediencia ás autoridades*, crimes que não têm caracter politico, e por isso classificados contra a *administração publica* e contra a *administração da justiça*, no cod. italiano, liv. II., tits. 3.º e 4.º, contra a *ordem publica*, nos códigos portuguez, tit. 33, hespanhol, tit. 3, etc.

O legislador parece que teve em vista realisar assim o rubrica *non facit fidem*. Occupemo-nos, pois, dos crimes qualificados neste titulo, abstrahindo da sua rubrica.

## CAPITULO I

### CONSPIRAÇÃO

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 Oppor-se directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados;

§ 5.º Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e á das assembléas legislativas dos Estados:

Pena — de reclusão por um a seis annos.

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.

44. Os dispositivos dos arts. 115, 116 e 117, que se occupam da *conspiração*, têm como fonte directa os arts. 107, 108 e 109 do código anterior, com modificações. Trata-se de um facto, contra cuja repressão penal se voltam diversos tratadistas de renome.

CARRARA e NELLI vêm na qualificação desse crime uma offensa aos principios da sciencia juridica, punindo-se o pensamento sem actos materiaes que o traduzam, pelo menos como preparatorios de sua realisação, pouco importando a pluralidade de intenções, por isso que isto nada influe sobre sua natureza. Importa em immoralidade, porque leva a premiar a delação ou denunciação de algum dos conspiradores, com a sua impunidade.

Compromette, sem defender, a segurança do Estado, disso dando attestado os processos urdidos contra conspiradores, que quando não abortam no ridiculo, dão o triste espectaculo de conjurações imaginarias ou urdidas nas baixas camadas sociaes, quiçã mesmo provocadas por policia corrupta ou corruptora. Em contrario, argumentou-se que as offensas ao Estado,

isto é, á sua segurança externa ou interna, são de tal ordem que o legislador no interesse de garantir essa segurança não podia limitar-se a punir sómente a tentativa e o crime consummado, que affectam essa segurança.

E por isso, abrindo uma excepção aos principios geraes da sciencia, trata de punir o facto anterior á tentativa, o plano traçado, o plano concebido para o crime. Esta excepção, porém, não fere profundamente os principios estabelecidos, porque não se trata de punir o pensamento criminoso nesse esconderijo da alma, onde só vê e póde julgar o Omnipotente; é o pensamento já revelado ao mundo externo, é o pensamento debaixo de uma fôrma, e de uma fôrma tal que com a manifestação de sua existencia soffre a sociedade alarmada, e exige os serios cuidados de todos que se devem interessar na sua segurança e garantia. Antes da tentativa já os males são grandes, e cumpre que sejam evitados e prevenidos. E como deixar de acautelar, e ser previdente? Como consentir que os factos tomem vigor e força, e que vão á praça publica consummar-se?

Não temos ahí quasi a victoria da revolução, ou do crime politico? e como responsabilisar pela lei quem é senhor, e triumphá pela força? (THOMAZ ALVES). E, portanto, uma situação de perigo concreto, uma situação em que attentas as circumstancias occurrentes, dá-se a possibilidade immediata e portanto o fundado receio de que se siga a offensa, ás instituições politicas, que concretisam a vontade da maioria, que se procura remover, com a repressão da conspiração.

Não ha duvida, nota HELIE, que nesta materia é immensa a difficuldade da prova judiciaria pois é preciso se provar a resolução, o concerto que se prepara e a determinação que a constitue; para o que torna-se necessario penetrar os mais reconditos segredos da vida privada, é preciso sondar todas as profundezas da consciencia e da vontade, e sómente por meio de inducções se conseguirá provar o crime de conspiração.

Mas dahi o que unicamente se deve concluir é que o juiz deve ser muito prudente para não confundir a innocencia com o crime, e muito cauteloso para não deixar os delinquentes sumirem-se nas sombras. Essas considerações foram tidas como sufficientes para justificar a qualificação e punição da conspiração como crime especial, esforçando-se na doutrina e nas legislações, por restringir sua configuração dentro de limites bem claros e determinados, para evitar, tanto quanto possivel, os abusos e o arbitrio. O codigo francez constituiu a fonte dos demais codigos, no assumpto, delle se desviando muitos delles apenas em não consignar a distincção entre concerto seguido e não seguido de actos preparatorios. A definição que encerra do crime foi mantida substancialmente pelos outros codigos. Em seu art. 89, § 2.º define: *il y complot dés que la resolution d'agir est concertée entre deux ou plusieurs personnes.*”

45. Segundo o art. 115 do nosso código penal são elementos constitutivos do crime de conspiração:

- 1) concerto (*résolution d'agir*);
- 2) concurso de vinte ou mais pessoas;
- 3) fim específico;
- 4) meios determinados e idoneos.

I — Com mais propriedade, ou melhor traduzindo o primeiro elemento do crime, o nosso anterior código, reproduzido no vigente fazia-o consistir no *concerto*, que não é a simples resolução de agir, mas a resolução assentada, pactuada entre os agentes ou delinquentes. É a resolução assim revelada pela fôrma exterior do pacto, que constitue precisamente o primeiro elemento do crime.

Nesse sentido, illustrando o conceito do código francez, dizem CHAUVAIN e HÉLIE: “La simple résolution d'agir est punissable, mais seulement quand'elle a été successivement précisée, concertée et arrêtée; quand toutes les volontés se sont confondues en une volonté unique et commune; quand toute délibération ultérieure est devenue inutile, et qu'il ne s'agit plus que de passer aux actes d'exécution. Si donc a la place de cet accord, de ce consentement unanime, on voit surgir au sein des prevenus des lutttes, des résistances, des démarches isolées, des vues contradictoires, on peut apercevoir de l'inquiétude, de la malveillance, des desseins dangereux, mais il est impossible de reconnaître un contrat, une association, un complot.” Questiona-se sobre a perfeição desse elemento do crime quando a execução do concerto é sujeita a *condição* ou a *termo*. Quanto a este não influe na natureza do facto, em toda conspiração devendo intervir certo tempo entre a resolução e a execução (BORCIANI, FLORIAN, MANZINI, etc.). Quanto á *condição*, entendem uns que a resolução condicionada não póde constituir elemento perfeito do crime, por isso que apresenta por si mesma um perigo muito mais remoto do que aquelle que é previsto, por via excepcional, pela lei, e sabido é que as disposições exceptionaes devem ser interpretadas restrictamente.

Depois, se a lei concede a impunidade a quem desiste da conspiração não reduzida a acto, injusto seria punir a resolução ainda suspensa pela não verificação de um facto, pois seria dificultar o beneficio da lei ou o arrependimento a quem já mostrou não intenção definitiva de delinquir, mas uma certa perplexidade e talvez o desejo de não se achar na contingencia de agir (BORCIANI). Em contrario argumenta FLORIAN com a lei, que fala genericamente em *concerto estabelecido*, e o termo e a condição nada acrescentam ou tiram á existencia do concerto realiado, notando-se mais que subsiste sempre o perigo social, que desse concerto promana.

II. Por isso mesmo que o crime assenta em um concerto, implica mais de um sujeito activo. O código francez fixa o limite minimo de duas pessoas, e o nosso o de vinte.

É um systema que não se recommenda, e com razão repudiado pelos melhores e mais modernos codigos, como o allemão, o italiano. Como bem nota NOCITO, a questão de numero é uma questão de efficacia da conspiração, assumpto que deve ser apreciado pelos juizes segundo os casos e as circumstancias.

Assim, tendo-se em vista o crime visado pelos conspiradores, se se tratasse da eliminação do chefe do Estado, duas pessoas bastariam, numero insufficiente se o alvo fosse a mudança de fôrma de governo. De outro lado, cumpre ter em vista as condições geraes da sociedade, isto é, se em estado de calma ou de agitações politicas, casos que requerem maior ou menor numero de agentes para a consecução do fim visado.

O nosso codigo é mais passivel de maior censura fixando o limite minimo de vinte pessoas, pois casos podem ocorrer em que com a differença de menos um agente, o crime pôde se integrar, exigindo prompta repressão, mas no caso inadmissivel porque apenas 19 pessoas entráram em concerto

O francez exigindo o limite de duas pessoas, mais avisado andou, porque é limite sem o qual não se pôde conceber pluralidade de agentes. Entre as diversas pessoas conspiradoras deve naturalmente intervir um vinculo peculiar, como que uma especie de associação creada para commetter o crime visado.

III. Cada participante da conspiração deve ter deliberado commetter não qualquer crime, como na associação de malfeitores, mas um ou mais dos crimes indicados no art. 115. O legislador não tinha necessidade de ahí qualificar-os, pois já o estão nos arts. 87, 109 e 111, a cujas disposições devia se reportar simplesmente, como fez o codigo anterior, no definir a conspiração, assim se enunciando concisamente: “Concertarem-se vinte pessoas ou mais para praticar qualquer dos crimes mencionados nos arts. 68, 69, 85, 86, 87, 88, 89, 91 e 92, não se tendo chegado a reduzir a acto.” Igual orientação seguem os outros codigos.

IV. O codigo italiano se refere expressamente aos meios, estatuinto “quando piu persone concertano e stabiliscono di commettere con *determinati mezzi*...” Não encontramos no codigo francez nem nos nossos menção expressa a respeito, mas é condição ou requisito subentendido ou implicito, por isso que convencionando praticar um ou mais dos crimes, previstos pela lei como finalidade da conspiração, seus agentes, mesmo para determinar o papel que cada um desempenhará, terão necessidade de concertarem tambem os meios de que lançarão mão para alcançar o fim visado. A determinação dos meios deve ser entendida no sentido de ser preestabelecido o modo de execução do crime, sem necessidade de minucias, por isso que não se deve confundir os meios com os instrumentos do crime (BORCIANI). A *opinio communis* é que, além de determinados, taes meios devem ser *idoneos*. isto é, objectivamente efficazes para conseguir o fim da conspiração. Se este fim, que é um dos crimes determinados pela lei, tem uma existencia meramente *subjectiva, de projecto*, deve ser, porém, visado com todos os re-

quisitos, que são necessários para a sua existencia *objectiva*, e entre estes prevalece a *idoneidade dos meios* (FLORIAN, TUOZZI, NOCITO, MAJNO, MANZINI, NAPODANO).

Com os elementos apontados, integra-se o crime de conspiração, que assim se manifesta como um crime *formal*.

Não é necessário, pois, que se verifique qualquer acto preparatorio ou executivo do crime que os conspiradores têm em vista: não é preciso acto preparatorio, porque seria irrelevante, sendo já a conspiração um acto preparatorio, nem acto executivo, porque se occurresse, transpostos seriam os limites da conspiração, entrando-se na orbita do *facto directo* (FLORIAN, TUOZZI, MANZINI, NAPODANO).

46. No art. 116 trata o codigo da desistencia collectiva ou de todos os conspiradores, reputando, então, inexistente a conspiração, e declarando *isentos de culpa e pena* os desistentes. E' uma causa dirimente ou de inimpugnabilidade.

No art. 117 trata da desistencia singular ou de um dos conspiradores declarando o desistente *isento de pena*. E' um caso de immuniidade penal. Em ambos os casos presupposta a conspiração já perfeita, é necessario *facto* que atteste claramente a *desistencia*, ou o proposito de abandonar a realisação do plano criminoso, não bastando, pois, a simples *inacção*, e que a desistencia se verifique *antes de ter sido descoberto ou manifestado o projecto criminoso por algum acto exterior*. Procurou assim o codigo, levado por considerações de utilidade politica, promover a desistencia, sem vexame ou immoralidade, pois não exige, como premio da impunidade, a delação, por parte do desistente, dos proprios co-réos, como fazem os codigos francez, art 108; belga, art. 136, austriaco, art. 52, hungaro, art. 137. etc. Como no caso de desistencia da tentativa, é irrelevante o motivo da desistencia no caso, podendo ser indifferentemente o arrependimento, o medo ou qualquer outra causa *psychologica*.

THOMAZ ALVES estabelece a questão de saber se, dada a conspiração com vinte pessoas, havendo desistencia de uma, de modo a ficar innocentada, continuando o pacto entre os restantes, haverá ainda crime? Responde, e muito bem, pela negativa, por isso que a associação não reúne então, o numero minimo de agentes fixados pela lei.

Quanto á pena, o codigo não a graduou devidamente, como faz o codigo italiano, art. 134, tendo em vista o crime visado pela conspiração. Qualquer que seja, entre os mencionados no art. 115, embora de gravidade differente, a pena será de reclusão por um a seis annos.

Não distingue os participantes da conspiração, nem considera separadamente os seus chefes ou cabeças, como faz em relação á insurreição (arts. 107 e 108), attendendo a diversidade dos elementos de um e outro crime, na conspiração os agentes devendo ser pelo menos vinte, e, assim, necessidade não havia dessa distincção.

Indaga-se da admissibilidade da cumplicidade no crime em questão. Pela affirmativa pronuncia-se CRIVELLARI, citando o caso daquelle que presta a casa para reunião de conspiradores, sabendo o fim para que se reúnem. Se é certo que não se pôde a priori excluir absolutamente a cumplicidade por assistencia ou auxilio antes ou durante o facto, é de notar, porém, observa BORCIANI, que tal auxilio, na maior parte dos casos, se prestado durante o facto, tomará a fôrma de verdadeira e propria co-autoria, e, assim, a cumplicidade bem raramente se poderá verificar.

#### 47. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

E' um dos elementos essenciaes do crime de conspiração o concerto criminoso entre vinte ou mais pessoas (*Acc. do Supr. Tribunal Federal, em 8 de abril de 1899*).

Vid. os arestos citados em o n.º 10.

## CAPITULO II

### SEDIÇÃO E AJUNTAMENTO ILLICITO

**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; 1.º obstar a posse de algum funcçionario publico nomeado competentemente e munido de titulo legal, ou privar-o do exercicio de suas funcções; 2.º, exercer algum acto de odio, ou vingança, contra algum funcçionario publico, ou contra os membros das camaras do Congresso, das assembleás legislativas dos Estados ou das intendencias ou camaras municipaes; 3.º, impedir a execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciario, ou ordem de autoridade legitima; 4.º embaraçar a percepção de alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 5.º, constringer, ou perturbar qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções;

**Pena** — aos cabeças, de prisão cellular por tres mezes a um anno.

§ unico. Si o fim sedicioso fôr conseguido:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

**Art. 119.** Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em lugar publico, com e designio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada: 1.º commetter algum crime; 2.º, privar ou impedir a alguém o gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3.º, exercer algum acto de odio ou



desprezo contra qualquer cidadão; 4.º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa:

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

**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 fór 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 fór obedecida, depois da terceira admoestação, empregará a força para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças.

**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.

§ unico. Si a violencia fór commettida contra a autoridade, ou algum dos seus agentes, a pena será imposta com augmento da terça parte.

**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 máo 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.

§ 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 das garantias constitucionaes, limitada em tal caso a sua acção a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei, e sob as penas nella comminadas.

48. No direito romano, especialmente pelas leis *Plantia* e *Julia*, como casos de lesa magestade, se punia quem impedisse violentamente o curso regular da justiça, o uso de armas, as reuniões turbulentas ou sediciosas (*tumultos e seditio*) e outras especies de violencia. Essas incriminações figuram nas legislações medievaes, comminando-se penas graves contra as violencias feitas aos servidores da cidade, taes como guardas, juizes, func-

cionarios publicos, e considerando-se a *violatio personarum publicarum* como caso especial da *vis publica*. Nas legislações posteriores não encontramos uniformidade, quer na denominação, quer na qualificação de diversos crimes que dahi se originaram, como os de *rebellião*, de *sedição*, etc.

O codigo francez, seguido pelo belga, sardo e outros, considerou como *rebellião* todo ataque, toda resistencia violenta ou por vias de facto contra funcionarios administrativos ou judiciarios, agindo na execucao de leis, ordens ou mandados da autoridade publica (art. 209). Como *sedição*, seus interpretes consideraram o ataque aos poderes do Estado pela guerra civil ou devastações, qualificado no art. 91 (CHARLES MORIN).

Em Portugal, vigorantes as Ordenações Philippinas, se consideravam como *tumulto* ou *motim*, as violencias feitas por muitas pessoas juntas por acaso, e sem um fim. As violencias assim commettidas, se visavam o imperante ou o Estado, constituiam a *rebellião*, crime de alta traição ou de lesa magestade; se visavam os ministros ou a ordem publica, chamavam-se *sedição*, e se eram dirigidas contra particular — a *assuada* (PASCUAL DE MELLO FREIRE, SOUZA PINTO, PEREIRA E SOUZA, com apoio na Ord. I. t. 58 § 9, l. V. t. 6 § 5, t. 45, pr., Alv. de 12 de agosto de 1717, Carta regia de 21 de outubro de 1757). Nessa orientação, o nosso codigo de 1830 qualificou como *rebellião* (art. 110) a reunião de uma ou mais povoações, que comprehendessem mais de vinte mil pessoas, para se perpetrar algum dos crimes qualificados nos arts. 68, 69, 85, 86, 87, 88, 89, 91 e 92; como *sedição* (art. 111) o ajuntamento de mais de vinte pessoas, armadas todas, ou parte dellas, para o fim de obstar a posse do empregado publico, nomeado competentemente, e munido de titulo legitimo, ou para o privar do exercicio do seu emprego, ou para obstar a execucao e cumprimento de qualquer acto ou ordem legal de legitima autoridade, e como contravenção ou crime policial, o *ajuntamento illicito* (art. 285), a reunião de tres ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguém do gozo, ou exercicio de algum direito ou dever. Se o ajuntamento illicito tivesse por fim impedir a percepção de alguma taxa, direito, contribuição ou tributo legitimamente imposto, ou a execucao de alguma lei ou sentença, ou se fosse destinado a soltar algum réo legalmente preso, a pena seria duplicada, isto é, de multa de quarenta a quatrocentos mil réis, além das mais em que o réo tivesse incorrido (art. 287). Nos artigos subsequentes até o 294, occupava-se o codigo minuciosamente de regular a dissolucao do ajuntamento illicito e casos occurrentes, regulamentação aliás propria de lei especial e policial, do que de um codigo. Distinctamente qualificava tambem o crime de *resistencia* (art. 116), assim se collocando em ponto de vista diverso do codigo francez. O codigo vigente manteve a orientação do anterior, modificando, porém a definição dos crimes de *sedição* e de *ajuntamento illicito*, fazendo entrar na daquelle modalidades que o art. 287 do anterior codigo considerava como deste delicto, cuja natureza tambem foi modificada, passando á categoria de crime.

49. Qualificando como crime a *sedição*, tendo em vista o alarma que causa á sociedade, desde que se manifesta, o código, art. 118, dá como seus elementos essenciaes os seguintes:

a) a reunião de mais de vinte pessoas. Deixa, pois, de haver *sedição*, se o numero de pessoas não exceder de vinte, passando o facto, segundo os casos, a constituir ajuntamento illicito.

No código italiano, art. 189, se fixa como limite minimo da *sedição* o numero de dez pessoas. Na commissão de revisão do projecto deste código, BRUSA criticou o systema da fixação de pessoas componentes da *sedição*, reputando-o empirico e fallaz, por isso que duas pessoas muito fortes valeriam por mais de cinco de força ordinaria ou fraca. O essencial era que houvesse concerto e a turba, ao juiz cabendo, segundo as circunstancias, julgar ou não integrada a figura delictuosa. Em contrario, porém, se darguiu e prevaleceu, que a intimidação deriva propriamente do numero, e que o não determinál-o equivalia a dar da intimidação mesma um conceito variavel e de todo subjectivo.

Outra não foi tambem a razão que levou o nosso legislador a adoptar esse systema.

b) que as pessoas componentes da *sedição*, ou parte dellas estejam armadas. Não determina o código, no caso de armamento parcial, qual o numero de sediciosos que devem estar armados.

O código francez (art. 210), combinado com o art. 214 parece dar toda a luz a esta questão, porque exigindo mais de *vinte pessoas armadas* (art. 210) no crime de *rebellião*, que *mutatis mutandis* é a nossa *sedição* não se segue, na opinião de ROGRON, que todos estejam armados, porque no art. 214 se diz que a reunião se reputa armada quando duas ou mais pessoas tiverem armas ostensivas. Daqui parece poder ou dever concluir para o nosso código que, quando diz que parte deve estar armada, quer dizer que não basta um, é preciso mais de um, são precisos dois ou mais, porque só assim se poderá fazer boa applicação da phrase *parte d'elles* (THOMAZ ALVES). As armas podem ser *proprias* ou *improprias* (vid. n.º 327 do 1.º volume). Não é necessario que tenham sido procuradas para o fim sedicioso.

A *sedição* póde 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 artigo (MACEDO SOARES).

- c) o arruido (vozeria, alvoroço), a violencia ou ameaças (Vid n. 124).
- d) ser o offendido pessoa revestida de caracter publico.
- e) que a reunião tenha por fim algum dos factos capitulados nos ns. 1 a 5.

Como bem pondera MACEDO SOARES, o dolo do crime não é o *concerto*, como quer JOÃO VIEIRA, porém 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 pôde irromper e tomar proporções sem que houvesse ao menos intelligencia entre os *co-participantes*.

Assim, convocado um *meeting* legal, pôde degenerar em *sedição*, se o promotor, ou algum orador inflamado, concitar o povo á pratica de actos *sediciosos*. A *conciatio populi* transformou a reunião pacifica, legal, constitucional, em reunião tumultuaria, violenta, ameaçadora.

O codigo distingue se o fim *sedicioso* foi ou não conseguido, aggravando a penalidade do primeiro caso, conforme se verifica no § unico do art. 118, penalidade que recae só nos cabeças, que são os que tiveram *deliberado*, *excitado* ou *dirigido* o movimento (art. 108).

50. No art. 119 define o codigo o que seja *ajuntamento illicito*, crime *affim* do de *sedição*, mas que desta se distingue por caracteres claros, verificaveis por um simples cotejo das respectivas qualificações. São elementos essenciaes desse crime:

- a) a reunião de mais de tres pessoas;
- b) um destes meios: *motim* (levantamento e alvoroço, especie de fermentação do bando popular); *tumulto* (barulho confuso, agitação, gritos ou imprecações); *assuada*, isto é, a vaia, a gritaria, o barulho com o fim de *ridicularisar* expôr ao desprezo a victima alvejada (sentença do Juiz de Baependy, Minas Geraes, em 11 de outubro de 1904, MACEDO SOARES).
- c) o designio de auxilio mutuo para commeter um dos factos especificados no artigo. Este designio não é o *pactum sceleris* da conspiração, mas, sim, o accôrdo momentaneo, rapido, alli mesmo, em logar publico, para a pratica immediata do acto e que *desapparece* logo, sem deixar mais vestigios, após a consummação (MACEDO SOARES). E' crime tambem qualificado nos codigos portuguez, art. 180, hespanhol, art. 272, argentino, art. 228, etc.

No art. 120, por considerações utilitarias, para prevenir effeitos mais gravosos dos que já se verificaram com o crime, que por formal, se consumma, realisada que seja a acção com os extremos determinados pela lei, o codigo isenta de pena os que deixarem de tomar parte na *sedição* ou *ajuntamento illicito*, obedecendo á *admoestação* da autoridade.

Nos artigos 121 e 123, estabelece o codigo disposições communs a ambos os crimes. O art. 121 comprehende medidas de ordem policial, *preven-*

*tiva* para dissolver o ajuntamento, por meios suasorios, as tres admoestações que a autoridade deve fazer aos membros do ajuntamento, para que se retirem, a *repressiva*, pelo emprego da força para conseguir esse fim, caso não seja obedecida, além da prisão dos cabeças.

O artigo é reprodução do que estatua o anterior codigo, e improprio de um codigo penal.

O art. 122 estabelece condições de aggravação de ambos os crimes. O art. 123 encerra um conceito negativo dos mesmos crimes, e dest'arte superfluo, ante os dispositivos dos arts. 118 e 119.

De outro lado não passa de regulamentação do que estatue a Constituição Federal, art. 72 §§ 8 e 9, o que seria mais proprio de lei especial, e não de um codigo penal.

## 51. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Os elementos materiaes do crime de sedição, conforme a definição do art. 118 do cod. penal são: *a*) a reunião de mais de 20 pessoas, estando algumas armadas; *b*) o arruido, violencia ou ameaças; *c*) ser o offendido pessoa revestida de caracter publico. E o elemento moral é a intenção de: 1.º, obstar a pose de algum funcionario publico nomeado competentemente e munido de titulo legal, ou privar-o do exercicio de suas funcções; 2.º, exercer algum acto de odio ou vingança, contra algum funcionario publico, ou contra os membros das camaras do Congresso, das assembleas legislativas dos Estados ou das intendencias ou camaras municipaes; 3.º, impedir a execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciario, ou ordem de autoridade legitima; 4.º, embaraçar a percepção de alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 5.º, constringer, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções.

Não se verificam os elementos materiaes do crime de sedição desde que não se trata de arruido, violencia ou ameaça, porém de homicidio, roubos e rurtos, sendo que a violencia, elemento do crime de sedição, como comprehenda quaesquer vias de facto, quer produzam quer não produzam dôr ou lesão, não abrange o homicidio, crime de natureza differente, pelo qual se tem em vista supprimir o offendido, quando a violencia tende a lhe causar coacção, injuria, dôr ou lesão. Quando assim não fosse não se verifica no homicidio o elemento moral do crime de sedição, porquanto não consta dos autos, nem mesmo se allega que commettendo esse homicidio tivesse sido a intenção dos réos exercer acto de odio ou vingança contra a victima; é manifesto que não têm applicação as variantes de intenção enunciadas sob ns. 1, 2, 3, 4 e 5 do art. 118 do cod. penal (*Acc. em 20 de novembro de 1897*).

II. No systema da lei, a intervenção da autoridade só é legitima, depois que esta tiver verificado, pela propria inspecção ocular, que a reunião é illicita e tem fins offensivos da ordem publica, nos expressos termos do artigo 121 do cod. penal; o que importa dizer, que tal interpretação presuppõe a existencia de um crime, já iniciado ou consummado, de conformidade com os arts. 118 e 119 do mesmo codigo. Se assim fosse, o exercicio de um direito positivamente affirmado pela lei ordinaria (art. 123 do cod. penal), solemnemente garantido pela Const. da Republica no art. 72 § 5.º, só seria possivel e praticavel, quando desse exercicio não pudesse resultar inconvenientes a juizo das autoridades policiaes, convertido assim em mera faculdade de character condicional um direito individual que, segundo a lei, é perfeito e absoluto, na vigencia das garantias constitucionaes. (*Acc. de 27 de maio de 1903*).

III. O crime de sedição, previsto no art. 118 do cod. penal, é de natureza politica, por jurisprudencia constatada deste Tribunal, como se vê de varios accordãos do mesmo, e como crime politico deve ser processado e juigado pela Justiça Federal, pela Const. Federal, art. 60, letra *i*, sem a restricção do art. 83 da Lei n. 221, de 1894, que o art. 4 da lei n. 1.939, de 1908, terminantemente abrogou (*Ac. de 8 de julho de 1916*). No mesmo sentido de se considerar politico o crime de sedição, os accs. de 17 de julho e de 16 de dezembro de 1911.

Já vimos que a sedição e outros crimes deste titulo não são considerados politicos pelos codigos italiano, portuguez, hespanhol e outros, e nesse sentido doutrinam varios criminalistas, entre os nossos, JOÃO VIEIRA (n. 40).

## 52. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA.

### PORTUGUEZA

I O acto de percorrerem varias pessoas uma povoação, com arruão e perturbação da ordem publica, dando morras aos seus adversarios politicos, em frente das casas destes, constitue crime de assuada (*Ac. do Supr. Trib. de Justiça, em 27 de julho de 1900*).

II. E' elemento essencialmente constitutivo do crime de assuada, punido pelo art. 180 do Cod. Penal, o ser praticado em logar publico, e para commetter algum crime, ou para impedir ou perturbar o livre exercicio ou gozo dos direitos individuaes, ou para exercer algum acto de odio, vangança ou desprezo contra qualquer cidadão (*Ac. da Rel. de Lisboa, em 25 de maio de 1889*).

## CAPITULO III

### RESISTENCIA

Art. 121. Oppór-se alguém, com violencia ou ameaças, á execução de ordens legais emanadas de autoridades competente, quer a opposição seja feita directamente contra a autoridade, quer contra seus agentes ou subalternos:

§ 1.º 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.

§ 2.º Si a diligencia effectuar-se, não obstante a opposição, sem que o executor soffra, da parte dos resistentes lesão corporal:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 125. O mal causado pelo executor na repulsa da força empregada pelos resistentes não lhe será imputado, salvo excessos de justa defesa.

Art. 126. Provocar directamente, por escriptos impressos ou lithographados, que se distribuem por mais de 15 pessoas ou por discursos proferidos em publicas reuniões, a pratica de crimes especificados nos capitulos 1.º e 3.º deste titulo e nos diversos capitulos do precedente:

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

53. O nosso codigo de 1830 caracterisava de modo claro e simples o crime de resistencia individual, salientando-se assim dos codigos vigentes. Suas disposições a respeito, constantes dos arts. 116, 117 e 118, com algumas modificações, foram mantidas pelo actual codigo, nos artigos 124 e 125. Por ahi se vê que a resistencia criminosa assenta na opposição violenta á execução de uma ordem legal, effectuada regularmente por funcionario competente. Trata-se de facto cuja incriminação, diz THOMAZ ALVES, se justifica por simples intuição, porque a sociedade, que tem em si a idéa nata do governo, e este agente da autoridade, não pôde deixar de levantar a egide de protecção em favor desses agentes, quando em exercicio de suas funções, incriminando os factos de violencia de que possam ser victimas, ou ameaçados, porque se assim não fôra, entregariam esses agentes á vontade e paixões das massa invertendo-se a ordem social, desapparecendo o principio da autoridade e do governo-principio sem o qual não pôde haver sociedade. O principio da autoridade, e a conservação da sociedade legitimam sem discussão a incriminação de *resistencia*. E igualmente, na *Relazione* sobre o projecto do codigo italiano se adduziu como motivação juridico-politica da punição da resistencia á auto-

ridade: “Importa che il principio di autorità sia rigorosamente guarentido, imperocché da esso dipendono non solo il buon andamento dei servizi pubblici e la forza dell’Amministrazione, bensì ancora la tutela dei diritti o degli interessi cittadini”. *Servi legum sumus ut liberi esse possumus*, dizia CÍCERO.

Dahi porque vemos semelhante incriminação nas diversas legislações, antigas ou modernas.

São elementos do crime, qualificado no art. 124:

- a) opposição com violencia ou ameaças;
- b) a execução de ordens legaes;
- c) a competencia da autoridade e de seus agentes ou subalternos;
- d) o dolo especifico, o proposito de offender a autoridade, desobedecendo-a e desprezando-a.

54. A opposição deve se manifestar por meio de violencia ou de ameaças, meios que se caracterizam do mesmo modo que nos outros crimes apreciados (vid. n. 124). O nosso anterior código caracterisava a violencia como “a opposição de qualquer modo com força á execução das ordens legaes (art. 116), e á ella equiparava as ameaças, cuja intensidade deixava bem frisante, estatuinto “as ameaças de violencia capazes de alterar qualquer homem de firmeza ordinaria, considerar-se-hão neste caso iguaes a uma opposição de effectiva força (art. 117). A opposição deve ser feita a quem está no exercicio da função publica, e portanto deve drigir-se contra o acto official mesmo como tal (VON LISZT).

Nota CARRARA que o conceito jurídico da resistencia corresponde inteiramente ao sentido da palavra *resistir*, que exprime o antagonismo de duas forças que tendem a pôr-se em conflicto, a força publica, por parte do funcionario, e a força privada, por parte do particular contra quem se dirige aquelle.

*Resistere*, diziam commummente os doutores, *est cum lictoribus pugnare*. Assim, a força physica subjectiva da resistencia exige uma acção, isto é, um acto ou movimento corporeo do agente e a mutação no exterior. Não basta, pois, a manifestação simples da vontade de oppôr-se, mesmo energicamente externada pela *palavra*. Se por parte do executor da ordem, desde que a manifeste ou della dê sciencia ao particular, a acção, embora não começada materialmente, tem-se como imminente, por isso que, é obrigada a dar execução a ordem, recorrendo mesmo á força, quando não obedecido; por parte do particular não se póde argumentar do mesmo modo porquanto a declaração de não querer obedecer não poderá ser tida como terminante, ou que pela força mesmo se fará valer.

Com a palavra se manifesta uma vontade contraria, mas não ha ainda acção impeditiva do executor.

Dahi outra consequencia que para a resistencia não basta uma acção *omissiva* ou *inacção*, necessario sendo uma acção *commissiva*. A desobe-



diencia limitada a actos negativos, diz por sua vez PESSINA, a "inerte immobilitate, pôde em certos casos ser incriminada, mas em nome de outra relação jurídica e por outra razão; mas uma desobediencia *inoperante* por si só não é, nem pôde ser violenta".

Assim, a recusa de declinar o nome, de restituir uma coisa, de abrir portas, de deixar-se prender, é isenta de pena, como "resistencia passiva (LISTZ).

Exemplificando tambem, mostra CARRARA que não ha resistencia punivel em quem recusa abrir a porta da casa, em quem recebendo ordem de prisão, agarra-se a uma arvore para não se deixar conduzir, ou com o mesmo fim, e para cangar os executores deita-se no chão para obrigar a que o carreguem.

A apreciação do elemento material do crime deixa desde logo patenteada, neste ponto, a differença que o extrema da violencia publica, qualificada no art. 112. Nesta ha sómente acção do particular, ao passo que na resistencia ha acção do funcionario publico e reacção do particular; no primeiro crime a violencia precede o exercicio da funcção do funcionario, no outro é contemporanea.

55. Quanto ao segundo elemento do crime de resistencia, é de notar, primeiramente, que a opposição deve ser feita no *acto da execução da ordem*. Assim extremado o crime, o legislador evita a questão levantada pelos commentadores francezes, se pôde haver crime de resistencia depois da execução (CHAUVEAU e HELIE).

Em segundo logar, a *ordem* deve ser *legal*.

A contrario sensu, pois, deixa de haver crime se a ordem *fôr illegal*.

Tocamos aqui o extremo de maior relevancia do crime, e que tem sido objecto de divergencias accentuadas em doutrina, com reflexo na pratica de julgar. Commentando os arts. 28 e 35 § 2.º, destacamos as tres theorias que se formáram, isto é: a conservadora, a ultra liberal, e a mixta ou eclectica, no tocante ás relações de hierarchia civil ou militar, applicaveis tambem ás relações dos particulares com o poder publico. Mostrámos que o nosso codigo sanciona a terceira theoria, admittindo como justificativa a resistencia ás ordens illegaes, como taes se entendendo as que são definidas no art. 229, segunda parte. Não se achando, pois, o caso comprehendido neste dispositivo, o dever é de obediencia, e seu não cumprimento constitue crime de resistencia, dados os outros extremos.

Refutando muito bem as objecções dos partidarios da theoria conservadora, ou da obediencia absoluta, patrocinada pela Côrte de Cassação de França, que arguem importar a resistencia, mesmo contra ordens illegaes, a subversão da ordem publica, além de converter os particulares em juizes de suas proprias acções, nota CARRARA que menos subvertida não fica a ordem publica quando seus mantenedores olvidam os direitos dos particulares, assegurados pelas leis, que lhes cumpre observar e que estabelecem aquella ordem, com o determinar a esphera de acção de cada um; que não se trata de fran-

quear aos particulares o juízo de seus actos, uma vez que estes, resistindo, *operam por seu risco e perigo*. Em summa, não se pôde dizer que procede ilegalmente quem se oppõe a um acto illegal. O código allemão, art. 113, faz por isso, depender a existencia do crime do *exercício regular das funcções*, e o código italiano expressamente declara inapplicavel as disposições sobre violencia publica e resistencia “*quando il pubblico ufficiale abbia dato causa al fatto, accedendo, con atti arbitrari, i limiti delle sue attribuzioni*”. Em hypothese, dêsapparece o crime contra a administração publica, por isso que cessa a verdadeira funcção publica, e, pois, a collisão entre a autoridade e o interesse publico com a força privada, devendo-se julgar o facto segundo as relações juridicas de individuo a individuo. E, então, pôde ser reconhecida em favor do resistente, ou a justificativa da legitima defesa, quando elle demonstre ter estado na hypothese do *moderamen incuspatæ tutela*, ou a excusa da provocação ou minorantes do excesso de defesa ou outras previstas pela lei (TUOZZI, GAVAZZI, etc.). Assim, ao particular cabe resistir, se entender arbitrario o acto do funcionario publico, mas por seu risco e perigo, cabendo ao juiz apreciar e decidir se illegal foi ou não o procedimento do funcionario, applicando em consequencia o dispositivo legal cabivel.

Do mesmo modo em nosso direito, com a circumstancia de que constituindo a resistencia á execução de ordens illegaes um caso de presumida legitima defesa, propria ou de terceiro, (art. 35 § 2.º), o resistente tendo em seu favor a presumpção dessa justificativa, á accusação é que cabe destruil-a, quando não corresponder á realidade das coisas.

Verificada a não existencia dos requisitos da justificativa, tem applicação a disposição do art. 124, e se alguns desses requisitos occorreram, tem o accusado a militar em seu favor a attenuante do art. 42 § 4.º.

E' de accentuar que não é exacto que nessa apreciação se deva ter sempre em vista e exclusivamente a objectividade do acto do funcionario publico, fóra de sua boa ou má fé.

Cumpra distinguir os *actos judiciaes* dos *actos administrativos*. Os primeiros não podem ser executados senão mediante a forma determinada pela lei e, assim, se no caso dado fôr observada a forma adequada, e se o acto dimana de autoridade competente, ao particular cabe obedecer muito embora encerre uma *injustiça*, que não é de confundir com a *illegalidade*, unica a ser apreciada no caso. A apreciação é da *objectividade* do acto.

Ao discutir-se o projecto do código italiano, á commissão de revisão foi proposta emenda no sentido de acrescentar-se ao artigo correspondente ao 192 do código o seguinte: “*Ove l'eccesso del pubblico ufficiale non sia che nei modi di esecuzione di un atto legittimo, la pena é diminuita di un terzo*.”

Procurava-se distinguir assim a illegalidade de substancia da forma, e dar sómente á primeira a efficacia dirimente da responsabilidade, reservando para a segunda o limitado effeito de uma excusa relativa. Impugnando essa emenda, ponderou ZANARDELLI, na sua *Relazione al Re*:

“Non mi pare accertabile di introdurre accezioni e distinzioni che non é possibile stabilire con regola legislativa, e le quali d'altra parte, infirmerebbero il principio e sarebbero in opposizione alle guarentigie dei diritti che si vogliono riconoscere e sancire. La stessa circostanza che l'eccesso di potere si riferisca, anziché alla legalità dell'atto nella sostanza, alla regolarità nella forma, la quale é sostanza essa pure com e parte essenziale della guarentigia, non correbbe a togliere il carattere d'illegittimità all'operato del funzionario”.

A emenda foi regeitada pela Comissão de revisão, adduzindo tambem ELLERO contra sua acceitação que “alle volte anche il solo accesso dei modi puó dar diritto al cittadino di opporsi al pubblico ufficiale, e quindi bisogna che si possa accordargli una discriminante e non soltanto una scusante come nel caso dell'agente della forza pubblica che *nell'arrestare una persona, sia pure in seguito a mandato regolare dell'Autorità giudiziaria, ammeni dei pugni, pronunzi delle ingiurie e simili*”. A mesma solução deve vigorar em nosso direito, em face do art. 229, que cogita da illegalidade tanto de subsistencia, quanto de forma, ou por outra, tanto da forma intrinseca, *ut species*, quanto da forma extrinseca, *ut exemplar*, a desta consistente não em qualquer vicio, mas na falta da *solemnidade necessaria para a validade do acto*, nos termos daquella disposição. Nestes casos, o facto de supôr erroneamente o funcionario que o acto é legal não suppe a falta da legalidade. Desde que são ultrapassados os limites da legalidade começa neste caso, como em todos os outros, a justificação da resistencia (LISZT). Nos actos administrativos porém, a forma não sendo de rigor, o funcionario tendo o poder discrecionario de agir, é bem de ver que a apreciação de seu acto não póde ser feita de um modo exclusivamente objectivo. A allegação de ter agido erroneamente, mas de boa fé, deve ser acolhida para o devido exame, podendo ter procedencia ou não conforme a hypothese. Deve-se perquirir, diz LISZT, se tomadas na devida consideração as circumstancias que no momento se offereciam ao funcionario, parecia-lhe necessario praticar o acto, embora se verificasse posteriormente, melhor conhecida a situação, que o acto era superfluo, ou mesmo não justificado.

De ordinario, diz BINDING, o funcionario deve proceder segundo um exame leal, conforme ao dever, quando se trata de medidas de segurança contra perigos provaveis, e especialmente quando o perigo impede ou diffulta uma cuidadosa *causa cognita* que acarretaria demora. A exclusão da boa fé, não resulta, em casos taes, só daquillo que em direito administrativo se chama “*desvio de poder*”, mas quando este desvio de poder”, mas quando este desvio de poder resulte de fins privados, extranhos áquelles que o funcionario, em razão do officio, deveria ter em vista. (GAVAZZI).

56. A opposição deve ser feita á *autoridade competente* ou a seus *agentes* ou *subalternos*. Por *autoridade* se entende o orgão da administração ou da justiça idealmente concebido como instituição. Em sentido concreto.

entende-se por *autoridade* a pessoa que, por uma delegação directa da lei, exerce o poder que denota a instituição, quer na ordem administrativa (*imperium*), quer na ordem judiciaria (*jurisdictio*). Nesse sentido é que o código falla em *autoridade competente*. Incluem-se na primeira categoria os encarregados da missão do governo, de fazer executar e cumprir as leis, os decretos, os regulamentos, as posturas municipaes, tes como 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, delegados, sub-delegados, inspectores e commissarios de policia, etc. São da ordem judiciaria, além dos juizes da primeira e superior instancia, os órgãos do Ministerio Publico, que constituem uma magistratura especial (vid. meu *Curso de proc. criminal*, 2.<sup>a</sup> edic., ps. 16 e segs.).

A clausula — *autoridade competente* — parece redundante porque desde que estabelece que a ordem deve ser legal, esta nos termos do art. 229, segundo parte, deve ser emanada da autoridade competente. Assim parece, pondera THOMAZ ALVES, mas aqui não se trata só da ordem escripta, e tambem da ordem verbal, como por exemplo da voz de prisão dada por um agente da força publica ou official de justiça no caso de flagrante delicto, e sendo assim o accrescimo feito pelo legislador é procedente.

O código anterior não distinguia a autoridade em superior e inferior nem os que dão ordem dos que executam, entendendo-se, porém, que sob a denominação de *autoridades competentes* se incluíam todos esses funcionarios .

O código vigente, inspirando-se no código portuguez, art. 186, no intuito de dissipar qualquer duvida, faz a distincção, mas para denotar que o crime se commette pela opposição feita quer directamente á autoridade que dá a ordem, quer indirectamente, a seus agentes ou subalternos, *quando a executam*. Este ultimo ponto vem bem expresso no código portuguez, que diz — “qualquer dos seus subalternos ou agentes, conhecido por tal e exercendo suas funcções para a execução das leis ou dos ditos mandados.”

O código da Baviera, art. 317, tambem fazia consistir o crime na opposição feita á pessoa de um agente da autoridade, ou de um militar tendo commissão official, sendo punivel o delinquente como se a violencia fosse dirigida immediatamente contra o magistrado revestido de autoridade.

O *Commentario official* deste código dando a razão do dispositivo, diz: “A inviolabilidade dos agentes da autoridade é tão necessaria áquelles que executam as ordens como áquelles que as dão, quanto mais quando na natureza e pratica das coisas e execução das ordens superiores é sempre delegada a agentes inferiores civis ou militares.”

Os cods. allemão, art. 113 e italiano, art. 190, equiparam ao funcionario as pessoas que forem chamadas a prestar-lhe assistencia, e a razão está em que nesse caso a qualidade do funcionario se projecta na pessoa que coopera para tornar possivel o cumprimento de seus deveres funcçionaes (ZERBO-

GLIO). É norma virtualmente contida no art. 124 do nosso código. Não está na mesma posição o particular que effectua prisão em flagrante delicto, pois o exercício de uma faculdade ou função legal, não outorga de per si só a qualidade de funcionario, e resulta da propria índole da resistencia, como extremo ou elemento constitutivo um acto de força dirigido contra a autoridade, seus agentes ou cidadãos chamados a prestar-lhes auxilio, na presença de official publico ou por elle acompanhados (MAJNO, ZERBOGLIO, MANDUCÁ, JOÃO VIEIRA).

57. O dolo na resistencia consiste na vontade consciante de empregar a violencia ou ameaça contra a autoridade competente ou seus agentes ou subalternos para impedir que executem uma ordem legal. Comprehende, pois, todos os elementos da acção delictuosa, e basta seja eventual, pelo que incorre na pena do art. 124, quem tem apenas *duvidas sobre* a legalidade do acto e resiste, correndo o risco de que o funcionario esteja exercendo regularmente a sua função. (n.º 52).

Assim, deixa de haver resistencia punivel quando o agente suppõe erroneamente que illegal é a acção contra si dirigida, quer por ignorar a qualidade do funcionario, quer por suppor, pelas circunstancias occurrentes no caso, que illegal era a ordem. Quanto ao primeiro ponto, é de notar com CARRARA, que não procede a allegação de erro baseada na ausencia de distinctivo de autoridade no funcionario, se o agente o conhece como tal, pois o distinctivo não tem outro fim senão revelar aos cidadãos a representação legal de que se acha investida a pessoa.

Não é de acolher-se tambem a allegação fundada na ignorancia da lei penal (art. 26 letra a).

O que é preciso, emfim, é a prova concludente da boa fé do resistente, por ter incorrido em erro de facto.

58. Como todos os crimes que se integram com o emprego da força material directamente, não contra a integridade physica, mas contra a liberdade pessoal, a resistencia se consumma desde que se manifesta a opposição, pela violencia ou pela ameaça, como meios coercitivos da liberdade do funcionario.

É, pois, um crime formal, por isso que independe da consecução do fim visado pelo agente (ZERBOGLIO, GAVAZZI).

O código toma, porém, em consideração os resultados da acção para os efeitos penaes. Tres hypotheses podem occorrer, a saber: 1.ª) a diligencia, isto é, o trabalho do funcionario fóra de sua repartição para execução de ordem legal, deixa de effectuar-se, ficando suspenso todo o procedimento da autoridade e seus agentes; 2.ª) a diligencia effectua-se não obstante a opposição dos resistentes, soffrendo o executor da parte dos resistentes lesão corporal; 3.ª) a diligencia effectua-se não obstante a opposição, sem que o executor sofra alguma lesão corporal, da parte dos resistentes.

As duas primeiras hypothèses formam o § 1.º, equiparadas quanto á penalidade, que é de prisão cellular por um a tres annos. A terceira hypothese constitue o § 2.º, determinando a penalidade de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Quanto á primeira hypothese e quanto a resultar offensa a integridade corporal, o código usando da expressão — *qualquer lesão corporal*, parece referir-se a todas as modalidades de lesão corporal, quer ás *leves*, previstas no art. 303, quer ás *graves*, previstas no art. 304.

Mas, sem manifesto absurdo não chegaríamos, se comprehendessemos estas ultimas, porquanto teríamos o *crime de resistencia* aggravado com *lesões corporaes*, punindo no maximo com tres annos de prisão cellular, quando qualquer dellas, de per si só, acarreta a penalidade de seis annos de prisão cellular, no gráo maximo!

Um verdadeiro absurdo, que, por isso mesmo, mostra não ser essa a intelligencia do texto legal.

Devemos, pois, restringir a dicção do § 1.º ás lesões corporaes previstas no art. 303.

Occorrendo qualquer das modalidades do art. 304, a pena é a fixa do § 3.º do art. 66 combinado com aquelle artigo.

59. Em seu art. 118 estatua o código anterior que “os officiaes da diligencia para effectual-a poderiam repellir a força dos resistentes até tirar-lhes a vida, quando por outro meio não pudessem conseguir”. Seus commentadores divergiam no encarar esta causa de irresponsabilidade, entendendo uns que era um caso especial de justificativa (THOMAZ ALVES), e outros que era caso de não criminalidade ou dirimente da responsabilidade, segundo o art. 10, § 3º, correspondente ao art. 27, § 5º, do código vigente, (JOÃO VIEIRA).

A divergencia foi dissipada pelo art. 125 do código actual, estatuinto que “o mal causado pelo executor na repulsa da força empregada pelos resistentes não lhe será imputado, salvo *excesso de justa defesa*. Trata-se, pois, de um caso de justificativa, a ser apreciado segundo a regra geral do art. 34. Fica assim o official da diligencia com o direito de repellir a força dos resistentes, até tirar-lhes a vida quando por outro meio não possa conseguir-o. A morte assim operada é um *homicidio legal*.

O legislador destacou este caso de justificativa da regra geral, por se tratar da defesa da vida do atacado e mais da sustentação e garantia da autoridade ou seu agente.

60. No art. 126 qualifica o código a provocação collectiva como crime especial. Trata-se da hypothese tradicional da *provocation non suivie d'effet*, qualificada na legislação franceza e geralmente acceita pelas outras.

O crime assume assim configuração, desde que não se siga o effeito, pelo menos principio de execução, caso em que a provocação torna-se participação, como autoria intellectual ou cumplicidade, no crime provocado. A possibilidade, porém, de coexistencia entre o crime especial da provocação

e o crime della resultante, é admittida por escriptores italianos em face do respectivo codigo.

O respeito á liberdade individual e de opiniões tem levado a incriminar só a provocação publica, bastando a acção vigilante da policia, em se tratando de provocação privada não acolhida, e a punição como simples aneação quando reunir os elementos deste delito.

Quanto á provocação publica, a perturbação da ordem publica e o escandalo, que produz, reclamam sua repressão mais ou menos fortemente segundo a diversa entidade do crime instigado (ZANARDELLI). Em dois grupos podem ser distribuidas as legislações a respeito, umas tornando a provocação extensiva a todos os crimes (codigos allemão, arts. 85, 111. italiano, arts. 135 e 246, etc.), outras só punindo quando se refere a crimes singularmente odiosos ou perigosos ou taes de perturbar profundamente os interesses publicos e privados, entre os quaes os crimes contra a segurança do Estado (lei franceza de 29 de julho de 1881, codigos brazileiros de 1830 e vigente, etc.).

No art. 126 o nosso codigo actual fundiu extravagantemente o que dispunha distinctamente o codigo anterior nos arts. 90, 99 e 119. No art. 90, como disposição commum ao 1.º titulo, que se occupava dos crimes contra a existencia politica do Imperio, o codigo qualificava a provocação, directa, por escriptos impressos, lithographados ou gravados que se distribuisssem por mais de 15 pessoas, aos crimes especificados nos arts. 68, 85, 86, 87, 88 e 89, correspondentes os tres primeiros aos arts. 87, 107, 108 do codigo vigente, estabelecendo a pena de prisão por 1 a 4 annos e de multa correspondente a metade do tempo. Se a provocação fosse por escriptos não impressos, que se distribuisssem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em publicas reuniões, seria punida com a metade daquellas penas. No art. 99 tratava da provocação feita pelos mesmos meios e referente aos crimes especificados nos arts. 91, 92, 94, 95 e 96, do tit. II, que comprehendia os crimes contra o livre exercicio dos poderes politicos, artigos aquelles correspondentes aos 109 e 111 do vigente codigo, estabelecendo as penas de prisão por 6 mezes a 2 annos e da multa correspondente á metade do tempo, e á metade dessas penas conforme a provocação se fizesse por impressos ou não ou por discursos proferidos em publicas reuniões. Finalmente no art. 119, guardadas as distincções quanto aos meios punia a provocação com as penas de prisão por 2 a 16 mezes e de multa correspondente á metade do tempo e com a metade dessas penas, quando fosse referente aos crimes de sedição, insurreição e resistencia. Como se vê, o codigo não só qualificava a provocação nos logares adequados, como a distinguia segundo a gravidade dos crimes a que se referia, e segundo os meios fossem de maior ou menor permanencia (escripto ou discurso), ou mais ou menos conducente a facil e prompta reproducção do crime (impresso, gravura ou lithographia ou escripto não impresso), impondo penas correspondentes. O codigo vigente não teve em consideração essas distincções, tão essenciaes a doutrina classica, a que se filiou, entre..

tanto, segundo a qual é principio fundamental a proporção entre a pena e a gravidade do facto delictuoso, e amalgamou tudo em uma só disposição, encaixada ainda no capitulo referente á resistencia, e com uma só penalidade!

São elementos do crime, segundo o art. 126:

a) o facto da *provocação*, isto é, da instigação para o commettimento de determinados crimes;

b) *publicidade*, requisito que imprime a nota delictuosa ao facto da provocação, por isso que mediante a publicidade é que pôde occorrer a perturbação da tranquillidade e da ordem publica, que é causa justificativa da repressão.

O codigo delimita os meios da publicidade aos *escriptos impressos* ou *lithographados*, que se distribuem por mais de 15 pessoas, ou *discursos proferidos em publica reunião*.

Assim, se o escripto fôr manuscrito ou reproduzido por outro *meio mechanico*, ou se fôr *affixado* ou *exposto publicamente*, meios tão ou mais aptos para dar publicidade á provocação, não ha crime! Consequencia do casuismo tão de molde ao codigo.

c) o crime *objecto* ou *fim* da provocação. O codigo enumera como constituindo tal objecto os crimes especificados no titulo I e nos capitulos 1.º e 3.º do tit. II. A provocação deve ser *directa* a um desses crimes, cujo acto material deve vir expresso no meio determinado pela lei, impresso ou lithographia, ou discurso.

Assim, uma exposição generica dos males sociaes, uma critica á fôrma do governo existente, a expressão generica dos sentimentos de aversão á fôrma politica hodierna, etc., não poderiam constituir provocação criminosa. Entre o facto constitutivo da provocação e seu objecto deve necessariamente interpor-se um certo vinculo de possibilidade e de efficacia, por isso que a provocação é punida em contemplação da perturbação publica, que della deriva, e do perigo de ser commettido o crime. Assim, o facto da provocação deve ser sério e grave, isto é, conter a idoneidade objectiva e efficacia especifica a infundir em outros o desejo e o proposito de commetter um daquelles crimes (FLORIAN, GARRAUD, BARBIER, etc.).

d) o *dolo* deve consistir na vontade de provocar a commetter algum dos crimes especificados.

Assim, a provocação deve ser *directa* em duplo sentido: *objectivamente*, no sentido já exposto, e *subjectivamente*, que o agente tenha querido instigar ou excitar outros a commetter um determinado crime.

Como bem pondera TUOZZI, “bisogna indagare l'intenzione dell'agente a fine di scovrire se i suoi discorsi erano diretti effettivamente a far consumare un attentato contro il re, la sovranità o i poteri dello Stato ovvero a manifestare soltanto un'opinione politica, sia anche avanzata.”



61. Tratando da repressão da propaganda de facto do anarchismo, o decr. n.º 4.269 de 17 de janeiro de 1921, art. 1.º, contempla também como crime a provocação collectiva, definindo com mais elasterio os meios, que podem ser “o escripto ou qualquer outro meio de publicidade, ou a palavra em reuniões realizadas nas ruas, theatros, clubs, sédes de associações, ou quaesquer logares publicos ou franqueados ao publico”, visando directamente a provocação a pratica de crimes, que exemplifica como sendo o damno, depredação, incendio, homicidio, com o fim de subverter a actual organização social. No art. 7 qualifica a provocação pelos mesmos meios, para a pratica dos mesmos crimes, sem o fim da subversão da actual organização social.

Ainda no art. 2 qualifica como crime a apologia, que é uma provocação indirecta, dos crimes contra a actual organização social, crime esse, bem como o definido no art. 1, que se tornam *aggravados* nos casos do art. 3 (vid. o texto legal. no n.º 9). Como consequencia de legislação feita a retalhos, chegamos a ver a provocação collectiva passivel de penalidades desproporcionadas com os crimes visados, bastante para isso patentear, ter em vista as penalidades estabelecidas pelo codigo e pelo citado decreto. O decr. n. 4.743 de 1923, art. 1, veio estabelecer que, quando commettido pela imprensa, o crime do art. 126 do codigo seria punido com a metade da pena correspondente ao crime cuja pratica se tiver provocado.

## 62. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Ao que usa de arma de fogo contra os seus detentores, com o proposito de escapar á prisão, é indifferente a maior ou menor gravidade do damno effectivo, resultante do damno que praticou.

O delicto em que incorre é o de resistencia previsto no art. 124 § 1.º do cod. penal, porque a diligencia deixou de ser effectuada em parte, sendo novamente preso um só dos delinquentes e soffrendo uma das praças uma lesão corporal. A referida lesão, exigindo penalidade menor de que a comminada no dispositivo citado, não obriga a constituir, na especie, uma figura distincta do crime de resistencia em que incorreu o réo. Ainda na hypothese, é inadmissivel a condemnação por tentativa de homicidio, não se podendo afirmar a existencia da intenção directa e inequivoca de matar só porque o instrumento do delicto era idoneo para produzir a morte (*Acc. de 17 de junho de 1914*).

II. Pratica o crime definido no § 2.º e não o previsto no § 1.º do art. 124 do cod. penal, aquelle que, oppondo-se á execução de ordem legal, fere, não o executor da ordem, mas outro empregado extranho á execução (*Acc. de 27 de setembro de 1919*).

## DISTRICTO FEDERAL.

III. É illegal a perseguição e prisão de um individuo sem ser em flagrante delicto ou em virtude de mandato judicial. Torna-se arbitraria e illegal a acção do detentor nesse caso, perdendo o direito á protecção que a nossa lei lhe conferia no art. 124 do cod. penal. Assim, tal individuo póde resistir á arbitrariedade, agindo em legitima defesa, desde que não sejam excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhe a execução (*Acc. da 1.ª Camara da Côte de Appellação, de 13 de julho de 1911*).

IV. A resistencia á prisão ordenada por autoridade competente, mas cuja ordem foi expedida sem as formalidade legaes e de modo manifestamente contrario ás leis não constitue crime (*Acc. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 7 de abril de 1917, confirmando sentença do juiz da 5.ª Vara criminal*).

V. Só é licito resistir á ordem emanada de um agente da autoridade publica no exercicio de suas funcções, quando illegal por falta evidente de requisitos extrinsecos (*Accord. da 3.ª Cam. da Côte de Appellação, de 10 de dezembro de 1921*).

VI. Commette o crime de resistencia aquelle que, levando em punho uma pistola e apontando-a contra os transeuntes na via publica, amedrontando-os, se recusa a entregal-a a um guarda civil. oppondo resistencia vigorosa á acção do dito policial para tomal-a.

Subsiste aquelle crime embora se prove, por exame pericial posterior que a pistola se achava sem o estojo da carga — porque a arma, apparentemente, era offensiva. Não se pune o agente do dito crime, como autor da contravenção do uso de arma si se prova, pelo exame pericial que a pistola, tal como estava, não era offensiva (*Accor. da 1.ª Camara da Côte de Appel lação, de 14 de maio de 1927*).

## ESTADOS FEDERADOS

VII. A ordem de prisão expedida sem as formalidades legaes é inexequivel, e por isso a resistencia opposta á sua execução não constitue crime. Mas, no caso de flagrante delicto, toda a opposição á ordem de prisão contra o delinquente importa crime (*Ac. da Relação de Ouro Preto, confirmando sentença do Juiz de direito de Rio Novo, em 27 de abril de 1864*).

VIII. A tentativa de homicidio não deve ser acceita como elemento do crime de que cogita o art. 124 do Cod. No § 1.º deste artigo, trata-se tão sómente de lesão corporal para agravar a penalidade imposta ao criminoso

e é de ver portanto, que si o crime commettido, pela sua gravidade, exigir penalidade maior, constituirá elle uma figura distincta e separada do de resistencia á ordem legal da autoridade (*Acc. do Tribunal de Justiça do Amazonas, em 19 de julho de 1906*).

IX. A resistencia é um delicto formal, que tem por elementos constitutivos: 1.º) violencia ou ameaça, tendo por objectivo impedir ou obstar a realisação ou o cumprimento de ordem; 2.º) ordem legal, assim se entendendo a que emana de autoridade competente para dal-a, está revestida das solemnidades extrinsecas necessárias para sua validade e não é evidentemente contraria á lei; 3.º) que a violencia ou ameaça se exerça contra a autoridade publica, seus agentes e subalternos no exercicio de suas funcções. Por violencia se não comprehendem exclusivamente as vias de facto, mas toda a coação ou constrangimento da liberdade do funcionario; todavia não abrange a resistencia passiva ou desobediencia limitada a actos negativos (*Acc. do Sup. Trib. de Just. do Amazonas, de 23 de novembro de 1922*).

### 63. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA

#### ITALIANA

I. Vi ha reato di resistenza quando l'agente con violenza si esime o si viole esimere da un obbligo che la legge gli impone e la pubblica autorità gli comanda (*Cass. 11 giug. 1890*).

II. Retinuto illegale ed arbitrario l'atto del publico funzionario la resistenza opposta non solo non costituisce il delitto di violenza o resistenza all'autorità, ma neppure altro qualsiasi reato (per es minacce) sempre che l'imputato nel resistere siasi contenuto nei termini necessari per impedire a suo danno la continuazione dell'atto illegale ed arbitrario (*Cass. 18 genn. 1892*).

III. Non vale, in tema di resistenza all'autorità, addurre come causa giustificante, al sensi dell'art. 192 del Codice penale, che fosse impugnabile agli effetti civile il pignoramento eseguito dal messo esattoriale contro cui la resistenza venne opposta (*Cass. 19 lug. 1890*).

#### PORTUGUEZA

IV. Desde que os agentes da autoridade exorbitam do exercicio legal das funcções, não procedem como autoridade nem com autoridade, e a opposição que lhes fôr feita não póde considerar-se crime de resistencia (*Acc. do Trib. da Rel. de Moçambique, em 24 de maio de 1889*).

## CAPITULO IV

### TIRADA OU FUGIDA DE PRESOS DO PODER DA JUSTIÇA E ARROMBAMENTO DAS CADEIAS

**Art. 127.** Tirar, ou tentar tirar, aquelle que estiver legalmente preso, 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 por seis mezes a um anno.

§ unico. Si para esse fim se empregar violencia ou ameaças contra a pessoa:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

**Art. 128.** Acommetter 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 cellular por dois a seis annos.

§ 2.º Si a fugida não se verificar:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

**Art. 129.** Fazer arrombamento na cadeia por onde fuja ou possa fugir o preso; para esse mesmo fim praticar escallada, violencia ou usar de chaves falsas:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

**Art. 130.** Facilitar aos presos por meios astuciosos a sua fugida.

**Pena** — de prisão cellular por tres mezes a um anno.

**Art. 131.** Consentir o carcereiro, ou pessoa a quem fôr confiada a guarda, ou a conducção do preso, que este fuja:

**Pena** — de prisão cellular por um a tres annos.

**Art. 132.** Deixal-o fugir por negligencia:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

§ 1.º Si a fugida fôr tentada, ou effectuada, pelos mesmos presos, serão punidos de conformidade com as disposições regulamentares.

§ 2.º Fugindo, porém, os presos por effeito de violencia contra o carcereiro ou guarda:

Pena — de prisão cellualar por tres mezes a um anno, além de outras em que incorrerem pela violencia commetida.

Art. 133. Arrombar ou acommetter qualquer prisão com força para maltratar os presos:

Pena — de prisão cellualar por um a quatro annos.

64. O direito romano punia a *effratio carceris*, por intermedio de terceiros, como a propria evasão do preso, e especialmente o carcereiro, o *commentariensis*, que deixasse fugir o preso, a elle infligindo, nos casos graves, a pena de talião. Semelhantemente dispunha a Carolina, art. 180, sendo a pena de talião substituida, no direito commum, por penas arbitrarías, e, em opposição ao direito romano, deixando-se impune a evasão espontanea do preso. Nos estatutos italianos vemos egualmente punido o guarda infiel, bem como o proprio preso.

O codigo francez, arts. 237 a 247, seguido pelo sardo e belga, se occupa da evasão de presos, como o italiano, arts. 226 a 233, este de modo completo, cogitando tambem especialmente da inobservancia de pena, quando referente á interdição de officios publicos e privação de arte ou profissão. Na antiga legislação portugueza, vigorante entre nós até a promulgação do codigo de 1830, puniam-se como casos de lesa magestade, e de segunda cabeça, com as penas de morte e confisco, a tirada “per força do poder da Justiça do condenado per sentença do Rey, que levassen: a justiça per seu mandado. ou de seus Officiaes, que para isso tenham poder e autoridade sua” e a tirada, mediante arrombamento da cadeia, do preso condemnado, ou que tivesse confessado o maleficio (Ord. L. V. t. 6 §§ 22 e 28, Decr. de 8 de fevereiro de 1758). Punia-se tambem o carcereiro que dolosamente, por dinheiro ou não, ou culposamente deixasse fugir o preso já sentenciado, bem como o proprio preso que fugisse sem força ou ajuda de fóra, salvo se dentro em breve tempo se recolhesse á cadeia voluntariamente (Ord. I. I. t. 77 §§ 3 e 7, alv. de 28 de abril de 1681. lei de 20 de julho de 1686, Ord. L. V. t. 48 § 2.º).

65. Tratando do assumpto, o nosso codigo de 1830, qualificou nos arts. 120 a 128, como crimes contra a segurança do Imperio e tranquillidade publica, a tirada e a fugida de presos do poder da justiça e arrombamento de cadeias, guardadas a directriz geral do direito anterior, quanto ás especies delictuosas.

Ainda no art. 54, punia com mais um terço do tempo da primeira condemnação. os condemnados a galés, a prisão com trabalho, ou a prisão simples, que fugissem das prisões. os degredados que sahisses para

fôra do logar do degredo, os desterrados, que entrassem no logar de que tivessem sido desterrados. Esta disposição era censurada pelo excessivo accrescimento de pena, por não distinguir a evasão simples da qualificada pela violencia, esta só devendo ser punida, como aliás faria o codigo com relação aos simples detentos, no art. 126, e por não fazer do facto previsto no mesmo art. 54 um delicto especial, qualificado em logar adequado. O codigo vigente, com algumas modificações. reproduziu as disposições dos arts. 120 a 128 do codigo anterior, deixando de fazel-o com relação ao art. 54.

Lacunoso em partes essenciaes se mostra, entre outros casos por não tratar da inobservancia de pena, quando referente á perda ou suspensão de emprego publico, ou á privação de arte ou profissão, quando exemplo tinha no codigo italiano, que aliás seguiu em outros pontos. Punindo a fugida feita pelo proprio preso, quando empregar vioencia contra o carcereiro ou guarda, poz-se ao lado da opinião dominante, que vê no caso a criminalidade só nos meios usados, a simples fuga não devendo constituir crime não traduzindo senão o impulso innato da propria liberdade (CARARA, D'ANTONIO), opinião que tem encontrado oppositores em criminalistas de renome como BARZILAI, ZERBOGLIO e outros. Mantendo a classificação do codigo anterior, considerando os crimes em questão como crimes contra a segurança interna do Estado, a par da conspiração, assim parecendo tel-os como de character politico, incertesa só desfeita pelo Decr. n.º 848 de 1890, art. 15, letr. *i*, que excluiu taes crimes da classe dos politicos, o codigo se afastou dos codigos que consideram ditos crimes como contrarios á administração publica como o francez, o sardo, o allemão, o ticiense, ou contrarios á administração da justiça, como o italiano, e da doutrina de eminentes autores que os reputam contrarios ao poder publico, que tem o preso a si sujeito (LISZT, GEYER). De accordo com a rubrica do capitulo e qualificações feitas, podemos reunir os diversos factos previstos pelo codigo em tres grupos, a saber:

- 1) tirada de presos.
- 2) fugida de presos.
- 3) arrombamento de cadeias.

66. Antes de apreciar cada um destes grupos, cumpre ter em vista conceitos e normas, que lhes servem de orientação commum. Em sentido amplo, diz-se que está *preso* todo individuo privado de sua liberdade, mas, segundo a lei, só se considera como tal aquelle que foi privado de sua liberdade individual por um órgão do poder publico em virtude de razões de interesse publico, e em consequencia disto acha-se no poder da autoridade competente (OLSHAUSEN).

Nesse sentido se comprehende tanto o indiciado ou processado, como o condemnado, este em virtude de sentença definitiva, aquelle em virtude

de prisão em flagrante delicto, de prisão preventiva, em sentido estricto, ou de decisão de pronuncia.

Está neste caso o individuo preso para ser extraditado, desde que sobre a legalidade e procedencia do pedido de extradição se tenha pronunciado o Supr. Tribunal Federal, na fórmula do art. 10 da Lei n.º 2.416 de 28 de junho de 1911.

Não se comprehende no caso da fugida o preso em virtude de divida ou de detenção pessoal, porque a fugida de um devedor, diz MAJNO, não occasiona como a de um delinquente ou presumido tal, um prejuizo social sufficiente para determinar uma repressão penal. No mesmo sentido, PERRONI-FERRANTI, BARBONI, HÉLIE, BLANCHE, JOÃO VIEIRA, a jurisprudencia franceza (*Cas.* de 30 de abril de 1807, 20 de agosto de 1824, 30 de junho de 1827).

Em sentido contrario, CARRARA, ROBERTI, IMPALLOMENI, CIVOLI.

Quanto ao lugar donde o preso fuja ou se evada, deve ser uma prisão legalmente estabelecida (HÉLIE). Neste sentido devem ser entendidos os termos “*prisão*” e “*cadeia*”, diffusamente empregados pelo codigo nos arts. 128, 129 e 133.

Como nota THOMAZ ALVES, o pensamento do legislador em um e outro lugar foi geral e complexo, embora a phrase seja digna de correção, por não conservar como devia a uniformidade no dizer, evitando assim a duvida, que porventura se possa deduzir da comparação desses termos... As palavras *cadeia* ou *prisão* abrangem todo o estabelecimento publico destinado para nelle serem guardados os presos de justiça, quer sejam indiciados em crimes sujeitos ao processo, quer sejam condemnados em cumprimento de pena.

Nessa categoria se incluem tambem os manicomios e hospitaes enquanto ahi se conserva o indiciado ou condemnado, por motivo de doença, assim decidindo por varias vezes a Cassação franceza (PERRONI-FERRANTI).

67.

a) TIRADA DE PRESOS

São elementos essenciaes do crime qualificado no art. 127:

a) a legalidade da prisão.

b) que o preso esteja na *mão e poder*, quer dizer esteja effectivamente apprehendido e sujeito directamente a autoridade, ou seus agentes ou subalternos, ou á qualquer pessoa do povo. A prisão se entende legalmente feita quando em flagrante ou preventivamente, sensu estricto, ou em virtude de pronuncia, ou de condemnação (cod. do processo criminal, arts. 131, 179 e seguintes, lei n.º 2.033 de 20 de setembro de 1871, art. 13, §§ 2, 3 e 4. decr. n.º 4.824 de 22 de novembro de 1871, art. 29, decr. 2.110 de 30 de setembro de 1909, arts. 27 e 28). O codigo reconhece ainda no particular o direito de prender *quem estiver condemnado por sentença*, direito esse, diz THOMAZ ALVES. que póde ser deduzido do art. 123 do codigo do processo

criminal. O anterior código, conceituando a figura da tirada de presos, distinguia o caso em que estivessem em mão e poder de official de justiça, do em que estivessem em mão e poder de particulares, considerando o primeiro caso de maior gravidade, e impondo-lhe a pena de prisão, com trabalho por dois a oito annos, e ao segundo a de seis a dezoito mezes. O vigente amalgamou os dois casos, sujeitando-os a mesma pena, que reduziu sensivelmente. Inspirando-se no código portuguez, art. 190, e neste ponto bem se havendo, deixou a denominação de *official de justiça*, usada pelo anterior código, para usar as de *autoridade*, seus *agentes* ou *subalternos*, que por mais comprehensivas, melhor se adaptavam ao que fosse estatuido pelos Estados federados em sua organização administrativa.

O crime se integra com a tirada consummada, isto é, quando o delinquente faz sahir o preso do poder ou mão em que estava. A *simplicis voz de prisão* não equivale á prisão em flagrante (sentença no *Direito*, vol. 30. p. 75). O código não cogita do meio, pelo qual se faça a tirada, e assim pôde ser artifício fraudulento ou outro qualquer, excepto a violencia ou ameaça, casos que prevê especialmente no § unico, como de aggravação do crime.

Modificou assim o código anterior, que não fazia distincção alguma, e ainda d'elle se destacando, e ainda se inspirando no código portuguez, equiparou a tentativa ao crime consummado para os effeitos penaes assim attendendo mais ás condições subjectivas do crime do que ao seu resultado material.

Para a devida proporção, devia graduar a pena segundo se tratasse de preso simplesmente indiciado ou condemnado, nesta ultima hypothese o crime se revelando com maior gravidade, directriz seguida pelo código italiano em casos analogos. No art. 127 figura-se o caso de ainda não estar n.ettido na prisão o individuo, mas de ir preso por pessoas competentes, e ser tirado da mão e poder dellas; não é, pois, caso de evasão, que só se verifica depois do recolhimento na prisão, e desta ou do poder dos guardas quando fôr conduzido para um tribunal, sala de audiencias, etc., ou desses logares para a prisão, casos de evasão ou fugida previstos nos arts. 128 a 132. Distingue-se a *tirada*, art. 27, da *resistencia*, art. 124, quanto aos meios, presuppondo ainda a primeira a prisão já realisada, isto é, a apprehensão effectiva e sujeição directa do preso á autoridade, seus agentes ou subalternos ou pessoa do povo. Este segundo aspecto é ainda o distinctivo entre o caso do § unico do art. 127 e o do art. 124, já que os meios são os mesmos.

Na *resistencia* ha opposição com violencia ou ameaças á *execução de ordens legaes* emanadas de autoridade competente; na *tirada* aggravada a acção é differente, pois tende a desfazer acto já realisado.

Se é o proprio preso que emprega a violencia ou ameaças para subtrahir-se á prisão, o caso é de *resistencia*.

JOÃO VIEIRA identifica o caso da tirada com o da *esimizione* do cod. italiano, art. 226. que traduz por *esimição*.



Mas este neologismo criminal não exprime bem a figura do art 127 § unico, pois em vernaculo o vocabulo *eximiação* corresponde á idéa de *isenção*, muito diversa da de *tirada* de pessoa da mão ou poder de alguém (MACEDO SOARES).

No codigo italiano, art. 226, a figura delictuosa está em “chiunque, essendo legalmente arrestato, evade usando violenza verso le persone, o mediante rottura”, facto diverso do previsto no art. 127 de nosso codigo. Pelo expedido se vê que não ha o crime da tirada se a prisão fôr legal.

68.

b) FUGIDA DE PRFSOS

Distingue o codigo tres casos de evasão ou fugida:

- 1.º quando effectuada pelo proprio preso;
- 2.º por intervenção de terceiros;
- 3.º por consentimento ou negligencia do carcereiro ou guarda.

— Quando a fugida é effectuada pelo proprio preso, só constitue crime se feita mediante *violencia contra o carcereiro ou guarda*, ou por todas as vias de facto visando impedir a guarda ou vigilancia do carcereiro ou do encarregado de deter ou conduzir o preso (art. 132 § 2.º). O legislador usando do termo *carcereiro* seguiu a terminologia do antigo direito portuguez, onde existe tal funcionario com attribuições definidas, e com o fim especial de ser responsavel pela guarda e vigilancia dos presos das cadeias (Ord. L. I, t. 33 e t. 77). Mas o direito moderno nem sempre chama *carcereiro* quem é incumbido de vigiar os presos na prisão, e portanto na palavra *carcereiro*, de que se serve a lei, devemos ver uma idéa mais ampla, comprehendendo todo aquelle que tenha missão de velar na guarda da prisão, qualquer que seja o titulo de que goze (THOMAZ ALVES).

Mantendo assim a orientação do codigo anterior, o vigente não incrimina a fugida, como fazem o italiano e outros, quando effectuada tambem por meio de arrombamento, escalada ou qualquer outra violencia contra a coisa. Não seguiu ainda a doutrina imperante que incrimina o facto em attenção ao meio empregado, porquanto pune a fugida, resalvando as penas incorridas pela violencia commettida contra o carcereiro ou guarda. E' um meio termo entre a doutrina romana e a moderna. Não reproduzindo a disposição do art. 54 do codigo anterior, como vimos, na incriminação da fugida, se comprehendem tanto os presos indiciados, como os condemnados, e a razão é porque o facto da fuga é punido, não em razão da causa que motiva a detenção, mas em razão, diz CHAUVEAU, da rebellião que se manifesta pelas violencias.

— A evasão póde ser obra de extranho, que procure dar liberdade ao preso:

- 1.º accommettendo com força, isto é, assaltando, a prisão e constringendo o carcereiro, ou guardas, a facilitar a evasão (art. 128);

2.º) fazendo arrombamento na cadeia, por onde fuja ou possa fugir o preso, ou praticando escalada, ou violencia, ou usando de chaves falsas (art. 129);

3.º) facilitando a fugida, ou concorrendo para afastar os obstaculos que a ella se oppoñham; por meios astuciosos, isto é, por todos aquelles que a astucia humana pôde engendrar, o ardil, a artimanha, a trapaça, a mentira a esperteza, a fraude, emfim todos os meios capazes de illudir a bõa fé, a confiança ou a vigilância dos encarregados de guardar a prisão (art. 130);

4.º) ou aproveitando-se do consentimento ou negligencia do carcereiro ou guarda (arts. 131 e 132). O codigo deixou de empregar o termo — *connivencia*, usado pelo anterior, e pelo francez, sua fonte, seguindo o exemplo do legislador italiano, que considerou muito vaga tal expressão (*Verbali*, XXV, 461). Dizendo — *consentir*, tornou claro que a cooperação dada ao agente está no assentimento, no não impedimento da fugida, cooperação evidentemente dolosa, como meramente culposa, por negligencia, é a do art. 132.

E' tambem por essas fórmãs de cooperação, que pôde intervir o carcereiro ou guarda na fugida, destacada especialmente sua posição no caso.

69.

c) ARROMBAMENTO DE CADEIAS

Verifica-se o crime de arrombamento de cadeias, dadas estas condições: 1.ª) quando são destruidos os obstaculos materiaes que se oppoñdo á evasão dos presos, servem de meios de segurança e constituem a defesa da sociedade contra os máos e são objecto de um direito universalmente reconhecido; 2.ª) quando o arrombamento fôr praticado para dar fuga aos presos (art. 129), ou para maltratal-os (art. 133). Se o fim visado fôr outro, não se constitue o crime em questão, mas o de damno, com maior ou menor gravidade, conforme o prejuizo causado.

Na primeira modalidade notada, é essencial para que o arrombamento se considere consummado, que por elle tenha fugido ou possa fugir o preso. E' o que se vê do art. 129.

Emquanto os effeitos da força empregada contra a cadeia ou presidio, como o rompimento de um muro, de uma grade ou cousa semelhante, não são de ordem a tornar possível a evasão: ter-se-á apenas uma tentativa de arrombamento (JOÃO ROMEIRO).

Na segunda modalidade, basta o arrombamento ou o assalto com força a qualquer prisão, para existir o crime.

Não se tratando neste caso de evasão de detidos, e usando a lei penal da expressão — *qualquer prisão* — parece que levou em vista unicamente garantir a pessoa do preso, qualquer que seja o logar em que se ache detido, por ordem da autoridade, contra aggressão de terceiros. E, querendo tomar providencias especiaes neste sentido, não tinha classe em que melhor pu-

desse collocal-o do que na de arrombamento de cadeias, que si destingue-se pelo fim, assemelha-se pelo meio empregado.

Como nota MACEDO SOARES, na expressão — *maltratar os presos* — do art. 133, não se comprehende o *lynchamento*.

E, neste caso, a duvida resolve-se ficando os agentes incurso nas penas do homicidio aggravado do art. 294 combinadas com as do art. 133. O *lynchamento* não se pôde considerar entre as especies do máo trato, porque este não vae além da offensa physica. O insulto, o ultrage, o vexame, também serão especies do máo trato, nunca sei-o-á, porém, o *lynchamento*, cujo escopo é a morte do preso. E' certo que o preso pôde vir a morrer em consequencia do máo trato, mas ainda assim a figura não é a do *lynchamento*. O codigo devia especificar o caso porque já tem occorrido no paiz mais de um delicto desta natureza.

## 70. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

I. Para a existencia do crime definido no art. 127 não basta a prova da tirada de alguém do poder da autoridade, de seus agentes e subalternos, é indispensavel que se prove também que a pessoa tirada achava-se *legalmente* presa; sem esta prova, o facto imputado deixará de ser criminoso, por não reunir os elementos legais, que tal o constituem (*Acc. da Rel. do Estado do Rio de Janeiro, em 18 de dezembro de 1894*).

II. O arrombamento de cadeia feito pelo proprio preso e a fuga deste, sem violencia contra o carcereiro ou guarda, não constituem crime. O preso nesse caso será punido de conformidade com as disposições regulamentares applicaveis ao caso (*Acc. do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1.º de setembro de 1897*).

III. O crime do art. 131 do cod. penal é um crime *sui generis*, que se caracteriza pelo consentimento dado ou manifestado para a fuga do preso. e que pela sua propria natureza não admite tentativa. O crime consiste em *consentir* o carcereiro ou guarda que o preso fuja. Ou o agente consente na fuga, e o crime está *ipso facto consummado*, ou não consente, e então não existe crime.

Pouco importa que a fuga se haja effectivado ou não.

A realidade do delicto está no consentimento dado para a fuga, e não na realisação desta. *Consentir*, quer dizer: — *estar de accordo, dar approvação, permittir, ser connivente*. Ora, quem é connivente com a fuga *consente* nesta, mas não tenta consentir.

O dolo especifico está na propria resolução ou consentimento revelado. A intenção criminosa ahi manifestada por actos exteriores, preparatorios, constitue *per se* o delicto acabado, perfeito. Essa é a interpretação mais consentanea com a letra e espirito do codigo, que nos arts. 10 e 15 pres-

creve que a resolução de commetter crime ou o facto que entrar na constituição da tentativa, quando não deva ser punivel como tentativa caracterizada, poderá, entretanto, tal seja a sua natureza, ser classificado como crime especial. Para que haja tentativa, cumpre que o dolo seja expressão de uma relação íntima entre o deliberação, o *querido* pelo agente, e o acontecido, o *realizado* (*Rev. de direito*, vol. 2, p. 281). Ora, uma tal relação só se apresenta bem nitida nos crimes em que é possível apreciar-se o *iter* da execução total dos actos praticados, apenas com interrupção involuntaria na consummação. Do — *querido* — pelo agente até o — *acontecido* — estende-se todo um traçado doloso. Se o intentado coincide, num só acto, com o resultado querido, desaparece a imperfeição do delicto, não chega a subsistir a figura jurídica da tentativa; o crime é então perfeito ou consummado.

E é por isso, que os escriptores entendem que os crimes, que não são susceptiveis de divisão em seus momentos physicos, isto é, os que se completam num acto unico, que *perficiuntur unico actu*, não admittem a possibilidade da tentativa. Nesse caso se acha o delicto do art. 131. Já na vigencia do codigo do Imperio geralmente se não admittia tentativa no crime de *deixar fugir presos* (art. 125 do cod. de 1830), mesmo no caso de conivencia — Vid. FRANCISCO LUIZ, *Cod. Crim. do Imp. Annot.*, not. ao art. 125 (*Sentença do Juiz de direito de São Carlos, em 23 de março de 1909 confirmada pelo Trib. de Justiça de São Paulo*).

## CAPITULO V

### DESACATO E DESOBEEDIENCIA AS AUTORIDADES

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 dois a quatro mezes, além das mais em que incorrer.

§ unico Si o desacato fór 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.

71. No direito romano puniam-se as injurias reaes (vias de facto e pancadas) e verbaes contra os magistrados no exercicio de suas funcções, como injurias aggravadas *persona atrocior injuria fit, ut cum magistratu fiat* (L. 7 § 8 *Dig. De injuris*). A doutrina romana, por obra dos praticos.

passou para as legislações medievas, considerando-se a offensa ao funcionario publico como offensa ao decoro e á autoridade do Estado, e em consequencia ao principe, que o personificava.

Ainda na conceituação de praticos como FARINACIO e outros, a doutrina foi ampliada, sendo considerada injuria aggravada não só a commetida contra magistrado *durante officio*, como tambem a *post officium*, desde que fosse *contemplatione officii*. O codigo francez, arts. 222-225, substituidos pela lei de 3 de maio de 1863, pune, como infracção distincta, que denomina de *ultrage*, a offensa por palavras, actos ou ameaças a magistrados e a determinados funcionarios, no exercicio de suas funcções ou por occasião destas. O codigo sardo, seguindo o francez, punia com a mesma pena, em uma só disposição, a offensa feita a funcionario publico por causa de suas funcções e no exercicio destas (art. 268). O mesmo fazia o toscano, art. 144 e quanto ás violencias. O novo codigo italiano, qualificando a diffamação e a injuria contra particulares, nos arts. 393, 395 e 396, qualifica tambem, como delicto distincto, que tambem denomina de *ultrage* a offensa á honra, á reputação ou decoro de um membro do parlamento ou de um official publico, em sua presença e por causa de suas funcções (art. 194); o mesmo facto, com violencia ou ameaça (art. 195): os factos previstos nestes artigos, quando commettidos, não por causa das funcções, mas no acto do exercicio publico dellas ou decoro de um corpo judiciario, politico ou administrativo, em sua face, ou de um magistrado em audiencia (art. 197). No antigo direito portuguez, como crime de lesa-magestade, se punia a injuria feita aos ministros, magistrados ou seus officiaes, em razão do officio (Ord. L. V, t. 30; L. 3, t. 21 § 26, e t. 24, Aliv. de 24 de outubro de 1764). O codigo penal, reformado em 1884, obedecendo á intuição que presidiu a orientação dos outros codigos, puniu tambem o crime em questão, como fórma distincta, vendo a razão punitiva em que nelle não é offendido só o homem, mas principalmente a ordem publica, assim assumindo feição peculiar e maior gravidade. Por ser a fonte em que directamente se inspirou o nosso legislador, cumpre reproduzir suas disposições a respeito. Punindo as injurias e violencias contra as autoridades publicas, como crimes contra a ordem e tranquillidade publica (Tit. III, arts. 181-185), com relação ás primeiras, sob a rubrica — *injurias contra as autoridades publicas*, cap. II. assim estatue:

Art. 181. Aquelle que offender directamente por palavras, ameaças ou por actos offensivos da consideração devida á autoridade, algum ministro ou conselheiro d'Estado, membro das camaras legislativas, ou deputações das mesmas camaras, magistrado judicial, administrativo ou do ministerio publico, professor ou examinador publico, jurado ou commandante da força publica, na presença e no exercicio das funcções do offendido, posto que a offensa se não refira a estas, ou fóra de:

mesmas funcções, mas por causa dellas, será condemnado a prisão correccional até um anno. Se neste crime não houver publicidade, a prisão não excederá a seis mezes.

§ 1.º O funcionario publico, que no exercicio das suas funcções offender o seu superior hierarchico por palavras, ameaças ou acções na presença d'elle, ou por escripto que lhe seja directamente dirigido, ainda que neste caso o faça no exercicio das suas funcções, se, todavia, se referir a um acto do serviço, haja ou não publicidade na offensa, será condemnado a prisão correccional até um anno e multa correspondente.

§ 2.º A' offensa commettida em sessão publica de alguma das camaras legislativas contra algum dos seus membros ou dos ministros d'Estado, posto que não esteja presente ou contra a mesma camara, e bem assim em sessão publica de algum tribunal judicial ou administrativo, ou corporação que não esteja presente, ou contra o mesmo tribunal ou corporação, será punido com a pena declarada no § 1.º deste artigo.

Art. 182. O crime declarado na artigo precedente, commettido contra algum agente da autoridade ou força publica perito ou testemunha no exercicio das respectivas funcções, será punido com prisão correccional até tres mezes”.

O nosso codigo anterior não qualificava distinctamente a offensa á autoridade ou funcionario publico, e sim como forma aggravada da injuria ou calunnia. O codigo vigente, mantendo essa forma aggravada (arts. 316 e 319), qualificou o crime de desacato, *nomen juris* tomado ao codigo hespanhol, art. 266, inspirando-se especialmente, como já dissemos, no codigo portuguez, que modificou, vasando a disposição em forma pouco clara e lacunosa, defeitos que vamos mostrar em seguida.

72. Nos termos do art. 134 são elementos essenciaes do crime de desacato:

- a) a qualidade da pessoa desacatada;
- b) que esta esteja no exercicio de suas funcções;
- c) que a acção seja commissiva, por palavras ou actos, ou ommissiva, por falta da devida consideração ou obediencia hierarchica;
- d) o dolo especifico.

73. 1.º *elemento* — No desacato a offensa visa não sómente o individuo, mas sobretudo a funcção politico-social, a autoridade de que se acha investido, donde a protecção penal outorgada pela lei, fazendo-as respeitar e prestigiar, e dahi porque cumpre firmar a qualidade da pessoa offendida como elemento essencial do crime.

Deixando de seguir os codigos francez e portuguez que fazem uma enumeração dos officios publicos que podem ser sujeitos passivos do crime

de desacato, o código preferiu designal-os de modo generico, dizendo — *qualquer autoridade, ou funcionario publico*. Vimos o que seja *autoridade*, quer como instituição, quer como entidade concreta, se manifestando pela pessoa que della seja investida quer na ordem judiciaria (n.º 56).

Em sentido amplo, diz-se *funcionario publico* todo aquelle que mediante nomeação, exerce uma função publica. Nesta accepção, tanto é funcionario publico a *autoridade*, como o *empregado publico*.

A doutrina tem procurado firmar distincção entre aquella e este. Segundo BLUNTSCHI, a função 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 asphera de acção, o que, aliás, não exclue a subordinação hierarchica. A idéa de *funcionario* implica a de *autoridade* (*imperium* ou *jurisdictio*) exercendo um dos direitos da soberania. Os *empregados* pelo contrario, não têm 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. Por sua vez nota RIRAS, que no complicado mechanismo administrativo, facilmente se conhece que alguma de suas peças exercem acção de que depende essencialmente o movimento geral, e, portanto, são indispensaveis para que elle possa preencher o seu destino, enquanto outras sómente têm por fim facilitar e coadjuvar a acção das peças essenciaes, de modo que a sua existencia não é indispensavel para o movimento geral. As funções 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 sómente servem para facilitar o exercicio destas geralmente se denominam *indirectas* ou *auxiliares* e tambem se poderiam qualificar de *especies*. Denominam-se *funcionarios* os que exercem as primeiras e *empregados publicos* os que exercitam as segundas.

Cumpra, porém, attender-se a 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). É nesta accepção ampla que o nosso código penal toma a denominação de *funcionario publico*, equipollentemente da de *empregado publico*, assim designando todo aquelle que mediante nomeação e permanentemente exerce função publica

Em especial denomina *autoridade*, como já vimos, o funcionario que exerce um poder de determinação propria, com *imperium* ou *jurisdictio* como os apontados no n. 53. Assim, se toda autoridade é funcionario publico, o inverso não é exacto, tendo, pois a idéa de funcionario mais larga comprehensão do que a de autoridade publica. Para o effeito, porém, da protecção penal, não ha distincção, entendendo o legislador, de accordo com o sentimento do paiz, que a dignidade official, quando offendida, não é menos na pessoa dos seus pequenos do que na dos seus altos servidores.

Já o mesmo não se verifica na França e na Italia, onde se estabelece distincção hierarchica para o effeito de graduar a penalidade em protecção á honra do Estado. Ao funcionario, para o fim da protecção penal, é equiparada a pessoa legitimamente encarregada de um serviço publico. Assim é comprehendido entre os agentes da força publica, o simples particular que é chamado pela autoridade para auxiliar-a em casos de accidentes de prisões em flagrante, etc. (NYPELS e SERVAIS, JOÃO VIEIRA).

Mas é de notar com GARRAUD, que para o effeito da protecção particular, é preciso que sobrevenha em razão da funcção exercida, não se tornando, pois, pessoal ao offendido. O art. 134 não menciona, como sujeito passivo do crime o membro do poder legislativo (Congresso Federal ou Estadual), como fazem distinctamente outros codigos, não podendo se comprehender entre os funcionarios publicos, por isso que tem funcção distincta, a de legislar, e não de governar ou administrar.

A disposição, porém, do § unico do mesmo artigo, autorisa a inclusão no caso ahí previsto, que é de desacato aggravado, porquanto o desacato em sessão de camara legislativa só pôde ser praticado contra representantes do poder publico e nestas condições devem-se considerar o deputado e senador, que fazem parte do poder legislativo, exercendo funcção publica.

74. 2.º elemento — E' preciso que o offendido esteja no *exercício de suas funcções publicas*. A proposito tres formulas foram escogitadas, traduzindo opiniões differentes a respeito.

Segundo alguns, o crime tem lugar desde que o offendido esteja revestido de uma funcção publica, muito embora o motivo seja privado. E' o ponto de vista sustentado por SÉCUR, no Conselho de Estado, ao elaborar-se o codigo penal francez.

Se a lei, dizia elle, pune este crime para conservar o respeito á autoridade, como quer que este respeito se conserve, se, desde o momento em que o funcionario não se acha no exercicio de suas funcções, não admite que nelle vejamos mais do que um simples particular? Outros sustentam que o ataque ao funcionario não deve ser punido especialmente senão quando elle é atacado como funcionario; d'outro modo a injuria é feita a um particular e não ao homem publico (BERLIER). Assim, a offensa deve verificar-se, ou durante o exercicio das funcções, ou por causa destas, *durante officio, rel extra officium sed contemplatione officii*. E' a opinião que predominou no codigo francez e em muitos outros, como o portuguez, o hespanhol, etc., sendo a formula daquelle — "*dans l'exercice de leurs fonctions ou á l'occasion de cet exercice* (art. 222), formula criticada por CARRARA, em sua segunda parte porquanto o emprego do termo — *ocasião*, não denota o nexa de causalidade entre a injuria e a funcção publica, como é essencial que haja. Assim, por essa opinião, para a existencia do crime especial do ultrage ou desacato, é necessario, ou a actualidade da funcção publica, ou



fôra dessa actualidade, que a injuria tenha como causa a funcção exercitada ou por exercitar.

Finalmente a terceira corrente de opiniões é ecclética, pretendendo a punição especial da offensa ao funcionario publico, menos grave ao caso de não ter connexção com a funcção, e mais grave quando houver ligação em razão do tempo ou causa. O nosso codigo, seguindo a opinião dominante, restringiu, porém, a configuração criminosa ao caso da actualidade da funcção, *in officio*, deixando de comprehender a outra modalidade.

A formula adoptada — *em exercicio de suas funcções*, e que se vê no codigo francez, segundo os commentadores deste, quer dizer que a autoridade ou funcionario, no momento da injuria, está procedendo ou procede a um acto de suas attribuições (CHAUVEAU e HÉLIE). A presença, pois, do offendido, revestido de sua qualidade de autoridade ou funcionario publico, ou de órgão do publico, é essencial e sem isso não ha offensa ao funcionamento do poder social, que é o protegido. Mas a formula se presta a comprehender o caso de não actualidade de funcções ou de ausencia do funcionario, desde que não tenha deixado o exercicio do cargo. E tanto é assim que o codigo portuguez para denotar a actualidade de funcções e a presença do funcionario, isto mesmo a signalou expressamente, dizendo — *na presença e no exercicio das funcções do offendido*. Tambem o legislador italiano para caracterisar devidamente essas condições, usou, com a precisão que lhe é peculiar, de outra formula, dizendo — *in sua presenza e causa delle sue funzioni* (art. 194), ou, no art. 196 — *nell'atto dell'esercizio publico di esse (funzioni)*. E o proprio legislador brasileiro para distinguir aquellas hypotheses, usa das expressões — *em acto* ou *exercicio de suas funcções* (art. 135).

Assim, não fazendo esta distincção no art. 134, parece que quiz comprehender as duas hypotheses, como fez explicitamente o codigo portuguez art. 181, fonte em que se inspirou.

Teriamos então o desacato, quer o funcionario estivesse *in officio*, em acto de suas funcções, quer fôra destas. O exame ponderado do texto legal vem, porém, mostrar que, apezar da pessima redacção dada, da falta de uniformidade de technica, a figura do desacato só é admissivel na primeira daquellas hypotheses. Primeiramente é de notar, com CARLOS DE CARVALHO, “que nisso consiste exatamente 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.” E’ a intuição que presidiu ao codigo italiano, uns dos mais perfectos da actualidade, e acolhida por notaveis criminalistas (PESSINA, PUGLIA, TUOZZI, IMPALLOMENI, MANDUCA, etc.). Depois, a offensa utrogada ao funcionario que não está em acto de suas funcções, que não está em presença do offensor, verbal ou por escripto a elle dirigido, ou pela

imprensa, em razão do officio ou não, já se acha prevista e punida até, no ultimo caso, com pena mais grave nos arts. 315, 316 e 319. Si se trata de ameaças ou de lesões corporaes, o facto está previsto nos arts. 181 e 303, com a circumstancia aggravante do art. 39 § 8. Se a offensa toma forma de officio dirigido ao superior hierarchico, constitue ou falta disciplinar, e como tal pôde ser punida, ou injuria ou calumnia, e então a protecção ao funcionario offendido está nos arts. 316 § 2.º e 319 § 3.º, que indicam a regra a seguir na applicação da sancção penal. CARLOS DE CARVALHO ainda quer ver no adverbio — *directamente*, do art. 134, a demonstracção de que o crime só pode ser commettido na presença do offendido, pois significa — *face a face*.

Discordamos dessa intelligencia, pois o termo é empregado para mostrar que a offensa deve ser *directa*, isto é, dirigida á pessoa da autoridade ou funcionario publico, sem a menor duvida. Como o legislador portuguez, o nosso quiz assim prevenir o caso, que excluiu, de se tratar de offensas, por palavras ou actos, lançadas indirectamente, de modo que não se pudesse claramente determinar o seu alvo. Argumento antes confirmativo do ponto questionado é o que se deduz da circumstancia de não ter o legislador exigido que a offensa fosse *propter officium*, o que mostra que seguiu a doutrina que faz só da actualidade das funcções requisito sufficiente para a integração do crime.

Effectivamente, ensinam CHAUVEAU e HÉLIE “que pouco importa que o ultrage diga respeito a um facto ou a um acto das funcções; uma vez que que se verifique enquanto duram estas, o motivo é indifferente; a lei não vê senão a perturbação e a injuria commettida nessa occasião, não considera senão o insulto que avilta a sua dignidade; e este existe sempre, qualquer que seja a causa que o motive”. No mesmo sentido escreve CARRARA: “Quando il sacerdote e il magistrato sono nell’attualità dello esercizio non può avvenire mai che si rechi loro un affronto senza che in questo concorra l’oltraggio al sacerdozio o allo impiego, perché naturalmente la ingiuria, quantunque procedente da causa individualc e directta a solo dispregio dello individuo come individuo, oltre offendere l’uomo viene a profanare od a disturbare la funzione che si esercitava e nel libero adempimento della quale possono avere interesse un numero indefinito di cittadini. Da codesto interesse nasce spontaneo l’aumento della quantita del reato, e la convenienza di non tener conto del perdono dell’offeso; perché assumendo il delitto la indole di complesso, l’offeso può rinunziare efficacemente in quanto alla lesione del diritto proprio, e non in quanto alla lesione del diritto altrui.”

O codigo portuguez tratando da hypothese da actualidade das funcções, estatue que a offensa pôde se referir ou não ás mesmas, ao passo que fóra das funcções, deve ter estas como causa (art. 181). Orientação diversa

seguiu o código italiano, porquanto exigindo sempre a presença do offendido, pune mais gravemente, como configuração principal, o ultrage quando feito por causa das funções, do que quando feito por causa estranha (arts. 194-196), a punibilidade neste caso requerendo como um dos requisitos essenciaes, a publicidade real, pelo escandalo dahi resultante. Assim, para o nosso código, o desacato só se verifica quando a offensa é feita á autoridade ou funcionario publico *in officio*, em acto funcconal, e, pois, em sua presença, pouco importando que seja ou não *propter officium*, ou que mantenha com a funcção nexo de casualidade (CARLOS DE CARVALHO, VIVEIROS DE CASTRO, JOÃO ROMEIRO).

75. 3.º elemento — O crime se manifesta por acção commissiva, e por palavras ou actos, ou por acção omissiva, por falta da devida consideração ou de obediencia hierarchica. O código não deixa explicito o bem juridico, objecto da offensa, como fazem outros codigos. Assim, o francez faz-o consistir na *honra* ou *delicadesa do funcionario* (art. 222); o italiano na *honra, na reputação ou no decoro* (art. 194); o portuguez na *consideração devida á autoridade* (art. 181). Nessas e outras especificações das legislações o que resalta é que o bem juridico offendido é o patrimonio moral de honestidade, de estima, de prestigio, proprio de todo homem, especialmente do que se acha investido da autoridade publica (GAVAZZI). E', pois, esse bem juridico, referido ao funcionario ou autoridade publica, o objecto da offensa.

Discriminando as modalidades desse bem, quando alvo das offensas calumniosas ou injuriasas, e quando do patrimonio de particulares ou não, o código as menciona como sendo a *reputação*, (*honra externa*), valor pessoal do individuo na opinião dos outros; o *decoro*, que é a dignidade de que o homem sóe se revestir pela sua compostura, pela conveniencia e discreção dos seus actos, de suas attitudes, de seus gestos, de sua posição; a *honra*, (*interna* ou *subjectiva*) que é a consciencia do proprio *valor* (*vid.* ns. 411 e 412). Implicitamente é essa idéa do bem juridico que se contém no termo desacato, como objecto deste.

A offensa póde se traduzir: 1) por *palavras*, ou expressando juizo proprio do offensor, ou isoladas, quando reputadas insultantes na opinião publica; 2) por *actos*, nestes se comprehendendo: a) o *gesto*, isto é, movimento expressivo das mãos e da cabeça, ordinariamente junto ás palavras ou vozes, empregados exclusivamente para affrontar, e por isso reputados insultantes na opinião publica, como o cuspir sobre a pessoa, escarrar-lhe á passagem, arremessar-lhe immundices, a bofetada, incluindo-se tambem na categoria de gestos, segundo os antigos jurisconsultos o facto de levantar uma bengala á altura da cabeça do funcionario, as vaias, as algazarras, assobios, os gritos agudos, cujo character injurioso deve ser apreciado em

cada caso pelo juiz, segundo as circunstancias (CHAUVEAU e HÉLIER):  
A) as *vias de facto*, os *actos violentos*, que caracterizam o crime, pela significação de desprezo ou desdém á autoridade, e se occorrerem lesões corporaes, a sanção adequada é a do concurso formal (art. 66 § 3.º). Não é, porém, necessario que o offendido ouça as palavras ou veja o acto offensivo, que lhe são dirigidos em sua presença, porquanto mesmo que não os tenha sentido ou ouvido, atingida é a autoridade em sua dignidade e prestigio (VINCINI GAVAZZI).

A outra modalidde do crime se realiza por omissão, na *falta de consideração*, isto é, descortezias, grosseiras, desattensões, ou na *falta de obediencia hierarchica*, isto é, no desrespeito ás ordens recebidas.

Como se vê desde logo, neste ultimo caso preciso é que o offensor seja tambem funcionario publico, e de categoria inferior ao offendido. Como nota MANZZINI: "Se i pubblici ufficiali di diverso grado non appartengono al medesimo ufficio o servizio, in tal caso il soggetto attivo si contiene come em privato qualunque, e quindi l'oltraggio sussiste. Se appartengono allo stesso ufficio e servizio conviene suddistinguire.

Se l'offensore é il superiore gerarchico, l'oltraggio é escluso, perché viene meno l'oggevitá giuridica del delitto, mancando un'aggressione all'autoritá, mentre si avrà eventualmente il titolo d'injuria o di difamazione. L'autoritá superiore, di fatto, assorbe l'autoritá inferiore, e come nessuno puó offendere se stesso, cosi l'autoritá non puó offendere se me decima. Se l'offensore é l'inferiore gerarchico, il delitto d'oltraggio, concorrendo gli altri stremi della nozione del delitto stesso, sussiste certamente. E veramente l'inferiore, offendendo il superioer, viola anzitutto il dovere di subordinazione generale verso l'autoritá che incombe ad ogni privato".

76. O dolo especifico do desacato está na intenção de offender a autoridade ou funcionario publico. Este elemento do crime póde ser deduzido não tanto da materialidade das palavras ou dos actos do agente, como da qualidade das pessoas, do logar, do tempo e outras circunstancias. Como observa BOISSONADE, em todos os casos, é preciso que a intenção de offender seja certa: a vivacidade, a colera, a falta de educação, a embriaguez, podem fazer pronunciar palavras mal sonantes, sem intenção de injuriar; o tribunal tomará tambem em consideração a condição respectiva das pessoas."

Se o dolo está assim na intenção de offender o funcionario ou autoridade publica, é bem de ver que não póde occorrer se o accusado ignorava a qualidade do offendido (GARRAUD).

77. Uma questão surge, não solucionada uniformemente, e é a de saber se a offensa não consistir em simples injuria ou contumelia. mas em

calúnia, que acarreta pena mais grave que o desacato, qual a configuração delictuosa que deve prevalecer e consequente sanção penal?

Entre os escriptores e tribunaes italianos, tres soluções foram adoptadas. Segundo uns, ha no caso concurso material, com sanções respectivas, dos crimes de ultrage (desacato) e de diffamação (calúnia, segundo o nosso codigo), porque este vem *em continuação* daquelle (LONGHI SILVIO). Mas, como pondera GAVAZZI, como admittir connexidade de taes crimes, um surgindo após outro, quando o character injurioso e columnioso emanam do mesmo e inteiro facto?

Segundo outros, subsiste o crime de desacato ou de ultrage porque constitue um crime especial, embora a offensa constitua calúnia ou diffamação (FLORIAN, MORTARA, *Cass. de 21 de setembro de 1897, de 23 de abril de 1904, de 27 de maio de 1905*).

Refutando esta solução, diz GAVAZZI que leva a extranha consequencia, porquanto a calúnia a um funcionario, em sua presença e por causa de suas funções, seria punida mais brandamente do que a commettida em sua ausencia ou contra quem não fosse funcionario publico.

Finalmente segundo outros ha no caso um concurso formal, nos precisos termos do art. 78 do codigo italiano (66 § 3.º do codigo brasileiro), porquanto se trata de um *unico* facto violador de duas diversas disposições de lei: *unico* no elemento intencional (porque o agente teve em vista calumniar, logo offender o funcionario como tal), *unico* no elemento material, e consequentemente applicavel a sanção mais grave (GAVAZZI, ZERBOGLIO, *Cass. de 18 de novembro de 1891, de 27 de outubro de 1898, de 18 de novembro de 1899*).

Sustenta ainda GAVAZZI que o concurso e sanção respectiva serão admittidos só no caso de ser a acção promovida por queixa da parte offendida, por ser o delicto de diffamação de acção privada, e caso não seja offerrecida queixa, applicavel será tão sómente a pena do ultrage ou desacato.

E' solução que nos parece aceitavel e conducente tambem com o nosso direito.

78. Segundo o cod. italiano, art. 198, não é admissivel a *exceptio veritatis* no crime em questão. "Uma coisa, diz PESSINA, é discutir a conducta do homem ou do funcionario publico em homenagem ao principio da responsabilidade moral dos órgãos do poder, mas outra coisa é o ultrage pessoal, que na hypothese prevista pela lei constitue um ultrage á autoridade do Estado." Provada que fosse a verdade dos factos imputados ao funcionario, desde que não é tão sómente este o alvejado, em caso de desacato, mas tambem o prestigio, o decoro das funções publicas, injustificavel ainda continuaria a conducta do offensor.

Embora o nosso codigo não encerre disposição analoga, desde que a respeito silencio, e restricta é a disposição do art. 318, a regra da proscrição da *exceptio veritatis* é applicavel ao nosso direito (JOÃO VIEIRA).

Dispõe ainda o art. 199 do código italiano que as disposições referentes ao ultrage não têm applicação quando o funcionario publico tenha dado causa ao facto, excedendo, com actos arbitrarios, os limites das suas attribuições. E' disposição que, embora não encontre analogia em nosso código, devc ser acccpta pela razão em que se funda, exactamente pelo mesmo motivo por que não se verifica resistencia criminosa em caso de opposição á execução de ordem illegal (Vid. n. 55).

## 79. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. As sentenças devem mencionar de um modo bem expressivo quaes as palavras ou factos, que constituem o desacato, e não tem applicação o delicto de desacato quando o conflicto entre o funcionario e o aggressor teve origem *non contemplatione officii*, mas por um motivo particular — VIVEIROS DE CASTRO, *Sentenças e decisões (Ac. de 5 de dezembro de 1917)*. Vid. n. 71.

### DISTRICTO FEDERAL

II. O crime de desacato deve ser precisamente caracterizado, mencionando-se os termos de que usou o accusado. E' materia a discutir-se si é possível essa figura de crime contra um inspector de policia, que não é autoridade, pois que nada mais é do que um agente que cumpre ordens da respectiva autoridade (*Sentença do Juiz da 4.ª Vara criminal, confirmada por accordam de 25 de junho de 1906, da 1.ª Camara da Côrte de Appellação*). Quanto á segunda parte desta decisão, passível de critica, vid. n.º 73.

III. A figura do desacato integra-se pela offensa feita á autoridade no exercicio de suas funcções, directamente, isto é, face a face.

A offensa pôde ser *moral* ou *real*, por palavras ou actos, bastando que uns e outros desprestigiem a funcção publica de que o desacatado está investido. Atirar um socco contra a autoridade em funcções é desacato; simples facto de tentar *aggredil-a* é desacato; desacato é fechar bruscamente a porta da casa á autoridade, que vem praticar um acto legal (*Sentença do Juiz da 4.ª Vara criminal, confirmada por accordam de 31 de maio de 1909 da 1.ª Camara da Côrte de Appellação*).

IV. Não ha desacato quando a aggressão partiu do pretendido desacatado (*Ac. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, em 12 de abril de 1916*).

V. Verifica-se o desacato se a pessoa offendida, no exercicio das funcções é autoridade ou outro qualquer funcionario publico. Funcionarios publicos não são apenas os empregados de Administração revestidos de au-

toridade, mas todos aquelles que concorrem, directamente, como agentes do Estado, para qualquer actividade deste, destinada á satisfação de uma necessidade publica, sejam as suas funcções de imperio ou gestão, preparatorias, dispositivas, ou meramente executivas. O escrevente juramentado de tabellião, de accôrdo com a nossa legislação, é funcionario auxiliar da Justiça. As injurias dirigidas contra o escrevente juramentado, no exercicio de suas funcções, constitue o crime de desacato (*Accord. da 4.<sup>a</sup> Camara da Côte de App.* de 2 de jan. de 1926, confirmando decisão de primeira instancia).

## ESTADOS FEDERADOS

VI. O desacato por palavras comprehende não só as palavras brutalmente grosseiras, como as aparentemente inoffensivas, si das circumstancias resaltar bem nitida a intenção do agente de desprestigiar, desconsiderar ou offender a autoridade (*Ac. do Trib. de Just. do Maranhão, de 17 de abril de 1893*).

VII. Para que haja desacato á autoridade é mister que esteja a mesma em acto das suas funcções. Não pratica acto do seu officio o juiz, que em sua casa, aconselha alguém sobre o modo de vida conjugal (*Ac. do Trib. de Justiça do Maranhão, de 24 de janeiro de 1905*).

VIII. Neste delicto, além da qualidade da pessoa desacatada, no exercicio de suas funcções e do dolo por parte do réo, é necessario que acção seja commissiva por palavras ou por actos ou que seja omissiva por falta de consideração ou obediencia hierarchica. A offensa, como ensina GALDINO SIQUEIRA, fls. 127 do *Dir. Pen. Braz.*, pôde-se traduzir por palavras, por actos, nestes se comprehendendo o gesto, isto é, no movimento expressivo das mãos e da cabeça, etc.; as vias de facto, os actos violentos que caracterisam o crime pela significação de despreso ou desdem á autoridade. A outra modalidade do crime se realisa por omissão, na falta de consideração, isto é, em descortezias, grosserias, desattenções ou na falta de obediencia hierarchica, isto é, do respeito ás ordens recebidas. O desacato ou ultrage diz JOÃO VIEIRA, é a *injuria atroz* ou a *injuria realis vel in officio, vel propter officium*.

Se os modos de externação são a palavra, o gesto, a ameaça ou qualquer outra violencia, manifestamente constitue o delicto do art. 134 do Cod. Penal (*Accord. do Trib. de Rel. de Minas Geraes, de 30 de março de 1928*).

IX. Para existir o crime de desacato é condição essencial a presença da autoridade desacatada (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 3 de junho de 1907*).

## 80. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA

### FRANCEZA

I. Le délit existe par cela seul que le fonctionnaire a été outragé dans l'exercice de ses fonctions, lors même que l'imputation serait étrangère soit à sa qualité actuelle, soit à sa vie publique (*Cass.* 7 sept. 1849).

II. Les paroles d'une grossière saleté adressées à un commissaire de police, dans l'exercice de ses fonctions, sont de nature à diminuer le respect des citoyens pour son autorité morale et pour le caractère dont il est revêtu, et tendent dès lors inculper son honneur ou sa délicatesse (*Cass.* 8 sept. 1850, 22 fév. 1851).

### ITALIANA

III. A costituire il reato di oltraggio, basta quanto alla qualità della persona oltraggiata, che la medesima sia stata chiamata ad esercitare pubbliche funzioni e le abbia legittimamente esercitate; e, quanto al fatto, che nei suoi termini subiettivi ed obiettivi rappresenti una viluttanza alla autorità della legge. Gli avvocati ed i procuratori non sono considerati pubblici ufficiali, e quindi non sono passibili di oltraggio (*Cass.* 10 febb. 1890).

IV. E' pubblico ufficiale e non soltanto persona incaricata di un pubblico servizio l'ufficiale dell'esercito; e quindi, le ingiure commesse contro di lui nell'esercizio delle sue funzioni, ricadono sotto la sanzione dell'art. 194 e non dell'art. 396 del Codice penale (*Cass.* 22 ott. 1891).

V. Risponde di oltraggio con atti, a senso dell'art. 194 del Codice penale, e non di resistenza o violenza pubblica, il cocchiere, che invitato da un guardia municipale a ricondurre la sua vettura in fila con le altre, gli risponde con una frustata (*Côrte app. Napoli*, 12 agosto 1890).

VI. E' nulla per mancanza di motivazione la sentenza che dopo aver ritenuto che le ingiure furono dirette ad un pubblico ufficiale, non esamina anche se le medesime furono a lui diretto nell'esercizio delle sue funzioni (*Cass.*, 14 apr. 1890).

VII. Considerou-se como ultrage ou desacato:

a) lo sturare per disprezzo verso le guardie daziarie un recipiente di vino, versandone il contenuto sui loro abiti (*T. S. Maria C. V* 20 giugno 1898).



b) il fischiare e il gridare abbasso per dilleggio della forza pubblica (*Cass. pen.*, 13 maggio 1902).

c) la espressione “ti darò querela, ce la vedremo!” diretta al Pretore con contegno d’ira, con le mani tese e con gesti diretti contro la persona di lui (*A. Catanzaro*, 17 set. 1900).

d) il gridare “abbasso il sindaco!” (*Cass. pen.* 1 luglio 1902).

e) il dare del “bugiardo” al un pubblico ufficiale (*A. Torino* 6 apr 1903).

f) le parole “non temo né te né il tuo verbale” (*A. Catanzaro*, 18 gen. 1904).

g) il dire in pubblico a due agenti: “che razza di carabinieri siete, che non fate il vostro dovere (*Cass. pen.* 26 giu. 1905).

### PORTUGUEZA

VIII. Está incurso no art. 181 do cod. penal todo aquelle que, directa e publicamente, puzer em duvida a imparcialidade da autoridade proferindo na sua presença, e estando essa autoridade no exercicio das suas funcções, as palavras que contem essa duvida (*Ac. do Supr. Trib. de Just. em 17 de fev. de 1893*).

IX. Está incurso na sancção do art. 181 do cod. penal aquelle que, estando a depôr perante o administrador do conselho num auto de investi-gação, se rio, passando pela sala e respondendo áquelle magistrado que as perguntas que se lhe faziam eram impertinentes e graciosas (*Ac. do Supr. Trib. de Just. de 11 de fev. 1898*).

X. Não é applicavel a disposição dos arts. 181 e 182 do cod. penal sem que a offensa por palavras seja directa (*Ac. do Supr. Trib. de Justiça de 22 de fev. de 1889*).

XI. E’ elemento essencial do crime do art. 181 do cod. penal terem as injurias contra a autoridade sido proferidas ou praticadas directamente na presença della e no exercicio de suas funcções; faltando no corpo de delicto a verificação destas circumstancias, o crime fica comprehendido no art. 410 (injuria) com pena que cabe na alçada da policia correccional, sendo nullo o processo instaurado desde a quereila e pronuncia (*Ac. da Rel. de Lisbôa, em 24 de jan. de 1894*).

XII. Para que a offensa por palavras á autoridade seja punivel, é preciso que do processo se prove ter sido directa á mesma autoridade, e que se verifiquem os factos determinados offensivos, elemento essencialmente constitutivo do crime (*Ac. da Rel. de Lisbôa, em 28 abr. 1888*).

Art. 135. Desobedecer á autoridade publica em acto ou exercicio de suas funcções, deixar de cumprir suas ordens legaes, transgredir uma ordem ou provimento legal emanado de autoridade competente:

Pena — de prisão celular por um a tres mezes.

§ unico. Serão comprehendidos nesta disposição aquelles que infringirem preceitos prohibitivos de editaes das autoridades e dos quaes tiverem conhecimento.

81. As fontes desta disposição são o art. 128 do código anterior e art. 133 § 1.º do código portuguez, com algumas modificações.

O vigente addicionou á disposição do código anterior a terceira parte do corpo do artigo e seu paragrapho, este tomado ao código portuguez. Assim, o crime que era de acção omissiva pela anterior legislação, tornou-se tambem de acção commissiva com os accrescimos, como sempre vasados em fórma defeituosa. Cotejado com o de resistencia, do art. 124, o caracter differencial assenta nos elementos de força — *violencia* ou *ameaças* — componentes daquelle e não deste.

O código da Baviera, art. 318, continha disposição, que SILVA FERRÃO considera como fonte primitiva dos códigos citados, estatuinto que “todo o depositario da autoridade teria 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.”

O caracter discrecionario desta disposição, embora em certos limites, não foi, porém, mantido em nossa legislação.

Segundo o estatuido em nosso código vigente, o crime se apresenta com as seguintes modalidades:

1.ª) *desobedecer á autoridade em acto ou exercicio de suas funcções* é dicção que dá a entender que a autoridade (n. 56) está presente, *em acto ou em exercicio de suas funcções*.

A conjunção — *ou* — observa MACEDO SOARES, 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 e numa diligencia, em sessão de tribunal, em uma audiencia, ou mesmo na repartição onde, nas horas do expediente, ella se acha

2.ª) *deixar de cumprir as ordens legaes da autoridade*.

Neste caso a acção da autoridade não é directa sobre o desobediente. exerce-se por intermedio de seus agentes, 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 caracter de funcionario publico, porque foi investido, embora provisoriamente, de uma funcção publica, por autoridade competente (VIVEIROS DE CASTRO).

3.<sup>a</sup>) *transgredir ordem ou provimento legal de autoridade, ou preceito prohibitivo de editaes de autoridades, e dos quaes tiver conhecimento.* O crime se realisa não por omissão como nos casos anteriores, mas por acção commissiva, pois a transgressão consiste na pratica de um acto contrario ao que foi determinado na ordem, provimento ou edital.

Cada uma dessas modalidades está sujeita aos seguintes requisitos: 1.<sup>o</sup>) competencia da autoridade; 2.<sup>o</sup>) ordem, provimento ou preceito legal; 3.<sup>o</sup>) intenção de desobedecer ou transgredir o que foi determinado pela autoridade.

Como observa THOMAZ ALVES o crime em questão só pôde occorrer, com a respectiva sancção, quando em lei ou regulamento não estiver marcada pena especial.

Assim, o jurado que não comparece á sessão para que foi sorteado e notificado, é desobediente, mas não está sujeito a pena do art. 135 do codigo penal, porque incorre em multa (art. 103 da lei de 3 de dezembro de 1841). Igualmente, as testemunhas, notificadas para o jury são punidas na fórma do art. 53 da lei de 3 de dezembro de 1841, embora haja o crime de desobediencia. Como estes, outros casos existem, assim se verificando que a definição do codigo, embora vaga e ampla, não tem applicação em todos os casos, não obstante nella comprehendidos. Deixa de haver crime, por carencia de vontade livre, quando occorrer impossibilidade legitima.

O projecto de CLEMENTE PEREIRA, art. 122, consignava como tal:

1.<sup>o</sup> Doença attestada por facultativo approvedo.

2.<sup>o</sup> Falta de conducção ou transporte, quando o réo não deve fazer esta despeza á sua custa.

3.<sup>o</sup> Enchente de rios ou grandes chuvas que impeçam o transitio ou passagem dos caminhos.

4.<sup>o</sup> Nojo tomado por parente fallecido naquelles grãos e dentro do tempo em que a lei permite que elle se tome.

Embora não acolhida no codigo esta disposição, diz THOMAZ ALVES a doutrina é verdadeira e entende-se como se escripta fôra. Deixa tambem de haver o crime quando o funcionario publico provocou o facto, excedendo por actos arbitrarios os limites de suas attribuições (VIVEIROS DE CASTRO).

## 82. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Para verificar-se a existencia do crime de desobediencia, torna-se necessario 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 (*Ac. de 15 de julho de 1898*).

II. Só commette o crime de desobediencia quem desobedece á autoridade publica, em acto ou exercicio de suas funcções, deixando de cumprir ordens legaes (*Ac. de 12 de agosto de 1911*).

III. São de jurisdicção federal os crimes de desobediencia á ordens e decisões das autoridades federaes, sem embargo do privilegio de fóro e quaisquer immuniidades concedidas ao delinquente pela legislação dos Estados. Para que se caracterise o crime definido no art. 135 do Cod. penal é necessario que a ordem seja legal (*Ac. de 7 de novembro de 1917*).

### DISTRICTO FEDERAL

IV. A expressão — *autoridade publica*, empregada no art. 135 do cod. penal, traduz apenas o conceito de um poder relacionado a uma maneira de agir em determinadas circumstancias e sem importar distincção entre a autoridade propriamente dita e os seus agentes. Os *agentes secundarios* encarregados de executar as ordens da autoridade têm necessidade de ser igualmente protegidos pela lei em suas funcções de execução, pois estas mesmas funcções o collocam diariamente em conflicto com os particulares. Sendo assim, as attribuições que o Decr. n. 1.034 A de 1 de setembro de 1892 art. 27, confere ao Inspector sanitario, dão-lhe o caracter de *autoridade publica*, conforme a expressão do art. 135 do Cod. penal (*Ac. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, em 16 de maio de 1896*).

V. A desobediencia a um mandato prohibitorio dá lugar sómente á imposição de penas civis ou permite tambem a acção criminal? O Tribunal Supremo de Hespanha, em sentenças de 25 de setembro de 1889 e 30 de junho de 1893, decidiu que os actos perturbadores do estado possessorio ou as infracções dos mandados prohibitorios sómente acarretam responsabilidades de caracter civil, porque no facto ha apenas o prejuizo de um interesse particular e não a desobediencia, o desprestigio da autoridade (VIADA y VILASECA, *Supplemento ao Cod. penal hespanhol*, vol. II, ps. 182 e 183). Igual doutrina tem entre nós igual procedencia. “Si depois da nunciação, diz o grande civilista patrio, a obra tiver andamento, o juiz ordenará a demolição do que mais se edificar; e reduzidas as coisas ao primeiro estado, tomará então conhecimento do caso (Ord. L. I., t. 68, § 23 e L. III., t. 73, § 3 TELXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 934). Ora é um principio fundamental do direito penal que ninguem pôde ser punido duas vezes pelo mesmo facto, *non bis in idem*. Si a lei civil estabeleceu a pena para o desobediente, a demolição da obra edificada depois da prohibição, é uma iniquidade, um excessivo e desnecessario rigor, punil-o ainda com as penas criminaes. E como bem notavam os juizes de Hespanha, neste

facto não ha a intenção criminosa, que é o elemento moral do delicto de desobediencia. O fim do desobediente não é um menosprezo á ordem da autoridade, uma acintosa infracção de suas determinações. Elle quer, principalmente, concluir a obra, evitar que a parte adversa opponha obstaculos a esse fim. Está, portanto, em jogo a luta de interesses particuiare e não a soberania da lei que a autoridade representa.

Concluindo direi que o não cumprimento de um mandado prohibitorio não constitue o crime de desobediencia; sómente dá logar á imposição de penas civis (*Sentenç do Dr. VIVEIROS DE CASTRO, em 1 de novembro de 1897, confirmada por accordam de 11 de março de 1898 do Conselho do Trib. Civil e Criminal*).

## ESTADOS FEDERADOS

VI. Não desobedece á primeira autoridade da provincia quem de boa fé procura esclarecel-a antes de dar cumprimento ás ordens recebidas (*Ac. do Relação de Fortaleza, em 16 de maio de 1874*).

### 83. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA

#### PORTUGUEZA

I. Não commette o crime de desobediencia o official de diligencias que não cumpre uma ordem do juiz em assumpto que não é da sua competencia (*Ac. do Supr. Trib. de Justiça, em 9 fev. 1894*).

II. A obrigação da obediencia aos mandados da autoridade só existe quando a ordem é legitima e dada por autoridade competente nos limite das suas attribuições (*Ac. da Rel. do Porto em 14 de maio de 1897*).

III. Para se dar o crime de desobediencia é mistér que a ordem seja legal e que haja intenção criminosa (*Ac. do Supr. Trib. de Justiça em 14 de fev. de 1890*).

### TITULO III

Dos crimes contra a tranquillidade pública



## TITULO III

### DOS CRIMES CONTRA A TRANQUILLIDADE PUBLICA

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

84. Já accentuamos que razão logica não existe autorizando a inclusão deste titulo, attento o caracteristico commum aos crimes que comprehendem aõs do titulo precedente, que se occupa dos crimes contra a segurança interna da Republica, attentatorios da ordem politica, e do poder publico, e aos dos titulos que seguem immediatamente, comprehensivos tambem da ordem politica e administrativa (n. 4). Neste titulo, a exemplo do codigo italiano, reuniu o legislador factos delictuosos, assignalaveis por uma nota característica, distribuindo-os em tres grupos ou capitulos, occupando-se o primeiro do *incendio e outros crimes de perigo commum*, o segundo dos crimes contra a *segurança dos meios de transporte ou comunicação*, e o terceiro dos crimes contra a *saude publica*. As fontes principaes, a que recorreu para qualificar as diversas figuras delictuosas ahí contidas, já que omisso inteiramente era o codigo anterior, foram a lei n. 3.311 de 14 de outubro de 1886, que se occupa dos crimes de incendio, inundação e outros congeneres, e o codigo italiano. JOÃO VIEIRA acha impropria a rubrica do titulo — *crimes contra a tranquillidade publica*, por isso que denota este termo um facto subjectivo, a consciencia de estar seguro, estado que pôde não corresponder á realidade, por dimanar de erronea comprehensão das coisas, e o que se garante no caso é o estado real de *segurança*, facto de ordem objectiva, que é alvejado ou comprometido, com o damno effectivo e o potencial, este derivado da situação de perigo commum pelo incendio, inundação e outros factos delictuosos congeneres.

Seguindo INNOCENCIO FANTI, louva o legislador italiano por ter adoptado o termo — *incolumitá*, que significa o estado de estar illeso, isento de qualquer perigo, e assim comprehensivo não só da *saúde*, mas tambem da *tranquillidade*, da segurança, e, segundo a fonte latina tambem da *integridade*, e, pois, adequado para significar os bens que se procura proteger.

A critica, feita aliás com apoio no conceito dado por PESSINA, teria procedencia se o termo — *tranquillidade* — tivesse só a acção subjectiva notada, mas tal não acontece. Fazendo uma classe distincta de delictos, que attentam contra a tranquillidade publica, CARRARA dá as accepções



deste termo, justificando a classificação assim feita. No ponto de vista interior, diz elle, exprime um estado real de animo consistente na ausencia de toda commoção violenta, especialmente pela ira, pela dor ou pelo temor; no ponto de vista exterior, e em sentido moral, exprime o correspondente estado do corpo consistente na ausencia de movimentos extraordinarios, impetuosos e convulsivos. Quando taes estados se contemplam em um numero indefinido de cidadãos e possivelmente em todos, se usa da formula tran-  
quillidade publica.

Sua offensa ocorre pelos factos que concitam dolorosa ou inquietamente os animos de um numero indefinido de cidadãos. A autoridade social tuteiando os direitos produz a *segurança* de todos; mas isto não basta se todos os cidadãos não têm igualmente a consciencia de estar seguros, por isso que a *opinião da segurança* é indispensavel ao livre e completo desenvolvimento da actividade humana. Se todo delicto affecta mais ou menos, segundo suas condições, a *opinião da segurança* de um numero indefinido de cidadãos, e possivelmente de todos, constituindo o seu aspecto politico, o *damno mediato*, ha, porém, uma classe especial de delictos, que averretam commoção indefinida dos animos e consecutiva agitação das multidões, pelas condições intrinsecas, não accidentaes, mas constantes, do proprio facto delictuoso, produzindo o sentimento do proprio perigo por suas possiveis consequencias, independentemente de previsão de sua futura repetição. Essa commoção indefinida das multidões representa um verdadeiro *damno immediato* oriundo do maleficio, que sobrepujando em importancia politica o *damno immediato*, visado pelo agente, exige a inclusão do facto em uma classe especial. É da essencia dessa categoria de crimes que o seu *damno immediato*, na sua relação com o direito agredido, seja, em parte *effectivo* e em parte *potencial*. É *potencial* no ponto de vista do bem posto em perigo: a casa ou o campo dos vizinhos não foram respectivamente incendiados ou inundados, mas podiam sel-o, e basta.

É *effectivo* no ponto de vista direito á tranquillidade pertencente a todos os cidadãos, que é realmente offendida pelo facto delictuoso, em numero mais ou menos extenso, mas sempre indefinido de cidadãos”.

85. Assignalando como caracteristico deste grupo de crimes o *perigo commun*, que sobresahe nos casos typicos, nota LISZT, que como taes apresentam-se os crimes de incendio e de inundação. Elles assignalam-se como um desencadeamento de forças naturaes (a que aliás cabe papel preponderante no serviço de fins humanos) para a realisação de commettimentos hostis á sociedade e á humanidade.

Quem solta as cadeias a forças naturaes, não pôde traçar os limites onde ellas se deterão, e medir as consequencias que a propria acção acarretará consigo: as forças naturaes desencadeadas zombam do poder e da previsão individuaes.

Desse illimitado e desse incommensuravel resulta a idéa de perigo commun, que serve de vinculo ás disposições contidas no cap. 27 do cod

penal allemão. A mesma consideração explica tambem o facto historico de que a extensão e o objecto deste grupo de crimes varia e augmenta com as invenções e os descobrimentos humanos." E' tendo em vista este caracter commum a todos os crimes em questão, que o codigo allemão, no citado cap. 27, os denomina "*crimes e delictos de perigo commum (Gemeinfährliche Verbrechen)*", como tambem o fazem os codigos de Sciaffusa, de Schwitz, de Lucerna, de Basilea, de Zug.

Achando justa essa denominação, nota CARRARA que "ella differe da formula, que propõe, em que nesta se attende ao *ultimo effeito* de tais crimes, isto é, a turbação da tranquillidade publica, ao passo que a formula allemã indica o *effeito immediato*, isto é, a situação *perigosa*, da qual deriva a perturbação da tranquillidade publica. Em substancia a idéa em que se inspiram as duas formulas é identica."

Assim, é de se ter em vista, segundo CARRARA, a cuja doutrina se cingiu o nosso codigo "o *damno immediato particular effectivo*, aquillo que é: o *damno immediato universal effectivo*, a commoção dos animos pelo perigo *actual*, violação do direito á tranquillidade publica; *damno immediato universal potencial*, o perigo que correm as coisas e a vida das pessoas, variavel segundo os casos, na sua quantidade natural, e *indefinido*, não refreavel, e sempre real e presente; *damno mediato*, commum a todos os delictos pelo receio natural de uma repetição do facto."

Mas essa circumstancia do perigo commum, que se encera em face do objecto (pessoas ou coisas) e dos meios da acção criminosa, é utilizada pelo nosso legislador, a exemplo dos legisladores allemão, italiano e outros, de dois modos para a formação das diversas figuras criminaes.

a) Em relação a certos crimes o legislador teve em vista na comminação penal o perigo *in abstracto*, isto é, a juizo do legislador a acção é de natureza a produzir tal perigo ordinariamente, embora não o produza no caso dado. Neste caso, pouco importa indagar se a acção corresponde ou não ao presupposto geral, pois é punida como *injusto policial*. Por outra o crime se considera consummado logo que é commettida a acção, independentemente da occorrença de um perigo peculiar. Exemplo: o caso do art. 136.

b) Em outros casos, o legislador considere o perigo commum *in concreto*, como caracter essencial da idéa, e assim a occorrença desta circumstancia no caso dado é condição indispensavel para que se considere consummado o crime (LISZT, FLORIAN).

Taes são os casos dos arts. 136 § unico, 142, 144 § unico, 149, 160 § 1.º, 164 § unico. Não interpreta, pois, com exactidão a lei o accord. do Sup. Trib. Federal de 13 de maio de 1898, cuja ementa se vê adiante, n. 101, I.

O perigo *in concreto* se aprecia, não segundo juizo singular ou do autor do facto, mas segundo o juizo social, quando como tal é percebido por uma universidade. Do contrario, seria o arbitrio, a impressionabilidade individual a imperar como criterio, variavel segundo a pessoa (FLORIAN, LOCK, ZERBOGLIO).

Essa situação de perigo, diz LISZT, “é aquella em que, attentas as circumstancias occurrentes no momento do movimento corporeo do agente e segundo juizo imparcial, dá-se a possibilidade immediata, e portanto, o fundado receio de que se siga a offensa. E como o perigo que assim se manifesta é *commum*, deve se referir ao corpo ou á vida de um circulo não limitado de coisas individualmente não determinadas, embora pertençam a um só proprietario”.

Nesses casos a realidade do perigo sendo um dos elementos constitutivos do crime, deve, pois, se comprehender no dolo do agente, pelo que se este provar que não sabia, nem era possivel ter representação das consequencias do facto, de que proveio o perigo, não pôde ser responsavel (FLORIAN, ZERBOGLIO).

Tendo em vista ainda o elemento moral, se do facto delictuoso resultarem mais graves consequencias, como a morte de uma ou mais pessoa, pelo evento é responsavel o agente, mesmo que não o tivesse previsto. Basta que tenha posto fogo scientemente de sua acção, levado pela vingança, pela cupidez ou outro movei. E' a doutrina da *causa causante causa causati*, que ainda impera em nosso codigo, como no italiano, francez e outros (CHAUVEAU e HÉLIE, FLORIAN). Vid. 1.º vol., n. 178.

## CAPITULO I

### DO INCENDIO E OUTROS CRIMES DE PERIGO COMMUM

**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:

**Pena** — de prisão cellular por dois a seis annos, e multa de 5 a 20% do damno causado.

Incluem-se na significação dos termos — construcção 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.

§ 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.

**Art. 137.** Nas penas do artigo precedente incorrerão:

§ 1.º Aquelle que incendiar objectos collocados em logar 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.

**Art. 138.** Si os edificios, ou construcções, não forem habitados ou destinados para habitação, e não pertencerem ao autor do crime:

**Pena** — de prisão cellular por dois a seis annos, e multa de 5 a 20% do damno causado.

**Art. 139.** Incendiar edificios, construcções, depositos, armazens, archivos, fortificações, arsenaes, embarcações ou navios pertencentes á Nação:

**Pena** — de prisão cellular por dous a seis annos, e multa de 5 a 20% do damno causado.

**Art. 140.** Incendiar o proprio dono qualquer das coisas, precedentemente especificadas, com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro, ou defraudar os direitos de alguém:

**Penas** — de prisão cellular por um a seis annos e multa de 5 a 20% do valor do damno causado, ou que poderia causar.

**Art. 141.** Incendiar plantações, colheitas, lenha cortada, pastos ou campos de fazenda de cultura, ou estabelecimentos de criação, mattas, ou florestas pertencentes a terceiros ou á Nação:

**Penas** — de prisão cellular por um a tres annos e multa de 5 a 20% do damno causado.

**Art. 142.** Causar a inundação da propriedade alheia, ou expor-a a esse, ou outro perigo, abrindo comportas, rompendo represas, açudes, aqueductos, ou destruindo diques ou qualquer obra de defeza commum:

Penas — de prisão celllular por um a tres annos e multa de 5 a 20% do damno causado.

Art. 143. Accender fogos sobre escolhos, arrecifes, bancos de areia ou outros sitios perigosos que dominem o mar, fingindo pharóes, ou praticar outros artificios para enganar os navegantes e attrahir a naufragio qualquer embarcação:

Penas — de prisão celllular pois dois a seis annos e multa de 5 a 20% do damno causado.

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 celllular pois dois a seis annos e multa de 5 a 20% do damno causado.

§ 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 praticado não poderia resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro.

Art. 145. Fazer abalroar embarcação, propria ou alheia, com outra em viagem, ou fazel-a ou ir a pique, procurando por qualquer destes meios naufragio:

Penas — de prisão celllular por dois a seis annos e multa de 5 a 20% do damno causado.

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 celllular por seis a quinze annos;

2.º, no de alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 — pena de prisão celllular por 3 a 7 annos.

Art. 147. O incendio de coisas, não comprehendidas neste capitulo, será regulado pelas disposições que se applicam ao dãmão.

Art. 148. Todo aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de disposições reguliamentares, causar um incendio, ou qual-

quer dos accidentes de perigo commum mencionados nos artigos antecedentes, será punido com a pena de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 5 a 20% do damno causado.

§ unico. Si do incendio resultar a alguém morte:

Pena — de prisão cellular dor dous mezes a dous annos

DECR. N. 4.269. DE 17 DE JANEIRO DE 1921

Art. 11. Si os crimes previstos nos arts. 135, 137, 138, 139 141, 142, 144, 149 princ. e § 1.º, 150, 152, 153, 326 a 329 § 2.º, todos do Código Penal, forem praticados por meio de bombas de dynamite ou de outros explosivos eguaes ou semelhantes em seus effeitos, aos da dynamite:

Pena — d eprisão cellular por dois a oito annos.

#### a) Incendio

86. Por derivar só do emprego de uma força natural desencadeada, o incendio é o primeiro a delinear-se na categoria dos crimes de perigo commum, revelando sua gravidade pela facilidade do commettimento, a difficuldade da prova, o damno que produz, o terror que diffunde. Dahi porque já a lei romana das XII taboas, por uma sorte de talião, punia com o fogo *qui ades acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, victus verberatus igni necari jubetur*.

Posteriormente se reservou esta pena para os casos mais graves, quando o crime tinha por movel o odio, a pilhagem, especialmente quando era commettido no interior da cidade, *intra oppidum* (L., 28 D. 48, 19).

Antes a lei Cornelia contemplou entre os casos de homicidio o facto de incendiar para matar (L., 1, D. ad Leg. Cornel. de Sicar. et Venefic.). Menos rigorosamente era punido o incendio nos campos. Na edade media allemã, distinguia-se o incendio ateado secretamente, á noite (*Mordbrand*), e o incendio ateado de dia violentamente (*Waldbrand*), aquelle punido com a roda, pelo espeelho da Saxonia (II, 3, 4 e 5).

A Carolina, art. 125, mandava justicar os incendiarios perversos com a morte pelo fogo. Entre os Visigodos se guardava as prescripções das leis romanas. O codigo francez de 1791, sem distincção de casos, punia o incendio com a pena de morte.

O codigo de 1810, art. 434 manteve a mesma orientação, e sô com a revisão, operada pela lei de 28 de abril de 1832 se distinguiram cinco casos, com penas diversas. Por esta legislação se moldaram os codigos belga, hespanhol, portuguez e outros, incluindo os dois ultimos o crime na classe dos contrarios á *propriedade*.

O codigo italiano, fazendo distincções diversas, qualificou o crime de incendio nos arts. 300 e segs., incluindo-o na classe dos crimes contra a

*incolumità publica*, seguindo a intuição moderna (n. 82), também seguida pelos codigos allemão, hollandez, genebrense, este denominando a classe, em que se incluem o incendio e outros crimes congeneres, de *crimes contra a paz e segurança publica*. A Ord. Phil. L., V. t. 86, considerava o incendio culposo como caso de damno aggravado, e o incendio doloso (*jogo posto*), passivel da pena capital, e quando posto o fogo em logares de que se pudesse seguir damno, ou nos tempos defezoz pelas posturas dos conselhos, passivel de degreço para a Africa.

O nosso codigo de 1830 não considerou especial, e sim como aggravante geral e elementar do homicidio qualificado. Essa lacuna só foi preenchida com a lei n. 3.311, de 14 de outubro de 1886, que inspirada na legislação franceza, qualificou o crime em questão, além do de inundação e outros. Constituiu ella a fonte principal do codigo vigente no assumpto.

87. Se tivéssemos em vista sómente a lesão directa do incendio, isto é, a damnificação ou destruição das coisas, o crime se manifestaria como damno causado pelo fogo, e não sahiria da orbita dos delictos contra a propriedade, intuição que vimos imperar em certos codigos, como o portuguez, o hespanhol e outros.

Mas uma apreciação mais exacta mostra que a característica do crime, que assignala-lhe a verdadeira natureza e classificação, está no perigo commum, que produz ás pessoas e ás coisas (ns. 34 e 85), perigo que deve ser encarado abstractamente, por isso que, mesmo nos casos em que não se verifica realmente o perigo, verificam-se, entretanto as suas condições, o que basta para a inclusão do crime entre os de perigo commum abstracto, como fazem os melhores e mais modernos codigos, como o allemão, o hollandez, o italiano e outros, orientação também seguida pelo nosso codigo. Por accentuar o perigo como caracter especifico, é que CARRARA aceita a definição que do crime dá КОСН, a saber: "*incendium est delictum quo ignis periculosus excitatur*" — definição que, ao seu ver, se tornaria perfeita, se se acrescentasse — *ocasionado pela mão do homem*, assim distinguindo-o do que provem de causas naturaes, como o raio, o curto circuito dos fios conductores de electricidade, a inflammação espontanea de certas materias, etc. Temos assim, como elementos essenciaes do crime, além do moral, a *excitação do fogo e o perigo*.

Deste ultimo nos occupamos nos ns. 84 e 85, e quanto á excitação determina o momento consummativo do crime, que segundo a *opinio communis*, com reflexo em diversos codigos, está no facto de se *pôr ou applicar fogo a coisa*.

Nos trabalhos preparatorios do codigo italiano, ficou esse ponto devidamente elucidado, consagrando-se a exacta doutrina.

A sub-commissão de revisão, especialmente por LUCCHINI e AURITI, se mostrou contraria á formula — *chiunque applicca il fuoco* — do projecto, entendendo que se restringia sensivelmente o momento consummativo do crime *quando il fuoco siasi appreso*, cumprindo antes verificar *quando l'incendio*

*diventi*, accrescendo notar que só assim occorrenza o perigo, razão informativa do crime, não verificavel na simples applicação do fogo. A formula que melhor traduzia esse momento era "*applicca l'incendio*".

A commissão senatoria regeitou o parecer daquelles criminalistas, e ZANARDELLI, de accordo com a mesma, deixou explicito em sua *Relazione al Re*, "che il delitto si compie con *l'appicare il fuoco*, di cui é poi conseguenza l'incendio".

Em sua *Relazione* aquella commissão observou: "1. *Chiunque applicca un incendio*, dice questo articolo. Ma con maggiore esattezza e proprietá di linguaggio si é proposto di dire: *chiunque appicca il fuoco*, giacché l'incendio é il fuoco già appliccato che niveste la cosa e la distragge; é in una parola, il fatto considerato nella sue consequenze, piuttosto che in sé stesso.

Ne é questione di parola, ma di sostanza, specialmente per ciò che riguarda i caratteri del reato consumato. Se si accetta, come deve accettarsi, il concetto espresso nella relazione ministeriale, che quando *il fuoco é stato appliccato il delitto si ha per consumato*, puó debitarsi se vi disponda la parola colla quale fu espresso: e se dubbio vi é, conviene eliminarlo. Má per eliminarlo completamente fu proposto ancora di aggiungere una disposizione analoga a quella contenuta nel art. 473, § 2, del Progetto Senatorio, diretta a dichiarare consumato il reato di incendio dal momento che *il fuoco si é appreso all'oggetto che il colpevole visole incendiare o ad altro oggetto contiguo da cui egli possa essere comunicato*. Ed é proposta savia e meritevole di essere raccomandata, perché toglie di mezzo ogni difficoltá non solo nella determinazione del momento giuridico nel quale il delitto di incendio deve ritenersi consumato, ma benanco nella determinazione della responsabilitá del delinquente, in delazione alle qualittá dell'oggetto cui l'azione delittuosa era diretta". Ficou em definitiva estabelecido que o incendio se considera consumado "solo che si sia appliccato il fuoco". Igual orientação presidiu ao direito francez, reputando-se consumado o crime "dés que l'agent met le feu á l'un des objets énumérés par la loi; il n'est pas nécessaire que cet objet ait été détruit. que l'incendie même ait éclaté. le fait seul de mettre le feu volontairement suffit pour consommer le crime. quel que soit le résultat; ce sont les termes mêmes de la loi (CHAUVEAU e HÉLIE). O código portuguez, art. 463, como já o fazia a Ord. L. V., t. 86, § 10, faz tambem consistir a acção em *pôr fogo*. O nosso código, muito embora empregue inadeguadamente o termo—*incendiar*, seguiu a mesma orientação, como se póde ver especialmente do art. 135. Cumpre precisar mais detidamente em que momento se deva considerar *applicado ou posto o fogo*.

Elucidando devidamente o assumpto, diz ZERBOGLIO: "Evidentemente bisogna qui rammentarsi che l'incendio é un reato contro l'incolumittá pubblica, cosiché il fuoco deve assumere un character autonomo ed essere, di per sé, capace d'espansione. Chi dá fuoco si é spento, non viola l'art. 300.

Il fuoco appliccato é quello che si é immedesimato col l'oggetto anche se non si diffonda tosto né si allarghi in vistosa fiamma." No mesmo sentido, FLORIAN, para quem "il delitto deve ritenersi consumato, tostoché, in un modo



qualunque, directamente od indirectamente, com uma materia qualunque, siasi messo il fuoco nella cosa considerata della lege como oggetto di incendio. Essenziale si é che il fuoco, dalla materia adoperata por accenderlo (un tizzone, petrolio, ecc.) sia passato nell'oggetto, che colivasi incendiare; cotesto é essenziale e sufficiente. Bisogna che la cosa, sia pure in parte, abbia bruciato. In ciò si verifica la condizione che rende generalmente e normalmente, in casi larga misura, periculoso l'incendio.

Si discute in passato se ad aversi il momento consumativo fosse necessario il sorgere dalla fiamma (*flamma excitata*); in Germania eravi contrasto nella doutrina e nei codici, fra il richiedere il bruciare com fiamma (*Flammen*), e quello del bruciare senza fiamma (*Glimmen*). Ora, però, anche in Germania é opinione prevalente che il delitto susista, nel suo momento di consumazione, con o senza la fiamma nata, indifferentemente: può bastare l'abbruciamento a fuoco lento od anche il semplice arroventamento. Il che é, secondo noi, esattissimo, anche di fronte al nostre art. 800, giacché il fuoco può manifestarsi in varie guize; e non é richiesta la fiamma nata, mentre nel testo non é segnata nessuna limitazione".

E' o que tambem diz LISZT, notando que "não é necessario que se formem chammas; a carbonisação progressiva, a continuada combustão basta". O nosso codigo tendo como consummado o incendio, "ainda que possa ser extincto logo depois da sua manifestação e sejam insignificantes os estragos produzidos", deixa claro que tal momento consumativo se verifica, quando o fogo applicado ou posto á coisa, nesta se atêa ou se fixa, independentemente de diffusão em chammas.

88. O incendio admite tentativa, por isso que não é crime puramente formal, isto é, não se completa só com o acto do agente, mas tem necessidade de um evento, a applicação do fogo, a *excitatio ignis*, que nem sempre é attingido, embora os esforços empregados nesse sentido. Regem no caso os principios geraes da tentativa (Vid Iº vol., ns. 91 e segs.). Assim, é necessario o elemento intencional, demonstrar que o agente tendia, pelos actos praticados, a atear fogo na coisa; é necessario o elemento material, acto que, pela sua relação directa com o facto de pôr fogo, constituia começo de execução do incendio. Não estariam nessa categoria, por exemplo, a compra de phosphoros, a procura de materias inflammaveis ainda mesmo que se demonstrasse que se destinavam a atear um incendio, o facto de se dirigir para o local do sinistro, por isso que equivocos, não se prestando a uma só interpretação, são actos preparatorios (EMILE DUCHÉ). Teriamos, porém, acto de tentativa, por ser acto de execução, por se ligar com o incendio por uma relação directa de causa e effeito, no caso de ser alguém surprehendido perto da casa que deseja incendiar e obstadado por terceiro de realisar o intento criminoso (NYPELS e SERVAIS); no caso de collocada a materia inflammada, esta se consumir inteiramente sem communicar o fogo á casa (CARRARA); no caso de ter o agente disposto os materiaes de tal maneira que sem outra

participação de sua parte, o incendio se manifestaria, se não fôra a intercorrência de circumstancia alheia á vontade do agente. Trata-se neste ultimo caso do incendio, que em pericia, se chama *indirecto* ou a *prazo*, que se effecta por diversos modos, sendo o preferido em nosso meio, por commerciante deshonestos, como mais facil, o emprego de uma vela accessa em posição de communicar-se, após certo tempo, com materias combustiveis, dispos-tas adequadamente. Conforme o tamanho da vela, o incendio se produz mais ou menos rapidamente, desde que a chamma chegue ao nivel da materia combustivel, salvo a occorrência de circumstancia fortuita, a intervenção de si-guem, por exemplo (Vid. REISS, e minha conferencia — *A pericia nos crimes de incendio*, inserta na *Lucta technica contra o crime*, publicação official, do Gabinete de Identificação e de Estatistica do Rio de Janeiro).

89. *Especies do crime de incendio*. 1.º) Incendio doloso com perigo commum (abstracto) para a vida. Incluem-se nesta categoria as seguintes modalidades:

*Caso simples* (art. 136). Dá-se quando é posto fogo:

a) a um edificio, como tal se entendendo a construcção de notavel elegancia ou extenção (FREI DOMINGOS VIEIRA).

b) a construcção de qualquer natureza, própria ou alheia habitada, ou destinada á habilitação, ou a reuniões publicas ou particulares. Na interpretação dada ao art. 434, § 1.º do codigo penal francez, como na do art. 300 do codigo italiano, tem reinado controversia, no fixar o sentido das expressões — *édifices ou lieux habités ou servani á l'habitation*, do primeiro, e da — *edificiù destinati all'abitazione*, do segundo, entendendo uns que sendo o fim do legislador proteger a vida humana, aquellas expressões denotam tão sómente o edificio effectivamente habitado, embora na occasião do sinistro ahi não esteja ninguem (CHAUVEAU, e HÉLIE, FANTI), e outros que tambem os edificios não habitados, mas que tenham o destino de ser habitados, o que resalta dos proprios termos da lei (FLORIAN e outros). O nosso legislador entendeu derimir a controversia, definindo o que se deva entender por *construcção habitada* ou *destinada á habitação*, enumerando as coisas que ahi podiam ser comprehendidas (alinea do art. 136). Assim, aquellas expressões denotam: 1) a construcção ou casa e respectivas dependencias, em que alguém reside habitualmente, embora ahi não se ache em certas occasiões, ou quando está desoccupada; 2) as construcções enumeradas pela lei, e sómente essas, porque a juizo do legislador são aquellas em que o fogo posto pôde suscitar normalmente perigo para as pessoas. Resolveu assim a questão de saber se no caso dado occorre ou não aquella circumstancia do perigo commum.

Justificando a enumeração taxativa no assumpto, ponderou a comissão senatoria, nos trabalhos preparatorios do codigo italiano, que “quando se ricordi che non trattasi, in questo, di delitti contro la *proprietá*, ma contra la publica incolumità; che il *pericolo comune* dal quale desumono il loro

carattere non può derivare dall'incendio di oggetti qualsiasi, ma di quelli soltanto che, per le condizioni loro, possono produrlo, rimarrà dimostrata la necessità di una enumerazione tassativa, diretta a rappresentare una speciale caratteristica del delitto di volontario danneggiamento, genericamente preveduto fra i reati contro la proprietà. Non si possono certamente disconoscere le difficoltà di questa enumerazione, la quale per quanto studiata, può riuscire incompleta; né può tacersi che quella contenuta nel progetto venne da tuluno giudicata eccessiva, non potendosi ritenere pericoloso all'incolumità pubblica, per esempio, l'incendio delle *piantase d'alberi e simili...*

Ma è opinione della commissione che, ad ogni modo, sarebbe facile snaturare l'indole di questo delitto ove si tentasse di formulare l'ipotesi in termini generali, correndo l'opposto pericolo o di rendere sconfinato l'apprezzamento del giudice, o di circoscrivere soverchiamente i limiti ai quali, per scopo cui mira, deve estendersi l'efficacia di questa sanzione penale".

O nosso código resalva, porém, o caso do incendio de coisas não comprehendidas neste capítulo, mandando observar as disposições referentes ao danno (art. 147).

O § unico do art. 136 admite a possibilidade do incendio proposital, mas não criminoso, por isso que não envolve o dolo.

Para isso, segundo essa disposição, é preciso concomitantemente: 1.º que o sujeito activo do incendio seja proprietario exclusivo da coisa incendiada; 2.º que esta já não tenha o destino para que foi feita ou o uso especificado no destino; 3.º que do incendio não possa resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro.

Mas ponderado devidamente o dispositivo, ver-se-á que em caso algum ficaria isento de responsabilidade o dono da coisa que é o proprio a incendiar, porquanto, tratando-se de immoveis, que a lei especialmente contempla, e fóra dos casos de hypotheca ou qualquer onus, haveria sempre o prejuizo de terceiro, que em ultima analyse seria a fazenda nacional, dado que não existisse outros interessados ou mesmo herdeiros do dono da cousa.

Criticando o art. 308 do código italiano, que apenas exige a occorrença do danno ou perigo concreto para firmar a responsabilidade do dono da coisa, nota FLORIAN que não se explica a exigencia do perigo concreto, pois a qualidade de proprietario não impede que potencialmente exista o perigo, o que basta para a incriminação, dadas as coisas previstas pela lei. Essa qualidade, pois, não tem outro effeito juridicamente relevante senão de deixar subsistir só a lesão principal da incolumidade publica, eliminando a lesão secundaria da propriedade, o que poderia autorisar apenas diminuição de pena. Assim, subsistindo por presumpção o perigo commum, superfluo se torna indagar se o meio, que o produziu, seja de propriedade ou não do agente. A concepção diversa hoje imperante não póde ser considerada, pois, senão como um residuo e um traço do velho modo de considerar estes delictos pelo criterio da offensa da propriedade". Não se verificando as condições expostas, o dono da coisa incendiada, é responsavel criminalmente, mesmo quando o fogo tenha:

sido posto por outrem, desde que este tenha sido provocado e determinado por aquelle e por algum dos meios especificados no art. 18, § 2.º do código.

Ha, então, concurso de agentes, um intellectual, outro material. Como observa DUCHÉ, é evidente que o facto não muda de natureza porque o dono, em vez de pôr o fogo, encarregue disso seu creado, por exemplo. O crime, com effeito, suppõe uma resolução e uma acção. Ora, a resolução é a causa unica da criminalidade e da pena”.

90. *Caso qualificado* (art. 146). Occorre quando do incendio resultar a morte, ou lesão corporal, de alguma pessoa, que no momento do accidente se achar no lugar. A fonte desta disposição, modificada sensivelmente, é o artigo 4, § 1 da lei n. 3.311, de 1886, que dispunha: “se do incendio resultar a morte de alguma pessoa, que, *no momento em que o fogo foi posto se achava no lugar incendiado*, penas as do art. 193 do Cod. Criminal (galés perpetuas no maximo, doze annos de prisão com trabalho no medio e seis annos no minimo). O código vigente ampliou a lei, substituindo a phrase — no momento em que o fogo foi posto — pela — no momento do accidente, que abrange o incendio ou todas as suas phases, desde o inicio até extinguir-se. Trata-se do caso em que o resultado damnoso á pessoa (lesão corporal ou morte), é imputado ao incendiario independente de dolo ou culpa, e tido em vista só o aspecto objectivo, por isso que *danti operam rei illicitæ imputantur iiam quæ extra voluntatem ejus eveniunt*.

Isto mesmo salientou ZANARDELLI, em sua *Relazioni*, a proposito de disposição analogá (art. 327 do cod. italiano), dizendo se tratar de “morte o lesione personale soltanto conseguenza, non voluta, del disastro voluntariamente cagionato”. Se a morte ou a lesão corporal fosse procurada, pela acção do fogo, teriamos o homicidio qualificado (art. 294, § 1.º), ou lesão corporal aggravada (arts. 303 ou 304 e 39, § 3.º); se resultasse de incendio culposo, teriamos o caso previsto no art. 148 Na hypothese ora apreciada, do art. 146, a morte ou lesão pôde estar em relação directa, immediata ou indirecta, mediata com o facto do incendio. Resalta isso do proprio termo empregado pelo legislador — *resultar*, que é bastante amplo, de sorte a comprehender ambas aquellas relações.

Egual intelligencia tem sido dada ao termo equipollente — *derivar*, empregado pelo art. 327 do código italiano (FLORIAN, CIVOLI, etc). Assim não tendo o código adoptado a formula restrictiva da Lei n. 3.311 de 1886, como vimos, que se cingiu ao art. 434, § 8 do código francez, e antes se nor-teando pelo código italiano, art. 327, que não encerra restricções, teriamos como comprehendidas no art. 146, a morte ou lesões corporaes pelo terror ou por ter saltado pela janella, por ter diligenciado apagar o incendio, etc. Ex-clue-se, como é evidente, a hypothese de alguém, sem motivo ou para fim proprio, se expor á acção das chammas, como procurando suicidio, etc. (ZERBOGLIO, FLORIAN, etc.).

Sem motivo justificavel, porém, restringiu o código a figura delictuosa

á lesões corporaes graves, previstas no art. 304, restricção inexistente no código italiano. Revelando imprevidencia deixou o legislador de contemplar como esse código, os casos em que do incendio resultasse a morte de mais pessoas, ou a morte de uma só e lesão de uma ou mais, ou ainda lesão corporal de mais pessoas, graduando a pena conforme a hypothese.

91. 2.º *Incendio doloso com perigo commun* (abstracto) para a propriedade ou a vida. Dá-se quando é posto fogo:

a) a edificios ou construcções que não foram habitados ou destinados para habitação, e não pertencerem ao autor do crime (art. 133).

b) a plantações, colheitas, lenha cortada, pastos ou campos de fazenda de cultura, ou estabelecimentos de criação, mattas ou florestas pertencentes a terceiros ou á Nação (art. 141).

São casos do denominado "*incendio immediato*", passíveis de pena menor por não acarretarem risco de vida.

Cumpre notar que a penalidade não é proporcional á extensão ou gravidade do damno causado, em dadas modalidades, como o incendio de mattas e florestas, que envolve ou põe em risco predios e construcções. No código italiano, este caso é comprehendido entre os de incendio de predios destinados á habitação (art. 300, segunda parte);

c) Quando o fogo é posto a objectos collocados em lugar de onde seja facil a communicação do fogo aos edificios e construcções especificados no art. 136, si acontecer que o incendio effectivamente se propague, e qualquer que seja a destruição causada (art. 137, § 1º). É o denominado "*incendio mediato*".

São elementos do crime, nesta modalidade:

1.º *Communicação facil*, isto é, que as coisas incendiadas, que podem ser quaesquer e pertencer ou não ao agente, estejam em situação propria a comunicar o fogo a um dos predios ou construcções especificadas no art. 136.

Como notam CHAUVEAU e HÉLIE é neste facto que reside toda a moralidade da acção. O gesto do agente é criminoso pela unica razão de poder o fogo se transmittir ás coisas situadas na proximidade do primeiro foco de combustão. É, pois necessario constatar com cuidado a posição das coisas incendiadas e sua relação de proximidade ou de afastamento das coisas a que se communicou o fogo.

2) *Communicação ou propagação effectiva do fogo*, que é o facto material do crime, que o integra qualquer que seja a destruição causada ao predio ou construcção, atingida pelo fogo.

3) *Voluntariedade da acção*, isto é, que o agente tenha posto voluntariamente fogo ás coisas, que, pela situação, facilmente o communicaram ou lhe serviram de vehiculo ao edificio ou construcção.

O dolo do agente deve, pois, versar nesse ponto sómente, a communicação

effectiva do fogo lhe sendo imputavel, como consequencia de sua acção (Vid. n. 35).

A tentativa se verifica quando deixa de haver a propagação do fogo, por circumstancias independentes da vontade do agente.

d) Quando o fogo é posto pelo proprio dono ás coisas especificadas no art. 136, com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro, ou defraudar os direitos de alguém (art. 140). A fonte desta disposiçãõ é o art. 4, § 6 da Lei n. 3.311 de 1886. Não havia, porém, necessidade de tal dispositivo, porquanto já estava comprehendido no § unico do art. 136, além de que incongruencia se nota na penalidade, que diversifica quanto ao minimo: tratando-se dos mesmos factos. Acresce notar que nada justifica a configuração distincta do art. 140, pois o caso não passa de uma aggravante do incendio como muito bem o considerou o codigo italiano, art. 308.

O fim do lucro ou intuito de prejudicar terceiros não muda a natureza do facto do incendio, apenas concorrendo para aggravar a respectiva penalidade, e do incendio, como crime contra a tranquillidade publica, é do que se trata.

O casuismo exaggerado, tão de moide do codigo, leva a estas consequencias. A *responsabilidade contra terceiro*, um dos fins do agente, póde resultar v. g. do incendio do predio em poder de depositario judicial, contra quem se imputa a autoria do maleficio; a *defraudação de direitos de alguém*, do incendio de predio hypothecado, ou segurado, etc.

Esta ultima hypothese é a que se verifica commummente no commercio deshonesto, e vulgarmente se denomina — *liquidação a fogo*.

É de notar, como CHAUVEAU e HÉLIE, que não é necessario que o prejuizo seja actual e immediato; basta que seja a consequencia directa do incendio.

e) Quando o fogo é posto em edificios, construcções, depositos, armazens, archivos, fortificações, arsenaes, embarcações ou navios pertencentes á Nação (art. 139). A tutela especial que assim se outorga aos bens pertencentes ao Estado, é dada por ZANARDELLI, quando em referencia a analogo dispositivo do projecto do codigo italiano, diz: “che il disastro portato in tali opere non é da considerarsi soltanto nell’aspetto degli ingenti valori distrutti o posti in pericolo, ma anche nell’aspetto degli funestissimi che possono derivare allo Stato od al paese con la distruzione o la perdita di opere od edifizii siffatti, ai quali é raccomandata la sicurezza, la difesa e la incolumità della patria”.

92. 3.º) *O incendio culposo* (art. 148). Trata-se do caso em que alguém, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de disposições regulamentares, causa um incendio. No 1.º volume, ns. 187 e segs., tratamos da culpa, da razão de sua punibilidade, de seus grãos e modalidades, devendo-se ter em vista o que ahi expendemos para apreciar o caso vertente. Eguamente na minha citada conferencia — *A pericia nos crimes de incendio*, occupei-me especialmente do incendio culposo. A pena, aliás branda, é aggravada se do incendio resultar morte de alguém.

93. 4.º) O código contempla também, equiparando ao incêndio, a *destruição dos edifícios ou construções especificados* no art. 136, *pelo emprego de minas, torpedos, machinas ou instrumentos explosivos* (art. 137, § 2.º).

Essa equiparação vemos nas diversas legislações que têm em vista a identidade dos efeitos produzidos, destruição da coisa e offensa da tranquillidade publica. Em doutrina tem recebido o crime em questão as denominações de crime de *mina*, de *ruína*, ou de *explosão de perigo commum*. Duas theorias se formáram a respeito de sua configuração: a *subjectiva*, que tem o crime como integrado na simples collocação ou explosão da mina, sempre que esta seja apta, absoluta e não relativamente, para produzir a destruição total ou parcial do edificio (JACHINO); a *objectiva*, que o tem como perfeito com a destruição total ou parcial de um edificio pelos meios que agem instantanea ou irrefreavelmente (CARRARA). A primeira inspirou o código italiano, a segunda a nossa Lei n. 3.311 de 1886, art. 5, fonte do código vigente.

Segundo o art. 137, § 2.º deste código, o crime se integra com a destruição intencional, mesmo parcial dos edificios, ou construções especificadas no art. 136, pelos meios que indica. *Destruir* significa aqui atazar, derrubar, fazer ir pelos ares. O incêndio que sobrevenha será apenas um accidente.

Quanto aos meios, entende-se por *mina* o aparelho de pólvora pirica, que acceso, explode, destruindo as coisas circumstantes; *torpedos*, em sentido, não tecnico, mas generico, são os aparelhos explosivos não formados de pólvora pirica; *machinas* ou *instrumentos explosivos* são productos do trabalho humano, com aptidão e força chamada explosiva (FLORIAN). Não se comprehendem, entre os meios indicados, as simples substancias explosivas, porque não são *machinas* nem *instrumentos*. A lei n. 3.311, de 1886, mais genericamente dizia: *minas* ou *emprego de queresquer materias explosivas*. Se o agente causar, não intencionalmente, mas culposamente a destruição dos alludidos edificios ou construções, ficará sujeito á sanção do art. 148.

Tal o caso, por exemplo, em que empregando qualquer machina ou instrumento explosivo, para arrenbentar pedreiras, destrua total ou parcialmente taes edificios visinhos, sem o querer, mas por falta de previdencia ou precaução (NYPELS e SERVAIS).

A lei n. 4.269 de 17 de janeiro de 1921, regulando a repressão do anarchismo e adoptando a theoria subjectiva, qualifica, nessa conformidade, o crime de explosão de perigo commum nos arts. 4 e 5. (vid. n. 9).

#### b) Inundação e outros accidentes de perigo commum

94. Na legislação romana (*De Nili aggeribus rumpendis*, 9, 38), como em varias ordenanças locais da idade media, encontramos disposições referentes a inundações propositaes. Mas sómente nas legislações modernas, a partir do código francez, de 1791, é que a inundação proposital foi considerada como crime distincto, em umas collocada ao lado do desencadeamento da força natural do fogo, em outras, punida com pena menor, considerando a pouca frequencia do seu commettimento, pela difficuldade de meios e rari-

dade de objecto material. E' tambem nessas legislações, que mais detidamente se tem tratado dos outros crimes de perigo commum, como a submersão, naufragio, signaes e pharões falsos e outros. Em nosso paiz, só pela lei n. 3.311, é que foram qualificadõs, constituindo ella a fonte mais importante do codigo vigente.

95. A inundação é o desencadeamento da força natural d'agua. Para a idéa da inundação, observava LISZT, não basta, porém, qualquer enchente ou transbordamento; é necessario que não esteja mais no poder do agente dominar a força natural, cujo desprendimento provocára. Esta característica de perigo commum, para a vida humana, ou para a propriedade, é accentuada de modo expresso pelo código allemão, arts. 312 e 313. O nosso código, art. 142, embora de modo menos claro, faz tambem referencia ao perigo, que deriva da inundação, pelo que o dolo ou culpa do agente deve comprehender.

#### 96. Especies.

1.º) *Inundação dolosa com perigo commum* (no caso dado) *para a vida humana ou a propriedade*. Reproduzindo o art. 11 da lei n. 3.311 de 1886, com modificações, o código, art. 142, primeira parte, faz consistir o crime no facto de causar inundação da propriedade alheia, abrindo comportas, rompendo represas, açudes, aqueductos, ou destruindo diques ou qualquer obra de defeza commum, por esta se entendendo a obra destinada a evitar inundação ou outro perigo, feita em terras de um ou mais individuos, quando inundadas, a agua podia desencadear-se para outras propriedades (FLORIAN).

A essa hypothese de effectiva inundação, a mesma disposição legal equipara o facto de, pelos mencionados meios *expôr a propriedade alheia a perigo de inundação ou a outro perigo*.

Não se justifica semelhante equiparação, attenta á diversidade de gravidade dos factos, e dahi porque o código italiano os considera distinctamente, nos arts. 302 e 303, com penas differentes, com a circumstancia ainda de não cogitar dos meios, em caso de inundação, entendendo muito bem que indifferentes eram, desde que a produziram. A tentativa de inundação se verifica quando o agente com intenção criminosa, tenha iniciado a abertura de comportas, ou o rompimento de represas, açudes, aqueductos, ou a destruição de diques ou qualquer obra de defeza commum.

Se da inundação resultar a morte ou alguma das lesões corporaes especificadas no art. 304, terá applicação a sanção do art. 146 (vid. n. 90, cujas considerações são applicaveis ao caso).

97. 2.º) *Inundação culposa* (art. 148).  
Vid. nº. 92.



98. *Falsos pharões* ou *falsos signaes*. O crime assim denominado foi previsto pelo código jonio, arts. 531, 532 e 533, o mais antigo código europeu que contem taes disposições, e que serviu de fonte a maioria dos outros, inclusive a nossa lei n.º 3.311 de 1886, por sua vez fonte do actual código, com algumas modificações para peor. Estatuia aquelle código, no art. 531: "Aquelle que com o fim de produzir naufragio, accende fogos sobre escolhos, arrecifes, ou outros sitios que dominem o mar, ou praticar outros artificios idoneos a conduzir um navio qualquer a perigo de naufragio, será por esse facto só punido com o segundo gráo de trabalhos publicos." Essa disposição foi reproduzida quasi que litteralmente pela nossa citada lei, que primeiramente em nosso paiz tratou da repressão do crime em questão, cuja pratica rareou desde então, dest'arte assegurados ficando os navegantes. Segundo o art. 143, são elementos do crime:

a) o emprego de meios que especifica, isto é, accender fogos sobre escolhos, arrecifes, bancos de areia ou outros sitios perigosos que dominem o mar, fingindo pharões, ou genericamente, praticar outros artificios, como signaes falsos, apagamento de pharões verdadeiros, tirada de boias e balisas ou quaesquer outros signaes que indiquem perigo submerso (Regul. das capitania dos portos, art. 340), collocação de boias, balisas em lugar indevido, etc.

b) o dolo especifico, que é o fim de enganar os navegantes, attrahindo a naufragio qualquer embarcação.

E' um crime formal, pois, como já accentuava o código jonio, se integra com o emprego dos alludidos meios, independentemente do evento.

99. *Submersão*. Assim se denomina o crime previsto no art. 144, que é reproducção do art. 12 da lei n.º 3.311, de 1886.

A acção está em praticar qualquer abertura ou arrombamento que possa produzir invasão de agua sufficiente para a submersão, que é a destruição ou perda da embarcação com pouco ou nenhuma esperanza de sua salvação.

O objecto é embarcação de qualquer natureza, quer em viagem, quer em ancoradouro.

Presuppõe mais como elemento essencial o perigo commum de pessoas ou coisas. Se a embarcação pertencer ao autor da submersão, só será isento de pena se provar que a embarcação já estava em condições de innavegabilidade e que o arrombamento por elle feito não podia causar perigo commum ou prejuizo de terceiro. O código não distingue entre innavegabilidade absoluta e relativa, distincções vigorantes em direito commercial maritimo.

O navio é considerado innavegavel, diz SILVA COSTA, quando tem perdido todas as condições de navegabilidade: a innavegabilidade absoluta; ou quando carece de concertos, cuja importancia equivale, pelo menos, a tres 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.

100. *Naufragio*. Segundo o art. 145, que tem como fonte o art. 12 da lei n. 3.311, de 1886, o crime ahí qualificado, pôde assumir as seguintes modalidades:

- a) fazer abalroar a embarcação, propria ou alheia, com outra em viagem;
- b) fazel-a varar ou ir a pique.

Qualquer dellas deve ter como fim procurar naufragio.

O abalroamento é o choque, quasi sempre desastroso, entre dois navios, produzido pelo encontro inopinado de um com outro (*Dic. Marit. Brasileiro*). O regulamento em vigor para evitar abalroamento no mar, é o mandado observar pelo Decr. n. 1.988, 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 Decr. n. 2.402, de 10 de dezembro de 1896. Quando a quilha de um navio corre por cima de uma corôa de areia, ou investe por uma praia e não pôde mais boiar, esse acto chamase *varação*. Equipolente de encalhe, este nem sempre é varação (F. BORGES). O naufragio, que é o fim visado pelo agente, é a perda do navio, em consequencia do choque contra outro, ou da varação ou do acto de pôr a pique. Pôde ser absoluto quando o navio é submergido, sem que delle reste vestigio algum permanente na superficie das aguas; relativo quando o navio varando faz agua e se enche sem desaparecer.

Sossobrando assim o navio, cheio d'agua, sem ir ao fundo, diz-se que ha alagamento (BALDASSERONI). Assim pôde haver naufragio sem submersão e vice-versa.

Se do naufragio, assim como do emprego de falsas pharôes ou da submersão, resultar a morte ou lesões corporaes das especificadas no art. 304, tem-se de observar o dispositivo do art. 146 (vid. n. 90). Se qualquer desses factos fôr commettido culposamente, regerà o dispositivo do art. 148. Vid. tambem Decreto n.º 4.269 de 1921, art. 11, transcripto no texto.

## 101. JURISPRUDENCIA BRASILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Para caracterisar-se o crime de incendio de que trata este titulo, é necessario a existencia do elemento do perigo commun, e, assim, no caso de ter sido posto fogo em um predio sito em logar ermo, desaparece o alludido elemento, subsistindo unicamente a figura do delicto previsto no art. 147 deste codigo, isto é, o crime de damno (*Ac. de 18 de maio de 1898*).

II. O auto de corpo de delicto é fundamental no crime de incendio, sendo indispensavel para base do processo e applicação da multa *ad valorem* do damno causado (*Ac. de 18 de maio de 1898*).

## DISTRICTO FEDERAL

III Tratando-se de incendio de coisas pelo proprio dono, com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiros, entre estes não se póde deixar de incluir a companhia seguradora, que, assim, deve ser aceita como parte offendida para o effeito de intervir na acção penal, como auxiliar do Ministerio Publico (*Ac. da 1.ª Camara da Côrte de Appellação, em 12 de setembro de 1907*).

IV. Nos crimes de incendio a prova directa é assaz difficil e póde ser supprida pela prova indirecta ou circumstancial; mas esta ultima, para que possa gerar a certeza da criminalidade no animo do julgador, deve apresentar indicios de um valor decisivo e acima de qualquer duvida ou suspeita, que apontem sem esforço o accusado como sendo o sujeito activo da infracção penal (*Sentença do Juiz da 5.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 27 de janeiro de 1911, da 2.ª Camara da Côrte de Appellação*).

V. Caracterisa a incuria e falta de cautela do agente conservar, embora nos fundos do seu estabelecimento, um deposito de inflamaveis encostado ao muro onde estava assentado o forno da padaria existente no predio visinho correspondente a este lado, quando, como é sabido, esses fornos funcionam, tanto no correr do dia, como no correr da noite, e a acção do calor ou ainda uma fagulha sahida da chaminé, conforme dizem os peritos, podia ser causa do incendio (*Sentença do Juiz da 2.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 9 de julho de 1913, da 3.ª Camara da Côrte de Appellação*).

VI. O Cod. penal usa da expressão “incendiar edificio ou contrucção de qualquer natureza” e, assim, distinguindo edificio da construcção, esta pela generalidade da dicção “de qualquer natureza”, póde ser de qualquer especie, movel ou immovel. Não sendo licito restringir-se a significação do termo empregado, ahi se comprehende a guarita, que é portatil, para abrigo de sentinellas (*Dic. de JAYME SEQUIER*), tanto mais quanto o recorrente foi julgado incurso no art. 138 do citado cod. penal onde se lê — edificios ou construcções não destinadas a habitação (*Decisão do Juiz da 5.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 15 de setembro de 1920, da 3.ª Camara da Côrte de Appellação*).

## ESTADOS FEDERADOS

VII. Constitue indicio sufficiente, para pronunciar em crime de incendio, o facto da existencia de recente seguro das mercadorias de uma casa de negocio em valor muito superior ao stock existente (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 27 de maio de 1899*).

102. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

FRANCEZA

I. Attendu que, lorsque la loi fixe elle-même la signification des termes qu'elle emploie, il n'est pas permis au juge de restreindre ni d'étendre cette signification, que l'article 390 du Code pénal détermine d'une manière générale, sans limitation aux seuls cas de vol, le sens et l'étendue de l'expression: maison habitée, employée dans ce code, que d'après cet article on doit réputer maison habitée non seulement tout bâtiment, logement.. qui est destiné à l'habitation, mais aussi tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, édifices qui y sont internés quel qu'en soit l'usage; que le législateur en employant dans le paragraphe 1.<sup>er</sup> de l'article 434, lors de la révision du Code en 1832, les expressions "lieux habités ou servant à l'habitation" ne leur a pas attribué un sens moins étendu qu'à celle de "maison habitée" dont la définition se trouve dès 1810 dans l'article 390 du Code pénal qui fait partie du même chapitre que l'article 434; que les expressions "lieux habités ou servant à l'habitation" sont même plus générales en ce qu'elles désignent à la fois les bâtiments habités et ceux qui, même sans être habités, sont consacrés aux besoins de l'habitation, ce qui embrasse nécessairement les bâtiments accessoires qui dépendent de l'habitation (*Cass.* 14 août 1893). No mesmo sentido decisões de 18 de fev. 1843, 18 jan. 1847, 1.<sup>o</sup> ab. 1851, 24 abr. 1873.

II. Attendu, en droit, que l'article 434, en déterminant les divers degrés de gravité du crime d'incendie, assimile à la maison habitée, celle qui sert à l'habitation, qu'il n'exige point comme condition de cette assimilation que la maison serve actuellement à l'habitation, pas plus que ne l'exige, pour le cas qu'il prévoit, l'article 390 du même Code dont les termes doivent servir à interpreter ledit article 434 (*Cas.* 18 fév. 1843, 13 fév. 1840, 24 av. 1873).

III. L'incendie d'un édifice ne présente un caractère pénal, qu'autant que cet édifice n'appartient pas à l'auteur de l'action, ou que, s'il lui appartient, il est ou habité, ou servant soit à l'habitation, soit à des réunions de citoyens, ou placé de manière à communiquer le feu à une propriété étrangère, ou qu'il résulte de l'incendie un préjudice quelconque, volontairement causé à autrui: la déclaration du jury qui ne spécifie aucune de ces circonstances ne peut servir de base à l'application de la peine (*Cas.* 2 juin 1848).

IV. L'incendie par l'un des copropriétaires d'un édifice assuré dans le but d'obtenir le capital de l'assurance, constitue à la fois, de la part du coupable, le crime d'incendie d'une chose qui ne lui appartient pas et l'incendie dommageable pour autrui d'un objet qui lui appartient conjointement avec d'autres (*Cas.* 20 avril 1839).

V. L'individu qui a tout préparé et disposé pour qu'au moment donné le feu prenne nécessairement, soit de lui-même, soit par le concours innocent d'une main étrangère n'est pas moins coupable que celui qui allume personnellement et directement le feu... Attendu loin qu'un tel ensemble de circonstances ne présente pas les éléments constitutifs de la tentative soit le commencement d'exécution, il constitue l'exécution elle-même dans tout ce qui pouvait relever de la résolution et du fait de la prévenue; attendu que cette résolution s'étant montrée persévérante jusqu'à la fin, la tentative ci-dessus n'a manqué son effet que par les circonstances indépendantes de la volonté de son auteur (*Cass. 20 juillet 1861*).

### ITALIANA

VI. La volontarità dell'atto è implicita nella affermazione di *colpevolezza nell'aver applicato il fuoco*, laddove di colui che colposamente fa sorgere l'incendio si dice ha *cogionato* l'incendio od il fuoco (*Cass. 18 ag. 1890*).

VII. In tema d'incendio applicato ad edifizi destinati all'abitazione, a senso del capoverso dell'art. 309 del Codice penale, non è proponibile la questione ai giurati sulla mancanza di danno e pericolo, secondo l'ipotesi preveduta nell'art. 310 dello stesso Codice (*Cass. 31 mar. 1890*).

VIII. Ad applicare la sanzione dell'art. 311 del Codice penale a chi per negligenza nel dar fuoco alle stoppie produce un incendio che danneggia le proprietà vinice, non è mestieri esaminare se ed in quali proporzioni l'incendio avesse potuto produrre un pericolo, comune, essendo un tal pericolo portato dalla natura stessa del fatto (*Cass. 5 dic. 1891*).

IX. Colui che nel bruciare le stoppie del proprio campo omette le debite cautele e produce l'estensione del fuoco sui fondi vicini, non è colpevole d'incendio volontario, á sensi degli articoli 300 e 308, ma soltanto d'incendio colposo á sensi dell'art. 311 (*Cass. 29 apr. 1891*).

### PORTUGUEZA

X. Nos crimes de fogo posto, ainda que o incendio tenha sido dominado promptamente, desde que se ateiou e produziu damno, verifica-se para os effeitos da applicação da pena o crime consumado, e não o frustrado (*Ac. do Supr. Trib. de Just. de 26 maio 1899*).

## CAPITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE TRANSPORTE OU COMMUNICAÇÃO

**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 descarrilar; abrir ou fechar as chaves de desvio ou comunicação; fazer signaes falsos, ou praticar qualquer acto de que resulte ou possa resultar desastre:

**Penas** — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 5 a 20 % do damno causado.

§ 1.º Si o desastre acontecer:

**Penas** — de prisão cellular por um a tres annos e a mesma multa.

§ 2.º Si do desastre resultar a morte de alguém:

**Pena** — de prisão cellular por seis a quinze annos.

§ 3.º Si alguma lesão corporal das especificadas no art. 304.

**Pena** — de prisão cellular por tres a sete annos.

**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 ou inobservancia de regulamento, ordem ou disciplina, fór causa de um desastre em estrada de ferro:

**Pena** — de prisão cellular por um a seis mezes.

§ unico. Si do desastre resultar morte a alguém:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

**Art. 152.** Destruir, ou damnificar qualquer parte de estrada ou via de comunicação de uso publico, obstando ou interrompendo o transitio por ella; remover ou utilizar os objectos destinados a garantir a sua segurança:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

**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 respectivosapparellhos;

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dois annos e multa de 5 a 20 % do damno causado.

§ 1.º Si os actos precedentemente mencionados forem praticados por descuido ou negligencia:

Penas — de prisão cellular por cinco a trinta dias.

§ 2.º Si delles resultar interrupção intencional do serviço do telegrapho:

Penas — de prisão de um a tres annos e a mesma multa.

§ 3.º Si a interrupção do serviço fôr 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 cellular por dois a quatro annos e a mesma multa.

Art. 154. Nas mesmas penas incorrerá aquelle que perturbar a transmissão dos telegrammas, ou interceptal-os por meio de derivação estabelecida por fio preso ao fio do telegrapho.

Art. 155. Para os efeitos da lei penal são equiparados aos telegraphos os telephones de propriedade da Nação ou dos Estados, ou destinados ao serviço publico (vid. tambem Decr. 4.269, de 1921, art. 11 transcripto no cap. anterior).

103. Os crimes contra a segurança dos transportes e de comunicação têm historia relativamente recente, pois relativamente recente é a applicação do vapor e da electricidade áquelles meios de locomoção e de communicação. Em alguns codigos esses crimes têm sido classificados como contrarios á propriedade: em outros, melhor orientados, são considerados como de perigo commum.

Effectivamente, constituindo parte fundamental da vida nacional e internacional os meios de transporte e de communicação telegraphica e telephonica, os attentados contra elles dirigidos, pelo damno vasto e indeterminado que podem occasionar ás pessoas e ás coisas, em numero que não pôde ser precisado, alarmando dest'arte a sociedade, acarretam incontestavelmente um perigo commum.

Mais ainda, nota FLORIAN, além do perigo commum, assim entendido, em jogo se acham interesses economicos, politicos e intellectuaes da sociedade inteira. O velho e originario conceito do perigo commum é, pois, insufficiente aqui. E' a funcção social dos meios de transporte, que é lesada no caso; della se devem tirar principalmente os criterios da incriminação.

O nosso código criminal de 1830 não contemplava os crimes em questão, por isso que não existiam estradas de ferro, nem communicações telegraphicas ou telephonicas, a primeira via ferrea do paiz, denominada Estrada de Ferro Mauá, sendo entregue ao trafego em 30 de abril de 1854. No reg. n. 1.930, de 26 de abril de 1857, para fiscalisação da segurança, conservação e policia das estradas de ferro, se qualificaram diversas infracções, especialmente no art. 96, onde se tratou da provocação de accidentes, com a collocação de estorvo sobre os carris, destruição de qualquer parte essencial da estrada ou outro modo, responsavel o agente ainda pela reparação do damno causado e pelas contusões, ferimentos ou mortes resultantes, e no art. 98, onde se estabelecia punição aos empregados que por omissão ou negligencia dessem causa a accidentes, se destes resultassem ferimentos ou mortes.

O código vigente, inspirando-se principalmente no código italiano, qualificou os crimes em questão neste capitulo, fazendo-o, porém, lacunosa e defeituosamente.

104. O art. 149 comprehende quatro modalidades criminosas, que á primeira vista, pela pessima redacção dada ao dispositivo, parecem independentes entre si, mas que não o são, pois estão sujeitas á clausula final de suscitar *um perigo de desastre*. O código diz nesse final — de que *resulte*, ou *possa resultar* desastre, mas só esta ultima modalidade, o perigo de desastre, e não desastre effectivo se cogita no corpo do artigo, porquanto do desastre effectivo, se occupa o § 1.º, com pena maior.

Mais uma das *bellezas* que pullulam neste corpo de leis.

Dissemos que as quatro modalidades têm um elemento commum, o perigo de desastre, e basta attender a que se trata de crime contra a segurança dos meios de transporte, segundo a rubrica do capitulo, e contra a tranquillidade publica, segundo a rubrica do titulo. Depois, o argumento de fonte vem corroborar o que affirmamos, porquanto as tres ultimas modalidades do art. 149 são continentes do art. 312 do código italiano, e todas subordinadas á condição de "*fa sorgere il pericolo di un disastro*".

Quanto á primeira modalidade do nosso art. 149, se bem figure em artigo diverso do código italiano, o art. 313, primeira parte, contem virtualmente a mesma condição, na interpretação exacta que lhe têm dados os autores, como FLORIAN, JACHINO, e outros, porquanto sem essa condição não teria explicação sua collocação sob o titulo dos "*delitti contro l'incolumità publica*", o caso sendo de simples damno. Como nota CARRARA, o caso se pôde chamar, de *damnificação de estradas de ferro* se não tem força para expôr o trem a perigo, em nada se distinguindo do damno commum.

Mas, quando o facto reveste-se do poder de tombar ou descarrilar a locomotiva, ou de por qualquer outra forma expôr a perigo o trem, não me sinto mais satisfeito com o mesmo nome de *damnificação de estradas de ferro*, e prefiro denominal-o *desastre provocado em estradas de ferro*". Assim, subordinadas as quatro hypotheses do art. 149 á condição de perigo de desastre, a



precisa conceituação do que seja desastre se tem fazendo-o consistir no damno causado ao material ferro-viario, de sorte a tornal-o, para o momento, ou em si, irreparavelmente comprometido (ZERBOGLIO).

Um damno nestas condições implica em geral, e no maximo numero dos casos, de *necessidade*, um perigo para a tranquillidade publica, pela gravidade para as pessoas e coisas e capacidade de diffusão. Um semelhante conceito, que ZERBOGLIO forma em face do codigo italiano, tem tambem acolhida ante o nosso codigo, tendo-se em vista que o desastre ferro-viario é contemplado no capitulo que tem por rubrica — “*dos crimes contra a segurança dos meios de transporte ou comunicação*”, e que o codigo estabelece duas ordens de pena, uma para o desastre (art. 149 § 1.º) e outra para o desastre seguido de morte ou lesão corporal (§§ 2.º e 3.º).

Assim, o desastre não tem como necessario o damno para as pessoas; o que importa é que o damno seja extenso e abranja a coisa na sua contextura organica, então fortemente lesada e destruida (ZERBOGLIO). Por uma inexplicavel imprevidencia, o nosso legislador deixou de conceituar o que seja *estrada de ferro*, quando exemplo tinha no codigo italiano, que no art. 316, deixou expresso se tratar “*de estrada de ferro ordinaria, a que se equiparava toda estrada armada com trilhos metallicos e servidas por vapor ou qualquer motor mechanic*”.

Assim, diz JOÃO VIEIRA, as disposições do codigo poderão deixar impunes os sinistros produzidos por factos occorridos, v. g., nas linhas de um *tramway* electrico, na rêde ferrea de uma usina de fabricar assucar, etc., parecendo que só se refere á estrada de ferro ordinaria, *commum*.

Firmado o conceito de desastre ferro-viario, o perigo de tal desastre se dá quando, segundo as circumstancias do caso, occorre o fundado receio de que a utilização da estrada de ferro para os fins que lhe são proprios, o trafego pela linha seja prejudicado, embora o receio não provenha do perigo imminente de um determinado transporte. Assim, por exemplo, o transporte ou transito em geral é posto em perigo, quando, sem conhecimento da administração, tiram-se os trilhos de uma linha em exploração, pois, ainda que o primeiro trem ordinario só muito posteriormente tenha de passar pelo lugar damnificado, de modo que seja provavel descobrir-se em tempo o facto e evitar-se o perigo do alludido trem, não deixa por isso de ter sido posto em perigo o trafego como tal, o qual pôde naturalmente dar occasiã á expedição de trens extraordinarios, etc. (OLSHAUSEN, JOSÉ HYGINO). Consumma-se, pois, o crime em qualquer das modalidades do art. 149, quando é posto em perigo o transito, com a pratica de cada facto alli previsto. O dolo deve comprehender esse facto, como tambem o perigo do transporte, ou perigo de desastre.

O legislador tem ainda em vista os effeitos decorrentes, para graduar a pena. Assim, se o desastre se verifica, a pena é a do § 1.º; se resulta morte de alguém, a pena é a do § 2.º, e se resulta alguma lesão corporal das especificadas no art. 304, a pena é a do § 3.º. A imputação de qualquer desses resul-

tados é feita tendo-se em vista sómente a relação objectiva, exactamente como no caso do artigo 146, como já mostramos (n. 90). Observe-se também o Decr. n. 4.269 de 1921, art. 11, transcripto no cap. anterior.

Guardadas as mesmas distincções, com as mesmas penas, o código pune também aquelle que arremessar projectis, ou corpos contundentes, contra um comboio de passageiros em movimento (art. 150).

É ainda o perigo a que ficam expostas as pessoas que viajam por estradas de ferro, que justifica essa disposição.

No código italiano essa figura delictuosa é qualificada no artigo 313, segunda parte, sem porém considerar os resultados.

O comboio de passageiros se diz também em movimento quando em manobras (MANZINI).

105. No art. 151 o código pune o desastre culposos, isto é, quando fôr causado por imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de regulamento, ordem ou disciplina (vid. 1.º vol. n.º a caracterisação dessas modalidades culposas).

Se o desastre não produz outras consequencias além de prejuizos do serviço, damnificação de coisas pertencentes á estrada, a pena, aliás muito branda, é de um a seis mezes de prisão celllular; se, produz a morte de alguém, temos um homicidio culposo punido com a pena de prisão celllular, por seis mezes a dois annos.

O código italiano, prevê, além do desastre effectivo, o perigo de desastre suscitado culposamente (art. 314).

VON LISZT em face do código allemão, art. 316, entende que a culpa deve referir-se ao perigo do transporte, ou perigo de desastre, ao passo que o acto que dá causa (damno da estrada, collocação de obstaculo) pôde operar-se culposa ou dolosamente (por exemplo, um damno proposital, mas sem previsão do resultado relativamente ao perigo do transito). O nosso código exige a culpa como causa do evento damnoso).

106. A disposição do art. 152 tem como fonte o art. 317 do código italiano, como modificações, em detrimento da clareza deste.

O crime ahí previsto apresenta duas modalidades. A primeira consiste na destruição ou damnificação de qualquer parte da estrada ou via de communicação de uso publico de modo a obstar ou interromper o transito por ella. Trata-se de estradas ou vias de communicação de uso publico, terrestre ou fluvial, pelo que excluidas ficam as de caracter privado, a accção contra estas só podendo se enquadrar nas disposições sobre o damno.

As estradas são de uso publico quando custeadas pelo Estado, e tomam o nome de estrada de *rodagem* para distinguil-as das vias ferreas. Antigamente chamava-se *estrada real*, a principal ou militar, e *caminho civil* a estrada de menor extensão que communica as cidades e villas entre si. Uma e outras consideradas coisas de uso publico, assim como os rios navegaveis, e de que

se fazem os navegaveis, se são caudaes, que corram em todo o tempo. Hoje as estradas e rios de uso publico são federaes, estaduaes ou municipaes, conforme a administração a que pertencerem é da União, do Estado ou do Municipio (Cod. civil, art. 66).

A segunda modalidade, prevista no art. 152, consiste na remoção ou inutilização dos objectos destinados a garantir a segurança das estradas ou vias de comunicação de uso publico, como pontes, pontilhões, aterros, taludes, vallas, etc.

Assim, a consummação do crime se opera, ou com a interrupção do transitio, mediante destruição ou damnificação de qualquer parte de estrada ou via de comunicação de uso publico, ou tornando-o perigoso, pela remoção ou inutilização dos objectos destinados a garantir a sua segurança.

Em um e outro caso é necessario ou o perigo imminente ou sua possibilidade. O dolo, na primeira modalidade do crime, está na voluntariedade da acção, e na segunda no fim de tornar impraticavel a estrada ou via de comunicação.

107. A disposição do art. 153 configura a interrupção do serviço telegraphico, terrestre, subterraneo ou submarino, da Nação ou dos Estados, a que se equipara, para os efeitos penaes, o serviço telephonic de propriedade tambem da Nação ou dos Estados, ou destinado ao serviço publico, por força do artigo 155.

E' um crime de perigo commum, pois, como nota HALSCHNER, com a interrupção do serviço telegraphico ha probabilidade de lesão de interesses de outrem, não sómente economicos, no ponto de vista das comunicações commerciaes, mas tambem, em innumerous casos, compromettimento da vida e saude das pessoas.

FLORIAN accentúa ainda a gravidade do crime attendendo á função do telegrapho como meio social de comunicação, que perturba, acarreta perigo de multiplices danos individuaes ou collectivos, ligado como se acha o telegrapho á toda vida economica, domestica e espirital dos povos.

Segundo o art. 153 o crime consiste no damno ou alteração de partes ou accessorios do telegrapho, consummando-se quando a expedição é de facto impedida ou compromettida.

Não é necessario que no caso concreto se dê perigo commum, que sempre vem por via da consequencia.

O codigo distingue ainda, com effeitos penaes diversos, os casos em que a acção seja praticada culposamente, por descuido ou negligencia (§ 1.º); o caso de se verificar interrupção intencional do serviço do telegrapho (§ 2.º). e finalmente a interrupção do serviço causada em situação de commoção intestina, ou guerra externa, nas linhas por onde tenham de ser transmittidas as ordens e comunicações das autoridades legitimas (§ 3.º) caso este ultimo, pela sua gravidade maior, passivel por isso mesmo de pena maior.

108. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

ITALIANA

I. Tanto pel il Codice penale cessato, quanto pel il Codice nuovo rispondono penalmente non solo gli *estranei* alla ferrovia, ma anche gli *agenti* della medesima, che volontariamente o per imprudenza, o negliigenza, o per imperizza fanno sorgere il pericolo di un disastro sulle strade ferrate. Risponde perciò penalmente il macchinista o capo-conduttore di un treno che, per imprudenza spingendo il treno a corsa troppo accelerata, é causa di deragliamento con pericolo di disastro (*Cass. 6 giug. 1850*).

II. Se il delitto dell'art. 314, in ambedue le sua forme, é un delitto contro la sicurezza del mezzi di trasporto, siccome é dichiarato nella intitolazione del capo in cui l'articolo é collocato, é necessario osservare che il servizio ferroviario, il quale é essenzialmente destinato al trasporto di persone o di cose, é esercitato mediante il concorso del congegno dei macchinismi e dell'opera dell'uomo che lo asservisce all'intento.

Così la sicurezza del mezzo di trasporto va riguardata in rapporto, congiuntamente e separatamente, a quatro distinti coefficienti; e cioè in rapporto al materiale ferroviario di qualsiasi specie, in rapporto alle cose trasporto al personale di servizio sui treni e sulle linee, ed in rapporto al personale viaggiante. Basta che il fatto comprometta o possa compromettere l'uno o l'altro di tali coefficienti, e ancora piú taluni di essi insieme, o anche tutti, perché il disastro o il *pericolo* di disastro sussista (*Cass. 25 settembre 1902*).

CAPITULO III

DOS CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA

Art. 156. Exercer a medecina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homoeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 500\$000.

§ unico. Pelos abusos commettidos no exercicio legal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incur-

veis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

**Penas** — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 500\$000.

§ 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 cellular por um a seis annos e multa de 200\$000 a 500\$000.

§ 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.

**Art. 158.** Ministrat ou simplesmente prescrever como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, assim o officio do denominado curandeiro:

**Penas** — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 500\$000.

§ 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 do orgão ou apparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade:

**Penas** — de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200\$000 a 500\$000.

Si resultar a morte:

**Pena** — de prisão cellular por seis a vinte quatro annos.

**Art. 159.** Expôr á venda, ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorisação e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

**Pena** — de multa de 200\$000 a 500\$000.

**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\$000 a 200\$000 e de privação do exercicio da profissão por seis mezes a um anno.

§ 1.º Si por qualquer destes actos fôr compromettida a saude da pessoa:

**Penas** — de prisão cellular por quinze dias a seis mezes, multa de 200\$000 a 500\$000 e privação do exercicio da profissão por um a dois annos.

§ 2.º Si de qualquer delles resultar morte:

**Penas** — de prisão cellular pör dois mezes a dois annos, multa de 500\$000 a 1:000\$000 e privação do exercicio da profissão.

§ 3.º Si qualquer destes factos fôr 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.

**Art. 161.** Envenenar fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe, e viveres destinados ao consumo publico:

**Pena** — de prisão cellular por dois a seis annos.

Si do envenenamento resultar a morte de alguma pessoa:

**Pena** — de prisão cellular por seis a quinze annos.

**Art. 162.** Corromper, ou conspurcar, a agua potavel de uso commum, ou particular, tornando-a impossivel de beber ou nociva á saude:

**Pena** — de prisão cellular por um a tres annos.

**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\$000 a 200\$000.

**Art. 164.** Expor á venda substancias alimenticias, alteradas ou falsificadas:

**Penas** — as mesmas do artigo antecedente.

§ unico. Si de qualquer destes factos resultar perigo para a vida ou a morte da pessoa:

**Pena** — a imposta ao crime que do facto resultar.

DECR. N. 3.987. DE 2 DE JANEIRO DE 1920

**Art. 13.** Aos falsificadores de generos alimenticios, taes como o leite, o assucar, a manteiga, etc., que embora empregando substancias que não sejam nocivas á saude, prejudiquem o seu valor nutritivo, serão impostas multas e penas de prisão cellular, de accordo com o regulamento que para esse fim baixar o Poder Executivo.

§ 1.º Os falsificadores de generos alimenticios, quaesquer que elles sejam, que empregarem substancias que, além de prejudicarem o seu valor nutritivo, forem consideradas nocivas á saude, serão punidos como criminosos por envenenadores da população, com multas nunca menores de um conto de reis (1:000\$000) e prisão cellular, nunca menor de um anno.

§ 2.º Aos falsificadores de medicamentos serão impostas,, além das penas que possam estar previstas noCodigo Penal, para os assassinos por envenenamento, as multas que o regulamento para esse fim baixado imponha, não devendo nunca ser inferiores a cinco contos de reis (5:000\$000).

§ 3.º São inafiançaveis os crimes previstos neste artigo, devendo ser apprehendidos e inutilizados, pela autoridade competente, todos os stocks, quer de generos, quer de medicamentos falsos.

DECR. N. 4294, DE 6 DE JULHO DE 1921

**Art. 1.** Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorisação e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

**Pena** — de multa de 500\$000 a 1:000\$000.

§ unico. Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o odio e seus derivados; cocaina e seus derivados:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

**Art. 11.** Ficam revogados os arts. 159, 396 e 397 e seus paragraphos do Codigo Penal.

DECR. N. 14.969, DE 3 DE SETEMBRO DE 1921

**Art. 8.º** Incorrem, como autores, nas penas estabelecidas no art. 1.º do Decr. 4.294, de 6 de julho de 1921:

a) o droguista que vender ao publico qualquer substancias venenosas ou entorpecentes alli previstas;

b) o pharmaceutico ou pratico que o substitua legitimamente, que vender ou ministrar as ditas substancias, sem observancia do disposto no art. 6.º deste regulamento;

c) qualquer outro commerciante que expuzer á venda ou ministrar as ditas substancias;

d) o particular que as vender ou ministrar;

d) o particular, o entregador ou outro, quando sua participação no trafico das alludidas substancias, se verifique pelo modo previsto no art. 18, § 3.º, do Codigo Penal.

São cúmplices:

O portador, o entregador ou outro, quando sua participação no mesmo trafico se verifique pelo modo previsto no art. 21, § 1.º do Codigo Penal.

109. O individuo tem o direito de ser respeitado na saúde de seu corpo, e a violação desse direito constitue um crime particular, por exemplo, o envenenamento da agua do meu uso e com o fim unico de me tirar a vida. Igual direito não se pôde deixar de reconhecer na sociedade, quando a encararmos como uma entidade composta de muitos individuos que se ligam em uma observancia de leis naturaes a que são forçados a obedecer.

Neste caso, a violação desse direito universal não affecta determinado individuo, mas um numero indeterminado de individuos, que as circumstancias approximam do perigo.

Assim, no envenenamento de uma fonte publica ou particular, onde muitas pessoas podem e vão se prover da agua necessaria para diversos misteres da vida. Dahi a concepção dos *crimes contra a saúde publica*, em cuja classe se incluem todos os actos pelos quaes certas substancias destinadas á nutrição e á manutenção da vida de uma população, e em geral as suas necessidades diarias, são corrompidas e adulteradas, e convertidas em causaas de molestias, da deterioração da saúde e até da morte de um numero indefinido de cidadãos(CARRARA, JOÃO ROMEIRO).

Trata-se, pois, de crimes de perigo commum, inquadraveis na classe geral de crimes contra a tranquillidade publica.

A necessidade de sua qualificação e repressão se patenteou desde remotas épocas, embora sua concepção autonómica não se objectivasse, se encontrando nas prohibições e punições das fraudes sobre mercadorias e particularmente nas destinadas á alimentação. Como nota CARRARA, sómente nas pragmaticas e capitulos napolitanos, se vae delineando uma mais exacta configuração, encontráda bem definida nas legislações modernas, especialmente italiana e allemã.



110. Os factos attentatorios da saúde publica podem ser distribuidos em duas classes distinctas: 1.º) os que affectam a saúde publica corrompendo, falsificando, adulterando ou envenenando substancias que são geralmente reputadas capazes de combater ou curar qualquer enfermidade; 2.º) os que affectam a saúde publica corrompendo, falsificando, adulterando ou envenenando substancias destinadas ao abastecimento de uma população. Os primeiros constituem propriamente os crimes contra a saúde publica, e os segundos, crimes contra a alimentação publica. Tendo em vista essa distincção, é que o codigo italiano denomina o cap. III, do tit. VII, que se occupa desses crimes, de — *delitti contro la sanità e alimentazione publica*.

O nosso codigo de 1830 era omissivo a respeito, seguindo sua fonte principal, o codigo francez, sendo a materia regida por leis especiaes, onde se tratava minuciosamente do exercicio da medicina e pharmacia, venda de medicamentos, e tudo quanto dizia respeito á saúde e hygiene publica (Regs. de 19 de janeiro de 1832 e de 3 de fevereiro de 1836).

O codigó vigente entendendo que os crimes contra a alimentação publica estavam virtualmente incluídos na denominação de crimes contra a saúde publica, adoptandó esta rubrica para este capitulo, como classe dos crimes contra a tranquillidade publica, e tomando como fontes principais os codigos italiano e portuguez, qualificou diversos crimes daquellas duas modalidades, mas ainda uma vez lacunosamente, com pouca clareza em diversos pontos e em geral com penalidade insufficiente. Considera crimes contra a saúde publica:

1.º) O exercicio illegal da medicina;

2.º) A venda ou administração de substancias venenosas, sem as prevenções necessarias;

3.º) A falsificação de medicamentos.

Inclue tambem na mesma classe, embora visem directamente a alimentação publica:

1.º) O envenenamento de fontes publicas ou particulares;

2.º) O envenenamento de generos destinados á alimentação publica;

3.º) O facto de corromper ou conspurcar agua potavel de uso publico ou particular;

4.º) A alteração ou falsificação de substancias destinadas á alimentação publica;

5.º) A exposição á venda de substancias alimenticias alteradas ou falsificadas. Entendendo que assegurava melhor a saúde publica, o codigo ainda enumera entre os crimes que lhe são contrarios a pratica da magia e seus sortilegios, do espiritismo, etc. e o exercicio do chamado officio do curandeiro.

A insufficientia das disposições do codigo no assumpto, de tanta relevancia e magnitude foi de certo modo attenuada com as prescrições do Decr. legislativo n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, que reorganizou os

serviços de Saúde Publica, do Regulamento respectivo, e do Decr. legislativo n. 4.294, de 6 de julho de 1921. Pelo primeiro desses decretos, art. 13, que inserimos no texto, se trouxe, não derogação, mas modificações accentuadas, no sentido de melhor se assegurar a saúde publica, aos arts. 163 e 164 do cod. penal, no tocante á sua qualificação, á pena e á afinçabilidade, que foi tirada. Commentando adiante aquelles dispositivos, apreciaremos as innovações trazidas.

Pelo Decr. n. 4.294, de 6 de julho de 1921, se procurou sanar as lacunas do codigo, especialmente quanto ao commercio de substancias venenosas, mórmente de qualidades cinalgesicas, anesthesicas ou estuporantes, cujo uso abusivo e funestos effeitos reclamavam imperiosamente meios efficazes, a bem dos interesses sociaes.

Pelo Decr. n. 4.294, de 6 de julho de 1921, se procurou sanar as cimento especial, com tratamento médico e regimen de trabalho, para os intoxicados pelo alcool e outros venenos no Districto Federal, instituto reclamado como de relevante necessidade: O regulamento baixado pelo Decr. n. 14.969, de 3 de setembro de 1921, elaborado pelo autor deste livro, com a cooperação de eminentes cientistas, por incumbência do Governo, se occupou o mais minuciosamente possivel de assegurar o alvo visado pelo legislador, provendo sobre a entrada no paiz das substancias toxicas, penalidades impostas aos contraventores, sanatorio para toxicomanos e outros pontos. Como bem salientou no Senado, o autor do projecto, depois modificado e convertido no citado Decr. n. 4.294, o uso e abuso da cocaina e outros toxicos inebriantes vinha progredindo entre nós assustadoramente, com resultados terrificos. As nossas casas de alienados se enchiam, e o calculo de competentes attribuia uma porcentagem quasi absoluta dos casos nellas existentes ao uso da cocaina, da morphina e do opioio.

Os jornaes noticiavam quasi que diariamente suicidios, assassinatos, crimes de toda a ordem, commettidos por infelizes, que se entregavam a taes vicios e que nelles se conservavam pela facilidade que as nossas leis lhes facultavam. Não raro era a sociedade dos nossos centros mais cultos e mais populosas escandalisada, por scenas que attentavam contra a moral publica e que se attribuiam ao uso de taes toxicos. Havia, pois, necessidade de prover energicamente sobre o caso, por medidas preventivas e repressivas, já que as existentes, de ordem repressiva especialmente, consistentes no art. 159 do cod. penal e em disposições do Decr. n. 5.186, de 1904, eram obsoletas, porque o apparecimento e o desenvolvimento desses vicios entre nós eram de data posterior. Além disso importava no cumprimento de uma obrigação internacional, assumida pelo Brazil, na Convenção reunida em Haya, em 23 de janeiro de 1912, ahi se deliberando que fossem tomadas, pelas potencias que nella tomáram parte, medidas tendentes a prohibir em seu commercio qualquer cessão de morphina, cocaina e seus respectivos saes a todas as pessoas

não autorizadas, cogitando da possibilidade de additar leis ou regulamentos, tornando passível de penas a posse illegal do opio bruto, do opio preparado, da morphina, da cocaina e de seus respectivos saes.

111. O art. 156 comprehende tres especies delictuosas: 1.<sup>a</sup>) exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; 2.<sup>a</sup>) praticar a homœopathia, a dosimetria; 3.<sup>a</sup>) praticar o hypnotismo ou magnetismo animal. Nota MACEDO SOARES que o codigo faz distincção entre *exercer a medocina* em qualquer dos seus ramos e *praticar a homœopathia*. 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 differente, dando á *pratica* da homœopathia e da dosimetria significação mais restricta. E então interpretariamos 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”.

A razão da distincção é outra. Referindo-se ao exercicio da *medicina*, teve em vista o legislador a *arte de curar*, quer como *pathologia interna*, occupando-se das molestias produzidas por causas internas, quer como *pathologia externa* ou *cirurgica*, e que parte do principio hippocratico — *contrariis contrariis curantur*, constituindo, então, *objecto principal do ensino official*, conferido o diploma respectivo o direito de fazer da arte uma profissão legal. Referindo-se á *homœopathia*, teve em vista o *methodo therapeutico*, creado por SAMUEL HAHNEMANN, que consiste em tratar as doencas por meio de agentes, em pequenas doses e diversas diluições, reputados capazes de produzir no homem são symptomas semelhantes áquelles que se quer combater, e os presuppuesto que — *similia similibus curantur*, como referindo-se a *dosimetria*, teve em vista o *methodo therapeutico* que serve-se unicamente dos alcaloides, das substancias activas e productos chimicos bem definidos, administrados sob a formula de granulos em doses fraccionadas. Destacando-os para evitar duvidas, reconhece que semelhantes methodos são tambem capazes de satisfazer ao fim da medicina, mas utilizados por quem tenha o devido preparo scientifico, e assim se reputa legitima sua pratica por quem estiver habilitado legalmente. E igualmente não contesta que o hypnotismo e o magnetismo animal possam ser applicados como recurso therapeutico, mas tambem por pessoa habilitada. Quanto a estes dois ultimos, informa o auior do codigo, que no projecto respectivo, neste titulo, e art. 162, se prohibia: “celebrar sessões publicas de hypnotismo, ou magnetismo animal fóra das salas de clinica de doencas que reclamem o emprego desse agente, como meio curativo, ou fóra das salas de psychotherapia e medicina legal das Faculdades officiaes”.

A razão deste dispositivo estava em que “parecia 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 crença 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 precavendo-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 circunstancias pôde, 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 estrictos limites do seu dominio, e servir-se como um agente therapeutico poderoso e jámais entregal-o a mãos profanas capazes de abusar em detrimento da saude geral. Os perigos do hypnotismo não são unicamente de ordem medico-legal, porquanto, como bem pondera o dr. MARIAN, podem existir ainda quando praticado por mãos honestas e por simples curiosidade; elles interessam tanto a moral como a saude; são para receiar como consequencia de sessões particulares e mais ainda de representações publicas, que podem produzir uma especie de epidemia hypnotica, como assignalou o eminente chefe da escola de Salpetrière. Os males causados pelas representações publicas de magnetismo e hypnotismo, nas grandes capitaes da Europa, e que tanto as alarmáram, depois dos escandalosos processos de HANSEN, DONATO e outros especuladores audazes, obrigáram 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 suissos, que o perseguiram com tenacidade. Era esse exemplo que, me pareceu, deveríamos 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 immortal perigoso pelos accidentes que acarretam; 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”.

Assim, a pratica do hypnotismo animal incide na prohibição legal, quando empregado como meio therapeutico por quem não estiver habilitado a exercer a medicina.

112. O crime previsto no art. 156 se integra, pois, com estes elementos:

a) exercicio da medicina, em geral, como profissão, e, portanto, a reso-

lução do agente tendente á repetição frequente do facto, ou das operações proprias e características, que constituem o seu exercicio, e, de outro lado, a sua intenção de obter, pela reiteração, uma fonte de receita, embora não tire della proventos de um modo regular ou permanente;

b) falta de habilitação segundo as leis e regulamentos, ou falta de titulos devido, meio determinado pela lei para o exercicio da arte.

E' nesses elementos que assenta a incriminação do facto que se tem como consummado, embora não se verifique evento danoso.

Em seu art. 155 o Decr. n. 15.003, de 15 de setembro de 1921, regulamentando o Departamento Nacional de Saude Publica, estabelece:

“Só é permitido o exercicio da arte de curar, em qualquer de seus ramos e por qualquer de sua formas:

I. Aos que se mostrarem habilitados por titulo conferido pelas faculdades de medicina officiaes ou equiparadas na fórmula da lei;

II. Aos que sendo graduados por escolas ou universidades estrangeiras, se habilitarem perante as ditas faculdades, na fórmula dos respectivos estatutos;

III. Aos que, sendo professores de taes universidades ou escolas, o requererem ao Departamento Nacional de Saude Publica, que só concederá a permissão em vista de documentos devidamente authenticados e quando no paiz a que estas pertençam gosarem de identico favor os professores das faculdades brasileiras.

§ unico. As disposições deste artigo serão egualmente applicadas ás pessoas que se propuzerem a exercer as profissões de pharmaceutico, de cirurgião, dentista e de parteira”.

Questionou-se si em face da Const. Federal, art. 72, § 24, que “garante o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial”, ainda devia vigorar o dispositivo do art. 156 do codigo penal e disposições regulamentares que vedam o exercicio da medicina em geral a quem tiver titulo ou diploma, desde que o dispositivo constitucional não faz restricções ou estabelece condições.

Duas correntes se formáram, opinando uns pela liberdade profissional incondicional, outros pela relativa ou condicional, isto é, pela dependencia de diplomas ou titulos.

Por esta ultima opinião se decidiu a jurisprudencia de nossos tribunals, e explicito e minucioso é o accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 19 de fevereiro de 1912, que inserimos adiante.

O § unico do art. 156 prevê o caso de abuso no exercicio illegal da medicina em geral, sujeitando os seus autores, além das penas estabelecidas, ás que forem impostas aos crimes a que derem causa.

113. No art. 157 incrimina o codigo, não a simples pratica do espiritismo, da magia ou da cartomancia, mas a sua pratica com intuito fraudulento ou enganoso. E' tão sómente essa finalidade que autorisa a penalidade. Como

doutrina, ou como religião, o espiritismo é tão respeitavel como qualquer outra, disse-o muito bem VIVEIROS DE CASTRO, e quanto á magia ou cartomancia, em si mesmas nada tem de incriminaveis, no dominio do passado estando os preceitos legais que as sujeitavam a penas crueis. Empregado como meio fraudulento, diz o mesmo jurista, o espiritismo póde ser causa efficiente de um delicto, quer contra a pessoa, quer contra a propriedade. Contra a pessoa se algum chefe de seita espirita provocar, pelas cerimoniaes e ritos de seu culto, praticados imprudentemente deante de degenerados, graves alterações da saúde, ou mesmo a morte, incidindo, então, nas penas dos arts. 157 § 1.º e 297 do cod. penal; 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.

E' por isso que VIVEIROS DE CASTRO, assimilando o crime em questão ao do estellionato, exige a concurrencia de tres elementos para constituição daquelle, a saber: 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 codigo penal; 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, porém, 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*, como elementos proprios, que são os seguintes:

1.º) que haja invocação dos espiritos, ou qualquer acto de cerimonia espirita, em sessão ou isoladamente;

2.º) que o delinquente procure realizar qualquer dos fins mencionados no art. 157: é o dolo especifico.

Como MACEDO SOARES, é de notar, em relação ao segundo elemento, que empregando o codigo 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 submeter, collocar alguém ou alguma coisa sob o jugo de outrem; é um verbo activo, de acção material.

Mesmo figuradamente, no sentido de submeter 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. Além disso, o codigo refere-se á *credulidade publica*, quando o sujeito passivo do delicto é o individuo, cuja credulidade soffre tambem a mesma fascinação, o mesmo engano, fica igualmente sujugado (deixemos passar o termo).

Não tendo o codigo distinguido, adoptemos a regra — *a maior contem a menor*. Na expressão — *credulidade publica* — incluye-se a *individua*.

Como menos conducentes ainda a esses fins, o código enumera a *magia* e seus *sortilegios*, ramo das *sciencias occultas*, desde remota antiguidade cultivada, e, com o decurso do tempo, vindo a distinguir-se em *alta* e *baixa*, segundo eram empregados como instrumentos da pratica as forças celestes ou terrestres, e em *magia branca* e *preta*, desta surgindo a *feitiçaria* ou *bruxaria*, segundo eram empregados como instrumentos os bons ou máos espiritos; o *talisman*, objecto que se julga exercer mysteriosamente uma acção determinada sobre as coisas para mudar a natureza ou o curso dellas, e a *cartomancia* ou advinhação pelas cartas de jogar.

Tendo em consideração que os efeitos do espiritismo, e das outras especies enumeradas, sobre espiritos fracos podem causar sérios disturbios ou traumatismos psychicos e moraes, privação, alteração temporaria ou permanente das faculdades psychicas, o código prevê esse caso, como penalidade mais grave (§ 1.º).

Considerando ainda que os actos incriminados no art. 157, sós ou com os efeitos previstos no § 1.º, não podem ser confundidos com o exercicio legal da medicina, pune o medico que os praticar ou assumir a responsabilidade delles com a pena de prisão cellular por um a seis annos, multa de 200\$ a 500\$ e privação do exercicio da profissão por tempo igual da condemnação (§ 2.º).

A severidade da pena tem a justifical-a 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.

114. No art. 158 pune o código o officio de *curandeiro*, distinguindo duas modalidades: a) *ministrar*, isto é, dar como meio curativo, para uso interno ou externo, remedio ou droga já manipulada, ou ingredientes (substancias animaes, vegetaes ou mineraes) para a manipulação; b) *prescrever simplesmente* ou receitar medicamentos para curar molestias.

Criticando essa disposição, escreveu o Dr. GABRIEL FERREIRA, então Sub-Procurador do Districto Federal “Não conheço código algum moderno que consagre disposição identica, e seria preferivel 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 código para a qualificação legal do curandeiro, isto é, *ministrar* ou *simplesmente prescrever*, etc., absolutamente não o definem, sendo como são os mesmos que caracterisam o exercicio de medicina em geral, pois, exceptuada a parte cirurgica, ella só dispõe dos meios curativos que lhe proporciona a natureza em alguns dos seus reinos.

O que parece que se teve em vista foi abranger na prohibição do exercicio da medicina, além dos não legalmente habilitados, que, entretanto, podem ser pessoas de certa cultura, a classe dos embusteiros boçaes, cujos meios

de tratamento consistem em formas 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, porém, em que está concebido o art. 158, não delineam claramente essa entidade, que seria inapprehensível 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 pôde ser assignalada pelo modo porque a transgressão legal se verifica”.

Na verdade, o codigo não offerece criterio para determinar o que seja curandeiro, cujo conceito, pois, deve ser buscado na linguagem commum. Nesta é tido como o individuo que, sem ter conhecimentos medicos, occupa-se em curar, fornecendo ou prescrevendo remedios, em fórmula, em regra, grosseira.

Teriamos, assim, comprehendidos no art. 156, os que tendo cultura ou habilitação profissional medica, que só o estudo fornece, não têm a habilitação legal, segundo as prescrições das leis e regulamentos, para exercer a profissão.

Fazendo o seu officio, pôde o curandeiro causar á pessoa, que trata, 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, ou ainda a morte, efeitos previstos pelo § unico do art. 158 do codigo, como penalidade mais grave. O resultado é aqui imputado ao agente, em vista sómente da connexão objectiva, ou de sua relação com o acto d'elle, exactamente, como em outras hypotheses semelhantes, previstas neste titulo.

115. Como já vimos, o art. 159 do codigo penal foi derogado pelo art. 1.º do decr. 4.294, de 1921, que inserimos no texto. Por esta disposição, se vê que o crime se manifesta por qualquer destas modalidades:

- a) vender,
- b) expôr á venda,
- c) ministrar substancias venenosas.

Cada uma dessas modalidades está sujeita, para a integração da figura criminosa, ás condições “*sem legitima autorisação e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitarios*”. Pelo Reg. sanitario vigente, art. 186, n. 2, se prohibe ás drogarias “*vender ao publico*, pena de multa de 200\$ a 500\$, e o dobro nas reincidencias, qualquer *substancia toxica*, ainda que em pesos medicinaes”, e no art. 188, prohibe as pharmacias *vender* qualquer substancia toxica, especialmente os anesthesicos como o opio e seus derivados, a cocaina, etc., *sem prescrição* de medico ou cirurgião dentista, nos termos do art. 160, sob pena de multa de 500\$ a 2:000\$, e o dobro nas reincidencias, além da pena criminal em que incorrerem os infractores. Quanto ao *ministrar*, terceira modalidde do crime, é termo que deve ser tomado em accepção ampla, como vem nos lexicos, denotando o acto de dar, prestar,



fornecer, por qualquer titulo, a substancia venenosa. Assim, ministra tal substancia, quem fal-a ingerir a outrem, e por qualquer via, ou quem a entrega para ser usada (n. 121, XIII). No § unico do art. 1.º do cit. decr. n. 4.204, se trata da forma aggravada do crime, pela qualidade entorpecente da substancia venenosa; o que crêa uma situação de maior perigo á saude da victima, donde a penalidade de prisão celluiar por 1 a 4 annos, o que torna inafiançavel o crime. As substancias toxicas e anesthesicas, que devem ser comprehendidas scientificamente nas disposições desse artigo e paragrapho, são as constantes da tabella organisa da pelo Departamento Nacional da Saude Publica, enviada ás Alfandegas da Republica, por intermedio do Ministerio da Fazenda (reg. n. 14.969 de 1921, art. 1.º, § 3.º).

No projecto do Senado, art. 2.º, se consideravam como cúmplices os portadores, os entregadores, todos aquelles que tivessem participado secundariamente no trafico de qualquer desses toxicos. Essa disposição foi suprimida, considerando a commissão de justiça da Camara que "o dispositivo, além de não resolver a hypothese referente aos vendedores clandestinos, pois, como tal não se póde considerar aquelle que tiver uma participação secundaria no trafico dos toxicos, por ser a participação desse vendedor principal e não secundaria, é perigoso, pode dar logar a grandes injustiças. Supprimindo, entretanto, o dispositivo em questão não ficarão impunes os individuos que scientemente forem entregadores ou portadores das drogas mencionadas no art. 1.º e § unico, pois o cod. penal considera como autor de um delicto os que antes e durante a execução prestaram auxilio, sem o qual o crime não seria commettido (caso de cumplicidade necessaria, onde o cúmplice é equiparado ao autor para soffrer a pena applicada a este), e como cúmplice os que prestaram simples auxilio á execução do facto criminoso (cumplicidade não necessaria, isto é, não indispensavel á execução do delicto). A' justiça cabe, pois, sempre que for encontrado um individuo entregando ou portando um dos toxicos cuja venda é prohibida, verificar si elle é autor, co-autor ou cúmplice, nos termos do cod. penal, na infracção penal".

Tendo em vista este precedente legislativo, e disposições do reg. sanitario, é que o cit. reg. 14.969, art. 8.º, para a devida clareza, discriminou como autores do crime:

"a) o droguista que vender ao publico qualquer das substancias venenosas ou entorpecentes previstas;

"a) o droguista que vender ao publico qualquer das substancias vender ou ministrar as ditas substancias sem observancia das formalidades prescriptas no art. 6.º, que se encontram tambem no reg. sanitario;

c) qualquer outro commerciante que expuzer á venda, vender ou ministrar ditas substancias;

d) o particular que as vender ou ministrar;

e) o portador, o entregador ou outro quando sua participação no tra-

fico das alludidas substancias, se verifique pelo modo previsto no art. 18, § 3.º, do cod. penal.

São cúmplices:

O portador, o entregador ou outro, quando sua participação no mesmo trafico se verificar pelo modo previsto no art. 21, § 1.º, do cod. penal.”

Em seu apreciavel trabalho — *Venenos sociaes e condição juridica dos envenenados*, os drs. CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO e JULIO PORTO CARRERO increpam de exorbitante essa disposição, por não vir na lei, nem se comprehender na autorização dada no art. 10 para sua regulamentação. O expellido supra quanto aos trabalhos preparatorios da lei mostra a improcedencia da censura. Seguindo apenas o pronunciamento claro do legislador, a disposição não faz mais do que applicar á especie as disposições dos arts. 18 e 21 do codigo penal.

Outro ponto tambem improcedente da critica, alli feita, é o que considera a disposição omissa, “por não incluir o medico no numero dos autores e cúmplices da infracção prevista no art. 1.º da lei, isto é, não cogitou da hypothese da *receita ficticia*, obtida pelo viciado para satisfação do vicio, prestando neste caso o medico, como as outras pessoas mencionadas no art. 8.º supra, auxilio á pratica da infracção”. Ora, o medico que assim presta auxilio, ou necessario ou secundario, como autor ou cúmplice, está perfeitamente comprehendido na expressão “ou outro” da letra e e do ultimo alinéa da disposição apreciada.

O crime se consumma independente do evento, pois a sua punibilidade se funda no perigo eventual, resultante de expor á venda ou vender substancia venenosa ou ministerial-a.

Eº a seguinte a tabella do Departamento Nacional de Saúde Publica, a que nos referimos supra:

**Tabella das substancias toxicas e anesthesicas a que se refere o § 3.º do art. 1.º do Reg. que baixou com o Decr. 14.969 de 3 de setembro de 1921.**

**ACETANILIDO (Antifebrina, Phenylacetamida, Phenylethanamida).**

Derivados:

Acetophenetidina (Phenacetina, Oxethy|para-acetanilido.  
Para-acetophenetidina, Para-ethoxyacetanilida. Amida acetica do para-aminophenetol, Ethoxypara-acetanilido. Phenedina, Para-acetanilidophenetol, Acetylpara-amidophenetol).

*Citropheno.*

*Diacetanilido.*

*Lactophenina* (Lactylphenetidina, Lactylparapheneridina.  
Para-lactylphenetidina).

*Methoxy-acetanilido* (Methacetina, Para-acetenilidina.  
Para-methoxy-acetanilido).

*Para-iodoacetanilido* (Iodo-antifebrina).

*Preparações contendo acetanilido ou seus derivados:*

Antalgésicos, Antineurálgicos, anti-rheumáticos, capsulas, elixires, pastilhas ou comprimidos, pilulas, pós, saes granulados effervescentes.

ALPHA E BETA EUCAINA (Chlorhydrato de trimethyl-benzoxypiperidina).

*Preparações contendo alpha e beta-eucaina:*

Empolas, Misturas, poções, pomadas, pós e solutos.

CANHAMO INDIANO (*Cannabis-indica*).

*Preparações:*

Callicidas, extractos, haschich, misturas, pastilhas, pilulas, pós e tintura.

CHLORAL HYDRATADO (Hydrato de chloral, Hydrato de trichloraldehydo, Trichlorethylideno glycol).

*Derivados:*

*Alcoolato de chloral.*

*Chloralamida* (Choral-ammonio, Alcool trichloramido-ethylico).

*Chloralformamida.*

*Chloralimida.*

*Chloral-orthoformio.*

*Chloralosis* (Chloralose).

*Dormiol* (Amyleno-choral, Hydrato de chloral-amyleno).

*Hypnal* (Monochloral-antipyrina e dichloral-antipyrina).

*Somnol* (Chloral-urethano ethylado).

*Uralina* (Chloral-urethano, Ural).

*Preparações contendo chloral ou seus derivados:*

Chloral canforado, elixires, linimentos, misturas, pastilhas, poções, pomadas, suppositorios e xaropes.

CHLOROFORMIO (Trichloromethano, Trichloreto de formylío).

Derivado:

*Chloretona* (Acetona-chloroformio).

*Preparações contendo chloroformio:*

Chloranodyno, elixires, emulsões, espiritos, linimentos, misturas e xaropes.

COCAINA (Benzoyl-methyl-ecgonina, Methyl-benzoyl-ecgonina).

Derivado:

*Chlorhydrato, oleato* e outros *saes de cocaína*.

*Preparações contendo cocaína ou seus saes:*

Coca (folhas), elixires, extractos, infuso de coca, lapis medicinaes, pasta, pastilhas, pilulas, pomadas, soluto, tinturas, vinhos e xaropes.

*Estovaina* (Chlorhydrato de amyliua).

*Novocaina* (Chlorhydrato de para-aminobenzolydiethyl-aminoethanol, Syncaína, Verocaina).

*Preparações contendo estovaina ou novocaina:*

Empollas, misturas, poções, pomadas, pós e solutos.

OPIO:

*Preparações do opio:*

Elixires (paregorico, etc.), emplastros, extractos, lapis medicamentosos, laudanos, linimentos, opio em pó, opio granulado, misturas, pastilhas, pillulas, pomadas, pós de Dover, suppositorios, tinturas, vinagres, velas medicamentosas, vinhos e xaropes.

Derivados:

*Codeína e seus saes: chlorhydrato, phosphato, sulfato, etc.*  
*Pantopon* (empollas e comprimidos).

*Preparações contendo codeína ou seus saes:*

Elixires, empoilas, pastilhas, pilulas e xaropes.

## MORPHINA

Derivados:

*Dionina* (Chlorhydrato de ethylmorphina)

*Heroína* (Diacetylmorphina e seu chlorhydrato).

*Peronina* (Chlorhydrato de benzylmorphina).

*Saes de morphina, acetato, chlorhydrato, sulfato, etc.*

*Preparações contendo morphina ou seus derivados.*

Chlorodyno, elixires, empoilas (Sedol e similares), granulos, lapis medicamentosos, pastilhas, pilulas, pós de morphina compostos, solutos, suppositorios, triturações, velas medicinaes e xaropes.

NOTA — Além dos productos acima serão incluidos nesta relação quaesquer outros, nella não existentes, mas que tenham as mesmas propriedades e que demandem o mercado.

116. O art. 160, cuja fonte é o art. 249 do codigo penal portuguez, 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 receituario do facultativo, que consiste na manipulação de medicamento diverso daquelle que foi receitado;

3.º *emprego* de medicamentos alterados, isto é, detiriorados, como melhor se expressa o codigo portuguez.

O pharmaceutico (o codigo emprega tambem o termo *boticario*, mas e synonymo e antiquado) não tem a faculdade de substituir-se ao medico, pouco importando que procure trocar o medicamento por outro melhor. Como nota LONGO, "trattandosi di somministrazioni terapeutiche, la lege vuole la esattezza della spedizione dei remedi: non nel grado di efficacia o nella qualità migliorata spesso risiede il buon effeito della cura, sibbene nella scelta del medicinale, tenuto conto delle condizioni dell'infermo, a della sua suscettibilità a risentirne il beneficio". Dado o caso de prescripção de substancias venenosas em doses não medicamentosas ou perigosas deve o pharmaceutico consultar o medico, que rectificará a receita ou fará declaração expressa e escripta de que assume a responsabilidade da mesma, declaração que o pharmaceutico copiará no livro de registro do receituario e na propria receita.

quando fôr alhures, ficando a recita em poder do pharmaceutico (reg. sanitario, art. 176). Dado o caso de urgencia extrema, e ausencia do medico se o pharmaceutico não hesita em corrigir a receita, de sorte a tornar inocua ou adaptada a dosagem, não incorrerá em responsabilidade criminal, pois obedeceu a uma extrema necessidade (ZERBOGLIO).

O codigo tem em consideração o effeito da pratica de qualquer dos actos mencionados no art. 160, distinguindo o caso em que seja compromettida a saude da pessoa, compromettimento que pôde se referir á aggravação da molestia que devia ser combatida pelo medicamento receitado, ou á outra molestia incorrente devida a acção do medicamento applicado, e o caso em que resulte a morte, graduando as penas, que são mais graves.

Tem em consideração tambem o elemento moral, considerando culposo o crime nos casos do art. 160 e seus §§ 1.º e 2.º, passivel das penas ahí editadas, e doloso se fôr praticado com vontade criminosa, caso em que o agente fica sujeito ás penas impostas ao crime que resultar do facto praticado (§3.º).

A' mesma responsabilidade estão sujeitos os *praticos de pharmacia*, isto é os que não sendo diplomados, exercem a profissão, satisfeitas as condições estabelecidas nos regulamentos sanitarios.

117. No art. 161 qualifica o codigo o mais grave e caracteristico dos crimes de perigo commum, quer pela perversidade revelada pelo agente, quer pela possibilidade de diffusão do damno a numero intederminado de pessoas. A acção está em envenenar, isto é, tornar toxica a coisa mediante elementos inorganicos (v. g. essencias, saes venenosos) ou organicos (v. g. cultura de bacillos pathogenos) immersos ou desenvolvidos na mesma coisa (MANZINI).

O objecto, particularizado pelo codigo, é fonte publica ou particular, tanque ou viveiro de peixes ou viveres destinados a consumo publico. Não é necessario para a integração da figura delictuosa o perigo concreto, como requer o codigo italiano, art. 318; o nosso codigo não faz tal exigencia, reputando sufficiente a possibilidade abstracta do damno á saude, possibilidade, que quasi sempre emerge da propria acção de envenenar agua ou coisas destinadas ao consumo publico.

Assim, se o agente envenenou uma fonte publica, mas della não se utilizou nesse dia ninguem, por uma circumstancia qualquer, nem por isso deixou de subsistir a possibilidade de perigo á saude.

Com a acção de envenenar coisa destinada ao consumo publico, completa-se, pois, o crime, porque já representa a violação do direito universal que têm todos os cidadãos de que não se convertam em causa de mortes as substancias offerecidas para a alimentação publica, e que todas podem eventualmente ingerir (CARRARA).

Se, porém, a coisa envenenada chega a ser utilizada por alguma pessoa, que vem a morrer, esse resultado é tomado em consideração pelo codigo para aggravar a pena, que é então de prisão cellular por seis a quinze annos (art. 161, segunda parte).

A' primeira vista parecerá singular contradicção impor-se semelhante pena, quando no homicidio por envenenamento, a pena é de prisão cellular por doze a trinta annos. A razão da differença deflue desde logo da natureza dos dois factos delictuosos.

No homicidio por envenenamento ou venificio, o objecto do crime, visado directamente pelo agente é o direito individual á vida, que não se pôde considerar completamente ferido, senão depois que apparece o damno, o evento mortal; no caso de morte em consequencia do envenenamento de uma fonte, esse evento é levado á conta do agente, não como objecto directo de sua acção e de seu dolo, pois convergiam contra o direito universal da multidão, que se reputa offendido só com o perigo que correm as pessoas indeterminadas, expostas a elle, mas como resultado dessa acção, tendo-se em vista só a sua connexão objectiva.

Assim, 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 na pena do art. 161, segunda parte; se o veneno foi propinado na substancia ingerida pela victima, e não na fonte, no viveiro, ou se os viveres não eram de consumo publico, mas unicamente destinados á victima, o crime é do art. 294 § 1º.

Se o agente 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, no viveiro ou se os generos forem de consumo publico, haverá concurso formal de crimes, ficando o delinquente incurso no art. 294 § 1º combinado com os arts. 161 e 63 § 3º.

118. A acção criminosa prevista no art. 162, pôde manifestar-se por duas maneiras, isto é, *córrumpendo* a agua potavel, o que significa alterar o seu estado ou natureza, de modo a assumir propriedade *nociva á saúde*, independente de junção de substancia venenosa, por si mesma (MANZZINI) ou *conspurcando-a*, sujando-a, infeccionando-a, de modo a tornal-a *impossivel de beber*.

A agua se diz *potavel* quando é boa para beber, accepção vulgar em que deve ser tomada, podendo ser de *uso commum*, para abastecimento de uma população, ou *particular*, de um estabelecimento ou familia.

119. O crime previsto no art. 163 apresenta duas modalidades, consistentes uma, em *alterar*, outra em *falsificar* substancias destinadas á publica alimentação. Estas substancias, em forma solida ou liquida, são as adoptadas normalmente como alimentos por um numero indeterminado de pessoas.

Qualquer das duas modalidades, para a integração do crime exige o dolo, em sua forma geral, elemento distinctivo da infracção congenere administrativa. Em diversos codigos se estabelece ainda, como requisito

essencial, a *nocividade* á saúde publica, como o portuguez, art. 251, o argentino, arts. 295 e 296, o uruguayo, arts. 268 e 269, o hungaro, art. 314, o italiano, art. 319, contemplando tambem no art. 322, com pena menor, outra modalidade delictuosa, consistente na venda de substancias alimenticias como genuinas quando não o são, mas *não perigosas á saúde*. A nocividade exigida nesses dispositivos é a *positiva* isto é, a absolutamente prejudicial, que se contrapõe á *negativa*, que occorre quando os alimentos e bebidas sem prejudicar directamente a saúde, causando-lhe perturbações pathologicas, a prejudicam indirecta ou mediatamente, privando o consumidor da saúde, mas prejudiquem o seu valor nutritivo, se applicam as penas do art. 163 sufficiente alimentação ou dos beneficios que visava obter com o alimento. Tal o caso commum do leite fraudulentamente addicionado de agua (PINCHELI). O nosso codigo não faz referencia á condição de nocividade á saúde publica, e em sua interpretação, divergencias accentuadas se assignalavam, entendendo uns que bastava, como elemento constitutivo do delicto a alteração das qualidades componentes do governo, o fim do legislador sendo não sómente garantir a saúde publica, mas tambem punir a ganancia illicita do vendedor, que illude a boa fé do comprador, e nesse sentido o accordam da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, de 24 de fevereiro de 1895, de que foi relator VIVEIROS DE CASTRO; em sentido contrario, entendendo ser requisitado essencial a *nocividade positiva*, se pronunciou, reformando aquella decisão, o accordam de 19 de abril do mesmo anno, da Camara Criminal da Côte de Appellação (Vid. n. 121, II). Derimindo a controversia, o decr. legislativo n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, art. 13, fez comprehensivas do delicto do art. 163 do cod. penal, tanto a nocividade positiva, como a negativa, com diversidade de penas, attenta a diversidade de gravidade dos seus dous casos.

Assim, se houver emprego de substancias que não sejam nocivas á saúde, mas prejudiquem o seu valor nutritivo, se applicam as penas do art. 163 do codigo penal, por isso que outras não foram estabelecidas para a infracção criminal, e sim para a administrativa, pelo reg. daquella lei, muito embora esta houvesse autorizado o poder executivo a fixar as de multa e de prisão cellular (art. 13, principio). Se aos generos alimenticios, quaesquer que sejam, se addicionarem substancias que, além de prejudicarem o seu valor nutritivo, forem consideradas nocivas á saúde, as penas serão de prisão cellular por um anno e multa de um conto de reis (Art. 13 § 1.º):

Em qualquer dos casos, o crime á inafiançavel (§ 3.º).

O reg. sanitario alludido especifica os casos de *alteração*, os de *falsificação*, e os de *deterioração* de generos, estes só passíveis de penas administrativas, como adiante veremos. Estatue no art. 574:

“Consideram-se *alterados* os generos alimenticios:

1.º, quando tenham sido misturados ou acondicionados com substancias que lhes alterem a qualidade, reduzam o valor nutritivo ou provoquem alteração;



2.º, quando se lhes tenha retirado no todo ou em parte um dos elementos de sua constituição normal;

3.º, quando contenham ingredientes nocivos á saúde, ou substancia conservadora não autorizada pela Inspectoria de Fiscalisação de generos alimenticios.

§ unico. As disposições dos ns. 1 e 2 não comprehendem os leites modificados ou dieteticos e seus sub-productos nem outros artigos dieteticos permittidos pela Inspectoria, desde que estejam marcados ou rotulados com a expressa declaração de sua natureza e constituição.

Art. 575. Consideram-se *falsificados*:

1.º, os generos alimenticios cujos componentes tenham sido, no todo ou em parte, substituidos por outros de qualidade inferior;

2.º, os que tenham sido coloridos, revestidos, aromatisados ou addicionados de substancias estranhas para o effeito de se lhes occultar qualquer fraude do que realmente têm;

3.º, os que se constituem no todo ou em parte de productos animaes degenerados ou decompostos, ou de vegetaes alterados ou deteriorados. Nesta classe se comprehendem as carnes de animaes não destinadas á alimentação ou victimas por molestias ou accidentes, que os tornem improprios ou inconvenientes para consumo alimentar;

4.º, os que tenham sido, no todo ou em parte, substituidos do enunciado nas marcas, rotulos ou etiquetas ou não estejam de accordo com as declarações do interessado.

120. O crime definido no art. 164 é expor á venda substancias alimenticias alteradas ou falsificadas, no sentido exposto anteriormente (n. 119). O crime se consumma desde que a substancia alimenticia alterada ou falsificada, é *exposta á venda*, isto é, collocada de modo visivel a todos.

O dolo está em praticar voluntariamente este acto, sciente da alteração ou falsificação da substancia alimentar. A alteração ou falsificação póde ser praticada pelo proprio vendedor ou por outrem, e dado á primeira hypothese, que nos cumpre apreciar agora, as penas a applicar são sempre as do art. 163, com as modificações mostradas.

Mas se em consequencia da substancia alterada ou falsificada alguem adoecer ficando em perigo de vida, ou de morrer, a penalidade imposta ao vendedor ou productor, é no caso de morte, a do art. 294 § 2.º, por se tratar de causa dolosa. No caso de perigo de vida, como o codigo não tenha previsto esse facto, como o fazia o anterior codigo, qualificando como *offensa physica* o grave incommodo de saúde, resultante de mal corporeo, (art. 205), fica sem applicação o disposto no § unico do art. 164, passivel o agente da pena do art. 163, combinado com o art. 13, § 1.º do decr. 3.987 de 2 de janeiro de 1920.

Uma questão surge a respeito do dispositivo apreciado: comprehende-se aqui a exposição á venda de generos *deteriorados*, isto é, alterados pela acção de agentes naturaes, como em caso de putrefacção, avaria?

MACEDO SOARES se pronunciou pela affirmativa, e julgados recentes assim decidiram (Vid. n. 118, VII e IX). O ultimo destes reformou decisão do Juiz da 5.<sup>a</sup> Vara Criminal Dr. MANOEL DA COSTA RIBEIRO, que ao nosso ver juridicamente resolveu a questão, em face da legislação vigente. Argumentou que a lei n. 3.987, de 1920, que reorganizou os serviços da Saude Publica, no art. 13 esclareceu as qualificações dos delictos dos arts. 163 e 164 do Cod. penal, declarando só como taes as alterações resultantes da acção do homem, pois emprega, o sensu lato, o termo -- falsificação; que o Reg., expedido pelo decr. n. 14.354 de 15 de setembro de 1920, nos arts. 574, 575 e 576 mostrou como considerar-se os generos alimenticios *alterados, falsificados e deteriorados*, e no art. 577 mandou applicar, aos que infringissem as disposições dos arts. citados, a pena de multa de um a cinco contos de reis, elevada ao dobro na reincidencia, além da pena em que incorressem pela *responsabilidade criminal*; mas que o Decr. n. 14.354, e entre ellas se encontra a do art. 577, estabelecendo que no caso de infracção do art. 576, isto é, aos que transportarem ou expuzerem á venda generos *deteriorados*, assim reputando-se os que se tiverem decomposto, putrefacto, rancificado ou revelarem a acção de parasitos não inherentes aos processos de seu fabrico ou maturação, *será apenas imposta a pena de multa de 200\$ a 5:000\$, que assim o poder executivo, a quem o legislador, na Lei n. 3.987, conferiu o direito de estabelecer a pena de prisão, além da multa, reconheceu que a mesma lei não comprehendeu a exposição á venda de generos deteriorados, e por isso a considerou sómente como uma infracção do reg. sanitario, estabelecendo a pena administrativa de multa.* Reformando esta decisão, o Tribunal superior limitou-se a dar como fundamento que “a disposição regulamentar mostra-se inexequível por exceder da lei regulamentada, cujo texto não autorisa semelhante revogação do art. 164 do codigo (Vid. n. 121, XII).

Nas allegações do recurso, adoptadas assim pelo Tribunal, o Promotor Publico, Dr. ANDRÉ DE FARIA PEREIRA mais desenvolidamente apreciou o caso, deduzindo sua argumentação:

“A primeira vista parece procedente a conclusão do despacho recorrido, a que se poderia adduzir ainda uma razão de ordem psychologica decorrente da maior difficuldade de ser a fraude descoberta, quando praticada pelo homem, uma vez que o genero deteriorado é mais facilmente reconhecido pelo consumidor, muito embora não possa considerar menos perigoso o commerciante que vende um artigo deteriorado que o altera para vender: ambos procuram um lucro illicito, illudindo a boa fé do consumidor, e causam igual damno á saude publica. Verdadeira a distincção feita pelo despacho recorrido, quanto á natureza das alterações, vemos que a lei sanitaria vigente (decr. n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920) só cogitou da alteração feita pelo homem.

pois no seu art. 13 se refere claramente “dos falsificadores” e define os varios meios de falsificação e diversas modalidades de generos falsificados, *não incluindo ahí os generos alterados pela acção do tempo*. Ora, se a lei não cogitou em absoluto da alteração decorrente da acção do tempo, isto é, da putrefacção, deterioração e avaria, é evidente que o art. 576 do Decr. 14.354 foi ahí indevidamente incluído e deve ser considerado como meramente elucidativo, definindo as varias especies da alteração pela acção do tempo, mas não podendo por isso serem applicadas as penas estabelecidas pela art. 577. Vendo o erro em que incorrera, o Governo, reformando esse regulamento, supprimiu no art. 577 (do decr. 15.003, de 1921) a referencia ao art. 176 e incorreu em novo erro redigindo o § unico do cit. art. 577, em que eleva a pena pecuniaria de 100\$ a 200\$ (art. 163 do cod.) para 200\$ a 5:000\$. Ora, se a lei só cogitou, no cit. art. 13, da alteração pela mão do homem, não se referindo, em absoluto, áquella que decorre da acção do tempo (putrefacção, deterioração e avaria), não podia o regulamento se referir a essa figura de infracção. Sendo assim, é logico que continúa em vigor, para essa especie de delicto, o preceituado nos arts. 163 e 164 do Cod. penal, não revogados, nessa parte, expressamente pela lei vigente.

Logo, é absurdo concluir-se pela impunidade dos vendedores de generos alterados pela acção do tempo, pois essa solução constituiria flagrante contradicção ás aitas razões de ordem social e moral que determinaram a aggravacção de todas as penas nessa especie de delictos. Não se poderia suppôr, diante dos rigores da nova lei sanitaria, que o legislador quizesse decretar o livre commercio de generos podres...”

Toda esta argumentação cede diante da consideração, aliás posta em relevo na decisão recorrida, e que explanamos no n. 119, isto é, de que o decr. 3.987, de 1920, art. 13, *não qualificou novas figuras delictuosas, mas explicou o que estatuiu o cod. nos arts. 163 e 164, derimindo controversias existentes, fazendo certo que ha crime não só quando ha emprego de substancias nocivas á saúde, como tambem quando não tiverem esse effeito, mas prejudiciaes ao valor nutritivo do genero alimenticio, modificando a penalidade e tornando inafiançaveis aquelles crimes.*

Assim, os arts. 163 e 164 devem ser entendidos de accordo com a lei, e como esta só comprehende a alteração dos generos alimenticios resultante da acção do homem, o Reg. 15.003 não exorbitou excluindo da figura delictuosa os casos de deterioração, em que não intervem a actividade humana. Não exorbitou ainda fazendo desses casos uma infracção administrati-

va, punível com multa, diante do disposto no art. 10 da mesma lei, e assim, dentro da esphera por esta traçada, e collimando seu fim, não permitindo o livre commercio de generos podres.

## 121. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. A liberdade profissional, assegurada no art. 72 § 22 da Const. Federal, não exclue a necessidade do titulo de habilitação para exercer no Brazil a medecina e outras profissões technicas scientificas (*Accs. de 10 de abril e de 7 de agosto de 1912*).

II. Tratando-se de alteração de leite, o exame feito pela repartição competente é, na technica juridica, um verdadeiro corpo de delicto.

Não procede o asserto de que se trata de um simples laudo administrativo, lavrado por um só chimico e, apenas, com o visto do chefe.

O art. 136 do cod. do proc. criminal preceitúa que o corpo de delicto seja feito por peritos que tenham conhecimento do objecto, e, na sua falta, por pessoas de bom senso, nomeadas pela autoridade.

Ora, dois peritos que têm conhecimento do objecto são, incontestavelmente, um *chimico* e um chefe de uma repartição technica, nomeados pelo Governo, em regra mediante concurso, entre profissionaes (*Accord. de 30 de novembro de 1921*).

III. Só para o caso do § 1.º do art. 13 da lei n. 3.987 de 2 de janeiro de 1920 é que o legislador determina que a pena de prisão cellular nunca seja menor de um anno; nada preceitúa para o crime do art. 13, que é o da especie, caso em que o Executivo exorbitaria, si estabelecesse no respectivo regulamento pena differente da imposta pelo art. 164 do cod. penal. São inafiançaveis os crimes previstos no referido art. 13 (*mesmo accordão retro*).

### DISTRICTO FEDERAL

IV. O nosso cod. penal, 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. penal italiano, no art. 322. O fim do legislador foi não sómente garantir a saúde publica, mas tambem punir a ganancia illicita do vendedor, que illude a boa fé do comprador, reproduzindo a doutrina já sustentada em *FARNACIUS — vendens au noman corruptam poena falsi tusetur* (*Ac. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, em 24 de*

fevereiro de 1895). Discordando da doutrina, o Dr. AFFONSO DE MIRANDA, acompanhado pelo Dr. LIMA DRUMMOND, assim fundamentou 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, porém, prevenir aquelles actos que constituissem uma ameaça contra a saúde publica. Essa ameaça á nocividade pôde 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. an.*, p. 443. A simples ganancia illicita a que se refere o accordam acha-se prevista pelo código nos arts. 353 a 355." Reformando a decisão, a Camara Criminal da Côte de Appelação, por accordam de 19 de abril do mesmo anno, assim se pronunciou: "que o facto praticado pelo réo não constitue de forma alguma o crime definido no art. 164 do cod. penal."

O réo 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 expunho á venda. Nesta 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, porém, não incide sob a sancção penal do nosso código, desde que se trata de uma alteração ou falsificação de substancias alimenticias, de si mesma inoffensiva. Segundo o art. 164 combinado com o seu § unico, do cod. penal, 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 código 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 áquelle que vende e aufero o lucro, enganando o comprador.

Nem cabe o argumento invocado pelo accordam apelado, do art. 322 do cod. pen. italiano, pois este código claramente distingue no artigo citado a venda de generos falsificados e perigosos á saúde, o que o nosso código absolutamente não fez. Entre a venda de generos não perigosos ou nocivos á saúde, mas simplesmente falsificados, constitue contravenção á lei municipal, como se vê no código de posturas, sec. 1.<sup>a</sup>, t. 2.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup>, sendo punida com as penas ahi estabelecidas; e ainda por isso não se deve dar áquellas disposições do nosso código penal interpretação ampliativa, aliás prohibida em direito criminal."

V. O individuo que se entrega ao officio de feiticheiro não pôde invocar a liberdade profissional garantida na Const. Política da Republica, porque não se trata de individuo que exercesse a medicina sem diploma scientifico,

mas de um abuso de credulidade de pessoal ignorantes, inculcando-se em seu espirito fraco e inculco esperanças chimericas, que aliás podem ser nocivas á saúde, e foi por este motivo que o código penal destacou esta forma do estellionato para classificar-a entre os crimes especialmente commettidos contra a saúde publica (*Ac. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, em 3 de junho de 1895*).

VI. A simples exposição á venda de substancia alimenticia alterada ou falsificada constitue o delicto defenido no art. 164 do cod. penal, não sendo necessario que a venda se realise. Quem vende ou expõe á venda mercadorias deterioradas, anteriormente examinadas e julgadas sãs pela autoridade competente, só é isento das penas do artigo supra, se os vicios da mercadoria são occultos (*Ac. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 28 de novembro de 1901*).

VII. 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 penalidades estatuidas na lei (*Decisão do juiz da 3.ª Vara Criminal, de 7 de março de 1907, confirmada pela 2.ª Camara da Côte de Appellação*).

VIII. A Constituição, no art. 72, garante a liberdade de consciencia e a de associação e reunião: portanto, a simples pratica do espiritismo não constitue crime algum, pelo contrario, têm os crentes desta doutrina, para a Lei Constitucional, precisamente os mesmos direitos que ao exercicio de seu culto ella assegura aos sectarios de outra qualquer crença. Si alguém, praticando o espiritismo, commetter crimes, deverá sem duvida ser processado e punido, mas da mesma maneira deveh-o-á ser quem quer que os commetta, servindo-se das praticas ou cerimonias de alguma outra seita ou religião: o art. 157 do cod. penal não pôde deixar de ser entendido senão de harmonia com as disposições posteriores da Const. da Republica. Seria uma burla apregoar e assegurar a inviolabilidade dos direitos primordiales concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade consagrados no art. 72 da Const. da Republica, se fosse licito á policia suspendel-os por simples denuncias de commettimento de abusos ou crimes no exercicio de algum desses direitos, ou para prevenir a pratica de delictos, embora houvesse a certeza de que a autoridade so agiria impellida pelos mais nobres intuitos, animada sempre das mais puras intenções (*Sentença do juiz da 1.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 18 de janeiro de 1908, do Cons. da Côte de Appellação*).

IX. O curandeiro de que falla o cod. penal é não só o que administra remedios, mas o que além de ministrar os faz, exercendo aquella profissão da qual tira os seus proventos. Não exerce a profissão de curandeiro quem não faz remedios, nem os ministra e prescreve, mas ensina as pessoas que o procuram sem exigir remuneração. Além disso, para que se dê a infracção do art. 158 é preciso que se verifique a existencia de um damno potencial ou real, uma vez que aquella disposição se acha incluída no capitulo que se increve — *crimes contra a saúde publica* (Ac. da 1.<sup>a</sup> Camzra da Côte de Appellação, em 22 de novembro de 1909).

X. Cod. Pen. no art. 157 pune a pratica do espiritismo, da magia e seus sortilegios, o uso de talismans e a cartomancia, para despertar sentimentos de odio e de amor, inculcar curas de molestias curaveis e incuraveis, e emfim *fascinar e subjugar a credulidade publica*. Desse enunciado resulta que o art. 157 do Codigo nada tem de contrario ao principio constitucional da liberdade religiosa. O que elle reprime não é a pratica do espiritismo como religião, mas para fins illicitos, do mesmo modo que proscree as outras praticas enumeradas, como que de regra se abusa da credulidade publica. Assim o entenderam VIVEIROS DE CASTRO e MACEDO SOARES, exigindo o primeiro, como elemento integrante do delicto, o escopo da locupletação da fortuna alheia (*Quest. de dir. pen. pag. 105*), e o segundo o dolo ou má fé agente (*nota 48 ao Cod. Pen.*) Sendo assim, embora esteja provado dos autos, até pelas declarações do indiciado, como o dr. juiz a quo reconheceu, que o primeiro recorrente dirigia o Hospital, onde foram tratados pelo espiritismo os doentes apontados na denuncia, e que a segunda recorrente, secretaria do mesmo hospital, servia de *medium* nas sessões celebradas para o tratamento, evidenciando-se tambem do processo que nenhuma vantagem ou remuneração auferiam os indiciados pelos seus serviços, tudo procedido sem escopo criminoso, por sentimentos de philanthropia, é bem, de ver que, de accordo com o art. 24 do Cod. não incidiram em sanção penal (*Acc. da c.<sup>o</sup> Cam. da Corte de App. de Il de dez. de 1915*).

XI. A exposição á venda de generos alterados pela acção do tempo e por agentes naturaes incide na disposição do art. 164 do codigo, que não pôde ser interpretado restrictivamente, de modo a só comprehender a exposição á venda de generos falsificados ou alterados pela mão do homem, sem que se contradiga o proposito do legislador, revelado no cap. III do t. 3.<sup>o</sup>, do liv. II do codigo, a preservação da saúde dos membros da communitade, tão ameaçada num caso, como no outro (*Ac. da 3.<sup>a</sup> Cam. da Côte de Appellação, em 20 de abril de 1921*). Vide n. 119.

XII. A duvida surgida na jurisprudencia de ser ou não crime e previsto nos arts. 163 e 164 do cod. penal, a alteração ou falsificação de genero alimenticio, quando a substancia misturada não fosse nociva á saúde publica

não tem mais razão de ser em vista do art. 13, § 1.º, do decr. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, que manda punir os falsificadores de generos alimenticios, taes como o leite, o assucar, a manteiga, etc. que embora empregando substancias que não sejam nocivas a saúde “prejudiquem o seu valor nutritivo (*Ac. da mesma Cam. em 23 de novembro de 1921, confirmando decisão do juiz da 5.ª Vara Criminal*).

XIII. O facto de ter o decr. legislativo n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, reformando a Repartição de Saude Publica, definido com maior clareza e precisão, no seu art. 13 e § 1.º e seguintes, os crimes contra a saude publica, dos arts. 163 e 164 do codigo penal, dissipando as duvidas que alguns commentadores tinham suggerido sobre se podia ou não ser considerado como alteração criminosa do leite o seu addicionamento de agua, não importa a revogação dos dispositivos penaes dos arts. 163 e 164 mencionados. Os alludidos dispositivos do citado decr. n. 3.887, de 1920, desde que o Poder Executivo não usou da attribuição (*aliás concedida em termos injuridicas*) para o estabelecimento das respectivas penas de prisão cellullar, não collidem com os do codigo penal, em que estão prescriptas penas dessa natureza unicamente. E' bem de se ver que nessas condições os dispositivos do decr. n. 3.987 referido *outro effeito* não podem ter no momento que salienta de modo terminante o intuito do legislador patrio de punir com maiores penalidades os criminosos, inculpados na especie dos autos, a que denominou de *envenenadores da população*, definindo outrosim com maior clareza os actos pela lei considerados injuridicos. Entretanto, para esta Camara, que tem entendido, de accordo com VIVEIROS DE CASTRO, que na expressão, usada pelo codigo penal, “alterações ou falsificações” dos alimentos “solidos ou liquidos”, tanto se comprehende as *ditas de nocividade positiva*, isto é, que acarretam um mal *physico*, como as *ditas de nocividade negativa ou indirecta*, isto é, as que são *prejudiciaes* ao valor nutritivo do alimento, e, portanto, o valor physico individual, depauperando-lhe o organismo, os dispositivos citados da lei da Saude Publica outro alcance não lograram senão o de se affirmar-lhe a consciencia juridica na interpretação dada aos referidos preceitos do codigo penal. (*Accord. da mesma Camara, de 23 de novembro de 1921*).

XIV. O decr. n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, no art. 13, tornou especialmente inafiançavel o crime de falsificação de generos alimenticios, quer as substancias empregadas pelos falsificadores sejam nocivas á saude, quer tão sómente prejudiquem o valor nutritivo do producto. Quando a lei declara, especialmente inafiançavel um crime, attendendo tão sómente á natureza do delicto, inafiançaveis são tambem as modalidades da acção delictuosa — tentativa e cumplicidade, embora feito o desconto legal, o maximo da pena seja inferior a quatro annos. — Accord, do Sup. Trib. Federal



e da Côrte de Appellação, na *Rev. de direito*, vol. 4 ps. 411, e 5.º, p. 383 (*Accord. da mesma Camara, de 23 de novembro de 1921*).

XV. É' responsavel como infractor do preceito do art. 164 do Codigo penal o gerente do estabelecimento onde foi apprehendido leite addicionado de agua (*Accord. da mesma Camara, de 31 de dezembro de 1921, confirmando sentença do Juiz da 5.ª Vara Criminal*).

XVI. O § unico do art. 577 do decr. 15.003, de 15 de setembro de 1921, que reduziu a exposição á venda de generos deteriorados a mera contra-venção sanitaria reprimida com multa, disposição regulamentar, mostra-se inexequível por exceder da lei regulamentada, cujo texto não autorisa semelhante revogação do art. 164 do codigo. A infracção apreciada não se inclue nos casos de inafiançabilidade previstos no art. 13 do decr. 3.987 de 2 de janeiro de 1920, continuando ao contrario disciplinada pelo preceito commum do art. 406 do Cod. (*Ac. da mesma Cam. em 14 de janeiro de 1922*). *Vid. n. 119*.

XVII. Não procede o argumento de que o termo “ministrar”, empregado pela lei, tem accepção restricta, denotando a “applicação do toxico por via digestiva ou por outra via intra venosa”, porquanto seria ir contra a “intentio legis”, o proposito visado pelo legislador, revelado expressamente, quer na justificação do projecto primitivo, no Senado, quer na discussão e parecer da Comissão de Justiça, na Camara dos Deputados, fazendo-se ver a necessidade de ampliar e tornar mais efficaz a repressão do commercio e usos illicitos de toxicos: “Naquelle parecer, datado de 16 de dezembro de 1920, a Comissão de Justiça fez sentir que não tinha mais necessidade, deante do já expellido, de se estender a respeito das vantagens que trarão para a communhão social, leis reprimindo, que dêem combate rigoroso a estas causas de um envenenamento mundial, como é o produzido pelo alcool — o rei-veneno, pelo opio e outros dos seus alcaloides, pela cocaina, etc.

Bem sabe que tratando-se não de um crime ou delicto contra a ordem social, mas de um vicio individual que tem por origem uma satisfação pessoal, a applicação da lei trará grandes difficuldades. Como bem fazem sentir COURTOIS SUFFIT e R. GIROUX, nos seus estudos de hygiene social e de medicina legal, sobre a cocaina, é noção corrente que a repressão, ou mesmo a idéa de uma repressão possível, crêa um estado psychico especial, que dobra o valor das sensações do acto proscripto e incita a procura de novas sensações. Mas dahi não se pôde concluir pela attitude passiva, pelo cruzamento dos braços como alguns sustentam. Ao contrario, o poder publico, deante do grande mal, deve agir energicamente, isto é, punindo os traficantes, quaesquer que sejam e onde exerçam a sua perigosa profissão, mas tambem prevenindo, estabelecendo medidas preventivas destinadas a tutelar sobretudo a nossa mocidade, reduzida pelos prazeres das grandes cidades, em uma vida em que todos os desejos se tornam imperiosos.”

Ora, é bem de vêr que contrariando esse proposito, seria tomar o termo “ministrar” na accepção restricta apontada quando o termo é tambem comprehensivo de outras modalidades, qualquer dellas conducentes ao mal que o legislador procura eliminar.

Efectivamente, segundo os lexicons, “ministrar”, em accepção ampla, que dizer “dar, fornecer, prestar administrar (MORAES, AULLETE), e, pois, por qualquer dessas modalidades e por qualquer titulo, oneroso ou gratuito, por isso que a especie delictiosa não envolve idéa professional, se pôde caracterizar o crime.

Com semelhante interpretação não se usa de analogia, mas dá-se ao termo a accepção que comporta, na linguagem commum, em consonancia com o intuito do legislador (Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Apellação, de 19 de maio de 1923, confirmando decisão do Juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal).

Com interpretação identica a que dei nessa decisão, o Dr. BURLE DE FIGUEIREDO como Juiz da 3.<sup>a</sup> Vara Criminal, em bem deduzida sentença, apreciando factio semelhante, assim se externou:

“O termo “ministrar” empregado pela lei deve ser interpretado de accôrdo com a significação que lhe é propria e como está definido pelos lexicons, isto é: “dar, prover, fornecer, prestar” — proporcionando-se por esta forma ao texto legal todo o poder e eficiencia que lhe quiz emprestar o legislador, no sentido de tornar rigorosa e inflexivel a repressão, que não será jámais sufficientemente severa, ao ignobil trafico das substancias entorpecentes, cuja influencia se vem fazendo sentir de forma inquietante no nosso meio, em uma progressão alarmante que necessita ser de prompto estancada, pela acção conjuncta dos órgãos do poder publico responsaveis pelo resultado dessa campenha, cujas difficuldades a todo o momento surgem, exatamente, que se defronta com um vicio individual que tem por origem uma satisfação pessoal, quasi sempre isolada e occulta. Desta sorte aos termos da lei deve ser dada toda a amplitude tanto mais quanto do conforto entre o art. 159 do codigo penal ora modificado, e o art. 158, se verifica que a expressão ministrar não é empregada pelo legislador como synonyma de “prescrever” como á primeira vista pôde parecer. Na sancção do art. 1.<sup>o</sup> do lei n. 4.294, se devem pois, comprehender como autores quaesquer pessoas commerciantes ou não que “ministrarem”, por qualquer forma as substancias venenosas, isto é, “fazendo ingerir” por qualquer via, ou simplesmente “entregando-se” consciencientemente ao consumidor, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios, devendo se salientar que os “entregadores” estão, por força de expressão “ministrar” comprehendidos como autores principaes do delicto não cumprindo indagar se agem por conta propria ou de terceiro ou se estão vendendo ou simplesmente dando as substancias em questão, só se delineando a sua responsabilidade sob a forma de cumplicidade do art. 18, § 1.<sup>o</sup> do codigo, quando o concurso que tenham

prestado á execução se apresente por outra qualquer forma que não a de *entregar*.”

XVIII. A impropriedade do anunciado do art. 1.<sup>o</sup> do decr. n. 4.294, de 6 de julho de 1921, na parte em que se refere á “exposição á venda” de substancias toxicas, tem suscitado novas divergencias entre os seus commentadores, entendendo uns que a expressão usada pelo legislador deve ser entendida em seu sentido restricto, como implicando a necessidade de estar a mercadoria ás vistas do publico em effectiva exposição em vitrines e mostruarios, e interpretando outras ampliativamente o dispositivo legal e admitindo verificado o delicto, não só á vista da effectiva exposição do producto, senão também quando o agente o conserva á disposição do publico, em seus armazens. Nestas condições, dando-se ao texto legal todo o poder e efficiencia que lhe quiz emprestar o legislador, no sentido de tornar rigorosa e severa a repressão ao ignobil, trafico das substancias entorpecentes, teremos que elle será comprehensivo, em maior latitude, não só da effectiva collocação do objecto em logares visiveis, expostos aos olhares de toda a gente, senão também de sua conservação, á disposição do publico nos armazens do contraventor. E’ essa a interpretação mais ampla que se pôde dar ás palavras “expôr á venda”, tendo em vista o principio de hermeneutica segundo o qual não se deve tomar o termo na sua accepção mais restricta quando este é também comprehensivo de outras modalidades, qualquer dellas conducentes ao fim que o legislador teve em vista. Si, além disso, para admittir como “*exposição e occultação*” do producto, sob o fundamento de que a lei deve attingir tanto a quem trafica clandestinamente como a quem abertamente expõe á venda, seria provocar uma interpretação francamente ampliativa do preceito criminal, em flagrante violação do art. 1.<sup>o</sup> do nosso Codigo; e provocar-a, de modo contradictorio, a pretexto de prescriptar o pensamento do legislador, quando é certo que dos proprios termos da lei se infere que o seu pensamento foi tornar necessaria uma manifestação exterior, uma collocação em evidencia do objecto para que se dêsse a criminalidade. No caso dos autos, como claramente se vê do processo em appenso, o que se pretende no auto de flagrante, nem é apenas uma interpretação extensiva, mas interpretação de tal sorte “*contraria ao texto da lei*” que chega ao absurdo de admittir que o paciente “*expunha*” á venda a mercadoria pelo facto de “*occultal-a*” em um quarto, dentro da paina de um travesseiro.

Para manter semelhante flagrante mister, seria que o Poder Judiciario revogasse a lei a pretexto de interpretal-a, dest’arte exercendo attribuições que lhe não pertencem, no intuito de tornar possível a punição de um supposto delinquente. Por estes fundamentos é julgado procedente o pedido e concedida a ordem de habeas-corpus impetrada em favor do paciente para que seja este immediatamente posto em liberdade, visto não haver sido preso quando commettia o crime de que é accusado, sendo assim illegal a sua detenção. (*Ac. da 3.<sup>a</sup> Cam. da Corte de App. de 21 de junho de 1926*).

XIX. O Regulamento que baixou com o Decr. n. 14.969, de 3 de setembro de 1921 é omisso por não incluir como responsável, o particular que expõe á venda substancia venenosa, e que, evidentemente não pode escapar á sanção legal, porquanto o seu acto está comprehendido na definição do art. 1.º — Pune a lei, a exposição á venda, por qualquer fórma, e, não simplesmente a exposição á vista do publico; de sorte que o facto de não ser o individuo commerciante não impede que possa expôr á venda as substancias prohibidas, por isso que essa exposição pôde ser feita por modos diversos. isto é, communicando ao publico por cartas, verbalmente, com o auxilio do telephone ou por qualquer outro meio que não o da exposição á vista do publico. Verifica-se assim que o simples porte de substancias entorpecentes não constitue, por seus proprios elementos, facto punivel perante a nossa legislação, o que ficou aliás expressamente consignado no elemento historico da lei de 1921, de cujo projecto foi deliberadamente excluida essa figura como delicto autonomo (Sentença do Dr. Juiz da 3.ª Vara Criminal, de 20 de julho de 1927, confirmada pela Corte de Appellação).

XX. A pratica do espiritismo, como da magia e o uso de talismans e cartomancias só constituem crime quando para fins consignados na segunda parte do art. 157 do Cod. Penal. Tem-se entendido como elemento integrante do delicto o escopo de locupletação da fortuna alheia, ou o dolo ou má fé do agente (*Ac. da 1.ª Cam.*, de 12 de agosto de 1930).

XXI. O que a lei penal, em seu art. 157, incrimina não é a simples pratica do espiritismo, da magia, da cartomancia, etc. mas a sua pratica com intuito fraudulento ou enganoso, ou nos termos da lei: “para despertar sentimento de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica”. Não ha que confundir a indicação ou prescripção de remedios, por meios de invocação de espiritos, ou por via de medium, consoante a pratica do espiritismo, sem intuito de lucro, com o officio de *curandeiro*, previsto no art. 158 do Cod. Penal, pois este prescreve ou ministra substancias de qualquer dos reinos da natureza, como meio curativo, fazendo disso officio, com proventos ou intuito de lucro; nelle se concretisa o charlatão, o embusteiro, ás mais das vezes baçal, cujos meios de tratamento consistem em formas grosseiras que provocam o riso da gente cuita, mas que se illudem as chamadas mais baixas e ignorantes, onde exclusivamente tem cotação (*Ac. da 1.ª Cam. da Corte de Ap.*, de 17 de dezembro de 1931).

## ESTADOS FEDERADOS

XXII. Não incide no dispositivo do art. 157 do cod. penal quem, na falta de profissional, applica, sem lucro ou proveito, remedios que tem para seu uso (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, em 3 de julho de 1905).

XXIII. Allega o recorrente que exerceu a sua profissão de dentista — e sem título, com fundamento no decr. n. 8.659 de 5 de abril de 1911, art. 1.º, que lhe garante a liberdade profissional.

Não procede a allegação, e, por isso, nos termos da lei estadual n. 432 de 3 de agosto de 1896, art. 49, § 2.º e do decr. estadual n. 2.141 de 14 de novembro de 1911, art. 90, negam provimento ao recurso, para confirmar, como confirma, a sentença de fls. 28 e seguintes, que pronunciou o recorrente nas penas do art. 156 do cod. penal, pelo exercício da arte dentaria, sem título de habitação, não obstante fundar o recorrente a sua defesa — de liberdade profissional, sem restricções, no art. 1.º do decr. federal n. 8659 de 5 de abril de 1911, que, regendo unicamente o caso especial do Ensino Superior e Secundario da Republica, está, entretanto, em diametral opposição á letra e espirito do art. 72, § 24 da Const. Federal Brasileira, cuja disposição tem sido tão mal e sophisticamente interpretada, pelos sectarios da liberdade profissional sem restricções, como passam a demonstrar, resumidamente, com o auxilio: da argumentação, por occasião da discussão no Congresso Constituinte; dos julgados dos tribunaes, e dos pareceres dos juriconsultos, em sustentação da decisão ora proferida.

Dispõe o § 24 do art. 72 da Constituição Brasileira o seguinte:

*“E” garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.*” — Este paragrapho foi assim adoptado em consequencia da emenda apresentada pela commissão especial dos 21 congressistas ao projecto da commissão do Governo Provisorio, para a Constituição da Republica.

Por occasião das discussões, em janeiro de 1891, foram offerecidas diversas emendas, no sentido de que ficasse livre o exercicio de todas as profissões — independentemente de título ou diploma escolar, academico, ou qualquer outro — cessando os privilegios, que a elles se ligassem, ou delles dimanassem. Essas emendas, e entre ellas a do deputado Dr. DEMETRIO RIBEIRO, que é conhecido como um dos mais fervorosos adeptos da escola positivista, que pleiteia — pela liberdade illimitada de profissões — foram rejeitadas. Mais tarde, e no mesmo anno, e depois da promulgação da Constituição, sendo apresentado por aquelle mesmo deputado, e outros, um projecto no mesmo sentido, foi a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, em 22 de agosto de 1891, de parecer que fosse rejeitado, porque a sua acceitação importaria a revogação dos arts. 156, 157 e 158 do cod. penal, e, a permissão franca da exploração da credulidade publica. Sendo levantada, neste Estado, a questão da liberdade profissional, e exercicio livre da advocacia — sem diploma e título scientifico, ou provisão — foi, em virtude de pedido de interpretação, sujeita á Camara dos Deputados Federaes, e a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, ella, em 18 de junho de 1896, foi de parecer que: as leis e regulamentos referentes á prohibição do exercicio da advocacia, aos não diplomados, ou provisionados, e que são da competencia exclusiva dos Estados — não infringem o preceito constitucional do § 24 do art. 72 da Constituição da Republica. Na mesma sessão da Camara,

em 1896, foi ainda rejeitada, por grande maioria, uma emenda offerecida á lei de orçamento da receita estabelecendo a *liberdade profissional*. Questionando-se, si nos termos do cit. § 24, do art. 72, ainda subsiste a exigencia de titulo ou diploma, foi decidido que — a garantia do exercicio das profissões, de modo algum exclue a exigencia de habilitações scientificas, que fazem parte, e são elementos constituitivos dessas mesmas profissões. A garantia constitucinal — é ampla, e abrange o exercicio de todas as profissões; e todas ellas, portanto, podem ser exercidas, respeitadas, porém, as condições de sua existencia legal.

Deste modo tem entendido, tambem, o Poder Executivo, em varios decretos sobre o exercicio das profissões liberaes, expedidos e referentes ao dispositivo do § 24, do art. 72 cit., e, se manifestando, claramente, — quanto ao modo de ser entendido, — o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual, e industrial, e declinando para o Poder Judiciario, a competencia para decidir, em especie, conforme as respectivas leis e regulamentos; e, para resolver sobre o caso — legislando e interpretando (decrs. n. 518, de 1891; n. 612, de 1891; n. 1.482, de 1893; n. 1.558, de 1893; n. 2.221, de 1896; n. 2.226 de 1896; e n. 3.014, de 1898. J. BARBALHO — *Comm. á Constituição Brasileira*, pag. 329; A. MILTON — *Comm. á mesma Constituição Brasileira*, pag. 413, e ambos commentando o § 24 do art. 72 cit.; V. DE ARAUJO — *Comm, ao Cod. Penal*, vol. 1.º, 198; *Revista de Jurispr.*, vol. 4.º pag. 419, e vol. 7.º pag.349).

Do Poder Legislativo existem, tambem, actos no mesmo sentido (Decr. n. 494, de 1898; e, n. 600, de 1899).

— Nenhum desses actos, quer de um Poder, e quer do outro, foi ainda julgado inconstitucional pelo Poder Judiciario, e, isto porque não ha antagonismo entre o § 24, do ar. 72 cit., e os arts. 156, 157 e 158 do cod. penal, e os citados actos dos Poderes Legislativo e Executivo

Em vista do dispositivo do § 24, do art. 72 cit., os decretos n. 1.172, de 17 de dezembro de 1892, art. 9.º; n. 3.014, de 26 de setembro de 1898, art. 1.º, § 1.º e art. 2.º; e, n. 1.151 de 5 de janeiro de 1904, art. 1.º §§ 3.º e 4.º, reorganizaram o serviço de hygiene administrativo da União, determinando este ultimo — que o governo ficava autorizado a promulgar o Código Sanitario, — regulamentando o exercicio da medicina e pharmacia, e obrigatorio para toda a Republica, com competencia ás autoridades locais dos Estados, para julgarem as suas infracções (art. 1.º, §§ 3.º e 4.º). Em consequencia dessa autorização legislativa, o Poder Executivo, por decreto n. 5.156, de 8 de março de 1904, deu novo regulamento aos serviços sanitarios a cargo da União em toda a Republica, — em relação á fiscalização do exercicio das profissões e artes, estabelecendo nos arts. 250, 251 e 252, as regras para o exercicio da *medicina, pharmacia, dentistas e parteiras*, — exigindo, para todos, a apresentação dos titulos ou diplomas legais que devem ser registrados na Directoria Geral de Saude Publica, sujeitando os infractores ás disposições dos arts. 156 e 157 do cod. penal. Assim já deter-

minava e prescrevia o decr. n. 3.014, de 26 de setembro de 1898, no artigo 1.º, § 2.º, e art. 2.º. O Congresso Legislativo do Estado com a competência que lhe dá a Constituição Estadual — de legislar sobre hygiene, — assegurando o exercicio de qualquer profissão, observadas as leis de Policia e Hygiene, decretou a lei n. 432 de 3 de agosto de 1896, sobre Serviço Sanitario do Estado.

Em virtude da autorização constante do art. 70, letra A da lei n. 1.245, de 30 de dezembro de 1910, o Poder Executivo expediu o Regulamento numero 2.141, de 14 de novembro de 1911. Tanto aquella lei n. 432, de 1896, no seu art. 49, § 2.º, como este ultimo decreto, nos seus arts. 76, 84, 90 e 93, determinam: que os medicos, cirurgiões, parteiras, pharmaceuticos e dentistas. — só poderão exercer as suas profissões e artes — depois de se mostrarem habilitados por titulos ou diplomas scientificos, e depois de terem elles sido registrados na Directoria do Serviço Sanitario; sujeitos pelas infracções, ás disposições dos arts. 156 e 157 do cod. penal. O Poder Judiciario, por sua vez, em diversos Tribunaes da Republica, já se tem pronunciado, francamente, em diversos julgados proferidos — *em habeas-corporis* e recursos criminaes, a respeito da questão — da liberdade profissional; — e assim é que:

O Supremo Tribunal Federal, já julgou que — não contravêm ao § 24, do art. 27, da Constituição Federal, as restricções postas á liberdade profissional nos serviços que devem ser executados, policiados e fiscalizados pelos Estados (*Revista de Direito*, vol. 9.º, pag. 467).

O Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro, em accordam fundamentado, já julgou — que não ha antagonismo entre o § 24, do art. 72 cit. e os arts. 156 e 158, do Cod. Penal, e as leis e decretos n. 494, de 22 de julho de 1898; n. 518, de 5 de setembro de 1891; n. 1.482, de 24 de janeiro de 1893; e n. 3.014, de 26 de setembro de 1898, — o que só se caracterizaria, si a Constituição declarasse — independender de habilitação o exercicio das profissões liberaes, e as leis e decretos exigissem taes habilitações, ou punisse o exercicio das profissões, sem estas; pelo que as ditas leis e decretos não são inconstitucionaes (*Revista de Direito*, vol. 7.º pag. 347).

O Tribunal Superior do Maranhão, em luminoso, juridico e bem elaborado accordam commentado, já julgou que o § 24, do art. 72, cit., não consagra uma doutrina tão absoluta que dispense a prova de capacidade especial, para o exercicio de qualquer profissão; e que continua em seu vigor o art. 156, do cod. penal. Essa disposição tem sido mantida pelo Poder Legislativo em tres projectos successivos ao novo cod. penal, e apresentados na Camara dos Deputados — em 1883, 1896 e 1897, obedecendo, todos elles á mesma orientação — quanto á disposição constitucional. Do Poder Legislativo existem muitos actos, no sentido de limitar o exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial, — permitindo-o só áquelles que tiverem habilitações — comprovadas com titulo ou diploma scientifico legal e legalizado. Do Poder Executivo são, tambem, innumerados os actos

— exigindo a prova da capacidade profissional. Nenhum desses actos, foi ainda julgado inconstitucional pelo Poder Judiciario (*Revista de Jurispr.*, vol. 4.º, pag. 416).

O Tribunal de Justiça deste Estado, em accordam da Camara Criminal, já manifestou-se sobre a legalidade do acto intimatorio da autoridade sanitaria, — quanto á legalidade do exercicio da medicina, por considerar, nos termos do § 24 do art. 72 cit., necessaria a prova do exercicio de qualquer profissão, — moral, intellectual e industrial; legitimando assim a intimação feita pelo poder administrativo, — exercitado na orbita de suas funcções, — peios seus diversos órgãos, no tocante á garantia da ordem e da salubridade publica (*Revista de Jurispr.*, vol. II, pag. 191; P. BARRETO — *Chronica do Tribunal de São Paulo*, vol. I, pag. 205; Sent. do Juiz de Direito de Cunha — *Correio Paulistano*, — “Magistratura Paulista”.)

O mesmo Tribunal de Justiça do Estado, em accordam da Camara Criminal, já julgou — que a multa imposta ao medico que não registra o seu titulo ou diploma, como exige o § 2.º do art. 49, da lei n. 434, de 3 de agosto de 1896, — não é illegal; e que a restricção ao livre exercicio da profissão medica, não contradiz o § 24 do cit. art. 72, cit.; por isso que, — só é permittido o exercicio da arte de curar e o de pharmaceutico aos habilitados por titulo legal, conferido e reconhecido; e porque a garantia do exercicio da profissão não exclue a exigencia de habilitação para a mesma (*Gaz. Jurid.*, de São Paulo, vol. 45, pag. 242; *S. Paulo Jud.*, vol 14, pag. 393). O mesmo Tribunal de Justiça do Estado tem, por occasião de muitos julgamentos de *habeas-corpus*, decidido, sempre, em favor da liberdade profissional, — respeitadas, porém, as restricções oppostas pelas Leis e Regulamentos. Todas as decisões e julgados conhecidos das autoridades e tribunaes judi-ciarios da Republica, têm sido modelados nas disposições dos arts. 156, 157 e 158 do cod. penal, de accordo com o preceito constitucional do § 24 do artigo 72, cit.

Os commentadores do nosso cod penal, e entre elles MACEDO SOARES, not. 238; VIEIRA DE ARAUJO, vol. 1.º, pag. 197; BENTO DE FARIA, not. 252, são, de parecer, unanimes, — que a disposição do art. 156, não está revogada pelo § 24 do art. 72, da Constituição, que, garantindo o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial — não dispensa, entretanto, para o exercicio dellas, — a prova da idoneidade ou pericia — pela apresentação dos respectivos titulos ou diplomas; tendo o Supremo Tribunal de Justiça Federal já decidido, em accordam de 19 de maio de 1893, que não está abolida a exigencia da prova de capacidade.

Essa exigencia tem-se entendido até para os cargos de magistratura; e assim, é que o Senado Federal, não approvou a nomeação do distincto medico DR. BARATA RIBEIRO, para membro do Supremo Tribunal Federal, por faltar-lhe a capacidade especial, comprovada por titulo scientifico para exercer esse cargo. Os juriconsultos pensam da mesma forma, e assim é que: o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, oppondo-se á elevação da *inca.*



*puccidade profissional á altura de um principio*; e, á opinião dos partidarios da *anarchia* profissional, sustentou sempre, -- homenageando o bom senso dos que votaram a nossa lei fundamental, — que, da letra do § 24, do artigo 72 da Constituição não se póde inferir a liberdade profissional, sem restricções. O exercicio legal das profissões não se contem só no circulo dos interesses particulares; interessa ao publico, e á propria vida social; cabendo á acção regularizadora dos poderes defender e resguardar os interesses da ordem social.

Benefica é, sem duvida, a funcção do Estado, — organizando a funcção preventiva, como garantia aos que precisam dos profissionais, e, nelles devem confiar — pela proclamação antecipada de aptidão — para o desempenho dos serviços della, e, para que os interessados possam distinguir; — o advogado — do especulador forense; o medico — do curandeiro; o pharmaceutico, o dentista, a parteira, etc. — do charlatão. E, não exigem, tambem, as municipalidades a habilitação — por exame e matricula dos machinistas, motoristas, “chauffeurs”, conductores de vehiculos, e simples mensageiros e carregadores, — dando-lhes um numero de ordem — como condição de sua capacidade para a profissão, e consisnte na confiança que devem inspirar ao publico? E, nem por isso, jámais, municipalidade alguma, foi por tal determinação — condemnada. Como, pois, investir alguém com o direito de exercer uma profissão qualquer, sem passar por provas de habilitação? (*O Direito*, vol. 83, pag. 36, A. MILTON — *Comm. ao § 24, do art. 72, da Constituição*, pags, 423 a 425).

O saudoso praxista Dr. JOÃO MONTEIRO, lente da nossa Faculdade, — considera infundada e anarchica a opinião que vê no § 24 do art. 72, da Constituição, aberta a profissão da advocacia — a qualquer titulo de habilitação official, ou titulo escolar, academico ou outro, seja de que natureza fôr. O espirito do texto constitucional, — garantindo o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial, é que — o exercicio está sujeito ás condições que a lei ordinaria determinar. As emendas apresentadas na discussão da Constituição pelos adeptos da liberdade profissional — sem restricções, e, pelo deputado representante — sectario do apostolado positivista Comtista, — foram todas rejeitadas; sendo mantido o texto constitucional e o sentido, geralmente acceto — de ser a liberdade natural, restringida pelas conveniencias sociaes (J. MONTEIRO — *Pr. Civ. e Comm.*, vol. 1.º, pag. 283). Desta mesma opinião são tambem os Drs. PEDRO LESSA, ex lente da nossa Faculdade e actualmente digno ministro do Supremo Tribunal; PINTO FERREZ e outros.

O DR. SORIANO DE SOUZA, magistrado do Estado, — considera improcedente a argumentação — de inconstitucionalidade do art. 156 do cod. penal — porque a disposição do § 24 do art. 72, da Constituição não visou dispensar as condições de habilitação, nem, em geral, as limitações em vigor, quanto ao exercicio de certas profissões especiaes (SORIANO — *Fasc. de Decisões*, pag. 480). O illustre medico Dr. NINA RODRIGUES, lente da Facul-

dade de Medicina da Bahia, na sua magistral conferencia de abertura do curso de medicina legal, discorrendo, considera que não é inconstitucional a lei dos Estados, que exige dos candidatos ás profissões, o grau de habilitação e saber necessarios que inspire á sociedade a necessaria confiança; e, principalmente, com um preparo mais cuidadoso na profissão medica.

A exigencia que os Estados fazem, por lei ordinaria, do registro dos titulos legais de habilitação, a exemplo dos paizes mais cultos da Europa e dos Estados Unidos do Norte, é, para elles proprios, uma garantia, não só para o exercicio de sua profissão, como para os seus direitos, isenções, prerrogativas e cobrança judiciaria dos seus honorarios, com recurso para os tribunales, e das despezas ou responsabilidades, relativas a medicamentos e outras applicações, bem como o direito que é conferido de, só elles, poderem ser nomeados para os serviços do exercito e armada, e para qualquer outro estabelecimento de character official ou particular (*O Direito*, vol. 79, pag. 517).

O illustre e provector juriconsulto Dr. M. A. DUARTE DE AZEVEDO, lente aposentado da nossa Faculdade, ex-ministro da Justiça no tempo do Imperio e actualmente presidente do Senado do Estado, escrevendo sobre a these *Liberdade profissional* e emittindo o seu luminoso parecer sobre “si a generalidade do § 24 art. 72 da Constituição, leis e regulamentos, alguns dos quaes expedidos por auctorisação legislativa, exigiram condições de capacidade para certas profissões, de cujo exercicio inepto resultasse prejuizo publico ou damno á saúde e segurança das pessoas. O cod. penal, as leis e regulamentos de policia administrativa e sanitaria, inspecção de policia e saúde dos portos, a maior parte das posturas sobre policia e hygiene municipal, as precauções tomadas para o exercicio de advocacia e muitas outras prescrições de ordem publica, revelam que, embora a latitude da faculdade concedida pela Constituição, nunca se entendeu que o uso das profissões independesse da verificação official das condições de capacidade.

E seria insensato permittir-se o exercicio, muitas vezes perigoso, de uma profissão sem a exigencia das condições de aptidão, pela attestação official, o que é do proprio interesse da parte, que adquire, por esse modo, um titulo á confiança publica. A Constituição, garantindo o livre exercicio de qualquer profissão, exprime o pensamento de que nenhuma é interdicta e nem privilegiada. Assegurando o uso da profissão, a Constituição não dispensou os profissionaes do requisito da capacidade.

Não ha direito algum a cujo exercicio não se imponham as restrições compatíveis com o estado da sociedade e com os direitos de terceiros. As necessidades da hygiene, policia e mais interesses publicos, assim como os de saúde e da segurança da pessoa e direitos dos particulares, exigem, se não excepções, ao menos a coordenação da actividade de cada um dos associados, na esphera do direito privado (*Gazeta Jur. de São Paulo*, vol. 17, pag. 161).

O illustre advogado DR. TRAJANO A. DE CALDAS BRANDÃO, tratando da questão sobre *Liberdade Profissional*, combate, com vantagem, em longas e lucidas considerações e judiciosos conceitos a opinião do illustrado juiz Dr. VIVEIROS DE CASTRO, que sustentou em sentença (*Direito*, vol. 80 pagina 292), a *liberdade profissional sem restricções*, que é na opinião do advogado contestante — uma doutrina subversiva e perigosa, repellida pelas condições actuaes da sociedade brasileira e de todas as sociedades humanas (*Revisita de Jur.*, vol. 15, pag. 97). A mesma argumentação do advogado DR. TRAJANO BRANDÃO se applica e serve inteiramente de contestação a opinião do Dr. M. J. CARVALHO DE MENDONÇA, juiz seccional, que sustenta, tambem *Direito*, vol. 99, pag. 321), a doutrina da *liberdade profissional sem restricções*.

A imprensa desta Capital, que representa uma parcella da opinião publica, discutindo a questão da liberdade profissional, decorrente do art. 1.º do decr. n. 8.659, de 5 de abril de 1911, — que organisou o Ensino Superior e Secundario da Republica, considera-o attentatorio á letra e espirito do § 24 do art. 72, da Constituição, em vista da discussão levantada e debatida no Congresso Constituinte, — que motivou a rejeição das emendas então offerecidas ao cit. § 24. Como consequencia a imprensa accentuou o perigo da interpretação que os adeptos da liberdade profissional dão a todas as profissões liberaes, em geral, e, principalmente, em relação ao exercicio da medicina — e especialmente — por profissionaes estrangeiros, que, não obstante a exigencia do art. 81, do proprio decr. cit., n. 8.659, de 1911, entendem — que não se devem sujeitar ás disposições regulamentares do exame de sufficiencia perante os nossos institutos officiaes de medicina, com o registro dos seus titulos na Directoria do Serviço Sanitario; collocando-se elles, sem essas garantias, em posição perigosa, relativamente ao exercicio illegal das suas profissões, — não obstante ficarem sujeitos á sancção penal do art. 156 do cod. penal. Assim, pois, em vista de tudo que fica exposto, o decr. n. 8.659 de 5 de abril de 1911, expedido em virtude da auctorização constante do art. 3.º da lei de Orçamento n. 356, de 31 de dezembro de 1910 (e ao que conste — ainda não approved pelo poder legislativo), e embora expedido para o caso especial da reforma do Ensino Superior e Secundario, mantido pela União — sem privilegio de qualquer especie, — contem tão lata disposição, no seu art. 1.º — que os sectarios da *liberdade profissional* sem restricções se têm nelle firmado — não obstante a disposição do § 24, do art. 72, da Constituição — que, embora garanta o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial, o sujeita entretanto, ás condições que a lei determinar como tem determinado, isto é: prova de habilitação por titulos e diplomas scientificos — com obrigação para os profissionaes — medicos estrangeiros, o exame de insufficiencia,, como determinava o art. 226 a 236, do Código dos Institutos Officiaes de Ensino Superior e Secundario, approved pelo decr. n. 3.890, de 1 de janeiro de 1901, inclusive, para os medicos em geral, — o registro dos respectivos titulos e diplomas, na Directoria do Serviço Sanitario do Estado. E, accresce, para finalizar: que encara-

da pelo seu lado principal, a autorização contida na lei n. 2.356, de 31 de dezembro de 1910. — ella por mais ampla que fosse não podia modificar, como parece, ter pretendido, o preceito constitucional, contido no § 24 do art. 72 cit., por faltar para tal competencia ao Congresso Nacional, que só o poderia fazer nos termos do art. 90 e seus paragraphos da Constituição. E, assim julgando pois, confirmam a sentença de fls. 28, para todos os effeitos de direito; e na forma da lei mandam que fiquem sem effeito a fiança, a que se refere sentença de fls. 39, visto poder o réo ser julgado solto. (*Acc. do Trib. de Just. de São Paulo, de 19 de Fevereiro de 1912*).

XXIV. Officio de curandeiro e exercicio illegal da medicina são coisas distinctas. Dedicase ao primeiro quem não é medico; incorre no segundo o medico estrangeiro que não está habilitado segundo as nossas leis e regulamentos (*Acc. de T. Just. de S. Paulo, de 28 de nov. de 1912*).

XXV. O motivo reprovado não agrava a pena em que o curandeiro incorre; é elementar do crime (*Acc. do T. de Just. de S. Paulo, de 20 de nov. de 1913*).

XXVI. A simples pratica de uma religião ou culto publico é um acto licito; para que constitua o crime previsto no art. 157 do Cod. Pen. deve ter o intuito de realizar algum dos fins mencionados no mesmo artigo, isto é, despertar sentimentos de amor e odio, inculcar cura de molestias curaveis e incuraveis, em geral fascinar e subjugar a credulidade publica, casos em que occorre verdadeira modalidade do crime de estellionato (*Acc. do S. T. de Just. do Amazonas, de 23 de fev. de 1926*).

XXVII. O espiritismo é uma religião como qualquer outra, garantida pelo art. 72, § 3.º da Const. O Codigo Pen. não pune o espiritismo como religião e sim o uso dessa, da magia, seus sortilegios, do talisman e cartomancia, para os fins visados no art. 157 do Cod. Pen., despertar sentimentos de odio, inculcar curas, etc. (MACEDO SOARES, not. 239). A Const. Fed. não teve em vista revogar o art. 157 do Cod. Pen. O espiritismo punivel pelo Cod. é aquelle em virtude de cuja pratica o chefe da seita venha incidir na sancção dos arts. 157 § 1.º e 297 ou em uma das modalidades do crime de estellionato. A pratica do espiritismo, como da magia e seus sortilegios e o uso de talismans e cartomancias só constitue crime quando para os fins consignados na 2.ª parte do art. 157 do Cod. Pen. O crime definido no art. 158 do Cod. Pen. tem tido seus defensores escudados no art. 72 § 2.º da Const. Fed., entendendo elles que, a vista do texto constitucional, desaparece a figura delictuosa do referido art. do Cod. Pen. A intelligencia, porém, do texto constitucional é a que magistralmente deu JOÃO BARBALHO (*Const. Fed. Comm.*), de que taes profissões podem ser exercidas, respeitadas as condições de sua existencia legal, vindo em auxilio de sua opinião o elemento historico e de-

ciões varias do Sup. T. Fed. e dos Trib. dos Estados (*Acc. do Sup. T. de Just. do Amazonas* confirmando sentença da 1.<sup>a</sup> instancia, de 29 de maio de 1926).

XXVIII. O art. 72, § 3.<sup>o</sup> da Const. Fed. garante a plena liberdade de cultos. O art. 157 do Cod. Pen., comquanto não esteja revogado, deve ser entendido de accordo com a Constituição; elle não prohibe a pratica do espiritismo, como religião, mas sim os factos della decorrentes classificados crimes e como taes punidos com as penas ali estatuidas (*Acc. do Sup. T. de Just. de Paraná*, de 20 de agosto de 1926).

XXIX. O crime previsto no art. 157 do Cod. Pen. sobre a pratica do espiritismo não está revogada pelo art. 72 § 3.<sup>o</sup> da Const. Fed. Sustentaram alguns, como VIVEIROS DE CASTRO (*Questões de Direito Penal*, pag. 106), LUCIO DE MENDONÇA (*Paginas Jurisicas*, pag. 77), que a Const. da Rep. sendo posterior ao Cod. Penal, o art. 157 está virtualmente revogado pelo art. 72, § 3.<sup>o</sup> daquella, onde prescreve a liberdade religiosa; a maioria, porém, entre estes, MACEDO SOARES, (*Cod. Pen. comm.* 4.<sup>a</sup> ed. nota 248), e dos tribunaes e juizes, nos seus julgados, decidindo sobre o crime do art. 157 (*Acc. do S. T. Fed.* de 16 de ag. de 1916, na *Rev. de Dir.* v. 47, 374; *Sent. do Juiz de Dir.* da 1.<sup>a</sup> V. Crim. do D. F., conf. *Ass. do Cons. Sup. da Côte de App.* de 11 de dez. de 1915, na *Rev. de Dir.*, v. 39, 411, e outros julgam não revogados, devendo ser estendido em harmonia com as disposições liberaes da Cons.. "A simples pratica do espiritismo não constitue um crime, e sim o exercicio de um direito garantido na Const. da Rep. Como doutrina ou como religião, o espiritismo é tão respeitavel como qualquer outra". Foi esta a these que, de modo brilhante, sustentou o eminente magistrado Dr. VIVEIROS DE CASTRO, no seu livro "*Questões de Direito Penal*", these acceita por BENTO DE FARIA (*Cod. Pen. annot.* 1.<sup>a</sup> ed. pag. 239); MACEDO SOARES (*Cod. Pen. comment.*) e recentemente por GALDINO SIQUEIRA incrimina o Cod. não a simples pratica do espiritismo, da magia ou da cartomancia, mas a sua pratica com intuito fraudulento ou enganoso." E' por isso que os elementos do crime do art. 157, são os seguintes: 1.<sup>o</sup> — que haja invocação dos espiritos ou qualquer acto de cerimonia espirita, em sessão ou isoladamente; 2.<sup>o</sup> — que o delinquente procure realizar qualquer dos fins mencionados no art. 156; 3.<sup>o</sup> — que haja, enfim, dolo ou má fé (*GAL. SIQ.*, op. cit, pags. 178 e 316). Quando se recorre ao espiritismo como meio de cura de molestia, é que surge a questão de encaral-o illegalmente exercido, como actos puniveis, pois que naturalmente se cae em outras disposições do Cod., a do art. 156, que commina pena para o exercicio illegal da medicina, ou a do art. 158, que pune a pratica do officio de curandeiro. Dada, segundo os autores, a inutilidade deste ultimo artigo, uma vez que o Cod. pune o exercicio illegal da medicina, GALDINO SIQUEIRA, diz que parece querer o Cod. applicar o artigo que trata do exercicio illegal da medicina ás pessoas cultas, que a exercem sem o di-

pioma academico, ao passo que o officio de curandeiro ás ignorantes. Entretanto, já o disse VIVEIROS DE CASTRO "estão os espiritas no pleno gozo de um direito invocando os seus espiritos bemfazejos para a cura dos enfermos, dando agua fluida magnetizada", com esses actos não commettem crime algum. Do mesmo modo, quanto á applicação de passes, nem mesmo com esses actos commettem os agentes o crime de exercicio illegal da medicina (*Ac. do Sup. S. de Just. do Paraná, de 3 de dez. de 1926*).

XXX. Não se póde confundir o officio de curandeiro com o de feiticeiro, de spiritista, do magico ou do cartomante. O objectivo destes delinquentes é inculcar curas de molestias curaveis e incuraveis. Os traços caracteristicos das duas figuras são os meios e processos postos em pratica pelos agentes para chegarem ao resultado desejado. O feiticeiro, o cartomante, o magico, o spiritista usam dos artificios que lhe são peculiares; o curandeiro fornece, ministra ou prescreve medicamentos (substancias de qualquer dos reinos da natureza). O feiticeiro, o magico, o cartomante, visam illudir a credulidade publica ou individual. O escopo do curandeiro é a cura das molestias. Para conseguir esse escopo, elle ministra, ou simplesmente prescreve, para o uso interno ou externo, drogas que manipula ou manda preparar. Pouco importa que, como meio curativo, elle use de varios processos. Desde que taes processos não visem despertar sentimento de odio e amor, inculcar curas de molestias curaveis ou incuraveis, fascinar e subjugar a credulidade publica, não exercer o officio de curandeiro. São figuras distinctas, que se não confundem, as dos arts. 157 e 158 do Cod. Pen. Crimes differentes não podem ser commettidos ao mesmo tempo, pela mesma pessoa e com unidade de resolução. O magico ou o spiritista não exerce o officio de curandeiro, não ha combinação possivel entre as duas figuras. ou o agente pratica o espiritismo, a magia, a cartomancia, ou ministra ou simplesmente prescreve, como meio curativo, drogas por elle manipuladas ou não. O magico procura illudir, fascinar e subjugar a credulidade dos simplorios; o curandeiro ministra ou prescreve drogas convencido de que póde curar qualquer doença (*Acc do T. da Rel. de Minas Geraes, de 5 de junho de 1928*).



## TITULO IV

Dos crimes contra o livre gozo e exercicio dos  
direitos individuaes





## TITULO IV

### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE GOSO E EXERCICIO DOS DIREITOS INDIVIDUAES

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

122. Neste titulo se occupa o codigo dos crimes contra o *livre goso e exercicio dos direitos individuaes*. E' uma categoria de direitos que se assinala por caracteres proprios e que aos demais excede em importancia, por basicos e fundamentaes da vida social, e, por isso, cercados de especial protecção. São chamados *direitos naturaes*, por constituirem faculdades naturaes, inherentes, do homem, a elle pertencentes porque é homem, e, pois, independentes de qualquer organização politica, e ainda inalienaveis e imprescriptiveis, sem elles o homem deixando de ser o que é.

São chamados *direitos de liberdade* pela maior amplitude de acção, que presuppõe a liberdade. Ninguém usa do termo — *liberdade* — diz PEDRO LESSA, para designar o direito de legitima defesa, ou o de cobrar uma divida, ou o de pedir alimentos; porque o exercicio desses direitos encerra uma actividade restricta, predeterminada pela lei. Dizemos todos, entretanto, frequentemente — *liberdade de locomoção, liberdade de imprensa, liberdade de associação, liberdade de profissão*; porque o exercicio destes ultimos direitos equivale a uma actividade mais vasta, indefinida, indeterminavel: “Dizendo — *direitos individuaes* ou *direitos de liberdade*, entendem diversos escriptores que é admissivel tendo em vista as varias manifestações da liberdade, mas não como direitos autonomos, porquanto tudo se reduz a uma unidade substancial, a *liberdade individual*, á personalidade humana emquanto se desenvolve para satisfação das suas variadissimas e sempre crescentes necessidades (JELLINEK, FLORIAN).

Quantos são os modos de exercicio da liberdade, tantas são as formás por que pôde ser offendida; mas no sentido preciso só se pôde denominar crimes contra a liberdade individual *aquelles que a offendem, não como meio para offensa de outros bens juridicos, e sim de modo directo e principal*.

Assim, não é crime contra a liberdade individual, mas roubo, a tirada de coisa alheia, mediante violencia á pessoa; a tirada do lar domestico de mulher honesta para fim libidinoso (rapto) etc. Entram, porém, naquella

categoria o constrangimento, o sequestro de pessoa, a ameaça, etc. Essa concepção dos crimes contra a liberdade ou direitos individuaes é moderna, moderno sendo o assignalamento da liberdade individual como bem juridico do individuo, como tal, a partir da revolução franceza, vindo reconhecido nas *declarações* ou *garantias de direitos* das constituições politicas dos differentes povos, inclusive as nossas de 1824 e de 1891. No direito romano, como nas legislações medievias, vemos a qualificação de certos crimes, que affectam a liberdade, mas concebidos sob outra intuição, como o *crimen vis*, o *plagium*, o *carcere privatus*, os crimes contra a religião, o *ambitus*, este comprehensivo de varias formas de corrupção, praticadas nas eleições da magistratura. Sob a nova intuição, os codigos se cingiram á dupla orientação. Imperante a concepção desenvolvida sobretudo por FEUERBACH, GROLMAN e TITTMANN, segundo a qual a liberdade é considerada restrictamente, como manifestação livre da vontade, ou liberdade physica, os crimes contra a mesma são qualificados, no codigo francez, como *arrestations illégales* e *sequestrations de personnes* (arts. 341-344); como rapto do homem maior ou menor (*Menschenraub, Kinderraub*), rapto de mulher (*Frauenraub, Entführung*), sequestração da liberdade (*Freiheits-beraubung*), constrangimento (*Noethigung*), a ameaça (*Bedrohung*, no codigo allemão (arts. 234-241), etc. Outra orientação é assignalada primeiramente pelo codigo do Chile, de 1874, e seguida pelo italiano, e consistindo em reunir em um só titulo os crimes contra a liberdade, encarada mais amplamente.

O primeiro, no titulo III, do livro II, sob a rubrica — *Delitos contra los derechos garantizados por la Constitución*, se occupa dos delictos que se referem ao exercicio dos direitos politicos e á liberdade de imprensa (art. 137); ao exercicio dos cuitos permittidos pela Republica (arts. 138-140); á liberdade e á segurança commettidos por particulares, como carcere privado, o plagio, a violação do domicilio e da correspondencia privada (arts. 141-157); á violação commettida por empregados publicos contra direitos garantidos pela constituição (arts. 148-161).

O codigo italiano reuniu os diversos crimes que offendem a liberdade nas suas varias manifestações, sob um conceito unico e um mesmo titulo, sob a rubrica — *Dei delitti contro la libertà*, distribuindo-os em seis capitulos, assim denominados: *dei delitti contro la libertà politiche* (I); *dei delitti contro la libertà dei culti* (II); *dei delitti contro la libertà individuale* (III); *dei delitti Finviolabilitá del domicilio* (IV); *dei delitti contro Finviolabilitá dei segreti* (V); *dei delitti contro la libertà dei lavoro* (VI). Alargando assim o conceito da liberdade individual e até a comprehender indevidamente os direitos politicos e outros, distinguu-se ainda dos codigos francez, allemão e outros em comprehender no mesmo titulo as violações da liberdade individual, quer commettidas por particulares, quer por funcionarios publicos.

123. O nosso codigo de 1830, tomando em geral, a liberdade individual, em accepção restricta, qualificava os crimes contra esse bem juridico

no tit. I da parte 3.<sup>a</sup>, sob a rubrica *Je — crimes contra a liberdade individual*. Ahí se comprehendiam o plagio ou redução á escravidão de pessoa livre (art. 179), o constrangimento ou violencia privada (art. 180), prisões illegaes, falta de nota de culpa, recusa, não cumprimento ou demora de cumprimento ou burla de ordens de habeas-corpuz (art. 181-188), carcere privado (art. 189-190), perseguição por motivo religiosos (art. 191).

Afastando-se do código francez, nesse mesmo titulo, comprehendia tambem os casos em que agentes do crime fossem funcionarios publicos, tomando assim orientação seguida pelo actual código italiano, e preconizada por seus interpretes.

O código vigente, inspirando-se na orientação do código italiano qualificou os crimes contra a liberdade individual neste titulo, grupando-os pela mesma ordem, mas definindo-os, em geral, de accordo com o código de 1830.

Innovou sobre este, em comprehender os crimes contra a *liberdade de trabalho*, que aquelle código, attentas as condições do paiz, não comprehendia. Como sempre, incide em erros e defeitos.

Começa por comprehender no titulo os crimes contra o *livre exercicio dos direitos politicos*, que não podem ser considerados como modalidades dos crimes contra os direitos individuaes ou liberdade individual. Effectivamente, ao contrario destes, que têm como fonte a natureza humana, os direitos politicos, objecto da infracção mesmo na accepção restricta de infracção contra o direito eleitoral, tomada pelo código, são oriundos unicamente das leis ou organização politica, conferindo a faculdade de participar nas coisas publicas, pela escolha do delegado ou representantes. Não são, pois, faculdades naturaes. Quanto ao titular ainda divergem accentuadamente, pois, ao passo que o direito individual pertence a todo e qualquer homem, nacional ou estrangeiro, o direito politico só é outorgado ao nacional e ainda com requisitos exigidos pela lei ao cidadão activo, membro da communhão politica.

Ora, se a razão de se incluir em um só titulo os crimes em questão, é a unidade substancial do bem juridico lesado, nada justifica a inclusão dos crimes politicos neste titulo, ao lado de outros cujo objecto é distincto. Melhor inspirado andou o código anterior, fazendo desses crimes politicos, objecto de titulo diverso, com a mesma rubrica que o código vigente adoptou para o capitulo I desse titulo. Não foi coerente ainda o código vigente em excluir aquelles formas de crimes contra a liberdade individual commettidos por funcionarios publicos, relegando-as para a classe dos crimes de prevaricação (art. 207), perquanto neste mesmo titulo conservou outras formas criminosas e funcionaes (arts. 198, 199, 201). Acresce notar mais que, com essa transposição, tornou mais precaria a garantia da liberdade individual, pois reduziu aquellas figuras criminosas, tornando-as dependentes dos requisitos, communs aos crimes de prevaricação, isto é, os moveis da affeição, odio, contempção ou interesse pessoal.

124. Como ponto common aos crimes qualificados neste titulo cumpre desde já firmar o conceito dos meios frequentemente empregados em seu commettimento. Estes meios são a *violencia*, a *ameaça* e a *fraude* ou *artificio*, que a lei especifica, mas não define.

A violencia consiste no emprego da força physica (*vis corporalis, vis absoluta*), e encarada quanto ao objecto, pôde ser applicada *immediatamente* contra o corpo da pessoa que se quer violentar (violencia á pessoa), ou *mediatamente* (violencia contra a pessoa), o que se verifica quando é dirigida contra terceira pessoa, ligada á primeira pelo vinculo de parentesco ou de affecto ou ainda extranha, ou contra coisas, visendo o constrangimento dessa pessoa. Exemplificando, diz LISZT que isso é possível: 1.º pela violencia feita ao conductor do cego; 2.º pela destruição de um passadiço, de uma carruagem de viagem, subtracção dos remos de um barco, tirar dos gonzos portas e janellas para obrigar os moradores a largar a casa, casos em que a violencia é sentida physicamente pelo constrangido. Como os códigos allemão e italiano, o nosso não faz. quanto aos crimes em questão, nenhuma distincção sobre a violencia, mas, como bem nota FLORIAN, tambem na violencia mediata se verifica a razão da lei, quando se queira tutelar rigorosa e completamente a liberdade individual. Se o desenvolvimento da força physica pôde não ser identico, na violencia immediata ou mediata, diversa, entretanto, nem sempre é a efficacia coercitiva. Quanto ao *conteúdo*, a violencia não deve ser tomada em accepção technica de lesão corporal, mas com certa latitude: todo acto exterior, com que se paralyse ou se supprima a faculdade de querer e de agir conformemente, pôde ser considerado violencia. Neste conceito se incluem todos os meios que reduzem o sujeito passivo ao estado de inconsciencia, como o hypnotismo, uma forte pancada na cabeça produzindo atordoamento, fazer a victima tomar um narcótico, aspirar chlorophormio, etc., meios que evidentemente só poderiam ser empregados em caso de violencia immediata. Em summa, pôde constituir violencia todo meio physico idoneo para constringer e que não seja simplesmente ameaça (FLORIAN, LISTZ, MEYER, BINDING).

A *ameaça (vis compulsiva)* é a perspectiva de um mal que supprima ou restrinja a livre manifestação da vontade (LISZT). Não se distingue da *violencia moral*, por isso que esta se resolve em uma intimidacção, e assim é considerada pelo nosso código, a exemplo de outros. A modalidade mais grave é a ameaça de um perigo actual para o corpo ou vida.

Não é necessario, observa ainda LISZT, que a ameaça seja seria, isto é, que quem a faz pretenda executal-a ou que a execucao seja possível (ameaçar enfeiticar, ameaçar com uma arma descarregada); ella, porém, deve parecer séria ao ameaçado, de sorte que seja propria a actuar sobre a resolução deste, e o agente deve ter consciencia de que a sua ameaça produz tal effeito.

Tambem a ameaça deve ser sempre dirigida contra a pessoa, cuja liberdade se pretende coagir, deve ser destinada e propria a influenciar o exercicio de sua vontade; mas não é necessario que o mal, destinado a exercer tal

influencia, affecte immediatamente a pessoa de que se trata, — pôde ser dirigido contra coisas.

A ameaça pôde ser enunciada expressamente ou por gestos (levantar o braço, apontar a arma etc.). A possibilidade da fuga ou da resistencia não exclue a idéa de ameaça.

Finalmente é de notar que a violencia, quando está em perspectiva a sua continuação, constitue ao mesmo tempo uma ameaça.

A *fraude* ou *artificio* consiste em enganar outrem sobre a importancia da acção como causa, e portanto em suscitar ou alimentar um erro em outrem, phantasiando-se, desfigurando-se ou supprimindo-se factos. Pôde ser dirigido contra terceiros, v. g., induzindo em erro o funcionario publico ou o director de um hospicio de alienados, servir de meio para a sequestração da liberdade (Liszt).

## CAPITULO I

### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS DIREITOS POLITICOS

**Art. 165.** Impedir, ou obstar de qualquer maneira o eleitor vote:

**Pena** — de prisão cellular por quatro mezes a um anno.

**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:

**Pena** — de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dois annos.

**Art. 167.** Vender o voto:

**Pena** — de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dois annos.

**Art. 168.** Votar, ou tentar votar, com titulo eleitoral de outrem.

**Penas** — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 300\$000.

Nas mesmas penas incorrerá:

§ 1.º O eleitor que, fornecendo o seu titulo, concorrer para essa fraude;

§ 1.º O eleitor que, fornecendo o seu titulo, concorrer para veitando-se do alistamento multiplo.

**Art. 169.** Impedir ou obstar, de qualquer maneira, que a mesa eleitoral ou a junta apuradora, se reúna no logar 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\$000 a 1:500\$000, além das mais em que incorrer pelos crimes a que der causa a violencia.

**Art. 170.** Apresentar-se alguem nas assembléas eleitoraes com armas ou trazel-as occultas:

**Penas** — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 100\$000 a 300\$000.

**Art. 171.** Violar de qualquer maneira o escrutinio, rasgar ou inutilisar livros e papeis relativos ao processo eleitoral:

**Penas** — de prisão cellular por um a tres annos e multa de 1:000\$000 a 3:000\$000, além das penas em que incorrer por outros crimes.

**Art. 172.** Extraviar, occultar inutilisar, confiscar ou subtrahir de alguem o seu titulo de eleitor:

**Penas** — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 100\$000 a 300\$000.

**Art. 173.** Falsificar, em qualquer eleição, o alistamento dos eleitores; alterar a votação, ler nomes diversos dos que constarem das listas, acrescentar ou diminuir nomes ou listas; falsificar as respectivas actas:

**Penas** — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 1:000\$000 a 3:000\$000.

**Art. 174.** Reunir-se a mesa eleitoral, ou junta apuradora, fóra do logar designado para a eleição ou apuração:

**Penas** — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 500\$000 a 1:500\$000.

**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 dois annos e de multa de 400\$000 a 1:200\$000.

**Art. 176.** Alterar o presidente e membros da mesa eleitoral, ou junta apuradora, o dia e hora da reunião, induzindo por este ou por outro meio os electores a erro:

**Penas** — de privação dos direitos politicos por dois annos e de multa de 500\$000 a 1:500\$000.

**Art. 177.** Fazer parte, ou concorrer para a formação de mesa eleitoral ou de junta apuradora illegitima:

**Penas** — de privação de direitos políticos por dois annos e multa de 300\$000 a 1:000\$000.

**Art. 178.** Deixar de comparecer sem causa participada, para formação da mesa eleitoral:

**Penas** — de privação de direitos políticos por dois annos e multa de 200\$000 a 600\$000.

**Paragrapho unico.** Si por esta falta não se puder formar a mesa:

**Penas** — a mesma em dobro.

**LEI N. 3.208, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1916**

**Art. 43.** Além dos definidos no Código Penal, serão considerados crimes contra o livre exercicio dos direitos políticos os factos mencionados nos artigos seguintes.

**Art. 49.** Deixar qualquer dos membros da mesa de rubricar os boletins da eleição dados aos fiscaes:

**Penas** — de dois a seis mezes de prisão.

**Art. 50.** A fraude de qualquer natureza praticada pela mesa eleitoral ou junta apuradora da eleição será punida com a seguinte:

**Pena** — de seis mezes a um anno de prisão.

**Paragrapho unico.** A falsificação de actas eleitoraes será punida com o dobro da pena estabelecida neste artigo, ficando isento de qualquer pena o membro da mesa eleitoral ou junta apuradora que contra a fraude protestar no acto de ser ella praticada.

**Art. 51.** Deixar o funcionario federal de denunciar, promover ou dar andamento ao processo por crimes definidos nesta lei.

**Penas** — de suspensão dos direitos políticos por dois a quatro annos e perda do emprego com inhabilitação para outro pelo mesmo tempo.

**Art. 52.** O cidadão que usar de titulo falso ou aheio para votar:

**Pena** — de prisão por dois a quatro mezes.

**Art. 53.** Deixar o mesario ou o secretario de comparecer no dia da eleição ou da apuração, sem causa justificada, abandonar o serviço ou deixar de cumprir dentro dos prazos estabelecidos os deveres que lhe são impostos:

**Pena** — de dois a seis mezes de prisão.



**Art. 54.** Deixar qualquer funcionario de dar certidão a que é obrigado pela presente lei:

**Pena** — de um a tres mezes de prisão.

**Art. 56.**

§ 3.º As penas serão augmentadas de um tempo, quando os crimes forem commettidos por funcionarios publicos.

**Art. 58.**

§ 6.º Os funcionarios dos Correios que, por qualquer meio, criarem embaraços á remessa dos papeis dos eleitores, ou concorrerem directa ou indirectamente para a sua violação ou extravio, incorrerão, além das penas estabelecidas no Código Penal, na suspensão das respectivas funcções, por seis mezes, com a perda total dos vencimentos.

**DECR. N. 4.226, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1920**

**Art. 24.** A fraude de qualquer natureza no processo de alistamento do eleitor, já pela declaração de residencia em districto eleitoral diverso do da verdadeira residencia do alistando, já pela exhibição de quaesquer documentos falsos, falsificados ou adulterados, no todo ou em parte, já com o reconhecimento de firmas ou letras, falsas ou falsificadas, além de, a todo tempo, determinar a annullação do alistamento, mediante recurso regular, sujeitará o alistando á pena de dois mezes a um anno de prisão celluar, acarretará ao tabellião a multa de 500\$000 a 2:000\$000, de cada firma fraudulentamente reconhecida, e o dobro destas penas na reincidencia.

§ 1.º Os que concorrerem com seu auxilio, já fornecendo ao alistando taes documentos, já collaborando directamente, de qualquer forma, em fraude, serão punidos, como co-autores, com as mesmas penas do alistando.

§ 2.º As penas de multas serão convertidas em prisão simples, na proporção de 10\$000 por dia, quando não forem pagas.

**Art. 25.** Deixar o juiz de mandar incluir no alistamento o alistando que provou evidentemente estar no caso de ser eleitor; protelar o alistamento, ou a entrega do titulo de eleitor, não designar, no tempo proprio, os dias da semana destinados ás audiencias, ou deixar de presidil-as sem justa causa:

**Pena** — de perda de emprego com inhabilitação para qual-  
quer outro durante cinco annos.

Deixar o juiz excluir do alistamento o eleitor que se alis-

tou em outro município, dentro dos 15 dias que se sēguiram á communicação official deste facto:

**Pena** — de suspensão de emprego de seis mezes a um anno.

Recusar-se o tabellião a reconhecêr a letra e assignatura do alistando, que escrever em sua presença, ou as assignaturas dos documentos que instruirem as petições, quando estiverem regularmente authenticados; reconhecer como de determinada pessoa letra e firma de outrem; extraviar, como escrivão do alistamento, os papeis ou documentos do alistando ou do recorrido ou do recorrente, juntos em autos ou para esse effeito entregues em cartorio:

**Pena** — de dois a seis mezes de prisão e suspensão de funções de seis mezes a um anno.

Alistar-se o eleitor em mais de um município:

**Pena** — de seis mezes a um anno de prisão.

DECR. N. 1.756, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1926

Consolida nos arts. 83 a 95 as disposições penaes para os crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos.

125. Na maior parte dos codigos garante-se o exercicio dos direitos politicos do cidadão, encarados como referentes ao voto, ou como *direito eleitoral*. O codigo italiano, porém, adoptou methodo diverso, trazendo no art. 139 uma formula generica, comprehensiva das offensas aos direitos politicos em geral, como o direito de reunião com intuito politico, o de petição sobre assumpto da natureza publica, etc., ficando a repressão dos crimes contra o direito eleitoral para objecto de leis especiaes. O nosso codigo de 1830 fazia do tit. III, da parte II, objecto dos crimes contra o direito eleitoral e bem assim dos crimes contra o livre exercicio dos conselhos geraes provinciaes e camaras municipaes, methodo tambem seguido pelo codigo alle-mão.

O codigo vigente occupa-se sómente dos crimes contra o direito eleitoral, neste capitulo, qualificando-os casuisticamente, vindo as leis mencionadas no texto, n. 3.208 de 1916 e 4.226 de 1920 prever outras figuras delictuosas contra o mesmo direito eleitoral.

Vamos apreciar os crimes assim qualificados, distribuindo-os em dois grupos, uns referentes ao processo do alistamento, outros ao processo da eleição.

126. O processo do alistamento foi regulado pela Lei n. 3.208 de 27 de dezembro de 1916, modificada pelo decr. n. 4.226 de 30 de dezembro de 1920. Não pequeno tem sido o numero de leis que têm sido promulgadas, no actual regimen, visando melhor organizar o serviço de qualificação de eleitores e o processo eleitoral, editando penalidades diversas contra suas violações.

Sómente com as ultimas leis têm-se modificado os nossos costumes politicos, assegurada melhor a verdade do voto, especialmente na capital do paiz, onde a mais desenfreiada fraude e mais revoltantes violencias se registravam frequentemente nas eleições, dest'arte deturpando-se pela base o regimen politico adoptado, de nada valendo as comminações penaes, letra morta se tornando a lei penal. A necessidade da repressão dos actos attentatorios da regularidade do processo de alistamento eleitoral desde logo se patenteia, porquanto é nelle que se determina, em concerto, o direito de ser eleitor. A citada lei n. 4.226 de 30 de dezembro de 1920 é que veio qualificar os crimes contra o processo do alistamento eleitoral, arts. 24 e 25, transcriptos no texto.

No art. 24 são previstas diversas modalidades de fraude praticadas pelo alistando, a quem se equipara como co-autor todo aquelle que o auxiliar, fornecendo documentos falsos ou falsificados ou adulterados, no todo ou em parte, ou collaborando directamente, de qualquer forma, na fraude. No art. 25 são previstas diversas modalidades criminosas praticadas pelo juiz, tabelião ou escrivão no processo do alistamento, e o crime commettido pelo eleitor, alistando-se em mais de um municipio.

127. Para ser traducção do exercicio da soberania, é necessario que o processo da eleição obedeça aos principios da *legalidade*, *sensu stricto*, de modo que nas listas só figurem os devidamente qualificados como eleitores; da *liberdade*, no sentido de que o eleitor vota segundo a propria vontade e sem impedimentos ou pressão exterior; da *honestidade*, eliminada todo meio de corrupção; da *sinceridade*, só admittidos a votar aquelles que têm direito, sendo os resultados da votação fielmente verificados e proclamados (FLORIAN). A violação de cada um destes principios constitue crime, e os crimes assim configurados, segundo os principios violados, podem ser distribuidos em tres grupos, classificação tradicional, que vem desde o codigo penal francez, arts. 109, 111 e 113, a saber: a *coerção* ou *violencia*, que offende a liberdade da eleição; a *corrupção*, que lhe tira a honestidade, e a *fraude* que lhe tira a sinceridade ou a verdade.

A coerção pôde verificar-se de dois modos, ou como *pressão* exercida sobre o eleitor individualmente, ou como *perturbação* violenta dos comicios electoraes (PESSINA).

Caso da primeira especie temos nos arts. 165 e 166., e da segunda nos arts. 169 e 171 do codigo, constituindo o caso do art. 170, que em rigor é antes uma contravenção, uma forma de violencia presumida. O agente pôde ser qualquer particular ou funcionario publico, mas o codigo não cogita desta qualidade neste capitulo, como forma especial do crime. Tratando-se de abuso de poder ou autoridade, haverá concurso de crimes.

Quando o crime é commettido por meio de tumulto (art. 169, ultima parte) presuppõe acção collectiva.

A *corrupção* (correspondente ao *ambitus*) se verifica quando o voto é solicitado ou cedido mediante lucro, dest'arte offendendo-se a honestidade do suffragio, bem como a sua sinceridade. Isto se verifica: 1.º) pela compra ou

pela venda do voto; 2.º) pelo emprego de promessa de valores, cargos publicos ou particulares para o eleitor votar por determinado candidato. Taes são os casos dos arts. 166 e 167. Em qualquer dessas modalidades, são elementos do crime:

1.º) um *candidato*, em favor do qual se verifica a corrupção;

2.º) o *voto* de um ou mais eleitores, que é objecto da corrupção;

3.º) um *meio* ou *premio* ou *compensação*, mediante a qual se opera a corrupção;

4.º) o *fim*, a manifestação expressiva do voto, ou a abstenção (CARRARA, TUZZI, FLORIAN).

A *fraude* (vid. n. 124) se refere ás listas de chamada, ao suffragio de cada eleitor ou ao resultado da votação. Dá-se a fraude no primeiro caso quando se falsifica as listas eleitoraes, accrescentando ou diminuindo nomes ou empregando outros artificios (art. 173).

Dá-se no suffragio de cada eleitor: a) quando alguém vota ou procura votar em titulo falso ou alheio; b) ou vota mais de uma vez na mesma eleição, aproveitando-se de alistamento multiplo (Cod., art. 168, lei n. 3.208 de 1916, art. 52). Dá-se a fraude no resultado eleitoral, extraviando, occultando, inutilizando, confiscando ou subtrahindo o titulo de um eleitor, ou por outro modo impedindo-o de votar (arts. 165 e 172); deixando qualquer membro da mesa de receber o voto do eleitor, que se apresentar com o respectivo titulo (art. 175; por acção omissiva impedir a mesa ou junta de funcionar (arts. 174 e 178 do codigo e 53 da lei n. 3.208 de 1916); occasionar a nullidade da mesa ou junta (art. 177); praticar outras fraudes (art. 50 da cit. lei).

Normas especiaes encontram-se no decr. n. 4.226 de 30 de dezembro de 1920, declarando inafiançaveis todos os crimes definidos nessa e outras leis e os de igual natureza do codigo penal, fixando o termo de oito annos para a prescrição da respectiva acção penal, que é publica; cabendo, além do procurador seccional, a qualquer cidadão intental-a, por denuncia, perante o juiz da seccção (art. 26).

## CAPITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

Art. 179. Perseguir alguém por motivo religioso ou politico:

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes, além das mais em que possa incorrer.

Art. 180. Privar alguém da sua liberdade pessoal, já impedindo 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.

Paragrapho unico. Si para esse fim empregar violencia, ou ameaças:

**Pena** — a mesma, com augmento da terça parte, além das mais em que incorrer pelos actos de violencia.

**Art. 181.** Privar alguma pessoa da sua liberdade, re-tendo-a por si ou por outrem, em carcere privado, ou conser-vando-a em sequestro por tempo menor de 24 horas:

**Pena** — de prisão cellular por dois mezes a um anno.

§ 1.º Si a retenção exceder desse prazo:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

§ 2.º 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 cellular por um a tres annos.

**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 cellular por dois a doze annos.

**Art. 184.** Prometter, ou protestar, por escripto assignado, ou anonymo, ou verbalmente, fazer a aloguem um mal que constitua crime, impondo, cu não, qualquer condição ou ordem:

**Pena** — de prisão cellular por um a tres mezes.

Paragrapho unico. Si o crime fôr commettido contra cor-poração, a pena será applicada com augmento da terça parte.

128. A disposição do art. 179 tem, em parte, como fonte o art. 191 do codigo anterior, que limitava a figura delictuosa ao motivo de religião. Nota JOÃO VIEIRA que essa disposição, que melhor caberia no capitulo seguinte deste titulo, é aliás superflua, porque a formula é vaga e o fim que visa já está prevenido em outras disposições relativas aos crimes *politicos*, ou contra a *ordem publica*, por exemplo, os dos arts. 119 e 165, ajuntamento illicito e coacção do voto, assim como aos contrarios á liberdade em geral neste titulo. A disposição visa proteger mais especialmente a liberdade de crenças religio-sas ou opiniões politicas, assegurada pela Constituição Federal, de modo exp-resso no art. 72 § § 3.º e 12, como já o era no regimen anterior.

A acção está em procurar, por meios diversos, produzir damno material ou moral ao sujeito passivo, e o dolo especifico, o motivo religioso ou politi-

co, a perseguição se fazendo pelo facto do perseguido professar idéa religiosa ou politica contrarias ás do perseguidor ou ás da seita ou partido por cuja conta esteja este obrando.

129. O crime definido no art. 180, disposição esta que tem como fonte o art. 180 do código anterior, é o chamado crime de *constrangimento*, ou de *violencia privada* ou de *ameaças coercitiva*.

Tem como objecto a *liberdade pessoal*, entendida como a *livre manifestação da vontade*, como *liberdade de acção*, e não mero *livre arbitrio* ou *liberdade psychologica* (LISZT). O que se protege, diz GEYER, é a liberdade de dispor dos movimentos do nosso corpo, e portanto de fazer ou deixar fazer alguma coisa segundo a nossa propria vontade". O bem juridico, assim protegido, vem expressamente reconhecido e assegurado, a nacionaes e estrangeiros residentes no paiz, pelas nossas Constituições politicas, imperial, art. 179 e § 1.º, e republicana, art. 72 e § 1.º, estabelecendo-se que "ninguem pôde ser obrigado a *fazer* ou *deixar de fazer* alguma cousa *senão* em virtude de lei". Procurando assegurar esta garantia constitucional, qualificando como crime a sua violação, o nosso código, em um sentido, deu-lhe maior elasterio, e em outro, menor, em face da configuração que tem recebido em outros codigos. Assim, geralmente tem sido conceituado o crime como *coerção da liberdade mediante violencia* ou *ameaça*, *coerção directa e immediata*, ao envez do que se dá com a *ameaça*, considerada como crime *sui generis*, em que a *coerção é indirecta e mediata*. O nosso código não considera a *violencia* ou a *ameaça* como elementos integrantes do crime, mas tão sómente como *aggravantes*, segundo o art. 190 e seu § unico. Assim, o que constitue regra para os outros codigos, passa á exceção, segundo o nosso. O crime se integra quando a *liberdade* é cercada por outros meios que não a *violencia* ou *ameaça*, pelo emprego de todos esses que suggere a fraude ou arдил (n. 124). Não se pôde contestar racionalmente que o crime possa ser commettido pela *captação do sentimento*, induzindo alguém em erro (BRUCK, FLORIAN), mas o commum se verifica pelos outros meios. O código ampliou, pois, o conceito do crime, com a adopção de outros meios para o seu commettimento. De outro lado restringiu o conceito, por isso que faz consistir o crime em obrigar alguém a *praticar* ou *não praticar* uma certa acção, ao passo que, segundo o código alemão, art. 240, seguido pelo italiano, art. 154, o crime consiste tambem em *tolerar* que tal acção seja praticada. Referindo-se á esta outra modalidade do crime, e conceituando-a, diz LISZT, que "a *tolerancia* é uma especie de *abstenção*; na idéa generica da *abstenção* comprehendem-se a *tolerancia* e a *abstenção*, em sentido estricto, as quaes se distinguem em que esta assenta sobre a *vontade*, e aquella sobre a *necessidade*. Assim a *abstenção*, mas não a *tolerancia*, *suppõe* uma *resolução*, embora *coacta* (*coação para ouvir proposições impudicas*).

130. São elementos constitutivos do crime previsto no art. 180

a) a acção coercitiva, mediante emprego da fraude ou ardid, ou tambem da violencia ou ameaça (n. 124), casos estes que trazem aggravação da pena:

b) o sujeito passivo, que é a pessoa physica, determinada e privada, pois se a acção fosse contra pessoas indeterminadas, ou se contra pessoas revestidas de funcções publicas, o crime seria de violencia publica, capitulavel, segundo o caso, em algum dos arts. 110, 112, 113, 114, 124.

E' indifferente que a pessoa goze ou não de sanidade mental, porquanto, como nota HALSCHNER, a protecção juridica tem aqui por objecto, não o *querer juridicamente responsavel*, mas a *manifestação da vontade*, de modo a não ser impedida por terceiros.

Assentando o crime na coerção da vontade, é bom de ver que não pôde existir se a pessoa consentir e fôr capaz.

c) o elemento subjectivo está na voluntariedade da acção e no fim especial, previsto pela lei, isto é, "*impedir alguém de fazer o que a lei permite, ou obrigar a fazer o que ella não manda.*" Assim, o conteúdo do fim deve necessariamente revestir o requisito da *illegalidade*. Deixa, pois, de existir o crime se o agente se achava autorizado a exigir a acção ou inacção em questão, e a empregar o meio coativo de que fez uso, a violencia ou ameaça de actos que, sem autorisação especial, constituiriam crimes. Igualmente, por constituir a illegalidade circumstancia integrante do crime, se o agente supõe erroneamente ser legal o acto, fica isento de pena. Ainda em relação ao fim, é de notar que não deve constituir de per si objecto proprio de crime diverso. Desfarte a offensa á liberdade pessoal, definida no art. 180, caracteriza-se pela sua importancia supplementar, subsidiaria, e tambem por constituir um crime formal, pois se integra desde que é usado, um dos meios coercitivos, independente do evento.

131 Diversas questões têm sido aventadas e solucionadas diversamente, entre os escriptores allemães, quanto á incriminação da violencia ou ameaça para obrigar alguém a fazer ou não fazer certas acções. A formula adoptada pelo nosso código permite resolver-as desde logo. Assim, pela negativa é de se resolver a questão de saber se ha crime no uso da violencia ou ameaças para impedir alguém: 1) de commeter um crime, salva a restricção opposta por FLORIAN, de constituir o meio empregado, por si mesmo um crime, v. g. a offensa physica; 2) de suicidar-se, pois se a lei pune quem presta auxilio ao suicidio, não é possível considerar punivel o acto que visa impedir-o. Pela affirmativa, se a acção visa impedir um facto simplesmente immoral ou para obrigar a pratica de acto moral, a offensa á liberdade pessoal em tal caso não sendo admissivel pela lei. Igual solução se a acção visa constringer alguém a cumprir um dever juridico, v. g. pagar um debito.

132. No art. 181 define o código o crime tradicionalmente denominado de *carcere privado, nomen juris*, que expressamente adoptou no art. 183.

A fonte do art. 181, como também dos arts. 182 e 183, que se occupam de outros aspectos do crime, foi o código portuguez, nos arts. 330, 331 e 332, com algumas modificações.

No direito romano esse crime figurava entre os de lesa magestade, por importar na usurpação do poder que ao soberano só competia de prender, e verificava-se, ou quando os funcionarios prendiam o cidadão fóra das prisões publicas, ou quando os particulares, quer por vingança, quer por outra qualquer razão, attentavam contra a liberdade individual (L. 1.<sup>a</sup>, Cod. de *privat. carceribus*). As penas, que eram a de morte e de confisco, foram substituidas por JUSTINIANO, por prisão por tempo igual ao da detenção illegal: "*tot dies memere in publico carcere, quot fuerit qui in privato ab eis inclusus* (L. 2. *ibid.*) A doutrina romana vigorou na idade media, recebendo o conceito do crime ampliações diversas, segundo se vê em FARINACIUS, No código francez, o crime de *chartre privée* recebeu uma configuração delimitada, pois consiste na *prisão, detenção* ou *sequestro* de pessoas quaesquer sem ordem das autoridades constituídas e fóra dos casos em que a lei determina a prisão dos culpados (art. 341). Os tres factos, constitutivos da materialidade do crime, podem coexistir ou não porquanto basta apenas um delles para integrar a infracção.

Citando a decisão da Côrte de Cassação, 27 de setembro de 1838, que assim interpretou o texto legal, e definindo as formas delictuosas ahí contidas, dizem CHAUCHEAU e HÉLIE: "Ainsi *arrestation* momentanée d'une personne, sans qu'elle ait été renfermée dans un lieu quelconque; sa *détention* dans sa propre maison, et conséquent sans qu'elle ait été précédée d'*arrestation*; enfin, et á plus forte raison, sa *séquestration* dans un lieu solitaire, ces trois actes, identiques par leurs caracteres, different par leur forme, constituent des crimes indépendants l'un de l'autre, mais se confondent dans la même incrimination." Qualquer dessas modalidades junta ao requisito da *illegalidade*, contido no dispositivo legal pelas expressões "*sans ordre des autorités constitués, et hors les cas la loi ordonne de saisir les prévenus*" integra a figura delictuosa. No código allemão, art. 239, o crime assume uma configuração mais vasta, pois não se limita, quanto ao elemento material, aos casos especificados no código francez, porquanto, depois de mencionar a prisão, acrescenta aquelle dispositivo a clausula geral — *ou priver alguém por outro modo da liberdade pessoal*.

E' uma concepção que melhor essegura ou protege o bem juridico em questão, que sendo a liberdade de locomoção, offendido póde ser não sómente com a detenção de um individuo em um logar determinado, mas por outros attentados. A essa concepção se prende o código italiano, art. 146, que não encerra qualquer especificação, mas faz consistir o crime no facto de *privare alcuno della libertà personale*. O nosso código de 1830, seguindo



o conceito do direito romano, fazia do logar da prisão o característico do crime.

Effectivamente, dizendo no art. 189 que o crime consistia em prender alguém em *carcere privado*, no art. 190 passava a definir este, estatuinto: “Haverá *carcere privado* quando alguém fôr recolhido preso em qualquer casa ou edificio não destinado para prisão publica, ou ahí conservado em urgentissima necessidade pela autoridade official, ou pessoa que o mandar prender, ou prender, e bem assim quando fôr preso nas prisões publicas por quem não tiver autoridade para o fazer.”

Como se vê, nesta definição se incluem a *arrestation* e a *detention* do codigo francez.

O codigo vigente, muito embora o exemplo, dos codigos allemão e italiano, que melhor conceituaram o crime, como vimos, manteve-se preso á concepção antiga, adicionando apenas ao caso previsto no codigo anterior o de sequestro, e, assim, approximando-se da orientação do codigo francez.

133. São elementos do crime previsto no art. 181.

- a) o facto de prender em *carcere privado* ou conservar em sequestro alguma pessoa por tempo menor de 24 horas;
- b) a illegalidade da acção;
- c) o sujeito passivo;
- d) o dolo.

134. O codigo não define o que seja *carcere privado*, lacuna que deve ser sanada pelo conceito já firmado em nosso direito, pelo codigo anterior, art. 190, como vimos (n. 130).

Por este conceito, o *carcere privado* se verifica: 1.º quando alguém fôr recolhido preso em qualquer casa ou edificio não destinado para prisão publica, ou fôr preso nas prisões publicas por quem não tiver autoridade para fazer: 2.º quando na casa ou edificio não destinado para prisão publica, fôr conservado preso, pela autoridade official, sem urgentissima necessidade, isto é, por não haver no logar edificio ou casa destinada para prisão publica, ou não offerendo esta a devida segurança e garantia, ou fôr conservado pela pessoa que o mandar prender, ou o prender. No primeiro caso trata-se da prisão e recolhimento momentaneo da pessoa, e no segundo da sua conservação ou *detenção*, que não deve exceder de 24 horas, pois se tal acontecer, o crime torna-se aggravado, na fórma do § 1.º do art. 181. Esta delimitação de tempo vem no codigo portuguez, art. 330, mas tomando-a como limite minimo de tempo para a existencia do crime de *carcere privado*, de sorte que a retenção sendo inferior a 24 horas, é considerada como offensa corporal e punida conforme as regras da lei em taes casos (§ 1.º). Na Ord. L. 5, t. 95, § 1.º se estabelece que “se entenda haver commettido *carcere privado*, o que retiver alguma pessoa contra sua vontade por vinte e quatro

horas, posto que nam caya em a pena sobredita de carcere privado, haverá outra qualquer pena publica que ao julgador parecer, segundo a qualidade das pessoas e o tempo.” Indagando da razão porque se estabelece este termo de 24 horas, nota LEVI JORDÃO, que para isto devemos advertir que a glosa e os antigos doutores á L. 1 Cod. *de privat. carcerib.* estabeleceram que, se a detenção era injusta, qualquer que fosse a sua duração devia ser punida com a pena da lei, e que se a detenção tinha uma causa justa (v. g. quando qualquer prendia um ladrão em flagrante) não podia retel-o mais de 20 horas, e não o apresentando ao juiz nesse prazo incorria no crime de carcere privado.

A Ord. confundiu as duas especies. O nosso codigo, divergindo de sua fonte, neste ponto, considera sempre subsistente o crime de carcere privado, e toma o termo de 24 horas como extremo do crime, em sua forma simples, e o termo excedente como extremo da forma aggravada. No codigo francez esse termo é de vinte dias.

Para a subsistencia do carcere privado, duas condições são geralmente exigidas: 1.º que o edificio ou casa seja fechada, não importando que tenha uma ou mais sahidas, se estas (como o agente sabe) são desconhecidas ao preso ou acham-se guardadas pelo agente ou pelos seus auxiliares; 2.º a impossibilidade do preso sair sem grande perigo (LISZT, MEYER, HALSCHNER, CARRARA, PESSINA, FLORIAN, etc.).

O *sequestro* se verifica quando a pessoa é conservada em logar solitario e ignorado, ou quando é posta em incommunicabilidade, de modo que difficil seria a victima obter socorro de outros. Isto pôde occorrer, ou encerrando a pessoa no logar em que se acha (*per obsidionem*), ou conduzindo-a para logar determinado. (*abductio de loco ad locum*).

Quanto aos *meios*, a lei não os especifica, pelo que não só as ameaças, senão tambem todos os meios em geral apropriados a influir sobre a liberdade de acção de outrem, são adequados para a pratica do crime, como especialmente o artificio. Exceptua-se a violencia, porque é prevista como aggravante (§ 1.º).

Quanto ao agente pôde ser particular ou funcionario publico, isto mesmo tornando-se claro com o facto de supprimir o legislador de sua fonte, o art. 330 do cod. portuguez a locução — *tudo o individuo particular*, etc.

135. II — O codigo não torna expresso o requisito da *illegalidade*, mas é essencial para a configuração do crime. Alás já vem explicita no conceito de carcere privado. E' requisito que se refere tanto ao elemento subjectivo, quanto ao objectivo. Assim, verificado o requisito no facto, o crime não poderia existir, mesmo que o autor o ignorasse e julgasse illegitima a propria acção (FLORIAN). Por ser legal a detenção não poderia haver crime quando praticada para prevenir males futuros, ou para garantir um bem real e que de outra forma não se obteria. Assim, por exemplo,

a prisão em flagrante de delicto por particular, desde que apresente o preso immediatamente á autoridade, a detenção dos loucos perigosos, para segurança publica, constituindo até contravenção para seus guardas deixal-os vagar (art. 378), a detenção para defesa de si ou de outrem, ou do proprio sujeito passivo, como no caso de um somnambulo, as restricções á liberdade dos menores por parte dos paes ou tutores ou mestres, como meio de correccão ou de educação, na medida necessaria para sancionar a propria autoridade, com a precisa moderação. Quanto ao marido, não se compadece com o estado actual da civilisação o poder que outr'ora lhe foi conferido de deter ou corrigir a mulher.

Um limite geral deve ser admittido no assumpto: a privação da liberdade de locomoção é legitima só e emquanto se epresente como necessaria; além disso, na duração e no modo deve ser proporcionada á razão, que a justifica (FLORIAN).

136. III — Quanto ao *sujeito passivo* pôde ser qualquer pessoa.

Uma limitação, porém, deriva do objecto mesmo do crime, que, como vimos, é a liberdade de locomoção; faltando este bem juridico, falta um sujeito passivo idoneo, e, pois, não pôde existir o crime.

Taes os casos de uma creança de tenra idade, de um doente em grave estado, de quem se acha entregue ao somno, emquanto neste estado.

Tambem deixará de existir o crime quando houver consentimento do sujeito passivo, por isso que deixa de haver coerção da vontade. Entretanto, o principio *volenti non fit injuria* encontra aqui necessarias restricções. Primeiramente quando o consentimento é dado por um incapaz, e em segundo logar quanto á duração (perpetua ou por muito tempo) ou modo da suppressão da liberdade pessoal (v. g. prisão em tronco, recolhimento em logar insalubre, etc.), circumstancias que offendem os pricipios de direito publico e de moral social, que pregam a inviolabilidade da personalidade humana e a liberdade individual (FLORIAN).

137. IV — O dolo consiste não só na voluntariedade da acção, como tambem na *sciencia da illegalidade* desta. A boa fé, pois, do agente, ou convicção de ter agido licitamente, exciue o dolo, e com este o crime já que não é contemplado tambem na forma culposa.

O crime consumma-se com a suppressão da liberdade, e a prolongação da suppressão torna-o continuo.

138. Nos §§ 1.º e 2.º do art. 181, qualifica o codigo circumstancias aggravantes especiaes. Assim, a pena será de prisão cellular por seis mezes a dois annos se a retenção exceder de 24 horas, procurando por esta forma o legislador gradual-a em face da maior duração da privação da liberdade. Já vimos por que na legislação philipina foi adoptado esse termo, como regulador da pena (n. 134). O codigo de 1830 por outro modo, pelo systema do talião, graduava a pena, seguindo o direito romano, estabelecendo que a

*pena de prisão nunca seria por menos tempo do que a da prisão do offendido* (art. 189). Aggravam ainda o crime, por importarem em força intimidadora, buscada pelo agente para mais facilmente commetter o crime ou superar obstaculo encontrado, as circumstancias de simular ser autoridade publica ou de empregar violencia (§ 2.º). A primeira destas circumstancias é contemplada no codigo portuguez. art. 331, n. 1.

No art. 182 estabelece o codigo a figura do crime de carcere privado aggravado pelos *mãos tratos*, em razão do logar (infecto, humido, sem luz etc.) e da natureza da detenção (como, por importar em injuria, a situação em meio de viciosos ou criminosos, ou de gente de baixa condição, inferior á do incarcerated, ou por mais penosa, a de falta ou de má alimentação, de vestuario, etc.), ou quando fôr causada á pessoa retida *qualquer tortura corporal*, isto é, lesão produzida de modo a causar afflicção, angustia, como, por exemplo, offender-se com a ponta do estilete reiteradamente. O codigo portuguez tambem considera circumstancia aggravante ter sido o crime acompanhado de ameaças de morte ou de *tortura* ou qualquer outra offensa corporal a que *não corresponda pena mais grave*. E' restricção justificavel e cabivel em nosso direito.

No art. 183 prevê o codigo o caso de, commettido o crime de carcere privado, não mostrar o agente que resistiu o paciente á liberdade, ou não indicar o seu paradeiro (vid. n. 304 onde apreciamos disposição identica a proposito do rapto).

A penalidade estabelecida pelo art. 183 corresponde ao minimo do homicidio qualificado (art. 294 § 1.º), e não é accessoria, como diz MACEDO SOARES, isto é, imposta além das dos arts. 181 e 182, mas principal, por comprehensiva do crime de carcere privado e do sumigo do offendido, ou pelo homicidio presumido, exactamente como se dá nos arts. 271 § unico e 291

139. A *ameaça* para o nosso codigo pôde constituir circumstancia *aggravante* ou *elementar* de diversos crimes, e tambem um *crime* distincto, como é qualificado no art. 184, disposição que tem como fontes o art. 207 do codigo anterior, e art. 379 do codigo portuguez.

Divergencias accentuadas se notam na doutrina e quanto á esta configuração criminosa, uns autores negando-lhe essa natureza (FEWERBAC, MITTEMAIER, HEFTER, KÖSTLIN, e outros, constituindo a maioria, adoptando-a. mas sob pontos de vista diversos se collocando para determinar-lhe o objecto. A *opinio communis* dos tratadistas italianos e francezes vê no crime em questão uma offensa indirecta á liberdade individual "Il criterio che rende politicamente imputabile la minaccia, surge dall'influenza ch'essa esercita sull'animo del minacciato; per che il timore in lui dalla minaccia fa sì ch'egli sentensi meno libero, e si astenga da molte cose che, senza quella, egli avrebbe tranquillamente fatto, ed altre ne faccia che non avrebbe eseguito.

Così l'agitazione che la minaccia desta nell'animo restringe la facoltà di riflettere pacatamente a determinarsi a piacimento proprio e impedisce

certe azioni, costringe ad altre di provvedimento e cautela e ne viene da restrizione della libert  tanto interna, quanto spesso ancora, della esterna". Mas   bem de ver que o crime se determinando pelo seu objecto, este n o p de ser a liberdade individual, que   attingida indirectamente: tal objecto   antes o estado psychico especial, a consciencia individual da propria seguridade, a confiança no poder protector da ordem juridica.

Tal a verdadeira doutrina, desenvolvida por LISZT, MEYER e outros muitos escriptores allemães, que classificam o crime no grupo dos que attentam contra a *paz juridica*. Seguindo, porém, a doutrina de CARRARA e outros, o codigo italiano classifica a ameaça entre os crimes contra a liberdade, orientaa seguida pelo nosso codigo.

Defeituosamente qualifica este codigo o crime, englobando em um são conceito e com os mesmos efeitos penaes, modalidades diversas da figura criminosa, reduzida ainda accentuadamente, já por excluir as f rmas da ameaça *real e symbolica*, já por limitar o mal ameaçado ao que constitua um crime.

140. Segundo o art. 184, o crime de ameaça apresenta duas modalidades, sem, porém, acarretar diversidade de pena, nas figuras do *protesto* e da *promessa*.

No protesto temos tambem uma promessa, mas em forma mais vehemente e categorica, ao passo que na promessa a aca o do agente   menos intensa, limita-se   simples ameaça.

Em qualquer dessas modalidades, devem concorrer os seguintes elementos:

a) o facto da ameaça deve se traduzir por *escripto* assignado ou anonymo, ou *verbalmente*. Não é necessario que qualquer destes meios tenha a idoneidade effectiva para causar realmente o damno ameaçado, bastando seja apparente (FLORIAN).

b) o conteúdo da ameaça deve constituir um *crime* no sentido legal, isto é, a aca o ou omissão como tal qualificada pela lei.

Não tem influencia o erro do agente sobre esse caracter do mal pro-mettido ou protestado. No codigo allemão, art. 241, o mal ameaçado deve constituir tambem um crime, não bastando que seja um mal anti-juridico. limitaa o justamente criticada por BRUCK, WACHTER, MEYER, ROLAND outros.

O crime ameaçado deve ser *futuro* porquanto se f r praticado no momento mesmo da ameaça, esta, que se caracteriza por sua importancia complementar, subsidiaria, desaparecerá com a lesão effectivamente realisada.

c) Quanto à pessoa, sujeito passivo da ameaça,   obvio que deve se encontrar em condioes subjectivas de capacidade para ser atemorizada. Não   porém, necessario que de facto tenha sido perturbado na sua seguridade. Basta, pois, a ameaça de um crime para dar-se o facto delictuoso. O legislador parte do presupposto de que taes ameaças são em regra proprias a perturbar a seguridade do ameaçado, mas não exige que assim succeda no caso dado: o delicto em questão não tem por condia o o perigo da ameaça *in concreto*.

e portanto não é necessario que a ameaça seja feita seriamente nem que o ameaçado a considere como tal (LISZT, FLORIAN, JOSÉ HYGINO).

Não é tambem necessario que o crime affecte directamente o ameaçado, pois pôde sel-o só *mediamente*, quando é dirigido contra pessoa que lhe seja cara, v. g. ameaça-se matar um parente, uma vez que a acção, conquanto somente em virtude de taes relações mediatas, apresente-se como uma perturbação do ameaçado. O mesmo deve-se dizer se o damno fôr relativo a bens deste.

Não se requer ainda a *presença* do ameaçado onde fôr feita a ameaça, porquanto a sua tranquillidade pôde perturbar-se mesmo estando ausente, desde que tenha conhecimento da ameaça.

d) o dolo deve comprehender a voluntariedade da acção e o intuito de causar temor em outrem. Quanto á debatida questão de ser ou não admissivel o crime achando-se o agente preso de forte excitação passional, esta só eliminará a responsabilidade quando assumir o caracter pathologico, consoante a normal geral.

Do expendido se vê que o crime de ameaça é formal, consummando-se desde que a ameaça chegue ao conhecimento do sujeito passivo, momento em que sómente pôde haver possibilidade de perturbação da tranquillidade e liberdade do offendido.

A tentativa, é por diversos autores tida como possivel em se tratando de ameaça por escripto (CARRARA, FLORIAN).

#### 141. JURISPRUDENCIA BRÁZILEIRA.

##### DISTRICTO FEDERAL.

I. Para existir o delicto definido no art. 181 do cod. penal é necessaria a concordancia de duas condições: 1.<sup>a</sup> um facto de detenção ou de sequestro; 2.<sup>a</sup> a illegalidade deste facto — BOITARD, *Direito crim.*, § 389, p. 396. CHAUVEAU e HÉLIE, § 2.950, p. 155. A existencia do crime de carcere privado está evidentemente subordinado á illegalidade da sequestração; e tendo a lei delegado aos particulares o direito de conduzir perante os magistrados o individuo surprehendido em flagrante delicto ou perseguido pelo publico, um facto constituido nestas condições não pôde caracterisar o crime de carcere privado — GARRAUD, *Tr. de dir. pen.*, vol. 4, § 543. Em caso de flagrante delicto cessa a garantia individual e desaparecendo o direito protegido desaparece a qualificação do delicto estabelecido para sua protecção — RIVAROLA, *Cod. pen. da Rep. Arg.*, vol. 2, § 662 (*Sentença do Dr. VIVEIROS DE CASTRO, de 10 outubro de 1895, confirmada pelo Cons. do Trib. Civil e Criminal*).

II. Não commette o crime de carcere privado quem maliciosamente communica á policia que ou rem está soffrendo de alienação mental, pro-

movendo a autoridade policial, por si, a internação do presumido doente no Hospício Nacional de Alienados, depois do exame feito por médicos legistas.

A detenção não provem de ordem do quereilado, mas sim de autoridade policial, que, é certo, exerceu sem as devidas cautelas uma attribuição de policia administrativa. Verificado, pois, o engano, a responsabilidade não cabe áquelle que apenas fez a comunicação (*Sentença do Juiz da 5.<sup>a</sup> Vara Criminal, de 15 de março de 1906, confirmada por accord. da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 25 de outubro do mesmo anno*).

## ESTADOS FEDERADOS

III. Só se deve reputar carcere privado a casa ou edificio não destinado para prisão publica (*Ac. da Rel. do Estado do Rio de Janeiro, em 26 de abril de 1895*).

IV. O crime de carcere privado perde o caracter de crime contra a liberdade, quando intervem nos crimes de attentado ao pudor, porque então o sequestro da offendida por tempo menor de 24 horas, constitue a violencia ou a ameaça que a lei exige com elemento deste ultimo no art. 266 (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 21 de junho de 1895*).

V. A simples ameaça verbal, não tendo o caracter distinctivo de premeditação e intenção criminosa, não é punivel; deve-se considerar como o resultado da vivacidade da inflexão, tanto assim que as explosões da basofia, da jactancia e da vaidade não se comprehendem nessa hypothese (*Ac. da Rel. de Pará, em 23 de junho de 1900*).

VI. Para que a ameaça contitua um crime punivel nos termos do art 184 do cod. penal, deve revestir-se de um caracter sério e reflectido de modo a fazer-se temer um attentado (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 10 de novembro de 1910*).

## 142. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA.

### ITALANA

I La presenza della persona minacciata, non é un estremo necessario al reato diminaccia (*Cass. 30 mar. 1892*).

II. Quando le parole o l'atto compiuto dal colpevole abbiano la capacita di incutere timore, il reato di minaccia sussiste independentemente dalla circostanza che il minacciato abbia effettivamente avuto sgomento (*Cass. 7 lug. 1892*).

III. La sentenza che condanna per minaccia di grave e ingiusto danno, é nulla per difetto di motivazione, se non esamina e non stabilisce a che mirasse l'agente cogli atti di minaccia e quale fosse la sua intenzione (*Cass. 3 lug. 1890*).

### CAPITULO III

#### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS CULTOS

Art. 185. Ultrajar qualquer confissão religiosa villipendiando acto ou objecto de seu culto, desacatando ou profanando os seu symbols publicamente:

**Pena** — de prisão celllular por um a seis mezes.

Art. 186. Impedir, por qualquer modo, a celebração de cerimoniaes religiosas, solemnidades e ritos de qualquer confissão religiosa ou perturbal-a no exercicio de seu culto:

**Pena** — de prisão celllular por dois mezes a um anno.

Art. 187. Usar de ameaças, ou injurias contra os ministros de qualquer confissão religiosa, no exercicio de suas funcções:

**Pena** — de' prisão celllular por seis mezes a um anno.

Art. 188. Sempre que o facto fór 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.

143. Como nota justamente LISTZ, poucos crimes offerecem maiore-difficultades do que os contra as crencas religiosas quanto a uma concepção verdadeira e fundada em principios, e consequentemente quanto a sua classificação no systema; poucos crimes têm passado por transformações mais frequentes e mais rapidas no concernente a sua natureza, extensão e conteúdo. Imperante a concepção theocratica, investida a ordem civil de proteger a divindade vingadora contra a injuria impia, dahi porque no direito romano vemos, como crimes, a blasphemia e outros com o character de crimen *læsæ majestatis divinae* e rigoroso tratamento penal. Elevado o christianismo a religião de Estado, foi protegido por diversas disposições penaes, erigidas a crimes politicos a apostasia, a heresia, etc. Com as novas idéas trazidas pela revolução franceza, proclamando-se a liberdade de consciencia e de cultos, pouco a pouco se firmando, apezar das innumeradas difficultades, que interesses e convicções arraigadas crearam, outra concepção surgiu, de mais perfeita actuação nos Estados em que impera a laicidade, como o nosso, segundo a qual o poder publico deve limitar a sua missão, em materia religiosa, a proteger a liberdade da fé religiosa contra a offensa injuridica. Procurando garantir essa liberdade que a Constituição Federal veio reconhecer e assegurar no art. 72 §§ 3. 5 e 28, o codigo qualifica neste capitulo os crimes contra o *livre exercicio dos cultos*, dest'arte outorgando relativa ou parcial protecção a liberdade de consciencia. Assim, protege as confissões religiosas quan-



to á offensa a acto ou objecto de seu culto, ou a seus symbolos (art. 185), a livre pratica de suas cerimoniaes (art. 186), a livre actividade de seus ministros, no exercicio de suas funcções (art. 187), como no capitulo anterior, art. 179, protegeu o crente individualmente. Sanou assim a lacuna notada no codigo italiano, que só encara a pessca physica dos crentes, falta que FLORIAN destaca, em contraposição ao codigo allemão, onde as associações religiosas são tambem protegidas (art. 166).

144. No crime definido no art. 185. aliás com redundancia de termos, temos o *ultrage*, isto é, a expressão de desconsideração sob uma forma grosseira, a qualquer confissão religiosa, termo este que denota uma sociedade ou communhão de crentes, cujas praticas não offendam a moral publica. Mas semelhante offensa, segundo a lei, deve ser feita indirectamente á confissão religiosa, e directamente a *acto* ou *objecto de seu culto*, ou aos seus *symbolos*. No primeiro destes casos, ou quando se refere a acto ou cerimonia cultual, ou a *objecto* desta, a offensa deve constituir *vilipendio*, isto é, além de grosseira, trazer desprezo, menoscabo por actos ou palavras. O *objecto do culto* é tudo aquillo que lhe fôr destinado directamente, como as imagens, os sinos, destinados a chamar os fieis ás cerimoniaes de culto, etc. No segundo caso, quando a offensa se refere a *symbolos do culto*, deve constituir *desacato* ou *profanação*. Ora, a idéa de desacato envolve desprezo, menoscabo ou falta de respeito e consideração devida, e, pois, não se distingue substancialmente de vilipendio ou ultrage, e quanto á *profanação*, significando o trato irreverente das coisas religiosas, pôde apresentar-se sob as fórmãs já previstas pela lei, de ultrage, vilipendio ou desacato. Com toda essa linguagem redundante, impropria de uma lei, maximé penal, o que se tem em vista é o vilipendio. Neste segundo caso, falla o legislador de *symbolos do culto*, expressão que tem no direito francez, segundo seus interpretes, uma significação mais restricta que objecto ou coisa destinada ao culto, pois, deste fazem parte pela idéa que representam, como a cruz, as hostias consagradas, a custodia, etc.

Qualquer das modalidades do crime deve ser praticada *publicamente* isto é, em qualquer lugar, desde que seja *accessivel a um circulo não limitado de pessoas determinadas*.

O dolo deve abranger a idéa do vilipendio, isto é, intenção de desprezo.

145. No art. 186 pune o codigo o *impedimento*, por qualquer modo, ou a *perturbação* de cerimoniaes e solemnidades religiosas. É a *turbatio sacrorum*, já reprimida com pena capital no direito romano. Em sua *Relazione*, ZANARDELLI dá como fundamento da figura delictuosa, que é qualificada no art. 140 do codigo italiano, uma dupla razão — “perché in tal modo non solo si offendono la *libertá* ed il *sentimento religioso dei credenti reuniti*, mas si pone eziandio in pericolo l'*ordini publico*.”

O *impedimento* se verifica quando a cerimonia, pela acção do agente, não possa *principiar, effectuar-se* ou *conclui-se*; a *perturbação*, quando a cerimonia, pela acção do agente, fôr *interrompida* ou *suspensa*, ou *modificada* no seu desenvolvimento normal (FLORIAN). A cerimonia, solemnidade ou rito, como o exercicio do culto ou adoração em *commum*, modalidades que a casuistica do codigo enumera, devem ser proprios da confissão religiosa, pouco importando que sejam realizados no templo ou fóra deste. Quanto ao dolo basta a voluntariedade da acção.

146. O crime qualificado no art. 187 presuppõe os seguintes elementos:

- a) o sujeito passivo, que é um ministro de qualquer confissão religiosa;
- b) que esteja no exercicio de suas funcções;
- c) a ameaça ou injuria, como elemento material.

É ministro de confissão religiosa aquelle que tem o poder de exercitar todos ou uma serie de actos essenciaes do culto externo collectivo, e não aquelle que pratica actos accessorios ou simples serviços (MANZINI).

É necessario que esteja no exercicio de suas funcções, ou celebrando algum acto do seu ministerio, porque assim se identifica com o culto, e a offensa que lhe é feita, embora com fim individual, reverte contra o livre exercicio desse culto. Assim, não se achando nesse exercicio, é mero particular, e protegido apenas pelas disposições geraes do direito *commum* (CHAUVEAU e HELIE).

O meio do commettimento do crime é a ameaça ou a injuria.

O dolo assenta na voluntariedade da acção e no conhecimento da qualidade do offendido.

Pelo artigo 188 os crimes previstos nos arts. 185, 186 e 187 terão a penalidade augmentada de um terço, quando o facto fôr acompanhado de violencia contra a pessoa, sem prejuizo da correspondente ao acto de violencia praticado, na qual tambem incorrerá o criminoso.

## CAPITULO IV

### DOS CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DOS SEGREDOS

**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 repartição 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.

**Art. 190.** Supprimir correspondencia epistolar ou telegraphica endereçada a outrem:

**Pena** — de prisão cellutar por um a seis mezes.

**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 de outra, resultando damno ao remetente:

**Pena** — de prisão cellutar por dois a quatro mezes.

**Art. 192.** Reveier qualquer pessoa o segredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão do officio, emprego ou profissão:

**Penas** — de prisão cellutar por um a tres mezes e suspensão do officio, emprego ou profissão por seis mezes a um anno.

**Art. 193.** Nas mesmas penas incorrerá o empregado do Correio que se apoderar de carta não fechada, ou aberta, si fechada, para conhecer-lhe o conteúdo, ou communicar o a alguém, e bem assim o do telegrapho que, para fim identico, violar telegramma, ou propagar a communicação nelie contida.

**Paragrapho unico.** Si os empregados supprimirem ou extravariarem a correspondencia, ou não a entregarem ou communicarem ao destinatario:

**Penas** — de prisão cellutar por um a seis mezes e perda do emprego.

**Art. 194.** A autoridade que de posse de carta ou correspondencia particuiar utilisal-a para qualquer intuito, seja, embora, o da descoberta de um crime, ou prova deste, incorrerá na pena de perda de emprego e na de multa de 100\$000 a 500\$000.

**Art. 195.** As cartas obtidas por meios criminosos não serão admittidas em juizo.

**DECR. N. 4.780 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923**

**Ar. 30.** Ficam comprehendidos nas disposições do título IV do capítulo IV do codigo penal os que:

Insaurarem, sem autorisação da autoridade competente,apparehos para interceptar ou divulgar communicações radio telegraphicas ou radio-telephonicas:

Penas — Multa de 5 a 20 vezes o valor do material apprehendido e perda deste para a Nação.

§ 1.º Divulgarem ou interceptarem communicações radio-telegraphicas ou radio-telephonicas do Governo Federal ou dos Estados:

Penas — Prisão cellular por dois a quatro mezes.

§ 2.º Se o crime fôr praticado por occasião de perturbação da ordem publica interna:

Penas — Tres a seis mezes de prisão cellular.

§ 3.º Se em tempo de guerra externa:

Penas — Cinco a quinze annos de prisão cellular.

147. Para dirigir sua actividade, provendo á sua conservação e desenvolvimento, precisa o homem communicar-se com seus semelhantes, e os meios de que lança mão frequentemente são a carta, o telegrapha e outros semelhantes. Ora, não poderia servir-se delles com efficacia, cercado assim em sua liberdade individual, se assegurada não fosse a correspondencia assim formada, contra a intervenção de extranhos, buscando supprimil-a, surprehender o seu conteudo e mais divulgal-o.

Como nota KOHLER, o homem deve ser senhor de determinar quaes e quantas de suas manifestações devem ser levadas ao publico; é esta affirmação de um direito individual, que completa sua personalidade.

Presume-se, pois, na carta ou despacho a intenção do emittente de communicar o conteudo sómente ao destinatario, licito não sendo a ninguem se apoderar desse meio ou divulgal-o. Dahi o reconhecimento da inviolabilidade da correspondencia nas constituições politicas, a partir das *Declarações dos direitos do homem*, em França, e dahi a protecção penal, melhor definida, outorgada a esse direito pelas legislações dos diversos povos. Se no direito romano a repressão se delinea (l. 1, § 38, D. 16. 3, l. 1, 41, *præm. D.* 9, 2); se no direito medieuo o facto de abrir cartas e documentos era considerado como *falsum* (direito tyrolense, o prussiano, o portuguez, continente dos codigos *mangolino*, l. 5, t. 80 e *philippino*, l. 5, t. 8), o crime era assim concebido sob outra e inexacta concepção. O nosso codigo de 1830, assegurando a inviolabilidade epistolar, reconhecida pela *Const. Imperial*, art. 179 § 27, e destacando-se com vantagem do codigo francez, que só punia a violação do segredo' epistolar por parte de funcionarios (art. 178), capitulava como prevaricação a subtracção, suppressão ou abertura de cartas, depois de lançadas no correio, sendo o crime commetido por empregado publico, agindo por afeição, odio ou contemplação, ou para promover interesse pessoal (art. 129 § 9), e como crimes contra a segurança de pessoas, a tirada de cartas alheias do Correio, sem autorização do destinatario (art. 215), ou da mão ou poder de algum portador particular (art. 216).

Declarava ainda inadmissível a produção de cartas assim obtidas em juízo (art. 218). Não continha disposições sobre a correspondência telegraphica, o que se explica pela carencia desta, pois a partir de 1860 é que disposições regulamentares asseguraram o segredo, e identidade do expedidor, a authenticidade e exactidão da minuta, despacho ou recado telegraphico, sua transmissão e entrega. O código vigente, tomando especialmente como fontes o código anterior e o código portuguez, art. 461, com modificações, qualifica como crimes a *abertura* de correspondência epistolar ou telegraphica alheia, a *apropriação* de correspondência, ainda que não esteja fechada e sua *tirada* de repartição publica ou do poder de portador particular (art. 189); a *supressão* da correspondência (art. 190); a *publicação abusiva* de correspondência (art. 191); a *apropriação* e *abertura* de carta por empregado do Correio, a *violação* de telegramma ou sua divulgação por empregado do telegrapho (art. 193), e *utilização* de correspondência particular por autoridade que della esteja de posse (art. 194). No art. 192, seguindo o código italiano, se occupa da violação do chamado *segredo professional*. Destes dous grupos de crimes vamos nos occupar em seguida, perquirindo especialmente da inclusão do segundo neste mesmo capitulo, sob o mesmo fundamento repressivo.

As considerações a respeito emitidas se applicam, em geral, ás figuras delictuosas qualificadas no art. 30 do decr. n. 4.780, de 1923, transcripto no texto, disposição que veio realmente ao encontro de necessidades sentidas, protegendo interesses de relevancia.

148. A disposição do art. 189 comprehende tres modalidades criminosas distinctas, mas sujeitas á mesma penalidade, e constituindo todas a figura da *violação de correspondência*.

a) A primeira modalidde, traduzida pelas mesmas palavras, se encontra no código portuguez, art. 461, primeira parte, a que o nosso legislador addicou apenas o termo — *telegramma*. Neste caso, a acção se completa com a simples abertura ou remoção do obstaculo opposto pelo fecho (o que não quer dizer que esteja necessariamente offendido), a simples abertura, torna-se meio, de per si só, sufficiente para tornar conhecido o segredo ahi contido. A abertura póde effectuar-se de qualquer modo, como rompendo ou rasgando o envelope ou fecho, desgrudando-o com certa habilidade para tirar o conteudo, o crime se tornando perfeito embora a folha ou conteudo seja novamente fechado. O objecto da correspondência é especificado pela lei como sendo *carta* ou qualquer communicação escripta entre pessoa e pessoa, *telegramma* ou communicação transmittida pelo telegrapho e transcripta, ou *papel*, devendo cada uma destas especies ser *fechada*, isto é, quando só é possível ler o conteudo depois de vencidos certos obstaculos. É indifferente o genero do fecho (collar, sellar, coser.

chumbar); mas não basta que o papel esteja simplesmente dobrado, envoltos em outro ou atado (LISZT).

E' indispensavel que o objecto, de que se trata, traga externamente escripto ou impresso o endereço de uma pessoa determinada (physica ou moral) ou de um officio ou repartição publica.

O dolo é expresso na lei pelo adverbio — *maliciosamente*, o que faz especialmente para accentuar no caso o character doloso da acção. excluindo-se assim os casos de equívoco ou inadvertencia.

Assenta na voluntariedade da acção e em saber ou ter consciencia o agente que abre correspondencia, sem direito de abril-a.

Não é necessario que o dolo abraça tambem o fim de conhecer o conteúdo, requisito não exigido pela lei, como tambem não é em outros codigos, como o allemão, art. 299 (LISZT, HALSCHNER, KOHLER, MEYER), o italiano, art. 159, primeira parte (CRIVELLARI, NEGRI, TECOZZI, PERATONER), o portuguez, art. 461, etc.

Têm o direito de abrir a correspondencia, como meio de prover a educação e fiscalisal-a devidamente, e, pois, não incorrerem em crime, os paes em relação á dos filhos sujeitos ao seu poder, os tutores e curadores em relação á dos seus tutelados, os directores dos institutos de ensino, por delegação dos paes, em relação á dos educandos. Eguamente os directores de um hospital de alienados em relação á destes, o syndico em relação á do fallido, nos termos da lei. Nega-se, porém, tal direito ao marido em relação á da mulher, ao patrão quanto á dos creados (FLORIAN, MANZINI).

149. b) Na segunda modalidade prevista no art. 189, o crime está em apossar-se o agente de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia, ainda que não esteja fechada, e que por qualquer meio lhe venha ás mãos. O codigo não deixa explicito o requisito da malicia ou intenção criminosa, por estar implicito na propria acção de apossar-se de coisa alheia, o que se verifica pelo acto voluntario de quem toma pelas mãos correspondencia epistolar ou telegraphica alheia.

O dolo deve, pois, comprehender a voluntariedade da acção e a sciencia do agente de não ter facultade de apossar-se da correspondencia. A lei não indaga do fim, tendo, pois, como integrada a figura da violação da correspondencia com a acção descripta e sua voluntariedade e sciencia do agente de que age sem direito.

c) Na terceira modalidade prevista no mesmo art. 189, o crime está em tirar a correspondencia epistolar ou telegraphica alheia de repartição publica ou do poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo. E' especie criminosa que o codigo anterior previa no art. 215, quando a tirada fosse do correio, e no art. 216 quando de portador particular, um e outro caso sujeitos á mesma pena, resalvando-se, porém, no segundo caso, as que incorresse o agente pela violencia ou arrombamento commettidos como meio da tirada.

A finalidade da acção nesta terceira modalidade do crime, isto é, o *fim de conhecer o conteúdo da correspondencia*, extrema-se do crime de furto.

No § unico se estabelece aggravacão da pena para o caso de ser *revelado* em todo, ou em parte, o segredo da correspondencia violada. Não é necessaria a divulgacão, bastando que o segredo seja communicado a uma pessoa, para se ter como revelado.

150. No art. 190 se define o crime de *supressão de correspondencia*.

Como diz NOCITO é uma violacão do segredo em sentido negativo, porque é impedir o seu devido conhecimento.

Comprehende todo objecto de correspondencia epistolar ou telegraphica, seja aberto, seja fechado, endereçado a outrem.

A supressão se effectua de qualquer modo, desde que o agente impeça o destinatario de receber a correspondencia, como rasgando-a, queimando-a, desviando-a para terceiro, etc.

Assim procedendo, deve fazer-se indebitamente ou sem direito.

O dolo assenta na voluntariedade da acção e na consciencia de não ter o agente direito de supprimir a correspondencia.

151. O crime qualificado no art 191 é o de *abusiva publicacão de correspondencia*. A fonte desta disposicão é o art. 161 do codigo penal italiano, modificado para peor. Como nota FLORIAN, os codigos que contemplam este crime são o italiano, o nosso, o hungaro, e o bulgaro. Nos trabalhos preparatorios do codigo italiano, e no seio da commissão de revisão, contra o pensar de alguns de seus membros, como INCHILLERI, para os quaes o facto não preenchia os requisitos de um crime, não passando de uma indiscricão, predominou a opinião que no caso se integrava mesmo uma configuracão delictuosa. Argumentou-se que se a carta pertence materialmente ao destinatario, a propriedade intellectual, o direito de dispôr do seu conteúdo era do emittente ou scriptor, que seria violado com a publicacão indebita, violacão, accentuava ZANARDELLI, em sua *Relazione*, tão contraria ás leis da moral e da honra, que a jurisprudencia civil julga que as cartas confidenciaes nem podiam ser produzidas em juizo, porque tal abuso de confianca, como disse a Cassacão de França, viola os mais sagrados laços que devem unir os homens entre si.

Segundo o art. 191 do nosso codigo são elementos do crime:

a) Que a correspondencia epistolar ou telegraphica seja *confidencial*, isto é, não destinada á publicidade, destinacão esta que póde advir da vontade *expressa* ou *tacita* ou *presumida* do emittente, esta ultima se perquirindo especialmente em face da natureza da correspondencia e da pessoa do destinatario. Assim, por exemplo, deve-se excluir a presumida destinacão de publicidade nas cartas familiares, com pensamentos intimos confiados á discricão do destinatario: admittir-se, ao contrario, quando a correspondencia é dirigida a um jornal, a uma assemblea publica, a uma

academia, quando contenha congratulações, condolencias e semelhantes (FLORIAN, LGZZI). Tratando-se de correspondencia já publicada, a nova publicação não poderia constituir o crime em questão.

b) Que o agente, sem consentimento do emittente, ou sem necessidade de defesa de direitos, publique a correspondencia confidencial.

O codigo italiano usa de dicção mais ampla, referindo-se não ao destinatario, mas a quem estiver de posse da correspondencia (*chiunque, essendo in possesso di una corrispondenza epistolare o telegrafica*) e, assim, o agente pôde ser não só o destinatario, a que limita injustificavelmente o nosso codigo a autoria do crime, como a qualquer que detenha a correspondencia, por qualquer meio.

E' ainda mais comprehensivo, e melhor acautelador, quando caracteriza a publicação punivel pelo termo *indebitamente*, abrangendo assim não só os casos previstos pelo nosso codigo, como outros.

Assim, em face do nosso codigo, que parece limitar a *defesa de direitos*, a dos destinatarios, é de duvidar se é licita a publicação quando se tratar de um alto interesse publico, v. g. no caso de conspiração contra o Estado, ou de exercicio de censura publica, ou de polemicas politicas e electoraes, casos que se incluem perfeitamente na fórmula do codigo italiano (FLORIAN, LOZZI, RAMELLA, IMPALLOMENI).

A lei não discrimina o modo de publicação, e, assim, pôde ser feita pela imprensa, meio mais commum, pela afixação em logar publico, pela reproducção manuscripta diffundida em larga escala, etc. O que é preciso é que haja publicação effectiva, isto é, diffusão do conhecimento da correspondencia a um numero indeterminado de pessoas.

c) Para o codigo italiano, mais acautelador e previdente, bastante é que resulte da publicação *damno potencial* para se integrar o crime — *ove il fatto possa cagionare nocumento*.

Para o nosso é necessario o *damno effectivo*, que pôde ser material ou moral.

d) O dolo requer a voluntariedade da acção e a consciencia da falta de direito de fazer a publicação, nos termos já expostos.

152. No art. 193 trata-se do crime de violação da correspondencia praticado por empregado do Correio ou do telegrapho, valendo-se dessa qualidade e visando conhecer o conteudo da correspondencia, ou communicar-o a outrem. Na violação da correspondencia postal, distingue-se a *apropriação* de carta não fechada e a *violação* de carta fechada, e na violação de correspondencia telegraphica, além dos fins visados na postal — o conhecimento do conteudo ou a communicação do conteudo a alguem, o codigo acrescenta o da *propagação*, que não é senão a publicidade verbal do conteudo do telegramma.

No § unico está prevista a figura da *supressão da correspondencia*, descripta no art. 190, commettida por um ou por outro daquelles empre-



gados, apresentando as modalidades do *extravio* proposital da correspondência postal ou telegraphica, que não é entregue.

A disposição refere-se á correspondência que não é *entregue*, e á que não é *communicada* ao destinatario, aquella tanto pôde ser a carta postal, como o telegramma, e quanto á ultima, parece que o código refere-se aos *avisos* do serviço postal, ou dos registrados, ou da correspondência retida, ou depositada no correio, ou no telegrapho por qualquer motivo. Prendendo-se ainda á violação da correspondência temos os arts. 194 e 195, este reprodução do art. 118 do código anterior. Quanto ao primeiro destes artigos, nota JOÃO VIEIRA que encerra fórmula muito absoluta, e nos casos admissíveis nella comprehendidos ha penas previstas neste capitulo, assim como no titulo dos “crimes contra a administração publica” e em outros. Tanto esse artigo como o seguinte só devem ser cumpridos na pratica com as mais rigorosas cautelas, uma vez que, como lei, não se lhes pôde negar execução.

THOMAZ ALVES, em face do anterior código, entendia que o que é defeso á autoridade é violar carta ou correspondência particular; mas não se lhe pôde negar, quando fórma a culpa, quando sabe e vê a carta, o direito de a acompanhar, até seu destino, de a fazer abrir pelo interessado, ou em presença deste se se recusar, e de apprehendel-a depois como documento no interesse da causa publica, porque neste caso a carta tem tanto privilegio como qualquer outro papel, ou documento encontrado em mão do indiciado.

Tal é o limite feito ao principio de que o segredo das cartas é inviolavel, doutrina tambem desenvolvida por TREBUTIEN, CHAUVEAU e HELIE).

153. No art. 192 qualifica o código o crime da violação do chamado *segredo profissional*, inspirando-se no código italiano, mas sem vasar a disposição em fórmula clara, quando dever rigoroso lhe cabia, tratando-se de assumpto que tem sido objecto de controversias accentuadas. Mais uma vez o código não satisfaz as necessidades da administração da justiça criminal.

Trata-se de violação de segredo, que o agente obteve no exercicio regular de seu officio, emprego ou profissão. O crime não consiste em surprehender o segredo, mas em revelal-o abusivamente.

Differe assim da especie do § unico do art. 189 e da do art. 191, que referem-se ao segredo da correspondência que é violado na hypothese do parographo, ou que é publicado pelo agente sem consentimento do remetente. O código italiano colloca o crime em questão no titulo dos que attentam contra a *liberdade individual*. Esta orientação é justificada considerando-se que o homem deve ser livre de socorrer-se de quem, em razão do officio ou profissão, e da confiança inspirada, lhe possa ser util, instruindo ou ministrando os dados precisos para satisfazer determinadas necessidades, seguro de que o que confiar intimamente não seja revelado. O segredo emerge assim da pessoa, constituindo-se de tudo aquillo que fôr

confiado a alguém, em razão da profissão, no presupposto de que não seja revelado, por isso que da revelação podia resultar damno moral ou patrimonial ou de pura afeição. Dahi a necessidade de resguardar, pela pena, a liberdade individual na utilização dos serviços profissionaes, impedindo que o receio de propositadas divulgações, com o damno decorrente, possa servir de estorvo áquella necessaria utilização (CARRARA, NOCITO, CRIVELLARI, PERATONER). O nosso codigo collocando tambem o crime em questão na classe dos que attentam contra a liberdade individual, parece que inspirou-se na mesma concepção; mas, com manifesta incongruencia. assim não se verifica, porquanto englobou na mesma categoria, não só a violação do sigillo de negocios do Estado, cuja repressão tem outro fundamento, o interesse, não individual, mas geral, por isso que a violação neste caso affecta á sociedade inteira, e casos ha, de natureza politica ou militar, que por se ligar visceralmente ao Estado, são destacados e incluídos na classe dos que attentam contra a existencia do mesmo Estado, punidos, por isso, com pena mais grave, como faz o codigo, no art. 87 § 3º. Englobando na mesma classe os crimes que violam o sigillo profissional e o sigillo respeitante aos negocios do Estado, no ponto de vista administrativo, o nosso legislador teve em vista mais uma vez o codigo portuguez, que no art. 290 assim os reúne, mas esqueceu-se de que esta disposição está no capitulo XIII, que se occupa dos *crimes dos empregados publicos no exercicio de suas funcções*, e secção I, que se refere á *prevaricação*, divisões essas do titulo III, dos *crimes contra a ordem e tranquillidade publica*. Assim, considerando que os crimes que violam o sigillo profissional não ferem um interesse individual, mas colectivo, porque tiram ás profissões, em que se apoia a sociedade, a confiança de que devem se cercar, doutrina sustentada por tratadistas francezes, entre outros, CHAUVEAU e HELIE, GARRAUD, e entre os italianos, FLORIAN, o nosso legislador não devia incluí-los neste capitulo, mas em outro. Temos, portanto, que para o codigo os crimes em questão, muito embora sua collocação, têm concepção diversa da que presidiu á qualificação dos demais componentes deste titulo IV, isto é, devem ser considerados como lesivos, não de direitos individuaes, mas de direito colectivo; e tanto é assim que, ao contrario do codigo italiano, que cogita da possibilidade ou realidade do damno, e de ter sido feita a revelação sem justa causa, o nosso pune a confiança trahida, a deslealdade, a moral offendida, a ordem publica lesada, o interesse social compromettido só com o facto da revelação, ponto que cumpre salientar por ser de relevancia na apreciação das hypotheses que o assumpto comporta, como vamos ver.

154. Segundo o art. 192, são elementos essenciaes do crime:

a) a *qualidade do agente activo, em virtude da qual lhe sejam confiados segredos de outrem*. Deixando de enumerar taxativamente, como faz o codigo allemão, ou demonstrativamente, como fazem outros, quaes os casos ou fórmulas dessa qualidade, o codigo preferiu fazer uma indicação generica.

que encontra melhor applicação, sem limitações arbitrarías. O segredo deve chegar ao agente como *consequencia* da condição do seu *officio*, do seu *emprego* ou de sua *profissão*. Em accepção technica, e em relação á organisação da justiça se dizem *officios de justiça* os cargos providos mediante concurso, com ou sem vitaliciedade, e *empregos de justiça* os cargos providos só mediante simples nomeação, e dahi *officiaes de justiça* os que exercem officios de justiça, como os tabelliães, os escrivães, etc. e *empregados de justiça* os que exercem empregos de justiça, como os *meirinhos*, denominação lidima, empregada desde as Ordenações, e que melhor exprime a especialidade do cargo, do que a de officiaes de justiça, em sentido restricto, os porteiros, etc. (JOÃO MENDES, e minha *Pratica forense*, p. 472). Dizendo — *officio*, o codigo se refere ao officio da justiça. O codigo italiano menciona tambem o *officio*, mas segundo seus commentadores, em outra accepção, significando funcção publica, mas não da administração do Estado, como a dos tutores, curadores, etc. (FLORIAN). *Emprego* é o cargo de ordem administrativa, como *profissão* é a fórma de actividade individual com o fim de lucro, cujo exercicio implica o conhecimento de segredos de outrem, como a advocacia, o exercicio da medicina em seus diversos ramos, da pharmacia, etc. Dizendo *profissão*, entende-se a que é exercida conforme as exigencias ou condições legais, pois a lei garante a confiança depositada naquelles em quem ella confia. Tem-se entendido que a obrigação do sigillo cabe tambem aos ajudantes dos cirurgiães, aos auxiliares dos pharmaceuticos, aos escreventes dos tabelliães, aos copistas dos advogados, porque a esses auxiliares se estende a necessidade das revelações feitas aos profissionais referidos; elles entram nas confidencias em razão dos seus empregos de auxiliares e não por uma expansão amistosa e proveniente da confiança pessoal (AURELIANO COUTINHO).

O codigo italiano menciona tambem como condição pessoal da obtenção do segredo o *estado*, que se distingue da profissão em não visar o fim de lucro, mas em inspirar-se em principios religiosos, moraes ou civis, como o estado de sacerdote, o de irmã de caridade, que frequentemente, no confissionario ou nos hospitaes, põem as pessoas de que se acham delle investidas a par de confidencias. O codigo francez, art. 378, tambem contempla egual condição pessoal. O nosso silencia a respeito.

155. b) O agente deve ter sciencia do segredo em razão do officio, do emprego ou profissão. Só as confidencias, assim obtidas ficam sob o amparo da sanção legal, porque só estas são como que obrigatorias, ou exigidas para o bom desempenho dos encargos officiaes ou profissionais. O codigo aponta como fontes do saber a *noticia* ou *conhecimento*: a noticia é a informação ministrada pelo proprio interessado ou por qualquer conjuncto; o conhecimento é o saber colhido immediata e pessoalmente pelo proprio profissional, empregado ou official. Assim, o facto pôde ser communicado sob expressa ou tacita recommendação de segredo, ou conhecido

pelo agente no exercicio do officio, emprego ou profissãc, e sob qualquer dessas fórmãs se reputa *confiado* (LISZT).

Por *segredo* se entende o factõ não conhecido e que, por sua natureza ou pela vontade de quem o confia ou nelle tem interesse, não deve ser conhecido de outrem (FLORIAN). Pela orientação do codigo, pôde interessar ao Estado, no ponto de vista administrativo, ou ao individuo e quanto á sua pessoa, sua familia, sua honra e interesses moraes ou patrimoniaes.

O não dever ser revelado implica que o contrario acarrete damno effectivo ou potencial, requisito aliã expresso no codigo italiano, art. 163.

156. c) O *segredo* deve ser *revelado*, isto é, communicado a outrem.

Não é necessario que seja divulgado, e assim bastante é que seja levado ao conhecimento de uma pessoa. Indifferente é o modo da revelação: confidencial ou publico e solemne, verbal, escripto ou impresso. Em outros codigos se exige expressamente que a revelação, para ser arbitraria ou illegal, condição que é expressa differentemente: “hors le cas ou la loi les oblige (médicin, chirurgiens, etc.) á se porter dénonciateurs (cod. francez, art. 378); “senza giusta causa (cod. italiano, art. 163); “sem autorisação (cod. allemão, art. 300); “sem fundados motivos (cod. hungaro, art. 328), etc. O nosso codigo, a exemplo do portuguez, art. 290, não faz qualquer limitação ou restricção.

Cumpre, porém, distinguir: se se trata de segredo do Estado a prohibição de sua revelação é absoluta; se se trata de segredo que interessa directamente ao individuo, a sua revelação deixa de ser criminosa em determinados casos, quando é a lei que autorisa a revelação, attendendo a interesse de ordem superior. Estão nestes casos a revelação de doenças infeciosas capazes de contagio e especificadas nos regulamentos sanitarios, revelação imposta até pelo proprio codigo, art. 378, sob pena de incidir o medico em contravenção, e justificada pela necessidade de adopção de medidas de prophylaxia e de hygiene, a bem da collectividade; a revelação do que fôr colhido e de proveitoso esclarecimento nos exames periciaes, nos de sanidade ou de invalidez, determinados pela administração para as aposentadorias ou licenças, nos de sanidade em caso de seguro de vida.

E' de notar com relação aos exames periciaes, determinados pela justiça, que a revelação é limitada á autoridade ou magistrado que determinou a diligencia, devendo o perito guardar sigillo quanto a estranhos emquanto não fôr julgada a causa, imperante como é em nosso processo o systema inquisitorio.

Fôra dos casos em que a lei abre excepção ao principio da não revelação do segredo, vigora este em toda a sua amplitude, como vem expresso no art. 192 do codigo penal. E' o systema legal, muito embora não seja o adequado para solucionar innumerados casos de collisão entre o dever do sigillo e o dever de salvaguardar outros interesses juridicos. Consoante a regra inhibitoria daquella disposição o depositario do segredo não fica dis-

pensado de prestar depoimento, como tem decidido a jurisprudencia franceza, o que importa tanto como considerar isento de penalidade o profissional que julgasse não dever-se aproveitar da mesma dispensa e se prestasse a depor violando o sigillo; pela nossa lei ha inibição e não dispensa.

Assim, o depoimento que fosse prestado, além de sujeitar seu autor á responsabilidade criminal, não teria valor por ser acto contrario á lei prohibitiva. Questiona-se se o consentimento do interessado no segredo para que seja revelado, faz desaparecer o crime. Dado o conceito que considera este como attentatorio da liberdade individual, a solução será pela affirmativa, e tal é o ponto de vista de criminalistas italianos, como CRIVELARI, LOMBARDI, NEGRI, PINCHERLI e outros, e allemães, como BINDINC, HALSCHNER, LISZT, etc., em face dos respectivos codigos.

Se outro fôr o fundamento da repressão, um interesse de ordem publica, a necessidade de resguardar a confiança de que necessitam as diversas profissões, fundamento adoptado pelo nosso codigo, a solução será pela negativa, em face do art. 26 letra c e do art. 407 § 2.º, que não considera de acção privativa o crime em questão. O Dr. AURELIANO COUTINHO, mesmo em face do nosso codigo, entende em sentido contrario, argumentando que em tal caso não ha abuso de confiança, e o interesse que determinou a incriminação, consiste exactamente em resguardar contra os abusos a confiança obrigada por parte daquelles que necessitam recorrer a certa ordem de profissões, notando-se mais que somente o individuo interessado é que pôde ser juiz apto para apreciar o prejuizo resultante da revelação, porque só elle pôde bem apprehender e bem regular e apreciar todos os fins que constituem a trama de sua vida individual e social. Como se vê, a argumentação parte do supposto, não admittido pelo codigo, de que em jogo esteja preponderantemente o interesse individual, a quem cabe delimitar o caracter confidencial ou não de determinados factos, quando não só o fundamento da repressão não é invocado, como o caracter de segredo não é dado pela vontade individual em grande numero de casos, resultando antes da natureza do facto (n. 153).

157. d) O dolo réquer a voluntariedade da acção e a consciencia de que a revelação é feita illegalmente. Não é necessaria a intenção de prejudicar, neste sentido se pronunciando a jurisprudencia franceza, desde 1885, a proposito do processo instaurado contra o DR. WATELET, que infringira o sigillo medico para defender-se de increpações contra a sua pericia profissional.

## 158. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Empregado do correio que viola cartas e subtrahe valores responde perante a justiça federal em um só processo pelos dous crimes de responsabilidade e furto (*Ac. de 1 de março de 1893*).

II. O empregado do correio que subtrahe 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 de malas, por meio de cancellamentos de palavras, não commette os crimes de peculato (art. 221 do cod. penal) e de estellionato (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. 5, primeira parte), a cujas penas fica sujeito na conformidade do art. 66 § 3.º, tudo do mesmo cod. penal. Neste caso, o crime de furto (art. 330) sendo connexo com o de responsabilidade (arts. 193 e 208), por haver entre elles unidade de intenção e relação de meio a fim; compete seu processo e julgamento á justiça federal (*Ac. de 19 de julho de 1893*).

### DISTRICTO FEDERAL

III. Fóra da excepção contida no art. 191 — consentimento expresso ou implicito do remetente, a carta mantem seu character confidencial, desde que da divulgação do conteudo 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. O destinatario de uma carta injuriosa a terceiro, incorre em penalidade si a transmite ao offendido para querellar o signatario da mesma carta (*Ac. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, em 20 de dezembro de 1898*).

### ESTADOS FEDERADOS

IV. O empregado do correio que, abrindo a carta, apropria-se do dinheiro que nella encontra, além do delicto capitulado no art. 193, commette mais o previsto no art. 330 do cod. penal (*Ac. do Trib. de Just. de São Paulo, em 1 de março de 1893*).

## 159. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA

### FRANCEZA

L'obligation du secret continue d'exister dans le cas même ou celui

que les faits concernent et qui les a confiés en demande la révélation; car l'obligation prescrite par l'article 378 est établie dans un intérêt, et ce n'est qu'à ce prix que des professions dont l'exercice importe à la société tout entière peuvent jouir de la confiance et de la considération nécessaires (*Cour de Montpellier, 24 set. 1827*).

## CAPITULO V

### DOS CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DO DOMICILIO

**Art. 196.** Entrar á noite na casa alheia, ou em quaesquer de suas dependencias, sem licença de quem nella morar:

**Pena** — de prisão celllular por dois a seis mezes.

**Paragrapho 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 celllular por tres mezes a um anno, além daquellas em que incorrer pela violencia.

**Art. 197.** E' permittida a entrada de noite em casa alheia:

§ 1.º No caso de incendio;

§ 2.º No de immediata e imminente ruina;

§ 3.º No de inundação;

§ 4.º No de ser pedido soccorro;

§ 5.º 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 celllular por um a tres mezes.

**Art. 199.** A entrada de dia em casa alheia é permittida:

§ 1.º Nos mesmos casos em que é permittida á noite;

§ 2.º 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 do crime ou de contrabandos, á penhora ou sequestão de bens que se occultarem;

§ 3.º Nos de flagrante delicto ou em seguimento de réc achado em flagrante.

**Art. 200.** Nos casos mencionados no § 2.º do artigo antecedente se guardarão as seguintes formalidades:

§ 1.º Ordem escripta da autoridade que determinar a entrada na casa;

§ 2.º Assistencia de escrivão ou qualquer official de justiça com duas testemunhas.

Art. 201. Si o official publico, encarregado da diligencia, executal-a sem observar as formalidades prescriptas, desrespeitando o recato e o decoro da familia, ou faltando á devida attenção aos moradores da casa:

Penas — de prisão cellular por um a dois mezes e multa de 50\$000 a 100\$000.

Art. 202. Da diligencia se lavrará auto assignado pelos encarregados da mesma e pelas testemunhas.

Art. 203. As disposições sobre a entrada na casa do cidadão não se applicam ás estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavolagem e outras semelhantes, emquanto estiverem abertas.

160. O *domicilio*, cuja inviolabilidade se garante penalmente, não tem a mesma accepção admittida em direito civil, onde denota o lugar onde a pessoa natural estabelece a sua residencia com animo definitivo (cod. civil, art. 31); em direito penal significa casa ou lugar de habitação, morada permanente ou occasional. A protecção é dada ao lugar, não em quanto bem ou coisa pertencente a determinada pessoa, mas como habitação ou asylo do homem nas multiplices manifestações da sua actividade individual, em quanto recebe o cunho desta ou participa da esphera de sua applicação.

O objecto, pois, do crime de violação de domicilio é a liberdade individual quanto á morada, e “a razão porque a lei distingue esse crime da offensa á liberdade individual propriamente dita está, observa VILLA, em que o considera em relação não só ao individuo singular, mas á familia, da qual é guarda social.”

O nosso codigo de 1830, avantajando-se dos codigos então existentes, isto mesmo salientado por PIRES FERRÃO, tendo suas disposições especial referencia em CHAUVEAU e HELIE, regulou o assumpto nos arts. 209 e 214, dispositivos estes mantidos pelo codigo vigente, com modificações, como sempre para peor.

No systema do codigo vigente, a violação do domicilio pôde constituir uma aggravante geral, quando praticada como meio para realisação de um crime (art. 39 § 12) e de tanta intensidade que qualifica o homicidio (art. 294 § 1.º), e pôde constituir crime especial, nos termos dos dispositivos deste capitulo.



Duas modalidades principaes assume, quando crime especial, a do art. 196, consistente na entrada á noite na casa alheia, e a do art. 198 consistente na entrada ou na persistencia em casa alheia, de dia, contra a vontade do morador.

Não contempla o codigo, como caso especial, a pratica de qualquer dessas modalidades criminosas por funcionario publico, nesta qualidade, como fazem os codigos francez, italiano e outros.

Assim, semelhante figura delictuosa só pôde ser obtida, combinando o art. 196 ou 198 com o art. 231.

161. O crime definido no art. 196, presuppõe como elementos essenciaes:

- a) o logar protegido pela lei;
- b) a entrada nesse logar e á noite;
- c) a falta de licença do morador;
- d) a falta de motivo legitimo dos enumerados na lei.

Quanto ao primeiro elemento, se a razão da repressão está em tutelar a liberdade do individuo quanto á morada, é bem de ver que o logar protegido não pôde ser outro senão o destinado á habitação, condição ao mesmo tempo *necessaria e sufficiente*.

O codigo italiano usa de termos bastante amplos para denotar esse logar, dizendo — *abitazione altrui e appartenense di essa*. Em nosso direito constitucional, quer continente da anterior constituição politica, art. 179 § 7, quer da actual, art. 72 § 11, reconhecendo-se como um dos direitos concernentes á segurança individual o da inviolabilidade do domicilio, este é concretisado na *casa* como asylo inviolavel do individuo, nella não sendo licito “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 por lei.” O codigo usa dos termos — *casa alheia e suas dependencias* (art. 196)

Em accepção restricta, o termo — *casu* — significa o predio ou construcção immovel *destinada á habitação de uma ou mais pessoas*; mas se attendermos á razão da repressão penal, devemos tomar esse termo em accepção ampla, para denotar, com *aquelle fim*, toda a construcção, aberta ou fechada, immovel ou movel (um barracão de madeira tosca, a cabina de um navio) de uso permanente ou transitorio (sala de um albergue, apartamento alugado, escriptorio de advogado, etc.): O logar deve servir *actualmente* para uso de habitação, pelo que, estando desoccupado, a entrada ahmesmo sem consentimento do proprietario, não constitue violação de domicilio, e sim offensa á propriedade, conforme as circumstancias. E’ de notar, porém, que a violação do domicilio pôde verificar-se independentemente da presença do morador, que pôde achar-se presente ou ausente (FLORIAN, MANZINI, CRIVELLARI, GARRAUD).

Tambem a entrada nas *dependencias* da casa, constitue o crime em questão. Em face do fundamento da repressão, se deve entender por *dependencias* os logares adjacentes ou annexos á habitação, nos quaes a entrada indebita pôde perturbar a tranquillidade do morador (IMPALLOMENE, FLORIAN, MAJNO CRIVELLARI, e 1.º vol. desta obra, n. 293). O código não exige que as dependencias estejam fechadas, como faz expressamente no caso do art. 35 § 1.º.

162. Quanto ao segundo elemento do crime, a acção, que o constitue, se realisa pela *entrada* na casa alheia ou em suas dependencias, e á *noite*. Esta circumstancia, que é *elementar do crime*, se caracteriza pelo modo já exposto no 1.º vol., n. 303, quando a apreciamos como *aggravante geral*. O código não delimita o meio porque se faz a entrada, de sorte que qual-quer pôde ser empregado, exceptuados os mencionados no § unico do art. 196, que constituem *aggravantes*.

A entrada deve ser feita *sem licença de quem morar na casa*. O código anterior, art. 209, usava de dicção diversa para assignalar este elemento do crime, dizendo — *sem consentimento*. Ha differença sensivel entre uma e outra dicção, porquanto o consentimento quer dizer annuencia ou acquiescencia, que se effectúa expressa ou tacitamente, ao passo que a licença é só o *consentimento dado expressamente*. O código vigente restringiu, pois, a manifestação do titular da habitação, pois sómente quando expressamente consentir na entrada, é que esta deixa de ser criminosa.

Quer assim uma manifestação inequivoca do morador, que permissiva, vem mostrar que não soffre restricção em sua liberdade individual no meio domiciliar, bem juridico protegido no caso, e, pois, inadmissibilidade do crime.

A licença deve ser dada pelo morador, que pôde ser o proprietario ou quem por locação ou outro titulo habita a casa.

Assim, o direito de dar licença pôde caber ao inquilino contra o proprietario. Existindo varios moradores, a cada um cabe o direito (limitado pelo dos outros) de dar licença. Tratando-se, porém, de pessoas reunidas pelo laço de parentesco (familia), ou de dependencia (collegios, institutos, mosteiros, etc.), o direito cabe ao pae ou mãe com o patrio poder, ou ao representante da collectividade. Um limite naturalmente se impõe, quando a licença fôr dada pelo pae ou chefe do instituto em detrimento dos membros do grupo, caso que não pôde prevalecer, pois ferido seria o principio que a lei penal deve igual protecção a todos (FLORIAN).

163. Outro elemento do crime é a falta de algum dos motivos legitimos enumerados na lei. A garantia da inviolabilidade do domicilio não é absoluta, e a própria lei constitucional isso mesmo consigna, declarando não ser permittida a entrada, á noite, em casa alheia, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a victimas de crimes ou desastres, nem

de dia, senão nos casos e pela fôrma prescripta por lei (Const. Federal. art. 72 § 11) No art. 197 o código mais circunstanciadamente designa os casos em que é permittida a entrada e á noite em casa alheia, dentro, porém, da norma constitucional, cuja justificação se patenteia do mais ligeiro exame. A concorrência, pois, de algum desses casos torna legitima a entrada, desaparecendo em consequencia a figura delictuosa.

O dolo consiste simplesmente na vontade de commetter a acção, tendo o agente consciencia da sua illegitimidade, por não occorrer algum dos motivos legais, nem licença do morador ou do titular do direito de habitação. Não se requer indagação ao fim.

164. No § unico do art. 196 se trata da entrada aggravada, pela situação de perigo ao morador e cerceamento de sua defesa e isto:

a) por *violencia* contra a pessoa, isto é, pelo emprego da força phisica como meio da violação do domicilio (violencia mediata, vid. n. 124)

b) usando-se de *armas*, propria ou impropriamente ditas (Vid. 1.º vol., n. 327). O agente deve saber que está armado; não se faz mister uma intenção que vá mais longe (LISZT).

c) por duas ou mais pessoas que se tenham ajuntado para o crime.

A lei não requer previo concerto, a razão da aggravante subsistindo sem elle; basta que duas ou mais pessoas cooperem scientemente para a pratica do crime, isto é, com a consciencia de que fazem parte de uma reunião destinada a esse fim. Como nota LISZT, desde a idade média, como uma das fôrmas da violação do domicilio, considerado como crime especial, se notava o assalto violento com sequito armado (*hariraida*). Na Ord. Philip. 1. V., t. 45, vemos qualificado como crime especial, sob a denominação de *assuada*, a entrada em casa alheia, sem sequito para fazer ao mal ao morador.

165. No art. 198, a figura delictuosa apresenta tres modalidades distinctas, a saber:

a) A entrada *de dia* na casa alheia, fóra dos casos permittidos nos arts. 197 e 199, e sem as formalidades legais mencionadas no art. 200.

As fontes destas disposições são os arts. 210, 111 e 212 do código anterior.

Que este consignasse disposições de ordem processual, como são as referentes ás formalidades a serem guardadas na entrada da casa, comprehendendo-se pela ausencia de um código de processo, só dois annos depois promulgado; na mesma situação não se encontrou o legislador de 1890, que sem mais exame foi reproduzindo disposição já continente de lei processual. O código não falla em *licença do morador*, mas é requisito que se deve subtender como essencial, segundo mostrámos anteriormente. Vê-se

que de dia a entrada na casa alheia é permittida em maior numero de casos, do que de noite, pois, além dos constantes do art. 197, ha tambem os do art. 199, diversidade explicable facilmente.

b) Introduzir-se furtivamente na casa alheia, isto é, ás occultas, ou de modo a não ser visto.

E' modalidade tambem não prevista no codigo anterior, e sim nos collegios, art. 157, que emprega a expressão -- *chiunque s'introduce clandestinamente*. Neste caso é *ope legis* presumida a falta de licença do morador, porque o individuo que recorre a esse meio para entrar na casa, revela ter fim illicito ou pelo menos temer a falta de licença do morador (FLORIAN).

c) Persistir em ficar na casa alheia contra a vontade do morador.

E' modalidade não prevista no codigo anterior, e sim no codigo italiano, art. 123, e italiano, art. 157. Justifica-se facilmente a repressão, por isso que neste caso tambem ha offensa ao direito do morador, com sua liberdade tão cerceada como no caso da entrada criminosa. O codigo italiano comprehende a persistencia em ficar rem casa alheia, quer á vista do morador, quer clandestinamente. O nosso só comprehende a primeira especie, como tambem o faz o allemão, considerando este o caso de achar-se o individuo indevidamente na casa e não retirar-se apezar da intimação do titular do direito.

Segundo o nosso codigo a persistencia póde ser precedida de entrada por qualquer razão.

No art. 201 se qualifica uma figura delictuosa que se prende á entrada de dia em casa alheia. E' caso tambem previsto no art. 213 do codigo anterior. Procura-se salvaguardar os moradores da casa contra qualquer desmando do official encarregado da diligencia.

166. A disposição do art. 203 é analogá a do art. 214 do codigo anterior. São equiparadas ao domicilio, e, pois, com as mesmas garantias, as estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavolagem e outras semilhantes desde que estejam fechadas, por isso que em tal situação deixam de ser cossas publicas, ou franqueadas a todos que ahí vão procurar legitimamente o que lhes é offerecido de ante-mão, tornando-se asylo só dos moradores. Por cessar a razão da lei, deixa de aproveitar o fechamento que fôr feito simuladamente, como no caso de ficarem no interior jogadores, consumidores de bebidas, conjurados (ORBAN).

## 167. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. O domicilio do cidadão é inviolavel, sendo apenas permittida a entrada em casa, mesmo de dia, sem consentimento do morador, unicamente nos casos e pela fórmula prescripta na lei. E' função exclusivamente legislativa regular a entrada forçada em casa do cidadão nos expressos termos

do §11 do art. 72 da Const. Federal, não podendo, pois, o Congresso Nacional subdelegar esta attribuição ao Governo sem offensa á mesma Constituição, como fez pela lei n. 1151 de 5 de janeiro de 1904, que autorizou o Poder Executivo a organizar o serviço sanitario; a disposição relativa á entrada forçada em casa do cidadão para o serviço de desinfecção é uma disposição que viola flagrantemente o cit. § 11 do art. 72 da Constituição (*Ac. de 31 de janeiro de 1905*).

## DISTRICTO FEDERAL

II. O principio da inviolabilidade do domicilio não é tão absoluto que se não possam reconhecer excepções. Entre estas excepções, segundo o art. 203 do cod. penal, estão as entradas em casas de tavolagem e outras semelhantes. Não é passivel de qualquer penalidade a autoridade que, no exercicio de suas funcções, commette violencias, sem que se demonstre a ausencia do motivo legitimo. Desde que a lei concede á autoridade o direito de dar busca, nelle se comprehende o de arrombar a porta que não fôr aberta á sua intimação e de entrar á força; e o mesmo poderá praticar com qualquer porta inferior, armario ou qualquer outar coisa onde se possa, com fundamento, suppôr escondido o que se procura (*Ac. do Trib. Civil e Criminal de 6 de maio de 1898*). Esta decisão não consagra exacta intelligencia do art. 203 do cod. penal, porquanto a excepção que estabelece é referente ao caso de se *acharem abertas* as casas de tavolagem e outras que menciona, admissivel sendo, então, a autoridade nellas penetrar, de dia ou de noite, sem licença de quem ahi morar e sem as formalidades legais; estando fechadas, equiparam-se ao domicilio, e, assim, a entrada só é permittida nos casos expressos em lei, a não ser que se trate de fechamento simulado, como já notámos (n. 166), o que não era verificavel no caso.

## ESTADOS FEDERADOS

III. A immundade da inviolabilidade não é concedida aos edificios materiaes e sim ao domicilio do cidadão. A officina de impressão de um jornal não é um asylo inviolavel a que se refer a lei para o fim de ficar fóra do arbitrio da autoridade sempre que uma diligencia se torne necessaria á prevenção de delictos, ou, em geral, de quaesquer actos de negação de direito (*Ac. do Trib. de Justiça do Amazonas, em 19 de julho de 1906*).

### 168. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA

#### ITALIANA

I. Il reato di violazione di domicilio non cessa di sussistere solo perché si introduce nella abitazione altrui é d'accordo con un solo di coloro che dimorano in essa e che non é il capo della famiglia (*Cass. 8 gen. 1891*).

II. L'introdursi clandestinamente in casa del marito allo scopo di commettere adulterio con la moglie costituisce violazione di domicilio, né il consenso della moglie può tener luogo di quello del marito (*Cass. 14 mag. 1892*).

## CAPITULO VI

### DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE DE TRABALHO

**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:  
**Pena** — de prisão cellullar por um a tres mezes.

**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 cellullar por um a tres mezes e multa de 200\$000 a 500\$900.

**Art. 206.** Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho para impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario:

**Pena** — de prisão cellullar por um a tres mezes.

§ 1.º Si para esse fim se colligarem os interessados:

**Pena** — aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão cellullar por dois a seis mezes.

§ 2.º Si usarem de violencia:

**Pena** — de prisão cellullar por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrerem pela violencia.

#### DECR. N. 1.162 DE 12 DE DEZEMBRO DE 1890

**Art. 1.º** Os arts. 205 e 206 do Codigo Penal e seus §§ ficam assim redigidos.

1.º 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 multa de 200\$000 a 500\$000.

2.º Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho

por meio de ameaças ou violências, para impôr aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de salario ou serviço:

Penas — de prisão cellullar por dois a seis mezes e multa de 200\$000 a 500\$000.

DECR. N. 4.269, DE 17 DE JANEIRO DE 1921

Art. 9.º Nos crimes definidos no Código Penal, arts. 204 e 382 e no Decreto n. 1.162, de 12 de setembro de 1890, art. 1.º ns. 1 e 2, as penas serão de prisão cellullar por tres mezes a um anno.

DECR. N. 5.221, DE 12 DE AGOSTO DE 1927

Art. 1.º São inafiançaveis os crimes previstos no Decreto n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, e as penas respectivas passam a ser de seis mezes a um anno de prisão cellullar para o caso do § 2.º.

169. O art. 204 tem como fonte o art. 165 do código italiano, do qual, porém, se distingue em ser vasado, não em formula synthetica, mas analytica, com especificações, methodo tão de molde do código.

O bem juridico que se protege aqui é ainda a liberdade individual, encarada, no aspecto economico, isto é, a actividade, o trabalho industrial e commercial, tanto individual, como collective.

Constitue assim a repressão, ahí contida a protecção do direito reconhecido na Constituição da República, art. 72 § 24, ultima parte, quando assegura o livre evercicio de qualquer profissão moral, intellectual e *industria*. A liberdade industrial ou commercial pôde ser offendida, ou no seu exercicio geral ou particularmente em ter abertos ou fechados os estabelecimentos e officinas de trabalho ou negocio, ou de ser ou não exercida a actividade industrial ou commercial em certos e determinados dias. O código não deixa, porém, explicito o meio empregado pelo agente, como faz o código italiano, referindo-se á violencia e á ameaça: tem em vista os effeitos da acção delictuosa, mas sem diversidade de pena. Assim se a liberdade do paciente é coagida de modo a ficar impossibilitado de exercer seu trabalho industrial ou commercial a figura é do *impedimento*; se ha apenas perturbação da liberdade, então, limitada, tem-se o *constrangimento*.

Esses resultados podem advir da violencia, isto é, da força material, ou da ameaça, que assim devem ser considerados como os meios do crime; uma e outra devendo ser especificadas, precisas, directas e injustas. O dolo, além da voluntariedade da acção, deve comprehender o fim especifico de restringir ou impedir a liberdade do trabalho industrial ou commercial. Quanto á pena vid n. 171.

170. *Grève, parede*, são as denominações dadas á cessação ou suspensão simultanea do trabalho pelos operarios de um mesmo estabelecimento ou de uma mesma profissão, em uma localidade, ou em uma região, visando de ordinario o augmento de salario.

A legitimidade de tal acto deflue naturalmente da liberdade individual, porquanto se, nos regimens livres, é um direito reconhecido a cada um de cessar seu trabalho, ou de só continuá-lo mediante melhoria de salario, porque negar ègual direito a muitos que tenham agido de concerto ou simultaneamente?

Entretanto, por mais simples que isso pareça, negou-se a legitimidade da parede, e até ha pouco tempo era pelas legislações qualificada como crime, a pretexto de tutela da ordem publica, quando a retirada em massa de operarios de um estabelecimento, importando violação de contracto, daria logar á indemnisação por perdas e danos, o damno publico só podendo resultar da attitude que assumissem, então causa das violencias praticadas, sujeitas ás medidas de prevenção ou repressão, segundo o caso.

E a tal ponto chegou o espirito de prevenção contra o operariado, de punir-se com pena mais grave a parede do que a *coalisação* ou concerto de patrões para a baixa dos salarios (*lock-out*, como dizem os inglezes, *serrata*, como a chamam os italianos), e haja vista o código penal sardo, arts. 385-386. Uma mais exacta intuição, senão reconduziu as legislações ao seu verdadeiro dominio, pelo menos veio abrandar o seu rigorismo, dictado antes por conveniencia de uma classe, estabelecendo-se o vigente regimen, que representa uma transição, o estadio para a integral applicação do direito commum ao campo da luta do trabalho.

Pune-se, não a greve ou coalisação em si mesmas, mas os excessos do exercicio desse direito (leis inglezas de 1824, 1825, 1869, 1871, 1875, *The conspiracy and protection of property Act*, de 1906, lei allemã sobre a industria, de 1 de julho de 1883 e reg. industrial de 30 de junho de 1900, leis francezas de 25 de maio de 1864 e de 21 de março de 1884, lei austriaca de 7 de abril de 1870, código penal italiano, art. 166, etc.).

171. Muito embora a modificação das legislações, só punindo, como vimos, a greve violenta, isto é, com violencia ou ameaças, e implicitamente reconhecendo o direito á greve pacifica, o nosso legislador, retrogradando lamentavelmente ao código penal francez, erigiu a greve não violenta em delicto (arts. 205 e 206 do código penal).

Os protestos não se fizeram esperar, e o partido operario representou contra esses dispositivos, pedindo sua eliminção completa.

Satisfazendo-o em parte, veio o Decr. n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, expedido pelo Governo Provisorio da Republica, que deu nova redacção áquelles artigos do código, sob a razão explicita de "se evitar duvidas e interpretação erroneas, que poderiam occorrer na execução, comprometendo a clareza indispensavel nas leis penaes", mas na realidade



operando accentuada modificação, por isso que veio a punir sómente a grêve e a coalisão violentas

Assim, a figura do art. 205 ficou sendo a da grêve pelo *desvio* dos operarios, que pôde ser provocado pelos proprios operarios, ou por pessoa estranha ao estabelecimento, empregando-se como meios o constrangimento, ameaças ou manobras fraudulentas, nestas podendo-se comprehender a seducção e o alliciamento, qualquer artificio, emfim, que, illudindo a bôa fé do operario, explorando as paixões ruins, ou propagando idéas subversivas, contribuam para o resultado da cessação do trabalho no estabelecimento. As figuras do art. 206 são da grêve ou coalisão visando augmento ou diminuição de salario ou serviço. Quer o codigo, quer o decr. n. 1.162, copiando mal o codigo italiano, inverteram as posições aos operarios e patrões, dando aquelles como pretendendo *diminuição* e estes *augmento de salarios!* Restringiu-se a figura do crime, em face da fonte, pois, no codigo italiano, art. 166, cogita-se tambem do caso de "*patti diversi da quelli precedentemente consentiti*". Não se houve bem o nosso legislador em manter do codigo penal francez as *manobras fraudulentas*, como meio de commettimento do crime, porquanto, como já ponderava JULES SIMON, no parlamento francez, ao discutir o projecto, depois de convertido na lei de 1864, a elasticidade indefinida dessa expressão torna a lei tão vaga que autorisa qualquer arbitrio, razão pela qual foi eliminada do codigo penal italiano.

Quanto aos outros meios do commettimento do crime, isto é, a *violencia* e *ameaças* têm a significação já dada (n. 124), e devem ser *injustas*, pois se forem empregadas no exercicio de um direito, ainda que possam causar damno a outrem, o crime não teria razão de ser (LONGO, FLORIAN, PASQUALE, ARENA).

Além disso, a violencia e a ameaça devem resultar de actos ou palavras *precisas e especificas* e ser *directas*, e ainda *causa determinante* da cessação ou da suspensão do trabalho, o que resalta dos termos da lei, cessação ou suspensão que devem ser completas, por isso que no art. 206 se protege especialmente o trabalho collectivo.

Requer-se, portanto, do ponto de vista objectivo, o evento da cessação ou suspensão do trabalho do que se deduz que se trata de delicto *material*, pelo que admite tentativa (vid. nos *Annaes da conferencia judiciaria-policial*, 1898, convocada pelo Dr. AURELINO DE A. LEAL, então chefe de policia do Districto Federal, a these IX que desenvolvi, e onde me occupo da parede ou grêve em varios aspectos).

O dolo, além da voluntariedade da acção, tem o fim especifico explicito no art. 206 e quanto á modalidade criminosa do art. 205, o fim está em impedir o trabalho dos operarios, causando damno material ao estabelecimento em consequencia da cessação do trabalho.

O decr. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, art. 9, veio modificar a penalidade estabelecida no art. 204 do código penal e no art. 1, e 2 do decr. n. 1.162, de 12 de setembro de 1890, que substituiu pela de prisão celllular por tres mezes a um anno, e o decr. n. 5.221, de 12 de agosto de 1927, art. 1, tornou inafiançaveis os crimes previstos no citado decr. n. 1.162, passando a ser de seis mezes a um anno de prisão celllular as penas para o caso do § 2.º do art. 1.



## TITULO V

**Dos crimes contra a boa ordem e administração  
pública**



## TITULO V

### DOS CRIMES CONTRA A BOA ORDEM E ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

172. Se o Estado, no ponto de vista estatico, isto é, no ponto de vista de suas condições existenciaes, materiaes ou formaes, pôde ser sujeito passivo de uma categoria de crimes, os chamados crimes politicos, sensu lato, de que se occupa o codigo no titulo I deste livro, considerado no ponto de vista dynamico, isto é, emquanto ampara ou protege interesses individuaes, ou promove interesses collectivos, dupla direcção de sua actividade, como *administração publica* ou como *Estado administrativo*, tambem pôde ser sujeito passivo de diversos crimes.

E' bem de ver que quanto mais vasto fôr o campo de actividade da administração publica, tanto maior será o circulo, e tanto mais variado o objecto das acções que contra ella se dirigirão e que devem ser refreiaadas por comminações penaes. Dahi porque sómente uma pequena parte de infracções em questão tem uma longa historia, como os crimes de *responsabilidade*, ou melhor, os crimes *funcionaes*, cuja punição é necessaria para que a administração garanta-se a si mesma e garanta os interesses sob a sua protecção contra os seus proprios órgãos, categoria de crimes que não compromettem sómente este ou aquelle ramo da administração, mas a administração em geral; os crimes que attentam exclusivamente ou de preferencia contra a administração da justiça, missão fundamental e a mais antiga do Estado, bem como os crimes relativos ao juramento (LISZT). Nos codigos, a materia é diversamente disposta, e destacando o codigo italiano, um dos mais recentes e mais perfeitos, vemos os crimes em questão distribuidos nos 3.º e 4.º titulos do livro segundo, sob as rubricas — *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, e — *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*. No primeiro desses titulos se comprehendem quer os crimes praticados pelos funcionarios, nesta qualidade (crimes de responsabilidade), quer os praticados por particulares, e a razão de serem grupados no mesmo titulo, está em não se poder distinguir rigorosamente em todas as figuras criminosas a qualidade do agente, como, por exemplo, nos crimes de corrupção, de usurpação de funcções, etc.

Comprehende-se neste titulo o peculato, a concussão, a corrupção, abuso de autoridade e violação dos deveres inherentes a um officio publico, abusos dos ministros dos cultos no exercicio de suas funcções, usurpação de funcções publicas, de titulos e de honras, violencia e resistencia á autoridade, ultrage e outros delictos contra pessoas revestidas de autori-

dade publica, violação do sello e subtracção em logar de deposito publico, do supposto credito junto de officiaes publicos, do não cumprimento de obrigações e da fraude nos fornecimentos publicos.

Como crimes contra a administração da justiça comprehende a recusa de exercer funcções legalmente devidas, simulação de crime, calumnia, falsidade em juizo, prevaricação, favorecimento, evasão e inobservancia de pena, exercicio arbitrario do proprio direito, e duelo.

O nosso codigo de 1830, no titulo V da 2.<sup>a</sup> parte, e sob a rubrica — *Dos crimes contra a bõa ordem e administração publica*, comprehendia os crimes *funcçionaes*, excepto o peculato que incluiu no tit. VI, dos crimes contra o thesouro publico e propriedade publica, os de *falsidade* e o de *perjuro*. O codigo vigente, mantendo a mesma rubrica para o presente titulo, nelle só comprehende, porém, os crimes *funcçionaes*, nesta ordem discriminados: *prevaricação* (art. 207-209), *falta de exacção no cumprimento do dever* (arts. 210-213), *peita* ou *suborno* (arts. 214-218), *concussão* (arts. 219-220), *peculato* (arts. 221-223), *excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funcções publicas* (arts. 224-237), *irregularidade de comportamento* (art. 238). Mas se o codigo quiz reunir neste titulo todos os crimes *funcçionaes* propriamente ditos, isto é, os que só podem ser commettidos pelos funcionarios publicos, prevalecendo-se ou valendo-se do seu officio, não foi fiel ao methodo, pois em outros titulos qualifica crimes dessa natureza, e haja vista os arts. 131, 194 e 201. Não é só: quer em relação á collocação das figuras delictuosas, quer em relação á sua qualificação muitos são os defeitos que apresenta, como vamos ver.

## CAPITULO UNICO

### DAS MALVERSAÇÕES, ABUSOS E OMISSÕES DOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

#### *Secção I*

#### Prevaricação

Art. 207. Commetterá crime de prevaricação o empregado publico que, por afeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu:

- 1.º, julgar, ou proceder, contra literal disposição de lei;
- 2.º, aconselhar qualquer parte em litigio pendente de sua decisão;
- 3.º, 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;
- 4.º, recusar, ou demorar, a administração da justiça, ou

as providencias do officio requisitadas por autoridade competente, ou determinadas por lei;

5.º, exceder os prazos estabelecidos em lei para o relatório e revisão do feito, ou para proferir sentença definitiva ou despacho;

6.º, dissimular, ou tolerar, os crimes e defeitos officiaes de seus subalternos e subordinados, deixando de proceder contra elles, ou de informar a autoridade superior respectiva, quando lhe falte competencia para tornar effectiva a responsabilidade em que houverem incorrido;

7.º, prover em emprego publico, ou propôr para elle, pessoa que notoriamente não reunir as qualidades legais;

8.º, 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 suspeito;

9.º, 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 a prisão;

10.º, demorar o processo do réo preso, ou afiançado além dos prazos legais, ou faltar aos actos do seu livramento;

11.º, recusar, ou retardar, a concessão de uma ordem de habeas-corpus, regularmente requerida;

12.º, fazer remessa do preso a outra autoridade, occultal-o ou transferi-o da prisão em que estiver; não apresental-o no logar e no tempo determinado na ordem de habeas-corpus; deixar de dar conta circumstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, illudindo por esses meios a concessão do habeas-corpus;

13.º, tornar a prender, pela mesma causa, o que tiver sido solto em provimento de habeas-corpus;

14.º, executar a prisão de alguém sem ordem legal escripta de autoridade legitima; ou receber, sem essa formalidade, algum preso, salvo o caso de flagrante delicto, ou de impossibilidade absoluta da apresentação da ordem;

15.º, 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.º, demorar a extracção, e expedição e entrega de titulos, ou documentos, de modo a impedir que o cidadão vote, ou instrua recurso, interposto opportunamente;

17.º, deixar de preparar, ou expedir, nos prazos legais, os requerimentos dos cidadãos que pretenderem anistar-se



eleitores; extraviar, ou occultar o titulo de eleitor, ou documentos, que lhe tenham sido entregues, relativos ao alistamento:

**Penas** — de prisão cellular por seis mezes a um anno, perda do emprego, com inhabilitação para exercer outro, e multa de 200\$000 a 600\$000.

§ 1º. Si a prevaricação consistir em impôr pena contra a litteral disposição de lei, e o condemnado a soffrer, impor-se-ha a mesma pena ao juiz, ou juizes, si a decisão fór collectiva, além da perda do emprego.

§ 2º. 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 estiver recahido a condemnação.

**Art. 208.** Commetterão tambem prevaricação os funcionarios publicos que:

1.º, fabricarem qualquer auto, escriptura, papel ou assignatura falsa, em materia pertencente ao exercicio de suas funcções;

2.º, attestarem como verdadeiros, e feitos em sua presença, factos e declarações não conformes á verdade;

3.º, falsificarem copia, certidão ou publica-fôrma, de um acto de officio, seja suppondo um original que não existe, seja alterando o original;

4.º, attestarem falsamente a identidade, estado das pessoas e outros factos em acto do officio, destinado a provar a verdade desses mesmos factos;

5.º, cancelarem, 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 tirem de autos, requerimeneos ou representações a que estivessem juntos e lhes tivessem ido ás mãos, ou poder, em razão do emprego;

6.º, passarem certidão, attestado, ou documento falso, para que algum seja incluído, ou excluído do alistamento eleitoral:

**Penas** — de prisão cellular por um a quatro annos, perda do emprego e multa de 200\$000 a 500\$000.

**Art. 209.** Ficarão comprehendidos na disposição do artigo precedente, e serão julgados pela mesma fôrma de processo que os funcionarios publicos, o advogado ou procurador judicial:

1.º, que conluar-se com a parte adversa e por qualquer meio doloso, prejudicar a causa confiada ao seu patrocínio;

2.º, que, ao mesmo tempo, advogar ou procurar scientemente por ambas as partes;

3.º, que solicitar do cliente dinheiro, ou valores, a pretexto de procurar favor de testemunhas, peritos, interpretes, juiz, jurado ou de qualquer autoridade;

4.º, 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 dois a quatro annos e multa de 200\$000 a 500\$000, além das mais em que incorrerem pelo mal que causarem.

173. Em direito romano o termo *prevaricação* tinha um sentido restricto, e designava o acto daquelle que, depois de ter accusado alguem em um *judicium publicum*, se conluia com elle para obter a sua absolvição (*prevaricatio propria*), e tambem o acto o acto do *advocatus* ou *patronus*, que trahia a causa passando da parte do autor para a do réo *prevaricatio impropria* (L. 1 § 4 *ad Scium Turpillian*, 212 *Dig. de verb. signif.*).

Nesta ultima lei, sobre a etymologia do termo, diz ULPANO: *a varicando enim prevaricatio: nes dicti sunt*; explicando MULLER por esta fórma a significação deste verbo: “*et est varicare in transversum ire; sunt que vari, qui obtortis plantis incedunt, a varicibus crurum, dicti, quibus qui laborant, recte incedere nequeunt.*” Na segunda accepção notada, como infidelidade do procurador judicial, vemos a prevaricação no art. 135 da Carolina, e na Ord. Philip. L. 2, t. 26, § 24. Egualmente nesse sentido vemos a infracção nos codigos sardo, toscano, e no novo codigo italiano, arts. 222-224, como crime contra a administração da justiça. Uma accepção mais ampla se formou tambem, em doutrina, com reflexo em diversos codigos, segundo a qual, a prevaricação comprehende os delictos de todos aquelles que maliciosamente deixam de cumprir com os deveres do seu officio.

Assim, quasi todas as malversações, abusos e omissões dos funcionarios publicos teriam cabida nessa denominação, e nesse sentido parece ser o que foi tomado por MERLIN, quando define o termo *forfaiture* (que no codigo francez designa em geral os crimes dos funcionarios publicos): dizendo: *prévarication commise par un officier public, et pour laquelle il mérite d'être destitué*. Nos codigos portuguez e hespanhol, e ainda nas revisões que soffreram em 1834 e 1870 respectivamente, toma-se o termo em sentido amplo, mas sem distinguir precisamente o crime de outros de responsabilidade, para denotar certos abusos de juizes e outros funcionarios publicos.

O nosso código de 1830, com prioridade sobre estes códigos, dando uma feição especial ao crime, e assim melhor distinguindo-o dos demais crimes funcionaes, fazia-o consistir em certos desvios ou erros de officio commettidos por algum destes motivos: *affeição*, *odio*, *contemplanção*, ou *promoção de interesse particular* (art. 129).

Passivel de reparo, porém, era em incluir entre esses erros de officio alguns que não encerravam algo de especial, que rigorosamente tocasse á prevaricação, pois intrinsicamente não continham senão elementos do crime de falsidade (§ 8 do art. 129), ou do de violação do segredo das cartas (§ 9.º). O código vigente incidindo nesse e em outros defeitos, deu ao crime maior configuração.

E' assim que, eliminando os casos de violação de correspondencia, dos quaes fez o crime qualificado no art. 193, manteve os demais constantes do art. 129 do código anterior, e incluindo: 1.º os casos referentes a habeas-corpus e prisões illegaes (ns. 11 a 14), que o código anterior contemplava em classe distincta no titulo 1.º da 2.ª parte, como crimes contra a liberdade individual; 2.º os casos relativos a alistamento eleitoral (ns. 15 a 17), e assimilados á prevaricação contemplando os casos de falsidade e outros do art. 208, e os de infidelidade de procurador judicial (art. 209), uns e outros não condizendo com a rubrica, os da falsidade por serem crimes communs, e os outros, por não ser o procurador judicial funcionario publico. Assim, pelo systema do código, o crime de prevaricação comprehende tres grupos de factos:

1.º) A falta do cumprimento do dever functional, tendo por movel a improbidade (art. 207);

2.º) A falsificação prevaricadora (art. 208);

3.º) A infidelidade do procurador judicial (art. 209).

174. O crime definido no art. 207 presuppõe como elementos essenciaes:

a) a qualidade de *funcionario* ou *empregado publico* no agente, por isso que o crime só pôde ser commettido prevalecendo-se o agente da função publica ou do officio de que se acha investido, ou porque em seu exercicio encontra facilidade para a realisação do fim visado.

Em o n. 73 mostramos o que seja *funcionario* ou *empregado publico*.

b) o *movel* do crime, em que assenta o dolo especifico, e que a lei especifica como sendo um dos seguintes: a *affeição*, que gera a sympathia, a dedicacão, a benevolencia, a parcialidade; o *odio*, que produz effeitos contrarios; a *contemplanção*, que é a condescendencia, a conformação com a vontade alheia, e o *interesse pessoal*, isto é, o que importa de qualquer modo á pessoa, e, tem por objecto um lucro ou ganho material, ou uma vantagem moral.

c) a *acção* que pôde ser commissiva ou omissiva, precisamente como vem descripta nos differentes numeros do art. 207.

Em geral assume o caracter de um abuso contra os particulares, nota que se liga a de ser offensiva ao direito do Estado, por isso que a *acção* é commettida por funcionario publico que abusa de suas funcções. Em particular importa em *denegação de justiça*, por consistir na recusa illegitima por parte do funcionario de praticar os actos do officio, nos casos dos ns. 3, 4 e 10.

Reverte em prejuizo especial dos detentos, nos casos dos ns. 9 a 14, e do direito politico, nos casos dos ns. 15 a 17. E' tambem prevaricação deixar o escrivão, depois de multado, de publicar o edital de eleitores incluídos e excluídos, na fórma da lei (decr. n. 4.246 de 1920, art. 12), como tambem os casos do art. 19 deste decreto.

Quanto á pena, nos §§ 1.º e 2.º particularisa o codigo o caso de consistir a prevaricação em impor pena contra a literal disposição da lei, expressão esta que denota a disposição que é clara, positiva e exclusiva de qualquer controversia (n. 177, VII), e, então, se o condemnado soffrer a pena, impor-se-ha a mesma ao juiz, ou juizes, se a decisão fôr collectiva, além da perda do cargo, assumindo assim o caracter de talião o tratamento penal; caso não tenha soffrido a pena, ao prevaricador se imporá a pena que estiver designada para a tentativa do crime sobre que tiver recaído a condemnação.

175. No art. 208 se comprehendem casos de falsidade, que por serem praticados por funcionario publico, o codigo assimila á prevaricação. Trata-se de falsidade documental, que devia figurar no titulo VI, cap. II, e secção 3.ª, com os demais casos de falsidade documental ahi contemplados, pois a qualidade do agente sómente poderia influir na penalidade. Deixando para a expiação desse titulo o que diz respeito ao fundamento repressivo, classificação e conceituação da falsidade, vamos apreciar os diversos casos previstos no art. 208 e normas que os regulam. Devendo o agente ser funcionario publico (ns. 70 e 172) é preciso que a falsidade que commetta seja em *papeis* ou *materia pertencente ao exercicio de suas funcções*, pelo que se recahir em materia não attinente a essas funcções, poderá ser responsavel pelo crime de falsidade (art. 258 ou 259), como particular, mas não pelo de prevaricação.

A falsificação pôde ser:

1.º *material*, por *contrafacção*, fabricando ou creando o agente um auto, escriptura, papel, assignatura, copia, attestado ou documento falso, taes são os casos dos ns. 1, 3 e 6, do art. 208, ou por *alteração* de um acto, ou documento verdadeiro, cu livre official, mediante junção ou suppressão de letras, numeros e palavras, riscos simples ou crusados (*cancellamento*), de modo que qualquer daquelles objectos venha a exprimir e attestar coisa

diversa do que attestava e exprimia no seu estado primitivo. (ns. 3, ultima parte, e 5 primeira parte);

2.º) *intellectual*, quando um acto ou documento verdadeiro em suas condições exteriores ou formaes, encerra asserções não verdadeiras ou omissões cujo fim e resultado são de dar a um facto inveridico as apparencias da verdade, o que se verifica nos casos dos ns. 2 e 4;

3.º) resultante da *sonegação* ou *suppressão* de autos, ou documentos ou papel que o funcionario tinha em seu poder em razão do officio, e que serviam para demonstrar a existencia de um facto, que assim fica sem prova e tido como insubsistente (n. 5, segunda parte).

O dolo assenta na consciencia de nenhuma verdade no conteúdo daquillo que constitue imitação da verdade, e no intento de obter alguma coisa que juridicamente não se poderia obter, o que importa o intento de conculcar uma relação juridica, nisto consistindo o prejuizo de terceiro, que pôde recahir ou sobre um particular ou sobre uma pessoa juridica ou sobre a inviolabilidade da mesma lei. Assim, não é necessario que sempre e essencialmente o agente vise um lucro illicito, pois pôde procurar damno de outro sem ter em vista vantagens proprias (PESSINA). Não se requer que constituindo o dolo especifico intervenha um dos moveis designados no art. 207, isto é, a afeição, o odio, a contemplação ou promoção de interesse pessoal, pois o art. 208 não o exige, tendo o crime como integrado desde que o funcionario publico commetta um dos actos ahi descriptos. Que essa foi mesmo a intenção do legislador se infere do facto de, ao contrario do codigo de 1830, que no art. 129 reunia dos demais casos de prevaricação os de falsidade commettidos por funcionario publico, todos subordinados áquelles moveis, não proceder por esta fórmula, destacando no art. 208 os mencionados casos de falsidade, sem qualquer exigencia, que devia ser expressa, como é no art. 207.

Entender naturalmente que nesses casos a violação do dever funccional, traduzindo-se pela quebra da fidelidade especialmente devida pelo funcionario, como organo da fé publica, occupava esta posição analogá á do procurador judicial, que por sua infidelidade, foi e tem sido considerado como prevaricador, sendo mesmo, como vimos, a infracção assim commetida o caso unico previsto como de prevaricação em diversas legislações, dahi porque, sem mais requisitos, assimilou as duas hypotheses dos arts. 208 e 209, aos caso de prevaricação previstos no art. 207. Finalmente, como consequencia da falsidade, é necessario que occorra *damno* pelo menos potencial, porquanto sem essa possibilidade não pôde o direito formal antepor-se ao direito material ou substantivo, ou as relações juridicas fundadas sobre o verdadeiro a que o não verdadeiro ou a falsificação tem substituido. Assim, se o acto ou objecto creado ou alterado não pôde tornar-se fundamento de uma lesão de direito, a falsificação será, quando muito, a manifestação de um designio immoral, mas não pôde constituir o

crime de falsidade prevaricadora, permanecendo nos limites de uma tentativa impossível, pela inidoneidade do meio.

Por onde se vê que um objecto falsificado para constituir materia da falsidade punivel deve ter taes condições que, si não fôra a falsificação, deveria produzir todos os efeitos que a lei attribue ao objecto verdadeiro e do qual é imitação. Dahi a regra dos praticos: "*Falsitas non punitur que non solum non nocuit sed nec erat apta nocere.*"

176. No art. 209 se occupa o codigo da infidelidade do procurador judicial, que tem como caso assimilado da prevaricação, a exemplo do codigo penal portuguez, orientação passivel de censura porque fazendo da prevaricação um crime de responsabilidade ou funcional, nella não podia considerar incurso o advogado ou procurador judicial, que não são funcionarios publicos.

O codigo italiano considera a infidelidade do procurador judicial como prevaricação, e esta como crime contra a administração da justiça, arts. 222 a 224, disposições em que se inspirou o nosso legislador para redigir o art. 209, mas mutilando-as deploravelmente. O nosso codigo anterior nada dispunha a respeito, mas os abusos que se registraram frequentemente no fóro por parte de advogados e procuradores deshonestos, traficando e enodoando a profissão e prejudicando interesses e direitos das partes, levaram o legislador a prover a respeito. Havia nisso um dever do poder social, porquanto só admittindo o patrocínio de causas civeis a quem estivesse habilitado devidamente, procurando assim acautelar os direitos das partes e a propria administração da justiça, necessidade tinha de cohibir pela pena os abusos que fossem praticados por patronos deshonestos. Como bem nota PESSINA, faltando uma defesa honesta e conscienciosa, falta á sociedade exactamente uma das mais importantes garantias da justiça social.

O sujeito activo do crime, segundo o art. 209, é o *advogado* ou *procurador judicial*. Em nossa legislação, *advogado* é o que, pelos seus conhecimentos de jurisprudencia, aconselha as partes litigantes, esclarece os juizes, e dirige a causa, allegando de facto e de direito quanto convenha aos interesses do constituinte; *procurador judicial*, quando *solicitador* é o que procura e solicita, a bem de seus constituintes. Aquelle só podendo exercer a profissão quando graduado ou provisionado, a este quando provisionado. Em se tratando, porém, de sausa crime, a qualquer é licito o patrocínio allegando e requerendo em juizo.

Quatro são as modalidades do crime de infidelidade de advogado ou procurador judicial.

A primeira é o conluio, ou qualquer outro modo fraudulento empregado para prejudicar o cliente em dada causa (art. 209, n. 1).

Por *causa* deve-se entender aqui, não a materia que póde ser objecto de diversos processos, mas o feito, o litigio em juizo.

Não se inclue, pois, na lei o *parecer* ou resposta dada a consulta. embora immoral seja o proceder do advogado que dá pareceres differentes ás partes adversas e sobre o mesmo negocio.

Se, porém, o advogado, consultado por uma parte, ouve os segredos desta e depois, consultado tambem pela parte contraria, os revela á esta outra, commetterá o crime do art. 192 (JOÃO VIEIRA).

O codigo não distingue a causa civil da criminal, como faz o codigo italiano, punindo com pena mais grave o conluio quando se trata de causa criminal, pois nesta estão em jogo interesses de mais valia do que os patrimoniaes, os referentes á honra e liberdade individual (art. 224). O nosso codigo amalgama tudo sob a mesma sancção penal. O momento consummativo do crime, nesta primeira modalidde, se verifica quando o acto traduz em facto, determinando um prejuizo real, effectivo, para a causa, seja esta justa ou não, pois a sancção penal visa o procurador pelo abuso commettido, que se reflecte na administração publica.

Não se requer intuito de lucro, porque "si puó colludere per odio, per inimistá, e tavolta anco per sentimento di inopportuna pietá, senza che per questo venga meno la essenza del reato (*Relazione sobre o texto definitivo do codigo italiano, n. LXXXIV*).

A segunda modalidde está no patrocínio *simultaneo* das pretensões das partes contrarias em uma *mesma causa*. Esta assistencia contemporanea pôde verificar-se tambem sem sciencia das partes, e por interposta pessoa, um testa de ferro conniveente ou insciente, dirigindo-se assim o agente, indifferente á victoria de qualquer das partes e só tendo em vista protellar o processo com maior proveito seu (LONGO, INNAMORATI). O codigo não comprehende o patrocínio *successivo*, previsto no codigo italiano, art. 222, que consiste em o advogado ou procurador, depois de acceito o patrocínio de uma causa e nelle funcionado, desistir para accuitar a defesa da parte contraria, na mesma causa. É uma lacuna inexplicavel, já pela possibilidade de occurrencia da hypothese, já por vir bem expressa na fonte.

A hypothese prevista pelo codigo se consumma independente do prejuizo e só com o facto de procurar o advogado por ambas as partes, offendida ficando dest'arte a seriedade da administração da justiça.

A terceira modalidde é a prevista no n. 3 do art. 209, e em si mesma importa em uma burla ou estellionato, mas se inclue entre os crimes contra a administração publica, porque do damno soffrido pelo cliente prevalece a offensa ás autoridades que devem julgar ou ás pessoas que forem chamadas como testemunhas, peritos, ou interpretes, então sob a suspeição de corruptas.

A quarta modalidde comprehende especies diversas e de gravidade tambem diversa, mas sob a mesma sancção penal, como a subtracção ou extravio de documentos e não restituicão de autos dados com vista ou em

confiança. Esta ultima especie já vem prevista e punida com penas disciplinares pelas leis processuaes, desde a Ord. L. 3, t. 20 § 45, provendo sobre a cobrança dos autos e applicação da pena disciplinar o Reg. 737 de 1850, arts. 713 e segs.).

## 177. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. No crime de prevaricação não pôde ter logar a attenuante de não ter havido da parte do delinquente — pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar (*Ac. do Supr. Tribunal de Justiça, em 12 de fevereiro de 1877*).

II. Na ausencia de lei prohibitiva, e em protecção á liberdade não se pôde deixar de aceitar o pedido de habeas-corpus transmittido por telegramma (*Ac. de 8 de agosto de 1900*).

III. Incide nas penas do art. 207 n. 4 combinado com o art. 210 do cod. penal o juiz inferior que, tendo de executar sentença passada em julgado, de juiz superior, deixa de fazel-o sob pretexto de indevida applicação da lei pela referida sentença (*Ac. de 11 de agosto de 1900*).

IV. Tratando-se do crime de prevaricação definido no art. 207 do cod. penal, é substancial a prova dos requisitos elementares de tal delicto, isto é. ter sido praticado por afeição, odio, contemplação ou para promover interesse pessoal seu (*Ac. de 1 de outubro de 1913*).

V. As autoridades judicarias sempre que reconhecerem casos de responsabilidade, se não forem competentes para firmarem culpa, deverão remetter ao ministerio publico as provas que servirem para fundamentar a denuncia, participando essa remessa ao juiz competente — lei n. 2.033, de 1871, art. 15 § 7 (*Ac. de 29 de janeiro de 1912*).

VI. Commette o crime do art. 207 combinado com o art. 210 do cod. penal, o supplente do juiz federal substituto que, recebendo uma denuncia, não profere despacho algum durante mais de um anno e provado ter havido apenas negligencia de sua parte (*Ac. de 8 de outubro de 1913*).

VII. Para que o procedimento de um funcionario publico possa ser qualificado de contrario á literal disposição da lei, constituindo o crime de responsabilidade definido no art. 207 n. 1 combinado com o art. 210 do cod. penal é indispensavel que o texto infringido seja claro, positivo e exclusivo de qualquer controversia (*Ac. de 11 de outubro de 1913*).

VIII. Decidir contra direito expresso ou literal disposição de lei, na linguagem do codigo, é negar a propria lei, julgar que a lei não deve ser



observada; decidir que a especie não está no caso da lei, ainda que o esteja, não é impugnar a lei. Prejudicar o direito da parte, julgando com injustiça, não é o mesmo que attentar contra a ordem publica, negando observancia a um preceito legal. Para que a prevaricação seja criminalmente punivel, não basta que esteja perfeitamente integrada em seus elementos juridicos; é mister ainda que tenha havido prejuizo publico ou privado (*Ac. de 13 de novembro de 1929, confirmando sentença de primeira instancia*)

#### DISTRICTO FEDERAL

IX. A responsabilidade inherente aos escrivães pela guarda de autos e papeis que lhes são entregues, illide-se com a certidão negativa do distribuidor geral, por isso que o acto da distribuição é o titulo correlativo da guarda e entrega. O não cumprimento, portanto, de portarias, por parte dos escrivães, para a entrega de autos, sem a prova da respectiva distribuição, não constitue o crime do art. 208 n. 5 do cod. penal (*Accs. da Camara Crim. do Trib. Civil e Criminal, de 10 de maio de 1899 e da Camara Crim. da Côte de Appellação, de 3 de outubro de 1899*).

#### ESTADOS FEDERADOS

X. O juiz julga contra direito expresso, quando enfrenta o preceito legal — em these — ou quando, como diz POTHIER (*Obrig.*, vol. II, pag 313), o juiz tenha julgado que a lei não deve ser observada (*Accs. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 14 de setembro de 1898 e 28 de junho de 1899*).

XI. É essencial ao crime de falsidade previsto no art. 208 n. 1 do cod. penal, além da alteração da verdade e da intenção de prejudicar, o prejuizo real ou possível (*Ac. do Superior Trib. de Porto Alegre, de 30 de maio de 1902*).

XII. Nos casos enumerados no art. 207 do cod. penal não é o erro que se reprime, mas o dolo especifico, caracterizado pela affeição, odio, contemplação ou interesse ali definido como elemento subjectivo do crime de prevaricação. A divergencia politica não é uma razão sufficiente para, por si só, determinar a existencia do odio, como elemento constitutivo do crime do art. 207 — ac. do Supr. Tribunal Federal, em 10 de fevereiro de 1897, no *Direito*, vol. 73 (*Ac. do Superior Trib. de Justiça do Maranhão, de 13 de junho de 1902*).

XIII. O juiz que, com motivo justificado, excede o prazo para despachos, não commette crime de prevaricação, nem o de falta de exacção no cumprimento do dever (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 22 de janeiro de 1903*).

*Secção II*

Falta de exacção no cumprimento do dever

Art. 210. Si qualquer dos crimes mencionados nos arts. 207 e 208 da secção precedente fôr commettido por frouxidão, indolencia, negligencia ou omissão, constituirá feita de exacção no cumprimento do dever e será punido com as penas de suspensão por seis mezes a um anno e multa de 100\$000 a 500\$000

Art. 211. Serão considerados em falta de exacção no cumprimento do dever:

§ 1º. 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\$000 a 100\$000.

§ 2º. 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.

§ 3º. O que em processo criminal impuzer pena contra a lei:

Penas — de prisão cellular por tres a nove mezes e multa de 100\$000 a 500\$000.

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 prever.

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 fundara.

Art. 213. A soitura do praso, posteriormente a expedição de ordem de *habeas-corpus*, pela autoridade que ordenou a prisão, não a exime da responsabilidade criminal pela illegalidade da mesma prisão.

178. A ordem social, condição de todo progresso, dependendo principalmente da fiel execução das leis e regulamentos, por isso que representam sempre a satisfação de necessidades publicas procurou o legislador criminal assegurar esse resultado, punindo o funcionario não só pelas faltas intencional ou dolosamente commettidas, o que fez qualificando-as como prevaricação e falsificação prevaricadora (arts. 207 e 208), mas ainda quando se tornasse faltoso por culpa, na forma dos arts. 210 e 211. Seguindo a mesma orientação, divergia, porém, pelo methodo na incriminação, o nosso código de 1830, aliás com mais precisão e clareza, condição essencial de uma lei perfeita, maximé criminal.

E' assim que no art. 153 fazia consistir o crime de falta de exacção no cumprimento dos deveres, quanto ao seu elemento moral, na *ignorancia, descuido, frouxidão, negligencia* ou *omissão*, assim distinguindo-o claramente do crime de prevaricação que requeria como móvel a *afeição, odio*, ou *contemplanção* ou *promoção de interesse pessoal* (art. 129).

Nos artigos seguintes, passava a qualificar os factos que constituíam a falta de exacção de cumprimento de deveres, e que eram: 1.º deixar de cumprir ou de fazer cumprir qualquer lei ou regulamento, ou uma ordem ou requisição legal (art. 154); 2.º deixar de responsabilisar os subalternos por não executarem cumprida e promptamente as leis, regulamentos e ordens, ou não proceder immediatamente contra elles no caso de desobediencia ou omissão (art. 156); 3.º largar o exercicio do emprego sem licença ou exceder o tempo de licença concedida, sem motivo urgente e participado (art. 157); 4.º deixar de empregar os meios a seu alcance para a prisão e castigo dos criminosos (art. 158); 5.º negar ou demorar a administração da justiça (art. 159); 6.º julgar ou proceder contra a lei expressa (art. 160); 7.º impôr maior pena criminal do que a expressa na lei (art. 161); 8.º infringir as leis que regulam a ordem do processo, dando causa a que seja reformado (art. 162); 9.º julgar causa em que seja suspeito (art. 163); 10.º revelar algum segredo de que esteja instruido em razão do officio (arts. 164 e 165). Destes casos, os previstos nos arts. 156, 158, 159 e 166, também, e em substancia, eram contemplados como de prevaricação no art. 129. O código vigente, quanto ao elemento moral do crime de falta de exacção no cumprimento de deveres, supprimiu a *ignorancia*, naturalmente em face do que estatuiu no art. 26 letra a, e substituiu o *descuido*, previsto no código anterior pela *indolencia*, que significando preguiça, desleixo, inactiva, é equipollente de *negligencia* e de *omissão*, formas que também contempla redundantemente. Quanto ao elemento material, fallo consistir nos mesmos constitutivos da prevaricação e da falsidade prevaricadora, definindo mais, no art. 211, tres ordens de factos, identicos aos arts. 157, 161 e 162 do cod. anterior, e deixando de incluir a revelação de segredo obtido em razão do officio, dos arts. 164 e 165 desse

codigo, para defini-la como crime distincto no art. 192 de mistura com a coihida em razão da profissão.

Tem-se, assim, para qualificar a falta de exacção de cumprimento de deveres de indagar se o facto, oriundo de culpa, e na fórma de frouxidão, indolencia, negligencia ou omissão, pôde se enquadrar no art. 207 ou 208, o que é deixar ao arbitrio do julgador em grande numero de casos. Acresce notar que diversas modalidades da falsificação prevaricadora são essencialmente dolosas, na conformidade da definição dada pelo codigo, e, pois, insusceptíveis de serem consideradas como casos de falta de exactidão no cumprimento do dever, e taes são as dos ns. 1, 2, primeira parte, 3, 4 e 6.

Assim, a generalidade que parece assumir o art. 210, quando falla em quaquer dos crimes (deveria ter dito — *factos*) mencionados nos arts. 207 e 208, é apenas apparente, encontrando limitações necessarias.

179. Como já notamos o art. 211 tem como fontes os arts. 157, 161 e 162 do codigo anterior. Na primeira hypothese e caso ahi previstos não distingue o codigo a ausencia temporaria do abandono do cargo, como faz o codigo portuguez, art. 308, com penalidade diversa, nem cogitou da occorrença de damno para a causa publica, como elemento do crime, como faz o codigo hespanhol, art. 378. THOMAZ ALVES, com referencia ao codigo anterior, achava esse systema simples e justo, não sujeito ás objecções arguidas contra o codigo portuguez, especialmente por admittir este a ausencia até quinze dias sem licença.

Na segunda hypothese (§ 2.º), trata-se de infracções de leis do processo, praticadas por aquelles que devem ser os primeiros a guardal-as ou fazel-as guardar. Em materia processual, especialmente no civil, as nullidades pôdem ser de pleno direito ou insanaveis, e nullidades não essenciaes ou supprimiveis: ás primeiras importam irremediavelmente a annullação do processo, devendo ser pronunciadas pelo juiz, que incorrerá em responsabilidade criminal caso não o faça, assim dando logar a que o processo seja reformado.

Uma das penas comminadas pelo codigo, para o caso, é a de ser feita a reforma do processo á custa do culpado, pena aliás não prevista na parte geral, como não prevista tambem foram outras especies de pena, que só surgem nesta parte especial, como já tivemos occasião de notar (1.º vol. n.).

terior, que só se referia á *pena maior*.

180. A disposição do art. 212, que tem como fonte o art. 155 do codigo anterior, deve ser relacionada com a disposição do art. 207 n. 4, quer quando constitua prevaricação, quer quando constitua falta de exacção no cumprimento de deveres, e resalva os casos em que pôde ser demorada a execução da ordem, ou requisição exigida por autoridade publica. Occorrendo qualquer desses casos, e mesmo que possa o executor da ordem ou

requisição suspender a sua execução para representar, não será isento de pena, se não demonstrar claramente a relevancia dos motivos em que se fundou. Assim, consagra o código o direito de representação, com suspensão da execução da ordem ou requisição, e limites do exercicio desse direito, que transpostos acarretam a responsabilidade do empregado publico.

Este direito de representação tanto mais fundamento encontra quanto o que executa a ordem, ou requisição illegal será considerado obrar como se tal ordem ou requisição não existisse e punido pelo excesso de poder ou jurisdicção que nisso commetter (art. 229).

Donde se conclue que, ou se ha de dar o direito de representação, ou a disposição do art. 229 é de uma injustiça revoltante.

Nos requisitos exigidos para o direito de representação (letras *a* e *b* do art. 212) temos as condições sem ás quaes a ordem ou requisição é illegal (art. 229, segunda parte). O fundamento do requisito da letra *c* do citado art. 212, está em que da execução da ordem ou requisição legal podem resultar males ignorados pela autoridade, que ordena ou requisita, e por isso manda a prudencia que se não executê, sem que se lhe dê conhecimento do que ella ignorava, o que só pôde ter logar pelo direito de representação com suspensão da execução da ordem. No caso se comprehendem as relações não só de igual para igual, como de superior para inferior (THOMAZ ALVES). A disposição do art. 213 delimita a responsabilidade da autoridade por uma prisão illegal, firmando o principio de que a soltura do preso, posteriormente á expedição de ordem de *habeas-corporis* não a exime dessa responsabilidade por isso que a soltura em tal conjunctura, não é acto espontaneo seu, mantendo antes um estado de constrangimento illegal.

## 181. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Commette o crime previsto no § 1.º do art. 211 do cod. penal e no art. 134, o empregado publico que abandona o emprego desrespeitando as ordens legaes de seus superiores (*Ac. de 18 de março de 1896*)

II. Commette o crime do art. 210 combinado com o art. 207, n. 4 do cod. penal, o tabellião do logar onde se realiza a eleição, que deixa de tomar por termo em seu livro de notas o protesto apresentado no prazo legal pelo candidato prejudicado; a falta do cumprimento do dever só pôde constituir a figura juridica do crime de prevaricação quando concorra algum dos moveis — affeição, odio, contemplação ou interesse pessoal; — a frouxidão, indolencia, négligencia ou omissão são moveis do crime de falta de exacção no cumprimento do dever, onde não ha dolo como na prevaricação, mas sómente culpa (*Ac. de 9 de outubro de 1909*).

## ESTADOS FEDERADOS

III. Constitue falta de exacção no cumprimento do dever, com referencia aos ns. 4 e 10 do art. 207 do cod. penal, não ter diligenciado a formação da culpa, o que determina constrangimento illegal (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 13 de janeiro de 1893*).

### *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; acceitar, 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 comissão de que fôr encarregado:

**Penas** — de prisão cellullar por seis mezes a um anno e perda do emprego, com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

**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 propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legais:

**Penas** — de prisão cellullar por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

**Art. 216.** Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.

§ 1.º Si a sentença fôr criminal condemnatoria, mas injusta, soffrerá o peitado ou subornado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego, e multa.

**Art. 217.** O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado.

**Art. 218.** São nullos os actos em que intervier peita ou suborno.

182. Com razão foi sempre considerado como o mais grave e torpe dos crimes funcionaes o da corrupção ou trafico das proprias funcções pelo funcionario publico, especialmente da ordem judiciaria. Na verdade, escrevem CHAUVEAU e HÉLIE, o official publico que a troco de dinheiro ou de outras quaesquer utilidades, vende o exercicio da autoridade que lhe é confiada, não viola sómente os deveres do seu cargo, atraíção a sociedade, que nelle depoz a sua confiança, e a justiça que não admite como causa impulsiva de um acto senão a propria justiça.

No antigo direito romano o *crimen reptundarum* (de — *a repetendis pecuniis*, por isso que os incursos nelle eram tambem obrigados a restituir o que haviam recebido), quando commettido por um juiz, era punido com a morte, declarando um fragmento da lei das doze taboas — *si iudex aut arbiter iure datus ob rem iudicandum pecuniam acceperit capite lecto*. Quanto a corrupção de outros funcionarios era punida do mesmo modo que a concussão, com a qual foi promiscuamente considerada pelas leis *Calpurnia*, *Servilia*, *Cornelia* e *Julia de repetundis*, abrandando esta as penas antigas. Na legislação medieva, se confunde o delicto em questão com o de concussão e em geral com os crimes contra o poder e a ordem publica e de magestade.

Os antigos autores italianos chamavam-n'o *baratteria*, por isso que *barattieri* se diziam *daquelles* que vivem de sordidos lucros.

Em Portugal, e pelas Ords. Affonsina, L. V. t. 31, Manoelina, L. V, 56 e Philippina, L. V. t. 71, o crime de corrupção recebeu a denominação de *peita* que se tornou classica em nosso direito penal.

Por essa legislação se distinguia entre funcionario que tinha ou não funcção de julgar, aquelle punido mais gravemente, especialmente se o peitante perante elle litigava, caso em que a pena a applicar era a de morte. O nosso codigo de 1830, inspirando-se em linhas geraes no codigo francez arts. 177 e seguintes, que qualificam o crime de corrupção de funcionarios administrativos ou judiciaes, regulou o assumpto com feição propria.

Distinguiu a figura da corrupção em duas especies, em secções distinctas, isto é, a *peita* e o *suborno*, que se caracterisam em substancia em ser aquella a corrupção por dinheiro ou coisa equivalente, e este a corrupção por influencia ou peditorio (arts. 130 e 133). O codigo vigente, reunindo as duas especies em uma só secção, com rubrica propria a induzir em erro, pois dizendo — *peita* ou *suborno*, parece ter como synonymos estes termos, quando assim não os considera, pelos dispositivos que encerra, manteve nestes a orientação do codigo anterior, com algumas modificações. Incorre, porém, em vicios, como lacunas em partes essenciaes, equiparação de hypotheses diversas na penalidade, má configuração de certas modalidades criminosas, além da insufficiencia da penalidade, quando tendo o exemplo dos codigos italiano e hollandez, que bem disciplinam o assumpto, facil era ao legislador dar uma orientação melhor e mais conducente á' administração da justiça.

183. Segundo a definição do art. 214, a *peita* consiste no recebimento ou acceitação de uma vantagem para obstenção ou realização de um acto proprio do officio ou cargo. A corrupção é encarada assim pelo seu aspecto passivo, quando praticada pelo funcionario publico que recebe o que não lhe é devido, ou acceita a promessa. Deixa o codigo de incriminar distinctamente a corrupção *activa*, que é feita pelo particular que dá ou promette, incriminação feita pelos codigos allemão, arts. 333 e 334, e italiano, art. 173

Mas nem por isso deixa de ser punido o peitante, porquanto, segundo o art. 217, o que der ou prometter peita é equiparado ao peitado quanto á penalidade, ou tido como co-autor do crime. 'Apreciaremos depois com minudencia essa disposição. Pela definição do art. 214, vê-se que o crime apresenta as seguintes modalidades:

a) *receber* para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida.

b) *acceitar* (não se verifica aqui o acto material do recebimento do objecto offerecido) directa, ou indirectamente, promessa, dadia ou recompensa para praticar, um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

c) *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 fôr encarregado.

Está ultima modalidade foi indevidamente encaixada como caso de peita quando constitue propriamente uma das fórmulas do crime de concussão, por isso que consistindo esta em indebito proveito obtido *melu publicæ potestatis*, é exactamente o que se verifica naquella hypothese, pois a exigencia do funcionario publico não deixa de ser uma coacção moral, collocando a pessoa que tem de receber o pagamento sob a pressão da condição exigida, e dahi porque vemos este caso considerado como concussão, no art. 136 § 3.º do codigo anterior, disposição copiada pelo vigente, mas desnaturada, pela singular classificação que lhe deu. São elementos essenciaes do crime de peita, como vem definido pelo codigo, os seguintes:

a) a qualidade de funcionario publico no agente.

b) o proveito dado ou promettido.

c) a pratica ou abstenção de um acto do officio ou cargo.

184. a) o agente deve ser funcionario publico, requisito como é bem de ver indispensavel, e cuja falta, pois, faria desaparecer o crime de peita, podendo o facto assumir a configuração de estellionato ou outro crime. Por funcionario publico se entende todo aquelle que, em virtude de nomeação, exerce função publica (vid. n. 73).

Assim, não commette o crime de peita o deputado ou senador que vender o seu parecer, o seu voto, porque não são orgams da administração publica, tem investidura por outra fonte, a eleição. A solução seria outra, acautelando melhor os interesses sociaes, se o codigo a exemplo do portuguez, art. 327, do hespanhol, 416, definindo o que fosse funcionario publico, abrangesse



no definido aquelles representantes da soberania nacional. De *jure constituto*, porém, pela deficiência do código, pela prohibição expressa da applicação analogica de suas regras, para qualificar crimes ou determinar penas, impune, pelo crime de peita, fica a mercancia que de suas funcções faça o deputado ou senador.

b) É necessario que a corrupção se opere pelo recebimento de dinheiro ou outra utilidade, ou pela accettazione de promessa, de dadiua ou recompensa. Já o direito romano assimilava promessa á dadiua: *Qui accipit vel promissionem suscepit* (L. 1, § 2.º, C. de *pæne judicis*). Se outro fôra o movel da conducta do funcionario, se cedesse diante de supplicas, de solicitações, não haveria peita, mas, conforme o caso, o crime de prevaricação.

O caracter, aliás degradante, do crime está na venalidade, no trafico da funcção publica. Pouco importa o modo de receber o dinheiro ou aceitar a promessa, isto mesmo dizendo o texto legal — *receber ou aceitar directamente ou por interpositam personam* (L. 2, C. *ad leg. Jul. repetund.*), e a razão está em que o modo da accettazione em nada altera a natureza do facto: *nil refert si ipse pecuniam acceperit an alii dari jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit* (L. 2, Dig. de *calumniat.*). Como bem notam CHAVPAU e HÉLIE, “o modo é uma circumstancia extrinseca ao crime: o crime consiste na adhesão dada á proposta, na convenção consentida pelo funcionario. Qu’importa que não tenha visto o corruptor, que não tenha recebido elle proprio suas dadiuas, que a convenção não tenha sido formada com elle, se conheceu e autorizou suas visitas, se as dadiuas remetidas por seus subordinados foram a causa impulsiva do acto, e ratificou o contracto illicito?” É bem de ver que havendo intermediario, preciso se torna provar que o funcionario autorizou o contracto, ou que depois de feito o ratificou. Bem pôde occorrer abuso do intermediario, e de outro lado a qualidade deste (domestico, esposa ou filho) não constitue uma prova, nem mesmo uma presumpção. Egualmente, pouco importa que o lucro caiba ao funcionario ou a outrem, isto mesmo dispondo o código.

Não ha crime de peita se a gratificação dada ao funcionario constitue um uso geral ou foi autorizada por seu superior hierarchico.

Exemplos: as festas de Natal dadas aos carteiros; a gratificação dada a um agente de policia que descobriu e apprehendeu um objecto de valor roubado. Haveria, porém, 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 inspecionando a venda e multando-o por qualquer infracção de postura (LISZT, VIVEIROS DE CASTRO).

c) o acto, para cuja pratica ou omissão o funcionario recebeu dinheiro ou outra utilidade, ou accitou promessa, deve ser de suas attribuições legais, ou de sua competência. Assim, se o acto embora de *funcionario*, não

é de sua competencia, ou de *seu officio* ou *emprego*, não pôde haver crime de peita, mas conforme as circumstancias, o de estellionato. 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 (VIVEIROS DE CASTRO, CHAUVEAU e HÉLIE, GARRAUD).

O codigo não distingue se o acto é justo ou não para graduar a pena, á semelhança de outros codigos, como o italiano, o portuguez, etc.

Justo ou injusto o acto deve guardar com a retribuição uma relação de causalidade. Assim, não haveria peita se o acto foi praticado independente de qualquer idéa de recompensa, que só depois se realisasse.

Se, porém, o funcionario tinha em vista, quando praticou ou deixou de praticar o acto, a dadia ou presente, estes foram os moveis de sua acção ou omissão, ha vinculo de causalidade, desenha-se o crime de peita. Guardada essa relação, a retribuição pôde ser dada *antes* ou *depois* do acto praticado *durante* o exercicio do cargo, ou *depois* do funcionario havel-o deixado por qualquer motivo, sendo, porém, de notar que neste ultimo caso é preciso provar que elle praticou o acto, ou absteve-se d'elle, em consequencia de um facto realisado durante o exercicio do cargo (JOÃO ROMEIRO).

185. Com o recebimento do dinheiro ou outra utilidade de qualquer importancia, ou com a acceitação da promessa, com a intenção de praticar acto functional ou d'elle abster-se, consumma-se o crime de peita.

Operado assim o trafico da função, nenhuma influencia tem sobre a configuração do crime o arrependimento do agente ou não realisação por parte d'elle do acto functional.

A tentativa, pois, não é configuravel, porquanto, ou o funcionario repelle a proposta, e pratica acção meritoria, ou acceita e o crime está consummado com a propria acceitação.

No terceiro caso configurado pelo codigo no art. 214, caso que é antes de concussão e não de peita, como já mostramos (n. 183), e em que o funcionario não é solicitado, mas age exigindo recompensa indevida, a tentativa é admissivel.

THOMAZ ALVES formula a questão de recebendo o funcionario publico dadia ou acceitando promessa commetter um crime, qual deva ser esse crime e que pena deva ser applicada?

Deve-se distinguir: ou o acto commettido é crime de responsabilidade, e ha accumulacão com o crime de peita; ou é um acto qualificado crime commum, e, então, não se dá a accumulacão do crime de peita, e apenas o crime commum com a circumstancia aggravante do art. 39 § 10.

186. Quanto á propriedade do dinheiro ou utilidade recebidos ou promettidos, tres systemas têm vigorado nas legislações:

1.º) o que deixa os valores na mão de quem os recebeu, e exige o equivalente como multa na razão do trespdobro;

2.º) a confiscação em favor do Estado;

3.º) o que os faz perder em favor de instituições pias.

Adoptam o segundo systema os codigos italiano, art. 174, e portguez, art. 323, o allemão, art. 335, etc.

Adopta o terceiro systema o codigo francez, art. 180.

Justificando-o, disse LOCRÉ: “Jamais le prix honteux de la corruption ne deviendra l'object d'une restitution, la confiscation en sera prononcée au profit des hospices, et ce qui était destiné á alimenter le crime tournera quelque fois du moins au soulagement de l'humanité”.

Os nossos codigos adoptaram o primeiro systema, impondo o vigente “multa igual ao triplo da somma, ou utilidade *recebida* (art. 214).

Não ha que discutir que o terceiro systema é o que em melhores razões se estriba.

187. No art. 215 define o codigo o crime de *suborno*, uma das formas da corrupção, por cuja definição se vê que apresenta duas modalidades, a saber:

a) deixar-se corromper por influencia ou suggestão de alguém, para retardar, omitir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo. A redacção diffusa e até ambigua desta disposição leva ao disparate de, seguida á letra, incriminar-se a *omissão* ou *não pratica de acto contra os deveres, do officio ou cargo*, ou exatamente o contrario do que pretendeu o legislador!

No anterior codigo, art. 133, fonte mutilada e desvirtuada do vigente, com precisão e clareza e elegancia de linguagem, se dizia: “deixar-se corromper por influencia ou peditorio de alguém, para *obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever.*”

No codigo italiano, art. 172, em que parece se inspirou o legislador para alterar, mas desastradamente, e sem necessidade, o codigo anterior, se diz: “per ritardare od omettere un atto del suo officio, o per fare un atto contro i diveri dell'officio medesimo”. o que em fórma mais analytica quer dizer o mesmo que consignava o nosso legislador de 1830, isto é. um acto illegal ou injusto.

b) deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legais. Nesta modalidade, ao contrario da primeira, não é elemento constitutivo a illegalidade ou injustiça do acto, que pôde ser legal, isto é. o funcionario pôde ter competencia para nomear ou propor, pôde o nomeado ou proposto possuir os requisitos legais para exercer o emprego: o que fundamenta a incriminação é a não espontaneidade do acto, a sua causação por corrupção. Qualquer dessas modalidades presuppõe como elementos essenciaes:

a) a qualidade de funcionario publico, exactamente como no caso de peita;

b) a injustiça ou illegalidade de acto relevante (1.ª modalidade), ou sua não espontaneidade por influencia ou acção corruptora (2.ª modalidade);

c) a influencia ou suggestão, como moveis da acção.

Cotejada a figura criminalisada com a da peita, vemos que a differença que as extrema está no movel ou causa productora, que na peita é a *venalidade*, agindo o delinquente pela paga em dinheiro ou em outra utilidade ou pela promessa, e no suborno é a *influencia* ou *suggestão*. Ainda por estes moveis se distingue o suborno, na sua primeira modalidade, da prevaricação, na forma do art. 207 n. 1, e pelos moveis e pela acção, na sua segunda modalidade, da prevaricação, prevista no cit. art. 207, n. 7. Infeliz, porém, foi ainda o legislador em substituir o termo — *peditorio* — empregado pelo anterior código, pelo de — *suggestão*, para denotar um dos moveis da acção, por isso que é de significação imprecisa, por vaga.

“Comprehende-se bem a *influencia*, diz VIVEIROS DE CASTRO.

O juiz quer acesso, tem os olhos fitos no governo, decide contra a letra expressa da lei para ser agradavel 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. Porém, o que quer dizer *suggestão*? Certamente a palavra não tem aqui a accepção medico-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 suggestão, é sempre um perigo a elasticidade da lei.” Effectivamente, abstracção feita da accepção technica, na vulgar significa *instigação*, *inspiração*, *instinuação* (AULETE), que se traduzem multiformemente e em variadissimas graduações. Em tal conjunctura, o alvitre razoavel é tomar o termo na accepção do substituido, isto é, como *peditorio*, pois tem accepção certa e restricta.

188. No art. 216 particularisa o código a peita e o suborno quando referentes a *juiz de direito*, de *facto* ou *arbitro* e ás sentenças que exararem. No paragrapho, que enumera como *primeiro*, *quando é unico*, prevê o caso de sentença condemnatoria, mas injusta, impondo a pena de talião. A fonte da disposição, mas modificada, é o art. 131 do código anterior. Já vimos que desde as mais remotas legislações, se reputou sempre de summa gravidade a corrupção dos magistrados, passíveis de severissimas penas, como a de morte, entre os romanos e outros povos.

Conta-se que CAMBYSES mandou esfolar vivo um juiz corrupto, fazendo cobrir com a pelle a cadeira que elle occupava no tribunal, para

que os companheiros tivessem presente na memoria o terrivel castigo de tão nefando crime, e DARIO fazendo crucificar outro que havia commetido o mesmo crime.

Mostrando a necessidade de pena grave para a corrupção de magistrados, dizia NOAILLES, no corpo legislativo francez, por occasião da discussão do codigo penal: "O crime de corrupção n'um juiz é dos mais vis, e dos mais perigosos para a sociedade. Podemos com mais facilidade defender-nos do assassino e do ladrão do que do juiz que nos fere com a espada da lei, e nos degola no seu gabinete... O juiz corrompido torna-se cúmplice infame da injustiça que devia ser o primeiro a proscrever... A sociedade deve repellil-o do proprio seio."

Destacando-se os casos de peita e de suborno em relação a funcionarios da ordem judiciaria, attendendo sua gravidade maior, o codigo vigente reproduziu as denomnações dadas aos juizes pelo codigo anterior, que assim se enunciando teve em vista os juizes consagrados pela Constituição do Imperio, situação que não era a que se apresentava ao legislador de 1890, diante do nosso systema politico-administrativo delineado, com dualidade de organização judiciaria, a federal e a dos Estados, aquella tendo suas regras geraes na Constituição Federal, e esta nas leis unidades federaes, ainda não estabelecidas, mas em elaboração. Devia, pois, abster-se de distinguir os juizes, enunciando-se genericamente, o que, entretanto, não fez. Isto, porém, não impede que se tome a expressão — *juiz de direito*,\* que se lê no codigo, na accepção mais lata, de sorte a comprehender todos os orgams do poder judiciario, os juizes temporarios, os desembargadores, os ministros do Supr. Tribunal Federal, porquanto, como observa VIVEIROS DE CASTRO, a impropriedade do termo não pôde autorisar interpretação diversa, pena de levar ao absurdo de considerarmos licita a venda da justiça por parte de seus orgãos mais importantes, os tribunaes revisores. Era essa aliás a accepção que se dava á expressão — *juiz de direito*, como comprehensiva dos orgams da justiça, qualquer que fosse a sua graduação (THOMAZ ALVES, FRANCISCO LUIZ). Nessa classe não se incluem os membros do Ministerio Publico, por isso que não julgam, requerem. Entretanto, como funcionarios publicos que são, podem incorrer nas penas da peita ou suborno se traficarem com as funções do cargo

O codigo falla ainda em *juizes de facto*, assim se entendendo não só os membros do conselho do tribunal do jury, como os vogaes das juntas ou tribunaes correccionarios e em *arbitros*, categoria de juizes estes, instituidos por compromisso das partes, creadas pelo art. 160 da Const. do Imperio, e ainda admittidos em diversas das organizações judiciarias dos actuaes Estados federados.

Em sentido lato tambem se deve tomar o termo — *sentença*, empregado pelo codigo, para denotar não só as decisões definitivas, como as interlocutorias, civeis ou criminaes. A corrupção dos juizes pode-se manifestar, como peita, por qualquer das duas primeiras modalidades do art. 214, ou

como suborno, pela primeira modalidade do art. 215 sujeitando-se o agente ás respectivas penalidades. O código abre excepção, attenta sua gravidade maior, para impor pena diversa, para o caso de se tratar de sentença criminal condemnatoria e injusta (§ do art. 216). Se a sentença emana de juizes collegiaes, que se pronunciam unanimemente ou por maioria, a responsabilidade pesa sobre cada um dos que a exararam; se a maioria é a peitada ou subornada e não a maioria, não ha sentença de minoria, mas não deixa de ser esta responsável, porque, embora o seu voto não dê a expressão da sentença, todavia ha uma opinião lavrada de juizes, que deve ser tomada com character de sentença, e por isso pede a pena do art. 216 § unico (THOMAZ ALVES). Tratando-se de tribunal do jury, sómente quando unanimemente a decisão injusta, é que podem ser responsabilisados os juizes de facto que a deram, porquanto procedendo-se por escrutinio secreto, contando-se os votos, e não sendo licito fazer declaração alguma, e não sendo unanime a decisão, não se pôde conhecer o peitado ou subornado.

189. A peita ou suborno presuppõe necessariamente o concurso minimo de duas pessoas, de um lado quem os dá (*corrupção activa*) e de outro quem os recebe (*corrupção passiva*). Em algumas legislações, attendendo apenas á efficiencia do concurso, estabelecem-se penas eguaes para o corruptor e o corrompido (cods. francez, art. 179, portuguez, art. 321, belga, art. 252, hespanhol, art. 402, dos cantões de Neuchatel, art. 31, de Friburgo, art. 279, de Malta, art. 111); em outras pune-se o corruptor com pena menor (cod. italiano art. 173, etc.).

Os nossos codigos, de 1830, art. 132, e vigente, art. 217, adoptáram o primeiro systema, que não pôde merecer preferencia, por ser injusto e anti-politico. E' injusto, porque se é certo que sem o concurso do corruptor, não podia haver crime, se ainda é certo que este revela-se temivel, corrompendo a administração publica, tentando a ganancia dos funcionarios, tornando-se factor de immoralidade e de perturbação social; é tambem certo que o funcionario corrompido infringe maior numero de deveres e mais importantes, inherentes ás funcções que exerce, vendendo a justiça e a autoridade de que se acha revestido, e em muitos casos, nota muito bem VIVEIROS DE CASTRO, quando a venalidade e a corrupção lavram cynicamente, collocando o particular, que necessita de um despacho dos seus negocios, a dar gratificação para obtel-o.

E' anti-politico, porque punindo-se igualmente, impede a lei o 'descobrimento dos criminosos, dando-lhes um interesse igual em fazer desapparecer as provas, da sua culpabilidade, e é talvez a esta causa, como diz TIELEMANS, que devemos attribuir em grande parte a desmoralisação que vae minando certos ramos da administração publica (LEVY JORDÃO, CARNOT, TUOZZI). A configuração do crime, quanto ao corruptor, é a mesma definida no art. 214 ou 215.

A tentativa é configuravel, desde que circunstancias independentes da vontade do corruptor intervenham impedindo a realisação do crime, como a recusa do funcionario de receber dinheiro ou outra utilidade, ou de aceitar a promessa, de attender ao peditorio, etc.

190. A disposição do art. 218, reproducção do que estatua o art. 132 do anterior codigo, é impropria de um codigo penal e a jurisprudencia tem assentado que sómente no juizo civil é que se póde pedir a rescisão de sentença ou do acto praticado por peita ou suborno.

## 191. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### DISTRICTO FEDERAL

I. Para que exista o crime de peita ou suborno é condicção essencial que o acto do funcionario seja resultante da corrupção, que elle tenha agido ou deixado de agir em consequencia da recompensa recebida ou da promessa feita pelo subornador, de sorte que, se o procedimento do funcionario foi espontaneo, não constitue crime de peita ou suborno a acceitação posterior de recompensa indevida (*Ac. da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, em 30 de setembro de 1909, confirmando sentença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

II. A consummação da peita se relisa, não só quando o particular exita ou induz o official publico a commetter o crime, mas, ainda, quando aquelle se submete á exigencia do funcionario (*Ac. da 3.<sup>a</sup> Cam. da Côte de Appellação, de 6 de agosto de 1924*).

### ESTADOS FEDERADOS

III. São elementos essenciaes do crime de peita: a qualidade de official publico, o acto em que se encarna a peita como pertencente ao officio, e um interesse, retribuição dada ou promettida, com causa motora (*Ac. da Rel. de Minas, em 27 de janeiro de 1897*).

### Secção IV

#### Concussão

Art. 219. Julgar-se-ha commettido este crime:

§ 1.<sup>o</sup> 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.

No caso em que o empregado publico se aproprie do que assim tiver exigido, ou exija para esse fim:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, multa igual ao triplo do que tiver exigido, ou feito pagar, e perda do emprego.

§ 2.º 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 dois annos, além das mais em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

Se, para commetter algum destes crimes usar da força armada, além das penas estabelecidas soffrerá mais a de prisão cellular por tres mezes a um anno.

§ 3.º Pelo que, arrogando-se dolosamente, ou simulando, attribuição para fazer qualquer acto do emprego, acceitar offerecimento ou receber dádiva, 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.

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.

192. O direito romano confundia no titulo de *repetundis* o crime de *concussão* e o de *corrupção*, comprehendendo nelle os abusos que os magistrados faziam de sua autoridade, ou fosse exigindo contribuições das provincias, que administravam, ou recebendo dinheiro das partes a quem deviam administrar justiça gratuitamente.

Mas já desde os praticos a distincção foi se delineando, e FARINACIUS affirmava, dizendo na *quest. 111, n. 39*: "*Corruptio, quando a sponte pecuniam dante iudex injustitiam facit; concussio, quando pecuniam non a sponte dante recepit, sed extorquet.*"

No codigo francez, art. 174, seguido pelos codigos belga e sardo, a concussão recebeu qualificação distincta, sendo definida como a percepção illicita feita scientemente por agentes revestidos da autoridade publica e agindo em nome desta autoridade.

Muito embora a letra da lei, seus interpretes, buscando seu espirito ou razão informativa, têm entendido a disposição legal applicavel só aos func-



cionarios ou officiaes encarregados, em razão de sua qualidade, de uma receita publica, contra cujas exacções quiz garantir especialmente o contribuinte, que na mór parte dos casos não tendo nenhum meio de *controle*, sendo levado a confiar no official investido da confiança do governo. A respeito dos officiaes judicarios, tabelliães, meirinhos, etc., já não se verificava a mesma razão, a parte tendo a livre verificação das taxas pedidas, e em caso de contestação, podendo recorrer ao juiz (CHAUVEAU e HÉLIE). O nosso anterior codigo, destacando-se mais uma vez dos congeneres, pela clareza de seus preceitos, deixou delimitado o crime, nos arts. 135 e 136, fazendo-o consistir na percepção illegitima praticada scientemente por funcionarios encarregados da arrecadação, cobrança ou administração de quesquer rendas ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto. Extremava-se assim tambem claramente o crime de concussão do de corrupção, pois ao passo que naquella o funcionario exige o que sabe não ser devido por lei ou pelos regulamentos, nesta recebe o que lhe podia ser livremente dado ou recusado.

O codigo vigente fez da figura delictuosa um hybridismo, porquanto conservando literalmente os §§ 1.º e 2.º do art. 135 do codigo anterior eliminou os restantes, enxertou o caso que faz o § 3.º do art. 219, que é especie de corrupção, como tal prevista no art. 318, § 6 do codigo portuguez.

É para mais confusão, como já tivemos occasião de mostrar (n. 183), fez do caso de concussão previsto no § 3.º do art. 135 um caso de corrupção (art. 214, ultima parte).

193. Nos termos do art. 219 a concussão apresenta duas fórmas principaes, a saber: *propria* ou *impropria*.

É *propria* quando o funcionario que exige a percepção é *verdadeiro*, e dispõe dos poderes de que promete usar contra o particular.

Verifica-se esta hypothese nos casos dos §§ 1.º e 2.º do art. 219, isto é, quando o funcionario *exige* a contribuição indevida, ou *faz* o contribuinte *paga-la* (§ 1.º) ou quando cobrando *impostos* ou *direitos legitimos*, emprega abusivamente *meios* mais gravosos do que os prescriptos nas leis, ou faz os contribuintes soffrerem injustas vexações, como os injuriando ou os offendendo *physicamente* (§ 2.º).

Esta ultima disposição, que vem do art. 135 § 2.º do anterior codigo, não se encontra em outros codigos, e vem indicada por PESSINA, PUGLIA e outros, como medida justissima, digna de ser geralmente acceita.

Referindo-se á falta de tal dispositivo no codigo portuguez, o conselheiro FERRÃO, apreciando-lhe o alcance, diz: “O Codigo omittiu tambem aqui uma especie muito importante, que o Codigo do Brazil contemplou no art. 135 § 2.º. Póde haver excesso não no que se exige mas no modo por que se exige. O emprego de meios mais gravosos do que os permittidos na

lei e as injustas vexações entram *essencialmente* no crime de *concussão*, no rigor mesmo da etymologia da palavra. Esta disposição honra o Código Brasileiro.

A *fôrma*, por que se traduz assim a *concussão* *propria*, se diz *explicita*, porque o funcionario publico constringe abertamente o particular a pagar o exigido.

A *concussão* é *impropria*, quando a autoridade é *simulada*, hypothese do § 3.º do art. 219, e que já mostramos não ser de *concussão*, mas de *corrupção*, como tal figurando no código portuguez, art. 318, § 6.º.

Não se trata aqui da chamada *concussão implícita*, porque esta consiste em servir-se o funcionario de artificios ou enganos para fazer crer ao particular que é effectivamente obrigado a *dar aquillo que por direito não é devido*. Como se vê, é caso diverso do previsto naquella disposição, que cogita do caso em que “o funcionario, arrogando-se dolosamente, ou simulando attribuição para fazer qualquer acto de emprego; *acceitar offerecimento ou receber dadiua*, directa ou indirectamente, para fazer ou deixar de fazer esse acto”

Traduzindo-se pelas fôrmas ou modalidades expostas, o crime presuppõe como elementos essenciaes:

a) ser o agente funcionario publico, idéa que é a mesma expressa no n.º 73, mas no caso limitada a uma categoria, isto é, aos funcionarios da fazenda, ou aos encarregados da arrecadação, cobrança ou administração de quaesquer rendas ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto.

A esses funcionarios o código equipara para os effectos penaes e processuaes, 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 previstos no art. 219.

b) a illegitimidade da percepção (§§ 1.º e 3.º), ou meios abusivos (§ 2.º).

c) consciencia da illegitimidade da acção, que é o dolo especifico.

E' preciso que o agente saiba não ser devido o que exigiu ou recebeu, quer em beneficio do Estado, quer em seu proprio proveito.

Deixa, pois, de haver *concussão* quando a percepção, embora illegal, baseia-se, entretanto em interpretação falsa da lei, por isso que exclue a má fé. O crime é aggravado especialmente em dois casos:

1.º Quando o funcionario se apropria do que *tiver exigido* ou *exigiu para esse fim*. Se mesmo agindo em bem do fisco, o agente é criminoso, muito mais se torna quando tudo pratica no interesse proprio; então nem o salva o mal-entendido-zelo fiscal, o interesse publico, porque tudo fica sujeito ao motivo torpe que guiou a sua acção: é um *furto* ou antes um *estellionato* que se pratica, aggravado pela influencia social, e á sombra de uma lei que não existe (THOMAZ ALVES).

2.º) Quando o funcionario publico para commetter algum dos crimes previstos nos §§ 1.º ou 2.º do art. 219, usar da força armada, isto é, de um grupo de homens ou homem revestidos como taes pelas leis.

Neste caso, o agente soffrerá, além das penas estabelecidas, mais a de prisão cellullar por tres mezes a um anno.

#### 194. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

Commette crime de concussão o empregado dos telegraphos que recebe o pagamento de resposta de telegramma, que sabe já estar paga (*Ac. da Relação da Bahia, em 14 de fevereiro de 1879*).

#### Secção V

#### Peculato

**Art. 221.** Subtrahir, consumir ou extraviar, dinheiro, documentos, effectos, generos ou quaesquer bens pertencentes á fazenda publica, confiados á sua guarda ou administração ou á de outrem sobre quem exerça 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 cellullar por seis mezes a quatro annos, perda do emprego e multa de 5 a 20% da quantia ou valor dos effectos apropriados, extraviados, ou consumidos.

**Art. 222.** Emprestar dinheiro ou effectos publicos, ou fazer pagamento anticipado, não tendo para isso autorisação:

**Pena** — de suspensão do emprego por um mez a um anno e multa de 5 a 20% da quantia emprestada ou paga por antecipação.

**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.

DECR. N. 4.780, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923

**Art. 1.º** O funcionario publico que se apropriar, 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 a administração em razão de seu cargo, seja este remunerado ou gratuito, permanente ou temporario, será punido:

a) se 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 8 a 16 annos e multa de 10% sobre o damno:

b) se o prejuizo fôr igual ou superior a 10:000\$000 com 4 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%.

Paragraphe 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 Cod. Penal.

Art. 2.º Quando os factos criminosos, previstos no art. 1.º desta lei, fõrem commettidos por funcionario publico que não tenha a guarda, o deposito, a arrecadação ou a administração da coisa subtrahida ou distrahida, mas pertença á repartição em que ella se achava, ou dispunha, 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. 3.º Nas penas do art. 1.º incorrerá ainda o funcionario publico que, no seu interesse ou no de outrem, concorrer com acto do officio ou emprego, ou usar de sua qualidade, induzindo outrem a concorrer com esse acto, para que sejam distrahidos ou subtrahidos documentos, effeitos, valores e quaesquer outros bens moveis pertencentes á União, aos Estados ou por que estes devam responder.

§ 1.º Se se provar que o funcionario agio sem dolo, mas com impericia ou negligencia:

Penas -- suspensão do emprego por seis mezes a dois annos, além da multa de 15% sobre o damno.

§ 2.º No caso do parágrafo anterior não haverá logar a imposição de penas, si fôr resarcido o damno causado.

§ 3.º As hypotheses do art. 4.º e da primeira parte do art. 5.º applicar-se-ha o disposto no art. 2.º.

Art. 4.º Os co-autores e cumplices dos crimes acima previstos, embora não sejam funcionarios publicos, serão pro-

cessados e julgados com os respectivos autores e sujeitos ás penas desta lei no que lhes fôr applicavel.

195. Entre os romanos, o peculato consistia, a principio, no *furtum pecunie vel fiscalis*, e assim o denominavam elles em attenção a terem-se servido de gado (*pecus*) para realisarem compras, pagarem tributos e multas, antes de Servio Tulio ter introduzido o uso da moeda cunhada (*peculatus furtum publicum deci ceptus a pecore*, diz FESTO). Pela *Lex Julia peculatus*, o crime passou a comprehender tambem o furto de coisas sagradas, e ainda o desvio de dinheiros privados confiados a depositarios publicos: *non solum pecuniam publicam, sed etiam privatum peculatum facere* (L. 9 § 3.º, eod. tit.). Tomava propriamente o nome de *crimen de residuis*, quando o funcionario publico distrahia dinheiros publicos que lhe tinham sido confiados para fim determinado: *Lege Julia de residuis tenetur qui publicam pecuniam delegatum in usum aliquem retinuit, neque in eum consumpsit* (L. 4, § 3.º, 4, D. ad. leg. Jul. de peculatum). O codigo penal francez, de 1810. arts. 166 e segs., comprehendeu o crime de peculato, mas sem esta denominação especifica, e sim, com outros abusos funcionaes, sob a generica denominação de *forfaiture* (prevaricação).

A denominação especifica é, porém, mantida pelo codigo toscano, distinguindo no funcionario publico o devedor de especie do de quantidade, por desfalque, (peculato improprio), este punido especialmente com a interdicção de funcções publicas e com a pena do estellionato. O novo codigo italiano, art. 168, sob a denominação de peculato, comprehende todas modalidades do crime, significando em sentido lato, o facto de converter o funcionario publico em uso proprio dinheiro ou outras coisas moveis que lhe foram confiadas em razão do officio.

O nosso codigo de 1830, afastando-se do codigo francez e de outros vigentes, não incluiu o peculato entre os crimes funcionaes mas classificou-o diversamente, tendo em vista os bens sobre em que versava a acção criminosa, e que restringiu aos pertencentes ao Estado, e dahi porque o crime é collocado no titulo VI, que se occupa dos *crimes contra o thesouro publico e propriedade publica*. Nessa conformidade definia-o, no art. 170: "apropriar-se o empregado publico, consumir, extraviar ou consentir que outrem se aproprie, consuma ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros ou effeitos que tiver a seu cargo." Afastando-se ainda do codigo francez e outros, não graduava a pena de prisão de accôrdo com o prejuizo verificado, essa correspondencia só fazende com relação á multa. O codigo vigente, incluindo o peculato entre os crimes funcionaes, ateu-se á concepção estreita do codigo anterior, sómente considerando os valores publicos, reproduzindo quasi que literalmente o que dispunha nos arts. 170, 171 e 172.

Tinha, no entanto, nos melhores codigos modernos, como o italiano e outros, uma directriz diversa, melhor acauteladora dos interesses sociaes, já iniciada pelo codigo francez e com antecedente na legislação romana se-

gundo a qual ha no crime offensa não só á propriedade como e sobretudo á especial confiança depositada no funcionario publico, e dahi porque se inclue na classe dos crimes contra a bôa ordem da administração publica, em cuja categoria, no entanto, o collocou o codigo.

Para este o desvio de bens particulares, confiados a funcionario, só podia ser punido segundo o art. 232. Não cogitou, como faz o italiano, do caso de resarcimento do prejuizo, minorando a pena. Desde logo, porém, foi se accentuando a inefficacia do estatuido pelo codigo, que a outros defeitos juntava de penalidade impropria, e dahi as continuas malversações contra a fazenda publica, despertando a attenção do Congresso Nacional. que primeiramente pela lei n. 1.785, de 28 de novembro de 1907, e depois pelo decr. n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, por sua vez modificado pelo de n. 4.780 de 1923, que a revogaram, procurando melhor caracterisar a nova directriz, providenciou, dando outra qualificação ao crime, a que adjectivou penas mais efficazes (arts. 1 a 4), assim derogando o que dispunha o codigo nos arts. 221 a 223.

196. Nos termos de nossa actual legislação, o crime de peculato pressupõe, como elementos integrantes, os seguintes:

1) o sujeito activo, que deve ser um funcionario publico, e incluir-se em qualquer uma das seguintes categorias: a) *ter ratione officii*, necessariamente, e não simplesmente *contemplatione officii*, a guarda, o deposito, a arrecadação ou administração dos bens, objecto do crime;

b) pertencer á repartição em que se achavam taes bens, ou dispôr, em razão de seu cargo, de facilidade de ingresso na mesma repartição;

c) concorrer, no seu interesse ou no de outrem, com acto do officio ou emprego, para que sejam subtrahidos ou distrahidos taes bens. Concorrendo com qualquer desses funcionarios, como autor ou cúmplice, pôde intervir um simples particular, sujeito, então, á mesma penalidade, no que lhe fôr applicavel, e no mesmo processo e julgamento (cit. decr. numero 4.780, art. 4). Dá-se a communicabilidade da qualidade do funcionario, qualidade que serviu de meio de execução do crime, aos demais participantes, desde que tenham sciencia dessa circumstancia, do contrario responderão pela figura delictuosa, que possa assumir sua cooperação, sem o caracteristico dos crimes funcionaes.

2) o objecto, que é constituido por dinheiro, documentos, titulos de credito, effeitos, generos e quaesquer outros bens moveis publicos (da União, dos Estados, das Municipalidades e Prefeituras) ou particulares, confiados á guarda, deposito, arrecadação ou administração dessas entidades ou pessoas juridicas (decr. n. 4.780, arts. 1 e 3).

A fórmula generica — *quaesquer outros bens moveis*, usada pela lei, mostra que ahi se trata de uma enumeração exemplificativa ou demonstra-

tiva. Requisitos essenciais sã: 1) que se tratem de coisas *moveis*, isto é, coisas que se pôdem transportar de um para outro lugar, mesmo originariamente *immoveis*, mas mobilizadas pelo agente por occasião da apropriação (GAVAZZI); 2) que tenham ou representem *valor patrimonial* ou económico, o *peculato*, em essência, constituindo uma configuração especial dos crimes contra a propriedade.

3) a acção, consistente na apropriação, subtracção ou distracção, ou a omissão, consistente no consentimento para a subtracção ou distracção, dos bens retro mencionados. Na hypothese do art. 3.º do decr. n. 4.780, o concurso do funcionario se manifesta pela pratica de acto do officio ou emprego, que no seu interesse ou no de outrem, executa visando a subtracção ou distracção dos mesmos bens realisada por outrem. O codigo penal italiano, art. 168, faz consistir egualmente a acção na *sottrazione e distrazione*, e firmando seu sentido, diz UYOLI que o legislador “ha usati entrambi questi verbi, che filologicamente accennano appunto l'uno all'intenzione di appropriarsi in modo definitivo la cosa, di cui si ha per ragione d'ufficio la detenzione, l'altro a quella di valer sene arbitrariamente come di cosa mutuata, affinché non si potesse sostenere, che la pena comminata dalla legge contro chi sottrae i valori a lui affidati in ragione d'un publico ufficio non debba colpire chi li ha bensì convertiti in uso proprio, ma colla speranza di poterli poi restituire all'uso a cui son destinati.” No termo *distrahir*, se comprehende o desfalque ou *peculato improprio*, commettido pelo funcionario devedor só de quantidade e lego proprietario da coisa que lhe foi confiada, especie que o codigo toscano, seguindo a orientação do direito romano, considerava distinctamente.

4) o dolo ou a culpa. Ao contrario do codigo italiano e outros, que só reconhecem o *peculato* na fôrma dolosa, a nossa lei admite, além dessa fôrma, a culposa *strictu sensu*. E como em nosso direito penal, nos crimes contra a propriedade, em geral, não se requer o intuito de lucro, o dolo, no *peculato*, se caracteriza pela intenção criminosa, nos termos do art. 24 do codigo, isto é, pela consciencia, no agente, de se apropriar ou concorrer para a apropriação de coisa alheia, publica ou particular, com abuso de suas funcções publicas.

Taes os casos previstos nos arts. 1, 2e 3, primeira parte, do cit. decr. n. 4.780. Ha culpa, quando o agente procede com impericia ou negligencia (art. 3, § 1.º).

197. A proposito do elemento intencional, divergem os tratadistas quanto ao momento de sua occorrença e, pois, da consummação do crime. CARRARA referindo-se á distincção feita pelo codigo toscano, entre *peculato proprio*, ou desvio de coisas devidas em especie pelo funcionario publico, e *peculato improprio*, ou desvio de coisas devidas em quantidade, entende

que, no primeiro caso, como o funcionario tem a mera detenção da coisa, pelo só desvio desta em proveito proprio ou de outrem, se consumma o crime, muito embora tenha intenção de servir-se della precariamente, e depois restitui-a; no segundo caso, porém, como o funcionario é proprietario da coisa, e só devedor de quantidade, o momento consummativo do crime só se opera quando chamado o funcionario a dar conta da quantidade devida, cahe em móra, e não a entrega.

Assim, por esta doutrina, o alcance não representa a figura do crime, mas a simples detenção da coisa, inherente á função do exactor, thesoureiro, pagador; a não entrada do alcance em tempo determinado, constituindo o responsavel em móra, assignalando o desfalque, e caracter de retenção indevida da coisa, é que mostra ser doloso o procedimento do funcionario, e integrada a figura do peculato.

GAVAZZI acha justa esta distincção, desde que se tenha em vista o contracto que liga o funcionario, devedor de quantidade, á administração publica. Assim, o exactor pôde servir-se, antes do vencimento do prazo determinado, da somma exacta, desde que possa repô-la opportunamente; neste caso, o crime só se consumma, com a móra. O mesmo não se dá com o thesoureiro, por isso que deve ter o dinheiro, de que é depositario, á continua disposição da administração de que depende; neste caso o momento consummativo do crime é o da distracção. Entende, finalmente, que para a integração da figura delictuosa, sufficiente é a illicita distracção momentanea, por isso que o codigo italiano não distingue entre distracção momentanea e apropriação definitiva. São considerações perfeitamente applicaveis ao nosso direito. Dissonantes, porém, são os julgados de nossos tribunales a respeito (n. 198).

E' de notar que nenhuma influencia exerce a fiança prestada pelo funcionario, na subsistencia do crime, embora cubra o *deficit* ou alcance verificado, porquanto a fiança ou caução é requerida em garantia de danos que eventualmente o funcionario possa causar negligentemente á administração publica, e não com o fim de legitimar, até sua concurrencia, a subtracção ou distracção que venha a commetter (MAJNO, GAVAZZI, THOMAZ ALVES).

A' semelhança do codigo italiano, a nossa lei n. 2.110 levava em conta o resarcimento integral do prejuizo (que pôde ser feito pelo peculatório ou por outrem, pois a lei não distingue), antes do julgamento mediante restituição ou pagamento da coisa subtrahida ou distrahida, para excluir a pena de prisão cellnlar, e reduzir a de inhabilitação para exercer função publica, que será imposta por 5 a 15 annos, além da perda do emprego. Esta disposição foi supprimida, sem razão, pelo decr. n. 4.780, de 1923, mantendo só a do art. 5 § 2, que estatue que se o funcionario tiver agido sem dolo, mas com impericia ou negligencia, o resarcimento do damno causado, importa em isenção de toda pena. Quanto á tentativa, como nota GAVAZZI, difficilmente pôde occorrer na pratica, porquanto, verifi-



cada a subtracção ou distracção, tem-se o crime consummado; se o funcionario não se serviu, ainda que precariamente, da coisa, quando devedor de especie, ou não tiver tomado conta do dinheiro arrecadado, quando devedor de quantidade, os actos preordenados são raramente univocos, ou constitutivos de um verdadeiro principio de execução do crime.

#### 198. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. A acção criminal contra o responsavel por dinheiros publicos, e extravio delles, não pôde ser exercida antes do processo summario de prestação de contas, apuradas pelo Tribunal de Contas. E, si o é, não se absolve o accusado, mas annulla-se todo o processo (*Ac. de 31 de outubro de 1900*).

II. A falta de recolhimento da renda arrecadada pelos exactores nos prazos que lhes são prescriptos, uma vez verificado o extravio, induz contra elles presumpção de fraude, que, corroborada por outras circumstancias, dá logar á condemnação por crime de peculato (*Ars. de 17 de julho de 1909 e de 11 de outubro de 1911*).

III. As circumstancias da fraude e da premeditação não são elementares do crime de peculato (*Ac. de 13 de julho de 1909*).

IV. As circumstancias da premeditação, ajuste e emprego de diversos meios não são elementares do crime de peculato (*Ac. de 25 de junho de 1910*).

V. A pena de multa a que está sujeito o réo no crime de peculato deve ser baseada no valor dos bens apropriados e não de outro modo (*Ac. de 30 de junho de 1910*).

VI. A caracterisação do crime de peculato definido no art. 1.º, letra b da lei n. 2.110 de 30 de setembro de 1909 comprehende não só os funcionarios effectivos como os que se acharem em commissão ou mandato dos chefes, em serviço da repartição (*Ac. de 30 de novembro de 1910*).

VII. É condemnado como cúmplice de peculato aquelle que recebe parte de uma quantia subtrahida dos cofres publicas sabendo que fôra obtida por meios criminosos, ou devendo saber-o pela condição da pessoa de quem a recebeu (*Ac. de 28 de junho de 1911*).

VIII. Não é possivel entrar na apreciação da responsabilidade penal de um accusado de crime de peculato sem que haja a respectiva tomada de contas e julgamento definitivo dellas pelo tribunal administrativo (*Ac. de 24 de maio de 1911*).

IX. Para a existencia do crime de peculato não é indispensavel a exacta fixação da quantia fraudulentamente apropriada ou extraviada, bastando a prova de que houve a apropriação ou o extravio fraudulento (*Ac. de 19 de julho de 1911*).

X. Não é essencial o julgamento regular e definitivo das contas para que seja apreciada a responsabilidade do réo em caso de peculato (*Acs. de 6 de maio de 1911 de 19 de julho de 1911 e de 29 de janeiro de 1912*).

XI. Commette o crime de peculato o funcionario da União que, recebendo em razão de seu cargo, quantias para remetter ao thesouro, bem como outras para sellagem e registro de documentos na respectiva repartição, as subtrahе (*Ac. de 4 de outubro de 1913*).

XII. A acção repressiva da Justiça Publica, no crime de peculato, não pôde ficar subordinada á formalidade preliminar da prestação de contas, si a prova do alcance resulta feita nos autos de modo incontestavel, e quando a certeza do seu quantum exclue a possibilidade de controversia sobre a penalidade applicavel (*Acc. de 23 de dezembro de 1927*).

XIII. A disposição do art. 2.º da lei n. 2.110 de 1909, que permittia o resarcimento do prejuizo causado e por essa fórma evitando a imposição da pena de prisão, foi revogada pela lei n. 4.780, de 1923. Só na occorrença da hypothese do § 1.º é possível subtrahir-se o responsavel por prejuizos causados á União, aos Estados e aos Municipios, ás sancções penaes do peculato com o resarcimento do damno respectivo (*Acc. de 2 de maio de 1928*).

XIV. O crime de peculato só se reputa consummado quando o poder competente verifica e precisa o prejuizo da Fazenda Nacional (*Ac. de 8 de out. de 1928*).

XV. A jurisprudencia pacifica do Supremo Tribunal Federal assentou que, respondendo a Fazenda Nacional pelos depositos feitos nas Caixas Economicas, os crimes contra o patrimonio destas são lesivos do patrimonio daquella e entram na competencia da Justiça Federal. Na technica do decr. n. 4.780, de 1923, não se pôde deixar de attender ao valor do prejuizo antes que ao numero dos actos delictuosos levados a effeito pela intenção criminoso una. O legislador quiz em quaesquer dos caso da letra *a* ou da letra *b*, do art. 1.º daquelle decreto que o juiz apurasse o valor total do prejuizo para a applicação da pena correspondente, pouco importando o numero das vezes que o delinquente tivesse renovado o pensamento criminoso. Assim, não pôde ter applicação ao crime de peculato o disposto no art. 39 do decr. n. 4.780, pois a verdade é que nos desfalques

jamais se procura o numero de actos lesivos e tão sómente a somma a ser exigida (*Acc. de 26 de outubro de 1928*).

XVI. O facto do funcionario não resarcir o prejuizo, quando intimado, emprestando assim o character de retenção indevida da coisa é o que caracteriza o dolo do mesmo funcionario, que passou a ser peculatório. Para o processo crime contra o peculatório não se faz mistér a prévia tomada de contas pelo Tribunal de Contas (*Accord. de 24 de abril de 1929*).

## ESTADOS FEDERADOS

XVII. O *deficit* ou desfalque é uma presumpção de intenção criminosa — desde que o funcionario é declarado em mora pela restituição dos dinheiros publicos extraviados, ou essa restituição seja negada ou impossivel (*Ac. da Rel. do Est. do Rio de Janeiro, em 21 de agosto de 1895*).

XIII. Não se provando o desfalque allegado, não ha o crime de peculato. São elementos essenciaes desse crime: a) que o agente seja funcionario publico; b) que os valores, bens ou effeitos por elle apropriados, subtraídos, ou distraídos pertençam á Fazenda Publica; c) que estivessem confiados á sua guarda ou administração em virtude do cargo. O peculato exige, para verificação da responsabilidade do funcionario, a tomada de contas, que é o elemento principal, senão unico, para determinação do seu alcance, em se tratando de valores monetarios ou equivalentes, e o inventario, balanço, ou exame regular, feitos nos livros e documentos da repartição a que pertencer o imputado, por commissão nomeada pelo respectivo chefe, quando se trate de bens de outra natureza, confiados á guarda, deposito, ou administração de algum funcionario publico. A falta de qualquer dessas provas exclue, desde logo, a possibilidade da elucidação plena do facto criminoso (*Acc. de 2 de junho de 1925, do Sup. Trib. de Justiça do Amazonas, confirmando decisão da 1.ª instancia*).

### 199. JURISPRUDENCIA ESTRANGEIRA.

#### ITALIANA

I. Perché sussista la qualifica di pubblico ufficiale in fatto di peculato non é mestieri che il sottrattore sia un tesoriere, un esattore, un cassiere di una pubblica amministrazione; basta solamente che il sottrattore abbia ricevuto il denaro per ragione del uso ufficio anche temporaneamente ed in rappresentanza dell'ente che l'ufficio rappresenta (*Cas. 23 lug. 1891*).

II. In tema di peculato occorre che concorra il dolo, e la sentenza non può limitarsi a dire che questo é in *re ipsa* allorché non concorrano circostanze di fatto che combinano a dimostrare che la distrazione fu dolosa (*Cass. 7 gen. 1892*).

*Secção VI*

Excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções publicas .

Art. 224. Arrogar-se e effectivamente exercer sem direito, emprego ou função publica, civil ou militar:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dois annos e metade egual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido.

Art. 225. Entrar em exercicio do emprego, sem ter satisfeito préviamente as exigencias da lei para a investidura do mesmo:

Penas — de suspensão do emprego até satisfazer as condições exigidas e multa egual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido do emprego.

Art. 226. Exceder os limites das funções proprias do emprego:

Penas — de suspensão do emprego por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrer.

Art. 227. Continuar a exercer funções do emprego ou comissão, depois de saber officialmente que está suspenso, demittido, removido ou substituido legalmente, excepto nos casos em que fôr autorisado competentemente para continuar:

Penas — de prisão cellular por um mez a um anno e multa egual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido pelo exercicio indevido do cargo.

Art. 228. Expedir ordem ou fazer requisição illegal:

Penas — de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 100\$000 a 500\$000.

Art. 229. O que executar ordem ou requisição illegal será considerado obrar, como se 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.

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:

**Penas** — de suspensão do emprego por um mez a um anno, além das mais em que incorrer pelo excesso ou injuria que praticar.

**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 medio, e por um anno no minimo, além das mais em que incorrer pela violencia.

**Art. 232.** Haver para si, directa ou 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 5 a 20% da propriedade, effeitos adquiridos ou interesse que auferir da negociação. Em todo o caso a aquisição será nulla

Paragrapho unico. Em eguaes penas incorrerão os peritos, avaliadores, partidores, contadores, tutores, curadores, testamenteiros, depositarios, administradores de massas fallidas e syndicados de sociedades em liquidação, quando commetterem o mesmo crime.

**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 forem reformados e os dos corpos policiaes:

**Penas** — de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 200\$000 a 500\$000.

Na prohibição deste artigo não se comprehende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a premio, contanto que as pessoas nele 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.

**Art. 234.** Constituir-se devedor de algum subalterno; dal-o por seu fiador, ou contrahir com elle obrigação pecuniaria:

**Penas** — de suspensão do emprego por tres a nove mezes e multa de 5 a 20% da quantia da divida, fiança ou obrigação.

**Art. 235.** Solicitar alguma mulher que tenha litigio ou pretensão dependente de decisão ou informação, em que deva intervir em razão do cargo:

**Penas** — de suspensão do emprego por seis mezes a dois annos, além das mais em que incorrer.

Se o que commetter este crime fôr juiz:

**Penas** — de prisão cellulliar por um mez a um anno, além das mais em que incorrer.

**Art. 236.** Se o crime declarado no artigo antecedente fôr commettido por carcereiro, guarda ou empregado de cadeia, casa de recusão ou estabelecimento semelhante, contra mulher que esteja presa, ou depositada, debaixo de sua custodia ou vigilancia, ou contra a mulher, filha ou irmã, curatelada ou tutelada de pessoa que se achar nessas circumstancias:

**Penas** — de prisão cellulliar por um mez a um anno e perda do emprego, além das outras mais em que incorrer.

**Art. 237** Quando do excesso ou abuso de autoridade resultar prejuizo aos interesses nacionaes:

**Pena** — de multa de 5 a 20% do prejuizo causado, além das outras mais em que incorrer.

200. Sob a rubrica — *Excesso ou abuso de autoridade ou influencia proveniente do emprego* — o codigo anterior qualificava, na secção V, do cap. I, do tit. V, e da parte II, os crimes que o vigente reproduz, com ligeiras modificações, quasi todas de redacção. Não se encontra, porém, ordem logica na disposição das differentes figuras criminosas ahí contempladas, de sorte a pol-as em correspondencia com a rubrica da secção. De accôrdo com esta rubrica, podemos reunir em dois grupos os crimes funcionaes da secção, a saber:

- 1.º *usurpação de funções publicas* (arts. 224, 225 e 227);
- 2.º *excesso ou abuso de autoridade* (arts. 226, 228 a 236).

201. a) *Usurpação de funções publicas.*

Não haveria ordem social se a qualquer fosse dado investir-se de cargo ou função publica sem observancia das fórmas e condições legais. Além da perturbação da ordem, haveria offensa ao direito do Estado de escolher seus proprios funcionarios.

Dahi a figura do crime de usurpação de funcções publicas, que consiste em exercer um particular actos de um cãrgo publico sem investidura legal, crime já qualificado desde as mais antigas legislações, e entre os mais graves de lesa magestade.

O nosso codigo anterior qualificava distinctamente este crime nos arts. 137 e 141, alli quando se tratava de usurpação de funcções civis, e aqui quando de funcções militares.

O codigo vigente englobou as duas modalidades em uma só qualificação, a do art. 224. Collocando-o, porém, entre os crimes funcçionaes, parece que quiz punir o empregado publico que exerce emprego que não é o seu, uma funcção publica que não é a funcção do seu emprego, e tal era a intelligencia que THOMAZ ALVES dava ao art. 137 do codigo anterior.

Se é certo que a má collocação autorisa essa intelligencia, menos certo não é tambem que o particular pôde praticar o crime, e nesse sentido é este contemplado no codigo italiano, art. 185, sob a rubrica — *Dell'usurpazione di funzioni pubbliche*; no francez, art. 258, sob a rubrica — *Usurpation de titres ou fonctions*, etc.

Segundo o art. 224 são elementos do crime:

a) o *exercício effectivo* de emprego ou funcção publica. Não basta, pois, que o agente se arrogue autoridade ou funcção, é necessario a effectividade do exercicio respectivo, o que vem expresso no art. 224.

b) que os actos praticados o sejam *indebitamente, sem direito*.

No codigo anterior a figura do crime comprehendia tambem o caso do exercicio *sem motivo legitimo*. Assim, se o agente não tivesse direito, mas provasse um motivo legitimo, não havia crime.

c) a consciencia de exercer emprego ou funcção publica indebitamente ou sem direito: é dolo especifico.

O crime se manifesta sob outras duas fórmãs, que embora menos severamente punidas pelas circumstancias que attenuam sua criminalidade, comtudo reúne os elementos constitutivos de uma usurpação de funcções publicas: são o *exercício antecipado* e o *prolongado illegitimamente*. A primeira destas fórmãs é prevista pelo art. 225, que prevê o caso do exercicio do emprego sem prévia satisfação das exigencias da lei para a investidura do mesmo, taes como o compromisso formal, exigido pela Const. Federal, art. 82, § unico, a caução, a fiança, o pagamento do sello e outros impostos a que estiver sujeito o emprego.

A segunda fórmula é prevista pelo art. 227, cujos elementos são:

a) suspensão, demissão, remoção ou substituição *legal*, isto é, partida de poder competente, ou resultante de prévio processo, ou de caso previsto em lei; b) que o funcionario tenha conhecimento *official* de qualquer desses actos; c) a continuação no exercicio *sem autorisação competente*, ou que ao facto material do exercicio se reuna o elemento intencional, a desobediencia, o pensamento da usurpação commettida (CHAUVEAU e HÉLIE).

202. b) *Excesso ou abuso de autoridade.*

Na lição de CARRARA, o termo — *abuso*, pôde ser tomado na accepção ontologica, significando o emprego de uma coisa em serviço diverso do seu destino natural, e na accepção juridica, significando o emprego da coisa, mesmo segundo o seu destino, mas de *modo* ou para fins *illicitos*. Assim, o homem que violenta uma mulher, abusa no sentido juridico, mas não no sentido ontologico, porque o seu acto não vae contra o destino natural.

O abuso de autoridade tem essa dupla significação.

Em sentido ontologico, abusa o funcionario quando usa de poder publico além dos limites do cargo, e não obstante pôde não commetter delicto, não haver abuso em sentido juridico pela não criminalidade de modo e de fim, e ficar o facto nos limites, quando muito de uma simples falta disciplinar.

Por outro lado, pôde não haver abuso no sentido ontologico, porque a autoridade concedida é exercida dentro dos limites de poder correlativo, e não obstante haver abuso de autoridade no sentido juridico pela criminalidade de modo e de fim.

Assim, um juiz que, por suas proprias mãos, prendesse um criminoso, teria abusado ontologicamente de sua autoridade, porque só tem competencia para ordenar, e não para effectuar prisões, ninguém dirá, porém, que houvesse commettido um abuso no sentido juridico; o juiz que, sem razão ordenasse uma prisão, não abusaria, em sentido ontologico, porque nos poderes que a lei lhe confere comprehende-se o de ordenar prisões, mas, se o faz sem justa causa ou para exercer torpe vingança, commetterá abuso no sentido juridico e será criminoso.

A fórmula — *abuso de autoridade*, tomada em sentido juridico indica ora um genero, ora uma especie. Como genero refe-se a todo e qualquer facto delictuoso commettido pelo funcionario publico, usando para isso das funcções de que se acha investido. Neste sentido se o *abuso* de autoridade serviu de meio para consummar a violação de um direito, que por si mesma e por qualquer agente, constitue crime, torna-se circumstancia agravante deste, pelo maior alarme social derivado da qualidade do delinqente, e assim a considera o codigo italiano, em geral. art. 209.

Como especie indica particularmente aquelles abusos que mais que meras transgressões disciplinares ou violação de simples deveres moraes, causam ao direito offensas que reclamam repressão penal, assim constituindo verdadeiros crimes. Neste sentido, diversos codigos, como o italiano e os nossos, contemplam de modo particular certos abusos de autoridade, dando-lhes um especial *nomen juris*, por sua maior gravidade, como o pecculato, a peita, o suborno, a concussão, etc., e os demais abusos de autoridade não previsiveis e não previstos de modo especial, os chamados *abusos de autoridade innominados*, ou sem denominação particular, ou são com-



prehendidos em uma fórmula geral, como fazem os codigos italiano, art. 175, allemão, art. 339, o hungaro, art. 475, o hollandez, art. 365 ou diffusamente, em dispositivos diversos, como fazem os nossos codigos, na secção de que ora nos occupamos. Naquelle dispositivo, estatue o codigo italiano, com toda precisão: “O funcionario publico, que abusando de seu officio, ordena ou commette contra os direitos de terceiro qualquer acto arbitrario, não previsto como delicto por uma especial disposição de lei, será punido com a detenção por 15 dias a 1 anno”.

203. O nosso codigo anterior, art. 2, § 3, definia o crime de abuso de poder como “consistente no uso do poder (conferido por lei) contra os interesses publicos ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija.” Era definição applicavel aos casos de abuso de autoridade innominados, de que se occupava a secção V. cap. I, do tit. V, 2.<sup>a</sup> parte. O codigo vigente não reproduziu a definição, mas fazendo-o quanto ás figuras delictuosas, parece admittir o mesmo conceito. Quer na rubrica desta secção, quer especialmente no art. 237, faz menção distincta de *excesso* e de *abuso* de autoridade, mas a falta de ordem e de clareza na qualificação das figuras delictuosas têm contribuido para a divergencia entre commentadores e penologos, uns entendendo que ha synonymia entre *abuso* e *excesso de autoridade*, e, pois um só grupo de delictos assim se denominando, e outros em sentido contrario.

MACEDO SOARES, inclinando-se para a distincção, diz que no excesso ou abuso de autoridade ha a investidura legal da funcção, o que não se verifica na usurpação, mas no seu exercicio o individuo exorbita, 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 (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. Ao commentador parece, pois, 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, exorbita, excede os limites de suas attribuições. Em sentido diverso se pronuncia ESMERALDINO BANDEIRA, entendendo que se algumas vezes se póde distinguir no acto criminoso, o *abuso* do *excesso*, muitas outras vezes essa distincção se torna seriamente difficil senão inteiramente impossivel.

E a difficuldade da distincção juridica corresponde a da differença entre *abuso* e *excesso*, visto como em alguns casos o excesso é justamente uma das fórmulas do *abuso*.

E em taes casos, o abuso é genero de que o excesso é especie.

A não ser, pois, nas hypotheses em que a lei usa expressamente de um ou de outro desses termos, quer com a fórma de substantivos — abuso e excesso; quer com a fórma de verbos — abusar e exceder; são perfeitamente synonymos e completamente identicos os ditos termos em seu significado etymologico e em sua accepção juridica.”

Nos codigos italiano e outros se faz menção só do termo *abuso*, e só deste termo cogita CARRARA desenvolvendo a doutrina referente aos crimes em questão.

Em recente trabalho, ORFEO CECCHI, apreciando detidamente a questão, considera o *abuso de autoridade innominado* como o illicito ou injusto do direito penal, e por isso definido expressamente em lei (o art. 173 do código italiano), e o *excesso de poder* como o illicito ou injusto do direito administrativo, previsto de modo generico nas leis administrativas, a sua precisa physionomia juridica, resultando quasi que exclusivamente dos pronunciamentos da jurisprudencia administrativa. Assim differencados formalmente, distinguem-se tambem substancialmente, entre outros pontos, que assignala, nos seguintes, como principaes.

Quanto ao objecto, o *excesso de poder* é o acto pelo qual se lesam *interesses* — sejam *implicitamente protegidos* (quando em uma dada materia não se encontra norma taxativa que discipline a actividade da administração publica), ou *occasionalmente tutelados* (quando em uma dada materia ha norma juridica que occasione ou casualmente disciplina actividade administrativa), ou *legitimos* (quando ha uma norma juridica especial que explicitamente disciplina a actividade administrativa a respeito dos mesmos interesses); ao passo que o *abuso de autoridade* é o acto pelo qual se lesam exclusivamente *direitos*, sejam direitos subjectivos civis ou politicos ou publicos, etc.

Quanto ao proprio acto, o *excesso de poder* é o acto pelo qual se usa dos poderes concedidos pela lei para uma dada funcção fóra dos limites e contra a conveniencia da mesma funcção, ao passo que o *abuso de autoridade* é o acto pelo qual não só se excede (no sentido indicado supra), mas se abusa, isto é, se faz dos poderes concedidos pela lei um uso contrario ao prescripto e se substitue pelo proprio e illimitado arbitrio as normas e modalidades legais.

Quanto ao elemento moral, no *excesso de poder* o acto pôde encerrar o dolo generico, mas mais frequente a culpa, ao passo que o *abuso de autoridade* tem sempre em si não só o dolo generico, como o dolo especifico (*animus abutendi*), e neste aspecto o abuso pôde assumir duas fórmas segundo o autor age não por fim pessoal, mas concernente ao interesse do serviço, caso de excesso de zelo, mas sempre de offensa á justiça, ou age por fim privado, isto é, por odio, por vingança por malvadeza, por capricho, por inveja, por prepotencia, etc.” Assim no dominio do direito penal, só se cogita do abuso do poder ou de autoridade, que assentando no máu uso

do poder conferido pela lei envolve, excesso do mesmo poder. Os termos, pois, de — *excesso de autoridade* e de *abuso de autoridade*, empregados pelo código, devem ser tomados no sentido de máu uso de poder conferido pela lei, isto é, contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija, como conceituava o código anterior. Tal o conceito geral, comprehensivo das differentes qualificações delictuosas, diffusamente espalhadas pelos arts. 226, 228 a 236 do código.

## 204. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Não incorre nos arts. 224 e 227 o contador dos Correios de um Estado que depois da publicação do novo regulamento dos Correios (decr. 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 o procedeu (*Ac. de 11 de maio de 1895*).

II. Não commette o crime do art. 226 o juiz federal que concede ordem de *habeas-corpus* e consequente soltura a réo preso por delicto de competencia da justiça local, onde estava sendo processado, fazendo-o sem a intenção criminosa e sim por defeito de interpretação do texto legal (*Acc. de 19 de dezembro de 1896*).

III. Os juizes estaduais, assim como os federaes, têm faculdade para, no exercicio das suas funções, deixarem de applicar as leis inconstitucionaes, como é expresso na Const. da Republica, art. 59, n. 3, lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 10 e lei rio-grandense n. 10 de 16 de dezembro de 1895, art. 8; faculdade que presuppõe a competencia para apreciarem a inconstitucionalidade e declararem-n'a para aquelle effeito. O réo, portanto, declarando nulla, em parte, por inconstitucional uma lei estadual, e deixando de applical-a, não excedeu o limite das funções de seu cargo; pelo contrario, exerceu-as regularmente.

Esta conclusão, a favor do réo, não depende de decisão do Supr. Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da mesma lei estadual, visto que si por este Tribunal fosse ella considerada constitucional, ficaria estabelecido que o réo errou na sua apreciação, mas, não que delinuiu. Não pôde ter logar a desclassificação do facto para o art. 207, § 1 do Cod. Penal, porque falta o elemento subjectivo do crime ahí definido — affeição, odio, contemplação ou interesse, circumstancias que não podem prevalecer sem prova sufficiente, não bastando a presumpção derivada de divergencia politica entre elle e o presidente do Estado; nem é licita a desclassificação do facto, quando importa pena maior, á vista da Const. da Republica, art. 81 § 2º, decr. n. 848, art. 9, n. 3, § 2º lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 74 § 7º (*Ac. de 10 de fevereiro de 1897*).

IV. O funcionario federal, que no exercicio do respectivo cargo commetter um homicidio pratica a violencia a que se refere o art. 231 do cod. penal e que constitue crime de responsabilidade, sendo o processo da competencia da justiça federal, perante a qual responde por tal crime, com o qual é connexo o de homicidio (*Ac. de 12 de novembro de 1913*).

### DISTRICTO FEDERAL

V. Quanto ao art. 231 do cod. penal, a violencia pôde revestir uma das formas: a) contra a pessoa; b) ou contra a coisa. E' necessario o corpo de delicto uma vez que o facto deixe vestigios susceptiveis de inspecção occular, não sendo portanto, permittida a prova supplementar do testemunho. Só tem valor juridico o corpo de delicto que é feito com as formalidades legais, á vista do questionario calcado no texto penal, e julgado por autoridade competente cabendo da sentença que o julgar improcedente recurso (*Ac. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 3 de maio de 1898*).

VI. Na segunda parte, tit. 5.º, cap. unico, do cod. penal punem-se as "malversações, abuso e omissão dos funcionarios publicos", de sorte que todos que forem aptos a praticar os crimes definidos nas diversas secções desse capitulo são considerados *funcionarios publicos* para o fim penal. O legislador não afastou-se da technica juridica quando empregou as palavras finaes da epigraphie para comprehender não só os *empregados publicos*, em sentido stricto, como todos que exercem *autoridade*. A secção VI do capitulo trata dos *crimes funcçionaes de excesso ou abuso de autoridade*, e como a secção é subordinada ao capitulo, não ha negar que a palavra *autoridade* entra no sentido comprehensivo da expressão *funcionarios publicos*. A mesma ordem de subordinação encontra-se no cod. penal francez. A secção "*De la forfaiture des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions*" divide-se em diversos paragraphos, um dos quaes, o 5.º, denomina-se "*des abus d'autorité*"; e ahi existe disposição semelhante a do art. 231 do nosso codigo. "*L'expression (fonctionnaires publics) est, en effet plus ou moins large, plus ou moins comprehensive. D'ordinaire, la loi entend par fonctionnaires les agents qui exercent, au nom de l'Etat, une portion quelconque de l'autorité public... La jurisprudence a vu des fonctionnaires dans les personnes qui sont investies d'un mandat public, permanent ou temporaire (GARRAUD Droit pénal français, vol. V, ps. 333 e 334)*". Nestas condições os *agentes da força publica* estão incluidos nas palavras *funcionarios publicos*; e por *agentes da força publica* entendem-se todas as pessoas investidas pela lei de uma missão exercitiva, todas as pessoas encarregadas de proceder ou concorrer empregando a força si ella fôr necessaria, para execução das ordens da autoridade publica. A *força publica* se compõe principalmente do exercito (de mar e terra), da guarda nacional e da *policia* (DALLOZ, Rép. v. 24, p. 728).

Além destas considerações basta a leitura do regulamento que baixou com o decr. n. 10.222 de 15 de abril de 1889, expedido em virtude de anotação do art. 3.º, n. 10, da lei n. 3.397 de 24 de novembro de 1888, para convencer de que o crime do art. 231 do cod. penal pôde ser commettido por *soldado de policia*. O texto do art. 344 desse regulamento é quasi identico ao do art. 231 do codigo: “Commetter qualquer *violencia* ou *abuso de autoridade no exercicio de suas funcções ou a pretexto de exercel-as*: penas, § 1.º, sendo official... § 2.º, sendo inferior... § 3.º, sendo *soldado*...”

As nossas leis, portanto, incluem na expressão — *funcionarios publicos* o *soldado de policia*, que por este motivo responde a *processo de responsabilidade*, desde que commetta *crime funcional* da competencia da justiça commum. Faltando a *illegitimidade de motivo* não existem todos os elementos que constituem o delicto do art. 231 do Cod. Penal (*Ac. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 12 de janeiro de 1899*).

VII. São elementos constitutivos do crime de abuso de poder: 1.º, que o facto incriminado constitúa um crime; 2.º, que o agente seja funcionario publico; 3.º, que a violencia tenha logar no exercicio das funcções; 4.º, que seja perpetrada sem motivo legitimo (GARRAUD, *Trat. de Dir. Pen. Fr.*, vol. 3.º, p. 446). Devem ser reputados depositarios ou agentes da autoridade todos aquelles que por delegação mediata ou immediata do Governo exercem no interesse publico uma parte de sua autoridade ou fazem executar suas ordens, estando, portanto, ahi comprehendidos todos os militares em actividade de serviço, os officiaes, os inferiores, os soldados (*Ac. do Trib. Correccional de Bruxellas, em 30 de março de 1896, Pasicrisie Belge, 1896, vol. 3.º, p. 147*). As praças da Brigada Policial, em serviço, no desempenho dos deveres que o seu regulamento lhes impõe, são funcionarios publicos para os effeitos da lei penal, como já decidiu o Collendo Cons. do Trib. Civil e Criminal e tem sido a jurisprudencia constante da Camara Criminal do mesmo Tribunal, ora considerando desacato as injurias e as aggressões de que são victimas no cumprimento de seus deveres, ora annullando os processos a que são submettidos perante as Juntas Correccionaes por incompetencia de juizo, por não ter havido o processo especial de responsabilidade. Não existe crime, porém, se o emprego da violencia foi justificado, pois, como bem pondera FAUSTIN HÉLIE, no caso contrario a lei e a justiça estariam desarmadas (*Ac. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 22 de julho de 1899, confirmando a sentença recorrida*).

VIII. Commette o crime do art. 226 do cod. penal a autoridade policial que impõe summarissimamente multa e prisão pelo jogo denominado do “bicho”. Não isenta desta responsabilidade a ordem illegal da chefatura de policia em um tal sentido. Não pôde tambem prevalecer, para a absolvição da autoridade delinquente, a falta de intenção criminosa, por lhe cumprir conhecer a lei (*Ac. da Camara Criminal da Côte de Appellação, em 19 de setembro de 1899*).

IX. Não commettem delicto commum, mas de responsabilidade, os soldados de policia que no acto de effectuar a prisão do individuo que resiste, emprega as armas que usam, resultando ferimentos que lhe occasionam a morte. A superioridade em força e armas não pôde ser considerada aggravante, e sim elemento do crime (*Ac. da Camara Criminal do Trib. e Criminal, em 3 de agosto de 1901*).

X. A violencia, a que allude o art. 231 não pôde ser outra senão a consistente nas intimidações, constrangimentos ou offensas physicas leves, praticadas no exercicio das funcções publicas ou a pretexto de exercel-as. As penas que essas modalidades de *violencia* derem logar, e de que faz menção a alinea do alludido artigo, devem guardar, em relação á pena nelle especificada e ditada 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 art. 231 do cod. penal importar em um crime commum da competencia de jurisdicção repressiva ordinaria, diante da prevalencia do crime commum em relação ao crime funccional, não é licito desaforar-se o indiciado de um crime commum da sua jurisdicção competente para jurisdicção especial e improrogavel dos crimes funcçionaes, 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. Embora exerçam uma funcção publica as praças policiaes, todavia não podem ser ellas consideradas funcionarios ou empregados publicos na technica do direito publico administrativo. Entre a noção de *funcção publica* e a de *funcionario publico* nem sempre ha um parallelismo ou correspondencia exata. Uma, a primeira, é mais ampla do que a segunda (*LABAND, Direito Publico Alemão*). Assim que, ha funcções publicas em que aquelles que as exercem não são funcionarios ou empregados publicos, taes como as dos *tutores*, dos *jurados*, dos *vogaes* das Juntas Correccionaes, dos *juizes arbitraes*, dos *eleitoraes*, etc.

Em eguaes condições se acham as funcções do soldado ou praça policial. Todas essas funcções ou serviços publicos importam em deveres civicos exigidos pelo direito de soberania do Estado e impostas aos cidadãos, aos quaes incumbe o dever desempenhal-os (*Ac. da Camara Criminal da Côte de Appellação, em 24 de janeiro de 1902*). Esta decisão não encerra exacta intelligencia de nossa lei penal, quer quanto á restricção que, contra a letra e espirito do art. 231 do cod. penal, faz de sua comprehensão, quer quanto á exclusão, para os effeitos penaes, da praça policial, da categoria de funcionario publico, antepondo-se assim a outros julgados de nossos tribunaes.

## ESTADOS FEDERADOS

XI. A autoridade policial que, fóra dos casos da lei, faz cercar a casa do cidadão pela escolta, arromba, e dá logar ás offensas, commette violencia no exercicio do emprego e não o crime do art. 226, excesso dos limites das respectivas funções (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 17 de janeiro de 1893*).

XII. Para a existencia juridica do art. 224 do cod. penal não basta, pelo lado objectivo, a usurpação do emprego ou função publica, civil ou militar, sem direito ou titulo, mas é ainda mistér a execução de actos inherentes á função, traduzil-a em factos exteriores que constituam-lhe o exercicio effectivo (*Ac da Relação do Estado do Rio de Janeiro, em 8 de dezembro de 1897*). .

XIII. Nenhuma razão juridica ha para obstar a possibilidade de um simples agente da força publica commetter o crime previsto no art. 231 do Cod Pen. Os que pensam de modo contrario firmam-se em que, cogitando o texto legal de “violencia no exercicio das funções ou emprego”, quiz elle alcançar apenas os funcionarios publicos, em cujo quadro se não comprehendem os soldados de policia. Apegam-se á noção de *emprego publico* segundo a noção do direito administrativo e, dest’arte, desfiguram o pensamento ou restringem a intenção do dispositivo penal ao ponto de excluir a sanção do citado art. 231 os abusos e excessos de autoridade (qualidade esta que ninguem lhes nega) praticados pelos soldados de policia. A controversia nasceu da omissão do codigo, não definindo, para os effectos penaes, a qualidade de *funcionario publico*, ao contrario do Cod. Italiano que o fez no art. 207, referindo-se expressamente aos agentes da força publica. Não faltam, porém, em auxilio do que sustenta, innumeras decisões judiciais. Assim sentenciou o grande juiz VIVEIROS DE CASTRO em 1898, logrando confirmada a sua decisão por Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, proferida em 12 de jan. de 1899. Desde então, no mesmo sentido, repetiram-se outros julgados. Em recente accordão de 15 de setembro de 1926, as Camaras 3.<sup>a</sup> e 4.<sup>a</sup> da Corte de Appellação, em decisão conjuncta, julgaram que, na expressão “*funcionarios publicos*” estão incluidos os agentes da força publica, concluindo que o soldado de policia responde a “processo de responsabilidade” desde que commetta “crime funcional”, da competncia da Justiça commum. Basêa-se o cit. acc. em que a rubrica do Cap. Unico do Tit. V do Cod. Pen. fallando “das malversações dos funcionarios publicos”, deve-se entender que aquelles que praticam os crimes definidos nas diversas secções desse capitulo são considerados funcionarios publicos para o fim de se lhes applicarem as respectivas penas, e que, entre os funcionarios publicos se incluem os agentes de força publica, aos quaes incumbe a execução das ordens da autoridade publica. Estes, aliás, foram os fundamentos consubstanciados no arresto que proferiu em 1889, o Conselho

do Tribunal Civil e Criminal, já referido. Tal é, realmente, o conceito que harmonisa os preceitos penaes do nosso direito objectivo. Assim, dentre outras hypotheses, no crime de peita ou suborno, a dizer-se que não são funcionarios publicos os agentes da força publica, escapar-lhe-ia á sanção quem peitasse ou tentasse sobornar o soldado de policia, por não poder este ser objecto para um delicto que só é attribuido a empregado publico. O que se diz quanto ao soldado de policia com maioria de razão se applica ao guarda civil, o qual se áquelle se assemelha em virtude de suas funcções, entretanto não está sujeito a igual dependencia de uma vontade unilateral ou relação de soberania inherente ao Estado, conservando intactos os seus direitos politicos. De notar-se, ainda, que o conceito de funcionario publico caminha para uma evolução ampliativa. UGO GAVAZZI, com o elemento historico, observando esta tendencia, referiu-se nos seguintes termos: "O conceito de funcionario publico derivado de função publica, que é qualquer actividade do Estado destinada á satisfação de uma necessidade publica, sendo funcionarios publicos todos aquelles que directamente concorrem, como agentes do Estado, para aquelle fim, as suas funcções de imperio ou de gestão, preparatorias ou dispositivas ou meramente executivas (Acc. do T. da Rel. de Minas Geraes de 6 de maio de 1930)

### 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 inaptidão notoria ou desidia habitual no desempenho de suas funcções:

Pena — de perda do emprego com inhabilitação de obter outro até mostrar-se corrigido

205. A fonte desta disposição, que não se encontra em outros codigos, é o art. 156 do nosso anterior codigo, por sua vez calcado no projecto de VASCONCELLOS, art. 251, apenas com a suppressão das clausulas — *ou de gastar com escandalo mais do que permitem os seus recursos, ou de ter com equal escandalo uma conducta relaxada e vergonhosa por qualquer outro motivo*, suppressão que THOMAZ ALVES louva, pois ao Estado não assiste o direito de ser tutor e regulador da receita e despesa do individuo, além de encerrar a disposição uma amplitude funesta e perigosa.

O pensamento que ditou a incriminação, tal qual ficou definida, foi assegurar ao funcionario publico, qualquer que seja a sua categoria, a necessaria força moral, para o perfeito desempenho de suas funcções, força moral ou consideração que não poderia ter desde que irreprehensivel não fosse sua conducta, entregando-se antes á pratica de acções ou havendo-se omissivamente pelo modo previsto na disposição legal.



E' de notar especialmente que mal collocada está ahi a *ineptidão notoria*, porquanto denotando incapacidade para exercer o emprego, falta de conhecimentos ou de intelligencia para comprehender e cumprir deveres funcionaes, não se pôde considerar como máo comportamento, notando-se mais que a falta independente da vontade do agente, nem dolosa ou culposa, pôde ser considerada, vindo, em consequencia, a punir-se um facto sem o seu necessario elemento moral.

Quanto á penalidade, o legislador tornou indefinida a inhabilitação para obter outro emprego, podendo ser, pois, annullada por emenda, cuja prova cabe ao réo.

TITULO VI

Dos crimes contra a fé pública



## TITULO VI

### DOS CRIMES CONTRA A FE' PUBLICA

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

206 Como preliminar devemos perquirir o que seja *fé publica*, cuja violação, em differentes modalidades, constitue os crimes deste titulo. CARMIGNANI entendia que, sem inconveniente, se podia omittir esta classe de delictos, a violação da fé publica não formando por si mesma *um genero de delinquencia*, mas antes uma qualificação de delicto. A *fé publica*, sendo um titulo que pôde receber um nome, não forma, porém nenhuma parte sensivel da ordem publica, e deve-se considerar antes como uma *opinião* do que uma instituição, passivel de lesão pelo mesmo modo que a *opinião* da segurança. E' de notar mais que a *fé publica* pôde ser violada pela *falsidade* ou pelo *furto*, e dahi porque em tal classe de crimes só se poderia comprehender a *falsidade publica*, a *moeda falsa*, o *furto de dinheiro publico* e a *fallencia dolosa*, mas taes delictos já foram considerados justamente pelo direito toscano como outras tantas especies de furto qualificado. CARRARA, depois de notar que o conceito da *fé publica* surge com a formação da sociedade civil, pois resulta de factos e relações obrigatorias que a todos se impõem, e nos quaes a generalidade crê exactamente pela autoridade que os gerou e estabeleceu, assignala a differença entre a *fé publica*, assim formada, e cuja violação constitue uma categoria de delictos, da *fé publica*, cuja violação constitue aggravante em materia de furto. A primeira nasce de *um provimento da autoridade*, que a impõe, a segunda da necessidade de certas condições de facto e da vontade dos proprietarios, que preferem á uma custosa vigilancia o abandono de suas cousas á presumida honestidade dos cidadãos. Alli ha confiança na obra do governo e seus mandatarios; aqui confiança na probidade dos cidadãos. Assim conceituada a *fé publica*, as figuras criminosas, que podem constituir sua violação, são a *falsidade da moeda*, a de *documentos publicos e sellos*, a *lancarrota*, o *peculato*. Outras fórmulas de violação da *fé publica* são excluidas deste titulo pela theoria da prevalença, taes como as praticadas por ministros, embaixadores, chefes de exercito, deputados, por isso que seu objectivo tem attinencia immediata com a vida politica do Estado, incluindo-se, por isso, na categoria de crimes de traição ou contra a segurança do Estado. Desenvolvendo doutrina substancialmente semelhante, á parte divergencia de discriminação das figuras delictuosas, comprehensíveis na classe, PESSINA firma com clareza o conceito de *fé publica*, o da sua violação criminosa, em geral, com seus elementos constitutivos, e especies em que se manifesta. Por ser a doutrina inspiradora do nosso e outros codigos, suas fontes, cumpre synthetisar-a mais especialmente.

207. Uma das mais importantes manifestações da actividade do Estado, como organo do direito, é a protecção que outorga a todas as relações dos individuos entre si e com a collectividade, garantindo as relações de factos que apresentam-se como fundamento do mesmo direito. Esta garantia de certeza com que se apresentam os factos é que constitue a *fé publica*, a *fé sancionada pelo Estado*, a *força probante* por elle attribuida a alguns objectos, signaes ou formas exteriores. As acções praticadas com o designio de destruir a certeza ou annullar a verdade dos factos recommendados como certos e verdadeiros pela lei, constituem crimes de *falsidade* ou crimes contra a *fé publica*.

Cumpra notar que pôde haver falsidade meramente civil, e que nem toda falsidade constitue um *crimen falsi*.

A *falsidade* á uma primeira nota essencial a este crime, e consiste ella em ser o *opposto da verdade*.

Aquillo que não é verdadeiro, mas não existe em opposição a uma verdade, será uma phantasia, mas não uma *falsidade*, e por isso dizia o juris consulto PAULO: *Falsum est quidquid in veritate sed pro veritate adseveratur*. Esta formula enuncia, não a essencia jurídica do *crimen falsi*, mas apenas uma das suas elementares propriedades. Aquillo que é opposto á verdade pôde ser um erro ou uma mentira; um erro, quando um homem em boa fé acredita e affirma como verdadeiro aquillo que não o é; uma mentira, quando, sabendo que o facto é opposto á verdade, no entanto o offirma como verdadeiro e o faz com consciencia da contradicção entre a verdade e aquillo que assevera como verdade. E', pois, essencial tambem que o facto contenha uma mentira, ou tenha por fim proximo enganar, para constituir falsidade. Mas, se toda falsidade é uma mentira, ou a negação da verdade conhecida e intencionalmente occulta, é egualmente certo que, ainda que possa ser elevada a crime quando offenda qualquer relação jurídica, nem toda mentira constitue crime de falsidade. Uma terceira nota é necessaria para constituir o crime de falsidade, e é que ao facto não verdadeiro seja dado feição de um facto verdadeiro, e por isso dizem os intérpretes: *falsitas est veritatis imitatio in alterius præjudicium*. A imitação da verdade não comprehende, porém, toda a essencia do crime em questão, porquanto para tal é preciso que a imitação dolosa da verdade se refira áquelles actos, signaes, ou formas, que o Estado converte em prova de um qualquer facto productivo de consequencias juridicas. Pôde bem acontecer que a falsidade seja praticada para enganar a um particular e isso succede; mas não é este *intento*, nem este *resultado* que constituem o verdadeiro momento da incriminação da falsidade.

Este momento encontra-se naquillo que adultera aquelles actos, aquelles signaes, aquellas fórmulas testificantes da certeza de um estado de coisas donde deriva uma qualquer consequencia jurídica; o lado formal do direito, assim imitado, é empregado como meio para violar o lado substancial do mesmo direito.

Então a fé, não do particular, mas da sociedade (*fides populi, fides publica, fides publica*) é violada no seu fim fundamental; e a certeza jurídica, de meio que deveria ser para assegurar o predomínio do direito, converte-se em instrumento de anulação de seus princípios. Assim, o *crimen falsi* é a substituição do não verdadeiro ao verdadeiro, feita com a consciencia e proposito de violar uma relação jurídica e que, por dizer respeito a tudo aquillo que por lei é destinado a certificar a verdade de seu conteúdo, pôde naturalmente produzir como effeito uma qualquer violação do direito.

208. Delimitado e firmado assim o conceito do crime contra a fé publica, considerando em geral, inferem-se desde logo suas condições essenciaes, que se reduzem a tres.

a) a primeira é a substituição do não verdadeiro ao verdadeiro, feita de modo que aquelle adquira as feições deste. Não basta, pois, a mudança, *immutatio*, mas é necessario a imitação, *imitatio veri*, que pôde ter logar por varios meios: 1.º) fabricando em todas as suas partes o acto ou objecto que simula o acto ou objecto verdadeiro, o que se chama *contrafacção*; 2.º) transformando um objecto ou acto verdadeiro; introduzindo nelle alguma coisa de falso, de modo que o objecto ou acto verdadeiro simule outro objecto ou acto, e isto se diz *alteração*; 3.º) supprimindo inteiramente um acto ou objecto que sirva para demonstrar a existencia de um facto, de maneira que pelo effeito da supressão a relação jurídica verdadeira e provada pareça não só não provada, mas insubsistente; 4.º) enfim, fazendo uso de um objecto ou acto falso para delle tirar proveito, ou seja feita a falsificação por aquelle que do mesmo faz uso, ou por outrem.

b) a segunda condição essencial do crime de falsidade é o *dolo especifico*. Uma antiga regra de direito dizia: *Non nisi dolo malo falsum*. De duas condições essenciaes depende este dolo; uma é a consciencia de nenhuma verdade no conteúdo daquillo que constitue imitação da verdade; outra é o intento de obter alguma coisa que juridicamente nã se poderia obter, o que importa o intento de conculcar uma relação jurídica, nisso consistindo o *prejuizo de terceiro*, *in alterius præjudicium*, de que fallam os praticos, e que pôde recahir ou sobre um particular ou sobre uma pessoa jurídica ou sobre a inviolabilidade da mesma lei.

Assim, para verificar-se o dolo da falsidade não é sempre e essencialmente necessario que o agente tenha em vista um lucro illicito, podendo tambem subsistir o dolo, sem que tenha havido intuito de tornar melhor a propria condição pessoal, como acontece quando se procura damnificar um outro sem ter em vista vantagens proprias.

c) a terceira condição essencial é aptidão da causa ou forma falsificada para produzir um effeito juridico, fazendo fé de seu contepdo. Não é por certo necessario que a violação de um principio juridico, que o falsario se propõe realizar no acto, tenha-se effectivamente realizado; mas a *possibilidade de uma lesão*, como consequencia jurídica da imitação do verdadeiro, é condição indispensavel á existencia do crime de falsidade, sendo isto espe-

cialmente que caracteriza este crime, distinguindo-o de todo outro; o que facilmente se comprehende considerando que sem possibilidade não pôde o direito formal exterior revoltar-se contra o direito substancial, isto é, contra as relações jurídicas fundadas sobre o verdadeiro a que o não verdadeiro substituiu. Por isso, se o acto ou objecto creado ou alterado, ou o uso do mesmo não pôde tornar-se fundamento de uma lesão de direito, a falsificação será, quando muito, a manifestação de um designio immoral mas não pôde constituir o crime de falsidade, permanecendo nos limites de uma tentativa impossível.

A' materia pôde-se applicar o que dizia PAULO, a proposito da falsidade de um testamento, por suppressão do testamento verdadeiro. "*Testamentum quod nullo jure valet impune supprimitur*". Por onde se vê que um objecto falsificado para constituir falsidade punivel deve ter taes condições que, se não fôra a falsificação, deveria produzir todos os effeitos que a lei attribue ao objecto verdadeiro e do qual é imitado. E por isso ampliando esta regra deram os interpretes a razão da mesma, dizendo: "*Falsitas non punitur quæ non solum non nocuit sed nec erat apta nocere.*"

Deve-se entender por essa aptidão para offender, a aptidão para produzir, por effeito do mesmo direito, uma lesão de direito isto é, para produzir, como consequencia de prescripções formaes do direito, uma violação do direito substancial.

209. Do conceito geral do crime de falsidade se infere ainda as varias especies, por que se pôde manifestar, e contempladas pelas legislações, por isso que as varias especies de factos a que o Estado, no desenvolvimento de suas instituições, deve attribuir a efficacia de attestar a verdade, que é o fundamento das relações jurídicas, são exactamente a materia cuja adulteração dá logar aos crimes de falsidade. A historia do direito nos apresenta tres institutos importantes para assegurar o commercio juridico entre os homens e são o *testemunho judicial*, a *moeda*, na vida economica, e o *documento* com que se torna permanente a demonstração de varios factos da vida referentes aos direitos e obrigações.

Essas especies são geralmente discriminadas pelos escriptores na seguinte maneira: *falsidade por factos materiaes*, *falsidade por escriptos* e *falsidades por palavras*. Não se encontra, porém, uniformidade nas legislações penaes modernas na qualificação dessas especies e sua collocação systematica. Como antecedente, encontramos no direito romano, o crime de falsidade primeiramente regulado pela *Lex Cornelia de falsis*, que, comminando a *aquæ et ignis interdictio*, distinguia duas especies, depois desenvolvidas, a falsidade de moeda (*falso nummario*), equiparado posteriormente ao crime de lesa magestade e a falsidade do testamento, especie ampliada consideravelmente, de sorte a comprehender uma série de casos de *quasi-falsum*. De accordo com aquella lei, ou com a *Lex Cornelia de sicaris*, con-

forme fosse dado em um *judicium* ou não, punia-se tambem o depoimento falso, a que se ligavam a *calumnia* e o *crimen perjury*.

O codigo penal francez, de 1810, no liv. III tit.1, e cap. III. que tem como rubrica — *crimes et delits contre la paix publique*, e sec. 1.<sup>a</sup>, cuja rubrica é — *du faux*, reuniu uma ampla categoria de varios crimes de falsidade, comprehendendo a moeda falsa, contrafacção de sellos do Estado, bilhetes de bancos, effeitos publicos, falsidade em escripturas publicas e privadas, passaportes e certificados, não incluindo nessa categoria o falso testemunho, a calumnia, a denuncia falsa. Os codigos italianos, como o belga, o portuguez, o hespanhol e outros seguiram, em geral, a orientação do codigo francez, destacando-se, porém, o sardo que comprehendia como especies fundamentaes, a moeda falsa e titulos equivalentes, a falsidade de escripturas publicas e privadas e a falsidade judicial, nesta se incluindo o falso testemunho, a calumnia, a denuncia falsa e o perjurio. O novo codigo italiano, no tit. 6 do liv. 2, sob a rubrica — *Dei delitti contro la fede pubblica*, comprehende a falsidade de moeda e titulos de credito publico, a falsidade de sellos e outras, a falsidade de actos ou documental, a de passaportes, licenças e outras a fraude no commercio, na industria, etc. Como o francez não inclui na classe o falso testemunho, a denuncia falsa, que reserva para o titulo dos crimes contra a administração da justiça. Diversamente procede o codigo zuriguense, que sob o titulo “Crimes contra a fé e a lealdade publica”, inclui ahi aquelles crimes. Apreciando particularmente cada um dos crimes apontados como de falsidade, teremos occasião de assignalar outras divergencias. A Ord. Philippina, sob o influxo do direito romano, puniu a falsidade por escriptos, no liv. V, t. 53. e a dos signaes e sellos, no mesmo livro e tit. 52. O nosso codigo de 1830, não se acostando de todo no codigo francez, e antes no prussiano, sob a rubrica — *falsidade*, cap. II. do tit. V, que se inscrevia — *Dos crimes contra a boa ordem e administração publica*, se occupa só da *falsidade*, por escriptos, occupando-se no cap. III, do mesmo titulo, do *perjurio*, e no tit. VI, cap. II, como crime contra o thesouro publico e propriedade publica, concepto romano, do *de moeda falsa*. O vigente, seguindo em parte o italiano, contempla neste titulo, *dos crimes contra a fé publica*, no cap. I, da *moeda falsa*, no cap. II, das *falsidades*, rubrica impropria, pois, em vez de assignalar especie, antes assignala o genero, ahi se comprehendendo a falsidade de titulos e papeis de credito (secção 1), a de certificados, documentos e actos publicos (secção II), a de documentos e papeis particulares (secção III), o testemunho falso, as declarações, queixas e denuncias falsas em juizo (secção IV). Lacunas e vicios accentuados se notam na materia regulada, mais uma vez se notando a inefficacia da lei penal, em assumpto de tanta relevancia. Dahi o decr. n. 2.110 de 30 de setembro de 1909, que veio attender melhor ás necessidades sociaes, prescrevendo sobre moeda falsa e titulos equivalentes, mas por sua vez resentindo-se de lacunas e vicios, que procurou sanar o decr. n. 4.780 de 27 de dezembro de 1923, ora vigente.



## CAPITULO I

### DA MOEDA FALSA

Art. 239. Fabricar, sem autoridade legitima, moeda feita de identica materia, com a mesma forma, peso e valor intrinsicamente 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

Paraphrasso unico. Se a moeda fôr fabricada com diversa materia ou sem o peso legal:

Pena — de prisão cellular por dois a oito annos, além da perda sobredita.

Art. 240. Fabricar, ou falsificar qualquer papel de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda:

Penas — de prisão cellular por dois a oito annos, além da perda sobredita.

Para os effeitos da lei penal considerar-se-á papel de credito publico o que tiver curso legal como moeda, ou fôr emitido pelo governo ou por bancos legalmente autorisados.

Art. 241. Introduzir, dolosamente, na circulação moeda falsa ou pape de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda, sendo falso:

Introduzir, dolosamente, na circulação a moeda falsa fabricada em paiz estrangeiro:

Penas — de prisão cellular por dois a quatro annos, além da perda sobredita.

Art. 242. Diminuir o peso da moeda verdadeira ou augmentar-lhe o valor por qualquer artificio:

Penas — de prisão cellular por um a tres annos, além da perda sobredita.

Art. 243. Supprimir ou fazer desaparecer, por processo chirurgico, 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 introduzi-las de novo:

Formar cédulas ou bilhetes do Thesouro Nacional, ou dos bancos, com fragmentos e pedaços de outras verdadeiras:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 244. Incorrerão na pena de prisão cellular por um a quatro annos:

1. os empregados da Caixa de Amortização que emitirem, ou consentirem que se emitam notas da antiga emissão do

Banco do Brasil, a não ser em substituição das que, por dilacaras ou por outros motivos, devam ser retiradas da circulação;

2.º todos aquelles que fizerem sahir, ou consentirem que saia da Caixa de Amortisação qualquer somma de papel moeda, a não ser por troco, ou por effectiva substituição, ou para ser entregue ao Thesouro Nacional em virtude de lei que autorize tal entrega;

3.º os directores e gerentes dos Bancos de Emissão, pelo excesso da emissão de bilhetes, além dos limites determinados nas leis respectivas; e bem assim os fiscaes do Governo que os mostrarem conniventes em tal falta ou as não tenham denunciado opportunamente.

LEI N. 561, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1898

Art. 1.º Não poderão ser recebidos como moeda, ou nesta quantidade circular no paiz, quaesquer titulos de credito ao portador ou com o nome deste em branco, que forem emitidos pelos governos dos Estados ou dos municipicos, sejam taes titulos, aplices ou outros de denominação differente.

Art. 2.º 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 sanção 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.

DECR. N. 4780, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923

Art. 5.º Fabricar, sem autoridade legitima, moeda de prata ou de ouro nacional ou estrangeira, que tenha o mesmo peso e valor intrinseco da verdadeira:

Penas — de prisão celllular por quatro a oito annos, perda da moeda apprehendida e dos objectos destinados ao fabrico.

Parapho unico. Se a moeda fór fabricada com materia diversa, peso ou valor intrinseco differente da verdadeira:

Penas — de prisão celllular por seis a doze annos, além da perda sobredita

Art. 6.º Diminuir o peso da moeda verdadeira ou augmentar-lhe o valor mediante qualquer artificio:

Penas — de prisão celllular por tres a seis annos e perda da moeda apprehendida.

Art. 7.º Nos casos previstos nos dois artigos anteriores, se fór a moeda de qualquer outro metal que não ouro e prata:

Penas -- as dos mesmos artigos, reduzido, porém, de um terço, o tempo de prisão.

Art. 8.º Falsificar, fabricando ou alterando, qualquer papel de crédito publico, que se receba nas estações publicas como moeda:

Penas -- de prisão cellular por 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, bem assim o que representa: moeda estrangeira.

Art. 9.º Formar cédulas ou notas do Governo, cédulas ou bilhetes do Thesouro Federal, da Caixa de Conversão ou dos Bancos com fragmentos de outras notas e cédulas ou bilhetes verdadeiros;

Suprimir ou fazer desaparecer por qualquer meio os carimbos com que foram assignaladas as notas, cédulas ou bilhetes retirados da circulação:

Pena -- de prisão cellular de dois a quatro annos, além da pena sobredita.

Paragrapho unico. Se os crimes previstos nestes artigos forem commetidos por funcionarios da repartição em que se acharem recolhidas as notas, cédulas ou bilhetes:

Penas -- de prisão cellular por seis a doze annos e perda do emprego com inhabilitação para exercer qualquer função publica por doze a vinte annos.

Art. 10. 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. 5 e seguintes:

Penas -- as desses artigos, conforme as hypotheses respectivas.

Art. 11. Introduzir dolosamente na circulação moeda falsa, papel de credito publico, sendo falso:

Penas -- as que vêm sendo estatuidas nos arts. 5, 6, 7, 8 e 9, de accordo com as respectivas hypotheses, reduzindo, porém, de uma sexta parte tempo da prisão.

Art. 12. Restituir á circulação moeda falsa, recebida como verdadeira, depois de conhecida a falsidade ou tendo razão para conhecê-la:

Penas -- de multa de 5 a 20 vezes o valor total da moeda e perda da mesma.

Paragrapho unico. No caso de reincidencia:

Penas ... de prisão cellular por um a tres mezes, multa de 10 a 30 vezes o valor da moeda e perda da mesma.

Art. 13. 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 -- de prisão cellular por dois a seis annos e perda dos machinismos e objectos.

Art. 52. Não será admittida fiança nos crimes de moeda falsa e de contrabando.

Art. 53. O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homisiado em paiz estrangeiro.

210. Primeiramente formada de pelle de animaes e depois de metal, representa a moeda um valor determinado e certo para servir de medida do valor de todas as outras mercadorias e para tornar facil e prompto o escambo. Ora, a forma e o cunho que o Estado imprime a essa mercadoria especial, no uso de attribuição que lhe ficou exclusivamente, dá a certeza jurídica do seu valor qualificativo e quantitativo, e o curso legal faz que não se possa recusar-a em pagamento. Assim, alterar de qualquer maneira a moeda, é destruir a certeza judiciaria do valor que ella representa, ou, por outra, é violar o direito que têm todos os cidadãos de recebê-la e empregá-la em suas transacções com certeza de que ella possui exactamente o valor garantido pelo Estado. Dahi o *crime de moeda falsa* e sua collocação entre os que atacam a *fé publica*, concepção adoptada pelo nosso codigo. Uniforme, porém, não tem sido a doutrina a respeito, com reflexo na legislação.

211. Segundo o direito romano no falso nummario o que se punia não era propriamente a falsificação em si, mas a usurpação de um direito magestatico, o de cunhar moeda, e dahi sua inclusão na classe dos de lesa-magestade, passivel a principio, pela lei Cornelia, de *interdictio aquoæ et ignis* e depois pela exposição ás fêras e á força (LL. 8, 9 Dig. *ad leg. Cornel. de fals.*), até que a L. 2 Cod. de *falsa moneta* lhe impoz a pena de fogo.

Semilhante concepção inspirou a legislação intermediaria, vindo até os modernos tempos, adjectivandose ao crime rigorosa penalidade. Nos tres codigos da monarchia portugueza (Affonsino, L. V. t. 5 e 82. Man., t. 6, e Phil. t. 12) se comminavam as penas de "morte natural de fogo e confiscação de bens", aos que cunhassem moeda de sua propria autoridade, ainda que o metal fosse approvedo pelas leis e de legitimo toque, e "morte natural e perdimento dos bens" aos que cerceassem ou corrompessem a moeda, chegando a diminuição ao valor de mil réis. O codigo francez, de 1810, manteve a pena de morte, considerando o crime de moeda falsa como o daquelles que cream os maiores perigos e inspiram as maiores apprehensões, ferindo

a confiança devida á moeda nacional, e assim fazendo desaparecer toda a segurança nas transacções da vida civil.

Uma corrente contraria se desenvolveu contra a exaggeração da penalidade, outra concepção presidindo a qualificação do crime. Pela reforma de 1786, operada por LEOPOLDO DA TOSCANA, o falso nummario era considerado um furto qualificado pelo meio da falsidade, e a mesma ordem de idéas vemos patrocinada pelo relator de projecto de lei de 28 de abril de 1832, em França. Contra ROSSI, que via nesse crime um ataque ao interesse publico, pelos effeitos nocivos extensivos a grande numero de pessoas, além de constituir burla em relação ao directamente lesado, HÉLIE não vê senão uma offensa á propriedade privada, a rapida circulação dando-lhe mais oportunidade de commettimento, mas não mudando-lhe a natureza e effeitos.

Para HAUS o crime se reduz a um furto contra o Estado quando a falsificação é de moeda inferior ao valor da moeda nacional, ou se reduz ao estellionato quando se diminue o valor effectivo da moeda verdadeira, alterando-a, ou é um crime contra os interesses do Estado e os dos particulares quando a moeda verdadeira é posta em circulação, intrinsicamente não tendo o valor effectivo da moeda verdadeira. Na diversidade de interesses lesados pela moeda falsa, vê MITTERMAYER a explicação da divergencia doutrinaria quanto á natureza e collocação systematica do crime. Pondo de lado, como inteiramente inaproveitavel a idéa do *falsum*, bem como a da *pública fides* (a confiança no commercio segundo o direito), como bem juridico unicamente lesado no crime em questão, FRANZ VON LISZT considera-o como acção punivel que se caracteriza pelo meio empregado para o attentado, e, por isso, com os crimes de perigo commum, de abuso de materias explosivas e de falsificação de documentos e de mercadorias, formando uma classe distincta, complementar das outras que attentam contra os bens do individuo.

“O direito, diz elle, que ao Estado pertence de bater moeda, o interesse do publico na segurança do commercio segundo o direito e os interesses patrimoniaes dos cidadãos reclamam de um modo igualmente imperioso que o direito proteja a moeda. E' por amor desses interesses e não por causa da *integridade da moeda*, considerada em si que o Estado decreta as suas comminações penaes. Nesta conformidade determina-se a collocação das acções puniveis *contra* a moeda e *relativas* a esta no systema da parte especial.”

Alinhando-se, porém, entre os codigos que collocam o falso nummario na classe dos crimes contra a fé publica, o nosso regulou o assumpto, na forma habitual de modo impreciso e deficiente, defeitos sanados pelo decr. n. 4.780 de 27 de dezembro de 1923, hoje assento legal do caso.

212. Para o nosso direito, o crime de moeda falsa se caracteriza, em geral, como acção illegal contra determinados signaes que medem e representam o valor. Como taes signaes se consideram:

1.º) a *moeda metallica*, considerada em si como instrumento universal de escambo, e dahi porque pôde ser *nacional* ou *extrangeira*, comtanto que

tenha *curso legal* ou *commercial*, dentro ou fóra do paiz (art. 5 do cit. Decr. n. 4.780 de 1923).

Póde ser de ouro, de prata ou outro metal, a lei tomando em consideração a natureza do metal, só para a gradação da pena, que é menor quando não se trata de ouro ou de prata, attendendo ao menor damno (arts. 5, 6 e 7).

Em se tratando de moeda nacional, a determinação de seu peso, valor, inscripção, typo e denominação cabo privativamente ao Congresso Nacional (Const. Federal, art. 34 § 7).

Providenciando sobre o valor, peso, titulo e modelo das moedas de prata, nickel e ouro, estatuiram a lei n.º 1.817 de 3 de setembro de 1870, decr. n. 4.822 de 18 de setembro de 1871, decr. n. 625 de 28 de julho de 1894 e decr. n. 3.966 de 30 de setembro de 1867. Se a moeda fôr *desmonetizada*, ou não tiver mais *curso legal* ou *forçado*, isto é, quando não fôr mais imposto pela lei, o devedor não podendo, pois, constranger o seu credor a recebê-la em pagamento, ou não tiver *curso commercial*, a contrafacção ou alteração só poderá constituir a figura do estellionato, salvo a hypothese do art. 9.

2.º a *moeda-papel*, isto é, o papel de credito publico ou papel que tem curso legal como moeda, emitida pelo Governo da União, ou por estabelecimentos bancarios legalmente autorizados (cit. decr. n. 4.780, art. 8 § unico).

A importancia internacional da moeda é ainda reconhecida no art. 5 do codigo penal e nos arts 13 e 14 § 2.º da lei n. 2.416 de 28 de junho de 1911, punidos os crimes de falso nummario, commettidos em territorio estrangeiro por nacionaes ou estrangeiros, independentemente de outra condição, segundo o direito patrio.

A lei n. 515 de 3 de novembro de 1898, art. 14, ainda veio declarar imprescriptiveis taes crimes, quando o réo é domiciliado ou está homisiado em paiz estrangeiro, disposição reproduzida no art. 53 do decr. n. 4.780 de 1923.

213. Como *especies* ou modalidades do crime de moeda falsa temos as seguintes:

I) A *falsificação* propriamente dita (decr. n. 4.780, arts. 5, 6, 7, 8 e 9), que comprehende os seguintes casos:

a) *contrafacção* ou a fabricação, sem autoridade legitima, de moedas illegitimas. Tratando-se de moeda metallica, a lei distingue o caso em que a moeda illegitima tenha o mesmo peso e valor intrinseco da verdadeira, do caso em que a moeda foi fabricada com materia diversa, peso ou valor intrinseco differentes da verdadeira. Em ambos os casos ha offensa ao direito de cunhagem, monopolisado pelo Estado, no interesse geral da sociedade, mas assumindo maior gravidade o segundo caso porque envolve tambem offensa aos interessados dos particulares, e dahi a diversidade de penas estabelecidas pelo art. 5 e seu § unico do decr. n. 4.780. Para que haja contrafacção, é necessario que haja *imitação* da moeda legal, ou que

o agente tenha imitado o cunho official, o typo que imprime ao disco de metal o caracter de moeda e os privilegios que lhe são inherentes (GARRAUD).

Não é porém necessario que a imitação seja perfeita ou completa: basta que se dê a possibilidade de circulação, embora limitada, ou por outra, basta a semelhança para induzir em erro no commercio ordinario (LISZT), ou ainda, como nota MERKEL, que a moeda falsa tenha a *apparencia* da legitima, e portanto, uma certa analogia com esta. Por isso que se trata de uma concorrência ao direito que só ao Estado cabe de bater moeda, dahi, como requisito ainda, a *falta de autoridade legitima* no agente, ou que este tenha agido sem o ser autorizado pelo poder competente. A moeda considerada-se falsa, porque a sua cunhagem, além de illegal, foi feita por pessoa inccompetente. Falsa também será a moeda fabricada por autoridade legitima, porém, sem autorisação legal, como a emissão clandestina que se fizesse na Casa da Moeda, ou o excesso sobre a emissão autorizada. Assim, o crime tanto pôde ser praticado pelo particular, como pelo funcionario com autoridade legitima para o fabrico da moeda. O proprio governo não pôde emitir moeda papel ou metallica sem autorisação do Congresso Nacional, nos termos da Const. Federal, art. 34.

b) a *alteração da moeda verdadeira*. Duas formas pôde assumir a falsificação neste caso: tirar uma parte do valor intrinseco da moeda, respeitando-lhe a forma exterior e mais caracteres, para pol-a em circulação e fazel-a passar como perfeita por seu valor nominal, pelo cerceio, isto é, cortando-a em roda, ou por outro qualquer modo, v. gr. por meio de licor corrosivo (a denominada *bilhonagem*); ou transformando a moeda verdadeira em moeda superior por qualquer operação chimica.

Desses dois casos occupa o art. 6 do cit. decr. n. 4.780, como se occupa o art. 242 do codigo. Referindo-se á ultima forma, nota CRIVELLARI, que pôde 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 também á uma moeda de valor inferior. Não tem logar esta modificação quando ás moedas de prata se dá a côr das moedas de ouro ou quando ás moedas de cobre se dá a côr das de ouro ou prata. Não tem havido, porém, uniformidade em doutrina sobre a coloração de moedas. Como observa JOÃO VIEIRA, hoje que toda a moeda tem um cunho e a indicação do seu valor, se trata sómente de mudança de côr, mantendo-se inalterado o cunho, não cremos que se possa falar de moeda falsa, pois que estando a essencia da falsidade na offensa da fé publica, esta não se erifivca se não se tiver falsificado o cunho em que essa fé consiste e a substancia mesmo da moeda. Não ha mesmo perigo de damnò 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. Deve-se considerar esse factò como fraude. E' também a solução do moderno direito francez e a opinião

de BIANCHI, CARRARA, PESSINA, PUGLIA, MAGNO e NEGRI. De modo diferente não pôde ser interpretado o nosso código; no caso não ha moeda falsa.”

Quer na fabricação, quer na alteração da moeda não é necessaria a intenção de introduzir na circulação a moeda illegitima, bastante sendo o dolo generico, a intenção malefica de praticar a acção que o agente sabe ser contraria á lei. Em rigor a fabricação ou alteração não é senão um acto preparatorio, o crime se consummando pela *emissão, passagem* ou *introdução* da moeda falsa na circulação, quando se verifica o prejuizo de terceiro. Attendendo porém, á facilidade e promptidão, com que as peças de moeda falsificada podem entrar na circulação, ao interesse da segurança do commercio, e sobretudo á presumpção, que pesa sobre o fabricante (pois ninguem falsifica moeda só por divertimento), levado foi o legislador a incriminar o acto da fabricação, independentemente dos seus resultados.

Como casos especificados de contrafacção e de alteração de moeda, a lei menciona os do art. 9, já previstos no código, art. 243, diversificando, porém, em que para o código, o caso da suppressão do carimbo se completa com a introdução de novo da cédula, na circulação, requisito este não exigido pela lei, que considera o crime consumado só com a suppressão do carimbo. No regimen do código de 1830, este caso de introdução na circulação de notas recolhidas, fazendo desaparecer o carimbo com que a repartição publica competente costuma inutilisal-as, era considerado pelos tribunaes como estellionato, e nesse sentido, entre outras decisões, expressa é a revista crime n. 2.650 de 1.º de dezembro de 1838.

Outra decisão dos nossos tribunaes, a revista crime n. 2.566 de 3 de novembro de 1836, deu lugar, como bem observa JOÃO VIEIRA, á disposição casuistica da segunda parte do art. 243 do código, e primeira do art. 11 da lei: “Commette o crime de moeda falsa o individuo que introduz na circulação cedulas formadas de partes de cedulas verdadeira.”

214. II) *Emissão, passagem* ou *introdução* de moeda falsa na circulação, é outra modalidade do crime, a que rigorosamente o consumma, como já notamos anteriormente. É o caso da denominada *burla monetaria* ou *nummaria*. Afastando-se de outros codigos, como o allemão, art. 147, o italiano, arts. 256 e 258, que cogitam da hypotheses de se achar ou não o passador de concerto com o falsario, a nossa lei considera integrado o crime, dadas estas condições: 1.ª) a acção de introduzir a moeda na circulação; 2.ª) o dolo.

Dada a hypothese de intelligencia entre o falsario ou fabricante e o introductor ou passador, vigoram as regras geraes de co-delinquencia. Assim: a) se o introductor achar-se de accordo com o fabricante, tendo-lhe assegurado o seu concurso e serviços na posterior emissão de taes effectos, é co-auteur do delicto e deve ser punido como autor principal da fabricação da moeda falsa (art. 18 § 3.º, do cod. penal); b) se o introductor ou pas-



sador, sem previa concerto com o fabricante, e quando já se achava consummada a fabricação, recebe deste, ou de terceiro, a moeda falsa, e por sua conta, a introduz na circulação ou negocia com outros, não se verifica, em tal caso, nem co-autoria nem cumplicidade: o agente é punido como autor do delicto da introdução dolosa (BENTO DE FARIA).

A primeira condição deste crime, apontada acima, é a acção de introduzir a moeda na circulação, o que presuppõe dois momentos, *exhibição* e *recebimento*. A moeda deve ser transfirida “como legitima”; quem a recebe deve, pois, estar em erro sobre a sua illegitimidade (LISZT). Quanto á segunda condição, é exigida expressamente pela lei com o adverbio — *dolosamente*”, e isto para bem accentuar que o dolo deve comprehender aquelles dois momentos da acção. O agente deve, pois, ter consciencia da falsidade da moeda, com o proposito de introduzil-a na circulação, dando-a como verdadeira e genuina. Não se dá, pois, o dolo, quando elle conserva o poder de dispôr, como quando apresenta apenas a moeda para obter credito, occultar um desfalque, etc. (LISZT, GEYER, MEYER, OLSHAUSEN, PESSINA).

Destacando como caso especial de burla monetaria, a lei prevê, no art. 14, o facto de “restituir á circulação moeda falsa, recebida como verdadeira, depois de conhecida a falsidade ou tendo razão para conhecel-a.” Sujeita o agente á pena muito menor, attendendo a que não póde ser assimilado ao passador de moeda falsa, por isso que age *damno vitando, e não lucro captando*.

E' hypothese não prevista no codigo penal, omissão que dava logar á dubiedades, uns entendendo que não era passivel de pena, attendendo sua natureza especial e o preceito do art. 1.º, segunda parte, e outros em sentido contrario, considerando que, por immoral e lesivo de direitos de outros, não podia deixar de ser passivel da pena do caso geral.

215. III) Considera a lei, no art. 10, como delictos *sui generis*, actos preparatorios da emissão ou passagem de moeda falsa, como a importação ou exportação, compra ou venda, troca, cessão ou emprestimo por conta propria ou de outrem, de moeda, nota ou bilhete nas condições previstas nos arts. 5 e seguintes.

Taes actos deixam, pois de ser puniveis, quando é commettido o projectado crime de moeda falsa.

Finalmente, completa a lei o systema penal, destacando como infracções distinctas, verdadeiras contravenções, como taes sendo os casos previstos no art. 13.

Quanto á penalidade, que tornou mais rigorosa, para melhor acautelar os interesses em jogo, resente-se da falta de proporção com as infracções respectivas. Uma simples inspecção mostra desde logo esse defeito, vendo-se infracções de gravidade diversa, passiveis da mesma penalidade.

216. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Sendo a fraude elemento constitutivo da introdução de notas falsas, não pôde ser considerada circumstancia aggravante para elevação da pena (*Ac. de 3 de fevereiro de 1897*).

II. O réo passando a diversas pessoas e em dias differentes cédulas do Thesouro Nacional reconhecidas falsas no exame a que se procedeu na competente repartição fiscal e sabendo que o eram, não commette diversos crimes, mas um só, importando os factos de que é accusado a manifestação de uma só intenção criminosa. A circumstancia da premeditação, no crime de introdução de moeda falsa na circulação, é aggravante e não elementar, desde que se pôde conceber essa introdução dolosa sem que tenham decorrido 24 horas entre o desígnio criminoso e a execução (*Ac. de 22 de setembro de 1900*).

III. Crime continuado de moeda falsa — Vid. *Parte Geral*, pags. 702-703, ns. III, IV e X.

IV. Commette o crime de tentativa de introdução de moeda falsa na circulação o individuo que der a outrem notas falsas para esse outro passar. Tal acto não pôde ser considerado como méro acto preparatorio, mas sim como principio de execução, constitutivo da tentativa, nos termos do art. 13 do cod. penal, estando esta classificação de accordo com a doutrina dos criminalistas, os quaes ensinam que ha tentativa sempre que do acto se infira claramente a resolução do agente de commetter um crime determinado, ao que accresce ser este um ponto já decidido pelo Tribunal (*Ac. de 18 de junho de 1904*).

V. Tratando-se de introdução de moeda falsa em circulação não existe presumpção legal de dolo; é necessario a prova de que o introductor tinha conhecimento da falsidade da moeda e de que queria desfazer-se della para lucrar ou evitar um prejuizo. A simples posse de notas falsas não autorisa a pronuncia do possuidor (*Acs. de 7 de dezembro de 1907, de 2 de junho e de 30 de agosto de 1909, de 2 julho e de 7 de julho de 1910, de 7 de outubro de 1911, de 30 de janeiro, 14 e 18 de junho de 1913*).

VI. E' condição essencial para o crime de moeda falsa que a moeda imitada possa circular, possa passar de mão a mão sem inspirar desconfiança, que tenha a apparencia de verdadeira.

Não se exige uma imitação tão perfeita a ponto de poder illudir aquelles que têm pratica e conhecimentos technicos das moedas em circulação, mas

exige-se que a imitação não seja tão grosseira que possa ser reconhecida á primeira vista. Assim, não pratica tal delicto quem tenta introduzir na circulação uma nota com a indicação nella escripta de ser falsa, mas sim o crime de estellionato (*Ac. de 31 de dezembro de 1909 confirmando decisão do juiz substituto da 2.ª Vara Federal*).

VII. A introdução na circulação de moeda cuja falsidade é tão ostensiva que possa ser conhecida á primeira vista, é punida com as penas do estellionato (*Ac. de 4 de agosto de 1909*).

VIII. O facto de alguém pretender trocar uma nota ou moeda de maior valor, mais tarde reconhecida falsa, quando em seu poder tenha igual ou approximada quantia em notas menores, constitue indício revelador do dolo específico (*Acs. de 23 de abril, 8 de junho e 1.º de julho de 1910, 7 de janeiro e 9 de agosto de 1911*).

IX. O crime de introdução de moeda falsa é complementar do de fabricação e quando ambos os factos concorrem se verifica a existencia dos dois delictos (*Ac. de 23 de outubro de 1909*).

X. A execução do facto delictuoso determina nos crimes de moeda falsa a criminalidade do agente, por ser o dolo da substancia do proprio facto (*Ac. de 1.º de dezembro de 1909*).

XI. O dolo, requisito substancial do crime de introdução de moeda falsa na circulação, pôde ser provado por indícios concatenados que formem prova indiciaria completa (*Ac. de 30 de novembro de 1910*).

XII. A falta da apprehensão da nota falsa na occasião da prisão daquelle a quem é attribuida a tentativa de introduzil-a na circulação, deixa sem base fundamental a acção penal.

Para a pronuncia exige a lei, além de indícios vehementes de quem seja o delinquente, pleno conhecimento do delicto, que, na especie, só poderia ser dado pelo exame da nota, que a autoridade não apprehendeu (*Acs. de 26 de abril de 1911 e de 2 de agosto de 1913*).

XIII. Nenhum fundamento tem a allegação de que a aggravante da noite não se possa dar no crime de introdução de moeda falsa.

Pelo contrario, é este um delicto em que essa circumstancia pôde ser muito effizaz (*Ac. de 15 de julho de 1911*).

XIV. Desde que ficou provado que a nota ou moeda falsa passada pelo réo é idêntica ás demais encontradas em seu poder e cuja procedencia satisfactoriamente não aclarou, deve ser imposta a pena respectiva (*Acs. de 9 e de 16 de agosto de 1911*).

XV. O uso de falso nome caracteriza o dolo do agente no crime de introdução de moeda falsa na circulação (*Ac. de 13 de setembro de 1911*).

XVI. No processo por crime de introdução de moeda falsa na circulação, pôde o corpo de delicto directo, quando impraticavel, em consequencia do extravio das notas apprehendidas, ser supprido pelo indirecto, constituido pelos depoimentos de testemunhas que tenham visto as notas e reconhecido sua patente falsidade (*Ac. de 16 de maio de 1914*).

XVII. A lei não exige que os machanismos e objectos sejam destinados exclusivamente por sua natureza á fabricaçãõ de moeda falsa, o que fõra talvez exigir o impossivel. O que a lei quer, é que os objectos sejam destinados exclusivamente por quem os possui á fabricaçãõ da moeda falsa (*Ac. de 18 de setembro de 1915*).

XVIII. A recusa do réo a explicar a procedencia da cedula em seu poder, pois que em tudo importa a obstinaçãõ em uma explicaçãõ inacceitavel, induz a certeza de que elle procedia de má fé quando a entregou em pagamento de despesas feitas (*Ac. de 3 de outubro de 1917, confirmando decisãõ do juiz da 1.ª vara federal*).

XIX. Caracterisa essa infracçãõ penal o simples facto de ter alguem sob sua guarda machanismos ou objectos que se destinem exclusivamente ao fabrico de moeda falsa, ainda que tães objectos não sejam aperfeçoados ou aptos para o fim pretendido (*Acc. de 29 de janeiro de 1920*).

XX. A fabricaçãõ e o uso de moeda, realisados pelo mesmo individuo, não são crimes distinctos mas phrases diversas de um só e mesmo crime (*Acc. de 19 de outubro de 1928*).

XXI. Em se tratando de *moeda falsa*, que é a mais expressiva objectivaçãõ dos crimes *contra a fé publica*, cumpre verificar desde logo, se a hypothese não fõr de fabricaçãõ, mas simplesmente de alteraçãõ, em que consistir esta, qual o effeito della decorrente, seja metallica a moeda, seja papel. Si metallica, o facto imputado não provoca demorado exame, porque a lei enuncia os diversos casos especificadamente, individuando-o com clareza: a especie ha de ser — ou de *diminuiçãõ do peso da moeda verdadeira*, ou de *augmento* mediante qualquer artificio (art. 6 do cit. decr.); em qualquer das duas hypotheses, o agente tem em vista auferir lucro com a *differença do valor intrinseco da moeda*. Si papel, faz-se mistér indagar qual o effeito decorrente da alteraçãõ verificada. Feita em ponto em que não produz maior valor apparente da cedula, o acto não reune as condições do crime de moeda falsa, segundo o conceito legal da falsificaçãõ por alteraçãõ de papel de credito publico, que se receba nas estações publicas como moeda (art. 8º do decr. 4.780 de 1923) (*Acc. de 27 de nov. de 1929*).

XXII. Como é corrente em direito, é essencial ao crime de moeda falsa, qualquer que seja a modalidade por que elle se apresente, que as moedas contrafeitas ostentem as apparencias das verdadeiras, de modo a poderem circular, induzindo a engano publico-em geral ou os homens dotados de relativa lucidez ou regular perspicacia. Tai crime, pois, só existe, quando da moeda verdadeira a falsa logra ser imitação. Esta pôde não ser perfeita; pôde não illudir as pessões mais attenciosas, atiladas ou peritas; mas, em todo caso apresentar certa somma de apparencias sufficiente para permittir que a circulação se dê entre as pessões vulgares em detrimento da moeda legitima, burlando assim, a agudeza de espirito dos não experimentados. Se, porém, as cedulas ou moedas ditas falsas tal somma de apparencias não conseguem manifestar — por consistirem em grosseiro esboço, de modo a só aos em absoluto desattentos ou aos diminuidos mentaes poderem illudir, ainda que logrem circulação, dadas certas circumstancias, poderão caracterisar outro crime, mas nunca o que entre nós recebe a denominação de moeda falsa (*Acc. de 8 de outubro de 1930*).

## CAPITULO II

### DAS FALSIDADES

#### *Secção I*

Da falsidade dos titulos e papeis de credito do governo federal, dos Estados e dos bancos

Art. 245. Falsificar papeis de credito do Governo Federal, titulos da divida publica, bilhetes e letras do Thesouro Nacional ou do governo dos Estados, que não circulem como moeda:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, multa de 5 a 20% do damno causado e perda, para a Nação ou Estado, do papel achado e dos objectos destinados á falsificação.

Art. 246. Falsificar o sello publico do Governo Federal ou dos Estados, destinado a authenticar ou certificar actos officiaes:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

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 5 a 20% do damno causado.

Art. 248. Falsificar bilhetes de estradas de ferro ou de qualquer empresa de transporte, pertencente á Nação ou aos Estados:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 5 a 20% do damno causado.

Ar. 249. Falsificar cheques e outros papeis de bancos, letras e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam ou não transferiveis por endosso:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20% do damno causado ou que se poderia causar.

Art. 250. Usar de qualquer papel, ou titulo, dos indicados precedentemente, como verdadeiro, sabendo ser falso:

Penas — as do artigo antecedente.

DECR. N. 4.780 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923

Art. 14. 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 Soccorro e cadernetas da Caixa Economica;

Usar desses papeis, titulos, bilhetes, letras, cautelas e cadernetas, sabendo que são falsos:

Penas — de prisão cellular por 4 a 8 annos, multa de 5 a 20% do damno causado, perda dos referidos objectos e daquelles outros relativos á fabricação.

Art. 15. Falsificar, fabricando ou alterando, o sello publico da União, dos Estados, das Municipalidades ou Prefeituras, destinado a autenticar ou legalisar os actos officiaes:

Penas — de prisão cellular por 2 a 4 annos, perda do dito sello e dos objectos referentes á falsificação.

Art. 16. Falsificar, fabricando ou alterando, sellos adhesivos, estampilhas, vales postaes, coupons da divida publica da União, dos Estados, das Municipalidades e Prefeituras;

Emittil-os sem autorisação legal, quando verdadeiros. (\*);

Supprimir ou fazer desaparecer por qualquer meio, os carimbos ou signaes com que tenham sido inutilizados;

---

(\*) A lei n. 2.356 de 31 de dezembro de 1910, art. 32, n. XXXV e decr. n. 9.080 de 3 de nov. 1911, art. 314, falam tambem em sinetes, carimbos e outras fórmulas de franquia, e cheques postaes.

Emitir ou introduzir dolosamente na circulação, importar ou exportar, comprar ou vender, trocar, ceder ou emprestar por conta própria ou de outrem, os sobreditos sellos, estampilhas, vales, coupons falsificados pelos modos referidos no principio deste artigo, conhecida a falsificação;

Usar dolosamente dos sellos, estampilhas, vales e coupons assim falsificados:

Penas — de prisão cellular por 2 a 6 annos, perda dos referidos objectos e multa de 5 a 20% do damno causado.

Art. 17. 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;

Usar desses papeis assim falsificados:

Penas — de prisão cellular por 4 a 5 annos e multa de 5 a 20% do damno causado.

Art. 18. 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 circuição, ou sobre elles fazer qualquer das transacções mencionadas no art. 16, conhecida a falsificação:

Penas — as do art. 16.

Art. 19. 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 — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

Art. 20. Possuir ou ter sob a sua guarda para fim criminoso, moeda falsa, sellos, estampilhas ou quaesquer dos titulos ou papeis falsificados, na fórmula dos artigos anteriores:

Penas — as mesmas dos referidos artigos, reduzidas de um terço.

217. Neste capitulo, que divide em quatro secções, occupa-se o codigo de diversos casos de falsidade, que distribue sem muita ordem logica, e bastante é notar desde logo, na primeira secção, a materia dos arts. 245 e 249, que não tem affinidade com as demais da mesma secção, defeito aliás notado por GARRAUD no art. 139 do codigo penal francez, que parece ter sido a fonte do nosso.

Affinidade tem a materia daquelles dispositivos com a falsidade documental ou com a moeda falsa. Nota-se mais que inadequada é a rubrica do capitulo, pois é mais extensiva do que a materia comprehendida, o legislador tendo destacado arbitrariamente para a primeira secção, e para o art. 208, a moeda falsa e a falsidade em documentos publicos. Desta critica está isento o codigo francez, que sob a rubrica geral — *Du faux* — comprehende o que o nosso dispersou.

O nosso codigo de 1830, não comprehendia as qualificações das secções primeira e segunda deste capitulo. A Ord. Philip., liv. V. t. 52, pr., seguindo o rigor tradicional com que eram tratados os crimes contra o Estado, punia com a morte a falsificação do signal ou sello do rei.

218. Os dispositivos da secção primeira deste capitulo foram todos derogados pelo decr. n. 4.780 de 1923, arts. 14 a 20 transcriptos no texto, derogação reclamada pelas necessidades sociaes, incrementadas com o desenvolvimento economico do paiz, a que não podiam attender os dispositivos derogados, pela deficiencia na qualificação das figuras delictuosas e pela da penalidade. As figuras delictuosas, em questão, se distinguem apenas pelo objecto, pois, quanto aos outros aspectos, se reduzem a casos de *contrafacção* ou fabricação, *alteração* e *uso*, e, assim, os principios que os regem são os mesmos que deixámos expostos nas considerações geraes deste titulo.

Com relação ao art. 14 do cit. decr. n. 4.780, é de notar que o papel de credito publico, a que se refere, distingue-se do previsto no art. 8 em que este tem curso como moeda, como tal recebido nas estações publicas, caracteristico que fallece áquelle. Trata-se de papeis ou titulos que representam promessas de pagamento, mas que não têm curso forçado, e que o portador pôde exigir seja convertido em dinheiro a todo momento, por maior que seja a solvabilidade do devedor; constituem *moeda-papel*, e não *papel moeda*. Tanto é crime, e passivel da mesma pena, o fabrico ou alteração, como o uso desses papeis, titulos e demais especies previstas no dispositivo, quando falsificados.

Quanto ao sello publico, a que se refere o art. 15, que não é de confundir com o adhesivo, de que cogita o art. 16, consiste no sinete, ou peça ordinariamente de metal, onde se abrem as armas, o emblema ou distinctivos, servindo para authenticar os actos do poder publico.

Na pratica administrativa distingue-se o *grande sello*, que é reproduzido em relevo sobre o lacre e preso ao objecto por laços de fita, do *pequeno sello*, que consiste na impressão a secco no papel. A lei pune a contrafacção de ambos.

O governo provisorio, pelo decr. n. 7 de 19 de novembro de 1889, adoptando as antigas cores nacionaes — losango amarello em campo verde — substituiu a corôa 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. A exemplo da União, os Estados, o Districto Federal e diversos municipios crearam o grande e o pequeno sello para a authenticidade dos actos legislativos, administrativos e judi- ciaros. A falsificação do seilo do Estado pôde concorrer para levar a effeito mais facilmente a falsificação de um titulo ou diploma em que se costuma appol-o e em outros casos.

Justificando a punibilidade da falsificação dessa e de outras figuras delictuosas congeneres, dizia ZANARDELLI, em 1837, que a autoridade social adopta os signaes que se chamam sellos, sinetes, cunhos, carimbos, quer para attribuir authenticidade aos proprios actos, quer para certificar, sob a garantia da fé publica, a identidade, a bondade ou legitimidade de algu- mas coisas determinadas, quer finalmente, como meio para arrecadar al- gumas taxas. D'onde o interesse universal de tutelar a sinceridade dos sellos officiaes, declarando ser delicto contra a fé publica qualquer alte- ração maliciosa dos mesmos sellos.

Os regulamentos fiscaes estabelecem penas pecuniarias para factos senão identicos, semelhantes em alguns casos, sem prejuizo da pena criminal.

## 219. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. O individuo que falsifica sellos de imposto federal e os põe á mercadoria que fabrica e vende, commette dois crimes (*os dos arts. 247 e 250 do código penal, correspondentes aos do art. 18. primeira e ultima parte do decr. n. 2.110, de 1909*), devendo ser condemnado no gráo maximo das penas de um só dos crimes, com augmento da sexta parte, — art. 66 § 2.º (*Ac. de 16 de setembro de 1903*).

II. Tanto falsifica um sello ou uma nota aquelle que a faz de um pedaço de papel em branco, como aquelle que para isto se serve de uma nota recolhida ou de um sello sem valor. Não sómente é falsa a estampilha que não foi impressa nas officinas do Estado senão tambem aquella a que se conseguiu imprimir um valor que não tinha ou que não foi emitida pelo poder competente (*Decisão do Juiz da 2.ª Vara Federal, confirmada por accordam de 4 de abril de 1906*).

III. O facto de vender sellos adhesivos com o respectivo carimbo de terem sido servidos, apagado ou lavado, não está incluído entre as varias hypothese do art. 18 do decr. n. 2.110, de 30 de setembro de 1909. Esta mesma lei, quando no art. 11 se refere a cédulas ou bilhetes do The- souro, da Caixa de Conversão ou dos bancos, é expressa quanto ao desap- parecimento por qualquer meio dos carimbos com que forem assignadas as

notas, o que torna patente o pensamento do legislador de excluir da sanção penal do cit. art. aquelle facto (*Ac. de 24 de dezembro de 1912*).

## *Secção II*

### Da falsidade de certificados, documentos e actos publicos

**Art. 251.** Falsificar, ou alterar passaportes para o attribuir á pessoa, logar ou tempo diverso:

**Pena** — de prisão cellualar por seis mezes a um anno.

**Art. 252.** Attestar falsamente bom procedimento, indigencia, enfermidade ou outra circumstancia para promover em favor de alguém beneficencia, soccorro publico ou particular, ou aquisição ou gozo de algum direito civil ou politico.

**Penas** — de prisão cellualar por seis mezes a um anno e privação do exercicio da profissão por igual tempo.

§ 1.º Si por effeito de attestado falso uma pessoa de são entendimento fôr recolhida ao hospicio de alienados, ou soffrer qualquer outro damno grave:

**Penas** — de prisão cellualar por um a tres annos e privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

§ 2.º Si o attestado falso fôr para qualquer dos fins precedentemente mencionados, com intenção de lucro:

**Penas** — dobradas.

**Art. 253.** Usar scientemente de attestado falso:

**Pena** — de prisão cellualar por seis mezes a um anno.

**Art. 254.** Falsificar um attestado para qualquer dos fins declarados nos artigos anteriores:

**Pena** — de prisão cellualar por seis mezes a um anno.

**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 cellualar por seis mezes a dois annos.

**Paragrapho unico.** Si este crime fôr praticado por empregado da repartição dos telegraphos:

**Penas** — de prisão cellualar por igual tempo e perda do emprego.

**Art. 256.** Usar de certidão ou atestado falso, ou verdadeiro, 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 dois annos.

**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.

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos. sendo empregado do registro, praticar essas alterações e emendas.

**DECR. N. 4.780 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923**

**Art. 21.** Falsificar, fabricando ou alterando, assentamentos do registro civil, certidões desse registro, carteiras de identidade, passaporte e salvo conducto;

Usar destes titulos sabendo que são falsos:

**Penas** — as do art. 17 (Vid. secção anterior).

**Art. 23.** O funcionario ou official publico que, no exercicio de suas funcções, falsificar, fabricando ou alterando, no todo ou em parte, escriptura, livros ou documentos de que possa resultar prejuizo publico ou particular;

Attestar como verdadeiros e passados em sua presença factos não occorridos, alterar ou omittir os verdadeiros, quando lhe cumpre declaral-os;

Reconhecer como verdadeiras firmas que não o sejam:

**Penas** — de dois a seis annos de prisão cellular e multa de 5 a 20% do damno causado ou que poderia causar, além da perda do cargo com inhabilitação para exercer qualquer funcção publica por 12 a 20 annos.

§ 2.º Nas mesmas penas, no que lhe forem applicaveis, incorrerá o que, não tendo concorrido para a falsidade, della se aproveitar.

**Art. 24.** Com as penas estabelecidas no artigo antecedente, menos a terça parte, será punido aquelle que, não sendo funcionario ou official publico, commetter qualquer falsidade pelos modos previstos na referida disposição.

Art. 25. Affirmar falsamente ao funcionario ou official publico, ou em qualquer documento particular a propria identidade ou estado, attestar os de outra pessoa, de modo que possa resultar prejuizo publico ou particular:

Penas — de um a quatro annos de prisão cellullar e multa de 5 a 20% do damno causado ou que poderia causar.

Art. 26. Para applicação das disposições do artigo antecedente, são equiparados aos funcionarios publicos todos aquelles que são autorisados a redigir ou subscrever escriptos ou papeis, aos quaes a lei attribua fé publica; e aos escriptos ou papeis publicos são equiparados os testamentos particulares, as letras de cambio e todos os titulos de credito transmissiveis por endosso, ou ao portador, assim como as obrigações nominativas não equiparadas á moeda pela lei.

Art. 27. Falsificar telegramma ou expedil-o em nome de outrem não estando para isso autorisado:

Penas — de detenção por um mez a um anno e perda do emprego, se se tratar de funcionario do telegrapho.

Art. 28. Dar, por favor, o medico, attestado falso destinado a fazer fé perante a autoridade:

Penas — de multa de 100\$000 a 500\$000.

I — Se o crime fór commettido por paga, ou esperanza de alguma recompensa:

Pena — de multa de 200\$ a 1:000\$000.

II — Se por effeito do attestado falso alguém fór admitido, ou retido, em uma casa de alienados, ou soffrer qualquer prejuizo grave:

Pena — de prisão cellullar por oito mezes a dois annos.

III — Se o crime, previsto, em o numero antecedente, fór commettido com a circumstancia mencionada em o numero I deste artigo:

Pena — de prisão cellullar por um a tres annos.

Paragrapho unico.A's penas respectivas deste artigo fica sujeito tambem aquelle que fizer uso de attestado falso.

Art. 29. Expedir, ou dar o funcionario publico, ou outrem que por lei possa fazel-o, certificado ou attestado, em que affirme ou declare falsamente bom procedimento, capacidade, indigencia. ou qualquer outra circumstancia que ha-

bilite a pessoa a quem se referir o certificado ou attestado a obter beneficios ou confiança publica ou particular, cargo ou emprego publico, favor ou beneficio de lei, isenção de servicos, onus ou função publica:

**Pena** — de multa de 200\$ a 1:200\$000.

**Paragrapho unico.** A' metade da pena acima comminada, fica sujeito aquelle que do certificado ou attestado falso fizer uso

220. Nesta e na seguinte secção se occupa o codigo da falsidade em escriptos ou falsidade documental. Em nosso direito penal a idéa de documento é a mesma do processo civil e criminal, restricta ao escripto manuscrito ou impresso, sobre papel ou outra materia permanente.

E como o documento se destina especialmente a *insiruir* os juizes no processo, veio a tomar, na technica e nome de *instrumento*. Considerado quanto á sua causa efficiente, o instrumento é *publico* ou *particular*.

*Instrumento publico* é o lavrado por funcionario publico competente, no exercicio regular de suas funções e com as formalidades legais. Subdividem-se os instrumentos publicos em instrumentos *administrativos*, que são as fórmulas escriptas dos actos das autoridades e dos outros funcionarios e empregados da administração publica, e instrumentos *forenses*. Estes, por sua vez, são instrumentos do *fôro extrajudicial*, e instrumentos do *fôro judicial*: aquelles, na technica forense, discriminam-se em *escripturas publicas*, *instrumentos* em sentido restricto, *registros* e *authenticacões*; estes se discriminam em *termos*, *autos*, *assentadas*, podendo tambem ser como taes comprehendidos, os *mandados*, as *portarias*, os *alvarás*, as *provisões*, as *cartas solemnes*, e, em geral, as fórmulas escriptas dos actos judiciaes e do expediente do juizo, a cargo do juiz e dos officiaes publicos.

Cumpra notar differença sensivel que ha entre a nossa technica e a franceza e italiana. Dizemos *acto* ou *instrumento publico*, *escriptura publica*, como já mostramos, o acto lavrado *in forma authentica* por official publico, e chamamos *acto authentico* qualquer escripto reconhecido por official publico, ainda que lavrado por pessoa privada. Nas technicas italiana e franceza não ha essa distincção, porque alli chama-se *acto authentico* o acto lavrado por official publico e com as formalidades legais; e, por isso, ha alli necessidade de distinguir a *authenticidade* em *authenticidade inicial* e *authenticidade successiva*, sendo esta a dos escriptos privados posteriormente reconhecidos por official publico.

Chamam-se *instrumentos particulares* os escriptos e assignados ou sómente escriptos, ou sómente assignados por particulares.

Entram nesta classe as *cedulas*, *syngraphos*, *chirographos*, *contas*, *recibos*, *cartas* e *livros*. Encarado quanto á *derivação*, o instrumento é *original* ou *extrahido*, segundo foi lavrado ou escripto sobre o acto ou facto, ou se refere ou reporta ao original, deste sendo uma narração ou descri-

ção resumida, e como extrahidos se consideram o *traslado*, a *certidão em theôr*, o *registro* e a *publica forma*. Reputa-se original o primeiro traslado das escripturas lavradas nos livros de notas, que se considera repetição avulsa das mesmas (para mais minudencias vid. minha *Pratica forense*, ps. 558 e seguintes). Quanto á efficacia do instrumento, ou é exigido *ad substantiam* ou *ad solemnitatem*, ou *ad probationem tantum* (cod. civil, arts. 133 e 134); vale por si, dando-lhe a presumpção de sinceridade, não só por causa do funcionario que o lavrou, como das solemnidades de que se reveste e cuja imitação seria muito difficil. Provando absolutamente *id quod conventum est*, para provar tambem *id quod actum est*, necessario é que o official possa certificar *id quod actum est*, por ter adquirido a certeza *propriis sensibus visus et auditus*. O instrumento particular, porém, só faz prova, se fôr authenticado pelo reconhecimento de quem os escreveu ou, em falta, pelo depoimento de testemunhas ou exame pericial; é relativa a prova que dá, isto é, limitada ás partes que os assignam, só se tornando extensiva a terceiros com a transcrição em registro publico (cod. civil, arts. 135, 137, 138, 139, Reg. n. 737 de 1850, arts. 140 § 1.º, 141 e 143).

Rememoradas essas noções, para boa comprehensão da lei penal, vê-se desde logo a razão da incriminação da falsificação ou uso de documento falso, violada ficando a força probante que a lei attribue ao documento, e offendida a confiança que todos lhe dão, em virtude da propria lei e das necessidades sociaes.

Quasi todos os codigos, fazendo tal incriminação, punem com pena mais grave a falsidade de documento publico, attentas sua força probante maior, e sua authenticidade, estabelecida por um interesse de ordem publica, e a commettida por funcionario publico mais do que por particular. “O funcionario publico, escreve 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 funcções, porque accrescenta ao seu crime a mais grave de todas as faltas do dever profissional.”

O nosso legislador penal não se houve no assumpto de modo a corresponder aos interesses da administração da justiça, e antes o mais desastroso possivel quando, entretanto, tinha subsidios valiosos na legislação estrangeira, e na evolução scientifica. Rotulando esta secção como de *falsidade de certificados, documentos e actos publicos*, as especies que contempla não estão em correspondencia com a rubrica, consistindo antes nas de menor frequencia e importancia. Em vez de seguir o exemplo dos codigos allemão, italiano e outros, incriminando de modo amplo a falsidade de documento publico. distinguindo a qualidade do agente, quando funcionario publico ou particular, seguiu o legislador o casuismo, tão a seu molde, entrando na especificação dos documentos publicos, com falhas sensiveis. “Foi de uma lamentavel infelicidade, nota VIVEIROS DE CASTRO. E’ sempre um grande erro querer o legislador ser casuistico, porque a previsão humana é limitada, fallaz a memoria, e assim escapam da sancção 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. Entendendo especificar os documentos publicos, em vez de definir o delicto, pune as falsidades dos passaportes, dos attestados para obter soccorros 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 damno grave; dos despachos e communicações telegraphicas; do alistamento eleitoral, finalmente dos assentamentos do registro civil.

Vê-se, pois, quanto essa enumeração foi deficiente e lacunosa, deixou de comprehender todos os actos judicarios e administrativos e dos altos poderes do Estado.” E’ certo que cogitou da falsidade de actos publicos mais importantes, no art. 208, mas arbitrariamente fazendo elemento de crime distincto, o de prevaricação, e do caso de supressão de documentos, além do art. 208 n. 5, como caso de damno, no art. 326.

Não se trata de crime funcional proprio, por isso que pôde ser commettido por particular, e, assim, razão não havia para scindir a materia, devendo antes considerar a qualidade do agente, como circumstancia aggravante, como aliás fez no art. 255.

221. As diversas modalidades da 2.<sup>a</sup> secção, além de seus elementos constitutivos *especiales*, tem tambem os elementos *geraes* e caracteristicos da falsidade, e que, segundo mostramos são: 1.<sup>o</sup>) a *imitação de verdade*, pela contrafacção, ou alteração, ou supressão ou uso; 2.<sup>o</sup>) a *intenção de conculcar uma relação juridica*; 3.<sup>o</sup>) o *damno real* ou *potencial*. As fórmias, porque se concretisa o primeiro desses elementos, têm sido dispostas pelos escriptores em categorias. Assim, para uns se reduzem á *falsidade material* e á *falsidade moral* ou *intellectual*.

Tem-se a *falsidade material* quando pôde ser reconhecida, provada e demonstrada physicamente mediante uma operação ou um processo qualquer sobre o escripto, o que é possível, quando ha fabricação ou criação de um documento novo (*contrafacção*, ou falsidade formal, como a denominavam os antigos autores), ou quando ha *alteração* de um documento existente, transformando-o materialmente em qualquer de suas partes, ou porque se lhe *addicionam* palavras, numeros ou signaes (*interliniare, intercidere, adimere*), ou porque sejam palavras, numeros ou signaes *supprimidos* (*amovendo, eripiendo, vel celando*), ou porque sejam *substituidos*, de modo que o documento venha a exprimir e attestar coisa diversa do que attestava e exprimia no seu estado primitivo (é a falsidade a que se dava sómente outr’ora a denominação de falsidade material). Tem-se a *falsidade moral* ou *intellectual* quando ha alteração, não da escriptura, do acto, mas da sua substancia; não de sua fórmula material, mas das clausulas que ella deve conter. Em tal caso á falsificação não é sensivel á vista, pois

que a escriptura no instante em que apparece já apresenta fraudulentamente desnaturado o pensamento que ella é destinada a exprimir. A apparencia do acto é irreprehensivel, o que afinal não impede que a offensa á sua substancia não venha em summa a se traduzir por uma irregularidade material de redacção.

NICOLINI e CARRARA impugnam, por isso, a distincção entre falsidade intellectual e material, sustentando que em ambas as hypotheses ha sempre um facto material não verdadeiro, que é subrogado ao verdadeiro, ao que redargue PESSINA, notando que ha diversidade de meio, recorrendo ao artificio de viciar a materialidade da escriptura ou de enunciar falsas declarações. Acresce notar mais que a distincção tem dois aspectos importantes, um que recorrer á falsificação da materialidade da escriptura é meio de vencer os obstaculos creados pela lei, estatuindo as formalidades de que se deve revestir o acto, e o outro relativo á prova, admissivel sómente pelo exame em se tratando de falsidade material. Outros distinguem a falsidade em *peçoal*, segundo ha supposição de pessoa, quer a falsidade recahia sobre as qualidades da pessoa, quer sobre a propria pessoa, e *real* segundo ha supposição de factos ou coisas. PESSINA nota que a falsidade por supposição de pessoa se reduz a uma falsidade real, porquanto, desde que não houve intervenção de pessoa verdadeira, tudo aquillo que se lhe attribue, factos ou declarações, é por si mesmo falso. Vê nessas distincções alguma coisa de puramente doutrinal. O essencial é que a lei enuncie as principaes figuras de facto em que seja adoptado o artificio da imitação do verdadeiro, o que faz dispondo as especies de falsidade segundo a importancia do escripto em que pôde occorrer. A alteração da verdade deve, pois, estar definida no codigo penal.

Traduzindo-se por alguma dessas fórmãs, a alteração da verdade, para constituir elemento do crime, precisa dizer respeito a *um facto que o escripto falsificado tinha por fim provar*. Assim, quando pela falsificação do documento não fica comprometida a verdade do facto que serve de fundamento ao direito que se procura garantir por meio de documento, não existe falsificação criminosa, porque não se deu violação de um direito garantido pelo Estado, e, pois, violada não sendo a fé publica. Deixa tambem de haver falsidade, quando a falsa declaração ou menção não é daquellas que o acto *tinha por objecto receber e provar*. Por exemplo, a declaração feita pelo pae, no fazer o registro de nascimento de um filho natural, de que a mãe é sua mulher legitima, não constitue crime de falsidade, porque a inserção desta declaração no acto não pôde ser o titulo de legitimação da criança.

O segundo elemento do crime de falsidade de documento é o *dolo especifico*, que assenta na consciencia de nenhuma verdade no conteúdo daquillo que constitue imitação da verdade, e no intuito de obter alguma coisa que juridicamente não se poderia obter, o que importa o intento de conculcar uma relação juridica, nisso consistindo o prejuizo de terceiro, *in*



*alterius præjudicium*, quer vise o agente lesar direito de outrem, quer procure vantagem material ou moral para si ou para terceiro.

Finalmente o terceiro elemento do crime em questão, é o damno effectivo ou potencial, e offensa ou possibilidade de offensa do direito, quer de particular, quer da collectividade, possibilidade que resulta da possibilidade de uso prejudicial.

Dahi porque a falsidade deve affectar escripto apto para certificar a verdade de alguma coisa, e, por isso preceituava o direito romano: *Non punitur falsitas in scriptura quæ non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere*. ROBERTI e outros sustentam que o extremo do damno só deve ser procurado nos escriptos particulares, porquanto a falsificação das escripturas publicas importa necessariamente a violação da fé publica, da crença da veracidade e authenticidade que a estes actos dá a lei, por um interesse de ordem publica. CARRARA opina em contrario, argumentando que a fé publica não é uma pura abstracção, mas se concretisa na força probante do documento, cuja falta implica a de todo interesse juridico. O codigo italiano deu acolhida a esta doutrina, exigindo a possibilidade do damno em qualquer documento falso, publico ou particular (arts. 275 a 280). Em nosso direito tem prevalecido a doutrina contraria, cogitando o codigo do damno effectivo ou potencial só em relação aos documentos particulares (arts. 258 e 259).

Nos actos lavrados por official publico, o damno geral, a offensa á fé publica é sempre effectiva (JOÃO ROMEIRO).

Occorrendo, porém, nullidade, é de distinguir. Assim: a) se a nullidade tira ao acto a força de escriptura publica, mas não a de um escripto particular, permanece a falsidade. senão de escriptura publica, ao menos de escripto particular; b) o acto ou documento de um official publico incompetente, quando *prima facie* está privado de efficacia juridica por essa incompetencia, não podendo ter efficacia alguma, exclue o crime de falsidade; c) quando o conteúdo do acto ou documento é substancialmente nullo, e esta nullidade não é daquellas que só o processo por falsidade pôde descobrir, mas é *prima facie* visivel, não ha lugar para o crime de falsidade; d) quando se trata de violação de fórmãs, é necessario distinguir aquellas que *dant esse rei* das fórmãs não essenciaes; é assim que um testamento cerrado, nullo por falta de approvação ou por faltas nesta occorridas, não pôde dar materia, quando falso; á incriminação por falsidade; mas um escripto particular pelo qual se contrahe uma obrigação, se nelle é sómente falsa a assignatura, pôde valer como principio de prova por escripto, e portanto, não ha duvida que é materia de crime de falsidade (PESSINA, JOÃO VIEIRA).

222. Passando á apreciação das especies delictuosas, como já analyzamos as contidas impropriamente no art. 203, analyse mais ainda desenvolvida com o que expendemos precedentemente, vamos aos dispositivos da

secção segunda do cap. II deste titulo. Como primeira modalidade temos a do art. 251, a falsificação de passaportes, disposição lacunosa em extremo, por isso que não contempla outras especies, como faz o codigo italiano, art. 285, que parece ter sido tomada como fonte, e dessas exactamente a que mais occorre na pratica, o *uso de passaporte falso*, assim inteiramente impune! Essa lacuna foi sanada pelo art. 21 do decr. n. 4.780, de 1923, transcripto no texto, que substituiu o art. 251 do codigo.

O passaporte é o acto da autoridade publica que autorisa que passe livremente de um logar para outro o portador delle. Deve ser revestido de fórmas essenciaes, pois o que a lei pune é a creação ou alteração de um titulo a que se attribuiria, se fosse verdadeiro, o valor de um passaporte.

Além da autorisação referida, deve conter a identidade da pessoa autorizada a sahir ou a entrar do ou no paiz, os logares de destino e de procedencia, firmando-se a identidade pelo nome, pronome, idade, nacionalidade, residencia e signaes caracteristicos.

Pela nossa Const. Federal, art. 72 § 10 não é exigivel o passaporte em tempo de paz, podendo, porém, a liberdade de locomoção assim reconhecida ser suspensa no estado de sitio (art. 80), e impedida pelo governo por motivos diplomaticos relativamente a subditos estrangeiros; pelas autoridades judicarias ou policiaes se o individuo estiver condemnado ou pronunciado (BARBALHO). Sem duvida que importa em violação da fé publica a falsificação de um documento de tal natureza, desde que haja intenção fraudulenta, isto é, o proposito de violar a norma legal, furtando-se á vigilancia e fiscalisação da autoridade, e o prejuizo, naquillo que o Estado deixa de receber pela expedição do passaporte, como na segurança publica que é posta em perigo pela acção delictuosa.

223. A figura do art. 252 é de falsidade intellectual, consistente na occultação das condições ou circumstancias a que se refere o attestado.

O attestante deve ser funcionario publico ou medico, cujas affirmações em relações ás condições de saude dos individuos são sempre acompanhadas da presumpção legal da verdade, resultante do gráo academico que lhes é confiado pelo Estado.

São applicaveis ao caso as regras geraes sobre falsidade de escriptos. Nos §§ 1.º e 2.º encontramos as formas aggravadas do delicto, num caso respondendo o attestante pelo mal causado por sua attestação falsa, que lhe é imputado por connexão objectiva, e no outro quando tiver agido por intuito de lucro, que não é retribuido pela visita, mas resultante como premio pactuado ou recebido em recompensa da falsidade praticada (NEGRI).

No art. 253 pune-se o uso doloso do attestado falso, nas condições do artigo precedente. O agente é aquelle a quem o attestado aproveita ou que pretende fazel-o aproveitar a terceiro. No art. 254 trata-se da falsidade material de attestado previsto nos artigos precedentes. E' o unico caso de falsidade de documento publico em que o agente pôde ser um particular.

As disposições apreciadas foram substituídas pelos arts. 28 e 29 do decr. n. 4.780 de 1923, transcriptos no texto, e que, sanando-lhes lacunas, mais providentemente encarou o assumpto.

224. A figura delictuosa do art. 255 se realisa pelo *fabrico* de telegramma falso ou pela *alteração* por suppressão, troca ou augmento de palavras, letras ou signaes, de modo a inverter o sentido, do telegramma original verdadeiro.

No § unico cogita-se da firma aggravada, ou quando o crime é praticado por empregado da repartição dos telegraphos, o que póde ter logar na estação de expedição, ou na de destinação. Entre os autores allemães tem-se questionado se o telegramma expedido póde ser considerado um documento, e, pois, objecto de falsificação. LISZT, OPPENHOFF e outros são pela negativa, porque o empregado do telegrapho não expede uma cópia authentica do original, o telegramma expedido é uma reproducção ou transformação do telegramma original e cuja exactidão não é authentica. Em contrario sustentam OLSHAUSEN e outros, argumentando que, assim como em certos casos a simples copia de um documento original apresenta-se como documento, devemos considerar tambem, de accordo com o uso dos telegraphos e os habitos da vida pratica, o telegramma expedido como um documento que o expeditor fabricou, utilizando-se do telegraphista como instrumento; a copia official do telegramma, posto que não authenticada, é recebida pelo destinatario, caso não suspeite alterações, como prova da conformidade com o telegramma original; o destinatario deixa-se influenciar por essa copia, como se recebera uma comunicação original, de sorte que, segundo os habitos do publico, o telegramma expedido é tido como documento.

Quando, porém, nota LISZT, um empregado do telegrapho telegrapha sob falso nome ao collega que está sentado ao aparelho, póde dar-se falsificação, caso o aparelho imprima automaticamente os signaes nas tiras de papel que se desenrolam. Não assim se o recebedor não lê a noticia, mas a ouve immediatamente pelo aparelho em função. Como bem nota JOÃO VIEIRA, se o nosso codigo seguisse á risca o seu systema, a figura relativa ao empregado devia estar no titulo "*dos crimes contra a boa ordem e administração publica*", e no art. 208, que se refere ás falsidades commettidas pelos empregados publicos e em tal titulo e que o codigo allemão, art. 355, contempla o facto, assim como outras figuras que o codigo collocou ainda em outro titulo, "*dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos*".

O codigo não incrimina o uso do telegramma falsificado, nas condições do art. 255, exactamente o caso onde se vae dar realisação completa ao intento criminoso!

A não ser o caso, em que o usuario seja o proprio falsificador, mesmo assim passivel de pena, não pelo uso, mas pela falsificação, não haverá imposição de pena. A lacuna notada não foi sanada pela disposição substitutiva do art. 27 do decr. n. 4.780, de 1923, transcripto no texto.

225. A figura do art. 256 não subsiste mais, decidindo o Supremo Tribunal Federal, entre outros accordãos, no de 26 de janeiro de 1918, que esse dispositivo acha-se implicitamente revogado, *ex-vi* das leis n. 1.296, de 1904 e 3.139 de 2 de agosto de 1916. Finalmente o dispositivo do art. 257 tem como fonte os arts. 16 a 20 e 52 do reg. n. 9.886 de 7 de março de 1888, que estabelecem o modo como se deve fazer as rectificações, alterações e emendas no registro civil. Essa disposição foi substituída pela mais completa do art. 21 do decr. n. 4.780, de 1923.

### Secção III

#### Da falsidade de documentos e papeis particulares

Art. 258. Fazer escriptura, papel ou assignatura false 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 5 a 20 % do damno causado, ou que se poderia causar.

Art. 259. Incorrerá nas mesmas penas:

§ 1.º 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 algarrismos, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou o modo de pagamento.

§ 2.º O que concorrer para a falsidade como testemunha, ou por qualquer outro modo;

§ 3.º 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.

#### DECR. N. 4.780. DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923

Art. 22. Fazer no todo ou em parte escripto ou papel particular falso, alterar o verdadeiro, servir-se de papel por essas fórmas falsificado:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do damno causado ou que poderia resultar.

226. Já mostrámos o que seja documento, como se deva entender sua classificação em *publico* e *particular*, quaes as especies em que se sub-divide, e força probante respectiva, e finalmente os requisitos geraes que deve satisfazer a falsidade documental para ser erigida em crime. Agora vamos tratar

da falsidade em escriptos particulares, que subordinada tambem aos mesmos principios, que, por isso, se devem ter presentes para a devida apreciação das especies, destacadas pelo codigo nos arts. 258 e 259.

A fonte desse art. 258 foi o art. 167 do codigo de 1830, com modificações accentuadas. Dispunha este codigo, nesse art. 167, primeira parte:

“Fabricar qualquer escripta, papel ou assignatura falsa, em que não tiver convindo a pessoa a quem se attribuir, ou de que ella ficar em plena ignorancia.” Diante da latitude desta disposição, e por estar em capitulo, cuja rubrica era simplesmente — *Falsidade* — se entendia que a *escriptura*, a que se refere, podia ser a lavrada por tabellião (*escriptura publica*), como o escripto particular, com força dessa escriptura, e o *papel* termo mais generico, abrangia todos os actos juridicos escriptos, instrumento ou documento, que, alterando a verdade com o fim de prejudicar, causam ou podem causar prejuizo a terceiro.

O codigo vigente restringiu sobremodo a disposição, primeiramente reduzindo os escriptos todos á categoria de documentos particulares, em face da rubrica da secção — *Da falsidade de documentos e papeis particulares*; depois, afastando-se de outros codigos que não fazem prefixação de fim, exigiu-o, com a inserção da clausula — “*com o fim de crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação*”, e com isto restringindo ainda a figura delictuosa, de modo a comprehender sómente interesses patrimoniaes, o termo — obrigação — ahí figurando no sentido technico e restricto do direito civil, isto é, o vinculo juridico pelo qual alguem está adstricto a dar, fazer ou prestar alguma coisa”, no qual é essencial que a prestação se reduza ou possa reduzir-se a dinheiro, e, pois, a obrigação entrando como elemento dos direitos patrimoniaes (CARVALHO MOURÃO). Fica, assim, em grande numero dos casos, sem punição a falsidade documental que acarreta sómente damno de natureza moral, o que põe desde logo em destaque o descaso com que se houve o legislador. Não é tudo: não foi coerente com o systema que adptou. Effectivamente, uma vez que classificou o crime em questão entre os que attentam contra a fé publica, devia configural-o, independentemente do fim que o delinquente tivesse em vista com a contrafacção ou fabricação de documentos falsos, ou com a alteração de verdadeiro. A falsidade, nota o citado criminalista, é sempre, por sua natureza, um *delicto*, meio tendente em todos os casos á realisação de um proposito ulterior que, ora constitue um outro crime diverso, “estellionato, extorção, calumnia, injuria, traição, espionagem, etc.”, ora se resolve em um fim illicito, conseguido por meio criminoso (criminoso por já usar o meio empregado, ou simplesmente por já pôr em perigo um bem juridico relevante, tal como a confiança que o publico deposita nos documentos ou papeis a que a lei imprime valor juridico de prova). Se é certo que autoridade do renome e valor de CARRARA sustenta que a falsidade de documentos particulares deve ser incluido entre os crimes contra a propriedade, passando a constituir outra figura de delicto nos casos em que o delinquente aggride

outros bens juridicos, que não o patrimonio, doutrina que fôra suffragada pelo codigo penal de Parma, que no art. 439 define a falsidade a contrafacção ou alteração de “scriptura atta a produzze obbligazione o liberazione”, e pelo codigo da Luisinia, que no art. 287 estatue — “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”, definições, especialmente a ultima, semelhantes a do nosso codigo, que assim parece ter-se inspirado em taes fontes, mais uma vez se accentúa a incoherencia em que cahiu o legislador, incluindo a falsidade de documento particular entre os crimes contra a fé publica, desde que fal-a attentatoria do patrimonio. Outro ponto a considerar é indagar qual á especie de falsidade que se contempla no art. 258, se material ou intellectual, ou se ambas. Julgados têm decidido que sómente se comprehende no art. 258 a falsidade material, pelo fabrico de documento falso (vid. n. 233, III e IV).

Não nos parece, porém, que essa interpretação restrictiva seja a que traduza exatamente o sentido do texto legal.

Ha a notar primeiramente o aspecto grammatical. No art. 167 do código anterior, se empregava o verbo “*fabricar*”, que tem a significação restricta de criação de coisa material. O legislador de 1890, tomando como fonte essa disposição, modificou-a, além de outros pontos já notados, não reproduziu, aquelle verbo, mas empregando o verbo “*fazer*”, de significação mais ampla, e, assim, deixando claro que a objectividade do delicto não se limitava á feitura material do acto, mas podendo comprehender tambem sua substancia, a idéa nelle continente.

Cabem aqui as ponderações que, a proposito do art. 280 do codigo penal italiano, faz TUOZZI. Neste artigo se trata da falsidade de escripta particular, no duplo modo de quem “*forma in tutto o in parte una scrittura privata falsa, o altera una scrittura privata vera*”. Estes dois modos, nota aquelle escriptor, são os mesmos que se encontram no art. 275, que contempla a *falsidade material* nas escripturas publicas; e assim parece que nas particulares não seja possível a *moral* ou *intellectual*. Mas tal não acontece absolutamente, porque pôde verificar-se bem que alguem, dictando uma obrigação, escreva diversamente aquillo que foi dito e depois obtenha a firma do obrigado sem que este, por ter ouvido a leitura, cuidasse em reler o escripto: em tal caso occorreria indubitavelmente uma escriptura particular falsa.”

Outro ponto essencial é a *illegitimidade do autor da alteração da vontade*, isto é, que faça a escriptura, ou assignatura falsa “*sem sciencia*”, ou em plena ignorancia, ou “*sem consentimento*”, ou não convindo “*a pessoa a quem se attribuir*.”

Assim, o credor que cancella parte da importancia que o devedor é obrigado a pagar-lhe, embora altere a verdade do escripto, não commette o crime de falsidade, pois age legitimamente.

Egualmente, deixa de haver crime se a assignatura é feita por pessoa diversa, mas quando esta o faz com consentimento da pessoa a quem a assignatura se refere. Mas por isso mesmo o nome de uma pessoa imaginaria, se é escripto com o fim de crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação, e se puder produzir este resultado, é sempre uma assignatura falsa, porque não ha quem tacita ou expressamente tenha podido licitamente autorisar o seu uso (JOÃO ROMEIRO). As lacunas e defeitos notados no art. 258 do codigo, foram sanados pelo art. 22 do decreto n. 4.780, de 1923, que transcrevemos no texto, disposição esta que veio substituir não só aquelle artigo 258 como o art. 259.

Resente-se, por sua vez, aquella disposição de lacuna, como a referente á illegitimidade do autor da falsificação, elemento que se deve subternder, como essencial.

227. No art. 259, que tem como fonte o art. 167 do cod. anterior, ha tres hypotheses distinctas a considerar, occupando-se o § 1.º da alteração de escriptura ou papel verdadeiro; o § 2.º do concurso para a falsidade como testemunha, ou por qualquer outro modo, e o § 3.º do uso de escriptura, titulo ou papel falso.

No primeiro desses casos temos a falsidade material de documento particular verdadeiro, por meio de *alteração*.

São extremos do crime:

- 1) alteração de escriptura ou papel verdadeiro, sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir;
- 2) o dolo especifico;;
- 3) ser a alteração capaz de produzir effeito juridico diverso daquelle que devia resultar do documento.

Quanto ao primeiro requisito, a *alteração* pôde consistir em addição, supressão ou substituição de palavras, numeros ou signaes, como já se mostrou em o n. 221.

Em sentido contrario decidiu o accord. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, do Districto Federal, em 23 de setembro de 1897, para o qual a alteração só pôde ser feita pelos meios apontados no art. 259 § 1.º que os enumera taxativamente. Esta decisão, enervando o texto legal, contra o qual aliás se antepõe, foi magistralmente refutada no voto vencido do presidente Dr. MUNIZ BARRETO, depois tornado vencedor no accordam de 20 de junho de 1898 (vid. n. 233, III).

A disposição ampla do art. 22 do decr. n. 4.780 de 1923 veio cortar cerce qualquer duvida a respeito.

Como o anterior codigo, o vigente não deixa explicita a clausula, inserta no art. 258, isto é, de ser feita a alteração sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir a obrigação; mas, como se interpretava o anterior codigo, deve-se considerar tal clausula como virtualmente exis-

tente, por essencial, por isso que, desde que a parte, a cujo direito affecta a alteração, convem ou sabe, é claro que não pôde existir o crime (THOMAZ ALVES).

Quanto ao segundo elemento do crime, o dolo especifico, tem applicação o que expendemos a respeito, em o n. 221.

No terceiro elemento assenta o damno effectivo ou eventual.

O codigo anterior expressava-o dizendo que da alteração devia resultar *a do sentido* do documento, e o vigente acrescenta: "*ou de natureza a produzir um effeito juridico diverso*", quando este resultado é comprehensivo do primeiro assignalado, e o que caracteriza exactamente o damno.

228. No § 3.º do art. 259, que vamos considerar antes do § 2.º, para manter ordem logica, observada correctamente pelo codigo anterior, occupa-se o legislador da modalidade do crime consistente no *uso* de documento falso.

São extremos do crime:

- 1) escriptura, titulo ou papel particular falso;
- 2) o uso de documento de uma dessas especies;
- 3) o conhecimento da falsidade.

Quanto ao primeiro elemento, deve-se tratar de documento particular falso, ou falsificado, nas condições do art. 258 § 1.º: é o presupposto essencial da incriminação do uso. Duas hypotheses podem ter logar: ou quem falsifica o documento é o mesmo que delle usa, ou falsario e usuario são pessoas distinctas. No primeiro caso, ha um crime complexo, considerando-se a falsidade e o seu uso como a execução successiva de uma mesma resolução com as penas do uso sendo punido o agente, exactamente como se dá com a moeda. No segundo caso, é que a incriminação do uso se apresenta distincta da da falsificação, formando-se dois crimes autonomicos, segundo o codigo.

A respeito não tem havido uniformidade na doutrina, com reflexo nas legislações. Tem-se argumentado que enquanto não é produzido o documento particular e permanece inativo no poder do falsario ou de outrem, não é apto para prejudicar e reduz-se á preparação do crime; este, pois, só se consumma com o uso do documento, quer pelo falsario, quer por outro, que tenha sciencia da falsidade. E' a doutrina que veio a predominar no codigo italiano, e pela generalidade dos autores italianos sustentada. Este codigo, no art. 280, incriminando a falsidade de documento particular, torna a punição dependente do uso, pelo falsario ou outro — "*quando egli o altri ne faccia uso*". O codigo allemão ampliou a doutrina aos documentos publicos, considerando preponderante o acto do uso com o fim de enganar (art. 267), e, diz LISZT, o caracter essencial do crime de falsificação é abandonado e torna-se decisivo o ponto de vista da hurla. O codigo francez seguiu orientação diversa, considerando sempre a falsificação e o uso como actos distinctos, formando crimes autonomicos, quer se refiram a documentos



publicos, quer a particulares (arts. 148 e 151). Justificando esta orientação, nota GARRAUD que no ponto de vista *objectivo*, a falsidade apresenta muitos perigos, por sua execução, para que o legislador possa, sem comprometter os interesses publicos e privados de que elle tem a guarda, deferir a repressão até o momento em que o autor se sirva ou tente servir-se do meio que preparou para realizar seu fim contra o patrimonio alheio. A facilidade mesma de usar de uma peça ou de uma moeda fabricada, o prejuizo que dahi pôde resultar deve determinar o legislador a derogar, nesta materia, o direito commum, e punir só o facto da alteração, quando mesmo o autor não tenha ainda empregado o instrumento preparado por elle para attentar contra a honra ou fortuna alheia. Tanto mais quanto é mais facil usar de uma peça falsa do que falsifical-a, e a fabricação é mais perigosa que o uso.

A peça falsa pôde, é verdade, ser posta em circulação mesmo independente da vontade daquelle que a fabricou, por seu herdeiro, por exemplo, se o autor vem a fallecer, ou por outra qualquer pessoa que della tenha se apoderado, e por conseguinte existe a possibilidade de um prejuizo, desde que a fabricação tem logar.

O caracter compromettedor da falsificação é sufficiente para motivar a intervenção da lei penal. Sob o ponto de vista *subjectivo*, aquelle que fabrica uma peça falsa manifesta por este acto que é um malfetor tão perigoso quão habil, capaz de se servir de todos os meios para chegar ao resultado criminoso que elle se propõe attingir." Substancialmente é o que tambem sustentam outros autores francezes, especialmente CHAUVEAU e HÉLIE, aos quaes se cinge THOMAZ ALVES, commentando e justificando o art. 167 do nosso codigo anterior, que se inspirou no codigo francez.

O codigo vigente seguiu tambem a mesma orientação, incriminando distinctamente a falsidade de documento particular e o seu uso, quasi pelos mesmos termos do anterior codigo.

E' de admirar que, contra a letra da nossa lei e seus antecedentes historicos, queira JOÃO VIEIRA subordinar-a á orientação do codigo italiano, que se encerra a preferivel, só *de jure condendo* pôde ser discutido.

O uso do documento se verifica quando, judicial ou extrajudicialmente, é elle adoptado como meio de prova, com a expressa ou tacita affirmação de sua legitimidade e authenticidade.

Traduz-se assim o uso, como fórmula mais frequente, pela exhibição material do documento, que se acha nas mãos do agente; mas por igual ha uso quando, em virtude de qualquer disposição, o documentot é posto sob as vistas de outrem, em uma relação jurídica, quer um intermediario lh'o exhiba, quer lhe chegue ás mãos de outro modo (LISZT). Se o uso de um documento falso fôr repetido, haverá pluralidade de infracções, constituindo cada facto do uso um delicto distincto.

E' a reiteração do delicto, o concurso de infracções propriamente dito. Comtudo, a reunião de todos esses factos não constitue senão uma unica infracção, quando são a execução successiva de um mesmo projecto crimi-

noso. Assim, o uso muitas vezes repetido, no mesmo processo, de um mesmo documento falsificado, forma um só delicto, o que também se verifica no uso de uma só vez de varios documentos falsos.

Para constituir, porém, crime é preciso que o uso seja doloso, isto é, que o agente *tenha sciencia de se tratar de documento falso ou falsificado*. Se essa sciencia é necessariamente presumida no falsificador, não se podendo explicar o acto que lhe é imputado senão pelo designio de procurar, para si ou para outrem, um benefício illegitimo, fazendo uso da coisa falsificada, o mesmo não se dá com o simples usuario, que pôde laborar em erro ou agir de boa fé.

Dahi porque a lei exige expressamente, como condição essenical, o uso *sciente* de escriptura, titulo ou papel falso.

229. No § 2.º do art. 259, trata-se da participação no crime de falsidade de documentos particulares, considerando-se, de modo *sui generis*, como co-autor todo aquelle que concorrer como *testemunha*, ou *por qualquer outro modo*. A latitude desta clausula exclue a participação accessoria ou cumplicidade sensu stricto: os agentes são todos co-autores.

Era doutrina do antigo direito portuguez, estatuinto a Ord. L. V. t. 53 § 1.º: “E as testemunhas que ao fazerem a tal escriptura intervierem sabendo que a fez falsa incorrerão nas mesmas penas”.

O nosso codigo de 1830, art. 167, a manteve, sendo seu dispositivo reproduzido textualmente pelo vigente, com a differença, porém, já notada, que se referia a documentos publicos e particulares, ao passo que só a estes se refere o vigente. A disposição apreciada foi, porém, derogada pelo art. 22 do decr. n. 4.780, de 1923.

230. O codigo vigente não reproduziu do art. 167 do anterior codigo, a parte que considerava também como falsidade a *supressão de qualquer escriptura ou papel verdadeiro*.

Acompanhando o codigo francez, fez da supressão, como destruição ou inutilização, caso de damno (art. 326), e da supressão, por subtracção, caso de furto (art. 333), e quando a supressão é feita por funcionario e de documento ou papel que lhe fosse entregue em razão do officio, caso de prevaricação (art. 208). Considerando, porém, o caso como falsidade, além do direito romano (*De lege Cornelia*, 7 fr.), temos os codigos toscano, art. 243, o italiano, art. 283, o hungaro, o allemão, art. 274, o do cantão de Tecino, etc.

Não ha, porém, uniformidade, em doutrina, quanto á conceituação da especie, entendendo uns autores que só pôde constituir crime de falsidade (CCARRARA, NEGRI, ZERBOGLIO, etc.) e outros o crime de furto, ou estillionato, etc. (PESSINA, THOMAZ ALVES, etc.).

231. Já mostrámos que a falsidade de documento, quer publico, quer particular, se integra, no aspecto material, com a contrafacção ou alteração, sem mais requisitos. A tentativa é constituída por tudo que se possa considerar *começo de execução* da contrafacção, modificação ou alteração. Assim, o começo de execução existirá desde que o agente tiver, por exemplo, escripto uma falsa assignatura, ou tiver feito uma falsa declaração relativamente aos factos que o acto tenha por fim provar, e o official publico, tendo começado a redacção do acto, chegou a descobrir a fraude antes do encerramento do documento.

Quanto ao uso de documento falso, já vimos tambem que se consumma no momento em que se emprega o documento falso para delle se tirar o resultado pretendido.

Todo o acto que pôde ser considerado como começo de execução do emprego da causa falsificada, constitue a tentativa de uso da coisa falsa. Assim, a entrega de uma quitação fabricada por um demandista a seu advogado não é senão um acto preparatorio do uso; o facto da apresentação, por este ultimo, do documento em juizo, em nome de seu cliente, será ora o começo de execução, ora a consummação do crime de uso, conforme a falsificação tiver sido ou não descoberta antes ou depois de julgamento (JOÃO ROMEIRO). Deve-se ter em vista especialmente a intenção do agente, em harmonia com os outros extremos juridicos da tentativa fixados de modo geral no art. 13 do codigo penal. Editando a penalidade, o legislador, no tocante aos documentos particulares, estabeleceu a mesma para a falsificação de documento e para o uso do documento falso ou falsificado, seguindo ainda a orientação do anterior codigo, que por sua vez cingiu-se ao codigo francez.

A razão da equiparação assenta, em geral, em que tanto o falsificador como o usuario tendem ao mesmo fim, concorrem ao mesmo crime, e se aquelle revela mais habilidade, este manifesta mais audacia. Todavia casos ha em que a criminalidade do ultimo é menos intensa, como no de ter conhecido a falsificação quando já estava consummada e o documento viciado já utilizado, e outros, tidos em consideração por certos codigos, como o napolitano, para a minoração da pena.

Perante o nosso codigo, com o systema de grãos fixos, ás mais das vezes não se pôde attender a essa disparidade de situações para imposição de pena justa.

232. O art. 260 tem antecedente historico. Na vigencia do codigo anterior, questionava-se, diversas sendo as opiniões, e diversas tambem sendo as soluções dos tribunaes, sobre a accumulção ou não do crime de falsidade com o de estellionato, este na modalidade definida no art. 264 § 4.º, isto é, em geral, como *todo e qualquer artificio fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem toda a sua fortuna ou parte della ou quaesquer titulos*".

Segundo uns, o crime de estellionato abrangia o de falsidade, porque, era mais gravemente punido, devendo-se applicar, então, o principio: *Punitur solum modo pœna majori delicti*.

Outros, impugnando essa solução, porque se antepunha ao systema do codigo, pelo qual a accumulção de crimes acarretava a das penas respectivas (art. 61), sustentavam que occorrendo dois crimes, se applicasse a pena de estellionato, bem como a da falsidade. Por sua vez esta solução encontrava impugnação, argumentando-se que, definida claramente a falsidade, tomar a fraude, que a constituia (o uso da falsidade), para formar um novo crime, era ir de encontro ao principio: — *non bis in idem*. Depois, valer-se do art. 168, que estatua: *Se da falsidade resultar outro crime a que esteja imposta pena maior nella tambem incorrerá o réo* — era argumento improcedente e de sophistica applicação, porque o seu principio, que nada mais é do que a reproducção do art. 129 § 8, quer dizer que o crime de falsidade pôde trazer consigo um outro crime, mas nunca que o crime de falsidade constitue dois crimes. Assim, sustentava THOMAZ ALVES, verificando a fraude como elemento de um facto desde que entra na incriminação da falsidade não ha senão falsidade, porque a falsidade é crime perfeitamente traçado e definido. Se, porém, essa fraude vae além dos limites que lhe traça a lei para ser considerada elemento do crime de falsidade, pôde haver e haverá sómente o artificio fraudulento não previsto clara e exclusivamente pela lei, e que cahe debaixo da classificação generica do art. 264 § 4.º, e então é logica a conciliação entre o art. 167 com o art. 264 § 4.º, isto é, ha falsidade e estellionato; falsidade porque o uso da coisa falsa a constitue — estellionato porque além do uso ha outras condições independentes desse uso. Assim, o simples uso da escriptura ou papel falso como verdadeiro, sabendo que o não é, torna-se sómente crime de falsidade; mas, se além do uso houver mais algum outro meio ou artificio fraudulento, é tambem estellionato”.

O cons. BAPTISTA PEREIRA, autor do codigo vigente, apreciando a questão, em artigo inscrito na *Revista Juridica*, n. 3, de 1866, assim se externou:

“Esta desharmonia de opiniões, este contraste de decisões sobre assumpto tão grave, e que compromette a liberdade individual, insta urgentemente por uma providencia qualquer que ponha fim ás desintelligencias que dividem o fóro, faça cessar a anarchia que reina no seio dos tribunaes de mór alçada”.

Confeccionando o codigo vigente, a solução que entendeu dar ao caso, desde que a questão podia se levantar novamente, ou continuar a occupar a attenção dos applicadores da lei, foi de se considerar sómente o crime de falsidade, desde que o facto reunisse todos os elementos de sua definição legal (art. 260).

Assim, fabricando um documento falso, e o empregando para illudir a boa fé alheia, o agente não pôde responder por dois crimes, falsidade e estellionato, desde que no fabrico do documento se reunirem os requisitos do art. 258, responsavel sendo, então, sómente por este crime.

233. JURISPRUDENCIA BRASILEIRA.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. E' formalidade essencial nos crimes de falsidade o exame de corpo de delicto no documento e assignatura reputados falsos (*Ac. de 11 de julho de 1896*).

II. A justiça federal só é competente para o processo e julgamento de crimes da lei n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, quando houver de facto lesão ao seu patrimonio (*Ac. de 1.º de abril de 1922*).

Desta decisão, proferida na revisão criminal n. 2.259, de Piahy, foi relator o ministro EDMUNDO MUNIZ BARRETO, que accentuou a divergencia em que, doutrinariamente, se achava com os outros julgadores, no tocante á competencia que entendia ser da justiça federal, na especie, mas em face do pronunciamento anterior do Tribunal no mesmo caso, e em relação a outro réo, em o qual fôra decretada a incompetencia da mesma justiça, dava provimento ao pedido para annullar o processo. Quando á competencia da justiça federal para o processo, baseava-se no seguinte voto proferido no julgamento, em que foi vencido, e onde encarou tambem os elementos do crime de falsidade, razão porque o transcrevemos.

“A meu ver, o facto descripto na denuncia reveste todos os elementos de crime de falsidade material previsto no art. 19, da lei n. 2.110, de 1909, artigo que pune com a pena de prisão celular por 4 a 8 annos e multa de 5 a 20 % do damno causado quem “falsificar, fabricando ou alterando talões, recibos, quitações, guias, alvarás e outros documentos destinados á arrecadação da renda da União, dos Estados, Municipios e Prefeituras...”

Ahi estão as duas fórmãs executivas da falsidade material: a) a fabricação de um documento novo; b) a alteração de um documento existente. Na primeira hypothese, ha uma criação integral contra a verdade; na segunda, ha transformação numa das partes do documento ou porque se lhe addicionam palavras ou cifras, 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, operando-se assim a *mutatio veritatis*.

O caso dos autos se comprehende na segunda forma executiva: o réo falsificou — alterando-os — oitenta e nove talões destinados a arrecadação da renda dos Telegraphos da União, os quaes lhe eram entregues para receber na Secretaria da Fazenda do Estado, a importancia das taxas dos telegrammas de serviço estadual; fez nesses talões não só emendas, rasuras e accrescimos de

algarismos, relativos ao valor das taxas e ao numero de palavras de cada telegramma, como appoz em alguns delles a nota — Via Western — cuja taxaçoão é mais elevada.

Essa falsificação deu em resultado pagar o Estado do Piauhy mais do que estava obrigado, sendo a differença de 1.291\$100, importancia com que o réo se locupletou.

A falsidade é um delicto formal; o seu caracter danoso decorre da propria existencia da *mutatio veritatis*; é inherente ao escripto falsificado. Dahi resulta que a qualidade do sujeito passivo directo — mesmo quando o prejuizo se torne effectivo nenhuma influencia exerce a competencia para o processo e julgamento desse crime, mas tão sómente a natureza do documento ou escripto.

No caso concreto trata-se de um recibo ou talão, de uma repartição publica federal, talão revestido de signaes e forma exteriores que lhe dão fé perante o publico. A falsidade desse escripto é um acto offensivo dessa fé.

A falsidade não se comprehende entre os crimes contra a propriedade e em nenhum caso — desde que reuna todos os elementos de sua constituição legal — constituirá elemento de outro crime.

Assim, se é certo que o facto descripto na denuncia não reveste os requisitos de crime de estellionato, não é menos certo que o processo e o julgamento do agente desse facto pertencem á justiça federal, attenta á natureza do documento criminosamente alterado, documento que objectiva um acto de autoridade federal, consoante o disposto no art. 20, n. 7, da lei n. 221, de 1894, o qual não foi revogado pelo art. 23 da lei n. 2.110, de 1909.

Em se tratando do crime contra a propriedade é bem de ver que sómente quando a Fazenda Nacional fôr a prejudicada ou porque a coisa lhe pertença ou porque ella, embora lhe não pertença, esteja sob a sua guarda, deposito, arrecadação ou administração, compete á justiça federal a punição desse crime.

Mas no crime de falsidade (no qual basta que o damno seja potencial) de documento de autoria da União, o que offende a ordem juridica e é considerado acto delictuoso praticado contra a União é a fabricação criminoso desse documento ou a alteração do que estava nelle escripto originariamente. Nada importa — para o fim da competencia — que de semelhnante acto decorra lesão do patrimonio de outrem, que não a Fazenda Nacional e que essa lesão tenha sido o fim visado pelo delinquente quando praticou a *mutatio veritatis*?

III. Certo a *mutatio veritatis*, primeiro elemento dos delictos *contra a fé publica* manifesta-se sempre que no documento está escripto aquillo que, obedecendo á verdade, devia estar de modo differente. Mas para que ella revista o caracter criminoso, nas varias figuras dessa classe de infracções penaes, se faz mistér o concurso de mais dois elementos: o *dólo* e a *nocividade*, effectiva ou potencial. Nas linhas geraes de sua configuração, a moeda falsa está subordinada ás mesmas regras que disciplinam a falsidade material, cujas formas executivas se revelam, ou por meio da *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 alguma das suas partes, de modo a exprimir e attestar coisa diversa do que attestava e exprimia no seu estado primitivo. Para a *incriminação*, é necessario não só que o documento tenha força probatoria como que “*la scrittura possa, di per se stessa, ledere i diritti d'altrui*” (CARRARA, *Progr.*, Parte spec. VII, § 3.646). O Cod. de 1830, art. 167, comprehendia, em sua formula ampla — “fazer em uma escriptura ou papel verdadeiro, alguma alteração, da qual resulte a do seu sentido”, tanto os documentos publicos como os particulares, tanto os titulos commerciaes como os civis. O Cod. de 1890, inspirando-se no Codigo Penal da Luisiania, depois de definir a modalidade da *fabricação* (quanto aos documentos particulares) com as palavras — “fazer escriptura, papel ou assignatura *falsa*, sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir, com o fim de *criar, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação* (art. 258), diz no art. 259: “Incorrerão nas mesmas penas: 1º) o que fizer em escriptura ou papel *verdadeiro* qualquer *alteração*, da qual resulte a do seu sentido ou de natureza a produzir um effeito juridico diverso, como seja *alterar o algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo ou modo de pagamento*. Exemplificando na parte final, deu o legislador o *criterium* para a verificação da adaptabilidade de casos concretos ao preceito penal. Apresentou, entre os casos de *alteração de documento* verdadeiro os mais *communis*, *aptos, por si sós*, para occasionar o *prejuizo de terceiros*. O que é essencial, em face desse dispositivo, é a que a *alteração seja tal que modifique o sentido do documento ou lhe mude o effeito juridico*. Fôra dahi, a alteração não constituirá crime. A fonte inspiradora, o Codigo de Lusiania é assim concebido: “Commette crime de falsidade quem sem legitima autoridade e com *intenção de prejudicar* forma um escripto falso ou altera um verdadeiro, com o fim de *criar, extinguir ou diminuir uma obrigação pecuniaria*, ou de *attentar* de qualquer fórma contra a *propriedade*”. O decr. leg. n. 4.780, de 1923, arts. 5 a 29, especificou os crimes de moeda falsa e os de falsidade em geral, comprehendendo nesta tanto os delictos de falsidade instrumental como os de falsidade ideologica; e teve, por conveniente não reproduzir os conceitos penaes dos citados arts. 253, 259 § 1.º. Em cada especie o julgador examinará a existencia

e a extensão da *mutatio veritatis* e se esta se acha ou não acompanhada dos outros elementos que completa a infracção prevista na lei penal (*Acc. de 27 de nov. de 1922*).

## DISTRICTO FEDERAL

IV. Evidentemente as palavras empregadas no cod. penal, no art. 259 § 1.º, 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 o 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; dahi é que vem a sua qualificação de *falso material*. Os arts. 258 e 259 do cit. Código não cogitaram, pois, 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 nelle existentes.

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 podem manifestar por outros modos, e que, sem duvida, não lhe pareceram 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 cit. art. 259 § 1.º do cod. penal, que constituem disposições limitativas, não sendo licito ao juiz criminal, na interpretação do texto legal, figurar outras hypotheses além das que foram previstas. Ás palavras — "*como seja*" — são equivalentes destas outras — "*a saber*", — não autorisam a criação de outras figuras de delicto differentes, em sua natureza, das indicadas, nem podem comprehender alterações propriamente de *falsidade intellectual*. O que se pune no art. 259 § 1.º do cod. penal é positivamente a alteração do documento verdadeiro nas clausulas e declarações nelle existentes; e a alteração, a que se refere o preceito deste cit. artigo, outra coisa 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 do pagamento. E' consequentemente, substituir e mudar os elementos constantes da escriptura ou papel verdadeiro.

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 letra de cambio, ou de terra, posteriormente ao seu acceite (*Ac. do*



*Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 23 de setembro de 1897).*

Como voto vencido, o DR. E. MUNIZ BARRETO, presidente do Tribunal, e quanto á questão de direito, externou-se por este modo:

“A falsidade ou é puramente *ideologica* ou é *material*.

Opera-se esta ultima por dois 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 *adicionam* palavras ou cifra, ou porque estas são *cancelladas*, sendo substituidas ou não, de modo que o documento vem a exprimir e attestar coisa diversa do que attestava e exprimia no seu estado primitivo.

Estão ahi as linhas geraes de duas figuras de falsidade instrumental que o codigo toscano sabiamente condensa 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 *adicionar* e *cancellar* as duas modalidades de sua manifestação. “Chi cancella sullo scritto; chi carregge una o piú parole; chi crea un scritto integralmente falso; chi in un *bianco* 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, *Prog. part. spe.*, vol. 7, § 3.664). 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., § 3.646). A *alteração* do documento verdadeiro por meio da *adição* póde 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 accrescimo *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 *pretenso* ou a favor do *illegitimo* signatario uma obrigação ou um *direito creditorio*. Se a assignatura é verdadeira, mas feita por quem não tinha *legitima autoridade*, a criação do direito crediotrio, a seu favor faz suppor no documento *coisa 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 porque deve ser feito o pagamento. Dahi a necessidade de um subelemento negativo para a integração da *mutatio veritatis* — a *illegitimidade do autor da alteração*.

O credor que *cancella* parte da importancia que o devedor é obrigado a pagar-lhe, age *legitimamente*, 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 idologica* é o unico defeito desta definição (COGLIOLLO, *Dir. pen.*, V., 2.<sup>a</sup>, parte 1.<sup>a</sup> p. 298), que entretanto é impecavel no seu caracter de fonte scientifica do nosso codigo, o qual nos arts. 258 e 259, como no art. 249, só comprehendendo 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 que 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.*, vol. 2, p. 595). Este sub-elemento, que o legislador de 1890 reproduziu, está escripto de modo mais claro e mais juridico em o cod. da Luisiania, nas palavras — "*sem legitima autoridade*"... Exemplificando na parte final do art. 259 § 1.<sup>o</sup>, deu o legislador de 1890 simplesmente o *criterium* para a verificação da adaptabilidade dos casos concretos no 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, porém, 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 segunda sub-figura — a *alteração da verdade*.

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 pre-videre di poter nuocere (animus nocendi) senza volere direttamente nuocere,*

*il delitto consumato surge soltanto del danno effettivo e non del danno possibile* (CARRARA, *ob. cit.*, § 3.673). 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).”

O prejuizo pôde ser *effectivo* ou meramente potencial, e a generalidade dos códigos penaes exige que pelo menos exista este ultimo.

Nesse numero está o nosso código, que nos arts. 249 e 258 usa das palavras “danno causado ou que se poderia causar”.

Outro conceito não tinha entre os romanos o terceiro 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 danno, este deve-se conter *virtualmente* no documento. O caracter danoso do facto possível tem existencia pelo unico motivo da propria existencia da *mutatio veritatis*. Il danno deve essere *inerente* alla scriptura falsificata, e derivare *direttamente* dalla falsità non de fatti estranei ol accidentalali (COCLIOLO, *abr. cit.*, p. 428). Non basta — escreve CARRARA — che per un artificio *posteriore* la scriptura abbia servito di instrumento ad ingannare un terzo (*obr. cit.*, § 3.646).

O danno 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”.

Divergimos dessa brilhante explanação nos pontos em que restringe á falsidade material o delicto do art. 258, e do em que faz consistir tambem o danno em prejuizo moral, pelas razões dadas no texto, pontos aliás elucidados pelo vigente *decr. n. 4.780*, de 1923, como já mostramos.

A doutrina do voto vencido triumphou no *accordam* do mesmo Tribunal, de 20 de junho de 1893.

V. Commette o crime de estellionato do art. 338 n. 8 do *cod. penal*, e não o de falsidade do art. 258 do mesmo código, o individuo que, dizendo ser um outro, passa nas notas de um tabelião uma procuração, no nome e sem sciencia e consentimento desse outro, conferindo poderes bastantes a um terceiro para hypothecar bens do supposto committente, e, afinal, consegue, por meio de tal procuração, levantar dinheiro mediante hypotheca dos mesmos bens. O código não cogitou da falsidade intellectual: as disposições dos arts. 258 e 259 referem-se ás alterações materiaes de instrumento verdadeiro, alterações susceptiveis de serem verificados e reconhecidos *physicamente* e constituindo assim delicto de facto permanente; a corpo de delicto directo se deve então proceder como base essencial do processo, cuja omissão importaria a nullidade do mesmo. O falso nome ou falsa qualidade de que se serviram os réos foi o meio de que usáram para extorquir a propriedade alheia, o que constitue elemento do crime de estellionato; bem como o uso que fizeram da procuração falsa constitue elemento do mesmo crime,

desde que por este meio obtiveram os appellantes a entrega do dinheiro aheio (*Acc. da Camara Crim. da Côte de Appellação, em 10 de maio de 1901*).

Não dá exacta intelligencia da lei o accordam quando declara que só cogita da falsidade material, porquanto já mostrámos que nas figuras do art. 251 se comprehende a *falsidade pessoal*, e no art. 253 a falsidade intellectual.

VI — Para a formação do crime de falsidade é preciso o concurso de tres elementos: a) alteração da verdade; b) a intenção de prejudicar; c) um prejuizo effectivo ou potencial. Duas soã as sub-figuras da falsidade *material*: 1.º a fabricação de um documento; 2.º a alteração de um documento verdadeiro. Neste segundo caso, o doc. (que servia para crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação) se transforma em qual-quer das suas partes ou porque se lhe addicionam palavras ou cifras, ou porque estas são cancelladas, sendo substituidas ou não, de modo que o doc. venha a exprimir e attestar, juridicamente, coisa diversa do que attesta e exprimia no seu estado primitivo. Em qualquer das modalidades da segunda sub-figura a *mutatio veritatis* só se integra quando ao acto material da alteração se adhere o sub-elemento negativo — a *illegitimidade do agente*. A intenção de prejudicar consiste na *intentio nocendi*, isto é, na intenção directa e positiva e de prejudicar a cutrem, ou consiste no *animus nocendi*, isto e quando o falsario quer prejudicar sem ser directamente; e neste segundo caso é indispensavel o damno effectivo para completar-se o delicto (*Acc. do Cons. do Trib. Civil e Criminal do Distr. Fed. de 20 de junho de 1898*).

VII — Nos crimes de falsidade de documentos, o corpo de delicto é formalidade substancial do processo, sob a sanção de nullidade. O corpo de delicto formando-se por inspecção de profissionaes ou peritos nomeados pelo juiz, não é solemnidade essencial a exhibição e juntada aos autos do documento, arguido de falso, em jurisdicção civil; mas estando o processo findo, deverá ser remettido á jurisdicção criminal onde se apuram os elemento do crime (*Dec. do Cons. Sup. da Côte de App. de 18 de julho de 1908*).

VIII — Não é nullidade a ausencia nos autos do documento arguido de falso desde que constam diversos exames procedidos nelle (*Acc. da 3.ª Cam. da Côte de App. de 3 de novembro de 1920*).

## ESTADOS FEDERADOS

IX — Um dos elementos constitutivos do crime de falsificação de documentos, segundo a doutrina, consiste na existencia de prejuizo, ou na possibilidade de causal-o. A possibilidade do prejuizo resultará da possibilidade do uso prejudicial, e, quanto ao prejuizo effectivo, este materialmente apparece no momento em que se faz uso da peça falsa. “Car, c’est surtout l’usage de la piéce fause que fait apparaitre materiellement le prejudice

(BRUM — *Du faux en écriture de commerce*, pag. 10, cit. por BENTO DE FARIA, in *Cod. Pen. annotado*, 2<sup>a</sup> ed. pag. 299. Descoberta a falsificação, o crime não desapareceria ainda que o falsario resarcisse por completo o damno causado (*Acc. do Sup. Trib. de Just. do Rio Grande do Sul*, de 1.º de agosto de 1925).

## 234. JURISPRUDENCIA ESTRANGEIRA

### FRANCEZA

I. Il n'est pas nécessaire, pour caractériser le crime de faux, que la déclaration emportant obligation á la charge d'un individu ait été insérée dans l'acte qui constate cette obligation, après que cet individu y a opposé sa signature, mais qu'il suffit, pour la perpétration de ce crime, que le fabricant de l'acte y ait inséré, á l'insu de celui qui devait le signer, une déclaration emportant une obligation autre que celle que ce dernier voulait et croyait contracter en y apposant sa signature, sans en avoir pris connaissance (*Cas. 30 mai 1850*).

II. Aux termes de l'art. 1.331 c. civ., les registres et papiers domestiques, s'ils ne forment pas titre en faveur de celui de qui ils émanent, font foi contre lui lorsqu'ils mentionnent un payement reçu; que si, en l'absence de tout texte qui impose aux particuliers non commerçants l'obligation de tenir de semblables écritures, leur altération ne peut être incriminée légalement tant qu'ils restent en possession de leur auteur, il n'en saurait être de même dans le cas où ils ont été falsifiés en vue d'une production préjudiciable á autrui et produits en vue de ce préjudice; que dans ce fait ainsi caractérisé se rencontrent les circonstances du crime (*Cas. 24 juil. 1847*).

III. Indépendamment des caractères généraux de criminalité qui sont communs á tous les crimes et délits, chaque crime ou délit a des conditions constitutives qui lui sont propres; qu'il résulte de l'esprit et du texte des arts. 146, 150 et 151, c. pen. que, pour que le fait de la fabrication d'une pièce fause, ou de la falsification ou alteration d'une pièce vraie, puisse constituer le crime de faux, il est nécessaire que la pièce fabriquée ou bien la pièce falsifiée ou altérée, dans les clauses qui ont été la matière de l'alteration ou de la falsification, *soit de nature á porter préjudice á autrui*; que, lorsque ce caractère ne résulte pas nécessairement de la nature de la pièce, il doit ressortir de l'ensemble de la déclaration du jury; que la déclaration *que l'accusé est coupable* ne saurait suppléer á toute autre explication de l'accusé, ce qui ne conclut rien pour le caractère plus ou moins nuisible de la pièce; que la constatation de *l'usage fait sciemment de la pièce fause* n'implique rien sur le caractère nuisible de cette pièce, qui peut être plus ou moins frivole ou sérieuse, sans qu'il y ait usage en soit moins constant (*Cas. 20 janv. 1837*).

IV. Il est de principe, en matière d'accusation de crime de faux, que la question de savoir si le faux a causé ou a pu causer un préjudice á autrui, est condition substantielle de la criminalité du faux; d'oú il suit

que, si le préjudice ne résulte pas nécessairement de la nature même de l'acte argué de faux, la question de savoir si le faux qui fait la matière de l'accusation a causé ou pu causer un préjudice à autrui doit être posée au jury (*Cas. 30 mai 1850*).

V. Le fait de fabrication et celui de simple usage étant distincts par eux-mêmes et par la loi, les jurés devaient être interrogés sur chacun d'eux séparément; que celui du simple usage, dépouillé de celui de la fabrication, ne pouvait aux termes de l'art. 163, prendre le caractère de crime qu'autant que le faux aurait été connu du prévenu (*Cas 5 oct. 1815 e 26 juin 1834*).

### ITALIANA

VI. L'imitazione del vero é uno degli estremi essenziali tanto del falso documentale, quanto del falso in certificato o innominato. Occorre quindi che vi sia un imitazione atta ad illudere, per guiza che qualora si trattasse di un alterazione o falsificazione grossolana, al punto de essere conosciuta da chiunque a colpo d'occhio, verrebbe a mancare quell'imitazione del vero che é caratteristica del reato (*Cass. 11 genn. 1890*).

VII. La legge vuole che il danno, necessario a costituire il reato di falso, sia inerente alla scrittura falsificata e promani direttamente ed immediatamente dalla falsità o non altrimenti da fatti estranei ed accidentali, i quali, se consistessero in fraudolenti raggiri, potrebbero dar luogo al reato di truffa.

Peró non commette falso punibile, ma solo potrebbe commettere truffa, chi altera le cifre di deposito di alcuni libretti di una cassa di risparmio, ma così grossolanamente da lasciare intatta la corrispondente indicazione in tutte lettere del valore depositato (*Cass. 10 febb. 1892*).

### Secção IV

Do testemunho falso, das declarações, das queixas e denuncias falsas em juizo

**Art. 261.** Asseverar em juizo como testemunha, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa e 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.º Si a causa em que se prestar o depoimento fór civil:

**Pena** — de prisão cellullar por tres mezes a um anno.

§ 2.º Si a causa fór criminal e o depoimento para aabsolvição do accusado:

**Pena** — de prisão cellullar por seis mezes a dois annos.

§ 3.º Si para a condemnação:

**Pena** — de prisão cellullar por um a seis annos.

Art. 262. Todos aquelles 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.

Paraphrão 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.

Art. 263. Não terá logar imposição de pena si a pessoa que prestar depoimento falso, ou fizer falsas declarações em juizo, verbaes ou escriptas, retratar-se antes de ser proferida sentença na causa.

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.

235. Em o n. 207, mostrámos, em geral, como se manifestavam as legislações com relação aos crimes de falsidade, especialmente, com relação á sua collocação systematica. Adoptando a doutrina que fal-os contra a fé publica, na sua triplice manifestação, isto é, como *falso nummario*, *falso documental* e *falso judicial*, nesta secção se occupa o nosso legislador desta ultima classe, que faz comprehensiva do *testemunho falso* (art. 261), das *declarações* e *accusações falsas* (arts. 262 e 264). Impugnação fundada tem encontrado a inclusão do falso judicial na classe dos crimes contra a fé publica, sustentando-se com procedencia que o logar adequado seria na classe dos crimes contra a administração publica, ou administração da justiça, e neste sentido se pronunciaram o código italiano, os projectos suizo e austriaco. Sustentando este ponto de vista, desde 1877, LISZT observa que os crimes de falsidade assignalam-se externamente por esta circumstancia: o delinquente abusa da confiança que se dá á forma de attestação reconhecida e materialmente apreciavel, e essa confiança é illudida pela fabricação de uma forma não authentica ou pela alteração de uma forma authentica. Nada disto se dá no perjurio. A forma é verdadeira e não falsificada; e sómente o conteúdo que converte o juramento em perjurio. Dahi segue-se que os crimes concernentes ao juramento não encontram o seu verdadeiro logar no lado da moeda falsa e da falsificação de documentos, e que, portanto, não protege a forma do juramento em si ou a forma que lhe é equiparada; só pune o perjurio, quando o juramento é prestado ante o juiz ou autoridade competente para tomal-o.

Assim nos é dada a verdadeira concepção systematica dos crimes concernentes ao juramento: elles dirigem-se contra a administração publica em geral, e contra a administração da justiça em especial, quando esta toma para base de suas decisões declarações solemnemente affirmadas. Com effeito, taes crimes *compromettim* a administração publica com relação á exactidão material de suas decisões, ou apresentam-se como offensa da administração publica no seu direito a declaração conformes á verdade por parte das pessoas que lhe são sujeitas. Esta concepção leva-nos logicamente a exigir do legislador que sujeite tambem a penas a declaração falsa não jurada, e que, partindo desta, como caso normal, considere sómente como circumstancia aggravante a declaração falsa reforçada pelo juramento. Mas dest'arte desaparece do systema da nossa parte especial o grupo independente dos crimes concernentes ao juramento.”

O codigo italiano considera attenuada a pena quando o depoimento falso é prestado sem juramento (art. 214, ultimo alinea).

Outro ponto em que o nosso codigo diversifica dos codigos italiano, francez, allemão, hungaro e outros, é de não ter qualificado o crime de *perjurio propriamente dito*.

Este crime se verifica quando a parte, em causa civil, presta juramento falso, quer o juramento lhe tenha sido deferido ou referido, ou segundamente tambem o codigo allemão, art. 153, exigido *ex-officio*. Differe assim do *perjurio da testemunha* ou *testemunho falso*, que se dá quando alguém, perante autoridade competente presta depoimento ou declaração falsas, ou ministra relatorio falso. O nosso anterior codigo, art. 169, encerra a formula ampla — *Jurar falso em juizo* — que, por sua amplitude abrangia aquellas duas modalidades criminosas.

Bem avisado andou, porém, o legislador de 1890 eliminando a figura do *perjurio propriamente dito*, nada justificando nos hodiernos tempos uma tal configuração delictuosa, como bem mostram, entre outros criminalistas, **CARRARA** e **PESSINA**.

Entre outros argumentos, bastaria notar que, em caso de juramento decisivo, ficaria a parte nesse cruel dilemma — ou jurar contra si, e perder a causa, ou em seu favor e sujeitar-se á acção de *perjurio*. “A lei criminal, nota **JOÃO MONTEIRO**, deve ter em vista que, em todo o processo civil, ha o autor que affirma e o réo que nega; si a formalidade do juramento deferido ou referido á parte já é uma violencia exercida sobre o animo do jurando, a possibilidade de um processo pelo *perjurio* seria atrocidade impolitica e até immoral. A mentira ou a verdade ha de quasi sempre sahir de uma transacção da consciencia com o interesse.”

236. No art. 261 qualifica o codigo de falso testemunho.

Punivel desde os mais remotos tempos, foi considerado de *summa gravidade*, passivel de penas fortes, especialmente, quando dominante, a intui-



ção religiosa, segundo a qual, importava em caso qualificado de offensa á divina magestade. JULIUS CLARUS affirmava que nenhuma acção era mais perniciososa á coisa publica: *Arbitrar nullum esse crimen perniciosius reipublicae*. FARINACIUS via no falso testemunho tres crimes distinctos: contra Deos, cujo nome a testemunha perjurava, contra o juiz que engana, contra os homens que torna victimas de uma injustiça: *Detestabile falso testi crimen est: Deo, judici, et hominibus obnoxius est, triplicemque facit deformitatem, perjuri nempé, injustitiae et mendacii*. Dahi as penas de morte e deportação em Roma, aquella, a principio, pela precipitação da rocha Tarpeia; o corte da mão pelas *Capitulares* de CARLOS MAGNO, além do confisco dos bens, tambem imposto por alguns *Estatutos* italianos; a pena de morte e confisco pelas *Ordenações* em Portugal e domínios, penas tambem impostas em outros paizes.

A penalidade soffreu notavel abrandamento nas legislações modernas, uniformes, porém, não se tornando quanto á essencia e collocação da figura delictuosa, em umas considerada contra a fé publica (cods. toscano, zuriguense, brasileiro), em outras contra a administração da justiça (cod. italiano, napolitano, projectos suizo e austriaco), em outras ainda como offensa á religião (codigos allemães), ou como offensa aos particulares, na mesma posição da injuria e calumnia (codigo francez, beiga, etc.).

Segundo o art. 261 de nosso codigo, o falso testemunho consiste em “asseverar alguém em juizo, como testemunha, sob juramento ou affirmação, uma falsidade, ou em negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer”.

Desta noção, deduzimos como extremos do crime os seguintes:

- 1.º a qualidade de *testemunha*, em sentido juridico, no sujeito activo do delicto;
- 2.º a legitimidade do depoimento;
- 3.º a falsidade do conteúdo do depoimento, e, pois: a) alteração da verdade; b) o doio; c) possibilidade de prejuizo.

237. I) Cabe ao direito judiciario determinar quem pôde ser *testemunho*, e, pois quem pôde ser sujeito activo do crime em questão. Em nosso direito positivo, si bem que os Estados federados se investissem do poder de legislar em toda materia processual, ainda vigoram em geral, as normas que a respeito vieram do regimen extincto, consolidada no Decr. federal n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, e colhidas especialmente do Cod. do Proc. Criminal, de 1832, e das *Ordenações Philippinas*, além das do Codigo Civil, art. 142. Consoante essas normas, e doutrina correspondente, testemunha é a pessoa idonea, que em juizo, vem dizer o que sabe, por si, ou por outrem, do facto questionado. Por motivos, porém, de ordem physico-psychica ou de ordem moral e juridica, que têm influencia directa, já sobre a sciencia, já sobre a consciencia moral da testemunha, são prohibidas de depôr, e, pois,

não podem ser sujeito activo de testemunho falso; a) os loucos de todo genero; b) os cegos e surdos, quando a sciencia do facto, que se quer provar, depende dos sentidos, que lhes faltam; c) os menores de 14 annos; d) os interessados no objecto do litigio, ou que tenham na causa parte inconciliavel com a funcção de testemunha, como denunciante, querellante, co-réo, etc., bem como o ascendente e descendente, ou o collateral até o terceiro gráo de alguma das partes, por consanguinidade ou affinidade; e) o marido na causa da mulher e vice-versa; f) o advogado ou procurador em relação aos factos que lhe foram confiados ou que elle surprehendeu no exercicio de sua profissão; g) o medico, cirurgião e parteira em relação ao exercicio de sua profissão; h) o sacerdote em relação ao que lhe foi communicado em confissão (vid. meu *Curso de proc. criminal*, ps. 200 a 203).

Dada a hypothese de funcionar como testemunha pessoa em qualquer dessas situações, depondo falsamente, ficará sujeita á penalidade do art. 261? O nosso codigo não estatue nada a respeito, como fazem outros codigos, ex.: o toscano, art. 275, o hungaro, art. 224, o do cantão de Ticino, art. 177, que isentam de pena, ou esta é applicada com reduccão (cod. allemão art. 157), aquelle que depondo a verdade ficaria sujeito, ou sujeitaria o conjuge ou parente proximo a processo ou accusação criminal, ou quando podendo abster-se de depor, entretanto o fizesse falsamente.

Em França, cujo codigo penal silencia sobre o caso, julgados estabeleceram uma distincção, declarando não passivel de pena a pessoa desde que o juiz conhecesse a condição que a impediria de depor como testemunha, e punivel em caso contrario (arestos da Cassação, em 2 de dezembro de 1864, e da Côte de Rouen, em 25 de abril de 1868), por isso que neste ultimo caso o juiz é enganado ou burlado. Esta distincção vemos aceita no codigo italiano, art. 215 n. 2 que estabelece uma diminuição de pena para o caso em que o depoimento, se fosse verdadeiro, exporia um terceiro a processo penal ou á condemnação, e isenção de pena, desde que o agente tenha declarado ao juiz a propria qualidade pessoal, que o inhibia de depôr. CARRARA critica com fundamento a distincção assignalada pelos arestos francezes, notando que a razão dada para justifical-a não passa de argumento capcioso (si dice) incomincio dallo ingannare il giudice quando a lui nascose la qualità che lo esonerava dall'obbligo di testificare. Se illuso da lui il giudice lo credette teste idoneo voi non potete scusare il falso deposto di costui per quella circostanza occultata, perché scusereste un falso per un falso. Ma questo argomento pecca di circolo vizioso, perché quello stesso pericolo che esercitando violenza morale sull'animo del testimone lo indusse a mentire sul fatto principale, esercita su lui uguale potenza morale per indurlo a nascondere la propria correità". Desde que a lei veda que determinadas pessoas possam exercer as funcções de testemunha, attendendo sua especial posição no caso, visando assegurar assim a sinceridade e veracidade do testemunho, não se comprehende como a incapacidade prescripta desapareça pela circumstancia extrinseca de ser ignorada pelo juiz a qualidade, que motiva tal incapa-

cidade. Certo que á justiça se deve a verdade, importando em dever imperioso manifestal-a em toda a plenitude; mas a propria lei, reconhecendo o predomínio que exerce o instincto da propria conservação ou o vinculo de sangue, necessidade do sigillo, attentos os interesses relevantes em jogo, estabelece um limite áquelle dever, deixando de impedir o exercicio de uma virtude maior, como a que requereria o testemunho contrario a essas situações. Depois, como notava justamente a Commissão da Camara de deputados da Italia, sobre o projecto depois convertido no codigo penal: “ Non e soltanto il fatto di avere resa una testimonianza in giudizio, che può far sussistere il reato di falsa testimonianza; mas é pur necessario che la persona del deponente oltre che capace in genere ai termine della legge di procedura a fare da testimonio, non appartenga al novero di coloro al quali é fatto divieto per legge di essere intesi come testi nella causa, in cui fu resa la testimonianza.”

Não ha, pois, crime de falso testemunho, se este partir de pessoa prohibida por lei para depor, viceral ou substancialmente nullo se achando tal acto.

238. II) E' necessario que o depoimento se revista das necessarias condições de *legitimidade*. Para isso, e primeiramente, deve ser prestado perante *autoridade judiciaria competente*, ou *autoridade policial*, quando *investida de funções judiciarias*, como no preparo ou instrucção de processos de contravenções e pequenos delictos, na conformidade do que dispõem as leis de organização judiciaria do Districto Federal e dos Estados federados.

No art. 261 do codigo penal se exprime essa condição, dizendo que o depoimento deve ser prestado em *juizo*, que em technica processual, denota o *logar do fóro, onde cada um dos juizes e tribunais, funcçiona no exercicio de sua jurisdicção* (TEIXEIRA DE FREITAS). O juiz ou tribunal pôde ser civil ou criminal, funcçionando em *causa* ou *processo*, phraseado impreciso empregado pelo codigo para denotar a *especie juridica, de que se trata em cada processado*, ou este seja conteúdo de *acção*, ou de outro procedimento *sem acção* ou se procure garantir ou restabelecer direitos ameaçados ou lesados, ou se procure garantias possiveis lesões futuras (T. DE FREITAS, JOÃO MONTEIRO).

Razão não tem, pois, VIVEIROS DE CASTRO quando sustenta que na expressão *causa civil* do § 1.º do art 261 do codigo penal, se comprehendem unicamente os pleitos debatidos contradictoriamente entre as partes e submettidos á decisão do juiz, ahí, pois, não se incluindo os depoimentos prestados em justificações, além do mais por não constituirem causa e sim um meio de prova. Como observa o Dr. GABRIEL FERREIRA fundado em razões legais e até de ordem moral, “se 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 possivel 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 re-

pugnantes, sobretudo em meio como o nosso onde ha tanta gente que faz profissão de ser testemunha.

Estes dois elementos de condição incriminativa tanto se pôde verificar nos processos litigiosos das partes, como em justificações, que são tambem factos judiciaes aos quaes liga a lei consequencias de maior importancia, fazendo depender delles decisões de summa importancia, como sejam o embargo, a detenção pessoal, a entrega de heranças jacentes etc. Evidentemente a palavra *causa*, que se vê no § 1.º do art. 261, foi empregada não no sentido restricto de acção contenciosa entre partes, mas em sentido lato, e comprehensivo de qualquer procedimento sujeito a formulas judiciaes, á direcção, apreciação e decisão dos juizes, não podendo causar estranheza que se dê o nome de causa ás justificações, quando o illustre RUBAS diz que: “as que forem meios regulares de processo para prova de factos ou relações juridicas se considerarão como *causas* (*Cons. do proc. civil*, p. 5, art. 10). E’ preciso ainda que o depoimento seja prestado pelo modo e forma prescriptos pela lei processual, é dentre as *formalidades*, ou requisitos ou cautelas da forma forense desse acto, sobresahe, como indispensavel, exigido pelo codigo, o juramento ou *affirmação*. Como nota CARRARA, o juramento ligava-se ao systema das provas legaes e a opinião de que sem elle o depoimento não tinha força probatoria, e dahi porque o falso testemunho se incluia no perjurio; dominante hoje o systema da íntima convicção, e encarado geralmente o falso testemunho como offensa á justiça publica, o juramento deixou de ser imprescindível.

A nossa Constituição Federal, arts. 44 e 82, e leis organicas substituiram o juramento pela *affirmação* solemne perante os homens, sem a invocação do testemunho de Deus, que o juramento predominantemente comprehendia. Assim, o que é de necessidade para a validade do depoimento, e, pois, no caso de ser falso, acarretar pena criminal, é o compromisso ou *affirmação* de dizer a verdade sobre o facto probando.

Dahi ainda porque não incide na pena do art. 261 do Codigo o *informante*, que nos termos do art. 89 do Cod. do Proc. Criminal, é o prohibido de depor por parentesco, ou pelo vinculo matrimonial ou por ser menor de 14 annos, por isso que a informação, que trazer será reduzida a termo sem juramento ou compromisso.

239. III) Como falsidade punivel, o depoimento falso deve, por seu conteúdo, estar em opposição com a verdade.

Essa opposição, segundo o nosso codigo, se verifica, ou quando a testemunha *assevera uma falsidade*, ou quando *nega a verdade no toda ou em parte*. Como nota CARRARA, a verdade aqui deve ser entendida, não em sentido *real* e absoluto, mas em sentido *ideologico* ou relativo. Por outra, o criterio da falsidade do testemunho não depende da relação entre o *dito* e a *realidade* das coisas, mas da relação entre o *dito* e a *sciencia* da testemunha. *Aliud est mentiri* (dizis CICERO) *aliud dicere mendacium*. A testemunha que

eventualmente narra factos verdadeiros, mas de que não sabe, é falsa, porque mente quanto á propria sciencia. Este caso era designado pelos antigos praticos pela formula que a testemunha depunha *falso sed non falsum*, isto é, falsamente, mas não o falso.

Affirmando ou negando, para haver falso testemunho é necessario que o dito se refira a *circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer a testemunha*, segundo estatue expressamente o nosso código. Já era doutrina de CLARUS e outros praticos, com sancção da antiga jurisprudencia em França, que a respeito se deviam distinguir as circumstancias essenciaes do facto das circumstancias secundarias, havendo crime *quando testis falsum deposuit circa factum principale vel qualitates substantiales*; o contrario se verificando quando a alteração versava sobre circumstancias accessorias — *secus entem si circa alia extrinseca, nam eo casu non dicitur falsus*. A razão da distincção, nol-a dá CLARUS dizendo: *sufficit enim quod teste in facto principali conveniant, et dummodò in eo sint concordés, non nocet quot sint varii vel contrarii in accessoriis*. Os autores não se mostravam, porém, accordes quanto ao traço differencial entre umas e outras circumstancias. CHAUVEAU e HÉLIE entendem que, em geral, as circumstancias essenciaes são todas aquellas que formam a prova do facto principal e circumstancias aggravantes desse facto: assim, o dia, o logar do commettimento do crime podem constituir circumstancias essenciaes, se, na expressão de BAIARDUS, uma ou outra é uma prova da verdade ou da falsidade da accusação. Essa regra é subordinada sem duvida á apreciação dos factos em cada accusação, mas se a applicação depende das circumstancias, a razão que a domina é invariavel e deve servir-lhe de guia.

A jurisprudencia italiana tem tambem firmado que para a existencia do crime de falso testemunho não é necessario que a circumstancia falsa resulte do depoimento de uma só testemunha, mas pôde resultar dos depoimentos de diversas testemunhas, cada uma das quaes será, então, responsavel, por isso que os depoimentos se completam e se explicam reciprocamente, de sorte que o dito de uma esclarece e integra o dito de outra (*Cas*, de Rora, em 14 de abril de 1896).

240. Consoante a regra retro estabelecida, e sua razão informativa, não se tem considerado, pela maioria dos autores, como alteração de circumstancia essencial, a falsidade quando recae sobre a *qualificação* das testemunhas ou sobre as perguntas quanto aos *costumes*, como quando a testemunha assume o nome da pessoa notificada, ou occulta seu nome verdadeiro, ou nega relação que a tornariam suspeita ou impedida de depor.

A lei distingue as interpellações sobre esses pontos como preliminares do depoimento, que versa sobre a narração dos factos, e constitue o fundo proprio do acto (*Cod. do Proc.*, art. 86, *Ord. L. I t. 86 princ. e Reg. n. 737 de 1850, art. 176*), e evidente é que o código penal sómente tem em vista esta parte, quando considera o depoimento *contra* ou a *favor do accusado* e espe-

cialmente quando se refere a *circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer* a testemunha. Sem duvida, notam CHAUVEAU e HÉLIE, a verdade sobre as interpeilações pessoas é importante; as respostas da testemunha a respeito fixam sua posição relativamente ao acusado, e o gráo de confiança que póde ser dada a suas asserções. Mas dahi não se segue que essas declarações preliminares façam parte do depoimento: são esclarecimentos uteis, mas extranhos ao depoimento, que se compõe do que a testemunha viu ou ouviu relativamente ao processo, e cuja alteração só póde constituir um crime. Com effeito, as falsas deciações sobre essas questões de forma ou de fundo do processo não acarretam o mesmo prejuizo, não supõem a mesma immoralidade: no primeiro caso, a justiça é privada de um esclarecimento, mas no segundo, de uma prova; em um é enganada sómente sobre o gráo de credito que deve conceder a testemunha, em outro, sobre os factos mesmos que formam os elementos de seu julgamento.”

As variações de um testemunho só podem incidir em incriminação se não forem explicadas, com motivo legitimo ou pelo menos plausivel, se a testemunha visava destruir ou enfraquecer suas primeiras declarações, ou finalmente a falsidade de seu novo depoimento fôr reconhecida, e nella persista a testemunha. O mesmo tem logar quanto ás contradicções manifestadas em um mesmo depoimento.

241. O nosso codigo não contempla expressamente, como modalidade do depoimento falso, a *dolosa occultação da verdade* ou *reticencia*, isto é, o caso em que a testemunha declara ignorar um facto que na realidade lhe é conhecido. O codigo sardo punia esse caso com pena menor do que o de falso testemunho consistente nas outras modalidades, considerando-o como distincto deste ultimo (art. 369). Repudiada tal distincção pelos juristas, sustentando CARRARA que a reticencia não devia ser mantida em um codigo, pelos perigos de euredos e de surpresas a que póde ficar exposta uma ingenua testemunha, o codigo italiano, porém, a ve'o qualificar em forma especifica, como modalidade equivalente ás outras do falso testemunho, na formula — *tace, in tutto o in parte, cio che sa into no di fatti sui quali e interrogato* (art. 214). O codigo penal francez não contempla essa modalidade, mas seus interpretes e a jurisprudencia têm apreciado o caso, com distincções perfeitamente admissiveis em nosso direito. A reticencia simples, como silencio, importa em recusa de responder a ponto determinado, que póde ser punivel por outro titulo, mas não como falso testemunho (vid aresto da Cass. em o n. 254, I). Não basta ainda que a reticencia seja ligada a um depoimento para que possa se tornar materia de acção criminal.

Assim, a testemunha que, confessando os factos que vio, não quer declarar o dia em que foram commettidos, ou tal outra circumstancia relacionada, não póde ser considerada como testemunha falsa. Com effeito, o dever da testemunha é de declarar toda a verdade; falta a este dever quando recusa revelar ós factos que conhece, mas não se deve confundir esta

infracção de um dever legal com o crime de alterar a verdade; a lei não pune senão esta declaração; ora, a reticencia, mesmo ligada ao depoimento, não produz necessariamente um tal resultado.

A reticencia não pôde, pois, ser incriminada senão quando desnatura depoimento e lhe dá um sentido contrario á verdade, porque neste caso produz esta alteração que é a essencia do crime. Assim, a testemunha que depuzesse sobre um facto imputado por erro a outro que não o verdadeiro culpado, e que, por odio contra este individuo, não declarasse, embora soubesse, que não é o culpado, incorreria em pena de falsa testemunho, porque sua reticencia tem precisamente por objecto dar ao depoimento um sentido contrario á verdade, fazendo-a pesar sobre a pessoa accusada.

242. O segundo elemento do crime de falso testemunho é o *dolo*, que assenta sómente na voluntariedade da acção, na consciencia, por parte de quem depõe, da falsidade de suas declarações, quer referentes ao facto, quer á fonte do conhecimento. Assim, como já se notou, citando CARRARA, o elemento subjectivo está, não na proposição affirmada pela testemunha, mas na relação entre essa proposição e o estado de crença da testemunha. Verdadeira ou falsa em si mesma a proposição, pouco importa; pôde ser verdadeira, e a testemunha ter mentido quando a affirmou ignorando-a ou acreditando-a falsa; vice-versa, pôde ser falsa em si mesma, e não obstante não surgir o falso testemunho quando a testemunha a assevera, tendo-a como verdadeira.

Não existindo falsidade quanto á causa da sciencia, e a testemunha affirmando a verdade, na convicção ou proposito de dizer falsidade, não commette crime, por isso que feita o elemento objectivo do falso testemunho.

Não se faz mister a indagação do fim, muito embora, como nota HALSCHNER, no fundo da consciencia da falsidade se encontre sempre uma parte da intenção de prejudicar; o fim é tomado em consideração para a graduação da pena.

Do expendido, deduz-se que não ha crime, quando a testemunha labora em erro, em boa fé ou em ignorância — *testem qui deponit non dolo, sed per errorem et ignorantiam, de falso non puniri*, dizia FARINACIUS. Não é admissivel falso testemunho culposo, muito embora se veja incriminado nos codigos allemão, art. 163 e hungaro, art. 221. Attendendo a ser o falso testemunho crime essencialmente doloso, é que os autores estabeleceram como regra da materia que para constatar a má fé de uma testemunha, precisava não sómente provas concludentes e necessarias, mas ainda que estas provas fossem mais perfeitas do que outros delictos. Dizia Farinacius: *Quod ad probandum falsitatem testis, non tantum requiratur concludens et necessaria probatio, sed etiam strictior et magis exquisita quam in aliis delictis*. Na duvida, entendia que se devia suppor ter deposto a testemunha por erro e não por dolo: *In dubio præsumentur testem falsum deposuisse potius per errorem et ignorantiam quam dolo*.

243. O terceiro elemento do crime de falso testemunho é o *damno*, sem o qual a mentira seria apenas uma immoralidade.

Não se requer, porém, *damno* effectivo, ou que haja decisão ou sentença erronea, motivada pelo engano a que foi levado o juiz, bastando sendo o *damno* potencial, o que se verifica sempre que a falsidade versa sobre circumstancias do facto, sem o que, aliás, como já mostrámos (n. 237) faltaria base para a imputabilidade *physica* ou *juridica*. Não é necessario, tampouco, o *damno* privado, que até pôde não occorrer, como no caso de falso testemunho em favor do accusado, que tenha resarcido o offendido.

Trata-se de um crime contra a fé publica, e este bem *juridico* já fica lesado com o depoimento falso, apto para surtir o effecto a que tendia. Por outra, com a prestação do depoimento falso, já foi affectado o lado formal do direito, como meio violador do lado substancial do mesmo direito, violado direito, como meio violador do lado substancia do mesmo direito, violada ficando a fé da sociedade no seu fim fundamental.

Por não depender mesmo o *damno* do exito concreto da acção judicial, é que nenhuma influencia tem sobre o crime em questão a extincção da mesma acção ou da condemnação, a absolvição ou não do accusado nessa acção, ou a decisão, qualquer que seja, proferida em gráo de recurso (LUCCHINI, BABBONI).

244. O expendido anteriormente mostra que o crime de falso testemunho fica consummado com a conclusão do depoimento e sua assignatura: é um crime formal, o que quer dizer que se integra com a pratica do acto, independente do evento.

Não é admissivel a tentativa. Não se pôde admitir começo de execução com o inicio do depoimento, porquanto este forma um todo inteiriço, indivisivel. Em quanto não fôr encerrada, a testemunha pôde rectificar, modificando, ou nullificando seus ditos, e, assim, seu pensamento só se torna definitivamente formulado com a conclusão do acto; que elementos, pois, tomar para começo de execução?

Não tem sido, porém, uniforme em doutrina, com reflexo na jurisprudencia, a determinação do momento consummativo do crime. Escriptores, especialmente francezes, destacando-se entre outros CHAUVEAU, HÉLIE e GARRAUX, entendem que só depois do encerramento do processo, por isso que até então é possivel a retractação, o crime se reputa consummado. Sob a influencia de tal doutrina, assim se pronunciaram autores nossos, quer na vigencia do anterior código, quer na do actual. Adcptando argumentos addidos ante aquelle código, VIVEIROS DE CASTRO sustentou, em varias decisões, que era necessario, para a sancção penal do testemunho falso, 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 pôde ainda retractar-se no plenario, restabele-



cendo a verdade dos factos. Demais, o código penal gradua a pena, segundo o depoimento é prestado para absolvição ou condemnação.

Absolvição ou condemnação sómente pôde ter logar no plenário, limitando-se a pronuncia á averiguação do crime e os indícios vehementes de quem seja o delinquente”. Ha a considerar primeiramente, como argumento geral em contrario, aliás não ponderado, a classificação do crime do falso testemunho nos dois códigos, trazendo já a do actual elucidação completa para o caso. Se no anterior código o perjurio se incluia no titulo dos *crimes contra a boa ordem e administração publica*, no actual se encontra no titulo dos *crimes contra a fé publica* com isto mostrando desde logo o legislador que o considerou como crime formal, e, pois, consummando-se com o proprio acto, a exemplo de outros casos de *crimen falsi*.

Quanto ao outro argumento, já adduzido por SILVA MAFRA e MENDES DA CUNHA, e acolhido por FRANCISCO LUIZ na vigencia do código anterior, ponderava THOMAZ ALVES que o evento concreto, isto é, a sentença de absolvição ou de condemnação em nada influiu sobre o falso testemunho, por isso que este podia tender para a absolvição, e esta não sobrevir, ou tender para a condemnação, e esta não se verificar e ninguem sustentava que o perjurio deixasse de existir por essa razão. Por outra, não se devia confundir o fim com a sua consecução. Assim, como conclusão mais natural era tomar a expressão da lei — *para a absolvição*, ou *para a condemnação* — como exprimindo a idéa dada pelo código francez, isto é, depoimento a favor ou contra o accusado (*soit contre l'accusé, soit en sa faveur*), e sendo essa a intelligencia verdadeira do artigo, que resolve todas as questões sem o risco do absurdo, como negar que no summario crime não pôde haver crime de perjurio?”

Esquecem os oppositores, diz EVARISTO DE MORAES, em juridico arrazoado a respeito, de que o direito, quer na sua feição theorica, quer sob seu aspecto pratico, é *essencialmente finalístico*: *que tudo que é juridico tende a um fim*. Todo o processo criminal *tem por fim* a condemnação, alvo da actividade do accusador, seja elle o organ do Ministerio Publico, seja um particular offendido, seja um qualquer do povo (no caso de ser admittida a *accusação popular*). Foi neste sentido que PIMENTA BUENO escreveu: “A acção criminal é o direito ou meio legitimo de demandar, perante os tribunaes, a *applicação da lei penal*, ou a *imposição da pena sobre o delinquente*”. Mais adiante fala na “acção dirigida a exigir a applicação de penas”, incluindo, evidentemente, a *formação da culpa e o plenário*. Ora, quando uma testemunha depõe *contra* o accusado, confirmando, assim, o que allega o accusador, o que se tem em vista é a condemnação, fim que collima a accusação”.

Ora, foi tendo em vista essa disputa, de ser admissivel o crime na phase preparatoria do processo summario ou formação da culpa, ou só no plenário, que o legislador, procurando solucionar o caso de modo expresso.

muito embora a classificação dada ao falso testemunho, e para mostrar que se consumava com o proprio acto, podendo occorrer em qualquer das phases do processo, que usou da clausula, que em contrario nenhuma significação teria, isto é, — qualquer que seja o estado da causa, que não é synonyma, como se pretendeu, da que se segue — *e a natureza do processo*, alli se cogitando do movimento processual, e aqui se de ordem civil, commercial ou criminal.

Improcede ainda o argumento que não vê consummado o crime emquanto puder ter logar a retractação, porque esta, como veremos adiante, não o affecta, antes o presuppõe e deixa subsistir perfeito em seus elementos, e sim, por motivos utilitarios, elimina a pena.

Nesse sentido, e refutando o argumento adduzido, dizia o DR. GABRIEL FERREIRA: “Quanto á restricção do perjurio punivel ás declarações feitas na ultima phase do processo, *porque até lá pôde a testemunha retractar-se*, a jurisprudencia dominante não é menos atacavel e o que principalmente se levanta contra ella é a inelligencia literal dos termos *qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo*, como hem observa o illustre DR. JOÃO VIEIRA, que por seus largos estudos de direito penal tanto se tem distinguido (*Cod. penal interp.*, p. 301). A conveniencia de permittir-se uma retractação em tempo, allegada por alguns escriptores como razão politica em favor do individuo que perjura emquanto a causa não é definitivamente julgada, não altera os termos da questão em face do nosso codigo, 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 essa disposição, não se contesta; mas isentar da pena é uma coisa, e elidir a criminalidade é outra. A retractação tem o effeito de preservar da pena o culpado, mas não pôde ter a de eliminar o crime, porque este se consumma com a terminação do acto do juramento (*FRANZ VON LISZT, Dir. Pen.*, vol. II, p. 519).

Explanando proficientemente o assumpto, e de maneira irrespondivel, rebateu o DR. EDMUNDO MUNIZ BARRETO o accordam unanime que transcrevemos adiante (n. 251. VI), e que no dizer justo de EVARISTO DE MORAES vale por verdadeira lição, convencendo a quantos não queiram persistir no erro, com elle se manifestando de accordo JOÃO VIEIRA e MACEDO SOARES.

245. Acompanhando o codigo anterior, o vigente distingue, para a imposição da pena, a causa em que fôr prestado a depoimento falso, estabelecendo pena menor quando a causa fôr civil, denominação esta que deve ser tomada em accepção ampla, comprehensiva tambem das questões de natureza commercial.

A distincção entre causa civil e criminal, para esses effeitos penaes, tem seu fundamento na diversidade de interesses em jogo em uma e outra causa, de mór relevancia os de causa criminal.

A repressão, porém, se tornaria mais energica, como convinha, em se tratando de crime da gravidade da do falso testemunho, se a pena de prisão celllular se ligasse a de multa, como estabelecia o codigo anterior.

Em causa civil, quaesquer que sejam os depoimentos mentirosos, desde que acarretem prejuizo, são passíveis da mesma penalidade; o mesmo não se dá em causa crime, fazendo o codigo fundada distincção. Estabelece que se o depoimento fôr *para a absolvição do accusado*, a pena é de prisão celllular por seis mezes a dois annos, duplo da estabelecida para o caso de causa civil, e se o depoimento fôr *para a condemnação*, a pena é de um a seis annos de prisão celllular. Já mostrámos que as expressões — *para a absolvição* — *para a condemnação* — são improprias, devendo ser entendidas — *a favor ou contra o accusado*, a exemplo do que estatuem os codigos franceezs hespanhol e portuguez (n. 242). Comprando-se os casos, desde logo se verifica a diversidade quer quanto á perversidade do agente, quer quanto aos possiveis resultados da acção.

Qualquer que seja o motivo ou interesse que guie o testemunho em favor do accusado, é certo que no fundo se vê sempre o espirito de benevolencia e compaixão para explicár o seu comportamento. Qual será, porém, o motivo generoso ou desculpavel que possa levar o honem a depor falsamente contra o eu semelhante? Não pôde ser senão o odio ou a vingança.

Depois, se no caso favoravel ao accusado, o prejuizo é só de ordem social, no caso contrario, duplo é o prejuizo, sacrificados sendo o interesse social e o privado, do accusado (CHAUVEAU e HÉLIE, THOMAZ ALVES).

246. No art. 262 manda o codigo applicar as mesmas penas guardadas as mesmas distincções, estabelecidas no art. 261, a todo aquelle que, intervindo em causa civil ou criminal, no character de *perito*, *interprete*, ou *arbitrador*, fizer, ou escrever, declarações ou informações falsas. A equiparação é de todo fundada.

As suas declarações ou informações, escriptas ou verbaes, são depoimentos de mais força até que os das simples testemunhas, porque elles exercem, embora provisoriamente, uma funcção judicial, mais como auxiliares da justiça, do que no interesse das partes.

O perito, pelo exame, verifica o factio, 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 sua consciencia entende dever dar ao objecto que se lhe apresenta para ser avaliado. A declaração contraria á verdade que o perito faz sobre o factio que examinou; a reproducção pelo interprete de palavras ou de pensamento diversos 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 estabelecimento 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 (MACEDO SOARES).

247. A figura do § unico do art. 262 é a que tradicionalmente, na doutrina e em diversas legislações, tem sido denominada *suborno de testemunha*, compreendendo também, por extensão natural, peritos e arbitradores, e que, em substancia, nada mais é do que caso de participação no crime de falso testemunho. Indagando da razão porque tem sido destacada das normas geraes da cumplicidade, sensu lato, nota CARRARA que uma figura delictuosa só pôde ser contemplada especialmente em um código, sem redundancia, por uma destas razões:

1.º) quando ali não seja previsto o genero a que pertença a figura; 2.º) quando se queira punil-a *mais severamente*; 3.º) quando, ao contrario, se pretenda punil-a mais brandamente.

A primeira hypothese se verifica, quanto ao suborno de testemunha, nas legislações que não contemplam, como delicto *sui generis*, a *instigação para delinquir*. É talvez a isso que se deve referir historicamente a genese do titulo especial de *suborno de testemunha*. As regras da participação não bastavam, desde que a testemunha não tivesse accedido a proposta para depôr falsamente, não podendo haver cumplice sem delicto principal, e de outro lado, não se podendo recorrer ás regras da tentativa, porque o autor do falso testemunho sendo a testemunha e não o subornador, não se poderia encontrar principio de execução onde o supposto autor não se prestasse ao crime.

Assim, para punir o instigador, em casos taes, na falta de disposição geral punitiva de toda a instigação, havia necessidade de erigir-se a figura da instigação de um crime especial.

Dahi, nota ainda CARRARA, porque as Ordenações de Portugal, L. V. t. 54, § 1.º, puniam com açoutes e degredo, o suborno de testemunha, com promessa de dinheiro ou qualquer outra coisa, posto que não fosse acceita a proposta.

Nas mesmas condições, porém, não se achava o código toscano, art. 274, punindo a tentativa de suborno, bem como o suborno consummado, declarando o subornador co-autor do delicto, de falso testemunho, quando tinha previsto a instigação seguida de effeito no art. 49, letr. b, não passando, pois, de uma superfectação aquella disposição. A segunda hypothese poderia justificar o titulo especial em questão, no código francez de 1810, art. 365, por isso que punia mais severamente o subornador, mas tal augmento de pena tendo sido abolido pela reforma de 1832, equiparando-a á da testemunha falsa, sem razão continuou a disposição daquelle art. 365, tendo o código estabelecido de modo geral que o cumplice, por instigação, fosse punido com a mesma pena do autor principal.

Nota mais que uma tal especialisação foi ainda levada mais além por outras legislações, como as Ordenações citadas, § 2.º, distinguindo entre o

crime de suborno de testemunhas e o crime de *apresentação de falsas testemunhas* scientemente feita, constituindo esta hypothese um titulo distincto na noção e na pena. Conclue por considerar o suborno, na sua substancia juridica, como instigação para delinquir, e, assim, a disposição especial a respeito não nasce de condições *intrinsecas* do facto, mas de uma accidentalidade exterior, a imposição de pena diversa. A estabelecer, pois, pena egual para o subornador e para a testemunha falsa, não há necessidade de disposição especial, vigorando, então, as regras geraes da participação, uma tal disposição não passando de uma superfluidade.

Não admittindo, nem reconhecendo motivos excepçionaes para desviar o falso testemunho, quanto ao criterio punitivo, das regras da cumplicidade, entende o eminente criminalista que o titulo de *suborno de testemunhas* não merece ser conservado em um codigo como especialidade criminosa.

Afastando-se do codigo toscano e da lição de CARRARA, o codigo italiano, art. 218, qualifica o suborno como delicto distincto, incluindo-o na mesma classificação do falso testemunho, pela attinencia que tem com este, que lhe serve de presupposto, pois, só é punivel, como delicto perfeito, verificado o falso testemunho, ou falsa pericia ou interpretação.

Prevê tambem especialmente a tentativa de suborno, e neste caso especifica os meios de suborno, como podendo ser ameaças, dons ou promessas, por ser facil a prova e de mais gravidade, o facto, explicando-se ainda a disposição pela pena, que é diversa da estabelecida em geral para a tentativa (BABBONI).

A pena imposta ao subornador, quando consummado o suborno, pela pratica do falso testemunho pelo subornado, é graduada conforme as modalidades daquelle crime.

O nosso codigo criminal de 1830 não continha disposição alguma a respeito do suborno de testemunhas, trilhando assim o caminho depois preconizado por CARRARA como o unico admissivel, regendo o caso as regras geraes de participação e a disposição sobre a aggravante geral do art. 16, § 11, correspondente á do art. 39, § 10 do vigente codigo (paga ou promessa de recompensa). Este innovou a respeito, consignando a disposição do § unico do art. 262, que só se póde explicar pela imposição de pena maior que podia trazer a aggravante alludida, sendo superflua a disposição, na segunda parte, mandando applicar ao subornador, que chama de peitante, a mesma fena do que se deixar peitar, recebendo dinheiro, lucro ou utilidade para prestar depoimento falso, ou fazer declarações falsas, verbaes ou por escripto.

Dizemos superflua porque o codigo considera o peitante como co-autor do peitado na prestação do falso testemunho, regendo-se, então, o caso pelo art. 18, § 2.º com referencias aos arts. 261 e 262. Destacando assim esse caso, para applicar pena mais grave, attendendo a ser profundamente immoral o movel do crime, não quer dizer com isso que as outras formas de co-autoria intellectual, previstas no art. 18, § 2.º, isto é, a promessa, o man-

dato simples, o constrangimento e o abuso ou influencia de superioridade hierarchica não possam tambem occorrer em caso de falso testemunho ou de falsas declarações, passivel, então, o co-autor intellectual ou instigador da pena não aggravada do art. 262 como o peitado. Considerando, pois, o codigo o caso de subornar como de participação pelas regras desta se deve reger a especie.

248. N art. 263 se occupa o codigo da retractação do depoimento falso e das falsas declarações. Observa PESSINA que “o falso testemunho, emquanto é, como palavra do homem, sujeita ao seu arbitrio, pôde ser retirada. E esta retractação é desistencia salutar do proposito criminoso; e o legislador no interesse dos direitos do individuo e da sociedade humana, no interesse da verdade e da justiça, posto que pune a testemunha falsa, deve adoptar toda meio legitimo para reconduzi-la ao caminho da verdade, e obter em tempo util a retractação”. São considerações utilitarias de manifesta procedencia, justificando sufficientemente o instituto.

Alguns codigos nada dispõem a respeito, como o francez, o belga, o austriaco, o hollandez, o nosso de 1830; mas em França e na Belgica, a doutrina, por eminentes criminalistas, admite a retractação, com isenção de pena, quando feita antes do encerramento dos debates, attendendo a não occurrencia do damno immediato. (CHAUVEAU e HÉLIE, TREBUTIEN, BLANCHE, HAUS, NYPELS), o que tem sido acceito pela jurisprudencia (Cas. de Paris, de 4 de julho de 1837, de 19 de abril de 1839, de 22 de julho de 1843, de 3 de junho de 1846 e de 11 de novembro de 1858). Outros codigos admittem a retractação apenas com effeito attenuante, como o allemão, outros com o effeito extinctivo de pena, como o hungaro, o de Ticino, e finalmente outros com os dois effeitos, como o italiano, o de Wand, o de Neuchatel, o de Berna. O nosso codigo, ora vigente, admite a retractação só no effeito extinctivo, e applicavel ao depoimento falso e ás falsas declarações de peritos ou arbitradores, fixando como tempo util em que pôde ter logar, o que vae até a *sentença proferida na causa*, o que se deve entender, diz JOÃO VITTA, por *sentença definitiva*, ou ao menos *final*, ainda que dependente de recurso e de revisão sem nenhuma duvida, porque é um recurso extraordinario, que presuppõe *sentença definitiva* passada em julgado.

Na *opinio communis* dos autores a retractação não exclue o delicto de falso testemunho ou de falsas declarações, antes o presuppõe perfeito em seus elementos, e só tem influencia sobre a pena (ZERBAGLIO, INNAMORATI, D'ANTONIO, BABBONI, etc.).

Para surtir seus effeitos, notam NYPELIS e SERVAIS, que a retractação deve consistir em uma volta explicita, ou implicita á verdade; a testemunha não pôde se limitar a pedir que seu depoimento seja considerado como nenhum e a dizer que recusa depôr de novo.

249. A figura do art. 264 é a da accusação calumniosa.

A respeito deste crime, quer quanto á conceituação, quer quanto á collocação systematica, não tem havido uniformidade na doutrina e nas legislações. Segundo o direito romano, a falsa accusação, qualificada pela *lex Romana* e pelo *Senatus consultum Turpilianum*, se manifestava por um dos tres crimes em que podiam incorrer os *temerari accusatori*, isto é, pelo *calumniare* (*falsa crimina intendere*), pela *prævaricatio* (*vera crimina abscondere*) e pela *tergiversatio* (Dig. L. 48, 16).

A pena, desde o periodo imperial, era o talião ligado á infamia, e pela *lex Cornelia de sicariis* punia-se tambem á provocação dolosa de uma condemnação capital. A pena de talião continuou a ser applicada pelas legislações medievas, e tambem pelo direito canonico, que depois estabeleceu penas determinadas.

Não se distinguia, porém, de modo preciso a falsa accusação da calumnia ou diffamação. O codigo francez, de 1810, art. 373, qualificou a falsa accusação, ou como a denomina, *denunciação calumniosa*, inspirado na concepção de constituir uma especie de calumnia, olvidando que não se trata de um crime privado, de um attentado á honra, mas sobretudo de um attentado contra instituições do Estado, pois justamente a instituição que é destinada a proteger o direito, por esse crime se converte em instrumento da injustiça, visando a punição do innocente. Approximando-se desta directriz o codigo allemão colloca o crime em questão entre os concernentes ao juramento e relativos á religião, tendo como decisivo o attentado á administração da justiça, por isso que considera essencial a denuncia dada á autoridade, enquanto outros codigos o classificam entre os contrarios á fé publica, como o toscano, e outros mais precisamente contra a administração da justiça, como o italiano. Neste codigo se denomina a falsa accusação de *calumnia* (art. 212), e de *diffamação* o attentado á honra pela imputação de facto determinado e tal a expôr a pessoa ao desprezo ou ao odio publico (art. 393).

Diversificam ainda os codigos quanto á latitude do crime de falsa accusação, pois ao passo que o allemão fallo consistir na imputação falsa da pratica de uma acção punivel ou da violação de um dever do cargo ou do serviço (art. 164), o francez (art. 373), o belga (art. 445) e o portuguez (art. 245), não especificando, têm sido interpretados como se referindo a crime, contra-venções e a factos que, verdadeiros, dariam logar a suspensão ou demissão de emprego, e restringindo a factos puniveis a imputação falsa, estatuem os codigos toscano (art. 257), o sardo (art. 375), o italiano (art. 212), o do cantão de Ticino (art. 178), o hespanhol (art. 340), o austriaco (art. 209), etc.

Uma variante ainda encontramos, e é que nos codigos italiano, toscano, sardo, do Ticino, o crime de falsa accusação se manifesta sob duas formas, a chamada *calumnia verbal* ou *directa*, consistente na imputação de crime a

quem é innocente, e a chamada *calunnia real* ou *indirecta*, consistente em somar a cargo de alguém, que se sabe innocente, os traços ou indícios materiaes de um crime.

O nosso código de 1830, prendendo-se á orientação do código penal francez, qualificava como especie de crime contra a honra, na forma verbal, a falsa accusação (art. 235). O vigente, tomando-o como fonte, classifica-o, porém, como crime contra a fé publica (art. 264).

Segundo este dispositivo são elementos do crime:

- 1) queixa ou denuncia formal;
- 2) imputação falsa de factos que, si fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal;
- 3) o dolo.

250. I — É necessario que a accusação se traduza por meio de *queixa* ou *denuncia* em forma, isto é, como forma de proposição da acção penal, e, assim, um ou outro desses actos da causa deduzido com os requisitos do Cod. do Proc. Criminal, art. 79, e dirigido á autoridade judiciaria competente. Esse sentido resalta, além do contexto do art. 264, em face do nosso systema processual, da rubrica da secção, onde se lê — das *queixas* e *denuncias falsas em juizo*, como ainda de elemento historico. O código anterior, art. 235, estatua: “A accusação proposta *em juizo* provando-se ser caluniosa e intentada de má fé é punida com a pena do crime imputado no gráo minimo”. Questionava-se qual fosse o limite da proposição — *accusação proposta em juizo*, já na terminologia, já no tempo e termo do processo.

Tendo este por base ou acto inicial a *queixa* ou *denuncia*, por via de regra, segundo o disposto nos arts. 72 e 74 do Cod. do Proc. Criminal, indaga-se se existia *accusação proposta em juizo*, desde que houvesse *queixa* ou *denuncia*. THOMAZ ALVES era dos que entendia, e muito bem, pela affirmativa, porquanto tratando-se de crimes de algada, com a *queixa* ou *denuncia* já se teria *juizo plenario*, e portanto *accusação*; nos casos de previa formação da culpa, devendo a *queixa* ou *denuncia* ser juradas (art. 78 do cit. Cod.), formalidade tanto mais importante quanto a assignatura do *queixoso* ou *denunciante* ficaria satisfeita pela do juramento, prestado perante o *juizo* antes de começar a formação da culpa (Avis. de 9 de abril de 1836), se a *queixa* ou *denuncia* fosse falsa, de certo que haveria um *perjurio*, de que aliás não curava o art. 169 do Código Criminal, e portanto ou este devia ficar impune ou ter repressão no art. 235. Assim, não hesitava em affirmar que no termo *accusação* de que usava este artigo do Código se comprehendia não só o facto da accusação em processo plenario, como a *queixa* ou *denuncia* no processo summario. Para pôr termo á duvida, o legislador de 1890 qualificou o crime por outra forma, fazendo referencia exclusiva á *queixa* e *denuncia*, que uma vez deduzidas em *juizo*, com facto falso e com má fé, integrado ficava o crime de falsa accusação. Entendeu o legislador que só com a *queixa* ou *denuncia* em forma se authenticava devidamente a accusa-



ção, se determinava o seu objecto e se traduzia inequivocamente a intenção do accusador. Afastou-se assim do que tem sido assente na jurisprudencia e na legislação de outros povos, especialmente na França, na Italia, na Alemanha, onde se tem entendido que basta uma denunciação sem mais formalidades, mesmo anonyma, por petição, por carta, por qualquer escripto ou impresso, e, segundo autores e julgados italianos, verbal, desde que seja reduzida a escripto pela autoridade, para se constituir a materialidade do crime.

Por qualquer desses meios, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, se pôde obter a authenticidade, a delimitação da accusação e intenção de seu autor, evitando-se ainda a impunidade, especialmente dos mais perigosos, os denuncia-dores anonymos. Sob a influencia desta doutrina, aliás melhor assecutoria do interesse social, é que VIVEIROS DE CASTRO sustentou ser a que teve acolhida pelo nosso codigo. “Empregando a phrase — *dar queixa ou denuncia* — o codigo 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 so nas queixas e denunciaes dadas perante as autoridades *judiciarias*, como tambem perante as autoridades *policiaes* e *administrativas*. Destes principios resultam tres consequencias: 1.<sup>a</sup> a queixa ou denuncia pôde ser verbal ou escripta; 2.<sup>a</sup> não é necessario que a queixa tenha os requisitos estabelecidos no Cod. do Proc. Criminal; 3.<sup>a</sup> a queixa verbal deve ser reduzida a termo (sentença inserta na *Jur. Crim.*, ps. 269 e segs.) O que expendemos mostra que *de jure constituto*, essa solução não pôde ter acolhida, e assim se tem pronunciado o Supr. Trib. Federal e Tribunaes dos Estados.

251. II — Os factos imputados devem ser *falsos* e assumir a configuração de *crime*. É evidente que se os factos fossem verdadeiros, a base do crime desapareceria, e não haveria falsa denunciação. A falsidade da imputação pôde ter logar, ou quando se attribue a alguém um crime inexistente, ou quando um crime existente é attribuido a um innocente.

Se a falsidade versar sobre circumstancia, só poderá ser objecto de falsa accusação se essa circumstancia constituir por si mesma um crime.

Não é de admitir-se, pois, perante o nosso codigo, a distincção entre innocencia absoluta e relativa, feita por CARRARA. Como o facto imputado *deve constituir crime e sujeitar seu autor á acção criminal*, dada sua veracidade, não constitue accusação falsa, se assume a configuração de contra-venção, ou mesmo de crime, mas estando extinto o direito de punir por alguma das circumstancias previstas em lei (prescripção, perdão, etc.), ou circumstancia justificativa pessoal (furto nos casos do art. 335), ou faltar um requisito processual, uma vez que isto decorra do conteúdo da queixa ou denuncia, ou ainda, dada esta condição, se falta a illegalidade necessaria do facto, a imputabilidade ou a culpa do accusado ou uma condição de punibilidade, como, por exemplo, se alguém é accusado de ter morto a outrem

em legitima defesa ou em estado de completa embriaguez, casos estes em que pôde dar-se apenas injúria (LISZT, FERRONI-FERRANTI, etc.).

252. III — O dolo está na má fé, na sciencia da falsidade da accusação, ou da innocencia do calumniado. Não é necessario o dolo de proposito, bastando o eventual. É indifferente, pois, indagar do motivo ou fim: seja o agente levado pelo ódio, ou pelo interesse pessoal, por exemplo, para desviar a suspeita que se levanta contra sua pessoa, ou para obter a revogação da sentença contra elle proferida ou por especulação, o elemento moral do crime fica integrado sómente com a sciencia da innocencia do caluniador (LISZT, BABBONI). Desde que a falsa accusação deve ser deduzida por denuncia ou queixa formal com o já mostramos, não ha que indagar, como fazem escriptores estrangeiros, se feita *sem espontaneidade*, quando o agente é interrogado como testemunha ou accusado, se tal conjunctura, especialmente quando a calúnia é *per retorsionem* ou *per exceptionem*, exclue o dolo. Este fica, sim, excluído se occorrem causas legitimas de erro, como taes se entendendo todos os indícios que pareçam sufficientes para tornar provavel o facto imputado (CHAUVEAU e HÉLIE). FARNACIUS cita como exemplo o caso em que a denunciação se apoia em declaração de uma testemunha que depois se retractou.

Como regra, pôde-se dizer que a má fé sendo da essencia do crime, tudo o que tenda a excluil-a, exclue tambem o crime. O expellido applica-se tambem quando denunciante é o organo do Ministerio Publico (CHAUVEAU e HÉLIE). Tem sido firmado pela jurisprudencia franceza, com acolhida pelo nosso Supr. Trib. Federal, que a verdade ou falsidade dos factos imputados forma uma questão prejudicial que deve ser julgada necessariamente, em juizo competente, para que seja possivel apreciar o character moral da denunciação.

Nesse sentido decidiu VIVEIROS DE CASTRO que, para que exista denuncia calumniosa é necessario que a falsidade do acto criminoso, attribuido ao querellado, seja demonstrada por uma decisão judicial definitiva, e como tal não se podendo considerar o despacho mandando archivar autos de inquerito policial, a requerimento do Ministerio Publico, porque: 1.º sómente pôde haver sentença depois da formação da culpa, percorridos os tramites regulares do processo; 3.º havendo recusa do Dr. Promotor Publico em dar denuncia, o Juiz não tinha competencia para formar a culpa, na especie, por não se verificar o caso do § 3.º do art. 407 do codigo penal, sendo portanto o despacho de archivamento não uma apreciação do facto, mas o unico cabivel no caso". O crime de falsa denunciação se consumma desde que apresentada e recebida em juizo competente seja a queixa ou denuncia, lesada já ficando a fé publica, que têm os actos do procedimento judicial.

Não é admissível a tentativa, por isso que se a autoridade judiciaria, ao lhe ser presente a queixa ou denuncia, fica conhecendo sua falsidade, não a recebendo, por isso, deixa de haver perigo para o direito que se queira lesar, c. pois, razão de imputabilidade (BABBONI).

## 253. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. A pronuncia do réo no art. 264 combinado com os arts. 330, § 4.º e 331 n. 4 § 1.º do Cod Penal, pelo crime de denunciação calumniosa permite fiança por ser a pena considerada inferior a quatro annos de prisão. Nada obsta o disposto na Lei n. 628 de 28 de outubro de 1899 que, por motivos especiaes, abriu uma excepção áquella regra, tornando inafiançavel o crime de furto visto nenhuma influencia exercer elle sobre o art. 264 do mesmo codigo (*Ac. de 11 de outubro de 1911*).

II. Denunciação criminosa não é senão a queixa ou denuncia contra alguém, imputando-lhe factos que, si fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal, sendo elemento primordial desse crime o *dolo* ou *má fé* (Cod. Penal. art. 264). São ainda requisitos para existencia dessa crime que a queixa ou denuncia satisfaça os requisitos do art. 79 do Cod. do Proc. Criminal, e seja apresentada a autoridade judiciaria, e que a falsidade dos factos imputados seja constatada por decisão judiciaria definitiva, como tal não se considerando a sentença de impronuncia, decisão essa de juiz ou tribunal competente para estatuir sobre os factos imputados (*Ac. de 11 de dezembro de 1912, confirmando decisão do Juiz Federal do Espírito Santo*).

### DISTRICTO FEDERAL

III. Para existir o crime de testemunho falso, nos termos do art. 261 do Cod. Penal, é necessario que a asseveração tenha lugar em *juizo*. Na expressão *juizo* a lei só comprehende o tribunal competente para instruir o processo civil ou penal e sob as formas determinadas nas leis do processo — GARRAUD, *Tr. Jir. pen.*, vol. 5, p. 4. As pessoas que depõem como testemunhas em actos de instrução puramente preparatoria não podem ser processadas como perjuras, porque seus depoimentos não têm um character definitivo, podem ainda ser retractados, faltando, pois, ao seu acto um dos elementos essenciaes do delicto, a possibilidade do prejuizo — BOITARD, *Dir. crim.*, p. 407. O falso testemunho não está consummado legalmente senão quando elle não pôde ser mais retractado, isto é, sómente após o encerramento dos debates, sendo, portanto, prematura a repressão desse facto criminoso, se intervem antes das conclusões do Ministerio Publico e a defesa do acusado sobre a causa principal — Aresto da Côte

de Cassação de 20 de novembro de 1868, CASATI, *Cod. pen. fr.*, p. 160 (*Sentença de VIVEIROS DE CASTRO, de 12 de setembro de 1895, confirmada, por seus fundamentos, pelo Cons. do Trib. Civil e Crim.*)

IV. Os elementos essenciaes do delicto previsto no art. 261 § 3.º do Código Penal são: a) o depoimento falso; b) a prestação desse depoimento em juizo civil ou criminal; c) que elle seja dado sob juramento ou affirmacção. Nesta enunsração encerra-se a definição do mencionado crime. O elemento intencional do delicto, é certo, encontra-se no dolo com que é prestado o depoimento, isto é, no proposito deliberado de alterar a verdade subjectiva ou objectiva; subjectiva, dissimulando os elementos da propria convicção, objectiva, dando como verdadeiros ou existentes factos que não são ou não existem, como falsos e não realizados factos veridicos. A contradicção entre a verdade sabida pelo agente e o conteúdo do depoimento deve achar-se, não na proposição affirmada pela testemunha, a qual pôde ser falsa ou verdadeira em si mesma, sem que importe ao delicto, mas na relação entre a mesma proposição e o estado de crença em que ella tem o espirito. Não era necessario que o Código Penal definisse o dolo nesta especie; desde que a constituição do elemento psychologico de todos os delictos está definida no mesmo Código Penal. A distincção entre a falsidade absoluta e a falsidade relativa não aproveita. A testemunha que affirma ter visto um facto verdadeiro, sem que houvesse visto, é substancialmente verdadeira, mas relativamente falsa, emquanto quer fazer crer como certo o facto proprio de haver visto, quando não viu. Esta questão, todavia não tem importancia, desde que a falsidade versa sobre o objecto principal, como succede no caso vertente. O dolo nestes delictos constitue-se pela contradicção entre o espirito e a palavra daquelle que depõe (*Accordam do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 25 de abril de 1896*).

V. E' o principio corrente entre os criminalistas que não pôde haver crime de testemunho falso em actos de instrucção preparatoria; o delicto não está consummado, o depoimento pôde ser ainda retractado no plenario, restabelecendo a testemunha a verdade dos factos que anteriormente alterára. "Os termos do art. 361, dizem CHAUVEAU e HELIE, *Theoria do Código Penal*, vol. 2.º, § 3.063, suppõem com effeito que falso testemunho tenha sido produzido no curso dos debates que procederam a julgamento, pois exige tenha sido prestado pró ou contra o accusado e consequentemente depois da sentença de pronuncia, quando está encerrada a instrucção.

Diante do juiz da instrucção o depoimento não é sinão uma informação que serve para dirigir a prevenção, mas que não influe necessariamente sobre sua sorte; sua falsidade não tem effeitos irrevogaveis; é um acto preparatorio do crime, não é ainda o crime.

O delicto não fica consummado senão quando o depoimento tornou-se irrogavel, senão quando o prejuizo que elle produziu torna-se irremediavel.

Pode-se accrescentar, ainda que é prudente não punir um depoimento prestado na instrução preparatoria, porque seria coagir as testemunhas a perseverarem em suas declarações mentirosas com medo de serem processadas como testemunhas falsas.” E’ certo que um escriptor illustre, que é tambem um distincto membro do Ministerio Publico, PERET, Procurador Geral da Republica junto á Côrte de Appellação de Poitiers, levantou-se contra a doutrina de CHAUCHEAU e HELIE. Na *Reforma do Codigo Penal*, pag. 53, escreve elle: “E’ um erro affirmar que o depoimento falso prestado na instrução não possa causar prejuizo. Sem falar do caso de morte da testemunha falsa, onde não lhe é mais possivel restabelecer a verdade que adulterou, o depoimento mentiroso pôde causar prejuizo, quer contra o accusado, quer contra a sociedade. Contra o accusado, sujeitando-o á prisão preventiva e os efeitos juridicos de uma sentença de pronuncia. Contra a sociedade, fazendo que o juiz negue a prisão preventiva, o que permite ao criminoso evadir-se ou julgue improcedente a denuncia ficando assim impune o delinquentie.”

Mal grado a procedencia desta observação, a theoria de CHAUCHEAU e HELIE é preferivel. O fim do processo é a investigação da da verdade, a demonstração da innocencia ou a culpabilidade do accusado. Este fim não poderia ser obtido si o receio da pena impelliss a testemunha a perseverar no erro ou na mentira. Até o pienario ,até o momento decisivo da sentença, a lei deve facultar á testemunha meios de reparar o prejuizo que causou. E’ por isto que a quasi unanimidade dos escriptores sustenta que não pôde haver crime de testemunho falso em actos de instrução preparatoria — HAUS, *Direito Penal Belga*, vol. 1.º, § 393; RILAROLA, *Codigo Penal Argentino*, vol. 3.º, § 1.179; BONIER, *Tratado das Provas*, vol. 1.º, § 330; BOITARD, *Direito Criminal*, § 401; GARRAUD, *Tratado de Direito lPena Francez*, vol. 5.º, § 5.º; aresto da Côrte de Cassação de 20 de novembro de 1868, CASATI, *Codigo Penal Francez*, pag. 160. E foi esta a doutrina sustentada pelos autores patrios, firmada pela magistratura do imperio. “Em regra, porém, emquanto é possivel a retractação, diz FRANCISCO LUIZ (*Codigo Criminal*, pag. 309), emquanto não ha sentença absolutoria ou condemnatoria passada em julgado, emquanto não são proferidos os ultimos julgamentos na causa em que depoz a testemunha accusada, deixa de haver elementos para o crime de prejuizo, não pôde ter logar o seu processo, não se pôde legitima e rasoavelmente fazer applicação da respectiva pena. E’ isto o que resulta da disposição cesse artigo 169 comparado com os arts. 55 a 57 da Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841 e com os arts. 360 a 365 do Regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842; e o contrario além de inconveniente é summamente impolitico.”

No mesmo sentido manifesta-se MENDES DA CUNHA — *Observações ao Codigo do Processo*, pag. 115 — e assi mfoi julgado pela Relação da Côrte em accordam de 3 de setembro de 1867 — PAULA PESSÔA, *Codigo Criminal*, pag. 271. Não se diga que o Codigo Penal da Republica, empregando no

art. 261 a phrase — *qualquer que seja o estado da causa* — admite que o delicto de testemunho falso possa ter logar em actos de instrucção preparatoria. *Qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo*, é expressão synonymica, idêntica, que o legislador empregou para tornar bem claro que o delicto de testemunho falso pôde ter logar não só em processos crimes, como civéis e commerciaes. E si assim não fosse não teria o Codigo nos §§ 2.º e 3.º do citado artigo mencionado as duas modalidades do delicto, si o depoimento foi prestado para absolvição e condemnação, o que definitivamente exclue actos de instrucção preparatoria e só comprehende o plenario (*Ac. da Camara Criminal do Tribunal Civil e Crim. de 27 de junho de 1896*).

VI. Para a constituição juridica da figura delictuosa do *testemunho falso*, de que trata o art. 261 do Codigo Penal, é necessaria a existencia das seguintes condições: a) que o agente do delicto tenha deposto como testemunha em *causa* ou *processo*, b) que a causa ou processo esteja affecto á *autoridade judiciaria*, ou *policial* quando funciona como tribunal de justiça; c) que a tesmunha tenha prestado *juramento* ou *afirmação*; d) que tenha asseverado uma *falsidade* ou *negado a verdade*, no todo ou em parte, sobre *circumstancias essenciaes* do facto a respeito do qual depuzer; e) que a testemunha tenha agido com a intenção de *enganar a Justiça*, isto é, com a vontade de *commettre le faux temoignage en tant que délit*. (GARRAUD, *Th. du Cod. Pen. Franc.*, tomo 5.º, n. 6). Esta figura delictuosa divide-se em duas sub-figuras, segundo a especie do direito formal a que pertence a causa ou processo: 1.ª, si este for *civil*, 2.ª, si for *criminal*. A segunda sub-figura differencia-se em duas modalidades: a) quando o depoimento é prestado para *absolvição do accusado*, isto é, a seu favor: b) quando o depoimento é para a *condemnação do accusado*, isto é, *contra eset*.

Resolvendo a controversia doutrinaria e jurisprudencial a que tantas vezes deu logar o dispositivo do art. 169 do antigo Codigo Criminal, que silenciava quer quanto a *phase do processo* em que se podia dar o *perjurio*, quer como o Codigo Penal Francez, quanto aos effeitos juridicos e as condições de permissibilidade de *retractação*, o legislador de 1890 incluiu no art. 261 as palavras — “qualquer que seja o *estado da causa e a natureza do processo*” — e dispoz no art. 263 que “não terá logar supposição de pena si a pessoa que prestar o depoimento falso... retractar-se antes de ser proferida sentença na causa”. Consequientemente, o *testemunho falso* pôde verificar-se em *qualquer phase do processo criminal*, nos actos *preparatorios* das acções sujeitas á Junta Correccional ou no *juulgamento perante esta*: no *summario de culpa dos processos affectos a Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal* ou ao *juiz preparador dos processos do Jury*, como nos respectivos *plenarios*.

Nestas condições, as palavras do Codigo “si para *absolvição do accusado*, si para a *condemnação*”, nenhum argumento ministram á erronea interpre-

tação que circumscreve o testemunho falso á *phase do plenario*, interpretação anachronica que abandona a *ratio legis* do novo Codigo para alimentar a velha controversia criunda do laconismo do art. 169 do Codigo de 1830. Aquellas palavras outro sentido não tem que o de *depoimento a favor ou contra o accusado*, tal como se expressa, além de outros codigos, o Codigo Penal Francez, no art. 361. O momento consummativo do delicto de testemunho malso realiza-se quando não é mais possível a *retractação*, a qual só pôde dar-se emquanto não é proferida *sentença* na causa (cit. art. 263). Nos processos communs, encerrado o summario de culpa a decisão subsequente ou é uma *sentença de não pronuncia*, interlocutoria mixta, que põe termo ao feito materialmente, e até pôde decidir de modo definitivo, em absoluto, verificado um dos casos do art. 27 do Codigo Penal, ou é um *despacho de pronuncia*, interlocutoria simples, méro ponto de ligação entre as duas phases do processo; no primeiro caso, attenta a natureza da decisão proferida, a testemunha, não pôde mais retractar-se, ao passo que no segundo a retractação só é obstada pela *sentença definitiva*, no plenario, ou por outra que ponha termo á acção penal (*Accordam do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 2 de abril de 1898*).

VII. São elementos constitutivos do crime de testemunho falso: 1.º, que o depoimento seja prestado em juizo, isto é, perante o juiz ou tribunal competente para instruir o processo civil ou penal e sob as fórmãs determinadas na lei do processo; 2.º, que haja alteração da verdade; 3.º, que do depoimento resulte em prejuizo, real ou possível; 4.º, a intenção fraudulenta, a alteração da verdade sciente e consciente. O Codigo Penal no art. 261 § 1.º emprega a expressão *causa civil*, expressão que se refere unicamente aos pleitos debatidos contradictoriamente, entre as partes e submettidos á decisão do juiz; nas palavras *causa civil* não podem ser comprehendidos os actos de jurisdicção voluntaria; a justificação não é uma *causa* e sim um meio de prova; portanto, não incidem na sancção penal os depoimentos falsos prestados em justificações, accordams do Tribunal Supremo de Hespanha de 15 a 28 de junho de 1882, VIADA Y VILASECA, *Cod. Pen. Hesp.*, vol. 2.º, pag. 467. Mesmo admittindo-se ser a justificação uma *causa civil*, é elemento constitutivo do delicto a intenção criminosa, a má fé da testemunha, seu proposito de illudir a justiça, porque as declarações contrarias da verdade não são necessariamente o resultado da mentira e do dolo, podem ser a consequencia de um erro, de uma perturbação da memoria, de uma illusão dos sentidos, de uma imaginação allucinada (BOITARD, *Dir. Crim.*, pag. 109; acc. da Côte de Cassação, de 15 de julho de 1836; CASATI, *Cod. Pen. Fr.*, pag. 160). Não se apurando na instrucção criminal a má fé dos réos, na duvida deve antes prevalecer a hypothese da boa fé, como já ensinavam os glosadores, *in dubio præsumitur testem falsum deponere potius per errorem et ignoratiam quam dolo*. (*Sentença do DR. VIVEIROS DE CASTRO, Juiz do*

*Tribunal Civil e Criminal, de 22 de dezembro de 1898, e accordam do Conselho do mesmo Tribunal de 12 de setembro de 1901).*

VIII. O art. 261, § 3.º do Código Penal presuppõe o depoimento falso prestado para a condenação do réo. Mas, tal condenação só pôde ter logar depois de haver passado em julgado o despacho de pronuncia, e consequentemente, o despacho julgando improcedente a queixa ou a denuncia torna impossivel a retractação, facto detetminador da isenção da pena (art. 263). As palavras "qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo" empregadas no art. 261 cit., não tem a signaficação que lhes deu o Conselho deste Tribunal. No dominio do codigo de 1830 suscitaram-se objecções ao testemunho falso constituído pelo depoimento prestado no summario, porque o art. 169 referia-se "a absolvição do réo". Taes objecções provinham da interpretação dada pelos criminalistas francezes e belgas ás disposições congeneres de seus Codigos.

De facto, tanto o Codigo Francez (art. 361), como o beiga (art. 215) exigem que o testemunho falso tenha sido prestado "contra o accusado" e antes do despacho de pronuncia (*des mises en accusation*) não pôde haver accusado. Compreende-se que seja assim na França e na Belgica, onde os depoimentos do summario (*instruction*) não são lidos perante o Tribunal do Jury. (Cour d'Assises) e onde, portanto, não pôde haver testemunho falso prestado no summario, para dar logar á condemnação do réo. Outro, porém, é o nosso direito processual, e para prova basta citar as disposições do art. 260 do Codigo do Processo Criminal, prescrevendo a leitura perante o plenario dos depoimentos prestados por occasião do summario e dos arts. 51 e 53 da Lei de 3 de dezembro de 1841, exigindo a intimação das testemunhas do summario para a secção do julgamento, oportunidade que se lhes offerece para a retractação dos depoimentos já prestados. Em contrario ás legislações da França e da Belgica, o nosso direito permite o testemunho falso no depoimento do summario, e dahi as expressões "qualquer que seja o estado da causa". Em contrário a legislação italiana (Cod. Proc., art. 216) o nosso direito não faz distincção entre épocas para retractação, permitindo-a emquanto não proferida sentença, isto é, até a occasião do julgamento.

E si o depoimento prestado durante o summario pôde servir de fundamento para a condemnação do réo, si a testemunha que prestou esse depoimento deve ser intimada para comparecer ao respectivo julgamento; si até o momento desse julgamento a testemunha tem o direito de retractar-se; segue-se, que, o despacho julgado improcedente a queixa ou denuncia, aliás, interlocutorio que não passa em julgado (Cod. Proc., art. 329) tira á testemunha a oportunidade de retractar-se, direito garantido pelo Codigo do Processo, e fundado sobre o interesse social. O art. 261 do nosso Codigo Penal estabelece, como modalidades do testemunho falso a asseveração de uma falsidade ou a negação da verdade, deixando, entretanto, uma outra modalidade prevista no Codigo Italiano (art. 214) qual a "occultação do que se sabe sobre um facto". Ora, não sendo "permittida a interpretação



extensiva por analogia ou paridade” (*Cod. Pen.*, art. 1.º, alin.) segue-se que a terceira modalidade prevista no art. 214 do Código Italiano foi repelida pelo legislador brasileiro e, como consequencia, que só pôde haver testemunho falso no depoimento que asseverar uma falsidade ou negar a verdade. (*Acc. da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, de 26 de novembro de 1898, confirmado por accordam da Camara Criminal da Côte de Appellação, de 3 de outubro de 1899*).

IX. O testemunho falso é punivel depois de proferida *sentença na causa*, porque só apos este acto é que não é mais permittido ao agente retractar-se (*Cod. Pen.*, art. 263); as palavras — “sentença na causa” — e a *ratio juris* daquella disposição, demonstram á evidencia que não existe semelhante figura delictuosa quando as declarações da testemunha não podem influir sobre a solução da causa *civil* ou *penal*; e consequentemente, n’uma simples *justificação para documento* só se verifica o testemunho falso si na causa em que ella fôr apresentada o juiz lhe der valor probatorio, por occasião de proferir a *sentença julgadora* (*Accordam do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 30 de novembro de 1889*).

X. As justificações assumem caracter contencioso e são *causas civeis*, quando firmam uma obrigação juridica, como: 1.º, nas habitações de herdeiros e legatarios, para haverem as heranças e legados dos bens dos defuntos e ausentes, ou as heranças jacente; 2.º, nas habilitações das mães, viúvas e filhas de militares e funcionarios publicos para haverem o meio soldo ou montepio; 3.º, nas dos herdeiros necessarios ou cessionarios de credores da Fazenda Nacional para haverem o pagamento de dividas liquidas e incontestaveis; 4.º, nas que provam demencia ou prodigalidade afim de ser decretada a interdicção de alguém. Estas especies constituem verdadeiras *causas civeis*, apenas chamadas justificações porque os factos são articulados, não por *proverás* mas por *itens justificativos*.

A justificação torna, porém, o caracter de um simples documento de um meio de prova, quando por seu intermedio della nos servimos para instrucção do allegado na causa *civil* ou *criminal*, prova que o juiz aprecia segundo o grão de credulidade que merece. Esse artigo do Código (261) sómente pune os depoimentos falsos prestados em causa *civil*; e quanto aos prestados em justificações simples, quando na causa em que forem elles apresentados, o juiz tiver de lhes dar valor probativo por occasião de proferir a *sentença julgadora*. (*Acc. do Cons. do Trib. Civ. e Crim.*, de 12 de setembro de 1901).

XI. Para existir o delicto de queixa ou denuncia calumniosa nos termos do art. 264 do Código Penal, dois elementos são necessarios — a falsidade dos factos denunciados e a má fé do denunciante — *quando qui sciens aut scire debens aliquem esse innocentem proponit contra eum accusationem*

*aut querellam*. A falsidade dos factos constitutivos de uma denuncia não pôde resultar sinão de uma decisão judicial definitiva — GARRAUD, *Tr. de Dir. Pen. Fr.*, vol. 5.º, § 44. A recusa do Ministerio Publico em dar denuncia não tem o character de um adecisão, porque o Ministerio Publico é parte que requer e sómente ao juiz dá a lei a faculdade de julgar — GARRAUD, *loc. cit.* O simples despacho do Dr. Pretor — *archive-se* — não tem o character de uma sentença: 1.º, porque sómente pôde haver sentença depois da formação da culpa, percorridos os tramites regulares do processo, apreciadas as allegações das partes, os fundamentos de facto e de direito, nos termos do art. 98 do Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, e na presente hypothese não houve formação da culpa e sim sómente inquerito policial, que é apenas um documento instructivo da denuncia; 2.º, porque havendo recusa do Dr. Promotor Publico em dar denuncia, o Dr. Pretor não tinha competencia para formar a culpa, por não se verificar o caso do § 3.º do art. 407 do Cod. Penal, sendo, portanto, o despacho de archivamento não uma apreciação do facto, mas o unico que na especie cabia. Não existindo decisão judicial definitiva, não está provada a falsidade dos factos imputados pela querellada ao auctor, não existe o primeiro elemento do delicto.

O dolo, a má fé, a intenção de calumniar, é tambem um elemento do delicto, pois a denuncia falsa pôde ser o resultado de um erro ou de uma levandade, dando lugar á responsabilidade civil, mas não á responsabilidade criminal — GARRAUD, vol. cit., § 29. (*Sentença do DR. VIVEIROS DE CASTRO, de 11 de fevereiro de 1895*).

XII. Para existir o delicto de queixa ou denuncia calumniosa, nos termos do art. 264 do Codigo Penal, dois devem ser os elementos essenciaes do crime — a falsidade dos factos e a má fé do denunciante. A falsidade dos factos articulados na queixa ou denuncia, deve ser constatada por uma sentença judicial definitiva (Accordam do Conselho Supremo da Côrte de Appellação de 2 de abril de 1895).

Em materia jurídica, uma decisão ou sentença, pôde ter força de definitiva, ou ser definitiva, irrevogavel.

Quando a decisão ou sentença tem força de definitiva, e a accepção technica jurídica, só decide o objecto incidente do pleito, mas si ella é definitiva, propriamente dita, irrevogavel, ella constitue o acto juridico do processo que põe fim á instancia, ou á acção, contra o qual não ha mais recurso ordinario, por haver transitado em julgado.

Entre as decisões assim soberanamente julgadoras, não estão comprehendidos os despachos de impronuncia, embora confirmados em gráo de recuro, visto que não se deve confundir o caso em que o queixoso sómente decahio na formação da culpa, com o em que decahio por effeito de uma sentença judicial de ultima instancia.

O art. 327 do Codigo do Processo Criminal, com razão declara que aquelle que uma vez fôr absolvido de um crime, não poderá ser outra vez

accusado pelo mesmo crime, consagra a excepção *rei judicate* ou a maxima *non bis in idem*, quanto, porém, á simples pronuncia, o principio é outro. O despacho de não pronuncia, por não se haver podido obter a prova necessaria, não é sentença definitiva. não passa em julgado, póde, portanto, ser reproduzido á vista de nova queixa. Não existindo decisão judiciaria irrevogavel, não está provada a falsidade dos factos imputados, e consequentemente, não existe um dos elementos do delicto de queixa ou denuncia calumniosa. (*Accordam do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 5 de setembro de 1896*).

XIII. Nos termos do art. 264 doCodigo Penal são elementos constitutivos da denuncia calumniosa a falsidade do facto imputado e a má fé do denunciante, doutrina já firmada pelos jurisconsultos romanos — *calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus* e desenvolvida pelos glosadores, *quando quis sciens aut scire debens aliquem esse innocentem proponit contra eum accusationem aut querellam*. A falsidade do facto arguido sómente se demonstra por uma decisão judiciaria definitiva, proferida por tribunal competentet para estatuir sobre o facto imputado. A sentença não declarando ser falsa a imputação feita, mas julgando imprudente a queixa pela incompetencia do juizo criminal, visto tratar-se de uma questão que no juizo civil devia ser ventilada, não está, portanto, demonstrada a falsidade do facto imputado (*Sentença do DR. VIVEIROS DE CASTRO, de 6 de dezembro de 1898, confirmada por accordam de 16 de novembro de 1899, do Conselho do Tribunal Civil e Criminal*).

XIV. Nos termos do art. 264 doCodigo Penal o delicto de denuncia calumniosa se constitue quando alguém imputa a outrem falsa e dolosamente factos que si fossem verdadeiros constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal. A falsidade do facto imputado sómente se demonstra por uma decisão judiciaria definitiva proferida pelo tribunal competente para conhecer a especie. A sentença d eimpronuncia não constitue decisão judiciaria definitiva. E' tambem elemento do delicto a má fé do denunciante, *quando quis sciens aut scire debens aliquem esse innocentem proponit contra eum accusationem out querellam*; a erronea apreciação de um facto não constitue a má fé (*Sentença do DR. VILEIROS DE CASTRO, de 27 de fevereiro de 1899*).

XV. Para verificar-se a denuncia calumniosa é preciso provar; 1.º, a falsidade do facto criminoso imputado; 2.º, o dolo que, na phrase de GARRAUD, é o traço caracteristico da calumnia e a intenção deliberada de prejudicar alguém por parte do denunciante, pois é na existencia dessa intenção que se encontra o fundamento do delicto (CHAUVEAU et HÉLIE, II, n. 3. 122) e já fazia o Direito Romano: *calumniatori appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus* (Liv. 23, 4 princ., D., de verb sign.

liv. 16). A má fé, portanto, é o elemento primordial do delicto em questão, tanto que, como ensina FABREQUETTES, uma denuncia pôde ser falsa sem ser calumniosa, tornando-se necessario, para que incida sob a sancção penal, que seja dada maliciosamente e com o intuito de prejudicar. O erro do denunciante não pôde constituir delicto si elle commetter de boa fé: *si quidem justus errorem repererit, absolvit eum.*

Mesmo leviana e temeraria, a accusação, é necessario que o accusado saiba que ella não tem fundamento, e aja sob a influencia do odio e da vingança. (*Accordam do Tribunal Civil e Criminal, de 14 de novembro de 1900*).

XVI. Nos termos do art. 264 do Codigo Penal o delicto de queixa calumniosa se caracteriza quando alguém dá queixa perante a auctoridade, quer policial, quer judiciaria ou administrativa, imputando a alguém falsa e dolosamente factos que se fossem verdadeiros constituiriam crimes e sujeitariam seu autor á acção criminal. São elementos constitutivos do crime de queixa calumniosa: 1.º, a queixa produzida perante a auctoridade; 2.º, a falsidade do facto arguido; 3.º, a má fé do querellante. A falsidade do facto arguido se comprova por uma decisão judiciaria definitiva, proferida pelo tribunal competente para julgar o crime imputado. A má fé do querellante é elemento essencial do delicto, isto é, quando accusa perversamente a outrem certo de 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 obrigam á indemnisação civil. (*Accordam do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 19 de junho de 1902*).

Fundamentando seu voto o juiz DR. CAETANÉ MONTENEGRO, dando as razões de divergencia, accentuou bem a necessidade da prova do elemento moral da denunciação falsa, assim se externando:

“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 indício remoto, mera conjectura, apenas, sem valor juridico para auctorisar a “pronuncia”, nos termos do art. 114 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 pôde não vingar em juizo por dhefeito das testemunhas; a temeridade, a irreflexão, o erro podem ser a causa involuntaria, inconsciente da calumnia juridica.

Dahi 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. 264 do Codigo Penal, ma variante do art. 235 do Codigo Criminal do Imperio.

Aquelle quedá 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 recane 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 logar á absolvição do recorrido, por identico fundamento, não poderá ser pronunciado o recorrente, na ausencia de prova de falsidade scientet e consciente da accusação contra aquelle intentada, prova que destrua 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, protinus calumniar videtur*. Já determinava a lei 1, § 3, do dig. de *Senatuscons. 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 inteução do crime.

XVII. Denunciação calumniosa, no conceito do nossoCodigo Penal, art. 264, é a queixa ou denuncia contra alguém, imputando-lhe factos que, si fossem verdadeiros constituiriam crimes e sujeitariam seu auctor á acção criminal. O elemento primordial desse crime é o *dolo* ou *má fé* (*animus nocendi*) que consiste em saber o denunciante que a sua accusação está em contradicção com os factos, que é falsa e que a sua denuncia provocará um procedimento criminal. Para a existencia legal da denuncia calumniosa é necessario que a falsidade do acto criminoso attribuido ao querellado *seja demonstrada* por uma decisão judiciaria definitiva. O dolo não se presume; deve ser provado por quem o allega, ainda que para proval-o bastem presumpções (*Sentença do Juiz da 3.ª Vara Civel, de 14 de abril de 1908*).

XVIII. Não ha denunciação calumniosa quando o processo crime fôr movido por denuncia do Ministerio Publico (*Accordam da 2.ª Camara da Côte de Appellação, de 9 de novembro de 1909*).

XIX. Não é indispensavel para prova da falsidade da imputação, sentença definitiva de absolvição, bastando para isso qualquer decisão que, embora não constitua coisa julgada, tenha, entretanto, o caracter definitivo e ponha termo ao processo iniciado por queixa calumniosa, como é, sem duvida, o despacho que a julgar improcedente.

E' inafiançavel o crime de denuncia calumniosa de um crime inafiançavel. (*Accordam da 1.ª Camara da Côte de Appellação, de 28 de setembro de 1911*).

XX. Os simples esclarecimentos, embora falsos, prestados sem compromisso, não podem incidir na qualificação de falso testemunho. Retirado em tempo util, o falso testemunho não dá logar á imposição de pena (*Acc. da 3.ª Cam. da Côte de App., de 27 de agosto de 1924*).

XXI. A doutrina professada entre nós pelos mais eminentes juriscultos e a jurisprudencia uniforme e reiterada deste Tribunal consideram um dos elementos constitutivos do crime do art. 264 do Cod. Pen. a circumstancia de ter sido a queixa, considerada calumniosa, dada perante autoridade administrativa ou judiciaria, autoridade com jurisdicção repressiva. A representação á policia para abertura de inquerito ou qualquer outra providencia, se impropriamente cognominada queixa, não caracteriza o crime de queixa calumniosa, segundo tem julgado este Tribunal (Cod. Pen., de GRACCHO CARDOSO, comm. ao art. 264). Assim, em these, o facto praticado pelo paciente não constitue infracção penal, motivo que autorisa a concessão de *habeas-corpus* nos termos do Cod. do Proc. Penal citado, porque o processo por tal facto intentado, constringe illegalmente o direito de livre locomoção do paciente, obrigando-o a comparecer em Juizo (*Acc. da 1.ª Cam. da Côte de App., de 9 de nov. de 1928*).

## ESTADOS FEDERADOS

XXII. Para que se dê o crime definido no art. 264 do Codigo Penal, é essencial que á queixa concorram simultaneamente os elementos de falsidade e de dolo.

A falsidade da imputação e o dolo, existindo separadamente, não são passíveis das penas do art. 264, por isso que o que dá causa a punição não é simplesmente a falsa imputação, mas a má fé com que por esse meio se procura diffamar a honra e reputação alheias, donde se segue que a falta de qualquer desses dois elementos constitutivos do art. 264, traz a impossibilidade de sua applicação juridica. O crime capitulado no art. 264, não pertence á classe dos arrolados no titulo XI do nosso Codigo Penal, que trata da calumnia e da injuria, onde os systemas de penalidade diversificam, muito embora prevaleça, na maioria dos Codigos, o principio de que — *veritas convincit non liberat ab injuria*, — mas a uma outra classe, cuja origem

é sómente toda processual, e que demanda de provas, que devam ser apuradas por sentença, que declare, e reconheça a falsidade da imputação criminosa, e o dolo que a ella presidiu. A não ser assim, não haveria mistér, por parte do legislador, accentuar a necessidade dos dois requisitos — falsidade e dolo, — bastando enunciar que a queixa dada contra alguém, importando factos que possam constituir crime, sujeita apenas o seu auctor, o que seria contrario á doutrina do direito penal.

Para boa interpretação do citado art. 264 não se deve invocar a disposição do art. 211 do Código Italiano, onde procurou inspirar-se o nosso legislador penal, por isso que lá, tratando-se de crime congencre, não se procura apurar o dolo, bastando, para incorrer, nas penas ali marcadas, denunciar um crime que nunca existiu, ou levar á auctoridade judiciaria indícios simulados de crimes, que possam dar começo a instrucção criminal, disposição esta que em nada se parece com a do nosso Código Penal, que é mais restricta, e cujos termos são absolutos. (*Accordam da Relação do Estado do Rio, de 11 de setembro de 1896*).

XXIII. O crime de falsidade só se constitue depois que o depoimento da testemunha se torna *definitivo e irrevogavel*, sendo preciso que a falsidade se dê sobre ponto principal da causa, porque antes disso é um acto preparatório de crime e não o crime ainda. (*Acc. da Rel. de Ouro Preto, de 24 de outubro de 1896*).

XXIV. A' testemunha informante não é applicavel a disposição do art. supra, pois á sua sanção penal só estão sujeitas as testemunhas que sob juramento — ou affirmacção aseveram em juizo uma falsidade ou negam a verdade do facto sobre o que depuzer (*Acc. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 26 de novembro de 1903*).

XXV. Não incide no dispositivo supra quem não deu queixa, no sentido juridico e rigoroso da palavra, isto é, como peça inicial apresentada com as formalidade legais, á autoridade judiciaria competente para, na conformidade della, agir nos termos da lei.

Assim, não lhe é equivalente a *representação, informação, denuncia ou queixa* á auctoridade policial para syndicar, por meio do inquerito, sobre os factos constantes della. (Vide P. BUENO — *Proc. Crim.* n. 130; RAMALHO — *Proc. Crim.*, n. 99; JOÃO MENDES — *Proc. Crim.*, n. 290; THOMAZ ALVES — *Comment.* ao art. 235, do *Cod. Crim.* de 1830, vol. 3.º, pag. 469; *Acc. do Trib. de Just. de São Paulo, em 26 de março de 1906*).

XXVI. Para que se dê o crime de testemunho falso capitulado no art. 261 do Código Penal, é essencial que existam, os elementos de falsidade e impossibilidade da sua retractação, crime este que pertence a uma

classe, cuja origem é sómente toda processual e demanda de provas, que devem ser apuradas por sentença que faça presumir a falsidade do testemunho.

A não ser assim, não haveria necessidade do legislador accentuar no seguinte art. 263 a impossibilidade da retractação do depoente antes de ser proferida a sentença na causa, em que elle deu tal depoimento; bastando enunciar que o depoimento dado menciona factos que possam constituir crime e sujeitar o auctor a penas (*Accordam da Relação do Estado do Rio, de 25 de julho de 1907*).

XXVII. Para que se dê o crime de falso testemunho, é preciso que o depoimento acoimado de falso tenha sido prestado perante juiz competente, para o processo e de uma maneira irrevogavel. Não constitue falso testemunho o depoimento prestado em justificação, que, como acto de jurisdicção voluntaria não está comprehendido na expressão *causa* de que fala o art. 261 do Cod. Pen., o prestado em inquerito policial, simples acto preparatorio de investigação para instruir a queixa e denuncia, nem mesmo o prestado na formação da culpa, porque a testemunha pôde ainda retractar-se no plenario, restabelecendo a verdade dos factos, nos termos do art. 263 do cit. Cod. Pen. O depoimento só poderá ser reputado falso si na causa em que fosse a justificação apresentada, o juiz lhe desse valor probatorio ao proferir sentença julgadora, tornando-se o depoimento irrevogavel, isto é, quando o prejuizo d'elle resultante ou sua possibilidade não pudessem mais ser evitados (GARRAUD — *Tr. de Dir. Penal*, vol. 5.º, n. 2.018; CHAUVEAU et HÉLIE, *Theoria do Cod. Pen.*, vol. 4.º, n. 1.618) (*Acc. do T. de Just. de São Paulo, de 5 de dez de 1918*).

XXVIII. Para que se dê o crime de testemunho falso é necessario que a falsidade asseverada em juizo pela testemunha se refira á circumstancia essencial do facto a respeito do qual depuzer e que tenha influido na decisão do juiz, criando prejuizo para uma das partes e vantagem para outra (*Acc. do T. de Just. de S. Paulo, de 3 de julho de 1919*).

XXIX. Se não houver sentença definitiva reconhecendo a falsidade de uma queixa ou denuncia, não pôde o queixoso ou denunciante ser processado pelo delicto de queixa ou denuncia falsa (*Acc. do T. de Just. de S. Paulo, de 4 de fev. de 1920*).

XXX. Não é passivel de pena o autor de depoimento falso que se retracta antes de se proferir sentença na causa.

E' feita a retractação por carta, uma vez que a authenticidade deste documento não é contestada (*Acc. do Sup. T. de Just. do Rio Grande do Sul, de 23 de junho de 1925*).



254. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

FRANCEZA

I. Une réticence simple, quand elle n'est pas liée à la déclaration dont elle altère les sens et le résultat, ne peut constituer seule le faux témoignage, puisqu'elle se réduit alors à un simple refus de répondre (*Cour de Cass.*, 1.<sup>er</sup> juin 1821).

II. Les dénégations et les réticences d'un témoin assermenté entendu aux débats n'ont le caractère de faux témoignage que lorsqu'elles équivalent à l'expression d'un fait positif contraire à la vérité, soit en faveur, soit au préjudice de l'accusé (*Cas.* 1 sept. 1814).

III. S'il est vrai qu'une déposition simplement négative ne constitue pas essentiellement et par elle-même le faux témoignage, parce qu'il est possible qu'un témoin n'ait point vu ou n'ait point entendu ce qu'il avait été en situation de voir ou d'entendre, il est cependant évident qu'une déposition de ce genre constitue ce crime, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi et dans une intention criminelle, c'est-à-dire dans le but d'infirmier la preuve ou l'évidence du fait incriminé, et de se mettre en contradiction avec la vérité (*Cas.* 17 mars 1827).

IV. En rétractant une déposition mensongère avant qu'elle ait porté à la société ou à l'accusé un préjudice irréparable, le témoin, par son retour à la vérité, a volontairement arrêté les conséquences funestes que la déposition fautive aurait pu avoir; qu'il serait aussi difficile que dangereux d'examiner si cette rétractation a été l'effet de la crainte des peines portées par la loi contre le faux témoignage, ou si elle a été le résultat d'un remords volontaire ou de souvenirs recueillis et coordonnés avec plus de maturité et de réflexion, et qu'il suffit que la rétractation de la fautive déclaration ait été faite en temps utile, pour que le crime de faux témoignage n'existe pas (*Cas.* 19 avril 1829).

V. Le fait de subornation de témoins, considéré isolément, ne constitue point un crime; il forme seulement un moyen de complicité (par provocation) du crime de faux témoignage; la subornation de témoins ne peut donc être punissable qu'autant qu'elle se rattaché à un faux témoignage réellement commis, ou à une tentative criminelle de faux témoignage (*Cas.* 15 fév. 1843).

V. Une dénonciation peut être fautive sans être calomnieuse, puisqu'elle peut, malgré sa fausseté, représenter aucun des caractères qui constituent le délit de calomnie; elle peut aussi avoir été fondée sur des indices

suffisants, pour qu'il en résulte que l'auteur de la dénonciation a eu de justes motifs de la faire (*Cass.* 23 mars 1821).

### ITALIANA

VII. Il reato di falsa testimonianza é consumato pel solo fatto di aver taciuto il vero o depresso il falso, senza che faccia d'uopo che il presidente inviti i testi sospetti di falsità a dire il vero (*Cass.* 20 giug. 1892).

VIII. Il dolo non é elemento morale diverso dalla mala fede. A costituire il reato di calunnia basta la mala fede, per cui, nonostante si riconosca l'altrui innocenza, si accusa e denunzia alla pubblica autorità taluno, cagionando gli un danno (*Cass.* 1.º lug. 1890).

IX. Poco importa all'essenza del reato di calunnia che il calunniatore sia stato indotto non soltanto dalla volontà di nuocere, ma anche da altri motivi, a lui personali, come sarebbe quello di difendersi da un'imputazione penale (*Cass.* 6 ott. 1891).

X. Non v'ha valunnia se l'azione penale per il delitto attribuito al calunniato sia prescritta (*Corte app. Modena* 19 ag. 1891).

XI. E' nulla per difetto di motivazione la sentenza che condanna per calunnia senza dimostrare che il giudicabile aveva la scienza e la coscienza di denunciare a carico di una persona un fatto non vero e di cui lo sapeva innocente (*Cass.* 14 magg. 1890).

XII. Non si può ammettere, secondo ragione e giustizia, che un imputato per declinare da se stesso l'addebito d'un reato incolpi altri, ben conoscendone l'innocenza, quale autore del reato stesso che viene a lui ascritto, procurandogli in siffatta guisa il danno d'un procedimento penale e perfino dell'arresto per effetto della falsa denuncia. Se sacro ed assoluto é il diritto di difesa, esso però trova un insuperabile limite nel diritto altrui che non può mai essere a tale titolo offeso e conculcato (*Cass.* 6 nov. 1902).

XIII. E' obbligo del testimone di dire davanti al giudice che lo interroga tutta la verità, senza bisogno che gli vengano contestati i fatti che sono a sua conoscenza, e che soltanto egli può conoscere, e conoscendoli, ha il dovere di riferire. L'ufficio del giudice istruente si esaurisce colla domanda in genere sul fatto spettando al testimone di deporre tutto quello che é a sua conoscenza, senza bisogno di singole domande. Se così non fosse, vi sarebbe necessità d'una doppia istruzione: una per accertare quello che il testimone chiamato a deporre conosce, non pure del fatto, ma di tutte la circostanze di esso, l'altra per controllare, ed accertare la esattezza della prima (*Cass.* 12 ott. 1895).

XIV. Il reato di falsa testimonianza é un reato di sua natura formale. Provato che siasi deposta una falsa circostanza, ossia affermata o negata una circostanza contrariamente al vero, sotto il vincolo del giuramento e davanti l'autorit  giudiziarla, il reato   consumato; altro non si richiede perch  si abbia il reato ai termini dell'art. 214, il quale si mantiene indipendente-mente dall'esito che la causa possa sortire: imperocch  la falsit  in giudizio   reato che offende l'istituto cardine della civile societ , qual   l'amministrazione della giustizia, *regnum fundamentum*; quindi l'interesse   pubblico pi  ancora che non di colui a cui danno possa ridondare la falsa testimonianza. L'offesa sta nella trasgressione che nel falso deposto si mira a produrre della amministrazione della giustizia, e incappi o non incappi il giudice civile nell'inganno, tenga o non tenga conto di quella testimonianza falsa, il reato per s    gi  consumato. Laonde (salvo che per l'osservanza del disposto degli art. 215, 216, 219, 220, 221 Cod. pen. che nella specie non trovano alcuna applicazione) l'indagine della concludenza   affatto oziosa, ci  anche a prescindere che della concludenza del capitolo ammesso era giudice, insindicabile in questa sede, il giudice civile della causa, il quale sull'accordo del resto di tutte le parti, ammise la prova (*Cass. 28 dic. 1895*).

## TITULO VII

### Dos crimes contra a Fazenda Pública



exportação de mercadorias prohibidas ou de que não tenham sido pagos os direitos aduaneiros. Na Italia, distinguindo-se o contrabando em delicto e contração segundo ha ou não offensa aos direitos fiscaes, aquelle tambem assenta na violação do direito que ao Estado cabe as taxas aduaneiras, como na dos direitos que lhe são reservados sobre a producção e o commercio do sal e do tabaco e ás taxas varias de fabricação (IOSTO SALTA). Na França, tambem ao lado da *fraude*, como delicto, ha a contração (PABON).

Em outros paizes o conceito biparte-se, formando delictos distinctos. Assim, na Hespanha considera-se *contrabando* a violação dos monopolios em suas multiplas formas; e *defraudação*, a entrada, sahida, transito ou consumo de mercadorias sem as formalidades legais e o pagamento dos direitos (Lei de 20 de junho de 1852, VIADA Y VILASECA). Na Allemanha, ha a *defraudação* (*Zolldefraudation*) e o *contrabando* (*contrebande*) como delictos principaes do direito penal aduaneiro.

O *contrabando* é a importação, a exportação ou o transito de objectos cuja importação, exportação ou transito a lei prohibe. A *defraudação* é todo acto pelo qual alguém procura subtrahir-se indevidamente ao pagamento do imposto aduaneiro (Lei de 1.º de julho de 1879, arts. 134 e 135, LISZT, MEYER). Em Portugal, em face da legislação imperante antes da nossa independencia, e doutrina dominante, PEREIRA E SOUZA distingue o *contrabando* do *descaminho*. Este só tem por fim fraudar os direitos impostos pelo Soberano sobre mercadorias, cujo commercio e consumo são permitidos a todos os individuos, e é um verdadeiro delicto, porque o seu effeito é alterar um ramo das rendas do Estado. O contrabando, porém, tende a introduzir a venda de um objecto de commercio prohibido, ou de que o Soberano reservou para si, ou para seus prepostos o direito exclusivo”.

Penas severas eram estabelecidas, como o confisco, o degredo e em certos casos a morte. O código penal de 1852, arts. 279 a 281, seguido pelo de 1886, qualificou por essa forma, distinctamente os dois delictos, minorando o rigor penal, pois ao *contrabando* impoz a multa, conforme a renda, de um mez a tres annos, e o *descaminho*, attenta sua menor gravidade, em um mez a um anno.

256. O nosso código de 1830 reuniu em um mesmo conceito as especies que o direito portuguez distinguia, o contrabando propriamente dito e o descaminho, assim dispondo no art. 177: “Importar ou exportar generos ou mercadorias prohibidas, ou não pagar os direitos dos que são permittidos na sua importação ou exportação— penas: perda das mercadorias ou generos, e de multa igual á metade do valor delles”.

Commentando esta disposição, THOMAZ ALVES mostra-se de accordo com LEVY JORDÃO e FERRÃO quando contradizem a incriminação da primeira parte, porque diz respeito ao monopolio ou ao systema protector, que é contrario á theoria da liberdade do commercio, não assim quanto á segunda parte,

## TITULO VII

### DOS CRIMES CONTRA A FAZENDA PUBLICA

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

255. O nosso código anterior comprehendia, na segunda parte, o titulo VI, sob a rubrica — *Dos crimes contra o thesouro publico e propriedade publica*, abrangendo o peculato, a moeda falsa e o contrabando.

O vigente destacando os dois primeiros desses crimes, para titulos diversos, fez do terceiro, em um só artigo, aliás não comprehendendo todas as modalidades que lhe attribue o direito fiscal, materia de um titulo, que é o presente, e que rubricou, entretanto, de *crimes* contra a fazenda publica. Temos assim dissonantemente a rubrica a denotar diversos crimes, unificados pelo objecto, isto é, de serem contrarios ás rendas publicas, mas o conteúdo do titulo existindo um crime aduaneiro.

A personalidade do Estado, diz PESSINA, não pôde conservar-se, nem desenvolver-se, nem attingir os seus varios fins sem meios economicos.

O patrimonio do Estado é, porém, legitimamente formado pelo *dominio publico* e pelas *entradas*, que são o producto dos *impostos directos* e *indirectos*. Donde um complexo de leis protege o *fisco*.

E ha varias infracções que, salva a applicação das normas contidas no direito penal commum, são violações especiaes das leis fiscaes ou financeiras. Em geral, nestas infracções pôde-se distinguir duas categorias. Uma é a das *fraudes* para illudir as determinações fiscaes. Um nome commum as abraça, e é o *contrabando* (*fraudatum vectigal*). A outra é a das simples *contravenções* financeiras.

Mas note-se tambem que algumas vezes as contravenções financeiras podem ser punidas com penas pecuniarias que excedem os limites da pena pecuniaria de *policia*." Uniforme, porém, não tem sido, na doutrina e nas legislações, o conceito do contrabando, de que nos cumpre occupar, pois, além da accepção ampla notada, outra mais restricta se tem admittido exclusivamente.

Etymologicamente, *contrabando*, vem de *contra*, preposição, e de *bando*, edito ou lei de alguma cidade ou provincia, e, assim, significando, em sentido geral, qualquer acção contraria a um edito de um lugar. Passou a denotar especialmente a violação das leis fiscaes ou aduaneiras, significando o commercio que se faz contra as leis do Estado. Nessa accepção ampla é tomado na Inglaterra, definindo-o SEYMOUR HARRIS como a importação ou

porque razões de segurança social e moral aconselham essas restricções, e se ha restricção, para que ella seja real e observada é preciso que a sua violação seja punida, donde a necessidade da incriminação”.

Accorde, porém, se mostrava em que do código-não devia fazer parte a qualificação do contrabando, mas sim da lei e regimentos especiaes, a exemplo do que se verifica em outros paizes.

Pelo reg. n. 2.547, de 19 de setembro de 1860, se estabeleceu o processo administrativo por contrabando ou descaminho de direitos e infracções dos regulamentos fiscaes, processo que tinha logar quando havia apprehen-

são dos generos ou mercadorias em flagrante; quando, porém, não havia flagrante delicto (art. 742, § 3º), o caso era do art. 177 do código criminal, e a competencia do juiz e o processo regulavam-se pelos arts. 389 a 395 do reg. de 31 de janeiro de 1842.

Pelo cit. reg. de 1860 e subseqüentes comminavam-se multa e apprehensão, esta tendo logar sómente nos casos de occultação dolosa, tendente a facilitar o extravio, além do flagrante. A benevolencia na applicação das multas estabelecidas, com os effeitos prejudiciaes decorrentes, mostrou a necessidade de mais effizaz correctivo, mas o legislador, no actual regimen, cahiu no extremo opposto, estabelecendo penalidade excessivamente rigorosa. Assim, pelo decr. n. 196 de 1º de fevereiro de 1890, art. 1º, se equiparou, para todos os effeitos legais, o crime do contrabando ao de moeda falsa, passivel, então, das penas da prisão e da multa do art. 173 do cod. criminal; pelo decr. n. 805 de 4 de outubro de 1890 se comminou a pena de prisão com trabalho no presidio de Fernando de Noronha, por dois a oito annos, além das penas fiscaes de perda das mercadorias ou generos, e multa correspondente á metade do valor destes, e finalmente, pelo vigente código, a prisão ceilular por um a quatro annos, além das penas fiscaes. Mas taes disposições penaes não se applicavam, abolvendo sempre o jury os accusados, cujo numero se incrementava pelo incentivo trazido pela impunidade, e dahi a providencia tomada pelo Congresso Nacional, mediante solicitação do Presidente da Republica, de sujeitar o crime ao julgamento dos juizes seccionaes (lei n. 515 de 3 de novembro de 1898). A experiencia tem mostrado que as medidas coercitivas empregadas não têm surtido o effeito desejado.

Como bem salienta A. VIVEIROS DE CASTRO, a fraude aduaneira não offende ao sentimento medio de *probidade* do nosso povo, nem ao seu *miso-neismo*; portanto, 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, infelizmente, não raro entre nós.

Já notava IHERING que uma legislação criminal prudente deve evitar antes de tudo se pôr em opposição com o sentimento juridico natural. por-



que as disposições que vão de encontro á opinião publica são facilmente violadas. Ao contrario das leis de simples politica, toda lei penal deve repousar sobre o apoio do sentimento moral do povo; e, si assim não fôr, o juiz criminal terá contra si a mais decidida reprobção da opinião publica, posição essa que a lei, tanto quanto fôr possivel, deve poupar-lhe”.

O defeito, portanto, não é dos juizes encarregados de applicar as leis, e sim da penalidade estabelecida nessas leis, sendo urgente reformal-a de forma radical e completa. A fraude aduaneira, conclue o eminente jurista brasileiro, não havendo concomitancia de delictos, deve ser punida com a perda das mercadorias ou generos, e com a multa do duplo ou quintuplo do valor do descaminho, conforme o gráo de temibilidade revelada pelo delinquente.

Essa especie de *talião* não repugna ao sentimento popular, e seria effizamente empregada pelos tribunaes administrativos, os unicos que podem julgar o assumpto com perfeito conhecimento de causa. Saliendo a inefficacia das penas adoptadas pelas diversas legislações, notava já FERRI que “o contrabando, que resiste por seculos ás penas mais atrozes, como o córte da mão, a morte, e agora aos carceres e ás fusiladas dos guardas aduaneiros, decresce pela *diminuição das tarifas aduaneiras*, como entre outros paizes, em França notava VILLERMÉ. Tinha, pois, razão ADAMAS SMITH, quando considerava “lei contraria a todos os principios de justiça, aquella que pune o contrabando, depois de ter creado a *tentação* e com o *crescer* desta *augmentu* a pena delle”, contra JEREMIAS BENTHAM que, no contrario, partindo da idéa que a pena deve fazer-se temer mais do que o delicto não se faça desejar, sustentava as penas severas para o contrabando”.

## 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:

Penas -- de prisão cellular por um a quatro annos, além das fiscaes.

257. Neste artigo, o código funde na qualificação de contrabando duas figuras de infracção aduaneiras. isto é, o *contrabando*, na primeira parte, estatuinto: “Importar ou exportar generos ou mercadorias prohibidas”, e o *descaminho*, na segunda parte: “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”.

Como já vimos, no código penal portuguez, de 1852, essas figuras eram previstas distinctamente e punidas diversamente, e no código de 1886, fonte do nosso, foram também qualificadas distinctamente nos arts. 279 e 280, e sem estabelecer penas, manda no art. 281 “observar sobre a materia as disposições das leis especiaes”. Não se justifica, porém, o systema adoptado pelo nosso legislador, sujeitando á mesma penalidade factos que não são inteiramente identicos, nem revelam nos seus autores o mesmo gráo de temibilidade. Com effeito, pondera VIVEIROS DE CASTRO, quem importa ou exporta mercadorias prohibidas, attenta, em via de regra, contra a hygiene, a ordem e a segurança publica; 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”.

A *Nova Consolidação das leis das Alfandegas e Mesas de Rendas da Republica* não contem definição do contrabando nem do descaminho, limitando-se a enumerar taxativamente, no art. 445, as mercadorias cujo despacho é prohibido, e a declarar, no art. 448, §§ 5.º e 6.º, quaes os casos em que os donos ou consignatarios das mercadorias descaminhadas, devem ser submettidas a processo criminal.

258. Duas correntes de interpretação têm surgido sobre o estatuido no art. 265 do código penal, e accentuadamente diversas.

Uma dellas, que é a dominante, resultante de arestos do Supremo Trib. Federal e da opinião de juristas eminentes, perfilhada por VIVEIROS DE CASTRO, foi por este synthetisada em principios ou aphorismos fiscaes, cujos principaes, referentes á intelligencia da lei penal são os seguintes:

I. 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 código penal quiz punir, no art. 265, foi justamente a fraude aduaneira, isto é, a violação dolosa das leis especiaes que regulam a materia (arts. 445 e 480, § 5 da Nova Consolidação das leis das Alfandegas).

II. O citado art. 265 do Cod. penal, portanto, deve entender-se de harmonia com as leis alfandegarias, sendo inadmissivel sujeitar as penas do mesmo artigo, só porque caiba na noção generica do contrabando nel... expressado, um caso não passivel de penas administrativas, ou sómente 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 as penas administrativas, impostas pelas respectivas autoridades, e a outras, além dessas, as criminaes, cuja applicação pertence ao Poder Judiciario.

III. Tratando-se, pois, de materia da competencia de autoridade administrativa, qual, por exemplo, a de saber-se si foi ou não defraudado o pagamento dos direitos devidos á Repartição fiscal, e estando decidido pela referida autoridade que o facto não constitue crime de contrabando, tal decisão tem força de sentença judiciaria, e não pôde o mesmo facto, sobre que versar, dar logar a procedimento criminal (Acs. do Supr. Trib. Federal n. 837, de 30 de novembro de 1895; n. 841, de 18 de dezembro do mesmo anno; n. 43, de 18 de janeiro de 1896; n. 45, de 15 de fevereiro do dito anno, e n. 50, de 25 de abril tambem de 1896).

259 Collocando-se em outro ponto de vista, JOÃO VIEIRA convem primeiramente na exactidão do primeiro dos aphorismos notados, porquanto o contrabando propriamente dito, inclusive o chamado *descaminho*, é o *delicto* do art. 265, e as infracções simples das leis aduaneiras, punidas com as chamadas penas de policia, ou antes com multas e confiscos, não obstante o rigor do direito fiscal, são meras *contravenções*.

Não concorda com os outros aphorismos, e os argumentos que adduz, são os que passamos a resumir. Os elementos ou extremos do crime se encontram no art. 265 do Codigo penal, e quando muito se podia dizer que a noção ficaria, não integrada, mas acertada, só no elemento que o codigo apenas subentende, isto é, no dolo, cujas formas as leis aduaneiras materializam nas suas disposições, estabelecendo mesmo presumpções delle.

Taes leis propriamente não *definem* o contrabando, e si o fizessem de modo differente, seria o caso de decidir qual dos conceitos devia vigorar, se o dellas ou o do codigo. Inadmissivel a affirmativa de que não fica sujeito á sanção do codigo o caso em que não caibam penas administrativas ou fiscaes, ou só destas cogitem os regulamentos. O art. 265 estabelece como penas — prisão cellular por um a quatro annos, *além das fiscaes*. Se no caso não houver pena *fiscal* a applicar, será applicada sómente a de prisão, e se a autoridade administrativa applicasse a *fiscal*, unica que podia applicar, conforme o aphorismo II, isto não seria razão para deixar-se ainda de applicar a outra, se o caso revestisse os caracteres de contrabando. De todo improcedente o aphorismo III. Em França, como na Belgica, como na Italia, não vemos commettido o julgamento do contrabando senão á autoridade judiciaria. Como accentuou o ministro UBALDINO DO AMARAL, a doutrina consagrada em accordãos do Supr. Tribunal Federal, é attentatoria da independencia do poder judiciario. Não se concebe mesmo que, declarando a Const., art. 72 § 17, que “o direito de propriedade mantem-se em toda snua plenitude”, fique desprovida da garantia judiciaria, e entregue ao arbitrio de qualquer agente aduaneiro, ou ás prescripções da Consolidação das leis das Alfandegas, que não passa de uma bandeira de retalhos, na quasi totalidade de actos do poder executivo, emfim, de uma compilação indigesta, sem plano, nem ordem. Depois, pela Const. Federal, ao menos em materia fiscal, só pôde decidir hoje, em contencioso administrativo, e nos negocios

que lhe podem ser affectos, o Tribunal de Contas, creado pelo art. 89, como excepção unica, ou uma desclassificação de attribuições, que cabem ao poder judiciario.

Quando a mesma Constituição, art. 72, § 15, promettendo entre as suas maximas garantias, que “ninguem será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fórmula por ella regulada”, presuppõe o Poder Judiciario, a lei e o processo regular, offerecendo a defesa normalisada e garantida de todos os direitos concretisados na liberdade individual.

E si assim não fosse, a propria policia, num paiz livre, poderia julgar e punir. E tanto o nosso Estatuto Político refere-se ahi a autoridade *judiciaria*, que, no art. 72, § 23, declara que “a excepção das *causas*, que por sua natureza, pertencem a *juizes* especiaes, não haverá privilegio de *fôro*”.

Isto quer dizer que *causa*, *juiz* e *fôro* são idéas connexas e que tambem mesmo para o fisco, que é uma parte em juizo, não pôde haver privilegio de fôro. Tanto a Constituição alludiu á autoridade judiciaria e *commum* que precisou fazer excepções para os Tribunaes militares e o Tribunal de Contas (arts. 77 e 89).

Entretanto, como praticamente todas as noções estão invertidas, o acto fossil da citada Consolidação regateia uma concessão limitada ao Poder Judiciario, dizendo no art. 637:

“§ 1.º o julgado no juizo criminal em relação á pessoa não influe no julgado administrativo em relação ao objecto da apprehensão e vice-versa”. Este principio contrario ao art. 265 do Cod. penal, que manda applicar as penas criminaes e as fiscaes, certamente que não pelo ministro e seus agentes, reconhece a competencia plena do poder judiciario na esphera das penas *criminaes*, ao menos. Sendo assim, não se explica como se formou entre nós tal jurisprudencia, e ainda menos que o aresto de 25 de abril de 1896 e outros, aliás com os votos vencidos de FIGUEIREDO JUNIOR, H. DO ESPIRITO SANTO, MACEDO SOARES e URALDINO DO AMARAL, considerasse uma *excepção prejudicial* da acção criminal o recurso administrativo da parte provido pelo ministro da fazenda, isto em contradicção com o cit. art. 637, § 1.º, sob pretexto de que o art. 265 do codigo penal ocnem apenas uma noção generica do contrabando, que deve ser entendida de accordo com as leis aduaneiras, o que, entretanto, nada tem com a consequencia de considerar como *excepção prejudicial*, a decisão administrativa. O que lança a confusão no assumpto, obscurecendo o conceito do contrabando, estabelecido no art. 265 do codigo, é a anomalia e incongruencia de decidir, como juiz e parte ao mesmo tempo, a autoridade administrativa, os conflictos com outra parte. Se o poder judiciario estende, por via de interpretação, o arbitrio administrativo, constituindo a respectiva autoridade juiz do facto de haver ou não haver crime previsto no codigo, mais vale abrir mão da propria competencia e delegar á autoridade administrativa processar e julgar o mesmo crime.

Sendo contra principios elementares do processo que duas jurisdicções julguem um só factio criminoso o crime do art. 265 só pôde ser julgado em todas as suas partes pela autoridade judiciaria, que deve annullar as penas fiscaes impostas pela autoridade administrativa quando conhecer de caso previsto no mesmo artigo. Portanto, qualquer que seja a decisão, mesmo do ministro da fazenda, a justiça federal, sem dependencia de nenhuma questão ou excepção prejudicial, processa e julga o crime, por denuncia dos procuradores seccionaes da Republica, que devem intentar a acção criminal e promover a accusação e o julgamento livremente, procedendo a exames, requisitando documentos e quaesquer diligencias necessarias.

260. Tambem em vigorosa argumentação, o DR. EDMUNDO MUNIZ BARRETO, quando Procurador Geral da Republica, officiendo no celebre processo dos "*Colis-Posteaux*", e contra a opinião dominante, deixou firmada a exacta intelligencia do art. 265 do Cod. Penal. Depois de mostrar que na especie se caracterisava o descaminho, modalidade desse artigo, que tem como fonte, com pequena alteração de forma, o art. 280 do codigo penal portuguez, de 1886, aborda o assumpto assim discorrendo: "O codigo penal portuguez determinou, no art. 281. que sobre a materia da secção que trata do *contrabando* e do *descaminho*, seriam observadas as disposições das *leis especiaes*, e a estas incumbiu não só da *especificação dos factos ajustaveis a esse delicto*, como da respectiva *penalidade*. Nesses pontos o nosso codigo afastou-se do portuguez, pois estatuiu elle proprio a *pena* — 1 a 4 annos de prisão cellullar, *sem prejuizo das fiscaes que no caso couberam* — e deixou á *justiça repressiva* o encargo de, examinando cada hypothese sujeita ao seu julgamento, decidir se ella contem os elementos constitutivos desse delicto, segundo sua definição legal, *como succede a respeito ás demais infracções penaes*.

No Decr. n. 2, de 27 de setembro de 1894, art. 7.º, o legislador portuguez, depois de *reproduzir* a definição do crime de descaminho, dada pelo cit. art. 230, estabeleceu, em cumprimento do referido art. 281, as *penas* para os diversos casos comprehendidos no conceito *penal* dessa infracção, e especificou esses casos.

A nossa legislação não tinha necessidade de fazer o mesmo, e o não fez, porque o Codigo de 1890 — como o de 1830, — não só o não mandou, como, pelo contrario, — repetimos — estatuiu elle proprio a *pena*, dispondo quanto a esse delicto sem diversidade dos outros casos communs. Consequentemente, o Egregio Tribunal não tem que indagar se as *leis fiscaes* prevêm a especie em debate, nada tem que ver com o seu aspecto administrativo, para poder enquadrar-a no Cod. Penal. O contrabando não se limita ao factio que revestir os caracteres especificos definidos nas Leis das Alfandegas, nem a apprehensão preliminar é condição indispensavel para essa existencia. Quando tiver que impôr a *pena restrictiva da liberdade* estatuida no Codigo, é que deverá verificar si a especie está comprehendida nas *Leis fiscaes*, para então, no caso affirmativo, resolver si lhe é licito adicionar aquella a pena propriamente fiscal.

A denominada “Nova Consolidação das Leis das Alfandegas”, de 1894, consolidou Leis, Regulamentos, circulares e decisões referentes á *materia fiscal*, e não pôde prevalecer no que collidir com o Código ou com as Leis de organização judiciaria da União.

Que valor tem, por exemplo, o art. 631 § 2.º dessa *Consolidação*, o qual, citando o art. 1.º do Decr. n. 805 de 4 de outubro de 1890, *revogado pelo Código Penal* (de 11 de outubro desse anno), diz que o *crime de contrabando é punido com dois a oito annos de prisão com trabalho*? Nenhum, absolutamente. O que o julgador tem que examinar nas *leis especiaes*, é: a) tratando-se de *contrabando* propriamente dito, si os *generos e mercadorias em questão são prohibidos*; b) nos *descaminhos*, si effectivamente eram devidos *impostos ou direitos*, a sua *taxa*, o modo de a *calcular*, as formalidades seguidas no processo, etc. E no processo ou *inquerito administrativo* podem mesmo estar *toda a base e as mais importantes provas* para convencer a Justiça da existencia do crime e da responsabilidade dos indigitados autores, como succede no caso concreto.

Dos diversos accordams do Supr. Tribunal Federal, o que encerra a verdadeira doutrina sobre o assumpto, consoante ao nosso systema legal, é o de n. 1.548 de 14 de agosto de 1901, de que foi relator o illustrado DR. ALBERTO TORRES, o qual mostrou com clareza e segurança os traços differenciaes e a independencia entre o aspecto *administrativo* e o *judiciario do contrabando*, qualquer que seja a sua forma executiva. Como muito bem diz esse accordam:

a) ao passo que o Cod. Penal contem *ampla definição do delicto*, as Leis fiscaes apenas referem, incompleta e incidentalmente, *algumas das suas formas*, sem que haja no primeiro *remissão* que autorise a *restricção* do seu conceito a estes casos;

b) tendo o Código descripto o *descaminho* como delicto punivel, segundo a noção de Direito Criminal, com as penas características do seu systema repressivo, elle é, para os effectos judiciarios, a *lei particular*;

c) a limitação do conceito do Código aos casos da *Consolidação* desvia-se e excede da interpretação que deve ter a Lei Penal, já por submeter a intelligencia do preceito *substantivo* a *prescrições secundarias* de direito administrativo, já por absolver da pena talvez o maior numero de casos, e com certeza os *mais graves*, de *descaminho*, como os *commettidos com a cooperação dos agentes aduaneiros*”.

Finalmente, é de notar que se considera contrabando e como tal sujeito ás respectivas penas, a exportação do ouro, prata, nickel, cobre, bronze, e outros metaes amoadados ou em barras e em artefactos, (Lei n. 4.230 de 31 de dezembro de 1920, art. 15, decr. n. 14.605 de 5 de janeiro de 1921, art. 3, lei n. 4.440, de 31 de dezembro de 1921, art. 56).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. E' constrangimento illegal a ameaça de prisão por crime de contrabando, desde que o ministro da Fazenda decidiu que os factos imputados aos pacientes não constituem tal crime, por não estar provado o dolo ou fraude (*Ac. de 30 de novembro de 1895*).

II. Si o Cod. penal comprehende o crime de contrabando na esphera daquelles que atacam o Thesouro 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. Nessa conformidade, tendo o ministro da Fazenda dado provimento ao recurso affirmando que nos factos imputados aos pacientes não se realisava nenhum dos elementos caracteristicos do crime de contrabando, *dever-se-ia* prestar toda obediencia a essa decisão que, *ex-vi* do art. 25 do Decr. n. 2.343, de 29 de janeiro de 1859, tem força de coisa julgada, e, pois, sendo illegal o constrangimento que estão soffrendo os pacientes, em vista do disposto no art. 353, § 1.º do Cod. do Proc. (*Ac. de 18 de dezembro de 1895*). No mesmo sentido os accs. de 18 de janeiro e de 15 de fevereiro de 1896.

III. O contrabando na importação e exportação de mercadorias sujeitas a direitos fiscaes caracteriza-se essencialmente pela violação das leis especiaes, que não só regulam a execução de taes direitos, como definem e classificam os varios casos de infracção punivel, conforme sua gravidade, comminando a esses sómente penas administrativas (simples infracções) impostas ciae, que não só regulam a execução de taes direitos, como definem e classificam as penas criminaes, cuja applicação compete ao poder judiciario. Devendo o art. 265 do Cod. penal entender-se de harmonia com aquellas leis especiaes, torna-se inadmissivel sujeitar ás penas do dito artigo, só porque caiba na noção generica do contrabando nelle expressada, um caso não passivel de penas administrativas, segundo as referidas leis (*A. de 25 de abril de 1895*).

IV. Devem ser pronunciados como *co-autores* do crime previsto no art. 265 do Cod. penal combinado com o art. 630, § 3.º da *Nova Cons. das Leis das Alfandegas* (contrabando) aquelles que prestam auxilio, *sem* o qual não seria commettido o crime. A cumplicidade em tal crime é inaffiançavel, *ex-vi* do art. 43 da Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898 (*Ac. de 2 de agosto de 1899*).

V. Sendo o crime do contrabando de natureza mixta e estando sujeito ao conhecimento de duas jurisdicções — a judiciaria e a administrativa, competentes, esta para applicar as penas fiscaes e aquella as communs, a acção

criminal delle decorrente depende da questão prejudicial de sua existencia, verificada e julgada definitivamente pela autoridade administrativa.

Uma vez pagos em dobro os direitos devidos pela differença para menos encontrada nos volumes substituidos, segundo a deliberação da autoridade administrativa que não impoz as penas fiscaes do descaminho, não ha logar a applicação das penas communs do art. 265 do Cod. penal (*Ac. de 2 de agosto de 1899*).

VI. Não provado o dolo, isto é, a sonegação intencional das mercadorias achadas a mais no fardo posto em despacho, com o fim de evitar o pagamento dos respectivos direitos, fallece um elemento essencial do crime de contrabando definido no art. 265 do Cod. penal, e, assim, deve ser julgada improcedente a denuncia (*Ac. de 27 de janeiro de 1909*).

VII. O processo administrativo da Alfandega e os depoimentos contestes de guardas-fiscaes e outros empregados dessa repartição, são provas sufficientes para a condemnação em crime de contrabando commettido a horas adiantadas da noite e que só por essas pessoas podia ser presenciado (*Ac. de 17 de novembro de 1909*).

VIII. Mesmo que se trate de contrabando, é vedado aos funcionarios da Alfandega invadir casas de commercio e retirar mercadorias suspeitas (*Ac. de 8 de agosto de 1910*).

IX. Tratando-se de contrabando consistente no descaminho, desvio ou fraude quanto ao pagamento de impostos aduaneiros, o processo judicial não depende da apprehensão das mercadorias furtadas á incidencia dos mesmos impostos (*Ac. de 27 de novembro de 1912*).

X. O crime de contrabando não consiste sómente no acto de importar ou exportar mercadorias prohibidas, mas pôde revestir outras modalidades previstas no art. 265 do Cod. penal, como sejam o descaminho, desvio ou fraude quanto ao pagamento de impostos aduaneiros (*Ac. retro citado*).

XI. *Ex-vi* do art. 265 do Cod. penal o crime de contrabando é punido com duas penas — a prisão e a multa, em processos distinctos, a primeira imposta pela autoridade judiciaria e a segunda pela autoridade administrativa (*Ac. retro cit.*).





## TITULO VIII

Da corrupção de menores; dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultrage público ao pudor



## TITULO VIII

### DA CORRUPÇÃO DE MENORES; DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA E HONESTIDADE DAS FAMILIAS E DO ULTRAGE PUBLICO AO PUDOR

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

262. A fome e o amor são os mais fortes agulhões que têm impellido o homem, em todas as phases da evolução social.

Com primasia sobre o primeiro, por isso que, nota MORSELLI, o ser se nutre porque deve reproduzir-se; o amor foi pouco a pouco, especialmente nas raças progressistas, perdendo os laivos da brutalidade primitiva, e se amoldando ás prescripções limitativas, predominantemente religiosas, nas primeiras phases, formando-se e condensando-se assim sentimentos e idéas mais elevadas em torno das relações sexuaes. Tão predominantemente se foram tornando os preceitos ethicos-religiosos, referentes á continencia é a castidade, que na intuição geral, passaram a constituir a *moral* ou *moralidade*, e *bons costumes*, sua pratica actuação.

Sob o influxo religioso, os delictos referentes á incontinencia ou aos bons costumes, foram qualificados por um prisma subjectivo, a paixão lasciva, que os formava, e considerados como peccado, e dahi as innumerables modalidades delictuosas, que se crearam, os chamados *delictos de carne* (*delicta carnis*), já que presidindo sua qualificação não se encontrava um criterio juridico, mas arbitrario. Dão-nos o exemplo do excesso de repressão, por transporem os limites necessarios desta, invadindo o campo puramente moral, a legislação romana e as que nella se inspiraram.

Na antiga legislação portugueza, vemos qualificados como crimes, ao lado do estupro, do rapto, etc., o concubinato, a venus nefanda, comprehendendo a sodomia do sexo (pederastia), a sodomia do genero (bestialidade), a mollicie ou onanismo.

Um movimento restrictivo se foi operando, com a melhor discriminação da moral e do direito, deixadas á sanção daquella muitas das acções até então reprimidas como crimes, levado o legislador pelo criterio seguro da objectividade juridica, ou do direito lesado. Em França, primeiramente pelas leis de 19-22 de julho e de 25 de setembro-6 de outubro de 1791, e depois pelo codigo penal, a repressão se limitou aos actos contrarios á decencia, produzidos em publico, aos actos de corrupção contra menores, ás violencias contra pessoas (attentado ao pudor com violencia e violação) e ao adulterio;

reduzindo as penas severas da idade media, á de reclusão, aggravada só em hypotheses determinadas (arts. 331 a 333).

Justificando essa orientação, dizem CHAUVEAU e HÉLIE que a acção do legislador devia se limitar a esses actos, porque produzem um damno visível e apreciavel, porque se manifestam tambem por um facto material que pôde ser investigado pela justiça. Os outros, commettidos occultamente, cobertos ás mais das vezes por véo espesso, não perturbam a sociedade, que os ignora, e apenas prejudicam seus autores, que degradam. A justiça, de outro lado, poderia instaurar o processo sem perigo? Quantos escandalos não transbordariam de taes processos? Onde estaria o beneficio de desvelar tantas torpezas occultas, tantos mysterios vergonhosos?... O silencio da lei deveria ser approvado ainda que elle não fosse dictado senão por um sentimento de respeito pelo pudor publico. Sufficiente é que seja qualificado delicto e punido, quando o *escandalo fôr publico*, ou quando a *liberdade das pessoas fôr atingida*. Uma excepção abriu a lei no tocante ao adultério, pela perturbação trazida á sociedade conjugal, baseada na fidelidade dos conjuges. No mesmo sentido, justificando o projecto do codigo penal italiano, notava ZANARDELLI que se a lei a tal respeito deve ser severa, occorre egualmente que não invada o campo moral, e, assim, não pôde atingir todos aquelles factos que offendem os bons costumes e a ordem da familia, mas aquelles sómente que se apresentam com o caractere da injuria, da fraude ou do escandalo, a repressão dos quaes é mais vivamente reclamada no interesse social. Precisando devidamente como a sciencia e a legislação conseguiram achar, a pouco e pouco e com frequentes vacillações, o verdadeiro ponto de vista ainda não concluido, nota LISZT que o Estado só presta attenção ás relações sexuaes fóra do casamento, quando e em tanto quanto se dá invasão, que importe offensa ou perigo, no circulo juridico dos individuos. Isto pôde dar-se em duas direcções: ou protegendo a *liberdade sexual*, a livre disposição da propria pessoa no tocante ao commercio sexual, da violencia, a que se equipara o abuso da inexperiencia sexual, ou protegendo o *sentimento moral* do individuo (isto é, as idéas moraes associadas com o sentimento) contra a offensa resultante de acções de outrem impudicas e escandalosas. A afinidade dos dois bens juridicos, *liberdade sexual* e *sentimento moral*, e a homogeneidade das acções que offendem um e outro justificam a reunião de todos os crimes contra a moralidade em um só grupo.

A pratica de uma *acção impudica* é a base commum dos crimes deste grupo. Como tal considera-se toda acção que gravemente offende o decoro no tocante ás relações entre os sexos, que grosseiramente excede os limites que o costume dominante traça a taes relações. Como especies da acção impudica podem figurar, de um lado, a *copula*, isto é, a união natural das partes genitales, e, de outro, *actos analogos á copula*, isto é, os que tendem á satisfação do instincto sexual de um modo analogo ao coito (para o nosso codigo esses actos podem visar tambem satisfazer méra depravação moral. Se a acção porém, não tem character sexual, não se pôde qualificar-a de impudica,

apezar de ser gravemente offensiva do decoro (do pudor); por exemplo, banhar-se nũ, desnudar-se a mulher para servir de modelo ao artista.

263. Quanto á orientação geral, o nosso codigo de 1830 soube desde logo se collocar no ponto de vista verdadeiro, embora com lacunas, incriminando só as acções impudicas que deviam ser mesmo passiveis de pena. Reunindo em um capitulo os crimes contra a segurança da honra, em geral, comprehendia nas duas primeiras secções os referentes á honra e quanto ás relações sexuaes, e na terceira os referentes á honra, como valor social do individuo.

Na primeira dessas secções, sob a rubrica de *estupro*, tomado em accepção ampla, comprehendia o defloramento de mulher virgem, menor de 17 annos (art. 219), o incesto (art. 221), o estupro com violencia (art. 222) e a seducção para a copula com mulher honesta, menor de 17 annos (art. 224). Na secção segunda comprehendia o *rapto*, sob duas modalidades, o rapto proprio (art. 220) e o rapto *in parentes* (art. 227). Passivel de censura era o codigo, quanto á penalidade, por comminar só o desterro para fóra da comarca em que residia a offendida, por um a tres annos, em caso de defloramento, e a de degredo por dois a seis annos para a provincia mais remota da em que residisse a deflorada, em caso de incesto, penas aquem da gravidade dos crimes.

Uma lacuna sensivel apresentava tambem o codigo, pois não qualificava o *attentado ao pudor*, nem o lenocinio, lacuna preenchida pelo vigente.

Adopta este uma rubrica que, além de palavrosa, não condiz muito com as especies incriminadas. Effectivamente, dizendo — *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultrage publico ao pudor* — parece comprehender só as acções criminosas contra a moralidade domestica e social, isto é, do grupo familiar e do decoro ou pudor publico, e, assim devendo abranger só o rapto, o adulterio, o lenocinio e o ultrage publico ao pudor. Ficariam excluidos os crimes contra a pudicicia individual, como o attentado ao pudor, a corrupção de menores, o defloramento e o estupro, o que, porém, não se dá. E' o caso de — *rubrica non facit fidem*. Outros defeitos e sensiveis encerra o titulo, ora examinado, o que ficará patenteado na apreciação de cada uma das figuras delictuosas que contempla. Estas são assim dispostas: 1) *violencia carnal* (comprehendendo o attentado ao pudor, a corrupção effectiva e potencial de menores, o defloramento e o estupro; 2) o rapto; 3) o lenocinio; 4) o adulterio ou infidelidade conjugal; 5) o ultrage publico ao pudor. Sanando lacunas e corrigindo alguns defeitos do codigo, a Lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915 veio dar nova redacção, com ampliação das figuras e modificação das penas, aos arts. 266, 277 e 278, e á rubrica do titulo, como primeira modalidade, acrescentou — *Da corrupção de menores*, o que não sanou a deficiencia notada.

## CAPITULO I

### DA VIOLENCIA CARNAL.

**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.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

**Art. 267.** Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

**Art. 268.** Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

**Pena** — de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1.º Si a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

§ 2.º Si o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

**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 de força phisica, 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 anesthesicos e narcoticos.

LEI N. 2.992, DE 25 DE SETEMBRO DE 1915

**Art. 1.** Os arts. 266, 277 e 278 do Codigo Penal são modificados pelo modo seguinte:

## TITULO VIII

**Da corrupção de menores; dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultrage publico ao pudor**

**Art. 266.** Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo. por meio de violencia ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

**Pena** — de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1.º Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

§ 2.º Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem:

**Pena** — de prisão cellular por dois a quatro annos.

(Quanto ás modiifcações dos arts. 277 e 278, inserimos adiante, ao apreciar os crimes a que se referem.)

264. Nota-se desde logo que a rubrica deste capitulo não está em correspondencia com diversas das figuras delictuosas, que encerra, por isso que não implicam, antes excluem, a violencia, como a excitação á corrupção, a corrupção de menores (§§ 1.º e 2.º do art. 266), e o defloramento (art. 267). O crime definido no art. 266, principio, é o que no direito francez se denomina *attentado violento ao pudor*, e no direito italiano, *actos violentos de libidinagem*, denominações improprias para as especies configuradas, porquanto, além destas, poderiam comprehender todas as outras modalidades de crimes sexuaes com violencia. O referido art. 266 tem como fonte directa, modificada em parte, o art. 391 do cod. penal portuguez, que por sua vez se inspirou no art. 332 do codigo penal francez.

A' luz dessas fontes, bem como do direito italiano, em que tambem se inspirou o nosso legislador, é que vamos apreciar o crime como vem definido no cit. art. 266, e que constitue um aspecto menos grave da criminalidade sexual.

### ATTENTADO VIOLENTO AO PUDOR

São elementos do crime:

- a) actos attentatorios do pudor;
- b) a violencia ou ameaça;
- c) o dolo especifico.



265. 1) O nosso código, á semelhança do francez e do portuguez, não diz o que deva consistir a materialidade do delicto, mas seguindo em parte o italiano, a delimita pelo fim visado pelo agente, e, assim, a materialidade se circumscreve á pratica de *actos de libidinagem*, ou *actos impudicos*, que *não visem a copula*, isto é, actos que tendam á satisfação do instincto sexual de um modo analogo ao coito, (ou como diz VIAZZI, equivalentes, physiologicos e psychicos da conjuncção carnal) ou tambem que, sem visar satisfazer unicamente esse instincto, constituam mera depravação moral (n. 262). Esses actos podem assumir as formas mais variadas, tantas quantas a imaginação erotica pôde conceber.

Não é necessario que sejam praticados sobre a pessoa da victima que bem pôde ser transformada em instrumento, pelo agente, praticando em si propria aquelles actos (CALOGERO, PUGLIA).

Attendendo a alternativa do escopo criminoso, mencionado no nosso código, esses actos podem ser distribuidos em dois grupos: uns tendentes a *saciar paixões lascivas*, produzindo desejo de contacto carnal, como a pedestastia, o coito bucal (*irrumatio* ou *fellatio*), quer exercido só, quer acompanhado de applicação buco-vulvar, etc.; outros traduzem vicio ou *depravação moral*, como os toques, apalpadellas e demais praticas no pudendo ou partes vergonhosas de outrem, o abusar de alguém para o onanismo, etc. O beijo violento pôde estar nesta categoria, se fôr, como nota CARRARA, o impulso da luxuria. Individuos ha, no-lo comprovam os estudos de anthropologia e medicina legal, que praticam actos que attentam, verdadeiramente, contra o pudor da victima e isso sem que o seja, muita vez, para a satisfação do instincto sexual em suas *variantes apparentes*, mas, puramente, pelo desejo insopitavel de perverter, ou ainda por uma sollicitação automata de vicio ou degeneração mental; são, em verdade, taes factos, afinal de contas, manifestações sexuaes, tomada a expressão no seu profundo e amplo aspecto de energias sexuaes organicas em dynamismo generalizado, segundo a já celebre e novel theoria do pan-sexualismo, de FREUD, produzidas por uma fraqueza inicial do impulso sexual em sua normalidade ou, antes, por uma perturbação na integração da somma das actividades sexuaes organico-individuaes, na phase da puberdade, de forma que o mais forte dos componentes organicos continúa sua actividade como perversão sexual mas, todavia, são actos, na expressão do código, de depravação moral (CHRYSOLITO DE GUSMÃO). O bem juridico offeendido é o *pudor*, que deve ser tomado na accepção restricta de *prudencia*, de pureza do corpo e da alma com relação aos prazeres sexuaes.

E' synonymo de *castidade*, que distingue-se da *continencia*.

A *castidade* é uma virtude moral que prescreve as regras para uso dos prazeres do amor; a *continencia* é uma outra virtude que prohibe o uso desses prazeres. A *castidade* pôde existir no casamento, a *continencia* reina nos claustros. A castidade estende suas vistas sobre tudo o que pôde ser relativo ao objecto que ella se propõe regular: pensamentos, discursos, lei-

turas, attitudes, gestos, escolha dos alimentos, occupações, sociedades, etc.; a *continencia* não atende senão a privação actual dos prazeres do amor.

Pode-se ser *casto* sem ser *continente*, e reciprocamente ser *continente* sem ser *casto*. A *castidade* é de todos os tempos, de todos os estados; a *continencia* é só do celibato (FR. DOMINGOS VIEIRA).

Sómente a offensa ao pudor, pelos actos impudicos notados, é que constitue o crime em questão. Não bastam, pois, palavras ou gestos obscenos, que podem constituir o chamado *ultrage privado ao pudor*, em contraposição ao *ultrage publico ao pudor*, que o codigo toscano punia como delictos distinctos, mas o nosso codigo, a exemplo do italiano, não incriminou aquella modalidade (PUGLIA).

266. II) O segundo elemento do crime de attentado ao pudor é referente ao meio empregado, que deve ser a *violencia* ou a *ameaça*. Sobre a sua significação e condições veja-se o que ficou dito em o n. 124. E' de notar que a violencia, no crime de que se trata, bem como nos de estupro e de raptó, póde ser *real*, *effectiva*, ou *presumida* ou *inductiva*, esta decorrente da idade menor de 16 annos da pessoa offendida, segundo o disposto no art. 272, que apreciaremos depois. Quanto ainda á violencia physica é de notar que, no crime em questão, deve ser exercida precisamente sobre o sujeito passivo, e não sobre pessoa estranha ou sobre *coisas*.

Deixa, pois, de haver attentado ao pudor, se não houver emprego de violencia ou ameaça, e o paciente fôr maior de 16 annos.

267. III) O terceiro elemento integrativo do crime é o dolo especifico, isto é, o agente, attentando contra o pudor, deve ter por fim *saciar paixão lasciva* ou agir por mera *depravação moral* (Vide n. 265). O nosso codigo afastou-se assim do codigo francez, que, mais acautelador, não exige fim determinado, o attentado ao pudor resultando do mesmo facto immoral ou obsceno, praticado voluntariamente, indifferente sendo indagar do movel do agente, se este se propoz satisfazer sua lubricidade ou qualquer outra paixão (GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE).

Se é certo que em grande numero de casos o fim resalta do proprio acto, em outros não se dá o mesmo, a pesquisa se tornando difficultosa, mórmente quando o agente se vale de circumstancias para dar outra finalidade á sua acção. Deixa, pois, de haver o crime de attentado ao pudor, podendo resultar o da liberdade pessoal ou outro, se elle não teve por fim *saciar paixão lasciva* ou a *depravação moral*, mas a vingança, deprimir a pessoa, etc. A indagação dessa finalidde é de necessidade, não só para a integração da figura delictuosa, como para extremal-a da tentativa de estupro.

268. Pelo propria qualificação do art. 266 do codigo, não exigindo para a integração do crime, um resultado determinado, mas a pratica do acto attentatorio do pudor, se vê que é um crime formal, não admittindo tentativa

punível. O código penal francez, de que se approxima o nosso, não definindo o que constitua a acção, pune o attentado ao pudor *tentado* ou *consummado* (arts. 331 e 332), mas a doutrina e a jurisprudencia dominantes consideram perfeita a acção desde que haja começo de execução, e interpreta o texto legal no sentido que nesta materia a tentativa e a consummação do delicto têm o mesmo character e constituem a mesma infracção (GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE).

Como bem ponderam estes ultimos, o attentado violento ao pudor não é um acto complexo formado de muitos factos que se ligam, e que o agente pôde voluntariamente interromper em meio de sua execução.

Basta um só facto, um só gesto para constituil-o; é, pois, impossivel distinguir entre as differentes phases de sua execução, o começo desta sendo já um attentado consummado ao pudor. No caso, por exemplo, de um individuo que se lança contra uma mulher, e a despoja violentamente de suas vestes, o attentado ao pudor é certamente consummado, ainda mesmo que esta mulher consiga defender-se e impedir seu effeito. Admitta-se, que tocado pelo arrependimento, em meio do attentado, o agente não o execute inteiramente, repondo as vestes semi-erguidas. Este acto é, sem duvida, um começo de execução do attentado que tinha sido premeditado; mas não constitue, por si mesmo e independente de suas consequencias, um attentado completo?

Essa tentativa, seguida mesmo de desistencia, não tem os mesmos caracteres, não produz os mesmos effeitos? O ultrage, por menos grave, não deixa de ser um ultrage. Depois, como determinar o ponto em que expira a tentativa, e onde se consumma o attentado?

O agente não poderia sustentar que o acto commettido não era senão o começo de execução de um attentado mais grave que havia premeditado, e de que desistiu voluntariamente? Quando se trata de um crime que não tem outro character determinado senão o ultrage violento á victima, e que pôde revestir as formas mais diversas, intervir em circumstancias mais variadas, é difficil apreciar si esse crime consummou-se inteiramente no acto incriminado, ou si este acto devia, no pensamento do agente, ser seguido de actos mais graves. Basta, pois, para a existencia do crime, que um só acto tenha sido commettido, mais ou menos audacioso, mais ou menos culpado, mas trazendo em si mesmo a violencia e o ultrage, pouco importando que esse acto tenha sido, na intenção de seu autor, o começo de execução de um attentado mais grave, a lei o toma e o incrimina como constituindo um crime distincto e completo em si mesmo; é a natureza mesma das coisas que ditou esta excepção á regra geral da tentativa. O expellido tem applicação mesmo ao attentado commettido entre pessoas do mesmo sexo, convindo, entretanto, não perder de vista que as relações entre pessoas do mesmo sexo sendo mais faceis, as familiaridades mais hâbituaes, é necessario examinar com muito cuidado o character do acto incriminado. A apreciação do verdadeiro character dos factos é mais difficil, porque é preciso distinguir o que

pertence á facilidade e á liberdade dos costumes, e o que encerra um designio criminoso. Mas se a funcção dos juizes exige uma mais alta sagacidade, o principio é o mesmo, e talvez, de outro lado, seria mais difficil ainda, nesta materia delicada, determinar as circumstancias caracteristicas de uma tentativa legal”.

269. Uma questão: *póde a mulher casada ser sujeito passivo do crime de attentado ao pudor, sendo sujeito activo o proprio marido?* A solução affirmativa é a que se impõe.

Entre os praticos e pela jurisprudencia antiga era a que tivera acolhida, referindo GOMEZ a applicação da regra geral da lei romana a um marido, *qui propriam uxorem contra naturam carnaliter cognoverat*.

A Côrte de Cassação em França, em notavel aresto, sancionou tambem a affirmativa, collocando a questão em seus devidos termos (n. 271, II). Tratando-se de um acto contrario ao fim legitimo do casamento, a esposa não póde ficar sem o amparo da protecção legal, entregue ao excesso do poder marital. Se essa protecção lhe é outorgada, ponderam CHAUVEAU e HÉLIE, em casos de vias de facto e de violencias praticadas pelo marido, por que deixar impune uma só especie de violencia, e a mais odiosa? Não ha duvida que se deve distinguir o pudor de uma virgem e o pudor da esposa, mas este não tem tambem seus limites e sua reserva? O poder do marido é restricto pelo fim mesmo do casamento, e desde que o excede, commette um abuso de poder, de força, um crime que não poderia encontrar excusa. “Não ha poder, notava o Procurador Geral DUPIN, que não tenha seus limites, o direito o mais explicito não deve jámais degenerar em abuso, e quanto maior o abandono de si proprio para tudo o que é livre e conforme ao voto da natureza, menos é permitido, por isso mesmo, se autorisar chegar a consequencias, que longe de serem a execução do pacto, o destroem em sua essencia e revoltam a humanidade”.

## 270. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### DISTRICTO FEDERAL

A pratica isolada de um só acto de libidinagem constitue o delicto do attentado contra o pudor, definido no art. 266 do Codigo Penal, ao contrario do delicto previsto no § 2.º do mesmo artigo, que suppõe a pratica repetida de taes actos (*Accordã. da 1.ª Cam. da Côrte de Appellação, de 8 de abril e de 26 de setembro de 1927*).

### ESTADOS FEDERADOS

As lesões recebidas pela victima de um acto libidinoso praticado com violencia, não constituem crime á parte (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 8 de março de 1917*).

Esta decisão deve ser recebida com a limitação devida, isto é, referidas as lesões corporaes ás modalidades do art. 303 do Cod. Penal. Occorrendo alguma das do art. 304, ter-se-á um concurso formal de crimes, regido pelo art. 66, § 3.º.

## 271. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA.

### FRANCEZA

I. La circonstance de l'age de la personne qui a été victime du crime prévu par l'article 331 du code pénal est constitutive du dit crime; en conséquence, pour pouvoir servir de base á un arrêt de condamnation, cette circonstance doit être reconnue et déclarée par le jury; le jury n'ayant point été interrogé sur la question de savoir si la victime du crime avait moins de onze ans, lá cour d'assises n'a pu suppléer á l'absence de question et réponse sur ce point, se fonder, ainsi qu'elle l'a fait, sur un acte de naissance, pour déclarer que cette personne avait moins de onze ans, et ajouter ainsi á la declaration du jury, pour faite á l'accusé l'application de l'article 331 du code pénal; en le faisant, la cour d'assises a empiété sur les attributions du jury, qui seul avait le droit d'appliquer á la fille dont il s'agissait l'acte de naissance produit au procès, et d'en tirer la conséquence á son age (*Cass.* 23 *juil.* 1836, 28 *sept.* 1838).

II. La disposition de l'article 332, § 3 du code pénal est générale et absolue, elle n'admet aucune exception; si le mariage a pour but l'union de l'homme et de la femme, et si les devoirs qu'il impose, la cohabitation, l'obéissance de la femme envers le mari, établissent entre les époux des rapports intimes et nécessaires, il ne s'ensuit pas cependant que dans condition la personne de la femme cesse d'être protégée par les lois, ni qu'elle puisse être forcée de subir des actes contraires á la fin légitime du mariage; que dès lors, si le mari a recours á la violence pour les commettre, il se rend coupable du crime prévu par l'article précité du code pénal (*Cass.* 21 *nov.* 1839).

## CORRUPÇÃO DE MENORES

272. Só nas mais recentes legislações é que vemos a corrupção de menores qualificada como crime autonomico. A intervenção do Estado no assumpto, com assegurar a moralidade publica, visa especialmente proteger a puericia e a adolescencia, estadios da vida, em que em formação mental e moral, sem o preciso poder inhibitorio, mais emotivo, levado mais a imitar, o individuo necessita que se o prenauna da influencia deleteria da libertinagem. O codigo penal francez foi o primeiro a tratar do assumpto, mas a pouca clareza de seu art. 334 deu logar á accentuada controversia na doutrina e na jurisprudencia.

Nesse artigo estatua: "Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant, habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois a deux ans, et d'une amende de 50 francs a 500 francs. Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leur pères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans á cinqs ans d'emprisonnement, et de 300 francs á 1000 francs d'amende". Entendiam uns que a corrupção só era punivel quando causada para satisfazer paixões de outrem, como modalidade do lenocinio (CHAUVEAU e HÉLIE, MORIN, DALLOZ, etc.), e outros quando tambem visando aos proprios desejos (GARRAUD, etc.). O codigo sardo trouxe modificações ao conceito do codigo francez, sem, porém, dirimir todas as duvidas. No art. 421 estatua: "Chiunque avrà eccitato, favorito o facilitato la corruzione di persone dell'uno o dell'altro sesso minori degli anni ventuno, e chiunque le avrà indotte alla prostituzione sarà punito col carcere non minore di tre mesi estensibile a tre anni". Distinguiu assim a *corrupção* da *prostituição*, com este termo denotando sem duvida o lenocinio verdadeiro e proprio, mas a controversia continuou, discutindo-se a intelligencia das palavras *corrupção* e *prostituição*, entendendo-se que aquella se referia propriamente á corrupção moral, e esta á physica, mas limite não se encontrando para a formula — *excitação á corrupção*, entendida esta em sentido moral. Como modalidade do lenocinio, a corrupção é considerada pelos codigos belga, art. 379, portuguez, art. 406, hespanhol, art. 459, e como modalidade do estupro, pelo allemão, art. 176, n. 3. Em França ainda, a lei de 3 de abril de 1903, consequencia da Conferencia internacional de 15 de julho de 1902, reunida em Pariz, para a repressão do trafico das mulheres brancas, deu nova redacção ao art. 334 do respectivo codigo penal, qualificando com mais clareza os factos delictuosos, e augmentando a penalidade. Ficou assim redigido: "Sera puni d'un emprisonnement de six mois á trois ans et d'une amende de 50 francs á 5000 francs:

1.º quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans;

2.º quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure eu vue de la débauche;

3.º quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura, par fraude ou á l'aide de violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné une femme ou une fille majeure en vue de la débauche;

4.º quiconque aura, par les mêmes moyens, retenu contre son gré, même pour cause de dettes contractées, une personne, même majeure, dans une maison de débauche, ou l'aura contrainte á se livrer á la prostitution. Si les

délits ci-dessus ont été excités, favorisés ou facilités par les pères, mères, tuteur ou les autres personnes énumérées en l'article 333, la peine d'emprisonnement sera de trois à cinq ans. Ces peines seront prononcées alors même que les divers actes que sont les éléments constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents”.

A exigencia do requisito da *habitualidade* para caracterisar o crime da corrupção de menores, como vem expresso neste artigo e n. 1, tem sido criticada justamente como sem razão, desde que a figura criminosa pôde se integrar perfeitamente com a pratica de um só acto. Seguindo orientação diversa, o código penal italiano delineou distinctamente o crime de corrupção de menores, no art. 335, e o lenocínio, nos arts. 345 e 346. Definindo o primeiro, diz: “Chiusunque, mediante atti di libidine, corrompe una persone minore dei sedici anni, é punito con la reclusione sino a trenta mesi e con la multa da lire cinquanta a millecinquecento”. Na alinea, prevê os casos aggravados. Justificando o conceito, dizia ZANARDELLI “ser extranho que se enfeichassem actos tão diversos uns dos outros: o rufianismo e o amor e, quicá, também, a libertisagem, o estriço e o seductor, o acto de quem, para satisfazer a propria paixão ou para dar pasto á propria luxuria, induz aos seus desejos uma adolescente, e o trafico do mercenario que, por dinheiro, se torna, junto ao proprio adolescente, instrumento desavergonhado da prostituição”. O nosso código anterior não previu o crime de corrupção de menores, nem o de lenocínio. O vigente qualifica-os nos arts 266, § unico e 377 e 278. Estranhavelmente fazendo do primeiro objecto de paragrapho, quando technicamente devia ser de artigo distincto, pois é figura diferente do attentado ao pudor, qualificado no corpo do artigo 266, estatue que incorrerá na pena editada para este ultimo crime “aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem”. Ampliando a repressão, em obediencia á citada Convenção Internacional de 1902, a Lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915, deu nova redacção ao art. 266 do Código, fazendo do § unico deste artigo, o § 2.º, e como § 1.º intercalando uma nova figura, a da excitação, favorecimento ou facilitação da corrupção de menores.

No parecer da Comissão de justiça da Camara de deputados, sobre o projecto, depois convertido naquella lei, se considerou a figura do § 2.º como de *corrupção directa*, por resultar de *actos de libidinagem*, e a do § 1.º como de *excitação á corrupção* por poder advir também de palavras. O autor do projecto, deputado MELLO FRANCO, mostrando a necessidade da qualificação dessa modalidade criminosa, que tomou á já citada lei franceza, a cuja orientação também se subordinou em outros pontos, referentes ao lenocínio, frisou que “a corrupção de menores podia ser feita sem o emprego de actos de libidinagem, porque todo o acto libidinoso é *obsceno*, e a corrupção pôde dar-se mesmo sem *actos*, e sim sómente por palavras. A leitura de um livro não será muitas vezes sufficiente para despertar no espirito de um menor os appetites carnaes?” Veremos adiante o alcance dessa innovação.

EXCITAÇÃO A CORRUPÇÃO DE MENORES

273. O art. 266, § 1.º do código, modificado, qualifica como crime: “*Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-o á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral*”. Esta disposição tem como fonte, como já vimos, o art. 334, n. 1 do código penal francez, modificado pela lei de 3 de abril de 1903 (n. 272), fonte que o nosso legislador alterou, supprimindo o requisito da *habitualidade*, e acrescentando a clausula final — *viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral*, que segundo sua letra, tem latitude tal, que a não ser uma interpretação restrictiva, pelo fim collimado pela lei, dá lugar á abusiva incursão no campo da pura moral. O que se tem em vista é pôr a pudicicia a abrigo de actos que, si bem não mantenham relação de causalidade directa, todavia são uma provocação, um estímulo para a corrupção. O autor da lei deixou isso evidenciado, quando notou que não sómente os actos de libidinagem, que acarretam directamente a corrupção, mas tambem outros ou palavras podem, tal a sua potencialidade, levar a esse resultado, donde a necessidade de ampliar a repressão, de modo a comprehender esse caso (n. 272). Nessa comprehensão, os elementos do crime são:

- 1) a acção de excitar, favorecer ou facilitar a corrupção;
- 2) pelo emprego de meios que induzem a victima á pratica de actos deshonestos ou que lhe viciem a innocencia ou pervertam-lhe, de qualquer modo, o senso moral;
- 3) a menoridade da victima.

274. Quanto ao primeiro elemento notado, isto é, as formas da acção, sua comprehensão exacta se terá, ligando-as aos meios apontados pela lei. Assim, no *excitar*, tem-se o caso de *induzir*, de provocar o menor á *pratica de actos deshonestos*, visados determinadamente; no *favorecer* ou *facilitar* a corrupção, o agente não visa actos determinados de libidinagem, mas creando uma situação de immoralidade, *viciar a innocencia da victima* ou *perturbar-lhe o senso moral*, servindo-se, por exemplo, de discursos ou exposições em forma obscena, de todos esses meios congeneres de corrupção, que a imaginação erotica pôde crear, que se enquadram todos na lei, diante da sua latitude. A corrupção, effeito da acção, não é estado equipollente de depravação; bastante é aquella alteração de consciencia, conceitua ALIMENA, obtida por meio da estimulação, da provocação de impulsos que se acham occultos em quem não é capaz de comprehender e resistir, ou, como diz MANZINI, a contaminação da consciencia de quem não é ainda conhecedor dos prazeres carnaes, ou lhe havendo sido conhecidas praticas immoraes ou habitos lascivos, de forma a introduzir no seu espirito elementos eroticos inoportunos ou viciosos, que antes não existiam. E’ essa corrupção, para onde converge



a acção do agente, e que na figura criminosa em questão não se torna necessario seja affectiva, pois, tal occorrendo, a figura seria a do § 2.º do art. 266. O que é necessario é a apudão da acção para levar a victima a esse estado. E' de notar que desenvolvendo sua actividade criminosa, o agente não deve fazel-o para saciar paixões lascivas de outrem, pois, em tal caso, o delicto seria de lenocinio; deve agir cedendo a impulsos malfazejos proprios. Outro extremo do crime é a idade da victima, que deve ser menor de 21 annos, e maior de 16 annos, porque até este extremo vigora o preceito do art. 272, e a acção constituiria o crime de attentado ao pudor. A idade é encarada aqui consoante o criterio do direito penal, tida em consideração a phase da vida, em que o individuo carece de protecção (n. 272). Deve ser apreciada objectivamente (vid. n. 307). Quanto ao dolo, prevalece a regra geral do art. 24 do codigo, não sendo necessario um fim especial, como a vontade de corromper e sim que o agente tenha *sciencia de que os actos são aptos para corromper e queira pratical-os*. E' o que deflue da qualificação legal, e da consideração de que, em regra, a corrupção é o effeito normal da acção.

E' bem de ver que a criminalidade assim caracterizada, não póde subsistir, por falta de objecto idoneo, se a victima já estiver por completo corrompida, ou depravada. Se a corrupção não chegou a tal grão, o menor ainda sendo susceptivel de maior, pela reiteração de outras manifestações de lascivia, não ha que duvidar da punibilidade do agente, que assim coopera para a completa deshonestidade da victima, então iniciada. Como bem accentúa PUGLIA, a corrupção admite gradações, e em muitos casos resultantes da educação perniciosa e má, do estado de miseria, da vida de privações, do communismo, etc., a que não levam, entretanto, á depravação, á libertinagem, termo a que podem, então, chegar pela acção do agente, pelo que imprevidente seria a lei se não o punisse. Isto mesmo accentuou COSTA, no parecer do Senado italiano, ao discutir-se o projecto do codigo vigente, notando tambem que tentar em vão seria traduzir essas modalidades, tão subteis, em um preceito legislativo, mas comprehendendo-as em uma formula geral, convinha deixal-as á apreciação do juiz. Sancionando essa doutrina, é de notar-se a sentença da Côte Suprema da Italia, de 4 de outubro de 1892. Sobre de difficuldade, não ha que negar, uma tal investigação, em se tratando, não de corrupção effectiva mas de excoitação á corrupção, cumprindo assim perquirir com maximo cuidado do caso.

Não é admissivel tentativa punivel, pois os actos que a poderiam constituir, já consummam o crime.

Finalmente, nos termos da lei, é indifferente o sexo da victima.

#### CORRUPÇÃO DE MENORES

275. No § 2.º do art. 266 do codigo penal, modificado, trata-se da corrupção effectiva de menores, estatuinto-se: "*Corromper pessoa menor de*

21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem: Pena — de prisão cellular por dois a quatro annos”.

São elementos do crime:

- 1) a acção de corromper;
- 2) por meio de actos de libidinagem;
- 3) com ou contra a pessoa da victima;
- 4) a menoridade desta.

A acção criminosa em questão está em produzir a corrupção, que IM-PALLOMENEI, com muita precisão, define a precoce insinuação da sensualidade em um menor, procurada por alguém para favorecer a propria libidinagem.

Distingue-se assim a figura criminosa apreciada da do § 1.º, naquella se exigindo *effectiva* corrupção, e nesta, bastando a acção de excitar, de favorecer ou facilitar a corrupção, o crime se consummando sem se cogitar do effeito.

Já vimos em que deva consistir a corrupção (n. 274).

O código delimita sua acção protectora aos *actos de libidinagem*; ficam assim excluidas as palavras, os discursos, os escriptos ou leituras, ou representações obscenas, que podem entrar a constituir a figura delictuosa da excitação da corrupção, como já vimos (n. 274). Os actos de libidinagem são os mesmos do attentado ao pudor (n. 265), bem como a copula, isto é, a união natural das partes genitales, desde que evidentemente não constitua elemento do defloramento ou do estupro. E' a lição de POZZOLINI, PUGLIA, CALOGERO, MANZINI e outros.

Em tal hypothese, deve o juiz indagar cuidadosamente do elemento intencional, como criterio differencial de taes delictos.

A lei fala em *actos de libidinagem* apenas para significar o genero, e, assim, não é preciso a repetição desses actos, nem tão pouco sua habituação, possivel sendo que da pratica de um só acto possa decorrer a corrupção. Só em concreto, pôde ser apreciado o caso.

Esses actos de libidinagem devem ser praticados *com* ou *contra a pessoa da victima*. No primeiro caso ha reciprocidade, o criminoso e a victima são sujeitos activo e passivo, em intercadente lascividade, ou é a victima quem pratica isoladamente o acto, sob a acção directa do criminoso; no segundo, só a victima é sujeito passivo, como no caso de pederastia, em que se faz de pederasta succubo.

Assim, a corrupção, de que cogita a lei, é a *physica* ou *material*, a que resulta da contaminação corporea ou da violação da castidade corporea. Não basta, a simples perversão do animo ou do senso por actos que não affectem directa e immediatamente a pessoa da victima, como uma representação obscena, a pratica de actos de libidinagem, em presença do menor, ou a chamada *corrupção moral*. E' um conceito restricto, que CARRARA justificava, porém, como preservativo de invasão no campo da moral pura, limitada a acção criminosa a actos de materialidade palpavel, assim mais aptos a influenciar a tenra imaginação da victima, delles objecto directo. Tal a orientação do

nosso legislador de 1890, da qual o de 1915, como a lei n. 2.992, se afastou, embora conservando a qualificação do delicto, como vinha no art. 266 § unico do código, pois, definiu como delicto distincto excitação, favorecimento ou facilitação á corrupção, que pôde, como já vimos, ser constituído sem contaminação corporea, o que pôde acontecer frequentemente.

Suppriu-se assim lacuna sensível, notada especialmente pelo autor do projecto daquella lei, que entendia dever-se modificar o texto legal, adoptando-se a forma do dispositivo da lei franceza de 1903. Quanto á idade da victima, tem applicação o que se notou quanto ao delicto afim da excitação á corrupção (n. 274). Eguamente é de se ter em vista o que foi dito quanto ao dolo, que não está na vontade de corromper, mas na de praticar actos aptos para tal.

Questiona-se si pôde haver tentativa de corrupção de menores.

Acompanhamos aquelles que opinam pela negativa. Se é certo que o crime em questão exige, para a consummação, um resultado, a corrupção, esta, porém, nota MANZINI, não constitue um acontecimento material, uma modificação do organismo individual, mas sim, ao envez, uma alteração moral, que do ponto de vista da materialidade executiva do delicto, não se pôde scindir pelos actos physicos que a determinam, sendo essa materialidade, apenas, uma condição de punibilidade do facto e, assim, se o acto de libidinagem completo ou não, deu ao menor a noção pratica da lascivia, o delicto está consummado.

Do expendido se vê que a corrupção de menores se distingue do attentado violento ao pudor no seguinte: 1) neste ha emprego de actos libidinosos com ou sem contacto corporeo, ao passo que na corrupção de menores os actos libidinosos devcm ser exercidos na ou com a victima; 2) no attentado ao pudor é elemento integrante a violencia real ou presumida ou emprego de ameaças, na corrupção de menores não se exige esse elemento; 3) o attentado pôde ser dirigido contra pessoa de qualquer idade, a corrupção só se dá em relação a menores; 4) pelo dolo. Distingue-se a corrupção de menores da excitação á corrupção de menores pela acção e pelos meios, como ficou amplamente exposto nos ns. 272 e 273.

## 276. JURISPRUDENCIA ESTRANGEIRA.

### ITALIANA

I. L'eccitamento alla corruzione si può commettere anche con la congiunzione carnale, molto piú se questa non fu il primo di una sequela di atti simili pei quali ovvenne la corruzione della fanciulla (*Cass.* 26 *febb.* 1890).

II. Non vi è reato di corruzione di minorenne, mediante atti di libidine, se la persona minore fosse gia parvenuta alla totale corruzione (*Cass.* 24 *magg.* 1890).

III. Data la sussistenza degli atti di libidine esercitati sopra persona minore degli anni sedici, la corruzione va considerata come insita negli atti stessi. La corruzione deve ritenersi come una conseguenza necessaria degli atti medesimi, ne vale gli atti di libidine non abbiano avuto l'effetto della corruzione della ragazza per una circostanza subiectiva della di lei precoce sensualita.

E' naturale que una ragazza solleticata nei sensi si abbandoni piú ancora se risvegliata da consimili precedenti, ma non perciò sarà meno responsabile la persona che in tal favorevole condizione consuma ou di lei tali atti, perche la protezone che la legge ha voluto accordare a queste persone fino a quell'eta in cui ordinariamente i segreti della natura non sono ad esse ancora dischiusi, non ha limiti, altrimenti sarebbe la publica moralità troppo esposta alla insidie altrui a sfogo di propria libidine (Cass. 4 ottob. 1892).

#### DEFLORAMENTO

277. Em direito romano, e em accepção lata, se denominava *estupro* qualquer conjugação carnal, comprehendidos mesmo o adulterio e o acto carnal consummado *cum masculis*, accepção a que veio se contrapor outra mais restricta, a conjugação fóra do matrimonio, mas com virgem ou mulher honesta, com *virgo vel vidua honesta vivens* (D. 48, t. 5, § 2).

Não lhe era elemento essencial, mas aggravante, a violencia, passando, então, a *criminis vis* (LISZT, PESSINA). Imperante esta accepção restricta na pratica medieval, considerado o crime como attentatorio da honra da mulher, dizia-se *estupro proprio*, a copula com a defloração, e *estupro improprio*, a copula com viuva honesta, aquelle crime de *facto permanente*, este de *facto transeunte* (CARMIGNANI, GIULIANI), distincção que se relacionava com outra, de alcance pratico, isto é, a de *estupro simples* ou *voluntario*, copula com mulher capaz de consentir, forma depois tornada impune, e *estupro não voluntario*, qualificado por *sedução* ou *violencia*, modalidades a que vêm se juntar, especialmente nos codigos territoriaes da Allemanha, e o *estuprum nec voluntarium nec violentum*, a copula com a mulher sem violencia, mas sem o seu consentimento, isto é, com mulher alienada, embriagada, adormecida ou com uma impubere (FEUERBACH). Os codigos modernos podem ser reduzidos a dois grupos, uns punindo a conjuncção carnal por violencia, sedução ou fraude ou com mulher em condições de não poder resistir, *sem cogitar do estado de virgindade* (Cods. francez, art. 332, que fala só em *viol.*, mas a jurisprudencia respectiva exigindo os elementos da violencia, ameaça, engano ou molestia, belga, art. 375, italiano, art. 331, allemão, arts. 176, 177, 179, 182, húngaro, arts. 232, 236, 245, austriaco, arts. 125 e 127, hollandez, arts. 242, 243, 244 e 245, zurighense, arts. 109, 111, 112 e 114, ticiense, arts. 248, 253, 255 e 256); outros codigos contemplando tambem deestacadamente a conjuncção com *mulher virgem*, como o

hespanhol, art. 458, e seus derivados (argentino, art. 130, uruguayo, art. 248), portuguez, art. 392, e ainda singularisando-se, com exigir o extremo da *defloração*, os nossos, de 1830, este com prioridade, vigente, e o toscano, art. 290. A esse grupo se prende ainda, cumprindo destacar, por constituir antecedente de nossa legislação, a Ord. Philippina, L. V, t. 23, qualificando o caso do “homem que dorme com mulher virgem, per sua vontade”, e o caso do que “dorme com viuva honesta per sua vontade”, disposições modificadas pela lei de 6 de outubro de 1874, no tocante á idade da virgem, reduzida a 17 annos, e no t. 18, qualificando o estupro violento, cu o caso de “homem que forçosamente dormir com qualquer mulher. posto que ganhe dinheiro por seu corpo, ou seja escrava.”

O nosso código, de 1830, sob o titulo de *estupro*, tomado em sentido amplo, comprehendia o *defloramento* (arts. 219 a 221), a *sedução de mulher honesta, menor de 17 annos* (art. 224), e a *copula obtida por violencia ou ameaça* (art. 222). Com relação ao *defloramento*, que cumpre apreciar agora destacadamente, dispunha no art. 219: “Deflorar mulher virgem menor de 17 annos: Pena — de desterro para fóra da comarca em que residir a deflorada, por 1 a 3 annos, e de dotar a esta.” Os extremos do crime eram, pois, a *defloração* e ser a *virgem menor de 17 annos*. Seguiu assim o nosso legislador, não exigindo expressamente o extremo da seducção, a doutrina de certos praticos, que CARRARA *qualificava* de singular, que ensinavam que a defloração só bastaria para presumir aquelle elemento moral, “non sembrando possibile, diz aquelle criminalista, alla monacale esperienza di costoro, che una ragazza condiscenda a perdere il suo fiore, tranne per amor di colui che considera come suo futuro marito.” A seducção era exigida expressamente na outra modalidde do estupro, prevista no art. 224, isto é, da copula com mulher honesta, menor de 17 annos. O legislador, se mostrando providente, incriminou assim o estupro de virgem e de não virgem, mas honesta, e com seducção, como tambem o estupro violento (art. 222).

O código vigente, eliminando o caso de estupro, por seducção de mulher honesta, talvez inspirado no código italiano, reduziu a figura do estupro á copula com violencia (art. 268), e á parte qualificou o defloramento, com modificações, ampliando a idade da offendida a 21 annos, e exigindo, como meios do crime, a *seducção, engano ou fraude*.

278. Nos termos do art. 267 do código, a figura do crime ahí definido, na pratica denominado de *defloramento*, presuppõe como elementos essenciaes os seguintes:

- 1.º a defloração ou defloramento;
- 2.º a menoridade da offendida;
- 3.º que tenha consentido por seducção, engano ou fraude;
- 4.º o dolo especifico.

279. 1) Defloramento ou desfloramento, defloraçào ou desfloraçào vêm do verbo deflorar ou desflorar, por sua vez derivado do latino *deflorare*, que em sentido proprio significa tirar a flor, e translato: violar a virgindade ou desvirginar uma donzella. Neste sentido, como effeito da acção do homem, pela copula, o defloramento é o attentado contra a honra de uma mulher virgem, em virtude do qual ella perde essa qualidade. E como esta qualidade, segundo a intuição popular e tradicional, orientadora de nossos codigos, é attestada pela integridade do hymen, o defloramento vem a ser a ruptura do hymen, mediante copula carnal. Assim, dada a ruptura, tem-se o defloramento consummado, sem necessidade da *emissio seminis*, ou derramamento do semen. O hymen (do grego, significando *membrana*, *pellicula*, e, pois, constituindo pleonasmio dizer-se, como se faz communmente, *membrana hymen*), quer se considere de origem vaginal, quer vulvar ou vestibular, é uma membrana que se estende transversalmente á entrada da vagina, logo em seguida aos pequenos labios, e que attenta sua consistencia, pôde ser differentemente constituído (*estructura tenue ou fina, delgada, carnosa ou muscular, fibrosa ou ligamentosa*); e attenta sua forma, assumindo modalidades communs, ordinarias ou typicas (*hymen annular e circular, semi-lunar ou em ferradura, bilabiado ou libriforme, na classificacão mais seguida*), e modalidades anormais, raras ou atypicas (*hymens corolliformes, foliaceos, bi-perfurados, cribiformes, etc.*). Dada sua localisaçào entre a vulva e a vagina, de modo que a penetraçào do penis nesta só pôde ter lugar, em regra, pela dilaceraçào do hymen, dahi o fundamento da intuição popular, a que nos referimos, só vendo defloramento, verificada a ruptura do hymen. Naturalistas de renome reputavam mesmo tal membrana apanagio ou *signus mulheril* (LINNEU, HALLER, WIEDERSHEIM, etc.), concepçào que não encontrou apoio nas observaçõeS de DAUBENTON que viu hymen em phocas e macacas saguins, de STELLER, no manatim do norte, de BRUGNONE em mulas e jumentas, etc. Não se singularisa, porém, o nosso povo pela assignalada intuição, porquanto a recebeu de outros, como elle, diz CARLOS SEIDL, *hymenophilos*, e haja vista a pratica entre os hebreus de exhibir a camisa ensanguentada do primeiro coito, como prova da virgindade da nubente, pratica que vemos adptada entre os napolitanos, até o seculo passado, chamando tal veste — *camicia del onore*; entre os persas e arabes a demonstracão por um lenço ensanguentado, introduzido envolto no dedo indicador, por uma matrona, a quem cabia examinar a nubente, á vista das mães desta e do noivo, quando impubere, a não fallar das usanças de outros povos selvagens da Africa, e de outros da Asia, como vêm descritos nos tratadistas (SOUZA LIMA, HAVELOK ELLIS, REYMON, LACASSANGNE, CARLOS SEIDL, etc.). Sob o influxo dessa intuição, o nosso legislador de 1830, seguido pelo de 1890, fez da defloraçào o extremo material essencial do crime, defenido no art. 219 do anterior codigo, e no art. 267 do vigente. Fazendo tambem consistir o estupro qualificado por seducçào na defloraçào, vemos

o código toscano de 1853, art. 290, isto mesmo salientando CONSTANZO CALOCERO como nota diferencial entre aquelle código e o vigente na Italia, que não cogita desse elemento. “L’elemento della *verginita fisica* trascurato dal legislatore nel delitto di violenza carnale era considerato dal Codice toscano come *essenziale* nello stupro, che *consisteva appunto nella deflorazione* la quale assumeva il carattere di delitto quando fosse qualificata o dalla promessa di matrimonio, o dall’età della persona stuprata o dalla straordinaria seduzione.” Dispunha effectivamente esse código, no art. 290:

“§ 1.º Si fa colpevole di stupro:

a) chiunque dopo avere contratti solenni sponsali con una fanciulla la deflora, e poi non osserva, senza giusta causa, la data fede;

b) chiunque deflora una fanciulla che ha compiuto l’anno duodecimo, ma non il decimosesto;

c) chiunque, circonvenendo con le fraudi di una seduzione straordinaria la sua inesperienza, deflora una fanciulla che, sebbene abbia compiuto l’anno decimosesto, non ha compiuto il vigesimo primo”.

“Nelle quali disposizioni, prosegue CALOCERO, na critica ao código toscano, em cotejo com o vigente italiano, invero non si comprende come mai il legislatore abbia richiesto come elemento necessario alla essenza di fatto di questi reati la deflorazione, *non ritenendo sufficiente la semplice conoscenza o congiunzione carnale*.

Poi ché é evidente che come nella violenza carnale non é necessaria la deflorazione ma l’offesa violenta all’castità é punita anche senza questo elemento, così quando la integritá corporea é offesa per mezzo di seduzione il reato dovrebbe ritenersi consumato dal momento che il delinquente é giunto a congiungersi carnalmente col pazienta sia caso vergine o no.” E adiante, assignalando lacuna: “Cosiché il legislatore toscano, come avrebbe dovuto punire la *semplice conoscenza carnale* mercé seduzione *senza richiedere l’elemento della deflorazione materiale*, ovrabbe dovuto del pari prevedere nelle disposizioni riguardanti li stupro per seduzione il caso di colui che senza vera e propria violenza inducesse un giovinetto od una giovinetta a conoscenza carnale *contro natura*.” Assim, perante o código toscano, como perante os nossos, não basta, para integração do crime, a copula com mulher virgem, necessario é ainda a defloração material, consistente na ruptura do hymen.

280. VIVEIROS DE CASTRO, seguido de outros e por julgados de nossos tribunales, sustentava que não era indispensavel a ruptura do hymen para caracterisar a defloração, sufficiente sendo a copula com mulher virgem, por isso que podia se verificar sem aquella ruptura, e, de outro lado, a ruptura

ocorrer em virtude de causas estranhas á copula. CHRYSOLITO DE GUSMÃO, em seu livro — *Dos crimes sexuaes*, adoptando a mesma opinião, e criticando sentença nossa, de 15 de maio de 1920, em que suffragamos intelligencia diversa do texto legal, procura mostrar, contestando nossas affirmações que pela promulgação de nosso código criminal de 1830 e do toscano, *alguns annos depois* (1853), a ruptura do hymen não era tida como um signal absoluto, sujeito, apenas, a rarissimas excepções, do defloramento, mas, ao envez, se tinha esse signal, maximé nas primeiras decadas e até a metade do seculo passado, como um signal bastante fallivel”, e assim “não podia a expressão defloramento ser empregada pelo código de 1830, como pelo vigente que áquelle se filiára, senão como *expressando a offensa maliciosa á virgindade* e não, tão sómente, unicamente, como caracterisando o rompimento do hymen, e, do contrario, seria pretender que o legislador propositadamente fosse levado a praticar o absurdo de, *sabendo* quão fallivel era esse signal, *diante dos ensinamentos da medicina legal*, tel-o, no entanto, como unico e exclusivo para a integralisação do delicto, de forma a, de ante-mão, eliminar identicos delictos da sancção penal que estabelecia, pois, estabeleceria conscientemente a mais clamorosa das injustiças, punindo ao mesmo tempo que sancionava factos perfeita e absolutamente identicos, de forma a ser forçosa a conclusão de que teria tido como escopo não a protecção da virgindade, mas, unicamente, a mulsumana defesa d’um signal fallivel e meramente material dessa mesma virgindade; se assim não fôra, não se teria como acceitar a tentativa em taes delictos, que se transformariam em delictos instantaneos ou, segundo erroneamente, poucos o tem pretendido, delictos formaes, quando certo é que não ha como não admittir em taes crimes o instituto da tentativa.” Appociemos os argumentos adduzidos. E’ bem de ver que inerpretando uma disposição de lei, não se tem que cogitar se encerra ou não boa doutrina, mas sobretudo o que quiz realmente o legislador. Desviar-se dessa orientação para amoldar o estatuido ao que parece melhor, é arrogar-se o interprete funcção que não lhe compete absolutamente. Assim, de *lege ferenda*, não ha que questionar que melhor orientadas foram as legislações, como a francheza, a italiana, que não cogitam da virgindade em crimes taes, mas de proteger a liberdade individual e o pudor, bens juridicos no caso objecto da offensa, ou a se cogitar da virgindade, como caso especial, abstrahir do elemento da defloraçào, na accepção material por que é realmente encarada no assumpto, como fazem os codigos hespanhol e portuguez, evitando as questões que a proposito registra a pratica judiciaria.

Effectivamente, em seu art. 332 dispõe genericamente o *código penal francez*: “Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés á temps.” O *italiano*, em seu art. 331:

“Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona dell’uno o dell’altro sesso a congiunzione carnale, è punito con la



recluzione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente com persona dell'uno o dell'altro sesso, la quale al momento del fatto:

1.º non abbia compiuto gi anni dodici;

2.º non abbia compiuto gli quindici se il colpevole ne sia l'ascendente, il tutore o l'institutore;

3.º essendo arrestata, o condannata, sia affidata al colpevole per ragione di trasporto o di custodia;

4.º non sia in grado di resistere per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente del fatto del colpevole ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati." O *hespanhol*, art. 458:

"El estupro de una donceila mayor de doce anos y menor de veintitres se castigará (distingue a pena segundo a qualidade, o agente). O *portuguez*, art. 392:

"Aquelle que, por meio de seducção, estuprar mulher virgem maior de doze e menor de dezoito annos, terá a pena de prisão maior cellular de 2 a 8 annos, ou, em alternativa, a pena de degredo temporario."

Seguiram, assim, estes codigos orientação diversa e mais previdente da que foi adoptada pelo nosso, e, consequentemente não podem servir de meio illustrativo para interpretação deste ultimo. Incorre, pois, em censura o accordam da 3.ª Camara da Côte de Appellação (vid. n.º 285, VII), que, reformando nossa alludida sentença, recorreu a commentadores desses codigos, como subsidio de argumentação.

Como nota JOÃO VIEIRA, "a opinião de VIVEIROS DE CASTRO pode-se adaptar aos codigos hespanhoes que prevêm o estupro da mulher virgem, mas não incluem como elemento a defloraçãõ; ao nosso direito nunca tal interpretação poderá ser adoptada. As lições medico-legaes sobre o defloramento convencem apenas que de um elemento tão duvidoso não se deveria ter feito condição constitutiva do crime. Entre nós, o sabio professor de medicina legal na Faculdade de Medicina da Bahia, o DR. NINA RODRIGUES, tem provado quanto são difficeis de resolver as questões que se ligam ao defloramento pela propria complexidade dellas, mesmo sob o ponto de vista anatomico, conforme as interessantes publicações do insigne autor, no paiz e no estrangeiro. Nada disto, porém, suffraga a interpretação contraria, porque o objectivo, o escopo do crime é a defloraçãõ; o coito, a conjuncção carnal é o meio que pôde acarretar aquella completa *consummação*, incompleta, *tentativa*, ou nem incompleta, pelo menos sem prova certa da pericia." Fundamentam este modo de encarar o texto legal, argumentos de valia. Sus-tentamos que o nosso legislador de 1830, tomou a defloraçãõ na accepção

material, como ruptura do hymen, inspirando-se na intuição popular, que imperava como ainda impera.

Ora, contradictando essa orientação não vinham os autores de medicina legal da época, além de que esta sciencia, aliás em constituição, não tinha cultivo generalizado em nosso meio, desconhecida mesmo de nossos cursos academicos. Effectivamente, foi só em 1834 que se creou a cadeira de medicina legal nas duas unicas Faculdades de medicina, então existentes, do Rio de Janeiro e da Bahia, sendo que naquella só em 1877, com SOUZA LIMA, é que o ensino da materia deixou de ser exclusivamente theorico, e sómente em 1891, se crearam as cadeiras dessa disciplina e de hygiene nas Faculdades de direito de São Paulo e do Recife, fundidas depois essas disciplinas na cadeira de medicina publica em 1895. O codigo criminal alheava-se, por isso, de pontos de relevancia, attinentes á medicina legal. e haja vista o art. 195, onde estatua que “*o mal se julgario mortal a juizo dos facultivos.*” Quanto á pericia, “*a não ser nas capitães e em algumas outras cidades, onde se confiava a profissionaes, em casos de mais relevancia, ordinariamente, duas pèssõas quaesquer, nota com justeza AFRANIO PEIXOTO, condecoradas em homenagem á lei com os qualificativos de entendidas e de bom senso, respondiam aos quesitos propostos para cada caso com mais ou menos inconsciencia. A vastidão do paiz ainda não abastecido de medicos em todos os logares, a ignorancia da maior parte destes em assumptos de medicina legal, mesmo nos centros mais populosos, davam ás pericias nacionaes uma quasi geral invalidade, que não era sentida infelizmente, graças á ignorancia maior da justiça e do publico.*” Não contraditava a intuição popular a sciencia medico-legal, como se vinha constituindo, e haja vista primeiramente a hypothese da laceração do hymen por accidentes ou dcnças, hypothese aliás só em tempos recentes mais amplamente discutida, não offerecendo ainda a doutrina nada de assentado e firme. Effectivamente, se a laceração do hymen por accidentes traumaticos é admissivel em determinados casos (TARDIEU, NINA RODRIGUES), para outros, uma tal destruição pela equitação, o salto, a dança, etc., “*deve ser regeitada como uma fabula*”. doutrinava CASPER, seguido por MASCHKA, ZUNO, MONTALTI, LAZZARETTI, STRASSMANN, AFRANIO PEIXOTO e outros. A mesma accentuada divergencia quanto á ruptura pelo onanismo, e por causas pathologicas (affecções gangrenosas, vulvites ulcerosas, aphtosas, gonococidas, syphiliticas, etc.).

ATRANIO PEIXOTO, citando e acompanhando MASCHKA, nota que se taes casos pertencem á possibilidade, devem ser enunciados entre os factos mais raros, nenhum delles tendo observado este ultimo tratadista em sua pratica. como accentúa, “*muito rica na especie.*”

Dahi porque o cientista brasileiro considerava moderado a DUVERGIER, que em 1834, abriu um curso pratico medico-legal em França, quando assegurava “*si um hymen não fôr achado intacto, ha 999 probabilidades em 1.000 que tenha havido o defloramento.*”

Esse 1 — si tanto — em 1.000, nota PEIXOTO, citando HOFMANN, não será menos reconhecido, pois nos casos de traumatismos extensos e lesões pathologicas “a grandeza e extensão das cicatrizes, o estado das partes visinhas, isto é, das partes genitales externas, e os commemorativos, permitirão facilmente o diagnostico.” Quanto á integridade do hymen, após a copula, é hypothese demonstrada pela observação, especialmente colhida por autores modernos; pela época da elaboração do nosso código de 1830, era considerada excepção restricta, e só por uma abusiva tendencia de generalisar, nota AFRANIO PEIXOTO, tem assumido outras proporções em autores modernos. Basta confrontar os mais antigos, como ORFILA, DUVERGER com RICHTER, aquelles referindo-se ao facto, como excepção, este, invertendo os termos da questão, asseverando que “a integridade do hymen ao primeiro coito e mesmo a outros ulteriores é a regra, emquanto que a sua ruptura é uma rara excepção.” Se para aquelles, a copula sem essa ruptura podia ter logar em casos especiaes, em que a membrana se apresenta frouxa, largamente aberta ou *complacente*, na espirituosa expressão de LEGRAND DU SAULLE, não offerecendo, por isso, resistencia qualquer á intromissão completa do membro viril, sobretudo se este fôr, por sua vez, nota SOUZA LIMA, relativamente acanhado, pequeno e — *insinuante*, com isto denotando o saudoso scientista o membro de forma ligeiramente conica, com a extremidade livre mas adelgada do que o corpo e a raiz do membro; para os outros não ha formas privativas ou characteristics da complacencia, qualquer que seja a forma hymenal, uma vez que o diaphragma ou ostio da membrana não apresente notavel exiguidade, o coito pôde ser realisado sem deixar vestigios ou indicios, caso ella não seja muito delgada e, portanto, não extensivel ou elastica, salvo nas meninas muito jovens que não attingiram, ainda a puberdade (MIGUEL DE SALLES).

Collocando-se entre os primeiros, nota AFRANIO PEIXOTO que “em um rol de 500 hymens, que observou, 18 foram achados capazes de tolerar a copula sem ruptura, o que dá a proporção de 3,6 %. A menção das observações de WALTER, HELLMAN, OSIANDER, NAFGELE, FODERÉ, KRIGER, HEIM, RISKE, CASPER, ROSENBERG, PARENT-DUCHATELET, SCHROEDER, STEINHAUS, BUDIN, BROUARDLÉ, CREDÉ, MARTINELLI, etc., esparsas pelos livros de medicina legal assegura que o facto merece ser notado, pois sua frequencia não lhe dá fóros de *commum* e facilmente encontravel. MONTALTI chama-os de *singulares* e MASCHKA capitula-os mesmo de *casos raros*, mostrando quanto as condições de resistencia, elasticidade, forma, abertura podem explical-os.”

O expendido mostra, pois que não tem procedencia o argumento tirado dos ensinamentos da medicina legal, pois, além de não infirmarem, como eram, então deduzidos, a concepção popular, seguida pelo legislador, não offereciam, como ainda não offerecem, no assumpto, conclusões certas.

281. Argumenta-se ainda que tomada a defloração na accepção material, como ruptura do hymen pela copula seria attribuir ao legislador o intuito de proteger, não a virgindade, mas a *mulsumano defesa d'um signal fallivel e meramente material dessa mesma virgindade*. É um argumento especioso.

O objecto do crime é a pudicicia, a pureza do corpo e da alma em relação aos prazeres sexuaes, e encarada especialmente quanto á mulher, constituindo a *virgindade*. Tem assim, o bem juridico protegido, um *aspecto material*, a integridade do corpo, a sua não contaminação pelo congresso sexual, ou mais precisamente, pela copula carnal — é a *virgindade physica*; tem tambem um *aspecto moral*, a pureza da alma, constituindo assim, como virtude moral, um ser invisivel, uma entidade, que só indirectamente se manifesta por factos — é a *virgindade moral*.

É neste sentido que BUFON dizia ser a virgindade “un être moral, une vertu qui ne consiste que dans la pureté du cœur.”

Erigindo em crime o attentado contra esse bem juridico por meio da copula, o legislador, encarando o seu aspecto material, fez da ruptura do hymen o signal da aggressão, que além do effeito material, traz o de ordem moral, a perda da pureza da alma, do coração.

O legislador de 1830, mantendo a directriz da legislação vigente, teve como certo que a virgindade, em seu duplo aspecto, se caracterisava pela integridade do hymen e quando a mulher fosse menor de 17 annos, aquelle facto traduzindo ausencia de contacto sexual, este a inexperiencia sexual, a *inconsideração*, de que fala o alvará de 6 de outubro de 1781.

Assim, a copula com mulher em taes condições, com ruptura do hymen, acarretava a perda da virgindade physica, affectado seu signal traductor, bem como da virgindade moral, pela seducção presumida. Singularisando-se dos codigos vigentes, com o exigir o extremo da defloração material, o nosso codigo deixava claro, o que vimos de expender, na dicção do art. 219, estabelecendo: “*Deflorar mulher virgem, menor de 17 annos: penas de desterro para fóra da comarca, por um a tres annos, e de dotar a esta.*”

O legislador de 1890, mantendo a mesma directriz, modificou-a, com elevar a idade da mulher a 21 annos, e com exigir, além do engano e da fraude, a seducção real, como veremos detalhadamente adiante.

Se pelo *usus fori* ou *jurisprudencia dos tribunaes* melhor se determina o sentido e extensão das leis, nesse subsidio importante vamos encontrar ainda comprovação do que vimos adduzindo.

Mostrando qual a intelligencia dada pelos tribunaes ao anterior codigo, o DR. JOAQUIM MARIANO GALVÃO DE MOURA LACIRDA, advogado militante, além de cultor de medicina legal, em seu trabalho, editado em 1883, *As instituições de medicina legal brasileira*, muito embora contrario ao firmado, diz:

“Tem-se, vulgarmente, considerado como *signal infallivel da virgindade physica a presenca da membrana hymen*. E’ assim que a considera o nosso *codigo* (esse gripho é nosso). Dahi a conclusão: o defloramento é a perda da membrana hymen.

Dahi, a pratica de só considerar deflorada a mulher quando o corpo de delicto prova — *que ha ruptura dessa membrana*.

Esse modo de entender a palavra *defloramento*, empregada no *codigo*, tem levado os julgdaores (juiz da formação da culpa e jury) a não responsabilisarem o indiciado *quando não se realisa a ruptura do hymen*, classificando o crime no art. 201 ou 205, quando ha offensas physicas leves ou graves, *ainda mesmo quando no corpo de delicto verifica-se ter havido copula completa*, sem ruptura, porém, do hymen (ps. 180 e 181).

Por igual, referindo-se á essa pratica, que viu seguida na vigencia do anterior e do actual *codigo*, com a qual tambem não concordava, diz SOUZA LIMA: “A mulher só deve ser reconhecida virgem, ou não deflorada, emquanto guarda inviolado e impolluto o sacrario de sua honra, independente da integridade anatomica das peças que o compõem. Infeizmente, porém, não é assim que *se tem interpretado até aqui* na nossa praxe forense o pensamento do legislador ou do formulista. Entende-se que se deve ter em consideração a existencia ou não das lesões materiaes observadas nas partes sexuaes, particularmente á integridade ou não da membrana hymen, na phase de PLENK, o *primarium signum virginitalis*, de modo a responder — *sím*, quando esta fór encontrada dilacerada ou destruida, e — *não*, no caso contrario; resposta que, assim formulada sem restricções, pôde conduzir a erros.”

282. 2) O segundo elemento do crime é a *menoridade* da mulher, que sem outra indicação, nota JOÃO VIEIRA, quer dizer *civil*, isto é, de menos de 21 annos, limite adoptado quer pela anterior legislação civil, quer pelo vigente *codigo civil*, art. 9.

Menor de 21 annos, deve, porém, ser maior de 16, porque sendo menor desta idade, o facto, consoante o disposto no art. 272 do *codigo pena*, passa a constituir o crime de estupro.

VIVEIROS DE CASTRO entendia que a mulher emancipada, por supplemento de idade, não podia ser sujeito passivo do crime em questão, por não ser menor, nem precisar de protecção. “O *Codigo penal*, diz elle, teve em vista proteger a inexperiencia, a ingenuidade das menores contra as seducções, os enganos, as fraudes dos homens. Ora, estas mulheres que obtem supplemento de idade, nem são menores, nem precisam da protecção da lei, dispensam-n’a.”

Com JOÃO VIEIRA entendemos que a menor emancipada por supplemento de idade está comprehendida no artigo, por isso que o supplemento só pôde ter efeitos puramente civis.

Não colhe o argumento de CHRYSOLITO DE GUSMÃO de que sempre que o legislador quer distinguir a menoridade civil da penal, expressamente acrescenta a locução “21 annos”, como no caso do rapto previsto no art. 270 § 1.º, ou quando, na parte geral estatue sobre attenuante, art. 42 § 11. Primeiramente é de notar que a menoridade penal, nos crimes sexuaes, para o effeito de consderal-os violentamente commettidos, é a de 16 annos (art. 272). Em segundo logar, no caso do art. 270 § 1.º, a referencia aos limites de 16 annos e 21 annos era necessaria para caracterisar e extremar o rapto *in parentes*, alli figurado, do rapto proprio.

No caso da attenuante do art. 42 § 11, assignalando o limite de 21 annos, o legislador o fez naturalmente para condicional-a devidamente, pela mesma razão por que o legislador civil firma, tambem tal limite, e como ainda fizera em relação á attenuação da responsabilidade no art. 65.

Por isso que a idade da offendida é elemento do crime, deve ser devidamente provada, o que se faz, em regra, pela certidão do registro civil; na falta ou impossibilidade da apresentação dessa certidão, pôde ser supprida por algum dos meios indicados pelo decreto n. 773, de 20 de setembro de 1890, e que para a especie são: a) justificação; b) attestado do pae ou tutor, não havendo contestação; c) qualquer documento que em direito commum seja aceito por valioso para substituir a certidão de idade; d) exame pericial.

Quanto a este ultimo meio, só pôde ter efficiencia evidentemente quando a conclusão fôr certa e devidamente fundamentada.

Quando caiba ao jury julgar o crime, embora a idade já conste do processo, por isso que é elemento do crime, deve ser formulada em quesito especial, segundo tem decidido a jurisprudencia.

Notam a respeito CHAUVEAU e HÉLIE: “Desde que a idade é, quer um elemento do crime em si, quer um elemento de aggravação ou attenuação da pena, é impossivel subtrahil-a á apreciação dos jurados, pois que entra nas circumstancias de facto, e o facto e todas as circumstancias que o podem modificar pertencem-lhe exclusivamente.” A idade deve ser considerada assim objectivamente e não referida ao dolo do agente (vid. n. 307).

283. 3) O terceiro elemento do crime é referente ao *meio* empregado para obter o consentimento da menor, meio que pôde ser a *seducção*, o *engano* ou a *fraude*. Como no caso do estellionato, o meio é o artificio ou ardil, e o dolo o intuito de lucro, no crime de defloramento, o meio é tambem moral, em uma daquellas modalidades, e o dolo, como veremos, o escopo da defloração. Não se deve, pois, confundir meio e fim, neste estando o dolo especifico. E' necessario, para a integração do crime, que o consentimento da mulher seja viciado, e tal se dá quando obtido por seducção, engano ou fraude. Fóra disso, se a mulher consentir livremente, não ha crime, e simples acto immoral, alheio á repressão penal — *fornicatio simplex de jure civile*

*prohibita non est.* Uma intelligencia erronea tem sido dada ao texto legal, no concernente o que seja *seducção*, advinda de subsidios doutrinarios que não se lhe ajustam devidamente. VIVEIROS DE CASTRO, recorrendo á lição de CARRARA, sustentou que a *seducção*, de que cogita a lei não é a *commun* ou *vulgar*, mas a *criminosa*, a que tem sempre por substractum o engano. Escrevendo em face do que estatua o codigo toscano, cujo texto reproduzimos em o n. 277, o eminente criminalista italiano distinguia a *seducção* criminosa em *presumida* e *verdadeira*, sendo aquella que podia emergir das condições do sujeito passivo (imbecil ou impubere), das do sujeito activo e de suas relações com a mulher (autoridade de pae adoptivo, de tutor, de carcereiro, etc.), e das condições do sujeito activo e de suas relações pessoaes (estupro com filha ou irmã do patrão, com discipula, etc.).

Referindo-se á *seducção verdadeira*, diz que, no sentido juridico, tem por indispensavel substractum o engano. A mulher que, na *linguagem vulgar* se denomina seduzida porque o seu pudor foi vencido pelas supplicas, lagrimas, assiduas atenções, pelas blandicias de insistente apaixonado, ou, então, por impulsos de ambição, de avidez, ou devido á excitada exaltação dos sentidos, não se pôde dizer *seduzida* no sentido juridico... Não é possível encontrar-se elementos de *seducção* senão naquelles casos em que o consentimento da mulher torna-se desstituido de todo valor juridico. É isso, quando existe na mulher a juridica capacidade para consentir, não se pôde verificar fóra da hypothese do engano, que torna inapto o consentimento da enganada em razão do dolo do enganador, que com tal engano agiu. A mulher que se rendeu á vista do ouro ou de supplicas, não pôde pretender que não consentiu e que dispoz de seu direito em forma nulla; pôde, ao envez, dizel-o a mulher, a quem se fez acreditar uma certa coisa que a determinou a consentir, mas que se tivesse conhecido a falsidade dessa mesma coisa não teria consentido." Por esta doutrina não ha que distinguir, no sentido juridico, entre *seducção* e *engano*, este servindo-lhe sempre de substractum, e bem avisado andaria o codigo toscano quando se referiu sómente á *seducção*, como elemento moral do crime. O nosso codigo mencionando discriminadamente a *seducção*, o *engano*, a *fraude*, tornou claro que não tomou esses termos na accepção exposta por CARRARA, a não ser que incidisse no vicio da redundancia, o que não se pôde admittir em boa hermeneutica. Tomou, não ha duvida, esses termos no sentido vulgar, seguindo aliás a tradição de nosso direito.

Effectivamente, modificando a Ord. do liv. V, t. 23, que incriminava o *que dorme com mulher virgem, ou viuva honesta por sua vontade*, o alvará de 6 de outubro de 1784, no intuito de cohibir abusos com querellas por estupro voluntario, exceptuou nos casos de *corrupção*, estupro por *seducção*, as corruptas que não tivessem dezeseite annos completos, "attendendo a que a *inconsideração*, que ha ordinaria antes da referida idade para evitar a sua ruina, por isso mesmo agrava o crime do seductor", caso em que se admittia

a querella, uma vez que o seductor fosse maior de dezeseite annos, e para o effeito de se lhe impôr pena arbitraria, nunca inferior a cinco annos de degredo, além do dote, correspondente á offendida, segundo a sua condição e qualidade. Tinha-se assim, como presumpção *juris et jure*, a inconsideração nas mulheres de menos de dezeseite annos, e o estupro nellas praticado, fôra da *força real*, como estupro voluntario por seducção presumida. O nosso codigo de 1830, art. 219, como já tivemos occasião de mostrar, manteve essa orientação, o que tambem fez o vigente, excepção feita quanto á idade da offendida, distinguindo a *seducção* do *engano* e da *fraude*. Como bem nota JOÃO ROMEIRO, é na accepção vulgar que devem ser tomados esses termos, e quanto á *seducção* consiste no emprego de meios tendentes a influir sobre a vontade da menor, dispondo-a a ceder unicamente para servir e ser agradável ao seductor. No mesmo sentido é tomada a seducção, para a copula, de menor, solteira e irreprehensivel, que não tenha completado dezeseis annos, qualificada no art. 182 do codigo penal allemão, e a respeito se externa VON LISZT:

“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.”

Caracterizando da mesma maneira a seducção, tomada tambem como meio de commettimento do crime, pelo art. 392 do codigo penal portuguez, o DR. EDUARDO CARVALHO, no artigo — *A seducção no crime de estupro*, inserto na *Revista dos Tribunaes*, do Porto, n. 970, transcripto na *Rev. de direito*, vol. 67, ps. 221-26, diz que é o meio, qualquer que seja, mediante o qual a acção do homem conseguiu a acquiescencia da mulher, traduzida por palavras ou por actos e mesmo pela omissão da sua defesa, ao consento pensado ou impensado da propria desfloração. Se o homem pretende, ainda que nada dê ou prometta, e a mulher consente ou logo se entrega; se igualmente elle, sem esforço que manifeste violentação, logrou o seu intento libidinoso, excitando ao prazer; ainda nestes casos se deve pensar que interveio uma seducção.

Eu creio que esta é um elemento que não se desprende do impulso animal do homem que levou da sua virgindade a mulher, communicando-lhe o desejo erotico ou tornando-o passivel a uma conjuncção sexual. A mulher menor pubere conhece até instinctivamente a gravidade do seu assentimento ao appetite masculino e, se não obstante se rende facilmente, é porque um forte sentimento, senão uma imperiosa sensação de que só o homem foi a causa efficiente, a desorientou e venceu. O pedido, a blandicia, o influxo desnorteante de outra mais exigente sexualidade são de per si elementos de seducção. Ahi já ha responsabilidade do estuprador.



Obteve, porque lembrou, excitou, desvairou e impelliu ao acto genésico.

Conseguiu, porque desnormalisou, despertando os pruridos latentes da natural voluptuosidade, o pudor e a consciencia da sua victima: E a suggestão é naturalmente facil, porque (KUNHER, cit. pelo DR. EGAS MUNIZ, na *Vida sexual*) o homem é caracterizado psychicamente pelo desenvolvimento intellectual e a mulher pela doçura dos sentimentos, o que faz com que ella seja altamente impressionavel. Por isso, sem grande difficuldade se apossa dos desejos similares do homem. Se assim não fosse a que ficaria reduzido o favor da lei a inexperiencia da donzella menor? A uma sancção hypocrita. Ella ficava deshonrada e talvez pervertida e o Lovelace vanglorioso e impune, a moral conspurcada, e a tutelação social da virgeira insciente uma irrisoria e cruel inutilidade!

O resultado disto seria, para o homem, um incentivo ao maior disfarce na pratica de captivantes suazões, e, para a mulher, sempre aquella proverbial fragilidade, que é um predicado proprio do seu sexo e uma inherencia da sua mais intensa e, portanto, mais impulsiva emotividade amorosa."

"Caracterisa-se o *engano*, diz JOÃO ROMERO, quando o meio empregado é tal que gera esperanças de lucros e vantagens que não apparecerão, e em troca das quaes a menor resolve-se a ceder."

No codigo allemão, art. 179; vemos tambem qualificada distinctamente a captação para a copula por meio de engano.

A forma mais commum e tradicional do engano é a *promessa de casamento*, por ella cedendo a mulher frequentemente ás sollicitações do agente, na copula vendo como que uma antecipação do casamento promettido. Tão commum é essa modalidade enganosa que os antigos praticos a tinham como presuppuesto de todo defloramento, entendendo não ser admissivel que uma joven se submettesse a perder a sua virgindade a não ser por amor daquelle a quem considera seu futuro esposo.

Nos codigos toscano (art. 298, letra *a*) e sardo (art. 500), vemos expressamente consignada essa modalidade enganosa, aquelle exigindo solemne contracto de esponsaes, voto após o crime sem justa causa (vid. n. 279). Abusos de tal ordem se registráram a respeito, a allegação de semelhante promessa buscada para a obtenção de dotes ou casamentos vantajosos, que em França, a ordenança de 6 de novembro de 1693 aboliu os processos de estupro simples, o mesmo se verificando na Italia (pragmatica de 12 de fevereiro de 1779), e em Portugal, com certas limitações (alv. de 6 de outubro de 1764). Dahi a necessidade de perquirir se a promessa actuou realmente como causa da mulher ceder, e por isso já ensinavam os praticos que a promessa devia ser *séria e formal*, anterior ao concubito, valor não tendo a feita *estuante libidini*, predominante sendo em tal caso a função sexual.

E' de notar, porém, quanto a este ultimo ponto, que é questão a ser examinada em cada caso concreto, principios apriorísticos não sendo admissivel a respeito, tudo dependendo das circumstancias e das condições pessoaes

dos sujeitos activo e passivo do delicto, pesquisa aliás a ser feita tambem nos outros casos da seducção e da fraude.

Verifica-se a *fraude*, diz JOÃO ROMEIRO, quando o agente serve-se de meios que levam a menor a se convencer de que, cedendo, pratica um acto licito, e sem sacrificio de sua honra, por exemplo, as cerimoniaes de um casamento phantasiado, que convencessem a menor de que, entregando-se ao supposto esposo, nada fazia que pudesse compromettel-a." Como exemplos ainda, dentre as innumeradas manifestações da fraude, podem ser citados a troca de pessoa, o caso occorrido no Maranhão, citado por VIVEIROS DE CASTRO, do *pagé* que deflorava as clientes, sob fundamento de tirar-lhes do ventre baratas, aranhas e outros bichos. Em caso de fraude, a mulher cede ao homem, não por um impulso espontaneo do amor ou do desejo, mas em consequencia do artificio por elle empregado.

284. 4) o dolo especifico ao crime está no escopo, no intuito da defloraçáo. E' elemento que sobresahe dos actos tendentes a copula com mulher virgem. Sua constataçáo, verificados os demais extremos apreciados, integra o crime de defloramento.

CARRARA sustenta que a configuraçáo da tentativa se é difficil realizar-se no estupro, com violencia, mais ainda no estupro por seducção presumida ou verdadeira, porquanto ás mais das vezes os actos que, deviam constituir principio de execuçáo, dissipam-se em actos preparatorios. JOÃO VIEIRA entende que a tentativa, em caso de defloramento, fica caracterizada pela ruptura incompleta do hymen. Não suffragaríus esta opinião, porquanto a ruptura incompleta já constitue acto de consummaçáo. Desenvolvendo a doutrina da tentativa, aceita pelo nosso codigo (vol. I, ns. 95 e seguintes), mostramos que não é indispensavel que seja começado o acto preciso, constitutivo do crime, de modo que se o agente tivesse acabado esse acto, teria consummado o crime, sufficiente sendo que o acto do agente tenda directa e immediatamente ao commettimento do crime que teve intençaõ de realizar.

O que a lei incrimina é o *começo do crime*; quer que o agente tenha começado não o crime mesmo, mas a execuçáo do crime, o que não é sempre a mesma coisa. Em caso de defloramento, deve-se indagar do fim proximo do agente ou da intençaõ de deflorar, assim extremando o caso da corrupçáo, e depois se o acto praticado tem como resultado immediato a realizaçáo da defloraçáo. E' uma pesquisa assás difficil, mas não impossivel. Como se trata de crime, por sua natureza secreto, sobresahe, como precipuo elemento probante, as declarações da offendida, que deve ser crida, desde que honesta, seus ditos sejam corroborados por outros elementos indirectos ou indiciarios, afastada assim a hypothese de simulaçáo, ou visando um casamento ou uma indemnisaçáo, ou advindo de influxo hysterico, o que o exame pericial póde desvendar.

285. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

DISTRICTO FEDERAL

I. Deflora<sup>ção</sup>mento é a copula completa ou incompleta com mulher virgem, de menor idade, tendo na maioria dos casos como consequencia o rompimento da membrana hymen, obtido o consentimento da mulher por meio de seducção, fraude ou engano.

No deflora<sup>ção</sup>mento a mulher cede ao desejo do homem, presta-se ao acto carnal, embora o seu consentimento seja viciado pela seducção, pelo engano ou pela fraude. No estupro a subjugação da mulher pôde ser effectuada pela violencia physica, pela violencia moral, pela fraude, no somno, pela sua incapacidade em consentir, pelo emprego de meios que anniquilem a vontade (*Accord. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, de 17 de agosto de 1901*).

II. A copula do offensor com a offendida, sua noiva, faz presumir a sua responsabilidade pelo deflora<sup>ção</sup>mento desta, pouco importando a declaração do accusado de já tel\_a encontrado deflorada. A ausencia de signaes recentes de deflora<sup>ção</sup>mento não significa ser o mesmo antigo, porquanto taes vestigios desaparecem, em regra, no fim de cinco ou seis dias (*Decisão do Juiz da 3.ª Vara Criminal, confirmada por accord. da 1.ª Camara da Côte de Appellação, em 8 de abril de 1907*).

III. Pára prova da menoridade da offendida, em falta de prova na forma da lei, deve ser crida a sua declaração, corroborada pelas do exame pericial e da certidão do registro do casamento religioeo (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 29 de maio de 1918*).

IV. A gravidez é o maior signal de deflora<sup>ção</sup>mento, quando a conformação e dimensões hymenaeas podiam permittir a copula sem violencia (*Accords. do 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 29 de janeiro de 1920 e 1.º de outubro de 1921*).

V. A falta de registro do nascimento da offendida, donde devia constar a sua filiação e idade, fica supprida pelas suas declarações, corroboradas pelas de parente, em cuja casa residia, e pelo attestado dos seus proprios progenitores e exame pericial (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 1.º de outubro de 1921*).

VI. O deflora<sup>ção</sup>mento, que a lei pune, pela virgindade, que ella protege, é a posse carnal da mulher virgem, as mais das vezes, mas nem sempre, passivel de ter deixado vestigios nas lacerações do hymen ou outra decorrenca sexual. Nestas condições, tratando-se de um hymen tolerante ou compla-

cente, é bem de ver que o facto de ter sido negativo o exame, a que foi submettida a offendida, não basta por si só para excluir o crime de defloramento (*Accord. da mesma Camara, em 25 de maio de 1921*).

VII. Pronunciado o appellante como incurso nas penas do art. 267 do Codigo Penal, por ter, em junho de 1919, no seu quar'º de moradia á rua Cesar n. 38, em Bangú, deflorado, mediante promessa de casamento, a menor A. da S., e libellada a causa de accordo com a pronuncia, viu-se afinal o réo julgado e condemnado por tal facto na penalidade minima do art. 266, § 2.º, do Codigo, segundo a reforma da lei n. 2.922, de 25 de setembro de 1915.

Assim decidiu o julgador sem desconhecer o facto imputado, que accetou e classificou pela forma exposta, regeitando a classificação da pronuncia, porque não se pôde constatar na menor a ruptura do hymen, attenta a conformação especial do orgão sexual, apresentando uma membrana das chamadas complacentes, e por entender que o delicto do art. 267 do Codigo tem como extremo essencial a defloração no sentido physico, o qual se conclue em face do direito patrio e da intelligencia correntemente attribuida na pratica judicial ao verbo deflorar nas legislações que o acolheram, conceito oriundo da convicção de que a ruptura do hymen era a consequencia necessaria do primeiro congresso carnal.

Ponderou o Dr. Juiz *a quo* que, só violando o art. 1.º do Codigo, com o emprego de uma interpretação extensiva por analogia, se poderá fazer comprehender a especie no artigo 267 citado do Codigo.

Contra essa sentença não insurgiu o appellante, pretendendo no recurso, que a imputação, tal como a configurou o libello, não ficou devidamente comprovada dos autos; que, no caso contrario, o facto articulado incide no art. 267 do Codigo, jámais podendo ser classificado como foi na decisão, pois que no delicto do § 2º do art. 266 do Codigo figuram como elemento material praticas impudicas distinctas do acto sexual.

Mas, bem apreciados os elementos probatorios reunidos na causa, consta-se que o facto expresso no libello, com as circumstancias descriptas, resulta plenamente do processo; do exame de corpo de delicto, affirmando a gravidez da offendida; da certidão de idade junta, attestando não ter A. attingido os vinte e um annos ao tempo do delicto; do depoimento da offendida; em parte das declarações do réo; finalmente, dos depoimentos ouvidos ao summario de culpa.

Esses elementos conjugados convencem que a offendida teve o primeiro congresso carnal com o accusado, sendo de regeitar, por falta de precisão e efficiencia, os depoimentos com que a defesa procurou convencer da precedente deshonestidade da menor. Entretanto, a despeito da explanação elevada e erudita da sentença, conclue-se, que assiste razão ao recorrente, quando pleiteia o restabelecimento da classificação dada ao facto pela pronuncia.

A jurisprudencia patria firmou, com a adhesão muitas vezes manifestada desta Camara, que, para a integração do delicto de defloramento previsto no art. 267 do Código, não se faz mistér a circumstancia material da ruptura do hymen; que o delicto fica perfeito, verificados os demais requisitos, pela conjuncção carnal realisada com mulher não friciada no coito, facto que nem sempre se pôde constatar materialmente, porque a conformação especial do hymen de muitas mulheres permite, como ensinam os medicos legistas, a união sexual sem a ruptura dessa membrana.

Fazendo-o, em primeiro lugar considerou que o Código, definindo o delicto na formula “deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano, fraude”, usou de um verbo que, si tem a accepção material de tirar a flôr, dilacerar o hymen, tambem figuradamente significa deshonrar, realisar a primeira posse da mulher.

Notou em seguida que o artigo veio inserto em titulo que tem a seguinte epigraphe: “Dos crimes contra a segurança da honra e da honestidade das familias e do ultrage ao publico pudor”, objectivando portanto prover á conservação de uma boa organização social, tendo por pensamento a familia legal e moralmente constituída.

Para esse escopo ampára a mulher, na idade da inexperiencia, da vehemencia das paixões, contra as fraudes dos seductores entre as quaes culmina em eloquencia a promessa de casamento, querendo assim evitar a primeira quéda, que a macula, que lhe impede ou estorva a finalidade social, que muitas vezes é o inicio de um declive sem pausa.

Todas essas consequencias decorrem da primeira posse da mulher, quaesquer que sejam materialmente os effeitos do ultrage, deixe este ou não vestigios.

Si a lei abrange no seu texto, tomada na accepção ampla a palavra deflorar, essa primeira posse sem dilaceração do hymen; si as mesmas razões militam para a protecção da mulher nesta hypothese como na contraria; si em ambos os casos se nos depara o mesmo interesse social de repressão, porque interpretar o texto da lei do modo restricto em opposição aos seus motivos e objectos?

E nem se pôde pretender que fosse pensamento do legislador empregar o verbo no sentido restricto.

Certo a intelligencia particular foi a mais usual na pratica judiciaria, quanto ao verbo e relativamente aos Codigos que os incluíram nos respectivos textos, como o nosso do tempo do Imperio, no art. 219 e o toscano no art. 298, e essa intelligencia decorria do conceito medico legal de que a defloraçáo no sentido physico era a consequencia necessaria ou quasi necessaria do primeiro concubito.

Igual interpretação, por identico motivo, reclamariam os Codigos que previram o estupro de mulher virgem, ver o antigo Código Portuguez — art. 298, o Argentino, art. 130 e o Uruguayo, art. 284.

No entanto contra ella insurgiu o insigne CARRARA — *Progr. P. E.* nota 1.ª, do § 1.508, que, apreciando o Codigo toscano, opinou pela interpretação ampla, para abranger o caso em que a victima concebesse, embora conservasse o hymen integro. “Io penso (escreveu o grande criminalista) que in questa ipotesi le parole dell’articolo 298 dovessero prendesi in un senso lato o figurativo; e ritenere cosi il delitto consumato per quanto la vergine non fosse materialmente deflorada nel senso medico legale.”

De outro modo não se pronunciou o illustre RIVAROLA, no vol. II, n. 585 do seu conhecido livro “*Exposicion y Critica del Codi Penal de la Republica Argentina*”.

Assim justifica elle o seu parecer: “La virgindad de la ofendida, colocada como condicion essencial del delitto a que se refiere el articulo 130, hace suponer que se a tambien de la consumacion del delicto *el desfloramento*, reputando-se que este existe, segun los conclusiones medico-legales, al producirse la rotura de la membrana himen.

No me parece juridica esta conclusion. Un hecho cualquiera puede reputar-se consumado ó no quando está enteramente realizado el proposito del outro.

En el estupro no hay por qué perguntarse si és ó no proposito del autor la rotura del himen.

Proposito indudable és la satisfaccion de sus apetitos sexuales.

El realizado en mujer non tocada ance puede entrar en el ferinamiento de su sensualidad. El danó que de esto si signe és de consideracion, porque importa operita y deshonna para la victima. Tero la apenta y da deshonna naceu de haber sido ojada por la satisfaccion del deseo venereo; no naceu de un accidente fisico que, en la generalidade de los casos, puede producirse en el acto de la primeira copula, pero que, per muchas circunstancias ó disposiciones naturales, puede, no ocurrir.

Tanto me parece esto exato que sempre se vió posible que el estupro fuese cometido en mujer non doncella.”

Tambem pela interpretação ampla do texto do antigo Codigo portuguez doutrinou FERRÃO (*Th. do Dir. Pen. applicado ao Cod. Port.*, v. 7.º, pag. 219). Ainda segundo JOÃO VIEIRA (*O Cod. Pen. Interp. P. E.*, v. 1.º, n. 107), abraçaram a mesma opinião TEJADOR em relação ao Uruguay.

O ultimo observa que a lei fala de mulher virgem no sentido de doncella, ou mulher *que em todo o caso não tem conhecido varão*.

Como pretender, pois, em face de tantos juizos abalisados, accentuando a deficiencia do conceito restricto, que o vocabulo discutido fosse empregado no Codigo numa accepção impugnada por criminalistas de vulto, si o Codigo brasileiro de 1890 foi elaborado por acatado jurista, professor de direito criminal em Faculdade do Rio de Janeiro, numa época em que já não se contestava a existencia de casos não raros de complacencia do hymen? Mas curial se apresenta a intelligencia victoriosa na jurisprudencia, e defendida por VIVEIROS DE CASTRO, na obra “*Delictos contra a honra da mulher*”, que pre-

enche integralmente os intuitos da lei, que melhor serve os interesses sociaes em cujo resguardo se presume a lei feita. Não se estende desse modo a lei a caso não previsto, com infracção dos principios do art. 1.º do Codigo, dá-se-lhe a comprehensão que o texto e o espirito innegavelmente indicam (*Accordam da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, em 13 de abril de 1921.*)

VIII. Como ensina ROMERO, em seu *Diccionario de direito penal*, a seducção, engano ou fraude, a que se refere o art. 267 do Cod. Penal, são palavras que devem ser tomadas na accepção vulgar. Neste sentido, a seducção consiste no emprego de meios tendentes a influir sobre a vontade da menor, dispondo-a a ceder unicamente para servir e ser agradável ao seu offensor (*Ac. da mesma Camara, em 1.º de julho de 1922, confirmando sentença do Juiz de direito da 5.ª Vara Criminal*).

IX. A prova da menoridade de 16 annos fica realisada pelo laudo pericial, corroborado pelas declarações da offendida e de seu progenitor e pela certidão do registro ecclesiastico (*Ac. da mesma Camara de 22 de abril de 1922*).

X. A menoridade, segundo jurisprudencia pacifica desta Camara, póde ser constatada pelas proprias declarações da offendida, corroboradas pelo exame pericial. O exame medico-legal, regularmente praticado, tem sido sempre considerado meio suppletivo de prova de idade da offendida, na falta da certidão de idade, quando amparado pelas declarações da propria menor e outras circumstancias, como na especie, as declarações do tutor della e de sua mãe adoptiva, que affirmára tambem ter a offendida então 17 annos de idade. Nada existindo que destrúa a presumpção legal de sua honestidade, e ainda verificado por documentos, corroborados pelos depoimentos do proprio accusado e testemunhas, a existencia de um longo namoro entre o offensor e offendida, a affirmativa desta relativamente á *promessa de casamento*, como meio de seducção, reveste um caracter veraz, que a jurisprudencia tem admittido como elemento de prova (*Accord. da mesma Camara, em 8 de abril de 1922*).

#### ESTUPRO

286. Em face do estatuido no art. 269, relacionado com o art. 268, o crime de *estupro*, cujo *nomen juris* é adoptado expressamente, naquelle artigo, se compõem dos seguintes elementos:

- a) o abuso de mulher;
- b) que esta seja virgem, ou não o sendo, seja honesta;
- c) que tenha sido empregada violencia.

Por essa enunciação de elementos do crime, vê-se que sua latitude foi sensivelmente restringida, pois, não comprehende, como o fazia a legislação romana, seguida pelas medievas e muitas dos tempos modernos, inclusive o nosso código criminal de 1830, o caso da conjucção carnal mediante seducção, destacado pelo código como crime distincto, o de defloramento, nem a de pessoas do mesmo sexo, como faz o código italiano, art. 331, caso este que se inclue, como uma das modalidades de crime distincto, o de corrupção de menores, segundo o art. 266 § 2.º modificado. Apreciemos os elementos configurativos do crime e questões attinentes.

287. 1) O primeiro elemento assignalado constitue a objectivação material do crime. O termo *abusar* empregado, como se acha, para denotá-lo, no art. 268, sem especificação de fim, não deixa de ser vago e obscuro. Abusa-se, em sentido ontologico, quando se emprega uma coisa contra seu destino natural; abusa-se, em sentido juridico, quando a coisa é empregada de modo ou para fins illicitos. Relacionando o termo *abusar* aos factos genesicos, tem elle, na linguagem vulgar, a significação de copula illicita, quer mediante violencia, quer mediante seducção ou engano.

Assim, no caso apreciado, o termo abusar denota a pratica da copula illicita, e esta é a materialidade da figura criminosa, como vem definida em outras legislações. Com sua clareza e concisão habituaes, o nosso anterior código, no art. 222, definindo o estupro violento, estatua: Ter copula carnal por meio de violencia ou ameaças com qualquer mulher honesta: Penas — de prisão por 3 a 12 annos, e de dotar a offendida.

E' pela copula que se consumma o crime, quer a copula seja *completa*, isto é, haja introducção do membro viril na vagina, ou *incompleta*, isto é, quando a introducção é apenas vulvar, quer haja ou não ejaculação ou immissio seminis. São pontos firmados pela doutrina e jurisprudencia.

288. 2) O sujeito passivo do crime é a mulher, que deve ser *virgem*, isto é, mulher que não perdeu sua virgindade por accesso do homem ou sendo desvirginada, seja, porém, *honest*. O legislador equiparou os dois casos para os effeitos penaes, quando o damno é maior no primeiro desses casos. Uma difficuldade surge, porém, no determinar o que seja mulher *honest*, determinação necessaria, por ser elemento constitutivo de uma das modalidades do crime, e, pois devendo ser devidamente provado.

No sentido moral e do direito civil, diz-se mulher *honest* a recatada e de bom proceder, e em contraposição, diz-se *prostituta*, a que concede publicamente o corpo ao livre e promiscuo accesso. Entre esses extremos está a que, na mancebia ou no consorcio, se desvia de seus deveres legais e de affeição, concedendo a outrem seu corpo. O código só cogita da mulher honesta, como elemento constitutivo de uma das modalidades do crime, no corpo do art. 268, e da prostituta, no § 1.º, para minorar a pena.



Nestas condições, como a terceira categoria apontada não pôde ser excluída da protecção penal nem pôde ser assimilada á da prostituição, que

tem sentido juridico firmado, e inampliavel, por ser de caracter odioso, deve ser assimilada á primeira categoria, a das mulheres honestas, o que importa extensão de conceito respectivo, pela necessidade de accommodar os factos á lei penal.

A mulher casada não pôde ser sujeito passivo do crime e em relação ao marido, a conjunção carnal constituindo um dos deveres da mulher. Será, porém, passivel de pena se, da violencia empregada resultar um delicto especial, como o de lesões corporaes.

289. 3) O terceiro elemento do crime, que é o seu caracteristico, é referente ao meio empregado para seu commettimento, e que o legislador, mais uma vez desastradamente, sem justificação alguma, limitou á *violencia physica*, ou á *vis corporalis* ou *vis absoluta*. Dizemos injustificavel, não só porque surtindo os mesmos effeitos da violencia physica vem a violencia moral (*vis compulsiva*), cuja forma typica é a ameaça, privando a mulher da possibilidade de resistir e defender-se, e, pois, deixando sem protecção a que se achar nessa conjunctura pela ameaça, beneficiando o scelerado que della assim abusar, como tambem porque fazendo da ameaça elemento do crime vinham as legislações vigentes, inclusiva o nosso codigo criminal de 1830. Procurando sanar a lacuna imperdoavel da lei, mas contravindo seus preceitos, muito embora com louvavel intuito, VIVEIROS DE CASTRO sustentava que a disposição da segunda parte do artigo 269 do codigo devia ser entendida, como meramente exemplificativa, dest'arte excluída, não ficando a ameaça, como meio do crime, e assim tem decidido a jurisprudencia. Esta interpretação não procede. Primeiramente, porque todas as vezes que o legislador faz da violencia moral, na forma precipua da ameaça, elemento integrante da figura delictuosa, dil-o expressamente, como se pôde ver nos arts. 110, 112, 113, 124, 127 § unico, 180 § unico, 187, 329 § 3.º, 357, 362, §§ 1.º e 2.º. Em segundo logar, definindo o estupro, não se contentou com accentuar como seu elemento integrante, a violencia, mas passou tambem a definir o que fosse esta, deixando claro que a tomou na accepção physica ou material (art. 269). A lacuna foi, porém, sanada pelo codigo civil, art. 1.543, n. 11, determinando os casos de dote devido á mulher aggravada em sua honra, e referindo-se á "*mulher honesta, violentada ou aterrada por ameaças*", sabido que é lei penal a disposição que incrimina esta ou aquella acção ou omissão, em qualquer parte da legislação, em que se encontra tal disposição (1.º vol., n. 1).

Assim, a figura delictuosa do estupro se tem como integrada, quando houver abuso de mulher honesta, mediante, o emprego de *vis corporalis absoluta*, violencia physica, ou mediante *vis compulsiva*, ameaças, e neste

caso, nos termos da lei, é necessario que a victima fique *oterrada*, privada da possibilidade de resistir e defender-se ante a perspectiva de mal grave e immintente, situação que só em concreto pôde ser apreciada, avaliando-se a efficacia da ameaça; a sua influencia no animo da victima. Quanto á violencia physica, ou é *real* (art. 269) ou *presumida* (art. 272), forma esta ultima de que nos occupamos mais adiante, ao commentar este artigo.

Quanto á *real*, que deve ser exercida, por definição, sobre a propria victima, e não apenas contra terceiras pessoas, contra coisas (*oportet*, diz BAIARDUS, *quod violentia sit facta personae, quia crimen violente dicitur crimen personale*), é de se ter em vista o que expendemos em o n. 124.

Ainda pela definição legal, na violencia physica ha que distinguir duas modalidades, uma constituida pelo emprego da força physica, forma mais commum, outra pelo emprego, não da força muscular, mas de meios materiaes de immediata actuação physica, collocando a victima em estado mais ou menos passageiro de perturbação da actividade physica, e assim tirando-lhe a possibilidade de resistir e de se defender, como em caso de hypnotismo, do uso de anesthesico e narcoticos (chloroformio, ether, cocaina, opio, alcool, etc.). Nestes casos não deixa de intervir tambem a fraude, sob certo aspecto, mas no fundo são o uso da violencia, pelo emprego de meio chimico ou de força aparentemente moral, na realidade uma força magnetica, actuando directamente sobre o systema nervoso central. No codigo penal portuguez, de 1852, esses casos eram previstos distinctamente e a par da violencia physica, na clausula — “*meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime.*”

Não se concebe violencia physica sem que da parte da victima haja resistencia, consistindo ella mesma no emprego de uma força vencendo outra força. A resistencia deve ser inequivocamente manifestada por actos de repulsa que demonstre verdadeiramente vontade opposta á daquelle que exerce a coacção. Como ensina CARRARA, não basta para a mulher se considerar violentada que tenha se limitado a dizer — *não quero* — mas entregando-se ao mesmo tempo ao homem, e consentindo que este, sem difficuldade sacie seus desejos libidinosos: é preciso, emfim, que a resistencia seja *séria*, isto é, não affectada para simular honestidade, mas realmente expressiva de uma vontade decididamente contraria, e seja *constante*, isto é, mantida até o ultimo momento, e não começada e depois abandonada, para dar lugar ao concurso no mutuo gozo. A respeito deste ultimo ponto, bem elucidando, é de notar com CHRYSOLITO DE GUSMÃO, que se deve ter em vista, particularmente, o momento de integralisação juridica do delicto, isto é, aquelle em que o agente logra obter que a resistencia séria e constante da victima, césse, ceda, ante o imperio das circumstancias, esvaída a força moral da infeliz victima que a si proprio e ao seu algôz se abandona, não estando longe de admittir a verdade da ponderação do illustre ALMENA quando lembra que esse abandono final pôde, mesmo, ser o explicavel irromper incontinente duma “*sensualidade despestada da qual a consciencia e a vontade não*

participam.” Duvidou-se mesmo, e desde os mais antigos autores de medicina legal, que um homem pudesse violentar e obrigar á copula uma mulher. Os que negam, argumentam que, mesmo subjugada, póde a mulher evitar a copula; já porque as coxas fechadas abrigem a entrada da vulva, já porque os movimentos da bacia tornam impossivel a introdução do penis. Como exemplo dessa impossibilidade, cita-se o caso de não poder alguém enfiar a espada em uma bainha, empunhada por outrem e por este posta em movimento. Mas a possibilidade da copula não é posta mais em duvida hoje. Como accentúa AFRANIO PEIXOTO, a negativa se contem em formula generica, porque em especie os casos podem variar muito. Póde ocorrer notavel desproporção de forças: um homem forte aos tractos com a resistencia somenos de uma menina ou moça debil e delicada. Póde dar-se que a resistencia se esgote e venha a ceder diante de uma tenacidade energica. O susto, a aggressão inopinada, as disposições do logar, os meios empregados, um começo de asphyxia pelas mãos levadas á bocca para impedir os gritos, podem, em dada eventualidade, permittir o exito da violencia, antes pela coacção que pelo consentimento (HOFFMANN, MASCHKA, BROUARDDEL, STRASSAMANN). Depois, o medo póde ser uma arma efficaz inutilizando toda a resistencia.

290. Por ser a violencia elemento essencial do crime, o que precipuamente o caracteriza, não se presume, mas precisa ficar demonstrada.

A difficuldade que ha em provar a violencia em um acto quasi sempre secreto, em que a resistencia tem seus grãos e a vontade seus caprichos, levou os antigos criminalistas, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, a estabelecer certas presumpções das quaes deduziam a existencia da violencia; taes são as seguintes: 1.<sup>a</sup>, que a pessoa que se dizia violada tivesse opposto uma resistencia constante e sempre egual, pois se a resistencia diminuisse alguns instantes isso bastava para fazer presumir o consentimento; 2.<sup>a</sup>, que existisse uma desigualdade evidente entre as suas forças e as do violador; 3.<sup>a</sup>, que ella tivesse gritado, e invocado soccorro; 4.<sup>a</sup>, e que enfim, nella apparecessem vestigios que provassem a força brutal de que tinha sido victima. Mas, como bem ponderam ainda aquelles autores, hoje, que acabou o systema das provas legaes, já estas regras não têm a importancia que n'outro tempo se lhes ligava, mas nem por isso deixam de ser precauções uteis, subministradas pela experiencia, e que podem servir aos tribunaes para chegarem a descobrir a verdade. Subsídios de prova póde fornecér a pericia medico-legal, em determinados casos, constatando signaes de violencia na offendida, como sejam ecchymoses, escoriações, contusões, etc., denunciadores de lucta, além da defloraçào, se se tratar de virgem, de infecções venereas, caso em que o exame paralelo do accusado se impõe, de conveniencia ainda para ajuizar, de modo geral, da efficiencia da violencia e resistencia opposta.

291. Lacuna sensível e injustificável apresenta ainda o código, porquanto, na definição de violência, se refere sómente aos meios que *podem ser empregados* pelo delinquente, e não também ao aproveitamento por parte d'elle do estado de inacção ou inconsciência preexistente da victima, qualquer que seja a causa, e independente de qualquer meio por elle empregado, como o estado de paralyisa, de alienação mental, de ataque hysterico, de embriaguez e outros que trazem perda de sentidos, etc. E' o caso de *stuprum nec voluntarium nec violentum* ou de *torpesa involuntaria*, como dizem os allemães. Tinha o legislador elementos mais que sufficientes para se orientar a respeito, se previdente fosse, acautelando devidamente os interesses sociaes e individuaes em jogo, de um lado na discussão entre autores francezes sobre se a hypothese podia se enquadrar em seu código, que não definindo o estupro, traz uma disposição lata, no art. 332, de outro lado, tinha previsto e assimilado o caso ao de estupro violento, de modo claro e expresso, nos códigos belga, art. 375, allemão, art. 176, austriaco, art. 125, hungaro, art. 232, portuguez, art. 293, hespanhol, art. 435, etc.

Se entendia que o caso não devia ser assimilado ao de estupro, porque a mulher, em taes condições, não tem vontade propria em que possa recahir o constrangimento, segundo doutrinava, no direito patrio, PEREIRA E SOUZA, configurasse o caso distinctamente, com a mesma sanção do estupro, attenta a paridade existente, como fez o código italiano, art. 331, n. 4.

Como bem diz LISZT, tanto importa que o agente supere a resistencia como que, se aproveite da circumstancia de já estar esta vencida.

Contravindo o disposto, no art. 1, por se estribarem em argumento analogico, julgados de nossos tribunaes têm considerado a especie contida na definição do art. 269 do código (n. 295, V.).

292. No § 1.º do art. 268, como elemento de attenuação, e não como attenuante especial, como impropriamente se tem dito (vid. vol. I, n. 298), contempla o código o caso de ser o estupro commettido contra *mulher publica ou prostituta*, caso em que a pena fica reduzida a seis mezes no minimo e a dois annos no maximo.

Improcede de todo a critica que a respeito desse dispositivo fizeram VIVEIROS DE CASTRO e SOUZA LIMA. Não constitue o caso *novidade* dos códigos italiano e portuguez, mas igualmente previsto por outros. Se na legislação romana não era incriminado, a protecção penal só se outorgando ás mulheres honestas, viúvas ou virgens, segundo a *Lex Julia de adult.* e *Cod. leg. adult.*, na idade média estabeleceu-se penalidade até igual á do estupro de mulher honesta, e exemplo disso nos dá a Ord. Philippina, L. V, t. 18, pr. e t. 135 § 2. vindo modernamente, sem exaggero, com justiça, a ser punido com pena mais leve, comb se vê em nosso anterior código criminal, art. 222, segunda parte, e em outros códigos. Attendeu-se, como razão punitiva, dizem CHAUVIAU e HÉLIE, repetidos quasi que textualmente por ZANARDELLI, em sua *Rel. minist.*, a que na mulher "sua vida licenciosa não póde legitimar attentado algum contra sua pessoa; ella não alienou a liberdade de dispôr de si, e a lei que

pune as violencias estende sua protecção a todos”. Se a temibilidade do agente não é comparavel á do estupro de mulher honesta, nem por isso deixa de existir, e dahi a punibilidade menor. Nem bastaria a sancção contra o attentado á liberdade sexual, uma das razões da repressão distincta dos crimes sexuaes. Dahi ainda, dada a connexão da materia, porque se inclue a especie no titulo que ora apreciamos, sem ir de encontro á sua rubrica.

Por-constituir mesmo o estupro da meretriz ou mulher publica, palavras synonymas, e cujo conceito mais detidamente será apreciado adiante (n. 288), uma offensa á liberdade sexual, não poderia ser qualificado como contravenção, como doutrinava VIVEIROS DE CASTRO. Uma questão surge a respeito, e diversamente resolvida, a saber: a prostituta menor de 16 annos póde allegar a *violencia presumida*? Pela affirmativa, entendia CARVALHO DURÃO, visto como o preceito do art. 273 é geral, referindo-se aos crimes especificados no capitulo precedente. Opinamos em sentido contrario; porquanto se a razão da presumpção, contida naquelle dispositivo, como havemos de ver mais detidamente, assenta em que, pela idade não amadurecida, a menina não póde avaliar a gravidade dos actos attentatorios do pudor, necessario sendo, portanto, pô-la sob a protecção da lei, essa presumpção encontrava um limite evidente no facto da prostituição plenamente exercida, desaparecido o objecto da presumpção.

293. No § 2.º do art. 268, como elemento de aggravação do crime, trata o codigo de ter sido commettido o maleficio com o concurso de duas ou mais pessoas, o que implica o augmento da pena da quarta parte. Sem esforço vê-se logo resaltar a razão da aggravação, porquanto mais rude e selvagem se torna a aggressão, mais temiveis e depravados os agentes, cerceada ou impedida a defesa da victima. A genese historica dessa aggravação se encontra no codigo penal francez, art. 333, que dispõe: “si le coupable quel qui soit, a été aidé dans crime par une ou plusieurs personnes, la pene sera, etc.”, disposição quasi que textualmente reproduzida no codigo penal bélga, art. 377, no italiano, art. 334, a que se cingiu o nosso. A jurisprudencia franceza, belga e italiana têm decidido que para constituir elemento de aggravação é necessario que o concurso se eperre na consummação do crime, porque é então que o augmento de forças facilita a execução do crime, difficultando ou impossibilitando a defesa. Bem salientando ficou este ponto na Relação senatorial sobre o projecto do codigo italiano.

O nosso codigo cingiu-se ao enunciado deste codigo, art. 334, supprimindo apenas o adjectivo — *simultaneo*, que naquella fonte se vê restringindo o termo *concurso*, parecendo que o legislador brasileiro quiz ampliar a aggravação mesmo á phase preparatoria do crime.

Mas tal não se dá, o dispositivo deixando claro que é só á consummação que se refere, nos termos — *si o crime fôr praticado*.

Esse concurso póde se manifestar sob a forma de co-autoria ou de cumplicidade, quando o auxilio fôr necessario ou secundario, nos termos do art. 18 § 3.º, ou do art. 21 § 1.º, ultima parte. Em um e outro caso, dizem

CHAUVEAU e HÉLIE, a aggravação é igualmente applicavel, porque é o facto material da assistencia, qualquer que seja a intenção dos que a prestam, que aggrava a criminalidade.

Nesse sentido ESCOREL faz o calculo da penalidade em seu *Codigo Penal brasileiro annotado*.

Indaga-se si para constituir o numero de duas ou mais pessoas exigido pela lei, deve-se computar tambem o autor principal?

Pela affirmativa se pronunciam PUGLIA, MAJNO e a jurisprudencia italiana.

294. A tentativa do estupro verifica-se quando o agente mostra inequivocamente, valendo-se da violencia, sua intenção de ter copula carnal com a victima, e para isso praticando actos tendentes directamente a esse fim, inicianes ou predisponentes, sendo, porém, impedido por circumstancias independentes de sua vontade.

O elemento intencional extrema sobretudo essa tentativa de attentado ao pudor, com o qual tende a se confundir muitas vezes.

Como casos de tentativa se apontam, entre outros, o da não realisação da copula, procurada violentamente, por haver o agente perdido o vigor sexual pela antecedida ejaculação ou por outro motivo superveniente qualquer, d'elle independente; o do individuo que após dominar sua victima, lança-n'a por terra, e com o fim de copular, toca-lhe apenas, com o membro viril, as partes pudendas, etc.

## 295. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. A virgindade da mulher estuprada, ou a sua honestidade, quando não é virgem, são elementos constitutivos do crime definido no art. 268 do Cod. Penal. A falta de quesitos a respeito acarreta a nullidade do julgamento (*Ac. de 13 de janeiro de 1909*).

### DISTRICTO FEDERAL

II. A violencia não se presume, deve ser demonstrada, ou por provas terminantes, ou por indicios e presumpções graves e vehementes. Entre as regras para a verificação da violencia mencionam os escriptores a impossibilidade de poder a victima gritar, de pedir e obter soccorro, *vim in raptu tam fieri intelligitur quando mulier magno clamore imploravit alicujus opem et auxilium* (*Ac. do Conselho do Trib. Civil, em 17 de agosto de 1901*).

III. No estupro, a violencia póde ser real ou ficta; realisando-se esta ultima, segundo o art. 272 do Cod. Penal, quando a offendida fôr menor

de 16 annos, ainda que consinta, porque o legislador entende que nesta idade pôde ter ella lucida comprehensão do alcance do acto que pratica e que tão profundamente affecta a sua honra e ao seu futuro (V. DE CASTRO, *Sentenças e decisões*). Quanto á violencia real, de cogita o art. 269 do Cod. Penal, não é sómente o emprego da força physica, mas tambem o de quaesquer meios que privem a mulher da possibilidade de resistir e defender-se, entre os quaes não pôde deixar de ser incluída a *ameaça*, que evidentemente coage a vontade do sujeito passivo do acto impudico (*Sentença do Juiz da 5.ª Vara Criminal, confirmada pelo accord. da 2.ª Camara da Côrte de Appellação, em 2 de maio de 1911*).

IV. A honestidade da mulher não é elemento essencial do crime de estupro; entra apeans como circumstancia gradativa da pena. O estupro pôde verificar-se em mulheres virgens ou não, maiores ou menores, casadas ou viuvas, e até em prostitutas. No art. 268, o legislador pune o estupro de mulher virgem ou não, mas honesta, e no § 1º o de mulher publica ou prostituta, aquelle naturalmente com pena mais elevada do que este. Se a mulher é virgem, a presumpção é da honestidade, presumpção *juris tantum*, admit-tindo prova em contrario; se a mulher não é virgem, é necessario que se faça a prova de sua honestidade. De modo que, como já decidiu o Supr'mo Trib. Federal, em accord. de 18 de janeiro de 1909: "A virgindade da mulher estuprada, ou a sua honestidade, "quando não virgem", são elementos do crime definido no art. 268 do Cod. Penal (vid. infra, n. I). Assim, o legis-lador equiparou, para os fins penaes, ao estupro da mulher virgem, o estupro da mulher não virgem, mas honesta (*Sent. confir. pela 3.ª Cam. da Côrte de Appellação, por accord. de 17 de dezembro de 1921*).

V. A prova da menoridade de 16 annos pôde ser feita, em falta do registro civil, pelo laudo pericial, corroborado pelas declarações da offendida e de seu progenitor e pela certidão do registro ecclesiastico (*Accord. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, em 22 de abril de 1922*).

VI. Não colhe a allegação da defesa de que o facto denunciado não incide na disposição do art. 268 do Codigo, tal a definição que já firmou. que, segundo este artigo, sendo o estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não, impossivel se torna deixar de assim classificar o procedimento do individuo que tem coito com mulher enferma da mente, incapaz de consentir. Na verdade seria difficil admittir que o legislador, tendo punido como estupro a conjunção carnal violenta, restringisse esse conceito ao concubito por vilencia physica, ou com mulher transitoriamente privada de vontade e da consciencia pelo emprego de meios como o hypnotismo, os narcoticos e os anesthesicos em geral, omitindo os casos de aproveitamento pelo agente de estados physicos identicos, decorrentes da acção de terceiros ou de causas naturaes, esquecendo elle, que pune a copula com mulher menor de dezeseis annos, porque presume nullo o con-

sentimento dado pela victima, sem o desenvolvimento intellectual necessario para poder resistir e calcular os effeitos prejudiciaes da sua falta, o acto da mesma natureza e mais grave, o abuso da mulher alienada, certamente incapaz de consentir!

Como observa GARRAUD, no seu *Traçado de dir. pen. franc.*, n. 4 pag. 466, o que a lei reprime “não é sómente o facto de ter abusado de uma mulher contra a sua vontade mas ainda o facto de ter abusado della sem a sua vontade, em uma palavra, o ter-lhe violado a liberdade pessoal, é assim tel-a exposto, ou a despeito do seu querer, ou sem o seu consentimento, á deshonra, que é a consequencia de uma conjunção illicita dos sexos, e mesmo talvez a uma forçada maternidade”. Evidentemente deve-se entender que o texto do art. 269 comprehende a especie e os outros casos figurados, não a excluindo, por sua má redacção, a parte final, que não é restrictiva, tendendo apenas a elucidar que a violencia pôde consistir no triumpho contra a resistencia physica da mulher ou na subjugação das suas faculdades psychicas.

O legislador pátrio devia ter presente a verdade contida no conceito de BLANCHE de que estupro é “o facto de abusar de uma mulher sem a participação da sua vontade.” A sentença finalmente bem refugou a allegação do réo de que procedeu sem dolo, sem conhecer o estado mental da victima, o que não é de aceitar em face da enfermidade de Alice, que já havia sido recolhida tres vezes ao Hospicio, e confessando o réo que conhecia anteriormente a offendida, dando-se as familias de ambos, o que outros elementos probatorios da causa confirmam. (*Accord. da mesma Camara, 3 de junho de 1922*).

VII. Na caracterisação do estupro, em face da nossa lei penal, só ha falar-se em *violencia* no caso de emprego de força physica ou de meios que anullem transitoriamente as faculdades psychicas da offendida (art. 269, 2.ª parte do C. P.), ou, por ficção, quando esta é menor de 16 annos (artigo 272. do C. P.). O nosso legislador não assimilou ao estupro a copula com mulher alienada ou mentalmente enferma. Ha jurisprudencia em contrario, sendo de salientar o aresto da antiga 3.ª Cam. da Côte de Appellação, de 3 de junho de 1922 (vid. supra n. VI), mas especiosos são os motivos invocados, especialmente nesta decisão. Dizer-se que entre as hypotheses indicativas de violencia, previstas nos arts. 269 e 272, se deve incluir ou se acha incluída a da enfermidade mental da offendida, não é fazer interpretação extensiva por força de comprehensão, ou dilatar uma idéa contida nas proprias palavras da lei: é induzir de um caso para outro por méra identidade de motivos, é applicar a uma hypothese não prevista a disposição relativa a um caso semelhante, é empregar o processo da analogia, vedado pelo C. P. Na justificação da these, argumenta-se que a parte final do art. 269 é meramente exemplificativa, mas a exemplificação é relativa aos *meios artificiaes* empregados pelo agente para neutralisar a vontade e raciocinio da offendida. Não ha como embrechar allí a hypothese de anterior annullação das faculdades psychicas da offendida, decorrente de *causas naturaes*. Passando ao art. 272,



contempla apenas a hypothese da mulher menor de 16 annos, e ha razão para crer-se que não foi involuntaria a omissão da hypothese da mulher alienada. Sabe-se que a violencia *facta* ou *presumida*, como conceito penal, procedeu do seguinte raciocinio de CARPZOV: *qui velle non potuit ergo noluit*. Ora, isto é um sophisma evidente. Quem não é capaz de consentir, não o é, tambem, de dissentir; é um *indifferente*. Refutando o argumento carpzoviano, disserta LEYSERS “Aiunt mempre, eam qui consentire non pessit, vim pati. Debebant vero ex ratione nosse, eam esse dissentive non posse, atque adeo, ut ULPIANUS in 1, 3, de *regulis juris* rectius philophatur, nec nolle nec velle”. No mesmo sentido GLUCK. O proprio CARPZOV repudiou, em parte, a sua doutrina, propugnando a mitigação da pena para o coito com mulher demente, sómente comparando ao estupro violento a copula com mulher impubere. A ficção neste ultimo caso explica-se: é que a simples circumstancia da superioridade de força physica do agente como que se identifica com a violencia propriamente dita. O nosso legislador parece seguir o criterio da transigencia adoptado por CARPZOV, sciente como estava do debate doutrinario e vendo em diversas legislações, como os codigos toscano, o sardo, e o portuguez de 1886, prevista a hypothese da alienação mental, deixando, entretanto, de contemplal-a. Não ha que invocar o codigo penal francez, diante do qual a doutrina e a jurisprudencia não encontram empecilho para admittir a hypothese notada como formativa do estupro, pois esse codigo não definiu o crime, nem delimitou qualquer dos seus elementos, como faz o nosso (*Sentença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal, confirmada pela 1.<sup>a</sup> Camara de Appellação, de 7 de agosto de 1928*).

## ESTADOS FEDERADOS

VIII. No crime de estupro, os quesitos devem ser formados de modo que possa ser reconhecido o defloramento sómente, e o estupro com defloramento ou sem elle. Deve-se apurar o crime por esta fórmula: 1) o facto principal, isto é, se o réo teve acto de copula carnal com a offendida; 2) se esta era virgem; 3) se era menor de 21 annos; 4) se era menor de 16 annos; 5) se o acto libidinoso foi obtido por seducção; 6) se o foi por engano; 7) se o foi por fraude; 8) se era honesta; 9) se houve violencia real, especifical-a, seguindo-se as circumstancias aggravantes e attenuantes (*Acc. do Trib. da Relação de Minas Geraes, em 12 de abril de 1917 adoptando o parecer do Procurador Geral do Estado*).

IX. A violencia não se presume e deve ser demonstrada por provas terminantes ou indicios e presumpções graves, sendo, portanto, indispensavel o exame medico-legal para, posto em correspondencia harmonica com os resultados do processo, determinar sua existencia (*Accord. do Superior Tribunal de Justiça do Paraná, em 10 de outubro de 1905*).

296. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

FRANCEZA

I. La loi ne punit l'attentat á la pudeur commis sur un individu de plus de onze ans, que s'il a été accompagné de violence; vouloir appliquer au cas d'imbécilité le principe qui déclare punissable l'attentat commis sans violence sur l'individu âgé de moins de onze ans, ce serait procéder par analogie d'un cas prévu á celui non prévu, ce qui est inadmissible en matière pénale; ce serait livrer l'application de la loi á une appréciation de l'état moral de la victime, ce qui conduirait á l'arbitraire; et enfin ce serait punir d'un crime que le coupable pourrait avoir commis sans le savoir, car les signes de la faiblesse *d'esprit* ne sont pas apparents toujours et pour tous. (*Ar. Chambre d'accusation de la Cour de Paris, 1.er aout 1835*).

ITALIANA

II. Se con la violenza carnale il colpevole cagiona volontariamente e di proposito una lesione alla vittima risponde di due reati; ma se la lesione sia l'effetto non voluto della violenza e quasi una conseguenza necessaria di essa, é applicabile l'art. 351 del Codice penale. Costituisce perciò il delitto di cui al citato articolo ed é di competenza dell'Assise la violenza carnale per effetto della quale la vittima abbia sofferto uno scolo purulento (*Cass. 11 mar. 1892, Cass. 27 giug. 1892*).

III. Deve rispondere di cooperazione immediata nel reato di violenza carnale chi riduce all'impossibilitá di porgere aiuto e di impedire il reato la parente che accompagna la persona di cui si abusi violentamente (*Cass. 21 ott. 1891*).

IV. La violenza carnale non é sólo tentata, ma consumata, quando si verifica la congiunzione carnale, senza bisogno anche della polluzione (*Cass. 17 sett. 1890*).

V. Chi, a fine di commettere il delitto di violenta congiunzione carnale s'introduce clandestinamente nella camera della vittima, ne chiude la porta, rivolge alla vittima parole accennanti recisamente alla sua precisa e afferra per le vesti la vittima che tende a sottrarsi alla violenza, é colpevole di tentativo del reato contemplato dall'art. 331 del Codice penale (*Cass. 17 febb. 1891*).

CAPITULO II

DO RAPTO

Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qual-quer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gozos genésicos:

**Pena** — de prisão cellullar por um a quatro annos.

§ 1.º Si a raptada fór maior de 16 annos e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento:

**Pena** — de prisão cellullar por um a tres annos.

§ 2.º Si ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o raptor incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes que houver commettido, com augmento da sexta parte.

**Art. 271.** Si o raptor, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa de onde 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.

**Paragrapho unico.** Si não restituir-lhe a liberdade ou recusar a indicar o seu paradeiro:

**Pena** — de prisão cellullar por dois a doze annos.

297. No direito romano confundia-se o rapto com o estupro, como se vê da L. un. pr. Cod. *de raptu virgin.*, reproduzida na L. 54 Cod. *de episcop. at cleric.*, na qual JUSTINIANO diz: *maximé cum virginibus vel castis corrupta restitui non possit.*

Baseando-se nesses textos, os praticos definiam o rapto a tirada de uma mulher donzella ou honesta para gozal-a contra sua vontade: *raptum mulieris esse violentiam sive abductionem mulieris honestæ et invitæ de loco ad locum, animo eam carnaliter cognoscendi* (JULIUS CLARUS, FARINACIUS, DECIANUS). A sancção era em extremo rigorosa, indo á pena capital. Pela acção dos praticos, com guarida nas legislações, foi-se operando uma differenciação, apoiada na avaliação psychologica e social do facto, trazendo differenciação parallela da pena, e assim, ao lado do rapto *violento* ou *proprio*, se qualificou o rapto *consensual* ou *improprio*, este se traduzindo por duas modalidades, isto é, o rapto *por seducção*, fundado na presumpção de falta de consentimento valido, na pessoa raptada, e que tem expressão typica no codigo penal francez, art. 336, e o rapto *in parentes*, fundado na violação dos direitos de familia, qualificado no codigo toscano, art. 287. No antigo direito portuguez, continente das Ordenações Philippinas, vemos qualificadas ambas as modalidades no tit. 18, § 3.º fazendo-se consistir o rapto por seducção na tirada para logar diverso e para fim libidinoso, de mulher virgem ou honesta, que não seja casada; por *dadivas*, *afagos* ou *promettimentos*, applicando-se a pena de morte ou de degredo, conforme a condição do delinquente, e o rapto *in parentes*, quando houvesse consentimento da mulher, mas não o do pae, mãe, tutor ou outra pessoa que a tivesse debaixo do seu poder, sendo presentes e resistindo-lhes o levador, ou bradando cada uma das ditas pessoas, caso passivel da pena de morte. No tit. 25, § 4, previa o rapto da mulher casada, violento ou consensual, comminando-se a pena do adulterio, e no tit. 1.º § 1.º, o rapto com quebra da clausura, passivel da pena de morte ou degredo e multa, segundo a condição do raptor.

O nosso código de 1830, previa no art. 226 o *rapto violento*, qualificando-o como *a tirada para fim libidinoso, por violencia, de qualquer mulher da casa ou logar em que estiver*", e punindo-o com dois a dez annos de prisão com trabalho e obrigação de dote, e no art. 227 o *rapto por seducção*, qualificado como *"tirada para fim libidinoso por meio de affagos e promessas de mulher virgem, ou reputada tal, menor de 17 annos, da casa de seu pae, tutor, curador ou outra qualquer pessoa em cujo poder ou guarda estiver"*, comminando a pena de prisão com trabalho por um a tres annos e obrigação de dotar a offendida.

O código vigente, no corpo do art. 270, equiparou as duas especies, para a penalidade, quando differenças as extremam, e no § 1.º, qualificou o rapto *in parentes*. A qualificação das figuras resente-se de vicios sensiveis, como inadequada é a orientação seguida pelo legislador, que não soube mais uma vez amoldar as regras legaes consoante ás idéas imperantes e necessidades sociaes.

298. Nos termos do art. 270, são elementos do crime de rapto proprio ou improprio, os seguintes:

- 1.º) a tirada da mulher do lar domestico;
- 2.º) que a mulher, maior ou menor de edade, solteira, casada ou viuva, seja honesta;
- 3.º) que se tenha empregado violencia ou seducção, ou attrahido a victima por emboscada;
- 4.º) para fim libidinoso.

299. a) Mantendo a formula romana, radicada em nosso direito, atravez das Ordenações Philippinas e do Código de 1830, o vigente faz consistir a acção do rapto na *tirada*, isto é, na *deductio de loco ad locum* da mulher, e que JULIUS CLARIUS exprimia na regra: "*haec condicatio de loco in locum debet esse ad effectum abducendi.*" E' um estreito conceito, subordinado a condições topographicas, olvidando, como bem nota LISZT, que decisivo não é o afastamento no espaço: o character essencial do rapto é a interrupção do poder e da protecção, sob que a raptada se achava, e o estabelecimento de uma nova relação de dependencia, o que lembra a *tirada* no furto, que se consumma quando a coisa passa da custodia do possuidor para a do delinquente (theoria da apprehensão), insufficiente sendo a simples *contractatio* (pôr a mão na coisa), e em demasia a *ablatio* ou remoção do logar para outro.

Por outras palavras é o que repete MANFREDINI assentando a materialidade do crime no *isolamento da mulher dos seus meios defensivos sociaes*.

O código italiano faz consistir o elemento material do crime no *sottrarre* e no *ritenere* (arts. 340 e 341).

A falta de clareza do art. 270 do nosso código tem dado logar a duvidas e interpretações diversas. Assim, a expressão *lar domestico* tem tido interpretação mais ou menos ampla.

E' evidente, porém, que não se deve entender unicamente pela casa paterna, mas por qualquer outra casa de moralidade não contestada, em que se encontre a mulher honesta, como seria, por exemplo, um estabelecimento de educação, pois a razão da protecção legal subsiste tambem em tal situação. Com sua clareza habitual, o anterior codigo falava na tirada da *mulher da casa ou logar em que estivesse*. Exigindo o codigo vigente que a tirada seja do *lar domestico*, deixa de haver rapto se o agente encontrando a mulher na rua, e usando de seducção ou de violencia, consegue leval-a até a casa para fim libidinoso!

300. b) O sujeito passivo do crime é a mulher honesta, de maior ou menor idade e de qualquer estado civil. Eliminou assim o codigo do rapto a tirada do homem, como fazia o anterior, mas sem a latitude deste, que se referia á *qualquer mulher*, pois só estende a protecção á mulher *honesta*.

Fica, pois, impune o rapto de meretriz, porque, tratando-se de fim libidinoso, e não estando previsto o caso neste titulo, duvidoso é que possa ser classificado no titulo dos crimes contra a liberdade pessoal, praticados por outros moveis que não os do presente titulo (JOÃO VIEIRA).

Assim, só pôde ser sujeito passivo do rapto, a mulher *honesta*, como tal se devendo entender a mulher recatada e de bom proceder. Não se justifica a restricção, nem tampouco a equiparação que faz o codigo entre a mulher menor e maior, a solteira e a casada, para os efeitos penaes, attenta a diversidade de situação psychologica e social, diversidade levada em conta por outros codigos, como o italiano.

Como é possivel o rapto no interesse de um terceiro, uma mulher pôde tambem fazer-se culpada deste como autora (LISZT, OLSHAUSEN).

301. c) Os meios empregados para a effectividade do rapto são a *violencia*, a *emboscada* e a *seducção*. Quanto á *violencia*, tem applicação tudo quanto dissemos a proposito do art. 269, que encerra a definição desse meio de coacção. Sem razão destacou o legislador a *emboscada*, que é o caso de violencia physica, pois é o *accommittimento imprevisto, esperando o agente a victima em um ou mais logares* (Vid. I, vol. n.º 338). Criticando a disposição — *attrahir por emboscada* — nota CARVALHO DURÃO: "Attrahindo por emboscada!...

A emboscada é o *guêt* apenas dos francezes, o *aguato* dos italianos, a *tocata*, como se diz no sertão, palavra brasileira derivada do guarany ou que provem de se esconderem os capangas assalariados atraz do toco, á margem das estradas, esperando a victima para, de improviso, a *acommetterem* e *trucidarem*. *L'occultamento di persona, che dicesi acuato, si ha quando per aggredire la vittima il micide si é celato ad attenderla per piombarle addosso all'improvviso*. Emboscada não é a seducção para entrevista no bosque umbroso ou no matto, como talvez se cuidou no enlevo lascivo de alguma reminiscencia da vida campestre."

Outro meio mencionado pelo código é a *seducção*, que deve, como no caso de defloração (vid. n.º 283), ser tomada na accepção commum. O código anterior, art. 227, reproduzindo o que dispunha a Ord. L. V, tit. 18, § 3, fazia consistir a *seducção nos affagos e promessas*. Equiparou assim o legislador de 1890 o rapto por *seducção* ao rapto violento ou proprio, rompendo a tradição de nosso direito, que distinguia essas especies, punindo menos severamente a primeira.

Entre deixar impune o rapto por *seducção*, e tornal-o passivel da mesma repressão do rapto por violencia, ha enorme differença.

302. d) O dolo especifico, exigido expressamente pela lei, está no *fim libidinoso*. Por este fim, o crime se distingue de outros de identica materialidade como o do art. 289.

A tirada da mulher deve, pois, ser feita com o fim de copula ou acto analogo á copula, isto é, tendente á satisfação do instincto sexual de um modo analogo ao coito (n. 62). Só o exame do caso concreto e suas circumstancias poderá constatar o escopo do agente.

Deixa, pois, de haver rapto punivel se a tirada fôr para casamento, demonstrado inequivocamente, hypothese, entretanto, prevista por outros codigos, como o allemão, o italiano, estabelecendo este penalidade menor para o caso, attento seu character menos grave.

O nosso código deixou subsistir assim lacuna sensivel, já notada no código anterior. MACEDO SOARES procura dar interpretação diversa. “O *fim* não se limita á libidinagem ou á satisfação do appetitex sexual, pôde ser outro — o *casamento*, o *sequestro*, a *exorsão*, 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 Código o escopo do rapto é exclusivamente o fim libidinoso, não se comprehende, neste 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 naquelle 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 defloração ou o estupro. A disposição do paragrapho 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 da 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.” Improcede de todo esta argumentação, porquanto no art. 271 cogita o legislador de facto superveniente, a *restitutio in integrum* da raptada para minorar a pena, e no paragrapho unico do art. 276 tambem de facto

superveniente, o casamento, para illidir a pena. Mas se o fim que deve visar o agente é libidinoso, o que o exame do caso concreto pôde elucidar, não é necessario que seja attingido para que se repute consummado o crime de rapto. E' por isso que o legislador inseriu no art. 270 a clausula, aliás desnecessaria.

De facto, tem-se pretendido a impunidade do rapto desde que sejam satisfeitos os gozos genesicos e não se verifiquem os extremos do defloramento ou do estupro. Assim seria o rapto de mulher maior que livremente consentisse na copula. Mas tal intelligencia, por levar a manifesto absurdo, deve ser repellida. De facto chegaríamos a este resultado: impunidade do raptor que sacia seus desejos genesicos, revelando assim manifesta temibilidade, e punibilidade se não conseguir (art. 270), ou quando, sem attentar contra o pudor da raptado, restituir-lhe voluntariamente á liberdade (art. 271)! Teramos assim, diz OCTAVIANO VIEIRA, a propria lei penal favorecendo a corrupção dos costumes, os attentados contra a segurança da honra das familias!

303. A figura delictuosa do § 1.º do art. 270 é a do rapto *in parentes*, assim denominado, desde os praticos, por estar a pessoa, que consente no rapto, em estado de sujeição familiar. E' especie que vemos prevista no codigo toscano, art. 287, no codigo allemão, art. 237. O codigo francez não qualifica o caso, e só o rapto, por seducção, de menor de dezeseis annos.

A commissão do corpo legislativo propoz, como paragrapho additivo, que se punisse o rapto consensual de pessoa maior de 16 e menor de 21 annos de idade, justificando a disposição, com o considerar que é precisamente nessa época da vida das jovens que os raptos devem naturalmente ser mais communs, porque são ellas mais expostas ás seducções e as paixões. A emenda foi regeitada pelo Conselho de Estado, dizendo MONSEIGNAT, orador do corpo legislativo, que "os redactores do novo codigo entenderam deixar entregues as pessoas maiores de 16 annos á vigilancia de seus paes, á guarda da religião, aos principios da honra, á censura da opinião; que consideravam que depois daquella idade, a seducção que a natureza não collocára no logar dos crimes, não o podia ser pela sociedade, sendo difficil, nessa época da vida, attenta a precocidade do sexo e sua excessiva sensibilidade, distinguir o effeito da seducção do abandono voluntario, e quando, terminava, "les atteintes portées au cœur peuvent être réciproques, comment distinguer le trait qui l'a blessé? et comment reconaitre l'agresseur dans un combat où le vainqueur et le vaincu sont moins ennemis que complices?"

No codigo italiano, art. 341, vemos punido "*colui che sottrae o ritiene la persona minore, senza violenza, minaccia ad inganno, ma col suo consenso.*" Mas entre os seus commentadores, com reflexo na jurisprudencia, reina discordia na intelligencia do texto, sustentando uns que ahí se encontra o rapto *in parentes* (MAJNO, CONTANZO, MANDUCA ESCOBEDO, etc.), outros que o rapto por seducção (PUGLIA, COMPAGNONE). O nosso codigo não offerece o mesmo motivo de divergencia, porquanto qualifica no corpo do art. 270

o rapto por violencia e por seducção, equiparados assim, e no § 1.º a outra forma do rapto consensual, o chamado rapto *in parentes*.

Tem-se justificado a repressão desta modalidade do rapto, notando-se que subsistindo a actual organização da familia, outorgado aos paes ou tutores o direito, e ao mesmo tempo, o dever de terem os filhos ou tutelados sob seu poder, regulando-lhes a vida physica e moral, especialmente a conducta no que diz respeito ás funcções sexuaes, necessario se torna garantil-os contra ataques a esse direito, que importando em vantagens dos menores, e correspondendo aos fins do Estado, não pôde ser renunciado. Dahi porque o consentimento do menor não elimina a criminalidade, incapaz de comprehender devidamente, e, pois, querer o acto e subtrahir-se á esphera familiar permanentemente ou para uma acção sexual, legitima ou natural. Assim, a objectividade juridica do crime está na lesão desse direito paterno ou tutelar, o que, em substancia, importa em violação de direito do menor, no interesse do qual se estabeleceu o patrio poder e a tutela. São elementos do crime:

a) A *tirada consensual*, isto é, com adhesão da menor para eximir-se á, esphera familiar. Este elemento pôde verificar-se tambem sem participação material do agente, mas em todo caso sob a immediata actividade d'elle, do contrario não haveria rapto, e sim a fuga ou fugida da menor, o abandono voluntario do lar domestico, que não é passivel de pena. O consentimento deve, pois, seguir á acção do raptor; por outra, a iniciativa deve partir d'elle, pondo, por isso, a menor ao par do fim visado. Exclue-se assim a seducção ou violencia, como meio para a pratica do crime.

b) O *sujeito passivo* do crime, que deve ser a mulher maior de 16 e menor de 21 annos. Se a mulher é menor de 16 annos, o rapto assume a configuração de violento, pelo disposto no art. 272; se é maior de 21 annos, não pôde tambem verificar-se o rapto *in parentes*, cessado o patrio poder ou a tutela.

c) o *fim libidinoso*. Tem applicação aqui o que dissemos em o n. 302. Dada a hypothese da victima ter perdido os seus progenitores ou não estar sujeita á autoridade tutelar, caso aliás não frequente, nem por isso deixa de haver a figura delictuosa.

Como nota MANFREDINI, a *menor não fica equiparada a uma maior; não deixa de ser incapaz; o Estado não declina a seu respeito dos direitos — deveres instituidos na autoridade familiar, antes subsistem sempre positivamente, não só na norma juridica, que é a substancia da protecção, mas tambem realmente nas pessoas indicadas pelo codigo civil como componentes do conselho de familia, ou no officio da tutela, mesmo não actualisada. O conceito materialista do direito romano da tirada aos parentes, conduz ao excesso, se se considerar os menores sem autoridade paterna como coisas abandonadas ou nullius.*

A vida de associação e os direitos humanos, contidos na mesma natureza humana, têm exigencias especiaes, que mostram a impossibilidade de applicar a theoria da *res nullius* aos pequenos desventurados filhos de ninguem. Não



é o direito de propriedade que se regula, mas um direito social. Neste sentido se tem pronunciado a jurisprudencia italiana.

304. No § 2.º do art. 270, trata o código do caso de unidade complexa de delictos, formada pelo de rapto por violencia, por seducção ou *in parentes*, como delicto *meio*, e pelo de defloramento ou de estupro, como delicto *fim*. Esta unidade deve ser considerada e tratada como tal sob todas as relações juridicas, como já tivemos occasião de mostrar, encarando a questão no ponto de vista geral (1.º vol. n.º 451), e pelo que diz respeito á competencia do fôro, competente é o de qualquer dos logares onde se verificar um dos delictos concorrentes.

Julgados, porém, têm firmado a competencia do fôro do rapto (V. n. 312. ns. IV e VI). Pela disposição citada, se ao rapto seguir defloramento ou estupro, por se verificar factu subsequente com os extremos do art. 267 ou do art. 268 ou 268 combinado com o art. 272, o raptor incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parté, ficando assim absorvida a penalidade do rapto, que se torna circumstancia aggravante. E' o que estatuem tambem o código penal do Uruguay, ar. 292, "quando o rapto fôr seguido de violação ou estupro, a pena será a mesma desses delictos, augmentada de um gráo". e o argentino, art. 137. A respeito deste, diz RIVAROLA "que a violação e o estupro são delictos eminentemente maiores em gravidade que o rapto. A lei dispõe que quando no rapto houver a violação ou estupro se imporá a pena destes delictos, considerando-se o rapto circumstancia aggravante."

E' o systema de *exasperação*, que o nosso código regula de modo diverso do art. 66, § 3.º, porquanto não se applica o maximo da pena de defloramento ou de estupro, mas a de qualquer destes crimes, em qualquer de seus grãos, conforme a regra geral, com augmento da sexta parte. Como nota JOÃO VIEIRA "o código assim estatuiu, por parecer-lhe, ou que o caso poderia offerer duvida, quanto á applicação do art. 66, §§ 1.º ou 3.º, ou quiz guardar especialmente a pena para evitar a aggravação, *ex-vi* daquelle § 1.º ou talvez a attenuação possivel, conforme as circumstâncias, proveniente da applicação do § 3.º, que em these aggrava, mas na hypothese podia attenuar o crime." Com essa disposição, o legislador derimiu a controversia doutrinal, que se tem reflectido na jurisprudencia, principalmente na Italia, sustentando uns que o rapto em taes casos é circumstancia elementar da violencia carnal (VIAZZI, LAVI ABRAMO), e outros o contrario, conforme os casos. Entre estes está CARRARA que sustenta que o rapto só é um titulo suplementar a applicar-se quando não se manifestar clara a intenção do agente. Se desde os primeiros actos revela seu intento de violentar a mulher, então a tirada é elemento do crime de violencia carnal. O código só se refere ao defloramento e ao estupro e não ao attentado ao pudor ou a corrupção, e assim, verificando-se após o rapto qualquer destes crimes, qual a regra a seguir? A geral do art. 66, § 3.º.

305. No art. 271 se occupa o codigo da restituição *in integrum* da mulher raptada. A fonte desta disposição foi o art. 342 do codigo penal italiano. Pelo cotejo dessas disposições e pela intelligencia dada pelos commentadores italianos, recorrendo ao historico da elaboração do seu codigo, vê-se que são requisitos essenciaes para que a restituição da raptada possa acarretar diminuição de pena:

1.º que o raptor não tenha attentado contra o pudor da raptada;

2.º que voluntariamente a tenha resituido á liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, isto é, logar onde ella fique livre de qualquer offensa á pudicicia, ou por outro modo restituindo-a á liberdade. Pela redacção do artigo citado parece que a enumeração dos meios é taxativa, mas da discussão havida na commissão de revisão do projecto do codigo italiano se verifica que foi apenas demonstrativa. O intuito do legislador, diz LIMA DRUMMOND, foi apontar esses meios como alguns daquelles pelos quaes é licito ao raptor libertar voluntariamente a pessoa raptada, afim de que ella possa voltar para 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 codigo italiano, portanto, não se estereotypou nitidamente o pensamento do legislador, e, por isso é necessario esclarecel-a de accordo com o seu elemento historico. Ha nisso até uma garantia para a pessoa raptada. Induzido pela possibilidade da minoração da pena o raptor conceberá muitas vezes o desejo salutar de poupar qualquer ultrage á pessoa raptada e de restituil-a incolume a sua familia desolada. SUMAN, CALOGERO e outros commentadores italianos, em face do respectivo codigo, entendem que a attenuação pela restituição da raptada á liberdade só pôde ter logar no rapto violento, porquanto no rapto consensual se suppõe que á pessoa raptada nunca tenha sido tirada a liberdade.

A exclusão dessa hypothese se demonstra ainda pela pena, que no rapto consensual é de seis mezes a tres annos de reclusão (ar. 341, 1.ª alinéa), e no caso de restituição para as hypotheses desse artigo, de seis mezes a tres annos e de um a cinco annos de reclusão (art. 842), e assim, ou não haveria diminuição alguma, ou a pena seria augmentada, portanto inutil ou prejudicial. JOÃO VIEIRA entende que essa interpretação restrictiva é tambem applicavel ao nosso codigo, e assim a attenuação do art. 271 não é applicavel ao caso do art. 270, § 1.º:

Discordamos dessa opinião do saudoso criminalista, já porque o argumento tirado da pena não encontra apoio em nosso codigo, já porque no rapto consensual, como já mostramos, a menor age sob a actividade immediata do raptor, embora não recorra este á seducção. Satisfeitos os requisitos notados, a restituição aproveitará ao agente, diminuindo-lhe a penalidade, que passa de seis mezes a um anno de prisão cellular, ainda mesmo que contra elle já tenha sido iniciado o procedimento criminal.

306. No paragrapho unico do art. 271 se trata da retenção ou occultação da raptada, o que pôde occorrer após o rapto violento ou por seducção.

A *retenção* importa em violencia á liberdade e pôde visar uma extorsão ou obrigar o resgate da raptada por meio de dinheiro ou de qualquer vantagem illicita. Na *occultação* é possível não existir violencia á liberdade da raptada, mas pôde ser até causa ou resultado de um novo crime. O código penal argentino, art. 138, que é a fonte proxima do nosso, com modificações, inspirando-se nos códigos hespanhóes vigente, art. 462, e anterior, art. 370, manda punir como *homicida* o raptor que não entregar a pessoa raptada ou não der razão satisfactoria do seu paradeiro. Commentando o código hespanhol, que sem falar de homicidio, como o argentino, impõe, porém, a pena de *cadeia perpetua*, diz PACHECO que o raptor é olhado muito justamente como responsável de um delicto *presumido*, segundo todas as probabilidades o de morte da victima, e, por isso não pôde deixar de ser castigado com severidade.

Se contra essa presumpção *juris* alguma coisa se provasse, então já seria dada explicação satisfactoria do paradeiro da victima, e com ella se extinguiria a pena. VIADA Y VILASECA, justificando tambem o código, diz que na falta de explicação satisfactoria, suspeita-se ergue de que o agente ao crime de rapto juntou outro traço e infame, o assassinato da mulher, objecto de sua torpe e criminosa cubiça. Esta mesma presumpção é a que vem estabelecer o dispositivo legal, impondo ao raptor a pena de cadeia perpetua, que constitue o grão medio do assassinato *commum*.

Criticando a disposição do código argentino, RIVAROLA considera esse *homicidio presumido* tão distonante dos progressos da sciencia penal, que quasi se poderia chamal-o uma monstruosidade. O mesmo se pôde dizer da disposição semelhante do nosso código, aliás contradictoria com o que estatue no art. 67, que veda imposição de pena por mais vehemente que seja a presumpção occorrente, e ainda inconsequente porque, contendo a mesma disposição, a proposito do sequestro de pessoa, no art. 183, entretanto, no art. 362 punindo o sequestro com o fim de lucro, com a pena de 2 a 8 annos de prisão cellullar, não estendeu a presumpção a este crime mais odioso talvez, com certeza mais ignobil que o de rapto e ainda mais que o do art. 183, por vingança ou outro motivo.

Assim se externando, entende JOÃO VIEIRA que se o paragrapho unico do art. 271 não falla em homicidio presumido, ha nelle a presumpção tacita, visto como a pena maxima ahi estabelecida é quasi a do grão médio do homicidio simples (art. 294, § 2.º).

Inapplicavel a disposição, por collidir com o art. 67, praticamente encontra obstaculo inevitável, exigindo o nosso direito processual que, mesmo para a pronuncia, haja certeza da existencia do delicto (Cód. do proc. crim. arts. 144 e 145. Decr. n. 848, art. 63). Melhor orientado andaria o legislador reproduzindo o dispositivo do art. 385 § 2º do código penal portuguez, que estatue: "Se por crime de carcere privado ou de outro se deverem impôr ao criminoso penas mais graves, serão estas applicadas".

**Art. 272.** Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente; sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.

307. Tradicionalmente, desde os praticos, e a proposito dos crimes sexuaes, tem sido admittida a distincção entre *violencia real*, que se verifica pelo emprego da força physica ou de meios materiaes, e *violencia presumida*, tambem chamada *inductiva*, inferida de certas condições do sujeito passivo, ou tambem do activo. Mais ou menos ampliadas, essas condições consistem, ou em certa *idade*, fixada diversamente pelas legislações, ou na *impossibilidade de resistir* (enfermidade mental ou physica ou outras causas), ou na *idade* e outras condições do sujeito passivo (preso ou condemnado), ligadas a certas do sujsito activo (ascendentes, tutores, preceptores, guardas, etc). Essas condições foram contempladas pelo código italiano, qualificando factos assimilados á violencia carnal e aos actos violentos de libidinagem (arts. 331, segunda parte, e 333). Contra esse caracter de presumpção, têm-se insurgido diversos criminalistas modernos, especialmente contra seu caracter absoluto ou *juris et jure*.

Assim, MANZINI vê nesses casos, não presumpções, mas abusos de pessoas especialmente tuteladas. “O verdadeiro criterio da lei, limpido e positivo, diz elle, é este: essa impõe a cada um ou a determinadas pessoas, um dever absoluto de abstenção de conjunção carnal com aquellas pessoas que a propria lei tutela, e que, implicitamente, considera carnalmente inviolaveis ainda que consistam”. Por sua vez nota MANFREDINI que não é resolver a questão dizer, com aquelle eminente criminalista, que se trata de *dever absoluto de abstenção carnal*, porquanto resta saber em que se funda essa norma.

Os factos previstos pela lei têm o caracter, não de presumpção, mas de violencia real, por isso que a falta de resistencia da victima faz com que a simples actividade commum do agente assuma esse caracter de violencia. Pelo que toca aos menores de 12 annos, a incapacidade de resistir advem da não madureza physiologica e inidoneidade psycho-ethica, tornando-os inaptos para comprehender e avaliar devidamente as relações sexuaes, e, pois, reagir contra os actos impudicos. Nem se diga que esta inexperiencia absoluta é de per si mesma uma presumpção, porquanto, embora se notem excepções de precocidade, especialmente intellectual, como a lei attende a generalidade dos casos, nesse aspecto é uma verdade scientifica a da não madureza organica e intellectual dos menores daquella idade. Pelo que diz respeito aos individuos considerados nos outros casos da lei, sua incapacidade de resistencia advem de suas condições psycho-intellectuaes. E que não se trata mesmo de presumpção, é de notar que necessario se torna provar, quanto ao ultimo caso, a incapacidade de resistir por enfermidade mental ou physica ou outras causas, inclusive os meios fraudulentos empregados pelo agente, e nas outras hypotheses não ha necessidade de tal prova porque semelhante impotencia, é necessariamente connexa com a incapacidade do sujeito passivo, facto real, constatado scientificamente. O nosso código contempla apenas a hypothese da idade menor de 16 annos, como indicativa de violencia (artigo 272), e como fala em presumpção, expressão arraigada na linguagem juridica, della faremos uso quando se offerecer oportunidade. Nos termos dessa disposição, em consonancia com que estabelecem outros codigos, tra-

ta-se de uma presumpção absoluta, *juris et jure*, ou que não admitte prova em contrario. Por outra, a violencia, deve ser provada cumpridamente, mas tratando-se de pessoa que ainda não completou 16 annos, isto constatado, tem-se a acção impudica, de que foi paciente, como commettida violentamente. A lei considera a pessoa nessa idade como incapaz de resistir, ou de consentir livremente, quer seja virgem ou não, inadmissivel sendo a indagação da honestidade, por isso que presuppõe esta o conhecimento do mal, que a innocencia da mininice exclue — *non est doli capax*, no dizer dos praticos.

Como observa RUY BARBOSA, em petição de graça por Ch. Monsegur, mulher honesta e mulher casta, pudica, zelosa do seu decoro, são synonymos. Logo a honestidade, na mulher, liga-se aos sentimentos de melindres sexual, impossiveis naquella idade”. O nosso legislador distinguiu assim, pelo que toca á mulher, o *menino* ou *menina*, do *moço*, ou da *moça*, a idade destes indo até os 21 annos, e a daquelles até os 16. Referindo-se a este limite, nota EDUARDO DURÃO que muito espaçada é a idade até 10 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 athicas 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-á tornar, na ausencia do dolo especifico, que coarcta a liberdade e a presumpção de violencia dispensa, uma sancção 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 HOFFMAAN: “A lei considera as crianças na categoria 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 sobrem 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 legisladorá no 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 viripolente”.

Destacando-se dos outros codigos, que fixam um limite, o de Zurich, artigo 111, não o estabelece, deixando ao juiz verificar se ha ou não incapacidade para o acto sexual. Contra este criterio da idade não amadurecida para a relação, objecta-se, como fundamento, que seria dar ao arbitrio um ambito desmesurado, com todos os seus inconvenientes, preferivel, sendo o systema contrario, desde que attenda, tanto quanto possível, ás condições mesológicas e sociaes do paiz.

Mas a disposição do art. 272, no systema do nosso codigo, leva ás mais flagrantes contradicções, o que aliás foi notado tambem no codigo sardo por CARRARA, e no italiano actual, por VIAZZI, CALOGERO e outros. Effectivamente, no art. 27, § 2.º torna o codigo o menor de 14 annos responsavel, se agiu com discernimento, de sorte que hoje um menor dessa idade póde ser tido

como responsável pela pratica de uma acção impudica, por ter agido com discernimento e amanhã ser tido como incapaz absolutamente de discernimento, quando, entretanto, o manifestar, mas por ser sujeito passivo de acção semi-lhante! Diversos autores italianos, como MANFREDINI e outros, sustentam que o agente deve reconhecer a idade da victima, por ser base da presumpção da violencia, do contrario, em casos de desenvolvimento precoce da victima (e não é raro) e de capacidade physica para resistencia, faltaria justificação para a sanção. Entende aquelle escriptor que a sciencia da idade deve resultar das circumstancias do facto, devendo-se admittir a sciencia do agente se essas mesmas circumstancias não induzirem a prova contraria de per si. Não se trata de presumpção *juris tantum*, nem de onus da prova a cargo da accusação, mas ao réo cabendo dar demonstração segura, de sua insciencia. A *duvida* já seria *sciencia*, ao menos para as exigencias juridicas; não é ella ignorancia, e a lei exige para o normal desenvolvimento de certas relações, a diligencia e a vigilancia, e dahi a cargo do agente ficando a imponderação e a impulsividade, que de resto, em materia sexual, não são as principaes condições de perigo. Em sentido contrario argumentam SETTI e outros, que a idade menor é circumstancia objectiva, considerada pela lei para o fim de protecção particular aos menores e para apreciação do damno causado. Vid. 1.º vol. desta obra, n. 213, o que adduz aquelle tratadista. E' esta a solução que tem vigorado em nossa jurisprudencia.

Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte:

1.º si o criminoso fôr ministro de qualquer confissão religiosa;

2.º si fôr casado;

3.º si fôr criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.

E com augmento da quarta parte:

4.º si fôr ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida;

5.º Si fôr tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer 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 confere sobre a pessoa e bens da offendida.

Art. 274. Nstes crimes haverá logar o procedimento official da 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, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

3.º si o crime fôr perpetrado com abuso do patrio poder, ou da autoidade de tutor, curador ou protector.

Art. 275. O direito da queixa privada prescreve findos seis mezes, contados do dia em que o crime fôr commettido.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença, que condemnar o criminoso, o obrigará a dōtar a offendida.

Paragrapho unico. Não haverá imposição de pena si seguir-se o casamento, e aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si fôr maior.

#### CODIGO CIVIL, ART. 214:

Podem, entretanto, casar-se os referidos menores (a menor de 16 annos e o menor de 18 annos) para evitar a imposição ou o cumprimento da pena criminal.

308. A disposição do art. 273, por isso que é commum aos capitulos anteriores deste titulo, não devera, em ordem systematica, ser collocado, como foi, no capitulo referente ao rapto, mas formando uma secção distincta, como se vê no codigo italiano. Trata-se ahi do que impropriamente se tem chamado circumstancias aggravantes especiaes, quando não passam de *elementos de aggravação* dos crimes sexuaes, a que se referem (vid. 1º vol. n. 298).

As fontes da disposição foram o codigo penal francez, art. 333 e o italiano, arts. 332 e 333, incidindo, porém, o nosso codigo em censura por ter limitado a aggravação do concurso de agentes ao crime de estupro (art. 268, § 2º), quando, a exemplo do codigo italiano, devêra entendel-a aos mais delictos sexuaes, tal a sua gravidade.

309. Segundo a doutrina e as legislações, os elementos de aggravação dos crimes sexuaes se distribuem em dois grupos, uns referentes á *qualidade* do agente, outros referentes a *consequencias geraes* do maleficio. O nosso codigo, por mais um cochilo de seu autor, no dizer de JOÃO VIEIRA, omitiu o segundo grupo, e tomou algumas das circumstancias, que o constituem, apenas para autorisar o procedimento official da justiça (art. 274).

Segundo o art. 273, os elementos de aggravação, cujo character sobressahe desde logo, se referem á *qualidade* do agente, que o colloca em determinada relação para com a victima, e de cuja relação abusa para commetter o delicto. Distingue o codigo, conforme a gravidade, esses elementos em dois grupos, taxativamente determinados. Um acarretando o augmento da *sexta parte* da pena, se entre o agente e a victima houver;

1) relação de religiosidade, de cujo abuso resulta maior escandalo, attentos os sentimentos e crenças vigorantes na sociedade, relação que se caracteriza se o criminoso fôr *ministro de qualquer confissão religiosa*;

2) impossibilidade de contrahir legitimas nupcias, por ser o *criminoso*

*casado*, assim não podendo ser reparado condignamente o mal do delicto;

3) relação de confiança duradoura ou passageira, que faça a victima crente da segurança propria, o que se verifica quando o *criminoso fôr seu criado* ou *domestico* (vid. 1º vol. n. 345), ou *de pessoa de sua familia*.

Outro grupo, também taxativamente determinado, acarretando o aumento da *quarta parte* da pena, occorre quando entre o agente e a victima houver:

1) relação de parentesco, legitimo ou não, que estabeleça intimidade de vida, de acesso, ao mesmo tempo de deveres de mutuo respeito, o que se dá quando o *criminoso fôr ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida*;

2) relação de *autoridade legal*, ou de *direito por ser o criminoso, tutor, curador, encarregado da educação* ou *guarda da pessoa offendida*, ou sobre esta tiver *autoridade de facto*, isto é, derivada, não da lei, mas de circumstancias e da posição das pessoas, tal a autoridade do padrasto sobre a enteada, do amancebado sobre os filhos da concubina, etc. Os termos amplos da lei — *tenha autoridade sobre a offendida por qualquer titulo*, comprehende todas as modalidades da autoridade legal ou de facto, porquanto nellas se verifica a razão da aggravação, o agente se servindo da victima como de um instrumento para consummar seu delicto; fazendo do poder, que devia ser um titulo de protecção, uma fonte de corrupção (CHAUVEAU e HÉLIE). O codigo só attende ao parentesco como elemento de aggravação de certos delictos, afastando-se de outros codigos, como o allemão, o italiano, que qualificam o incesto como delicto autonomico. Outra limitação injustificavel é a relativa ás incapacidades e perda de direitos, só applicaveis aos ascendentes, e não aos tutores, quando provendo o caso, e podendo servir de fonte, tinha o legislador o codigo italiano, art. 349.

310. A materia do art. 274, é do dominio do direito judiciario, e parte referente á doutrina das acções. Trata-se dos casos em que, por excepção, nos crimes de violencia carnal e de raptio, tem logar o procedimento official da justiça, isto é, o exercicio do direito da acção publica, iniciada, pois, por denuncia e subsidiariamente, quando não offerecida no prazo legal, por portaria do juiz, *ex-officio*.

Constituindo-se excepção, a ordem logica, não observada pelo codigo, manda que se trate do assumpto em connexão com a regra, que vem firmada no art. 407, § 2.º, n. 2. Reservamo-nos, pois, para apreciar a materia, ao commentar esta disposição.

O art. 275 refere-se á prescripção do direito de queixa privada, cuja elucidação completa, exhaustiva, vem no voto proferido pelo ministro do Supr. Trib. Federal, DR. EDMUNDO MUNIZ BARRETO, e que reproduzimos no 1.º vol. desta obr., n. 491.

No art. 276 trata o codigo do *dote devido* á pessoa offendida e do *casamento*, como causa excludente da pena. A fonte immediata dessa disposição foi o codigo portuguez, art. 400. Quanto ao dote, já o vemos estabelecido para casos taes na legislação mosaica, e no direito canonico, cap. I, X *de adulter. et stupro*, mas deixando a alternativa de casar ou de dotar. Por



modo semelhante estatua a Ord. L. V, t. 23, derogada pela lei de 6 de outubro de 1784, § 9, que concomitantemente com as penas arbitrarías, impunha a obrigação do dote. Por essa legislação, o dote era uma pena criminal, e com esse caracter vemol-a tambem adoptada no nosso código de 1830. para os casos de estupro, excepto de prostituta, e para os de raptó. O código vigente, de accôrdo com a sua fonte, considerou o dote como caso de indemnisação pelo damno causado pelo delicto.

Convencem disso, não figurar entre as penas enumeradas no art. 43, e entre as adjectivadas aos crimes de defloramento e de estupro, e a consideração de que se particularisou o dote como caso de indemnisação, muito embora o preceito geral do art. 69, letr. *b*, foi para évitar duvidas sobre o caracter do damno nos delictos em questão. No dominio do anterior código, muito embora sem fundamento, PERDIGÃO MALHEIRÓS suscitava duvidas sobre a natureza e modo de effectividade do dote. “Como se deve entender, perguntava, o *dote* da offendida? De duas uma, ou *dote* quer dizer forçadamente *património*, *amparo pecuniario* á deflorada ou perda da honra que não recupera mais, visto que se deve presumir sem mais direito ao santuario da familia, e nesse caso não é possível sem arbitrio, que deve ser sempre excluído do direito penal, determinar o dote, em relação á offensa recebida, quando demais a honra é inestimavel; ou *dote* quer dizer, no sentido natural e grammatical até, quanto mais no juridico, bens ou cabedal que se dá á pessoa que *vae casar*, e neste caso o legislador presuppõe que, deflorada a mulher *virgem* ou esta ou o deflorador já tinham de mão a terceiro para *marido*, afim de, antes do casamento com este, ser conferido o *dote*, emquanto o deflorador por *um* até *tres annos* no maximo não pôde vir ao logar em que *residir* a deflorada!” SOUZA LIMA insurgia-se tambem contra a obrigação do dote, por considerar uma paga, um preço da virgindade perdida. Pondo, porém, em realce a natureza e destinação do dote, em casos taes, refutando tambem ALEXANDRE DUMAS FILHO, que considerava a honra de uma moça como um capital, assim se externou VIVEIROS DE CASTRO: “Mais justa e felizmente comprehendeu ALFREDO MILLET, *A seducção*, ps. 117-118, a disposição legal, justificando-a deste modo: “O celebre academico serviu-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 pôde 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 16 annos do que aos 20? Uma propriedade é inalienavel. Pode-se admittir que uma moça, como todo, o capitalista, especule com o seu thesouro 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 incontestáveis, como a probidade dá também ao homem honesto; mas a virgindade tem um valor todo venal, apreciável 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 infligir 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. 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 coisa julgada, que não pôde ser mais objecto de duvida e controversia. Mas é pela acção civil que se exige o cumprimento dessa obrigação, é no juizo civil que se arbitra o valor do dote." Nesse sentido tem-se orientado a jurisprudencia, vindo o codigo civil, dissipar toda a duvida, firmando no art. 1.548 que: "A mulher aggravada em sua honra tem direito a exigir do offensor, se este não puder ou não quizer reparar o mal pelo casamento, um *dote* correspondente á condição da offendida:

I. se, virgem e menor, fôr deflorada;

II. se, mulher honesta, fôr violentada, ou aterrado por ameaças;

III. se fôr seduzida com promessa de casamento;

IV. se fôr raptada. "No artigo seguinte, destaca os outros casos de indemnisação para os outros delictos sexuaes, estatuinto: "Nos demais crimes de violencia sexual, ou ultrage ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indemnisação." O codigo civil veio com essas disposções sanar uma lacuna sensível, do codigo penal, notada também em sua fonte, e justamente criticada por PIRES FERRÃO, por isso que não comprehendia o rapto, como gerando obrigação de dote, quando aliás era contemplado pelo codigo anterior, pelo hespanhol e seus derivados, e constituia caso perfeitamente assimilavel, para aquelle effeito, aos de defloramento e de estupro.

311. No paragrapho unico do art. 276 admite o codigo o casamento como causa excludente de pena, melhorando o que dispunha o codigo anterior, que admittia essa causa, mas de modo absoluto.

Por aquella disposição, vê-se que a excusa ou isenção de pena tem logar quando se realisar o casamento; assim não basta que o accusado queira casar-se e o acto não se realise por qualquer circumstancia. E' também de toda a evidencia, e de admirar é que se tenha procurado argumentar em contrario, que o casamento, para o effeito da excusa, deve ser realiado com o proprio culpado, pessoal como é a responsabilidade criminal. Pelo codigo a excusa não se refere á execução da pena, mas apenas a imposição desta, mas a interpretação, que lhe foi dada, ampliou-o a esse caso, uma vez que a razão da excusa ainda é ahi verificada, razão que ZANARDELLI deixou bem explicita, justificando a ampla disposição do codigo italiano, dizendo que "é justo e equitativo não manter separadas, por effeito do processo penal,

duas pessoas entre as quaes se interpunha, antes, o delicto, mas que, após, se uniram com um dos mais sagrados vinculos; e é, além disso, prudente facilitar com a concessão da impunidade a maior reparação que o homem possa dar á mulher por elle deshonrada.” O decr. n. 181, de 24 de janeiro de 1890, tratando do casamento civil, dissipou qualquer duvida, dispondo que a menor de 14 annos ou o menor de 16 só poderão casar-se para evitar a imposição, ou o cumprimento de pena criminal”, disposição mantida pelo codigo civil, art. 214. A generalidade dessa disposição, e razão informativa fazem estender a excusa aos demais delictos sexuaes, como explicito torna o art. 400, paragrapho unico do codigo portuguez, fonte immediata do nosso. A má redacção dada a este ainda pôde fazer suppôr que, em se tratando de menor, bastante é o aprazimento de seus representanttes legaes para a realisação do casamento, mas tal não é de admittir-se, necessario sendo tambem o consentimento dos nubentes.

Refutando o argumento dos que vêm na excusa um desvio da regra do livre consentimento, essencial para o casamento, por quanto não pôde existir em quem procura o consorcio como meio de eximir-se de um processo ou do cumprimento de uma pena, mostra POZZOLINI que ha nesse argumento confusão entre *consentimento espontaneo*, que no caso não existe, e *consentimento livre* que não é de contestar na hypothese, além de que uma tal situação é uma inevitavel consequencia juridica e legal do systema da acção privada. Finalmente, é de notar que a excusa abrange tambem os co-autores ou cúmplices do delicto, muito embora expresso não seja o codigo, como é o italiano, art. 352, contraproducente sendo sujeital-os a pena, quando o objectivo do legislador é evitar o escandalo da publicidade de um acto já reparado pelo casamento.

### 312. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Da propria redacção do art. 276, paragrapho unico do Cod. penal, se vê que o casamento que isenta da pena o autor do defloramento é o que a offendida contrahe com elle proprio e não com outro. Além disso, as disposições legaes anteriores e a legislação de outros paizes concorrem para firmar essa intelligencia. De facto, a Ord. liv. 5, t. 16, § 2.º, já dispunha: “E se a pessoa, que pelo sobredito modo entrar na dita casa, quizer casar com a mulher, com quem assim entrava a dormir, e ella tambem quizer, e o morador da casa, a quem a tal offensa fôr feita onde entrou, nisso consentir e esse perdoar, será relevado das ditas penas”.

A mesma Ord. do liv. 5, tit. 28 pr. tambem preceitúa: “Mandamos que o homem que dormir com mulher virgem por sua vontade, case com ella, se ella quizer e se fôr convinavel e de condição para com ella casar. E não casando, ou não querendo ella casar com elle, seja condemnado...”

De accordo com o mesmo pensamento, o Cod. criminal de 1830 dispõe no art. 225: “Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos que casarem com as offendidas.” Tambem alludem ao casamento volun-

tario da offendida com o proprio offensor e não com terceiros, os codigos portuguez, art. 400, francez, art. 357, italiano, art. 352, hespanhol, art. 463, argentino, art. 140 e outros (*Accord. de 5 de julho de 1920*).

No mesmo sentido accordam de 18 de abril de 1921.

## DISTRICTO FEDERAL

II. A acção penal por crime de violencia carnal não fica perempta pelo facto de ter a offendida após o inicio do processo se casado com terceiro, visto como o casamento a que se refere o art. 276, paragrapho unico do Cod. Penal é o do proprio réo; dá-se, porém, a perempção da mesma acção por desaparecer na offendida a qualidade de miseravel que, nos termos do art. 274, § 1.º do cit. Codigo, originou a intervenção do promotor publico como representante da mesma offendida. Provado que ella se casou, desde o momento do seu casamento seu marido tornou-se seu representante legal em juizo e era necessario para que continuasse legitima a intervenção do promotor publico, que o mesmo marido provasse sua miserabilidade. Nada constando nos autos sobre isso, a perempção da acção é imquestionavel (*Ac. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 27 de dezembro de 1913*).

III. O facto da victima, no crime de defloramento, haver contrahido casamento, logo ás primeiras investigações contra o accusado, com terceira pessoa, não faz cessar o direito de intervenção do M. P. Não procedem as allegações: 1) de que a representação da offendida passou a fazer-se legalmente pelo marido desta, sem cujo consentimento não pôde continuar o processo; 2) de existir a presumpção de que, com o casamento, sobrevieram recursos á offendida, tornando-se insustentavel a actuação do representante da Justiça, sem a apresentação de novo attestado de miserabilidade requerido pelo marido; 3) de, além da situação nova e delicada creada para o casal com a continuação da acção crime, o réo ficaria privado, com o procedimento da offendida, de eximir-se das penas previstas no Codigo, como este lhe permittia, casando-se com ella.

A acção do M. P., nos termos do art. 274, n. 1 do Cod. Penal é official ou publica, e movimentada, não pôde o representante da Justiça, e não das partes, encontrar embaraços ou obstaculos á sua actividade num acto de vontade da victima. Não assiste mais á offendida o direito de desistir da accusação ou perdoar a offensa.

Tambem não influencia sobre o processo o facto do seu casamento com outra pessoa que não o offensor, nem a superveniencia de recursos á offendida. A lei só manda extinguir estas causas se o offensor reparar o mal causado com o casamento. O desejo mesmo sincero, de reparação, alliado á impossibilidade de proval-a por acto da offendida, não foi considerado pelo legislador como obstaculo á imposição de pena nestes casos, e é impossivel acreditar que o legislador não cogitasse na eventualidade de recusar-se a offendida, depois do delicto, ao casamento com o seu offensor (*Accord. da 3.ª Cam. da Côte de Appellação, de 24 de abril de 1920*).

IV. No caso de rapto seguido de defloração ou estupro, a lei faz expressamente desses delictos um só todo, uma unidade artificial, com uma só penalidade (Cod. penal, art. 270, § 2.º). Tem-se aqui um dos casos que os allemães chamam de *unidade complexa* (*komplizertz Deliktseinheit*), pluralidade de acções naturaes tratada pela lei como um só delicto. Em taes casos, diz FRANZ VON LISZT, a unidade deve ser considerada e tratada como tal *sob todas as relações juridicas*. Assim, o crime, segundo o direito é *commettido em todo o logar e em cada momento em que foi praticada uma das acções respectivas* (*Dir. penal*, trad. de JOSÉ HYGINO, I, p. 385). Consequencia immediata desta regra é que tanto é competente o fôro onde foi praticado o rapto, como o em que foi praticada a conjunção carnal regulando, então, a prevenção.

A preferencia, porém, pelo primeiro fôro tem a justifical-a a consideração de ser a conjunção carnal uma consequencia do rapto, no logar deste, pois, melhor se colhendo os esclarecimentos necessarios para firmar a posição e relações preexistentes entre offensor e offendida. Decidiu pela primasia do fôro do rapto, o accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 11 de novembro de 1912 (vid. infra n. VI). Na especie militava pela competencia do fôro do rapto, além de outras, a circumstancia de não ter ficado determinado o logar da conjunção carnal (*Accord. da mesma Camara, em 22 de fevereiro de 1922, confirmando decisão do Juiz da 4.ª Vara Criminal*).

V. Attendeu o Cod. Penal, no paragrapho unico do art. 276, ao que, na doutrina, se convenciou chamar de *arrependimento operoso* ou *emenda operosa* do delinquente e que se verifica quando elle se manifesta por actos em sentido contrario ao da sua anterior actividade criminosa com o objectivo de impedir que a violação juridica produza os effeitos de que é capaz, ou para supprimir os effeitos della já derivados, ou para resarcir o damno decorrente do delicto.

A isenção da pena é a consequencia da prova do facto. A razão eximente admittida na generalidade dos Codigos Penaes, isto é, a razão pela qual o casamento exclue a responsabilidade penal está na predominancia do interesse de familia, que é interesse publico prevalescente em relação á função social de tal instituto, e na vantagem politica de circumscrever o damno, incitando á reparação. Sendo taes os motivos que aconselham e justificam a eximente, bem se vê que ella deve ser applicada em todos os casos de delictos sexuaes (defloração, estupro e corrupção de mulheres menores, em suas modalidades) e tambem nos de rapto de mulher honesta, pois que, por effeito de qualquer delles, soffre a mulher igual damno na sua honra ou reputação — e não só para evitar a imposição da pena, como para impedir a sua execução. E, de facto, assim acontece na generalidade das legislações penaes. O Codigo patrio, embora se refira explicitamente tão só á *imposição* da pena e aos delictos de *defloração* e de *estupro*, não constitue excepção.

Estão tambem na comprehensão do seu dispositivo a *execução da pena* e *aquelles outros delictos*, em relação aos quaes o principio informativo do

texto legal é, por igual, applicavel. Semelhante interpretação se apoia ainda no confronto do texto do Codigo com o art. 17 da lei n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, disposição que passou, nos mesmos termos genericos, sem distincção de crimes, para o Codigo Civil, formando o seu art. 214 (*Accord. da 1.ª Cam. da Côte de Appellação, de 12 de novembro de 1929*):

## ESTADOS FEDERADOS

VI. Não é elemento essencial do rapto a entrada do raptor dentro do lar domestico, tanto que o crime póde realizar-se por meio de seducção ou emboscada, tirando-se por essa forma a victima do seu lar.

Não se póde suppór que a mulher deixe de encontrar abrigo e protecção na lei, pelo facto de ser encontrada pelo criminoso fóra de sua casa (*Ac. do Trib. de Justiça de S. Paulo, em 26 de março de 1898*).

VII. O crime de rapto, desde que se verifique a retirada da mulher honesta do lar domestico, está perfeito e consummado, quer seja para fim libidinoso, quer para outro fim, visto attentar contra a honra e a segurança da familia, segundo a classificação do tit. III do Cod. Penl. O defloramento consecutivo ao rapto é uma modalidade do art. 270, § 2.º do Codigo citado, que se refere ao rapto consensual por seducção, incidindo o criminoso na disposição do art. 66, § 2.º do mesmo Codigo; e si, pelo mecanismo do Codigo, a pena do crime de rapto é absorvida, nem por isso perde a sua feição peculiar, o seu caracter autonomo. O Codigo considera dois crimes differentes, da mesma natureza praticados em tempo e lugar differentes, contra a mesma pessoa; mas o rapto é o facto principal e o defloramento — a consequencia desse crime, que agrava a penalidade. E' competente para o processo o juiz da comarca em que se deu o rapto por ser facto principal (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 11 de novembro de 1912*).

VIII. Quando o casamento é procurado como meio de evitar a imposição de pena do crime de estupro, caso previsto no paragrapho unico do art. 276 do Cod. Penal, depende a sua realização da licença do juiz (arts. 7, § 7 e 17 do Decr. n. 181 de 1890). Sendo essencial para a validade do casamento o consentimento dos contrahentes, não se póde effectuar se a menor fôr da tenra idade de 9 annos e nenhum desenvolvimento intellectual tiver (*Ac. da Rel. do Estado do Rio, em 8 de julho de 1898*).

IX. Não póde extinguir-se a acção penal pelo facto do casamento, desde que o mesmo é impugnado pelo pae da offendida, não tendo o offensor obtido o supprimento do consentimento para dito fim. (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 4 de fevereiro de 1904*).

X. A dirimente do art. 276, paragrapho unico do Cod. Penal aproveita ao delinquente, mesmo depois da sentença (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 14 de fevereiro de 1908*).

XI. O paragrapho unico do art. 276 do Cod. Penal não deve ser entendido em sentido lato para se julgar que fique isento de pena o offensor porque outro se casa com o offendido. Isto seria simplesmente autorisar a corrupção, por que aos ricos e poderosos se permitiria então, a pratica constante desses crimes, porque teriam meios de achar quem se casasse com suas victimas. E não se argumente com as expressões — “a aprazimento do representante legal da offendida” — do final do referido paragrapho, porque casos haverá em que, apesar de quererem os offensores casar-se com as offendidas, isso não se deverá permittir, attentas as suas desigualdades.

Se o casamento da offendida com outrem que não o offensor, extinguisse a acção penal ou a condemnação, o Codigo teria enumerado entre os factos de que se occupa nos seus arts. 71 e 72. Tambem não tem valor a affirmativa de que com o casamento posterior da offendida se deve pôr termo ao processo contra o offensor para não devassar o lar domestico do marido, porque se effectivamente isto é um mal, muito maior é o mal resultante da impunidade dos offensores, que alarmam a sociedade e põem em grande risco a honra e o socego das familias, se não acoroçoados por essa impunidade que os atira a novos attentados (*Accord. do Sup. Trib. de Just. de Pernambuco, de 8 de abril de 1919*).

### 313. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA.

#### ITALIANA

I. E' punibile a sensi del primo capoverso dell'art. 341 del Codice penale il ratto consensuale di persona minorennе benché questa sia priva di genitori o non soggetta ad alcuna tutela (*Cass. 30 mar. 1892*).

II. La prova della fillazione, mercè la iserizione tardiva della nascita, si retrotrae all'epoca della nascita stessa (*Cass. 28 mar. 1892*).

III. Nel ratto improprio, la sottrazione o ritenzione della minorennе può essere anche momentanea (*Cass. 11 gen. 1915*).

IV. La durata piú o meno apprezzabile della ritenzione se può essere utile all'accertamento del dolo, non costituisce un elemento sostanziale del reato (*Cass. 3 set. 1915*).

V. Il ratto consensuale offende i diritti di coloro che sul minore esercitano la patria potestá, ma simultaneamente lede certi diritti della minorennе (*Cass. 23 mar. 1914*).

VI. Il consenso del genitore o tutore non é efficace a far esulare il delitto di ratto, come non é efficace quello della rapita. Infanti il delitto di ratto consensuale oltre la violenza della patria potestá include quella dei diritti dell'onore, della reputazione, ecc. della persona rapita (*G. i. di Palermo, 8 mar. 1915*).

VII. Valida é la querela del tutore prodotta *jure proprio* in materia di ratto consensuale sebbene il tutore sia legalmente nominato dopo il delitto, purché prima esercitasse di fatto la tutela (*Cass. 13 luglio 1914*).

## PORTUGUEZA

VIII. No caso do art. 400, paragrapho unico do Cod. penal, cassando o autor do crime de estupro ou de violação com a mulher offendida. cessa não só toda a pena imposta a esse criminoso, mas todo o procedimento, e por isso tambem a pena imposta no mesmo processo ao que foi condemnado como co-autor daquelle crime (*Ac. do Supr. Trib. de Justiça, em 12 jan. 1900*).

## CAPITULO III

### DO LENOCINIO

Art. 277. Excitar, favorecer ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem:

**Pena** — de prisão celllular por um a dois annos.

Paragrapho unico. Si este crime fôr commettido por ascendente em relação a descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de alguém menor com relação a este; pelo marido com relação á propria mulher:

**Pena** — de prisão celllular de dois a quatro annos.

Além desta pena e da de interdicção em que incorrerão, se imporá mais:

Ao pai e mãe a perda de todos os direitos que a lei lhe 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.

Art. 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-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:

**Pena** — de prisão celllular por um a dois annos e de multa de 500\$ a 1:000\$000.

LEI N. 2.992, DE 25 DE SETEMBRO DE 1915, que modificou os artigos supra por este modo:



**Art. 277.** Induzir alguém por meio de enganos, violência, ameaça, abuso de poder, ou qualquer outro meio de coacção, a satisfazer os desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem;

Excitar, favorecer ou facilitar a prostituição de alguém, para satisfazer os ditos desejos e paixões de outrem:

**Pena** — de prisão cellular por dois a tres annos.

§ 1.º (Como o paragrapho unico do Codigo Penal de 1890).

**Art. 278.** Manter ou explorar casas de tolerancia, admitir na casa em que residir, pessoas de sexos differentes, ou do mesmo sexo ( que ahi se reunam para fins libidinosos; induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-as por intimidacção ou ameaças a entrefarem-se á prostituição; prestar, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxilio ao commercio da prostituição.

**Penas** — de prisão cellular por um a tres annos e multa de 1:000\$ a 2:000\$000.

§ 1.º Alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o seu conhecimento; alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outem. qualquer mulher maior, virgem ou não, empregando para esse fim ameaça, violencia, fraude, engano, abuso de poder ou qualquer outro meio de coacção; reter, por qualquer dos meios acima referidos, ainda mesmo por causa de dividas contrahidas, qualquer mulher, maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocinio, obrigar-a a entregar-se á prostituição:

**Penas** — as do dispositivo anterior.

§ 2.º Os crimes de que trata o art. 278 e o § 1.º do mencionado artigo serão puniveis no Brazil ainda que um ou mais actos constitutivos das infracções nelles previstos tenham sido praticados em paiz estrangeiro.

§ 3.º Nas infracções de que trata este artigo haverá logar a acção penal:

- a) por denuncia do Ministerio Publico;
- b) mediante queixa da victima ou de seu representante legal;
- c) mediante denuncia de qualquer pessoa.

DECR. N. 4.269, DE 17 DE JANEIRO DE 1921

**Art. 10.** Os crimes de lenocinio capitulados na lei n. 2.992 de 25 de setembro de 1915, são inafiançaveis.

314. A denominação de lenocínio (de *lenocinium*) é geralmente adoptada, nas legislações e na doutrina, como *nomen juris* do crime que ora passamos a apreciar. Em França, na linguagem vulgar se usou do termo — *maquerillage* — e tecnicamente se usa do de — *proxénétisme* —, e na antiga legislação portugueza, o de *alcovitaria*.

Na essência, o crime se caracteriza pela medeação para levar uma pessoa a satisfazer a libidingem de outrem. Neste ultimo extremo, está o caracter differencial entre o lenocínio e o crime de corrupção de menores, naquelle se procurando satisfazer a libidinagem de *outrem*, e neste a *do proprio agente*. Tradicional se têm admittido como especies ou modalidades do lenocínio, o *qualificado*, quando commettido contra descendentes, mulher ou pupilla do agente; *simples*, quando não intercedem essas relações de parentesco ou dependencia; *lucroso* ou *questuaria*, forma mais commum, quando commettido com intuito de lucro, quer consistente em dinheiro, quer em outro interesse material; *gratuito*, quando por causa não lucrativa, como o medo, a necessidade, etc. Em Roma, só com a *lex Julia de adulteris* e com a celebre novella XIV, de JUSTINIANO, que o lenocínio foi especialmente reprimido como crime publico, antes acarretando apenas a sancção da *familia*, pela qual o *leno* era excluido dos direitos de elegibilidade á magistratura e do serviço do exercito. Mas como crime *sui generis*, se contemplava apenas o lenocínio profissional, o simples sendo tratado como mera cumplicidade por assistencia no adulterio ou no estupro, segundo as disposições vigentes concernentes a estes crimes. Penas severas, indo até a de morte, foram editadas, severidade tambem mantida no direito canonico e na legislação intermedia, destacando-se, além das communs dos castigos corporaes, de prisão, do banimento, outras de ordem moral com publicidade. Assim é que, pòr uma capitular de Carlos Magno, de 802, o rufião era obrigado a conduzir ás costas a mulher pòr elle prostituída até a praça publica, pena que vemos ainda figurar em uma ordenança de Henrique III. O Parlamento de Pariz impoz ao rufião a pena de passear montado em um asno pelas praças publicas da cidade, com o rosto voltado para a cauda do animal e levando na cabeça um chapéo de palha, com uma inscripção da pena a que fòra condemnado. Controversias surgiram na conceituação do delicto, inquirindo-se da menoridade ou não da victima, das especies de constrangimento e da intermediação lucrativa ou não do rufião.

A diversidade dê criterios influiu nas legislações, extremando-as umas de outras. Tendo em vista a edade da victima, em dois grupos podem ser distribuidas as legislações vigorantes até os recentes tempos: o primeiro comprehendendo aquellas que, se inspirando na legislação franceza, punem unicamente os individuos que corrompem ou prostituem *menores* (legislações belga, hespanhola, italiana, portugueza, hollandeza, argentina e do cantão de Tessino); o segundo comprehendendo as legislações que, inspiradas na intuição germanica, e offerecendo uma variada mescla das mais differentes disposições, não raro casuisticamente formuladas, não levam em conta a edade da victima (legislações allemã, austriaca, hungara, dinamarqueza, sueca e da quasi totalidade das cantões suissos). As primeiras visam proteger mais directamente a juventude, a menoridade, contra as insidias da corrupção, seja ou não mer-

cenaria ou habitualmente praticada pelo agente do delicto; as segundas a moral publica, que se sente offendida pela pratica do lenocinio, especialmente quando habitual e remunerado, ou profissionalmente exercido.

315. Pelo que diz respeito ao nosso direito, em tempos coloniaes, o crime dos alcaiotes e alcoviteiros foi qualificado pela primeira vez por uma lei de D. Affonso IV, que comminava as penas de açoutes e perda dos bens, aggravadas por D. João I, infligindo mesmo a pena de morte, disposições que passáram para as Ords. Philip., t. 32.

Por esta legislação, incorria em pena de morte e na perda dos bens o que alcovitasse mulher casada, a filha ou irmã daquelle com quem vivesse ou de quem recebesse bem fazer, ou alguma christã para mouró, judeu ou outro infiel; os paes que alcovitassem as proprias filhas eram punidos com açoutes e degredo para o Brazil e perda dos bens; e consentindo o marido que sua mulher lhe fizesse adulterio, “seriam elle e ella açoutados com senhas capellas de cornos e degradados para o Brazil (t. 25, § 9), punindo-se mais brandamente este crime, quando não se produzisse o effeito intencional (t. 32, § 7). O nosso codigo criminal de 1830, inexplicavelmente, não qualificou o crime de lenocinio, e assim, nota CANDIDO MENDES, “apenas havia para reprimil-o o desprezo publico e a vindicta dos prejudicados.”

Um tal estado de coisas não podia perdurar, maximé com a reiteração que vinham tendo os factos, constitutivos do delicto, que sob a denominação de *caftismo*, se installára em nosso meio, especialmente com o incrementar da immigração. O codigo vigente, sanando em boa hora a lacuna da nossa legislação, qualificou o delicto, embora imperfeitamente, isto resaltando desde logo na pratica judiciaria, o patenteando os projectos de reforma do codigo, de 1893 e 1896.

Nos arts. 277 e 278, inspirando-se na intuição germanica, se occupou o legislador do assumpto, qualificando o lenocinio *simplex* e aggravado (artigo 277 e seu paragrapho unico), e o chamado *caftismo*, ou lenocinio profissional (art. 278).

Deixando explicito o modo por que encarou essas especies delictuosas, que considerou distinctas, diz o DR. BAPTISTA PEREIRA, autor do codigo: “O artigo novo que se accrescentou, recebeu o n. 278 e occupa logar ao lado do lenocinio (art. 277), com o qual tem o mais estreito parentesco. O senso popular deu-lhe o nome de *caftismo*. Especies do mesmo genero, crimes contra a pureza dos costumes e o pudor publico, o lenocinio, mister do proxeneta, é a excitação á devassidão, o favorecimento da corrupção para satisfazer a libidinagem de outro; o *caftismo* é a exploração torpe da miseria de infelizes mulheres que se submettem ao jugo tyranno do cynico, que as explora, constrangendo-as, por meio de intimidações, ou abusando de sua fraqueza, ao commercio questionario. O proxenea limita-se ao seu officio de alcoviteiro; é um corretor ou intermediario. O *caften* organisa a prostituição; fornece assistencia ou auxilio ás desgraçadas filhas da alegria, dá-lhes casa e subsistencia e com ellas reparte uma migalha dos pingues lucros que aufera do ignobil trafico”. A necessidade de modificar-se as disposições do codigo, no assumpto, attentas suas imper

feições e deficiências, dia a dia mais se accentuava, ante a proliferação do ignobil trafico, além do que, para o nosso paiz constituia o cumprimento do que se obrigara na Conferencia Internacional, que se reuniu em Pariz, a 15 de junho de 1902, especialmente para intensificar a repressão do impropriamente chamado *trafico das mulheres brancas*. O projecto, nesse sentido apresentado pelo deputado MELLO FRANCO, approvado nas duas camaras, depois de receber emendas, não logrou sancção do Presidente da Republica, que fundamentando o veto, allegou:

1.º, “tudo quanto se pôde, sem condemnavel excesso, prescrever em materia tão melindrosa, está previsto na legislação penal”;

2.º, “a resolução poderia, ao ser executada, prestar-se a ampliações abusivas, geradoras de conflictos, nomeadamente á vista do disposto na letra c do § 3.º do art. 278, que attribue a acção penal, até á denuncia de qualquer pessoa, o que poderia dar margem a vinganças e perseguições”;

3.º, “os crimes e a pratica de actos immoraes, que o legislador procurou reprimir, encontram prompto correctivo por parte do Governo e da policia que, para isso, além dos dispositivos da lei penal, se acham aparelhadas com as medidas preventivas e acauteladoras que lhes faculta o Decr. n. 1.641, de 7 de janeiro de 1907, e o de n. 5.591 de 13 de julho de 1905”. A improcedencia desses fundamentos ficou especialmente accentuada no parecer da Commissão de Justiça e Legislação, do Senado, de que foi relator o DR. EPITACIO PESSOA, assim se externando:

“I. Basta pôr a resolução em frente aos artigos correspondentes do Cod. Penal para ver as deficiências deste. O Codigo não contem as figuras criminosas que a resolução desenha no § 1.º do art. 266 (corrupção de menores por outros meios além de *actos* propriamente ditos), na primeira parte do art. 277 (induzir alguém á pratica de actos que não revistam propriamente a figura especifica da prostituição) e, pelo menos tão completas, nos tres paragraphos do art. 278 (trafico de mulheres). Ninguém dirá que taes disposições, visando reprimir crimes repulsivos cuja pratica entre nós se alastra de modo assustador, devido justamente ás lacunas patentes da legislação actual, represente um “condemnavel excesso”

II. Nenhum inconveniente ha em quee, nas infracções do art. 278, a acção penal se promova *mediante denuncia de qualquer pessoa*.

O emprego da expressão *mediante denuncia*, em vez de *por denuncia*, como se diz pouco antes, ao se tratar do ministerio publico, mostra que se cogita aqui de uma simples representação á autoridade, a qual apreciará os seus fundamentos e evitará, si fôr o caso, “as vinganças e perseguições” de que o *veto* se arreceia. E’ a representação autorisada pela Constituição, art. 72 § 9.º.

III. O decr. n. 1.641, de 7 de janeiro de 1907, que regula a expulsão de estrangeiros, é impotente para a repressão do trafico de mulheres.

Basta dizer que elle não attinge nem aos criminosos nem aos estrangeiros

naturalizados. O decr. n. 2.741, de 8 de janeiro de 1913, que lhe revogou algumas disposições, não o modificou neste ponto.

Quanto ao decr. n. 5.591, de 1905, elle apenas approva o *accôrdo* realisado na primeira Conferencia sobre as medidas *administrativas*, de prevenção do crime e protecção ás suas victimas, mas nada contém sobre a sua *repressão*, materia que foi objecto, não do *accordo*, mas da *Convenção* e depende de acto *legislativo*”.

Approvada afinal a resolução, foi promulgada sob n. 2.992, de 25 de setembro de 1915. Tomando como fonte principal, segundo declaração expressa do seu autor, e o mostra a forma, a lei franceza de 3 de abril de 1903, que modificou, no sentido do voto da Convenção, os arts 334 e 335 do Cod. Penal, 4 da lei de 27 de maio de 1885, e 5 e 7 do Cod. de Instrução Criminal, a nossa lei, visando ampliar e tornar mais energica a repressão, a ponto de, a exemplo da lei dinamarqueza de 30 de março de 1906, dispensar, para a caracterização do delicto, o intuito de lucro, não adjectivou penalidade bastante forte, e o que mais é, concorrendo para o opposto do que visava, deixando afiançaveis os casos que previu especialmente Essa incongruencia foi eliminada, em parte, pelo decr. n. 4.269 de 17 de janeiro de 1921, art. 10, que tornou inafiançaveis taes crimes.

316. No art. 277, modificado, do Cod. Penal, se trata de duas modalidades do lenocinio *simles* (§§ 1.º e 2.º), e do aggrávido pelas relações dos sujeitos activo e passivo (paragrapho unico).

No § 1.º trata-se da medeação, com uso de varios meios, exemplificativamente apontados pela lei pelos quaes o agente pôde viciar o consentimento da victima, no intuito de obrigar-a a satisfazer os desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem, nisto consistindo o dolo especifico do crime. *Induzir* denota, assim, uma relação de efficiencia causal, determinante, entre o acto do agente e o da victima, que sem a influencia delle não seria levada a agir. A acção delictuosa se integra independente da consecução do fim visado, mas idoneo deve ser o meio empregado, predispondo a victima a prestar o proprio corpo a qualquer contrato lascivo, ou a prestar-se a acto deshonesto, manifestação anormal do instincto sexual, como seria posar em situação obscena para photographar-se; em uma palavra, em situação de corrupção physica ou moral.

A victima pôde ser de qualquer sexo, menor ou maior, irrelevante sendo seu estado moral, isto é, não se requerer que esteja em estado de precedente corrupção, nem de innocencia. Effectivamente, o nosso legislador, como já tivemos occasião de mostrar, não seguiu a orientação dos codigos francez, italiano e outros derivados daquelle, que visam proteger a pudicicia dos menores, e sim a orientação germanica que tem em mira o interesse collectivo, regulando a vida sexual no sentido dos bons costumes e da ordem das familias.

O que se deve, pois, ter em vista é sómente a efficiencia causal da acção do proxeneta em levar a victima pela primeira ou mais vezes á corrupção. Não importando tambem a consecução do fim, indifferente é a quantidade dos

clientes, serem ou não conhecidos, certa ou incerta sua intervenção, e assim, desnecessario é o accordo entre o agente e qualquer desses clientes (MANFREDINI).

317. O § 2.º do art. 277 trata de forma accessoria do lenocinio simples, e tem como fonte o art. 300 § 1º do codigo toscano.

Ao contrario da hypothese do § 1.º, em que a acção do agente é causal, determinante, aqui é indirecta, e deve assumir uma destas modalidades: *excitar*, termo, diz LONGO, que traduz “tutta la psicologia del lenocinio, il quale prima di parvenire alla conquista della vittima, deve abbindolarla con le arti della menzogna, col prospettare all’accessa fantasia i diletti del senso erotico, col crele un mondo di immagini voluttuose, e trarla al desiderio di goderle, e spingerla sulla china del vizio, perché, suo malgrado, vi precipita”; *favorecer* ou *facilitar*, isto é, commissiva ou omissivamente secundar a prostituição, como approval-a, removendo os obstaculos ou motivos que a ella se oppunham, etc.

Só em concreto se pôde determinar essas modalidades da acção, tendo em vista o agente, a victima e se os actos constitutivos da acção eram aptos para a consecução do fim visado. O agente concorre assim, por um desses modos, para a prostituição, que já estava em via de formação por um facto que não é seu. A *prostituição*, que é forma especifica e mais accentuada da corrupção, se caracteriza pela *liberdade de accesso promiscuo* (CARRARA). *Prostituta* ou *meretriz* é, pois, a mulher que se entrega a quem solicita seus favores, embora lhe seja novo e desconhecido. Dada a liberdade de accesso, não é necessaria a venalidade ou o preço, como elemento da prostituição (CARRARA, MANZINI, MANFREDINI), e essa liberdade se verifica já com a possibilidade do accesso, sem se tornar necessaria seja effectivo, gerando uma tal possibilidade a *publicidade*, caracteristico do mister. Distngue-se assim claramente a prostituta da dissoluta ou desregrada. A mulher, diz CALOGERO, que engana o marido, embora com varios amantes, será uma dissoluta, mas não uma prostituta; do mesmo modo, uma rapariga que facilmente concede o gozo do seu corpo será corrompida e dissoluta, mas não pôde ser considerada prostituta. Para o crime em questão não é necessario que a prostituição se torne effectiva, ou que o sujeito passivo chegue a prostituir-se realmente; o delicto, diz NYPELS, resulta unicamente do papel de proxeneta, dos esforços que elle faz para prostituir. Ao legislador não importa o resultado desses esforços.

Mas desenvolvendo sua actividade por uma qualquer das tres formas, de *excitar*, de *facilitar* ou de *favorecer* a *prostituição* de alguém, é preciso que o agente o faça para *satisfazer desejos deshonestos* ou *paixões lascivas de outrem*, nesta finalidade estando precisamente o dolo específico do crime. Não é necessaria a *habitualidade*, nem o intuito de *lucro*. A lei tem em vista o simples intermediario, o alcoviteiro ou alcaiole, e qualquer que seja o movel que o faça agir, por isso que do proxenetismo propriamente dito, isto é, do trafico vergonhoso que caracteriza o *caftismo*, a profissão infame de *caften*, se occupa o art. 278, isso mesmo evidenciando o autor do codigo (vid. nu-

mero 315), e a reforma de 1915. Como no caso do § 1.º do artigo que ora apreciamos, é irrelevante a condição moral do sujeito passivo, que, por isso, pôde ser honesta ou não, attento o fundamento ou razão de ser da repressão. O que se deve ter em vista é a efficiencia da acção do agente sobre a determinação da victima, cuja honestidade preexistente, aliás, não exclue o lenocinio accessorio, de que estamos tratando. Como nota MANFREDINI, uma joven casta pôde determinar-se á prostituição por impulso proprio, pôde ser determinada ou induzida por um terceiro e auxiliada por um outro; é obvio que podendo este ultimo não conhecer a acção do terceiro, age sómente em via accessoria e não por cumplicidade. Se o Estado não reprime a prostituição em si mesma, tem, entretanto, o fundado interesse em que a função sexual se verifique em consonancia tanto quanto possivel com os bons costumes e a ordem das familias, dahi a repressão do lenocinio, abstrahindo da pessoa sobre quem exerce, dahi a punição de quem apenas excite, favoreça ou facilite a prostituição de alguém. O legislador equiparou este caso ao do § 1.º, quanto á penalidade, attendendo naturalmente a que, naquella a acção do agente é causal, e neste accessoria, alli se visava a corrupção simples, e aqui a prostituição, effeito evidentemente mais grave.

318. No § unico do art. 277, se consideram determinados casos de aggravação dos delictos definidos no corpo do mesmo artigo, e resultantes da violação dos deveres especiaes, ditados pelas relações de parentesco e dependencia entre a victima e o agente, tornando por isso, maior o alarma social e mais grave a temibilidade do delinquente. Essa aggravação se opera na pena de prisão, que é elevada de dois a quatro annos, e nos effeitos da condemnação, segundo mostra a disposição. Por se tratar mesmo de aggravação, e não de aggravante especial (Vid. 1.º, vol., n. 298), bastante é que se constate a qualidade do agente, para que opere o augmento da pena. O codigo não guarda, porém, coherencia, pois, em vez de fazer uma enumeração exemplificativa, como fez no art. 273, discrimina taxativamente os casos de aggravação, resultando a exclusão de outros que ahi deviam ficar comprehendidos, como os referentes aos padraços, aos criados ou domesticos, etc. Na classe dos ascendentes se comprehendem os paes legitimos, naturaes e adoptivos.

O final do paragrapho, por considerações de prudencia, estabelece a breve prescripção de tres mezes para a acção criminal, quando movida pela mulher, que é della exclusivamente titular, contra o marido proxeneta.

319. As especies delictuosas definidas no art. 278 e seu § 1.º, constituem o chamado *caftismo*, a exploração da prostituição como *occupação*. No primitivo art. 278 do codigo, o crime se manifesta sob duas modalidades: a) induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-as por intimidações ou ameaças, a empregarem-se no trafico da prostituição; b) 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.

O crime tinha assim o caracter *profissional* ou *industrial*, porque á frequente repetição do facto que o constituia, se juntava a intenção de obter uma fonte de receita, caracter esse accentuado especialmente pelo autor do código (vid. n. 313). Com a reforma de 1915, sensíveis modificações se trouxeram a esse dispositivo, no sentido de ampliar a incriminação, especialmente no aspecto internacional, (§ 1.º) não cogita pelo código, accrescentando-se outras especies e eliminando-se o requisito do intuito de lucro. O crime tomou assim o caracter de crime como *occupação*, por isso que exigindo a resolução tendente á frequente repetição do facto, como se dá no profissional, não requer como este, o intuito de lucro (Vid. 1.º vol., n. 431, o caracter differencial dessas duas formas de crime colectivo). Justificando a orientação da reforma, aliás de encontro nesse ponto ao projecto, disse o DR. ALBERTO SARMENTO, relator da comissão de constituição e justiça, da Camara de deputados: O autor do projecto, querendo, talvez respeitar a tradição da theoria juridica dos romanos, conservou o conceito de FARINACIUS — *causa quæstus et lucri habendi*, ou de RINAZZI, que assim definiu a especie: *Lenocinii crimen tunc solum contrahitur cum quis alienam prostituit pudicitiam ut et turpi officio lucro faciat. Qua propter deficiente proposito lucrandi*, etc. "Il prezzo ricevuto era quello que costituiva il delitto, e da questo prezzo nasceva l'infamia", accrescenta CALOGERO.

A nova concepção do lenocinio, porém, já não exige o elemento — *lucro* ou *remuneração* para caracterisar o delicto, o que é facil verificar em muitos dos códigos modernos. A condição da venalidade do acto do intermediario não deve ser exigida como elemento constitutivo do crime.

Sob o ponto de vista juridico, a figura do delicto não deixa de ser completa sem aquelle elemento. Por outro lado, a pratica de julgar demonstra que é muitissimo difficil e, ás vezes, impossivel fazer a prova da existencia do lucro, muito embora, para a comprehensão deste "seja sufficiente a esperança de uma vantagem qualquer proxima ou remota." Seria, por isso, melhor considerar a circumstancia do lucro como uma aggravante e não como uma condição elementar do crime." Tal o alvitre que predominou, e como a lei não previsse especialmente essa aggravante, vigora o dispositivo do art. 39, § 4.º, o intuito de lucro consistindo um motivo reprovado.

320. Assim, como ficou definido o crime, são seus elementos essenciaes, nas diversas modalidades por que se manifesta, os seguintes:

- 1) a medeação habitual do agente, ou sua intervenção como auxiliar da prostituição ou corrupção;
- 2) o facto na modalidade prevista pela lei;
- 3) o dolo especifico, isto é, o intuito de satisfazer paixões lascivas de outrem.

O primeiro requisito refere-se a uma condição subjectiva do agente, á forma de sua actividade constante, e não á repetição do facto especifico considerado, que de per si pôde constituir delicto simples.

Para constatar aquella actividade, aquelle mistér, não é necessario a pluralidade de victimas, nem a dos clientes; o que se requer é a pluralidade



de actos, recahiam ou não sobre uma só pessoa. Os praticos ligavam sempre o *habito* á noção do lenocinio e, por isso, diziam que para a existencia desse crime devia exigir-se sómente *trinum actum*, o que constituia a *consuetudo*. Por essa forma o agente pôde se tornar corretor ou intermediario da *corrupção*, quando concorre para satisfazer, em geral, os desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem, ou intermediario da *prostituição*, quando para o mesmo fim, ou com o mesmo dolo especifico, visa a liberdade de accesso promiscuo da victima (n. 317).

Passemos ao exame dos factos especificados pela lei.

**321.** A primeira modalidade delictuosa do art. 278, modificado é contida na locução — *manter ou explorar casas de tolerancia*.

Procurando firmar o conceito juridico do que seja *casa de tolerancia*, — especie não conhecida do nosso direito penal, o deputado ALBERTO SARHENTO, no já citado parecer, notou que não colhia a objecção de não ser necessaria tal definição, porque, no Brazil, a simples enunciação daquellas palavras exprime um facto conhecido, porquanto não era de esquecer de que a mesma questão foi levantada no Senado francez, quando se discutiu o projecto de reforma dos arts. 334 e 335 do codigo penal daquelle paiz, perquirindo-se o que fosse "*maison de débauche*", só comprehensiva da casa publica de prostituição, ou tambem de toda casa onde se praticassem actos de deboche. Dessa discussão, resalta, que casa de *tolerancia* só é compativel com o regimen da regulamentação da prostituição, o que não se dá no Brazil. Effectivamente, em França se designa por *maison de tolérance*, precisava o senador BERANGER, relator do projecto discutido, "a casa regulamentada, submettida á autorisação directa ou indirecta da policia, em todos os casos á sua fiscalisação muito activa e hebdomadaria." Uma differenciação se notou entre *maison de tolerance* e *maison de rendez-vous*, esta egualmente tolerada, e assim assignalada por DECANTE: "Il y a entre la maison de tolérance et la maison de rendez-vous une difference capitale: c'est que l'une est un internat, et l'autre un externat. Dans la *maison de tolerance*, la fille est logée á demeure, retenue plusieurs jours ou plusieurs semaines de suite; les jours de sortie sont souvent très espacés; la prostitution, sans remission, y est, en quelque sorte, imposée. La *maison de rendez-vous*, au contraire, c'est un lieu de prostitution entièrement libre et volontaire, et ce qui caracterise cet état de liberté, c'est que l'on constate que les femmes qui viennent y faire des passes, ne sont pas toujours les mêmes." Não se podendo, pois, tomar o termo *casa de tolerancia*, na significação de origem, deixou o deputado ALBERTO SARHENTO á commissão de constituição e justiça a tarefa de precisar o caso, o que, entretanto, não fez, ficando assim aos juizes e tribunaes o encargo interpretativo. Como observa BURLE DE FIGUEIREDO, em bem deduzida sentença, quando em exercicio do juiz da 2.<sup>a</sup> Vara criminal, do Districto ederal, e que se vê em appenso, nos *Ensaio de pathologia social*, de EVARISTO DE MORAES, não havendo uma transplantação do termo francez *maison de tolerance*, houve naturalmente a adopção do vocabulo, com a significação que vulgarmente tem nesta capital. Não foi, porém, feliz o legislador

em adoptar uma locução sem definição jurídica, entre nós, e cujo significado vulgar não é preciso, e, além do mais, regional, pois que não será igualmente compreendido nos diversos Estados da União... Não se fará, porém, violencia ao espirito da reforma em entender a locução *casas de tolerancia* como comprehensiva de todas as casas em que a prostituição encontre acolhimento, dando-lhe, assim, a significação que, em França, tem a locução *maison de débauche*, tão claramente definida pelo discurso de BÉRENGER, e tanto mais quanto o voto das duas casas do Congresso, approvando a redacção *casas de prostituição*, em vez de *casas de tolerancia*, como figura da lei, demonstrou bem claramente o seu proposito de estender a punição da lei a todas as especies desse genero." Entendemos, como o douto juiz, que a locução *casas de tolerancia* deve ter, em consonancia com o espirito da reforma, o significado amplo; divergimos, porém, quanto á technica empregada.

Em vez de *prostituição* deve-se dizer *corrupção*, que é o genero, de que é forma especifica, como bem notou o autor do projecto, a *prostituição*. Assim, por *casas de tolerancia* deve-se entender não sómente as casas em que *prostitutas* exerçam seu mistér, mas tambem *dissolutas* ou *deshonestas* façam seus favores (vide n. 315). *Mantem*, pois, ou *explora casa de tolerancia*, quem, como simples proprietario ou dirigente da casa, ahí autorisa e favorece actos quaesquer de libidinagem.

322. A segunda modalidade delictuosa do art. 278 está em *admittir o agente na casa em que residir, pessoas de sexos differentes ou do mesmo sexo, que ahí se reunam para fins libidinosos*. No projecto se dizia — "admittir em seu domicilio, com o fim de lucro, pessoas de um e de outro sexo, que ahí se reunam para fins illicitos e immoraes. A commissão de constituição e justiça modificou esse dispositivo no sentido em que vem na lei, fazendo judiciosas considerações.

"O conceito de *domicilio*, diz o relator, pelo direito patrio não se adapta ao sentido que, naturalmente, o autor do projecto pretendeu dar áquelle vocabulo da disposição penal, isto é, o de *casa, lugar de residencia*.

*Domicilio* é o centor permanente da actividade juridica da pessoa, na definição de WINDSCHEID, citado por J. MONTEIRO, que commentando diz em nota — "*Domicilio* e *residencia* não são expressões equivalentes. Aquelle se constitui pelo animo de fixar determinado centro das relações de direito; esta pôde ser momentanea ou transitoria, sem aquelle animo (*Theoria do proc. civil e commercial*, vol. I, p. 175).

Parece que ficaria melhor que em vez de *domicilio* dizer-se: *na casa em que residir*, etc. Não parece feliz tambem a locução "pessoas de um e de outro sexo", porque a conjuncção e faz excluir a hypothese de reunião de pessoas do *mesmo sexo*, para fins illicitos e immoraes, quando é certo que essa modalidade deve tambem ser punida. Outro defeito resalta ainda da phrase *fins illicitos*, que abrange innumerous casos de infracção penal e que no entanto não podem ser classificados em nenhuma das especies punidas pelo projecto proposto. As reuniões de jogadores, de malfeitos, de conspiradores, etc. constituem *reuniões illicitas* e, por isso mesmo, são puniveis como

crimes especiaes. Consignar, portanto, entre os crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias, de que trata a reforma, a generalidade contida no conceito *que ahi se reunam para fins illicitos*, afigura-se-nos um erro de technica juridica.

Realmente, a conceituação dos crimes que podem ser capitulados entre os que o projecto visa punir, deve ser especifica e não comporta a generalisação expressa nas palavras *para fins illicitos*.

Merece igualmente reparo a exigencia de remuneração (*com fim de lucro*) que o projecto faz para a punição do crime daquelle que presta o seu domicilio para as reuniões illicitas ou immoraes (aqui expende o relator as considerações que trasladamos em o n. 319).

Confrontando a disposição com a precedente do mesmo artigo, verifica-se, como traços differenciaes, que em um caso o agente, como proprietario ou dirigente, tem casa guarnecida para encontro de prostitutas ou deshonestas com homens e para fins libidinosos, ao passo que no outro caso, a casa não se destina especialmente para esse fim, é antes residencia do agente, mas que a esse fim concorre admittindo ahi que pessoas do mesmo ou differente sexo se reunam com tal intuito.

323. A terceira modalidade delictuosa do art. 278 está em "*induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constrangendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição.*" Esta modalidade já vinha no primitivo art. 278 do codigo, que em vez da clausula final — *entregarem-se á prostituição*, dizia, e o projecto repetiu — *empregarem-se no trafico da prostituição*. A commissão modificou a redacção no sentido que vem expresso na lei, justificando assim o relator a alteração: "O autor do projecto usa, no artigo que analysamos, das expressões "*induzir mulheres a empregarem-se no trafico da prostituição*", que, rigorosamente, não exprimem o que elle, talvez, pretendeu punir. Ora, "*os que se empregam no trafico*" são geralmente os *intermediarios*, são os agentes, são os *sujeitos activos* do crime. As outras são as victimas, constituem o objecto do trafico, são os *sujeitos passivos* do delicto. "Empregar-se no trafico" significa agir neste commercio, como promotor do mesmo, como seu explorador. Pelo contexto do citado artigo, deprehende-se não ser esse o designio do reformador."

Trata-se nesta hypothese do que constitue typicamente o castigo, quando exercido dentro do paiz, e que o autor caracteriza em palavras incisivas. extremado-o do tenocinio simples (n. 315).

Finalmente contempla o art. 278, como modalidade delictuosa, o facto de "*prestar, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxilio ao commercio da prostituição.*" No primitivo art. 278, do codigo, como no projecto de reforma, essa modalidade era assim consignada: "*prestar-lhes por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxilio, para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação.*"

A commissão de constituição e justiça modificou a redacção, na forma por que vem na lei, justificando o relator a alteração, dizendo que: "Além da

obscuridade que resulta da forma “prestar-lhes qualquer assistencia ou auxilio”, sem declarar em que — “para auferir lucros desta especulação”, sem declarar qual seja, ha ainda a notar, no dispositivo, o defeito de considerar o lucro elemento visceral desse crime, o que já combatemos acima.” Como se vê, trata-se de modificação de forma, e em parte de fundo, com a eliminação do elemento do lucro, mantendo a disposição, quanto ao mais, a mesma amplitude de antes. Neste caso a acção do agente não é causal, determinante, mas de assistencia á libidinagem, passivel, entretanto, da mesma penalidade do agente principal, attenta a necessidade da repressão mais effizaz e energica daquelle mal, não sómente individual, mas sobretudo social. Dissemos que a modificação affectou o fundo da disposição, com eliminar o requisito ou elemento do lucro, não sendo mais necessario que o agente pretenda auferir, directa ou indirectamente lucro de sua medeação; entretanto, outra interpretação tem sido dada, admittindo-se uma alteração de fundo mais ampla. Argumenta-se que, pela anterior disposição, cogitava-se do auxilio ou assistencia prestados directamente ás prostitutas para que exercessem sua ignobil profissão; tratava-se, pois, de *corretor de prostitutas*, ao passo que o auxilio, pela nova disposição, devendo ser prestado ao *commercio da prostituição*, o agente passa a *corretor desta*, auxiliando á exploração da prostituição pelo casten, agente principal. Contra esta interpretação adduz BURLE DE FIGUEIREDO, na sentença já citada, argumentos decisivos. Primeiramente é de notar que, por restricta a accepção que se quer dar a allocução — *Commercio da prostituição*, não condiz com o escopo da reforma de 1915, que foi de ampliar, e não de restringir o conceito do delicto, definido no codigo de 1890. Em segundo logar, é bem de vêr que, tendo sido banido de elemento de delicto, o requisito do intuito de lucro, não era possivel que, na punição das suas formas auxiliares, tivesse o legislador incluído, unicamente, aquellas que dissessem respeito á hypothese em que o intuito de lucro fosse elemento con-corrente. A conclusão, portanto, é que o termo *commercio* foi alli empregado, não em seu sentido mercantil, que, evidentemente, viria alterar a extensão da lei, restringindo-se e afastando-se, assim, do espirito da reforma que foi, toda ella, ampliativa, mas com o significado proprio que no assumpto tem aquella palavra. Trato illicito entre pessoas de sexos differentes, união illicita entre duas pessoas, são significados que della se encontram em todos os lexicos (DOMINGOS VIEIRA, *Lingua portugueza*, MORAES, *idem*), e que têm applicação vulgar. E’ essa a unica comprehensão que não acarreta incoherencias e antagonismos no entendimento do texto legal e na harmonia de sua interpretação.

A inclusão daquelle termo na lei, vem tornar bem clara e precisa, a necessidade de se fazer a prova de que a mulher, a quem o auxilio ou a assistencia vae affectar, entrega-se habitualmente á prostituição, é prostituta, faz, emfim, o *commercio da prostituição*, conforme já se entendia na legislação anterior. Essa interpretação tem, além do mais, a virtude de abranger formas graves de assistencia e auxilio, que ao espirito da reforma repugna não terem sido nella incluídos; refiro-me á locação de predios a prostitutas, sempre punida na legislação anterior, e, principalmente, ao delicto da *souteneur*, a

que os italianos denominam *mantenutismo*, “senza dubbio una delle manifestazioni piu gravi e piu periculose del parassitismo anti-sociale”, o delicto do individuo que vive á custa da prostituta, ás suas expensas, e dos lucros de seu ignobil commercio, delictos esses que, contra o intuito da lei, escapariam á sua sancção, se a palavra *commercio* fosse, no texto, entendida com a significação restricta que a objecção lhe pretende reconhecer.”

324. Por se tratar de facto frequente, e uniforme não tendo sido sua caracterisação juridica, cumpre destacar especialmente, e ver qual seu aspecto criminal, o do hoteleiro que, em seu estabelecimento, admite encontros amorosos, combinados sem a menor intervenção de sua parte. VIVEIROS DE CASTRO, em diversas sentenças, sustentava que o facto se enquadrava na segunda parte do art. 278 do codigo penal, disposição mantida pela reforma de 1915, como vimos, com algumas modificações. No projecto dessa reforma, seu autor destacou o caso, como uma das modalidades daquelle artigo, na formula — *alugar quartos para facilitar a prostituição*. A commissão de constituição e justiça entendeu em sentido contrario, considerando o caso como já comprehendido no art. 277, segunda parte, como foi redigido no projecto, solução essa que predominou, sendo eliminada aquella formula. Disse o relator da commissão: “No dito artigo (278) destaca-se ainda uma utra especie do mesmo crime, na phrase — *alugar quartos para facilitar a prostituição* :

Ora, *alugar quartos*, etc., parece *prima facie* que equivale a “*admittir em seu domicilio*, etc.”, contemplado antes no mesmo artigo; por outro lado, o fim para que, contido nas palavras “*para facilitar a prostituição*”, constitue já a modalidade do art. 277, alinea unica — quando declara “excitar, favorecer, ou *facilitar* a prostituição, etc.”.

A especie já está incluída naquella primeira previsão, que estatue a pena de dois a tres annos, e não ser repetida no art. 278, muito embora com a elucidativa *alugar quartos*, tanto mais que a pena deste dispositivo é de um a tres annos. Esta solução, inequivocamente expressa, encontra effectivamente apoio nos principios informativos do art. 277, unica alinea, e que deixamos enunciados no n. 317. Não ha que duvidar que, tratando-se de prostituição em via de formação, por facto que não seja do hoteleiro, se este scientemente aluga quarta para encontros libidinosos da mulher, que estréa na prostituição, *facilita* a constituição deste estado. Incidirá, porém, no art. 278, ultimo alinea, se habitualmente permite taes encontros a mulher já prostituida, e que da prostituição faz commercio, e ainda no primeiro alinea, se, sob a apparencia do hotel ou hospedaria, mantiver ou explorar casa de tolerancia.

325. Nos §§ 1.º e 2.º do art. 278, se occupa o legislador do lenocinio em sua face internacional e da competencia para sua punição.

Apreciando o estatuido a respeito, no projecto MELLO FRANCO, modificando-o em diversos pontos essenciaes, modificações afinal acceitas, e elucidando o assumpto, assim se externou a commissão de constituição e justiça:

“Passemos em seguida ao § 1.º do mencionado art. 278, que é precisamente o que trata de reproduzir as materias dos arts. 1.º e 2.º do projecto de convenção, resultante da Conferencia Internacional de Pariz, perante o qual o Brazil se comprometteu a realisar a reforma do seu codigo penal, no capitulo pertinente ao lenocinio. O art. 1.º do projecto da Convenção foi assim interpretado e accomodado pelo deputado MELLO FRANCO:

“Alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o seu consentimento”. etc. Trata-se aqui de punir a intermediação do crime, praticado contra a mulher menor, sem a especificação da violencia ou da coacção, naturalmente porque a menoridade presume o vicio do consentimento. Precisamos rever o texto da Convenção e comparal-o com as disposições que foram adoptadas pelos arts. 334 e 335 do codigo penal francez, para assim averiguarmos se o que se propõe no projecto, satisfaz as exigencias de um preceito extremo de vicios.”

O art. 1.º da Convenção diz: “Doit être puni quiconqué, pour satisfaire les passions d'autrui, a embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure en vue de la débauche, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents.”

O § 2.º do art. 334 do codigo penal francez reproduz as mesmas palavras do art. 1.º da Convenção, supprimindo unicamente a parte referente á extraterritorialidade, que constitue um paragrapho especial (vid. n. 272 deste vol., onde se transcreve todo o dispositivo desse art. 334). Do confronto dos textos transcriptos com o que consta do projecto MELLO FRANCO, conclue-se que este supprimiu o elemento “le but de la débauche”, que parece essencial figurar no dispositivo proposto.

Não é sem motivo que fazemos este reparo. PAUL MATTER, em sua magnifica e interessante monographia — *Le trafic de la débauche*, commentando justamente o art. 334 da lei franceza de 3 de abril de 1903, diz: “A l'examen de ce texte, quatre conditions apparaissent comme nécessaires pour que le délit existe: 1.º le fait d'embaucher, entraîner ou détourner; 2.º le sexe féminin de la victime; 3.º le but de la débauche; 4.º la satisfaction des passions d'autrui.”

Estudando cada uma destas condições, o autor demonstra que ellas constituem e definem, em seu conjuncto, uma das figuras juridicas do crime de lenocinio. Relativamente ao terceiro requisito — “*en vue de la débauche*”, diz elle: “C'est le but du traitant: la loi ne précise pas en quoi doit consister cette débauche; tout acte de lubricité peut être retenu; il ne s'agit pas seulement de l'envoi en maison de tolérance, en établissements habituels, reconnus ou clandestins; la loi punit tout embauchage fait dans un but de turpitude. Les applications de ce texte ne manqueront malheureusement pas. Il n'est pas nécessaire que la femme ait été livrée réellement á la débauche, ce qu'on veut punir c'est le but, l'intention manifestée par une entente, et non le resultat.

La Conférence de Paris proposait même de constituer une circonstance aggravante de ce fait que la victime aurait été effectivement livrée à la débauche. La loi de 1903 ne l'a point suivie, mais elle n'a pas exigé, comme condition du délit, que but de débauche ait été atteint, elle se contente de l'accord des volontés; avec lui commence le délit." Conclue-se que o elemento — "*en vue de la débauche*" é essencial para completar o conceito da especie criminal figurada. Para preencher essa lacuna é bastante acrescentar, depois da palavra — paixões — o adjectivo — *lascivas* — que, em sua generalidade, abrange o significado da locução — "*en vue de la débauche*."

A Convenção incluiu a elucidativa "paixões de outrem para significar precisamente o caso da intermediação do traficante, pois que aquella que pratica as manobras — *alliciar, attrahir* ou *desencaminhar*, para satisfazer as *proprias paixões*, incidirá em outra pena que não áquella destinada a punir o proxeneta. E' o caso dos §§ 1.º e 2.º do art. 266, do projecto MELLO FRANCO. A segunda parte, applicavel á *mulher maior* do projecto, tambem não está de accordo com o protocollo final da Conferencia, porque lhe falta a condição "*en vue de la débauche*" que poderá ser preenchida com a adopção de emenda igual á que acima fica consignada, para a primeira parte, isto é, com a addição do vocabulo "*lascivas*" ao substantivo "*paixões*". Poder-se-ia ainda corrigir essas duas faltas, collocando-se depois do verbo — "desencaminhar" — a phrase — "para fins libidinosos e em satisfação ás paixões de outrem."

Preferimos, porém, a primeira formula porque é mais synthetica, muito embora tão comprehensiva como esta ultima.

Está perfeitamente claro que o pensamento do autor do projecto foi contemplar na primeira parte do § 1.º o trafico contra a *menor* e na segunda parte o mesmo delicto contra a *mulher maior*, mas por meio de *ameaça, violencia, fraude*, etc. Deve incluir-se entre esses meios, que podem viciar o consentimento, o *engano*, que não é propriamente *fraude*. Na terceira parte do parographo que analysamos vem concretisada a forma do trafico, pela *retenção* da victima na casa de lenocinio, do seguinte modo: "*reter por qualquer meio dos acima referidos contra a sua vontade, ainda mesmo por causa de dividas contractadas, qualquer mulher, maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocinio ou obrigando-a a entregar-se á prostituição.*"

Esta especie delictuosa não ficou estipulada na Convenção, nem podia ser objecto do accordo internacional, como uma obrigação dos paizes adherentes, porque ella constitue materia para disposição de direito privado.

Entretanto, a necessidade de punir essa forma do trafico, não escapou á previsão da Conferencia, tanto assim que, annexo ao protocollo da Convenção, vem o protocollo do Encerramento, que na letra D suggere, aos paizes que figuraram na Conferencia, a inclusão em suas leis do preceito repressivo da modalidade a que se refere a terceira parte do projecto MELLO FRANCO. Assim, pois, nada ha que dizer sobre a procedencia da idéa proposta no projecto de reforma.

Quem tem exercido cargos policiaes, nesta Capital ou nas principaes cidades dos Estados, sabe que um dos meios mais vulgarizados da coacção ou constrangimento, praticados contra as victimas do lenocinio, consiste

exactamente no facto dos proprietarios de casas de devassidão reterem, sem formalidade jurídica e sob o pretexto de garantia de dividas, não só as roupas, malas e outros bens das suas pensionistas, como as proprias pessoas destas. Esta infracção é, por certo, passivel de pena. O legislador francez, na reforma introduziu nos arts. 334 e 335, do seu codigo penal, estatuiu, no § 4.º, do citado artigo, penalidade contra tal delicto. O projecto MELLO FRANCO consigna igual dispositivo, na terceira parte do § 1.º do art. 278, que acima deixamos transcripto. Transparece do enunciado do predito trecho o pensamento de punir a retenção da victima em casa de lenocinio, por qualquer dos meios referidos na disposição anterior. Ora, essa disposição encerra duas especies de meios, formando dois grupos de factos distinctos.

O primeiro consiste em *alliciar, attrahir e desencaminhar* e o segundo em empregar a *ameaça, a violencia, a fraude, o abuso de poder ou outro qualquer meio de coacção*. Quizes são os meios exigidos, portanto, para que a *retenção*, em casa de lenocinio, constitua o crime figurado pelo autor do projecto? Serão o *alliciamento, a attracção* ou o *desencaminhamento* ou serão a *ameaça, a violencia, a fraude, etc.*?

A explicativa "*contra a sua vontade*" incidentemente collocada depois da principal "reter por qualquer dos meios acima referidos", parece que exclue a possibilidade de se referir o autor do projecto á *ameaça, á violencia, á fraude, etc.*, pela razão logica de que estes meios são sempre exercidos *contra a vontade do paciente*. Por outro lado, porém, verifica-se que o *alliciar, attrahir e desencaminhar*, como actos que podem preceder á *retenção*, já estão contemplados como circumstancias constitutivas da primeira especie punida, crime esse que se pôde verificar em caso de lenocinio ou não. Assim, pensamos que a mente do legislador deve ser a de punir a *retenção*, realisada por qualquer dos meios consistentes em *ameaça, fraude, violencia, etc.*

Esta convicção se nos afigurou ser realmente a verdadeira, desde que examinemos os §§ 3.º e 4.º do art. 334 do codigo penal francez.

Vamos transcrever esses dois paragraphos para maior clareza.

"3.º Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura, par fraude ou á laide de violences, menaces, abus d'autorité, ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné une femme ou fille majeure en vue de la débauche;

4.º Quiconque aura, par les mêmes moyens, retenu contre son gré, même pour cause de dettes contractées, une personne, même majeure, dans une maison de débauche, ou l'aura contrainte á se livrer á la prostitution."

A relação de dependencia em que está o § 4 do art. 3.º e a referencia *pelos mesmos meios*, ligada, logicamente, ao conceito ampliativo "ou tout autre moyen de contrainte", fazem firmar a opinião de que a *retenção* deve ser determinada mediante *ameaça, violencia, etc.*



Si, por outro lado, investigarmos o valor etymologico do verbo, *reter*, veremos que a sua significação se accommda melhor com a que resulta dos elementos "*fraude, ameaça, violencia, etc.*, do que com as de *alliciar, extrahir* ou *desencaminhar*." Neste caso, o preceito contido no projecto ficará escoidado de vicio, desde que se lhe supprima a redundante "contra vontade", defeito em que incorreu tambem o codigo francez. O alludido paragrapho provoca ainda outros commentarios. Pelo que nelle se contem, é motivo egualmente para applicação de penalidade "*a retenção em casa de lenocinio por causa de dividas*". Nem se diga que é esta a causa (*motivo de dividas*) ligada áquellas formas de constrangimento, que constitue a figura juridica imaginada pelo legislador. A locução "ainda mesmo por causa de dividas contractadas" faz gerar uma nova especie punivel.

Equivale a dizer — "*além de outros motivos, por mais este.*"

Sim, porque a *retenção* por meio de *ameaça, violencias, etc.*, pôde ser praticada por motivo de divida ou por qualquer outro.

Si não fôr assim, pelo menos, a questão fica posta, para ser esclarecida no debate. Ligada pela disjuntiva *ou* vem ainda o final do preceito a phrase "*obrigal-a a entregar-se á prostituição.*"

Tratar-se-á, de facto, de mais uma especie a punir? Parece que sim.

Incluida, como está, no mesmo periodo, que é regida pela idéa principal de *retenção*, a ultima oração — *obrigal-a a entregar-se á prostituição*", e approximada pela conjunção *ou*, é claro que se cogitou, alli, de mais uma modalidade do lenocinio.

O verbo *obrigar* envolve tambem a idéa de constrangimento, de modo que o interprete poderá pensar que a ultima esepiecie já está contemplada na primeira parte do mesmo dispositivo. Deprehende-se, porém, do novo enunciado, que o autor do projecto pretende punir — 1.º, a *retenção em casa de lenocinio*, por meio de qualquer acto de violencia; 2.º, por motivo de divida; e 3.º, por motivo de prostituição.

Este ponto tambem poderá ficar elucidado no debate que se travar sobre o projecto.

O § 2.º trata da magna questão da extraterritorialidade da lei penal.

Cogita-se de firmar a competencia para a punição dos crimes previstos no art. 278 e seus paragraphos. Esta competencia é internacional, conforme já dissemos acima; para justifical-a a Conferencia consignou entre as suas ponderações, o seguinte:

"Ce qui caractérise le délit c'est qu'il est continue: les actes succesifs dont il peut se composer s'accomplissent, soit entre les frontières d'un pays unique, soit dans plusieurs pays. Il n'y a pas unité de lieu. Ce trafic criminel est international, la personne humaine est mise dans le commerce et traité comme une marchandise: les trafiquants ont leurs agents, leurs entrepôts, leurs correspondences, leurs comptoirs d'exportation et jusqu'à leur vocabulaire. Pour les atteindre il faut que la main de la justice s'abatte sur

eux partout où a été commis un acte délictueux. La victime embauchée dans un pays du Nord, transportée à travers un pays du Centre, a été livrée dans un pays du Midi: le délit a été commis dans les trois pays, le passage d'une frontière à l'autre ne sera pas une garantie d'impunité; l'entente internationale n'est efficace qu'à une condition, c'est que les délits seront punissables, *alors même que les divers actes qui en sont les éléments consécutifs ont été accomplis dans les pays différents.*"

De accordo com as suggestões da comissão de constituição e justiça, foi substituída, na parte final do § 1.º do art. 278 do projecto, a locução — "dividas contractadas" — pela de "dividas contrahidas", e supprimida a de "contra sua vontade."

326. O lenocínio, como vem qualificado nos arts. 277 e 278, se consumma independentemente do effeito visado. Não admite tentativa, segundo tem decidido a jurisprudencia franceza, directriz cabivel tambem em nosso direito, inspirado como foi, em parte, pela reforma de 1915, no direito francez. Quanto ao concurso de agentes, discutiu-se se passivel de pena do lenocínio, como cúmplice, seria tambem aquelle por cuja libidinagem agisse o proxeneta, sendo unanimes, autores e jurisprudencia, pela solução negativa, uma vez que extremo do crime é que o agente desenvolva sua actividade pela libidinagem de outrem e não propria.

Quanto ao concurso com outros crimes, sendo o lenocínio um crime autonomo, e não acto de cumplicidade, subsiste mesmo quando a libidinagem favorecida pelo proxeneta não seja punivel, e até justamente observa-se que na grande maioria dos casos facilitada é a copula simples e isenta de pena; pôde acontecer, porém, que essa libidinagem seja punivel de per si, por constituir um crime de violencia carnal, e, então, dois casos ha a considerar. Ou o dolo do proxeneta só abrange a acção propria do lenocínio, e por este deve responder sómente, respondendo o terceiro pelo crime que sua libidinagem constitua, e assim dois crimes subsistem autonomicamente; ou o dolo do proxeneta abrange a libidinagem do terceiro, e não obstante não recua, presta sua assistencia, certo de que concorre para um crime, e, então, responderá pela participação neste crime, que pela regra da prevalencia, absorverá o de lenocínio, attento seu character supplementar (CARRARA, LIMA DRUMMOND).

O lenocínio continuado é admissivel mesmo na sua forma habitual.

Como nota MANFREDINI, a habitualidade presuppõe a repetição de actos de lenocínio, mas é um estado subjectivo do agente; a continuação deve concretisar-se na repetição de factos de lenocínio habitual, isto é, o complexo de acções constituintes do lenocínio habitual, renovado, dará logar a continuação. O mesmo se deve dizer do concurso material entre mais delictos de lenocínio. Basta pensar em lenocínios diversos pelo sujeito passivo e pelos clientes.

327. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

FRANCEZA

I. La location d'une chambre garnie à des mineurs, lorsque le propriétaire n'ignore pas qu'elle est fait dans le but de perpétrer des actes de débouche, tombe sous l'application de l'art. 334 c. pén. (*Cass.* 4 nov. 1887).

II. L'art. 334 c. pén. ne contient, relativement au délit d'excitation habituelle des mineurs à la débauche qu'il prévoit, aucune restriction aux règles de la complicité, telles qu'elle sont formulées dans les art. 59 et 60 du même Code. En conséquence, celui qui fait appel à l'entremise de tiers pour corrompre des jeunes filles mineurs et satisfaire ainsi son libertinage, doit être considéré comme complice des intermédiaires qu'il a provoqués à agir dans les conditions des arts. 59 et 60 c. pén. (*Cas.* 18 nov. 1892).

III. Le délit d'entraînement ou de détournement en vue de la débauche est consommé, dès instant que des filles mineures ont été éloignées de leurs familles et de leur milieu et à leur genre de vie ordinaires dans le but de les mettre au service des passions d'autrui (*Cas.* 12 mars. 1913).

ITALIANA

IV. Il genitore che favori la corruzione della figlia minore non può coprire la propria responsabilità quand'anche giustifichi che lo fece non per servire all'altrui libidine, ma per realizzare un progetto di matrimonio (*Trib. Bari*, 1.º apr. 1892).

V. Il reato di favoreggiamento alla prostituzione di cui all'art. 346 del Codice penale può aver luogo anche se trattasi di minorene già corrotta (*Cass.* 13 feb. 1891, 14 mag. 1890), quantunque non possa darsi il reato di eccitamento alla corruzione o prostituzione di cui all'art. 345 del Codice penale (*Cass.* 12 nov. 1890).

VI. L'indirizzare una minorene, sia pure a corruzione o prostituzione avvenuta, ad una casa di tolleranza onde vi eserciti il meretricio, come fatto che certamente ne favorisce ed agevola la corruzione o prostituzione, entra nel disposto dell'art. 346 del cod. penale (*Cass.* 16 lug. 1891).

VII. Commette lenocinio chi induce una fanciulla a posare in situazione oscene con il proprio amante onde ritrarre di tali pose fotografie oscene da vendersi (*Cass.* 20 ott. 1915).

## 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.

§ 1.º Em egual pena incorrerá:

- 1.º, o marido que tiver concubina teúda e manteuda;
- 2.º, a concubina;
- 3.º, o co-réo adultero.

§ 2.º 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 senão o flagrante delicto e a resultante de documentos escriptos por elle.

Art. 281. A acção de adulterio prescreve no fim de tres 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.

328. O nosso codigo, a exemplo do francez, italiano e outros, não define o adulterio. Como notam CHAUVEAU e HÉLIE, explicando a omissão, a palavra é portadora de sua propria significação, e a sua etymologia só explica o seu sentido: *adulterium ad alteram thorum vel uterum accessio*. O adulterio é a profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal consummada corporalmente *alieni thor violatio*, como dizia FARINACIO. Nesta accepção ampla, o delicto pôde ser commettido pelo homem ou pela mulher; em accepção menos extensa, como é admittida pela maioria dos criminalistas e dos codigos, por adulterio se entende a infidelidade commettida pela mulher, limitando a incriminação da inferioridade do marido ao concubinato, no qual a união carnal entre um homem casado e uma mulher diversa da sua não é punida senão concorrem algumas condições especiaes, como a *habitualidade* e tambem a *notoriedade* das relações. Como accentúa bem CALOCERO, a historia da repressão do adulterio nos mostra ainda uma vez como as leis são ligadas estreitamente aos costumes dos povos, á constituição da familia, á condição juridica dos seus componentes, ás idéas particulares contingentes prevalecentes em um dado periodo de sua moral, e como sentem uma lenta mas constante evolução correspondente á evolução destes factores nos varios povos. Dahi porque não se encontram traços de disposições primitivas do adulterio naquelles povos, nos quaes a mulher, perdido todo vestigio de dignidade, era consi-

derada como vil objecto entre os dons da hospitalidade; como igualmente acontece naquelles povos que o pudor da mulher sacrificavam aos dogmas de um naturalismo monstruoso, elevando a prostituição a rito sagrado de um culto estranho e degenerado. Dahi ainda porque não se incrimina o adulterio do marido, imperantet o regimen da polygamia, punida, porém, severamente a infidelidade da mulher, e de sua sorte se tornando muitas vezes arbitro o marido, com o direito de matar os adúlteros. Bizarra-e. severissima é a penalidade imposta especialmente ao adulterio da mulher nos povos orientaes, como a lapidação entre os hebreus, o corte do nariz entre os egypcios, etc.

Penas tambem rigorosas, denotando quanto viva era a reacção social contra o adulterio, vemos tambem na legislação romana. A principio a punição pertencia ao *judicium domesticum*, ao chefe da familia cabendo até o direito de matar a adúltera colhida em flagrante. Sómente com a *lex Julia de adulteriis cœrcendis*, promulgada por AUGUSTO, em 736, foi o adulterio erigido em crime publico, passivel da pena de relegação, e cuja accusação era permittida a todos. CONSTANTINO substituiu a pena de relegação pela de morte — *sacrilegâs autem nuptiarum gladio punire oportet* (L. 30 au Cod. leg. Jul. de adulteris), mas restringiu o direito de accusação aos parentes mais proximos — *proximis accessoriisque personis quos verus dolor ad accusationem impellet* (L. 30 au Cod. ad leg. Jul. de adult.), excluindo os extranhos, pela razão de que abusavam desta facultade para perturbar os lares — *nonnulli protervè id faciunt et falsi contumeliâs matrimonia deformant*.

JUSTINIANO modificou a pena, determinando que a mulher adúltera seria açoitada e encerrada em um convento por dois annos, e se dentro desse tempo o marido não a reclamasse, se lhe cortavam os cabellos, e ficava reclusa por toda a vida (Nov. 134 § 10). A' mulher não era permittido accusar o marido como adúltero (L. un. Cod. ad leg. Jul. de adult.). Estes principios vigoraram, em geral, na legislação intermedia. O direito canonico fez a distincção entre adulterio *duplex*, quando a conjunção carnal se verifica entre mulher casada e marido de outra, e adulterio *simplex*, quando uma mulher casada tem ajuntamento com homem solteiro ou viuvo, ou vice-versa, esta modalidade punida com pena mais branda. A esse direito se deve, em geral, a extensão da punibilidade do adulterio tambem ao marido.

Em França, o código de 1791 silenciou sobre o crime em questão, lacuna preenchida pelo código de 1808, que pune a mulher adúltera com prisão por tres mezes a dois annos (art. 337), o cumplice com a mesma pena e a de multa de 100 a 2.000 francos (art. 338), e o marido, que entretiver concubina na casa conjugal na multa de 100 a 2.000 francos (art. 339). Destacou-se assim o código da legislação primitiva, inspirada no direito romano, com adjectivar penalidade muito branda e estendel-a ao marido adúltero, encarado, porém, desigualmente em relação á mulher, só passivel da pena de multa e ainda em caso de concubinato. Justificando essa mansuetude de pena, notava MONSEIGNAT que, apezar da gravidade do crime, havia na sociedade um phenomeno inexplicavel, pois ao passo que as leis se esforçavam para punir severamente o adulterio, a opinião publica não

lhe dava essa importancia, e em lugar de se revoltar contra o delinquente, escarnecia ainda do marido, considerando-o como deshonrado, e como um objecto de irrisão e de escarneo. Criticando a orientação do legislador, notam CHAUVEAU e HÉLIE que extranhavel era que não se levasse essa mansuetude até seus últimos limites, mas também cercasse a repressão moderada de formas multiplices, que a tornavam quasi que inacessivel.

Parece que, formulando o delicto, temia a repressão, contentando-se, de alguma sorte, com editar uma alta lição de moral, visando o adulterio, como delicto, mas abandonando a repressão á acção caprichosa e arbitraria da opinião e dos costumes. Dahi resultou que a repressão do delicto tornou-se muito rara para que pudesse exercer efeitos sensiveis na depravação publica." No codigo francez se inspiraram o sardo, o belga, o portuguez e outros, diversificando na penalidade. O codigo allemão, art. 172, só torna punivel o adulterio quando, em razão delle, dá-se o divorcio, verificado ficando ássim que o adulterio tornou impossivel a convivencia dos conjuges. Não é punido o adulterio pela legislação ingleza e pelos codigos de NewYork de 1872 e de Genebra, de 1874.

329. Em Portugal, de tempos antigos, não era punido o adulterio com pena alguma publica, mas era permittida a vindicta privada, conforme a lei de D. Diniz, de 9 de setembro de 1350, compilada na Ord. Affonsina, L. V, t. 12. Nesta Ord., L. V, t. 7, § 2, se puniu pela primeira vez o adulterio voluntario, impondo-se aos nobres a pena de perdimento de bens da corôa, e aos peões a de morte. A Ord. Phil. L. V, t. 25, §§ 6 e 7, veio punil-o pela forma seguinte: se o marido accusava era punido tanto o adultero, como a adultera com a pena capital; se o marido não accusava, mas deixava o feito á justiça, a pena era a de degredo para Africa por dez annos. Facto a assignalar é que essa Ord., muito embora publicada depois da recepção do Concilio de Trento, não exigia para a integração do crime o casamento de ambos, ou pelo menos de um dos criminosos, celebrado á face da Igreja. sufficiente sendo o casamento de facto (L. V, t. 25, § 8). Traduzindo a influencia do direito romano, a Ord. L. V, t. 38, pr. e §§ 1.º e 5.º, permittia ao marido matasse a mulher, que fosse encontrada em flagrante adulterio, bem como o adultero, e mesmo fóra do flagrante, "sendo certo que lhe commetteram adulterio", obrigado neste caso a provar o facto, ainda por conjecturas.

Exceptuava o caso do marido ser peão e o adultero fidalgo, desembargador ou pessoa de maior qualidade, e mesmo nesse caso, se matasse em flagrante adulterio, não era passivel da pena capital, mas do degredo para Africa pelo tempo que aos julgadores bem parecesse, segundo a pessoa, que matasse, não passando de tres annos.

Para haver, porém, a justificativa ou penalidade menor, necessario era que se provasse o casamento por testemunhas, "que ouvissem as palavras do recebimento", ou em falta o casamento de facto, pela convivencia do marido e mulher, e juntamente certidão authentica do cura, tirada do "hivro dos casados", isto é, dos assentos de casamentos.

O marido adúltero não era punido com a pena do adultério, do tit. 25, mas sujeito a dos *barregueiros*, isto é, degredo por tres annos para a Africa e quarentena da valia de todos seus bens exceptuada a parte de sua mulher. quarentena que se dobrava ou tresdobrava em caso de reterar o crime, por segunda ou terceira vez (tit. 28). Por *barregueiro* se entende o concubinario ou o que tem amasia teúda e manteúda, que tambem era punida com açoites, com baraço e pregão e degredo por um anno para Castro-Marim, além da pena pecuniaria da quarentena (§ 1.º). O nosso codigo criminal, de 1830, qualificava o crime de adultério sob o titulo dos crimes contra a segurança do estado civil e domestico, conforme a opinião hoje de PESSINA e de LISZT, e seguindo, em geral a orientação do codigo francez, considerava o adultério da mulher no art. 250, punindo-a, bem como o adúltero, com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos, e no art. 251, com a mesma pena, o adultério do marido, desde que fosse concubinario. O vigente, inspirando-se no italiano, especialmente quanto á classificação, reputando o crime contra os bons costumes e boa ordem da familia, distingue pela mesma forma, e com a mesma pena, do codigo anterior, o adultério da mulher (art. 279) e o adultério do marido (art. 279, § 1.º, n. 1), punindo tambem a concubina. Como bem nota JOÃO VIEIRA, ha nas disposições dos arts. 279 a 281, que se occupam do crime, o influxo de uma verdadeira mistura de fontes, consistentes nos codigos anterior, francez e italiano.

330. No ponto de vista doutrinal, não encontramos uniformidade no encarar a criminalidade do adultério, impugnando-a não só criminalistas da escola classica, como FILANGIERI, TISSOT, de FLORESTA, PESSINA, LUCCHINI, etc., como da escola positiva, entre outros, FERRI, PUGLIA, POZZOLINI, JOÃO VIEIRA, VIVEIROS DE CASTRO. O amor, diz PESSINA, não póde ser materia de preceito juridico. Os legisladores, em vez de entregaram a repressão do adultério ao systema penal, o que aliás nenhuma efficacia póde ter, deveriam attender de preferencia ás suas consequencias terriveis e procurar abrandal-as e reparal-as. O adultério, seja da mulher ou do marido, gera quasi sempre o *divorcio moral*, e, dado este, apparece com elle a necessidade de acabar-se com aquella convivencia, que não representa mais a harmonia de duas almas, e o vinculo conjugal servindo como impedimento a outra união honesta, torna-se uma cadeia de ferro, que sujeita a todos os soffrimentos o conjuge innocente, sem esperanças de nenhum conforto. A unica consequencia juridica que legitimamente póde apparecer, dado o adultério, é o direito do conjuge offendido obter o divorcio." Por sua vez, VIVEIROS DE CASTRO, collocando-se no ponto de vista da escola positiva, adduz como argumento contrarios á incriminação do adultério, os seguintes: 1.º por mais immoraes e perniciosas que sejam as suas consequencias, o adultério não é um delicto natural, porque não revela da parte do delinquento falta dos instinctos primordiales da piedade e probidade, que são indispensaveis, para a adaptação do individuo á vida social: 2.º, si o adultério, 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 efeitos da condemnação. Logo a repressão do adulterio não tem por fim acautelar e defender um interesse de ordem publica e sim um interesse privado, não visa o bem estar social e sim apenas um membro da communhão; 3.º, o legislador não deve editar disposições inuteis e ociosas. Ora, o artigo 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; 4.º, o fundamento da pena é a defesa social, seu criterio a temibilidade do delinquente. A pena contra o adulterio é inefficaz, não consegue evitar o delicto, que é um factio commum em todas as épocas de dissolução de costumes. Não ha duvida que certas mulheres são adúlteras pela depravação moral, por excessiva libertinagem. Mas ha tambem um grande número de casos em que o marido é o principal responsavel da queda de sua mulher, foi quem a impelliu para o adulterio pelo abandono, máus tratos, facilidades e imprevidencia, desregramento de conducta, baixeza de sentimentos, infidelidade manifesta, etc. A prophylaxia e a therapeutica do adulterio não são do dominio da competencia de um codigo penal. O meio de evitar esse factio, que abala profundamente a familia, é a educação severa, moralisada, cultivando de preferencia os sentimentos, incutindo a noção do dever. Comettido o crime, o unico meio de reparal-o é a dissolução do casamento pelo divorcio. As causas de divorcio são multipas 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 cera que toma a forma que se lhe dá; recebe duas educações, uma dos paes, outra do marido; todo o cuidado é pouco para uma mulher louca. Impugnando tambem a incriminação do adulterio, e optando pelo divorcio a vinculo como substitutivo penal, diz POZZOLINI que o adulterio, só pela lei de inercia faz ainda parte da categoria das acções criminosas. É um residuo historico de outras organizações familiares e de outras concepções moraes. Mas, hoje, que as concepções juridicas se emancipam das idéas religiosas e que tendo a estabelecer-se completa egualdade juridica dos sexos, o adulterio não pôde considerar-se senão como violação de uma obrigação puramente civil, a que se deve prover com sancção civil. E a sancção civil não pôde ser senão o divorcio, do qual a causa de adulterio é a causa typica, principal e constante. E a proposito cita TUOZZI, que em seu trabalho — *Reati contro il buon costume*, et., inserto na *Enciclopedia del diritto penale*, observa que seria de todo contradictorio que, em virtude da violação do pacto conjugal, o conjuge pudesse pedir a applicação de uma pena, enquanto devesse ficar sujeito e obrigado áquelle vinculo.



331. Justificando, porém, a repressão penal do adultério, notou ZANARDELLI, em sua *Relazione*, que “muito grave é a offensa que o adúltero causa tanto á ordem e aos legítimos interesses da familia, quanto aos direitos mais preciosos do conjuge, para que o seu autor pudesse ficar impune, de sorte que o silencio e a omissão da lei se tornassem, por assim dizer, um signal de inculpabilidade.

Juiz das consequencias eventuaes do procedimento será a pessoa cujo direito fôr violado, mas é contradictorio invocar o seu interesse para negar-lhe protecção contra a offensa. Dado mesmo que a lei consentisse o divorcio para taes desvios, se este por um lado pôde ser um freio e uma reparação ao adultério; de outra parte o tornaria delicto mais grave tirando as justificações que podiam derivar da necessidade da convivencia, quando esta, excluido o amor por culpa do outro conjuge, se tornasse um jugo cruel. Os novos vinculos, que poderiam verificar-se sem perfidia, tornariam este ultimo mais ignominioso, assim como fructo sómente da interessada hypocrisia.” Por sua vez, nota MANFRELINI, em recente trabalho, que a questão da incriminação é distincta da indissolubilidade matrimonial, porquanto, possivel mesmo o divorcio, mais razões subsistiriam para essa incriminação, desde que usados não foram os meios legítimos de amor, satisfazendo-se o proprio desejo com lesão da ordem familiar. Certo que o divorcio se apresenta como substitutivo penal, mas não é uma *sanccão*: é o reconhecimento juridico de um estado de facto; é o ajustamento de novas relações consequentes a esse estado de facto, e o constituir um substitutivo penal não importa que, por isso, não se deva punir o facto contra o qual se organisa o substitutivo. No adultério se viola o dever de fidelidade, em que se incarna o principio do exclusivismo monogamico. A fidelidade é sentimento bilateral nas primeiras origens; deriva de necessidade biologica, quando o amor se formou em sentimento baseado na *affinidade electiva*, dando-nos a monogamia.

Como qualquer outro phenomeno social, como o pudor na vida individual, assim a fidelidade torna-se a essencia principal na vida familiar; e como o pudor individual, attitude de cada um na sociedade, torna-se uma forma de honra sexual, assim a fidelidade nas relações familiares, consideradas em sua manifestação social, externa, é um aspecto da honra sexual. Por isso torna-se dever moral e juridico. Mas uma necessidade mais urgente faz sanccionar a fidelidade, e é a relativa aos fundamentaes principios do matrimonio. Effectivamente, o adultério offende o principio natural e juridico da certeza e criação da prole, lançando a duvida sobre a paternidade, donde o desamor pelos filhos, e violando a lei humana pela qual o pae verdadeiro é que deve concorrer com a mãe para a manutenção do filho; affecta ainda a prole no tocante ao bem fundamental da vida ethico-social, que deve encontrar na familia, isto é, a honra, que na forma mais elementar e a respeito especialmente da mulher, é a honra sexual.

Isto em face da sociedade; no tocante aos fins da familia, o adultério traz-lhe a desagregação, os deveres familiares perdendo sua energia, os filhos crescendo em um ambiente contrario á garantia que o Estado requer, disciplinando-o juridicamente. Resente-se tambem a propriedade, que na sociedade

actual deve ser disciplinada no sentido da hereditariedade, isto é, da familia natural. São offensas que constituem um perigo e um damno aos fins naturaes e sociaes da familia, na organização ethico-juridica hodierna, e dahi a necessidade absoluta da repressão, de comprehender aquelle organismo no minimo ethico garantido pelo direito. O expediente tem cabida não só em face do direito constituido, mas para qualquer modificação que possa advir de uma regularidade sexual.

Na verdade, a monogamia, na significação não de união perenne, mas de qualquer associação sexual, representa um facto de evolução que ficará necessariamente. E' a escolha na expressão mais alta da vida, feita pela forma animal mais elevada; por ella se affirma não só o facto physico, mas no facto moral, a exigencia que a experiencia e a sabedoria da especie nos impoz, na affinidade electiva, que age exactamente como instincto. De resto, neste sentido deve-se entender a theoria que sustenta o amor livre; trata-se de uma reforma da vida sexual para uniformisar-se ás exigencias individuaes do homem e da mulher, e não sómente do interesse social.

332. O art. 279, principio, se occupa do adulterio da mulher, e no § 1.º do adulterio do marido. As fontes da disposição foram os arts. 250 e 251 do codigo anterior, que por sua vez tiveram como fontes os arts. 337 a 339 do codigo francez, fontes tambem dos arts. 387 a 389 do codigo belga. Assim, os autores francezes e belgas é que nos podem dar melhor explicação da disposição, ora apreciada. Tradicionalmente tem-se admittido como elementos essenciaes do adulterio da mulher, os seguintes:

- 1.º a consummação das relações carnaes;
- 2.º que a mulher seja casada;
- 3.º o dolo.

I. A conjuncção carnal é o facto *material* do delicto; ella deve ser *consummada*, porque não se pune a *tentativa*. Ainda mesmo que o desejo immoral se revelasse por actos licenciosos, por familiaridades intimas, não poderia constituir uma base para applicar a pena; não só porque é difficil, senão impossivel, conhecer por elles a intenção de commetter o crime, mas tambem porque as suas consequencias não são as mesmas do crime consummado. Taes as razões que leváram a não incriminar senão o adulterio consummado.

Segundo ainda a tradição, a conjuncção carnal é limitada só a copula, isto é, o ajuntamento natural das partes genitaa, sem ser necessario o derramamento do semen, ou *seminatio intra vas*. Qualquer outro commercio carnal com pessoa de outro ou do mesmo sexo, diz LISZT, por muito abominavel que seja sob o ponto de vista da moral, não póde ser considerado como adulterio.

Ficam assim excluidas as relações homosexuaes e os actos de libidinagem, em geral. Contra essa limitação se insurge MANFREDINI, mostrando que é erroneo o argumento de que o marido não tenha direito a outras relações senão as physiologicas, porquanto a violação da ordem juridica matrimonial, objecto do crime, subsiste sempre e egualmente, mesmo com a pratica de actos de libidinagem.

II. Por isso que o adulterio assenta na violação da fidelidade conjugal presuppõe que um ou ambos os culpados estejam validamente casados.

Tratando-se do adulterio da mulher, é necessario, pois, que ella esteja vinculada a outro por matrimonio valido. O art. 279 do nosso codigo, tratando da especie, deixa isso bem explicito, estatuinto:— a mulher *casada* que commetter adulterio, etc. O casamento valido, em nosso paiz, desde a vigencia do decr. n. 181 de 24 de janeiro de 1890, é o *civil*, depois reconhecido como unico para os effeitos juridicos, pela Constituição Federal, art. 72 § 4. Assim, deixa de haver adulterio punivel se a mulher fôr casada sómente segundo os preceitos religiosos, quando já vigorantes aquellas prescripções legaes.

Egualmente, deixa de haver crime se o casamento da mulher fôr *nullo*, por isso que não constitue um facto de exercicio juridico, nem estabelece vinculo juridico de fidelidade; tratando-se, porém, de casamento *annullavel*, como subsistem taes condições emquanto não se verificar a annullação, é possivel o adulterio punivel (LISZT, MANFREDINI, PACHICO, MANZINI). Divergem os escriptores quanto á competencia do juizo, onde possa ser resolvida a questão da validade do casamento, quando levantada em caso do adulterio, entendendo uns que o processo criminal fica suspenso até que a questão seja decidida no juizo civil (CHAUVEAU e HÉLIE, BLANCHE, PESSINA, CALOGERO. etc.), e outros, que no proprio juizo criminal, por isso que chamado o juiz a conhecer da infracção está naturalmente revestido do poder de verificar a existencia de todos os elementos constitutivos dessa infracção, e, por conseguinte, de decidir, estatuinto sobre o fundo do processo, todas as questões relativas a estes elementos (GARRAUD, HAUS, NYPELS e SERVAIS, etc.). E' esta solução mais juridica é que melhor se conforma com o nosso direito. Como em nosso paiz, o divorcio não rompe o vinculo matrimonial, autorizando só a separação de pessoa e de bens, commette adúltero a mulher divorciada que tem conjunção carnal com outrem.

III. O dolo consiste na consciencia e vontade de violar á fé conjugal. Deve existir igualmente na mulher e no co-réo.

Parece redundancia, nota THOMAZ ALVES, mencionar-se este elemento, que é geral para toda a criminalidade. Mas assim não é, porque desta maneira exclue-se o facto da *violencia* ou o caso de *erro*.

A violencia, seja physica ou moral, deve ser tal que exclua a mais pequena idéa de cumplicidade, pondo em risco a vida da mulher ou a de uma pessoa que lhe é cara. Quanto ao erro, nota NYPELS, necessario se torna a produção de provas bem convenientes da boa fé da mulher para que tal hypothese de justificativa seja admitida.

Assim, não ha adulterio:

- a) quando a mulher suppunha que seu marido estivesse morto;
- b) quando foi constrangida por violencia physica ou moral;
- c) quando foi enganada.

Egualmente o co-réo deixa de ser responsavel:

- a) quando ignorava que a mulher fosse casada;
- b) quando á mulher, podendo ser casada, era prostituta (PUGLIA, CALOGERO, PESSINA).

333. Ha divergencia em doutrina e nas legislações no tocante a equiparação do adulterio da mulher ao do marido, de um lado estabelecendo-se egualdade, de outro differença, quer na constituição, quer na penalidade. Já vimos (n. 328) que em legislações antigas, não se punia o adulterio do homem, orientação, porém, repudiada pela maioria das legislações hodiernas. Os codigos allemão; art. 172, austriaco, art. 502 e outros equiparam o adulterio do marido ao da mulher; o contrario estatue o francez, art. 339, seguido pelo belga, portuguez, hespanhol, italiano, os nossos, etc., exigindo para a integração do adulterio do marido, não simples quebra da fé conjugal, mas a condição do *concubinato*.

Razões de ordem physiologica, social, moral e juridica fundamentam esta orientação. Vem em primeiro plano a diversidade physiologica dos organismos masculino e feminino, aquelle com a parte activa, aggressiva, donde o ser natural a frequente procura da mulher, e esta passiva, tornada mesmo inutil para a funcção de reproducção, quando em gestação; depois, socialmente, o homem na vida de relação tendo mais frequentemente occasiões para actuar o proprio instincto, além de que a isso é levado, fóra do lar, pelas situações especiaes da mulher; ethicamente, diverso é a significação de uma e de outra violação da fé conjugal, a do marido, quando passageira, devida em muitos casos a estímulos sexuaes predominantes, mantendo, todavia, integro o affecto e a consideração para com a mulher, e esta, ao contrario, quando adultera, não satisfaz um instincto natural, mas levada pelo amor, tirando ao marido e á familia todo bem moral que a mulher pôde dar ao lar. Acresce notar mais que a repercussão social no primeiro caso é menor do que no segundo, pelas razões de differença physiologica notadas, e especialmente sobe de ponto a disparidade, tendo-se em vista que o adulterio da mulher pôde trazer a intromissão de filhos extranhos no meio dos legitimos (MANFREDINI). Não se verifica o mesmo em caso de *concubinato*, por isso que na estabilidade das relações ha uma *condição de facto contraria ao systema monogamico*, e portanto offensa á ordem da família. A alienação do marido do lar domestico acarreta ainda para a mulher a perda da dignidade matrimonial e familiar que adquire da organização da familia, quando são respeitadas as condições naturaes de formação. Tenha-se em vista ainda as desordens familiares que advem desse estado de concubinato, enfraquecimento do poder paterno e os damnos patrimoniaes, mais certos que eventuaes, e logo violação do dever de assistencia economica da parte do marido, e ter-se-á no concubinato um facto tão malefico como o adulterio da mulher casada, e, pois, passivel da mesma penalidade. Bem inspirados andáram os nossos codigos em equiparal-os e sujeital-os a mesma pena. Sem razão sujeita o codigo francez, art. 339, o facto do concubinato, para ser punido, e ainda com pena menor á do adulterio da mulher casada, á condição de se verificar na *casa conjugal*, e o italiano, art. 354, que embora não contenha tão estreita limitação ainda a encerra, prescrevendo como condições ter o marido concubinada *nella casa coingale, o notoriamente altrove*. Para o nosso codigo, art. 279, § 1.º, são necessarios, como elementos do crime, os seguintes:

1.º que o homem seja casado. Cabem aqui as considerações que fizemos apreciando o segundo elemento do crime de adulterio da mulher (n. 332);

2.º que tenha concubinada teúda e manteúda. E' phraseologia do art. 251 do codigo anterior, que por sua vez a tomou ao antigo direito portuguez. A Ord. do L. V, t. 28, pune o homem casado que tiver *barregã teúda e manteúda*, e por *barregã se* entendia, diz VITERBO, no seu *Elucidario*, a concubina, manceba, amasia, como *barregueiro se* dizia do concubinato, amancebado. Assim, nos termos da lei, para a punibilidade do concubinato, como crime especial, não bastava o simples commercio carnal do homem casado com outra mulher necessario sendo que taes relações se effectuassem estavel e habitualmente. Os nossos codigos penaes, sem erigir o concubinato á categoria de crime distincto, mas delle fazendo uma condição do crime de adulterio do homem, requerem os mesmos requisitos da legislação anterior. Ter uma concubina significa ter com ella, em qualquer logar, relações carnaes habituaes, quaesquer que sejam, por isso que não se cogita do fim da reproducção, mas só da significação da necessidade genesica; *manter* uma concubinada significa sustentá-la ou provê-la dos meios de subsistencia. Ao contrario do codigo anterior, o vigente mui justamente sujeita tambem á punição a concubina.

Não é admissivel a tentativa, por isso que não são puniveis os factos isolados de adulterio do marido.

334. Segundo o § 2.º do art. 279 do codigo a accusação do adulterio é licita sómente aos conjuges, que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adulterio. A fonte desta disposição é o art. 252 do codigo anterior, que teve como antecedentes o direito romano e a Ord. L. V, t. 25 §§ 3 e 9. Igualmente, quanto á exclusividade do direito de accusar ao conjuge offendido, é o que se vê estabelecido nas legislações, inspiradas no romanismo, eorrente sendo a maxima — *maritus genitalis thori solus vindex*. Justifica-se uma tal norma, não porque lesado sómente seja o conjuge, porquanto o adulterio affecta como já mostramos, a sociedade em geral; não porque só o marido tenha um interesse principal e dominante na conducta de sua mulher, e se queira fazer proceder a acção da justiça do juizo domestico ou prevenção do marido, mas sim porque todo o escandalo de um processo reverte em damno de um innocente, do proprio offendido pelo crime, de duas familias e da educação e honra dos filhos; e é impossivel que a pena fira a mulher sem que mais ou menos dolorosamente vá repercutir em pessoas estranhas ao crime, contra o preceito da responsabilidade pessoal (SILVA FERRÃO). O codigo exclue o exercicio do direito de accusação, quando o seu titular, por *qualquer modo* (o anterior dizia, sem ensanchar á duvida — *si em algum tempo*), houver consentido no adulterio. Como nota THOMAZ ALVES, o nosso codigo de 1830 singularisava-se com esse dispositivo, sendo depois seguido pelo hespanhol, porquanto outros codigos, como o francez, o portuguez, não limitam esse direito de queixa á mulher, mas negam ao marido que vive em concubinato. Está subtendido, diz JOÃO VIEIRA, que se houver mais do que *consentimento* ou este fôr acompanhado de

condições que caracterisem o lenocínio, neste incorrerá o marido pelo nosso código. O consentimento justifica a excepção, porque equivale á remissão ou perdão da offensa, anticipa-o por assim dizer, não é mesmo uma reconciliação, porque não cebgou a haver dissentimento”. Pessoal como é o direito da accusação, no crime em questão, entendem diversos tratadistas que achando-se interdicto o conjuge offendido, que nem mesmo seu curador pôde exercer semelhante direito em seu nome. A exemplo do código, em que se inspirou, o nosso, para evitar possiveis abusos, limitou o tempo em que deva ser intentada a accusação, reduzindo-o a tres mezes, *contados da data do crime* (art. 281). O código italiano mais rasoavelmente, sem violentar o direito do offendido, que pela ausencia ou outro impedimento justificado pôde ficar inhibido de accionar, prescreve que o prazo se conta *dal giorno in cui il coniuge offese abbia avuto notizia del fatto* (art. 356, 2ª ainea). No § unico do art. 281, o nosso código admite como causa extinctivas da accusação e da condemnação, o perdão e a reconciliação. Aquelle é sempre expresso, e esta pôde ser expressa (actos e cartas missivas, etc.), ou tacita, inferido de certos factos, como a cohabitação dos esposos etc. O código francez, art. 337, admite a reconciliação, estatuinto: “*Le mari restera le maitre d'arreter l'effet de la condamnation, en consentant a reprendre sa femme*”. O italiano, art. 358, prevê a remissione, feita antes ou depois da condemnação, como causa extinctiva da execução e dos effectos penaes, e com a mesma força extinctiva a morte do conjuge querellante. Tem-se justificado semelhantes disposições, considerando os incalculaveis beneficios que traz á familia a reconciliação dos esposos separados por faltas cuja gravidade a elles principalmente compete calcular, e que o perdão do offendido recompondo os vinculos da familia, passageiramente atacados, presta á ordem social uma reparação ainda mais effizaz do que a que poderia resultar de uma condemnação (MARCONDES ROMEIRO). Em meu *Curso de processo criminal* n.º 481, assignalei a differença entre desistencia e perdão. Occupando-se ainda de materia do domínio do direito judiciario, e inspirando-se no código francez, art. 338, como fizeram tambem o belga, art. 288, e o portuguez, art. 401, o nosso, no art. 280, estabelece que “*contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas senão o flagrante delicto e a resultante de documentos escriptos por elle*”. É uma disposição de excepção, porque o adulterio do marido ou da mulher, como os demais delictos, pôde ser provado por todo genero de provas, especialmente por testemunhas. Justificando a excepção, dizia o orador do corpo legislativo, por occasião da elaboração do código francez: “Importava a natureza das provas que poderão ser adduzidas para estabelecer uma cumplicidade, que a malignidade se compraz muitas vezes em descobrir por indícios frivolos, conjecturas ousadas, ou ligações fortuitas.

Depois da prova do flagrante delicto, a menos equivocada de todas, os tribunaes não poderão admitir senão as que resultarem de cartas ou outros documentos escriptos pelo co-réo; é nellas, com effecto que o seductor descobre a sua paixão e revela o seu segredo”. Esta doutrina, nota LEVI JORDÃO, que

pretende fazer reviver o systema das provas legais é a mais absurda que imaginar se pôde. A justificação do orador francez nada vale. Em seus termos, prova de mais, porque o mesmo se devia exigir para a prova do adulterio da mulher; pois se é um descredito do co-réo que a lei quer evitar, exigindo essas provas, qual terá mais damno esta ou o co-réo? ainda que a pena seja a mesma, a deshonra para a mulher sempre é maior... Outro absurdo resulta de semelhante doutrina. Se o adulterio é um crime complexo, se para a existencia delle são necessarias duas pessoas, é indispensavel para a existencia do primeiro elemento do crime (o commercio illicito) que se prove que a mulher teve esse commercio, e para provar isto é necessario que se manifeste a pessoa com quem o teve. Ora se isto se provar por outras provas que não as referidas, o resultado será saber-se quem é o co-réo, ser pronunciada a mulher, e não o adultero; de modo que a existencia da cumplicidade para effeito de condemnar a mulher pôde provar-se por outras provas, mas não para punir essa cumplicidade! Isto é o absurdo levado ao excessivo." E a este se chega, pelo nosso codigo, ante o disposto no art. 279 § 1.º n. 3 que tem como necessaria a indivisibilidade do processo. Cumpre assignalar aqui uma differença entre este codigo e o anterior, que não copiou do francez a disposição que vimos apreciando. Pelo nosso anterior codigo, art. 253, a accusação devia ser intentada conjunctamente com a dos co-réos; pelo codigo actual, art. 280, só isto será possivel se houver flagrante ou as provas contra o co-réo forem documentos escriptos por elle (JOÃO VIEIRA). A expressão — *flagrante delicto* não tem, no caso, a mesma accção por que é tomada pela lei processual, segundo a qual é a situação de quem é encontrado commettendo algum delicto (*in facièdo*), ou enquanto foge perseguido pelo clamor publico (Cod. do processo criminal, de 1832, art. 131).

Assignalam isso os escriptores francezes, com inteira applicação ao nosso direito. E' evidente que não é applicavel ao caso de adulterio a ultima parte da disposição, e só a primeira, que cogita do *in facièdo*.

Ora, o que a lei quiz repellir no procedimento contra o co-réo foram os indicios, as presumpções, as circumstancias accessorias e indirectas; quiz que a existencia do flagrante delicto pudesse só motivar, com os documentos, o procedimento contra o co-réo, mas não impoz a condição que esse flagrante delicto fosse immediatamente constatado, que seria exigir uma condição impossivel de cumprir, tratando-se de um delicto sempre consummado nas sombras do mysterio (CHAUVEAU e HÉLIE). E' doutrina geralmente acceita que basta que a surpresa tenha tido logar em circumstancias taes que não deixe a menor duvida sobre a consummação realisada ou prestes a realizar do acto consecutivo do adulterio (GARRAUD, DALLOZ, CHAUVEAU e HÉLIE). Por exemplo, no dizer dos autores: *solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto*. Entre os documentos, comprehende-se a confissão judicial do co-réo, reduzida a termo, e por elle assignada, etc.

## 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 prisão cellular por um a seis mezes.

DECR. N. 4.743, DE 31 DE OUTUBRO DE 1923

Art. 5.º A offensa á moral publica ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida com a pena de prisão cellular por seis mezes a dois annos, e da perda do objecto de onde constar a mesma offensa, além da multa de 200\$000 a 2:000\$000.

Paragrapho unico. E' prohibido, sob a mesma pena do artigo precedente, vender, expôr á venda ou, por algum modo, concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periodico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza, desde que contenha offensa á moral publica ou bons costumes.

Nota — A pena estabelecida no artigo precedente, isto é, no art. 4, é de multa de 200\$ a 4:000\$000.

335. A lei penal além de proteger a pudicia individual contra a violencia ou corrupção (arts. 266, 267, 268, 277, 278); a moralidade da familia contra identicas aggressões (arts. 270 e 279), protege tambem a moralidade publica quando, embora sem offensa da honestidade individual, a acção impudica, pela publicidade, fira os *bons costumes* ou o que se chamou *pudor publico*, idealidade formada pela media dos pudores individuaes, e assim atinente á normalidade e moralidade dos actos sexuaes. E' a materia do art. 282. Trata-se, pois, de uma incriminação supplementar, isto é, que só se verifica quando no caso não houver offensa á pudicia individual ou á moralidade do grupo familiar, característico que naquella disposição legal se destaca, na locução "*sem offensa á honestidade individual da pessoa*". Nem o direito romano, nem a legislação medieva contemplaram autonomicamente esse crime, e sómente as legislações modernas. O nosso codigo, de 1830, qualificava-o como crime policial ou contravenção, sob duas modalidades distinctas: 1.º, a offensa evidente da moral publica em papeis impressos, tithographados ou gravados, ou em estampas e pinturas que se distribuissem por mais de 15 pessoas e bem assim a respeito das que estivessem expostas publicamente á venda (art. 279); 2.º, a pratica de qualquer acção que na opinião publica fosse considerada como evidentemente offensiva da moral e bons costumes,



sendo em lugar publico (art. 280). Appreciando estas disposições, em cotejo com as parallelas dos codigos francez e portuguez, SILVA FERRÃO notou como o nosso codigo se avantajou a estes, encerrando perfeição de doutrina e de redacção, assignalando com clareza os extremos do delicto, mostrando que este só pôde ter lugar quando o ultrage, pelo seu valor moral, ou peio seu grão de offensa social externa, manifesta elementos de mal punivel.

O codigo vigente foi buscar apoio no projecto do codigo italiano de ZANARDELLI, art. 320, e no codigo portuguez, art. 390, muito embora a critica feita e modificações accentuadas trazidas ao primeiro no parlamento italiano, além de omitir a modalidade do crime referente ás publicações offensivas do pudor, e de vasar a disposição do art. 282 por forma defeituosissima. O citado projecto de ZANARDELLI dispunha, no art. 320: “Chiunque fuori dei casi indicati negli articoli precedenti, fa ultraggio al pudore o al buon costume con atti impudici od osceni, in luogo pubblico od esposto al pubblico, é punito con la reclusion da quattro a trenta mesi”. Na commissão de revisão se observou que a locução — *atti osceni o impudici* era vaga já porque o conceito de impudicia é indeterminado e convencional, além de estar implicito no conceito de offensa ao pudor, já porque na obscenidade, tomada isoladamente, como foi alvitrado, não se comprehendem todos os actos que podem offender o pudor publico. Da discussão chegou-se á forma actual do art. 338, supprimindo-se os qualificativos — *oszeni e impudici*, e assim tornando-se a enunciativa mais comprehensiva, em face da norma sancionada, nos actos se devendo exigir a capacidade e idoneidade de offender ao pudor e aos bons costumes. O nosso codigo cingiu-se, porém, ao projecto, tomando ao codigo portuguez, com ligeira modificação, a locução — *sem offensa á honestidade individual da pessoa*. Sanando a lacuna do codigo, veio o decr. n. 4.743 de 1923, art. 5, transcripto no texto.

336. Segundo a qualificação do art. 282, são elementos do crime:

a) exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor e dos bons costumes;

b) que tenham sido commettidos em lugar publico ou frequentado pelo publico, com ultrage e escandalo á sociedade.

I — Assignalando a acção criminosa, o codigo incorreu no vício de redundancia, já notado na sua fonte, o projecto de ZANARDELLI, fallando em exhibições *impudicas* e actos *attentatorios do pudor*.

Toda a dicção diffusa do codigo, para assignalar a materialidade do delicto, pôde ser simplificada ou reduzida ao que é essencial, distinguindo os actos conforme o objecto da offensa, e temos actos que offendem o *pudor*, que são todos aquelles que são contrarios á moderação, á opporrtunidade e á normalidade das relações sexuaes, como a masturbação, a conjunção carnal como um impubere ou contra a natureza, etc.; actos que offendem os *bons costumes*, isto é que attentam contra as erigencias da conveniencia, sancionadas pela moral social, como a copula em publico entre conjuges, a exhibição, em egual local, do membro viril ou parte pudenda. etc.

Assim, além do character sexual, o acto deve ser effectuado em condições de impudicia ou contraria aos costumes. Embora o termo *acto* seja, em rigor, comprehensivo da manifestação verbal (LISZT, OLSHAUSEN), esta tem sido excluida, por poder ser constitutiva do crime de injuria, pela jurisprudencia franceza e italiana, bem como por criminalistas de renome (MEYER, MANFREDINI, CHAUVEAU e HÉLIE, etc.). Como já se notou, o acto não deve ser offensivo da honestidade individual da pessoa, condição expressa na lei, pois do contrario, por seu character supplementar, desappareceria o crime em questão, podendo ser configurado um de violencia carnal. Uma questão diversamente resolvida, em doutrina e em jurisprudencia, tem sido a de saber se o beijo em publico póde constituir o crime apreciado. E' bem de ver que se trata do beijo dado com a apparencia e a forma proprias dos beijos castos, a duvida não podendo substituir, por sua natureza inequivoca, em se tratando de beijo no collo, nas coxas, etc. MANFREDINI soluciona satisfactoriamente o caso, notando primeiramente que, para constituir o crime apreciado, é preciso que o acto tenha idoneidade offensiva do pudor publico,, e, assim, para ser incriminado, deve o beijo representar um facto carnal e de appetite sexual, manifestado de modo que publicamente possa ser reconhecido.

II — Ainda no tocante á materialidade do delicto, é necessario que o acto, que o constitue, seja praticado em *logar publico* ou *frequentado pelo publico*. Trata-se da *publicidade* do facto constitutivo do delicto, condições essencial, precipua do maleficio, sem a qual o ato não seria incriminado. Questionou-se se a publicidade devia ser *effectiva* ou apenas *potencial*, isto é, se o facto devia ser presenciado por testemunhas, ou em condições sómente de acesso ao publico. Para resolver a questão, distinguu-se o logar publico em logar publico por *natureza*, quando de modo absoluto e permanente é accessivel ao publico, como ruas, praças, caminhos; por *destinação*, que é accessivel em certas condições e por intervallos, como theatros, egrejas, escolas, cafés, tavernas, estalagens, hospedarias, salas de audiencias de juizes e tribunaes, repartições publicas, etc.; por *accidentalidade*, quando embora não tendo o character publico, se torna publico em razão da presença mais ou menos accidental de pessoas. Admittida essa distincção, tem-se como verificada a publicidade, para o effecto da integração do delicto, quando o facto fôr praticado, em qualquer hora, com a presença ou não de testemunhas, no logar publico por natureza; no por destinação, quando accessivel ao publico, e no accidentalmente publico, quando permittir a qualquer ver o que ali se passa, não por singular e fortuita eventualidade, mas no ordinario dos casos. Para o nosso codigo, a publicidade deve ser effectiva, porquanto exige que o acto seja commettido em logar publico ou frequentado pelo publico e mais que *ultrage*, isto é, offenda rude ou pesadamente a sociedade a *escandalise*, isto é, provoque repulsão ou indignação, o que presuppõe um numero indeterminado de assistentes. O escandalo, pois, deve resultar do acto, e não da circumstancia de se tornar este publico, isto é, deve alguém, do facto, ter-se escandalisado.

Quanto ao dolo, é de applicar a regra geral do art. 24, sufficiente sendo que o agente tenha querido praticar o acto, consciente de que é offensivo do pudor e dos bons costumes, por si mesmos e porque é commettido em publico.

Desapparece o character incriminativo do acto se fôr legitimado pela necessidade ou pelo costume (estabelecimento de saúde, banho de mar, moda, etc.). E' de notar, com MANFREDINI, que essa não anti-jurisdicção subsiste nos casos de costume até que seja observada a moral minima social, garantida pela norma juridica, e portanto se refere á attitudes genericas de conducta, não univocamente sexuaes. No art. 5 do decr. n. 4.743 de 1923 se trata da offensa ao mesmo bem juridico pela imprensa, ou pela circulação de impressos, estampados, gravuras, etc. A fonte é a lei franceza de 29 de julho de 1881, art. 28.

### 337. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

#### FRANCEZA

I. Est nul l'arrêt de condamnation, prononcé pour outrage public á la pudeur, qui ne specifie pas les actes obscenes que le juge a considerés comme constitutifs du délit par l'art. 330 c. pen. *Cass*, 31 janv. 1891).

II. L'intention coupable, bien qu'étant un élément essentiel du délit d'outrage public á la pudeur, n'a pas besoin d'être declarée en termes exprés; il suffit qu'elle s'induisse necessairement des circonstances de fait, retenues par le juge du fond (*Cass*. 3 mars 1898).

III. La publicité, élément essentiel de l'attentat aux mœurs prévu par l'art. 330 c. pen. existe legalement, dès que, par la faite du prévenu, l'acte contraire á la pudeur, quoique accompli dans un lieu privé, a été aperçu par le public (*Cass*. 14 av. 1892).

IV. Il y a publicité suffisante pour l'existence du délit d'outrage public á la pudeur, quand l'acte a été accompli dans une chambre fermée simplement au loquet, dans laquelle un tiers, colocataire, avait le droit d'entrer á tout instant, et que se tiers a effectivement aperçu l'acte obscene (*Limoges*, 1er. avr. 1887).

V. L'outrage á la pudeur est public, alors qu'il a été commis en un lieu privé en présence d'une personne qui n'en a pas été témoin volontaire (*Aix*, 28 janv. 1891).

#### ITALIANA

VI. Se l'atto è d'indole manifestamente oscena non occorre indagare l'intention dell'imputato, essendo il dolo insito in *re ipsa* (*Cass*. 26 feb. 1890).

VII. A costituire l'elemento morale del reato di cui all'art. 338, basta la volontà dell'atto osceno e la coscienza, commune a qualunque persona dotata della ragione, della conseguenze che da tale atto derivano (*Cass*. 4 febb. 1891).

## TITULO IX

**Dos crimes contra a segurança do estado civil**



## TITULO IX

### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DO ESTADO CIVIL

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

338. O estado civil é o conjuncto e ao mesmo, tempo a condição dos direitos de familia (LISZT), ou a condição juridica de uma pessoa como membro de determinada familia, em razão de descendencia; adopção, legitimação ou casamento (MERKEL). Designando a posição juridica do individuo não só em relação aos membros da familia, como em relação a todos os outros homens, e assim comprehendendo as condições basicas da convivencia social, dahi a sua regulamentação minuciosa pela lei civil, dahi a protecção penal que lhe é outorgada pela lei penal contra os actos offensivos de sua existencia.

No codigo penal francez, sec. VI cap. I do titulo II e rubrica — *crimes et délits tendant á empêcher détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou á compromettre son existence*", vemos contemplados os crimes *et délits envers l'enfant, l'enlèvement de mineurs, les infractions aux lois sur les inhumations*. No codigo allemão, como delicto especial offensivo do estado civil, vemos a subtracção dos direitos de familia, que pertencem a alguem, como membro de uma familia dada, mediante producção de um erro permanente relativo a esse facto (art. 169).

No codigo italiano não encontramos titulo especial aos crimes em questão, que são incluídos em titulos diversos; assim os crimes de subtracção de menores, no titulo dos crimes contra a liberdade; a bigamia, supposição e suppressão do estado, no titulo dos crimes contra os bons costumes e ordem das familias. Melhor orientação seguiram os nossos codigos, prendendo-se á do francez. O de 1830, sob a rubrica — *dos crimes contra a segurança do estado civil e domestico*, no cap. III, do tit. II, comprehendia a celebração do marimonio contra as leis do Imperio, a polygamia, o adulterio, o parto supposto e outros fingimentos. O vigente, neste titulo, supprimiu o adulterio, que contemplou no titulo anterior, e incluiu os crimes de subtracção, occultação e abandono de menores.

#### CAPITULO I

##### DA POLYGAMIA

Art. 283. Contrahir casamento, mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge.

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho unico. Si a pessoa tiver previo conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade.

339. Em geral, nas legislações e na doutrina, tem sido adoptado, como mais adequado, para denotar o crime qualificado neste capitulo, o termo — *bigamia*, por isso que na celebração, por parte do agente, de um casamento, que é sempre segundo em relação ao primeiro, que o vinculava e ainda subsistente, consiste o maleficio, ao passo que, embora isso denotando tambem o termo — *polygamia*, entretanto, não deixa de ser ambiguo, por envolver a idéa de união simultanea de um homem com diversas mulheres.

Como é bem de ver, este crime só pôde ter lugar nos povos em que o regimen monogamico do casamento é o unico admittido, contra a essencia desse regimen se voltando o crime, donde, além da sanção civil da nullidade do segundo casamento, a penal por se tratar de facto cuja verificação depende de falsidade, e que produz consequencias damnosas, quer delle provenha prole. quer se limite a uma simples união sexual que permaneça infecunda (PESSINA). Não ha, porém, uniformidade doutrinaria quanto á incriminação da bigamia, como crime distincto.

Observa Pío VIAZZI que o primeiro vinculo exclue a possibilidade do segundo; logo, o segundo casamento não existe, porque a sua nullidade, á priori, está já determinada pela validade do primeiro.

O elemento intencional deveria ser procurado na vontade de contrahir um segundo matrimonio, entretanto o culpado tem sciencia de estar vinculado pelas primeiras nupcias; mas este conhecimento do vinculo precedente é tambem sciencia da impossibilidade legal absoluta do novo vinculo, donde resulta que a vontade de *contrahir* se reduz a vontade de *simular o contracto*. A objectividade do delicto se faria consistir na offensa do primeiro contracto; mas o primeiro contracto não pôde soffrer offensa de mil contractos successivos, os quacs não têm a força de atacar em nada a sua subsistencia. A monogamia e a indissolubilidade, formas legais, não podem ser offendidas senão por facto contrario ao seu conteúdo real, e, então, teremos *adulterio* ou *concubinato*.

Depois, a incriminação que poderia occorrer seria por conjuncção carnal fraudulenta, e no tocante á declaração de *estado livre*, ou simples mentira, ou falsidade em papeis, a que se applicariam as penas respectivas. A *communis opinio* é pela incriminação distincta, não se podendo negar que admittindo a sociedade politicamente organizada como unica forma de associação sexual a monogamia, os factos que contra esta se effectuam, concretizando associações polygamicas, atacam a ordem juridica nas fundamentaes exigencias sobre as formas da convivencia social (MANFREDINI).

340. No direito romano, primeiramente, a bigamia era motivo de infamia, passando muito depois a ser passivel de pena criminal, especialmente pela influencia do christianismo, sem contudo assumir posição autonómica, considerando-se o caso de modo diverso, ora como adulterio, ora como estupro.

Na legislação medieva, o crime vae assumindo configuração propria, e, em geral, equiparado ao adulterio, pelo que, para sua consummação, se exigia a *copula carnalis*.

A pena era severa, indo até a de morte, esta comminada expressamente, em Portugal, pela Ord. L. V, t. 19.

Este rigor foi se abrandando sensivelmente nas legislações modernas, e o crime mesmo se tornando menos frequente, o que se explica pelas cautelas e publicidade dadas ao preparo e celebração do casamento. Uma nova concepção orientou, em geral, as legislações, não mais se considerando o crime como adulterio continuado sob a forma de casamento, e sim como *abuso da forma legal da celebração do casamento*, o adulterio sendo circumstancia inteiramente accessoria. Desta concepção, que o codigo francez traduziu em forma clara e comprehensiva deoorem duas consequencias praticas relevantes: 1) desde que o crime se consumma com a celebração do novo casamento, *contrahido de um modo formalmente conforme á lei, desnecessario será cogitar-se da copula carnal*; 2) ambas as partes são passíveis de pena, quer o contrahente casado quer o não casado, este porque tambem abusa da forma do casamento para a vida em commum com pessoa casada. O nosso codigo anterior, inspirando-se no francez, não conceituou de modo claro o crime, dando lugar, por isso, a duvidas e interpretações liveras, especialmente no que diz respeito á validade do casamento anterior e opportunamente da sua annullação, duvidas dirimidas pelo vigente, mas incorrendo em vicios de forma e de fundo.

341. Segundo a qualificação do art. 283, são elementos dô crime:

a) ser alguém casado;

b) contrahir casamento mais vezes, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade ou por morte do outro conjuge;

c) o dolo especifico.

1. E' preciso que o agente esteja ligado por casamento, o crime consistindo exactamente na celebração de outro casamento na consistencia ou constancia do primeiro. Divergem a doutrina e a jurisprudencia no tocante á validade deste primeiro casamento, se para constituir o crime, bastante é a validade da *forma*, ou se é necessario tambem a validade da *substancia*. As legislações podem ser distribuidas em tres grupos no tocante ao assumpto. Umás consideram sufficiente a precedencia de um casamento sómente valido formalmente, assim dispondo o codigo penal allemão, art. 171: "O conjuge que contrahe novo matrimonio, antes de ter sido o precedente dissolvido, declarado invalido ou nullo, é punido, etc."

Assim, não basta a existencia material da annullabilidade ou da nullidade, é necessario que o *facto tenha sido declarado expressamente* pelo juizo competente, antes da celebração do outro casamento. Outras exigem a precedencia de um casamento valido não só formal, mas intrinsecamente, como o codigo hungaro, art. 254, o de Zurich, art. 120. Outras finalmente, em maior numero, não resolvem explicitamente a questão, como o francez, art. 340, que assim dispõe: "Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en



aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, etc.”. A este grupo se prendia o nosso código anterior, que no art. 249, dispunha: “Contrahir matrimonio segunda ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro, etc.”. A pouca precisão desta formula dava lugar a interpretações diversas, entendendo uns que, embora *nullo* o primeiro matrimonio, commettia crime quem contrahisse um ou mais matrimonios *sem que estivesse dissolvido o primeiro*, argumentando-se que a importancia do matrimonio não permite julguem os conjugues, por si mesmos, da nullidade delle, e, assim, enquanto não fôr declarada pelo poder judiciario, a presumpção será sempre favoravel á validade, e, consequentemente, quem contrahir outro casamento, antes desse pronunciamiento judicial, incorrerá na sancção penal comminada para o caso (FRANCISCO LUIZ); outros, que a nullidade do primeiro casamento, embora dechettata *posteriormente á celebração* do segundo casamento, influe sobre a existencia do crime de bigamia, que desaparece, porquanto a apreciação da validade ou da nullidade do primeiro casamento é condição essencial para a existencia ou inexistencia do mesmo crime (THOMAZ ALVES, CARLOS PERDIGÃO). Já antes, em França, patrocinando a mesma solução, apesar das palavras: “... *avant la dissolution du precedent*”, do respectivo código, MERLIN perguntava se era licito condemnar alguém, sem prova do crime, sem á certeza de que a acção constitutiva do pretenso crime não perderia, por um acontecimento superveniente o seu caracter delictuoso, ou condemnar provisoriamente? Por sua vez argumentam CHAUVEAU e HÉLIE que eivado de nullidade o precedente matrimonio, não será necessario dissolvê-lo, visto como não se dissolve um casamento *nullo*, mas declara-se apenas que não existe. Se o fundamento da punição da bigamia está na presumpção da validade do primeiro casamento, essa presumpção deve forçosamente ceder á evidencia, demonstrada a nullidade do primeiro casamento, carente estando a repressão de fundamento racional, legal e humanitario. O nosso código *per. ul* vigente suffragou a solução contraria, dirimindo a controversia existente, e, assim, muito embora *nullo* o primeiro casamento, se essa nullidade não estiver declarada judicialmente, commette o crime de bigamia o individuo que assim casar-se outra vez.

342. Criticando a forma porque foi vasado o art. 283 do código, especialmente pela substituição do vocabulo *primeiro*, do art. 249 do anterior código pelo vocabulo *anterior*, nota EDUARDO DURÃO, que equivalendo a phrase — *mais de uma vez a duas ou mais vezes* e o adjectivo *anterior* significando ente ou coisa que, numa série procede 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 conjugue, o do casamento valido, mas o do casamento anterior aquelle que constitue o crime de bigamia, o qual é aliás *nullo*.

A consequencia logica é que não ha crime de bigamia, porque a nullidade do casamento anterior que não é o primeiro, faz desaparecer o elemento material do delicto, que é a constancia ou persistencia de um casamento valido, que dá direitos ao conjugue lesado pelos casamentos seguintes. Anterior não equivale

a primeiro, como suppõe o autor do codigo: *primeiro* é o que está a frente de uma serie; *anterior* é o que precede ou antecede a outro. Si *anterior* legalmente refere-se ao primeiro casamento com relação ao segundo, então só é punida a primeira bigamia, porque, relativamente ás outras, anteriores, são os casamentos nullos, que os precedem immediatamente. Vê-se que o legislador ou só considera delicto a primeira bigamia ou o segundo casamento, ou não pune bigamia alguma, porque as que se seguem á primeira lesam os direitos *nenhuns* do conjuge do casamento nullo anterior.”

Suffragando esta critica, observa LIMA DRUMMOND, que era preferivel que o legislador de 1890 tivesse conservado a terminologia do de 1830, usando do vocabulo *primeiro* em vez do vocabulo *anterior* e tambem das palavras — *contrahir matrimonio segundo ou mais vezes* em vez de *contrahir matrimonio mais de uma vez*.

De facto, sendo sómente valido o primeiro casamento e sujeito passivo do delicto o primeiro conjuge, o criminoso, ainda que contraia além daquelle *mais de um casamento*, é sempre bigamo e commette tantas bigamias quantas os casamentos, que effectuar depois do valido”. Sómente com estas correccões, é que se deve entender o dispositivo legal, evitando os absurdos, que a viciosa forma por que foi redigido, levaria. Quanto ao segundo casamento, que constitue o *corpus delicti*, é de notar ainda que deve ser apreciado separadamente considerado-em relação a este. Se o segundo casamento tiver sido *celebrado* com as formalidades legais e não estiver viciado por outra nullidade que não seja a provinda da constancia do precedente casamento valido, considerar-se-á descripta, em sua integridade, a materialidade do crime de bigamia.

E' mister que o unico obstaculo á *validade* do segundo matrimonio seja o precedente vinculo matrimonial (LIMA DRUMMOND, PUGLIA, MANZINI).

343. III — Em relação ao *dolo*, é de distinguir o do agente, que é a pessoa casada que contrahe outro casamento, e a da pessoa que contrahe casamento com o agente. Quanto ao *dolo* do agente está na sciencia da existencia do primeiro casamento quando contrahe o segundo. E' a intenção criminosa do art. 24.

Quanto ao do pessoa que contrahe casamento com aquella, o codigo exige-o expressamente, no § unico do art. 238, na clausula — *tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahe casamento*. A razão está em que no primeiro caso, o *dolo* brota da propria acção do agente, *res ipsa in se dolum habet*, presumpção que permanece enquanto não fôr destruida, e no segundo não se verificando o mesmo, necessario se torna pesquisar o elemento moral do delicto. Não andou, porém, bem inspirado o legislador, reproduzindo, substancialmente o codigo portuguez, art. 338, punindo apenas como cúmplice, a pessoa, no segundo caso figurado, quando não passa de um verdadeiro co-autor, segundo aliás a concepção perfilhada pelo proprio codigo, que, como vimos, onsidera o crime como abuso da forma de celebração do casamento, do *ritus nuptialis*.

Exclue o crime, por excluir o dolô, a boa fé ou a convicção por parte do agente de que estava livre no momeno do seu segundo casamento. Trata-se de erro de facto essencial, cujos requisitos geraes se vêem no 1.º vol. n. 210.

Por parte de outra pessoa, o erro deve versar sobre o estado de casado do agente. Consummando-se o crime com a celebração do casamento, concluida pela declaração do presidente do acto (Cod. civil, art. 194), tem-se assim um crime instantaneo, e não continuo ou permanente, embora permanentes sejam seus effeitos. A tentativa começa com o inicio do acto da celebração, e, assim, os proclamas e mais actos anteriores são actos preparatorios. Haveria, pois, tentativa se a celebração fosse interrompida por negar assentimento o contrahente a quem pretendia ligar-se o agente do crime, ou por outro facto independente da vontade deste.

#### 344. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA

##### DISTRICTO FEDERAL

I Não estando dissolvido por sentença de nullidade ou por morte do outro conjuge, o primeiro casamento, o facto de um delles promover o preparo dos papeis para casar-se novamente, constitue tentativa de bigamia (*Accord. da 2.ª Camara da Côrte de Appellação, em 22 de setembro de 1911*). Vid. o que expendemos supra sobre tentativa (n. 343), e no 1º vol., n. 332, III, outra decisão sobre bigamia.

##### ESTADOS FEDERADOS

II. A validade do segundo casamento é um dos elementos materiaes do crime de bigamia, e uma vez que falte esse elemento, quando muito poderá haver tentativa desse crime. Assim, dirime a criminalidade a existencia de uma nullidade absoluta (art. 61 do decr. n. 181 de 24 de janeiro de 1890); sendo que a existencia de nullidade relativa não pôde ser attendida como dirimente, enquanto não fôr declarada por sentença, porque até essa data é valido o casamento (*Ac. do Trib. de Justiça de S. Paulo, em 15 de agosto de 1893*).

III. A bigamia não é crime continuo, como não o são o furto, o estellionato e outros de effeito mais ou menos prolongado. Para resolver-se si o delicto é continuo ou instantaneo não se deve considerar nem as suas consequencias, ou o mal, que elle causou e que pôde se prolargar e mesmo perpetrar; nem o facto do delinquente ter perseverado, durante mais ou menos tempo, no estado produzido pela infracção, mas unicamente a definição do delicto. Quaesquer, pois, que sejam as consequencias da bigamia, ou a demora do delinquente no estado produzida pela infracção, é ella um crime instantaneo, que se conclue na occasião da celebração do segundo casamento, antes da dissolução do anterior (*Ac. do mesmo Tribunal, em 16 de julho de 1898*).

## CAPITULO II

### DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO CONTRA A LEI

**Art. 284.** Celebrar o ministro de qualquer confissão as ceremonias religiosas do casamento, antes do acto civil:

**Penas** — de prisão cellualar por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 500\$000.

345. A fonte desta disposição foi o art. 2 do decr. n. 521 de 25 de junho de 1890, expedido pelo Governo Provisorio da Republica, e que teve como causa a opposição feita por certa parte do clero catholico á observancia das disposições sobre o casamento civil, fosse devidamente comprehendido e reconhecido como unico que fôrma legitima familia e confere direitos civis. Subsistindo ainda as causas que motiváram essa medida, o codigo a reproduziu, mas sua vigencia deixou de existir pela revogação implicita trazida pela Constituição da Republica, com a inserção de disposições que lhe eram antinomias, como as do art. 72, reconhecendo como direitos fundamentaes a liberdade religiosa (§ 3.º), a independencia dos cultos (§ 7.º), e como unico valido o casamento civil (§ 4.º). Neste sentido se pronunciáram expressamente os avisos de 15 de abril, 21 e 31 de agosto de 1891, expedidos pelo Ministerio da Justiça, e de todo accetaveis pelas razões em que se fundam, e acima adduzidas. O elemento historico do art. 72 § 4.º da Constituição da Republica vem ainda mostrar que a prescripção da lei penal não mais pôde subsistir. Effectivamente, o projecto de constituição, elaborado pelo Governo Provisorio, no art. 72 § 4 estabelecia: “A Republica só reconhece o casamento civil, *que precederá sempre ás cerimoniaes religiosas de qualquer culto*”; mas esta clausula restrictiva foi eliminada pelo Congresso, consoante a emenda AMPHILOPHIO, por atentar contra a liberdade religiosa, como salientava o deputado ASSIS BRAZIL.

E' certo que a commissão chamada dos 21, apreciando aquelle projecto, opinou para que simplesmente se consagrasse o principio de que a Republica só reconhecia o casamento civil, ficando ao Poder Legislativo a faculdade de *manter ou não a precedencia* a que allude o texto constitucional.” Mas, como bem nota JOÃO VIEIRA, quando muito se podia inferir dahi que a disposição do art. 284 do codigo penal ficou suspensa *si et in quantum* uma lei não declarasse que o acto civil devia ou não preceder o religioso, para na affirmativa estabelecer nova sancção ou revigorar o art. 284, tornando-o exequivel. A sancção presuppõe a prohibição e si ella conviria ou não, mesmo com character provisorio, a sancção não pôde subsistir por falta de materia.

Como diz PRINS, a infracção no ponto de vista juridico é simplesmente a reunião das condições exigidas pela lei para a applicação da sancção penal. Ella é a *violação do principio* consagrado pela *sancção* penal. No caso, si o principio depende de uma lei futura que o proclame, a sancção penal não consagra principio algum, não tem base juridica.” No mesmo sentido AZEVEDO MARQUES, VIRCILIO DOMINGOS DA SILVA SOARES e outros, e em sentido contrario, BARRALHO, GASTÃO DA CUNHA, etc.

Si, na jurisprudencia, aponta-se o accordam .do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 18 de abril de 1893, decidindo pela vigencia da lei penal, justificavel, como assecuratoria do estado civil da familia, letra morta se tem tornado, não se apontando outro procedimento judicial a respeito.

### 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 ou morto, sonegal-o ou substitui-o:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

**Paragrapho unico.** Em igual pena incorrerá:

1.º, o marido, ou pessoa que cohibe com a ré e que auxiliar, ou simplesmente assentir á perpetração do crime:

2.º, 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 prisão.

**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 jámais existente, para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

**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 cellular por um a quatro annos.

**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 alguem ou de familia:

**Pena** — de prisão cellular por um a quatro annos.

346. A disposição do art. 285 tem como fonte, embora alterada, o artigo 254 do codigo anterior, a redacção sendo, porém, modelada pelo codigo portuguez, art. 340, Duas modalidades criminosas ahi se contém, a saber: a *supposição de parto*, na primeira parte, e a *supposição de filho* ou sua *occul-tação*; na segunda parte.

Quanto á primeira especie, vemos assimilada ao *crimen falsi a suppositio partus*, quer no direito romano, quer no direito intermedio, e considerada affim do adulterio occulto, no direito canonico, por uma constituição de Innocencio III. Mostrando a razão da incriminação e definindo o crime, substancialmente, como fazem os nossos codigos, já a Ord. Philip. L. V, t. 55, pr.,

dizia: “O crime do parto supposto he acompanhado de muitos outros, e em grande dano da Republica. Por tanto mandamos, que toda a mulher, que se fingir ser prenhe, sem o ser, e der o parto alheio por seu, seja degredada, etc.” A qunibilidade assenta, pois, não no simples facto de simular prenhez, mas quando acompanhada ou completa pelo apparecimento de uma criança alheia, porque é, então, que advem damno á ordem da familia, com a introdução nella de um individuo estranho, e prejuizos aos legitimos herdeiros, a quem caberiam os bens se não houvesse esta falsidade. Supponha-se um casal cujo marido morra sem filhos, e a viuva se diz prenhe, este sêr com vida uterina já tem direitos á successão, é o filho posthumo a quem a lei manda dar curador. Mas a viuva não está grávida, finge-se como tal e mais tarde um parto e apresenta como seu filho um recém-nascido. Este exemplo mostra por que o legislador exige a simulação da prenhez e do parto, muito embora este momento seja o decisivo, porque é assim que a burla ou a fraude se reveste de apparencia propria a enganar.

Do expellido vê-se logo qual seja o dolo peculiar ao crime: está na intenção de praticar um facto para crear indevidamente um estado civil. Na segunda hypothese do art 285, não ha fingimento de prenhez e do parto, é a mulher prenhe, que, dando á luz filho vivo ou morto, sonega-o ou substitue-o.

No primeiro destes casos, o crime é commettido geralmente por motivos de honra da mãe, que assim procura encobrir a propria falta; no segundo caso, a creança é trocada por outra, geralmente por ter nascido morta, e dest’arte assegurando-se uma herança, substituindo a creança por outra viva, ou que tenha nascido viva, verificados tambem sendo os casos em que a substituição se faz por motivo de côr da creança, contrastando com a do supposto pae, e, assim, attestando ser ella o producto de relações illicitas. E’ de notar que tanto na primeira, como na segunda hypothese do art. 285, trata-se de *recem-nascido*, ou de creança nascida de pouco tempo, a proximidade do parto fingido ou verdadeiro sendo condição presupposta da figura criminosa. O codigo anterior comprehendia tambem os casos de *furto*, *occultação* ou *troca* de creança, como modalidades do crime, duvidas pairando sobre a determinação do que fosse creança, se só o recém-nascido, ou tambem de outra idade.

O vigente, como o belga, arts. 263 e 364, discriminou os casos consentaneamente com suas causas productoras, deixando claro que no art. 285 se trata de recém-nascido, e nos casos de subtracção, occultação e abandono, que qualificou como crimes distintos nos arts. 289, 290 e 292, se trata de creança menor de sete annos.

No paragrapho unico do art. 285, são considerados co-autores:

1.º O marido ou pessoa que cohabite com a ré e que auxiliar ou simplesmente assentir á perpetração do crime. Trata-se de um desvio das regras geraes da participação no crime, o auxilio, qualquer que seja, e o assentimento constituindo participação principal, desvio explicavel pela natureza do crime e posição do participante.

A disposição deixa de ter applicação se a pessoa não cohabitar com a ré, isto é, não viva com esta sob o mesmo tecto, embora auxilie o commettimento do crime, pois em tal hypothese passará a cúmplice ou agente secundario.

2.º) O facultativo ou parteira que, abusando de sua profissão, coope- rar para o mesmo resultado, isto é, que no exercicio da profissão auxiliar a sonegação ou substituição de filho vivo ou morto.

347. A figura delictuosa do art 286 comprehende duas modalidades: 1.ª, deixar de fazer, dentro de um mez, no registro civil, a declaração do nascimento de criança nascida; 2.º, fazer tal declaração a respeito de criança que jámais existira. Ambas as modalidades estão subordinadas á clausula final do artigo, e que constitue exactamente o dolo especifico do crime, isto é, *para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro*. Só podem ser evidentemente agente do crime as pessoas a quem cabe a obrigação de communicar o nascimento para o registro civil, e vêm designadas no decr. n. 9.886, de 7 de março de 1888, art. 57, a saber: o pae; em sua falta, ou impedimento, a mãe; no impedimento de ambos, o parente mais proximo, sendo maior e achando-se presente; na sua falta e impedimento, o facultativo ou parteira que tenha assistido o parto e por pessoa da casa em que occorrer, se sobrevier fóra da residencia da mãe.

O cit. decr. n. 9.886, que continúa em vigor, com as modificações feitas pelo codigo civil (decr. n. 12.343, de 3 de janeiro de 1917, art. 2º), estabelece o processo do registro civil, e no art. 50 pune com a multa de 5\$000 a 10\$000, elevada ao dobro no caso de reincidencia, a toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que, tendo obrigação de dar a registro alguma nascimento, casamento ou obito, não fizer as declarações competentes dentro dos prazos marcados no art. 53. Trata-se de uma infracção administrativa, e, assim, a omissão, que a constitue, pôde ser simplesmente culposa ou mesmo dolosa, ao passo que a figura do art. 286 tem como presuppósto o dolo especifico, já assignalado acima.

348. A figura delictuosa do art. 287 é a do *recolhimento* a asylo de beneficencia ou estabelecimento congenere do filho legitimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes do seu estado civil. Nesta ultima clausula está o dolo especifico do crime. O recolhimento pôde visar a occultação da criança, 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 temporaria, podendo durar quando muito até a maioridade do recolhido, o que não se daria com a *supressão*, acto sem duvida de effeitos mais graves. Na *occultação* 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 a vida, de modo a tornar impossivel a recuperção daquelles direitos. Merece severo reparo, nota ainda MACEDO SOARES, com razão, a desproporção da penalidade entre os arts. 285 e 287. Na

realidade, a figura do art. 285, já pelas suas consequências, já pelas circumstancias que revestem o acto criminoso, atroz e deshumano se praticado pelos paes, produz effeitos muito mais graves, do que a do art. 287.

349. A disposição do art. 288 tem como fontes o art. 255 do código anterior, art. 336 do código portuguez e art. 485 do código hespanhol: Trata-se do crime de usurpação do estado civil de outrem, e que o código, mais uma vez fiel ao seu systema casuistico, reduz ás seguintes modalidades:

- 1.º fingindo parentesco em consequencia de falso casamento;
- 2.º fingindo direitos conjugaes decorrentes do falso casamento;
- 3.º simulando o estado de casado.

Em qualquer desas modalidades, necessario é o dolo especifico, consistente na clausula final do art. 288, isto é, no fim de prejudicar direio de alguem ou de familia. Na primeira e segunda modalidades, ha um casamento falso. Para occorrença deste é necessaria 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 póde consistir apenas na cohabitación, vivendo os usurpadores como se fossem casados, ou fazendo crer que o são. Excusado será noiar que o casamento, de cuja falsidade se trata, é o civil.

## CAPITULO IV

### DA SUBTRACÇÃO, OCCULTAÇÃO E ABANDONO DE MENORES

**Art. 289.** Tirar, ou mandar tirar, infante menor de 7 annos da casa paterna, collegio, asylo, hospital, do logar, emfim, em que é domiciliado, empregando violencia ou qualquer meio de seducção:

**Pena** — de prisão cellullar por um a quatro annos.

**Paragrapho unico.** Si o menor tiver mais de sete, porém, menos de quatorze annos:

**Pena** — de prisão cellullar por um a tres annos.

**Art. 290.** Sonegar, ou substituir, infante menor de sete annos:

**Pena** — de prisão cellullar por um a quatro annos.

**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-c.

**Art. 291.** Aquelle que, tendo commettido qualquer dos crimes supra indicados, não restituir o menor soffrerá a pena de prisão cellullar por dois a doze annos.

**Art. 292.** Expôr, ou abandonar, infante menor de sete annos, nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemiterios, vesti-



bulos 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.

§ 1.º Si fôr em logar ermo o abandono, e, por effeito deste, perigar a vida, ou tiver logar a morte do menor:

**Pena** — de prisão por um a quatro annos.

§ 2.º Si fôr autor do crime o pae ou mãe, ou pessoa encarregada da guarda do menor, soffrerá igual pena com augmento da terça parte.

**Art. 293.** Incurrerão em pena de prisão cellular por um a seis mezes:

§ 1.º Aquelle que, sem prévio consentimento da pessoa ou da autoridade, que lh'a houver confiado, entregar a qualquer particular, ou estabelecimento publico, o menor de cuja criação e educação estiver incumbido.

§ 2.º 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.

DECR. N. 17.943-A, DE 12 DE OUTUBRO DE 1927

(Codigo de menores)

**Art. 132.** O art. 292 do Codigo Penal é substituído pelo seguinte:

“Expôr a perigo de morte ou de grave e imminente damno á saúde ou ao corpo, ou abandonar, ou deixar ao desamparo, menor de idade inferior a sete annos, que esteja submettido á sua autoridade, confiado á sua guarda ou entregue aos seus cuidados.

**Pena** — de prisão cellular de tres mezes a um anno.

§ 1.º Si resultar grave damno ao corpo ou á saúde do menor, o culpado será punido com prisão cellular de um a cinco annos; e de cinco a doze, si resultar a morte.

§ 2.º As penas serão augmentadas de um terço:

- a) si o abandono occorrer em logar ermo;
- b) si o crime fôr commettido pelos paes em damno dos filhos, legitimos ou reconhecidos ou legalmente declarados ou pelo adoptante em damno do filho adoptivo, ou pelo tutor em damno do pupillo.

§ 3.º Quando o crime recaia sobre infante ainda não inscripto no registro civil, e dentro do prazo legal da inscripção, para salvar a honra propria ou da mulher ou da mãe, da descendente, da filha adoptiva ou irmã, a pena é diminuída de um terço a um sexto.

**Art. 133.** Abandonar menor de 16 annos de idade, para com o qual tenha o dever legal de prover á manutenção, ou esteja sob sua guarda ou confiado aos seus cuidados:

**Pena** — de prisão celllular de tres mezes a um anno.

**Parapho unico.** Quando o abandono se der por negligencia da pessoa responsavel pelo menor, a pena será de um a tres mezes de prisão celllular e multa de 50\$000 a 500\$000.

**Art. 134.** Negar sem justa causa ao filho, legitimo, natural ou adoptivo, menor de 16 annos de idade, os alimentos ou subsidios, que lhe deve em virtude de lei ou de uma convenção ou de decisão de autoridade competente; deixar de pagar, tendo recursos, a sua manutenção, estando elle confiado a terceiro com essa obrigação; recusar-se a retomal-o; abandonar, embora não o deixando só, quando elle se achar em perigo de morte ou em perigo grave e imminente para sua saude:

**Pena** — de prisão celllular de oito dias a dois mezes, e multa de 20\$000 a 200\$000; além de inhição do patrio poder.

**Art. 135.** Desencarregar-se do filho, entregando-o a longo termo aos cuidados de pessoas, com as quaes sabia ou devia presumir que elle se acha moral ou materialmente em perigo:

**Pena** — de prisão celllular de quinze dias a tres mezes; e de um a seis mezes, si a entrega foi feita com fito de lucro.

**Art. 136.** Subtrahir, ou tentar subtrahir, menor de 18 annos ao processo contra elle intentado em virtude de lei sobre a protecção da infancia e adolescencia; subtrahil-o ou tentar subtrahil-o, embora com o seu consentimento, á guarda das pessoas a quem a autoridade competente o houver confiado; induzil-o a fugir do logar onde se achar collocado por aquelle a cuja autoridade estiver submettido ou a cujos cuidados estiver entregue; não o apresentar, sem legitima excusa, ás pessoas que tenham o direito de reclamal-o:

**Penas** — de prisão celllular de trinta dias a um anno, e multa de 100\$000 a 1:000\$000. Si o culpado foi o pae ou a mãe ou o tutor, as penas podem ser elevadas ao dobro.

**Parapho unico.** Não restituir o menor nos casos deste artigo:

**Pena** — de prisão celllular de dois a doze annos.

350. Ainda como crimes conra a segurança do estado civil, contempla o codigo neste capitulo os de *subtracção*, *occultação* e *abandono de menores*. O anterior, além de outras modalidades, contemplava, no art. 254, os de *furto*, *occultação* ou *troca de alguma creança*, sob o titulo da mesma rubrica. No tocante á *subtracção de menores*, não tem havido uniformidade na determinação do seu objecto proprio.

Para uns, e é a *opinião communis*, a subtracção de menores não lesa a liberdade individual destes, mas o patrio poder ou o poder tutelar, ou, na expressão de OLSHAUSEN, o direito de educação e de inspecção pertencente aos paes e tutores, por isso que o menor não pôde dispôr de si, nem pôde consentir validamente. O principal objectivo da lei, reprimindo o facto, nota GARRAUD, é a protecção da familia e manutenção da auctoridade paterna. E' a orientação seguida pelo código francez, art. 354, pelos nossos e outros.

Para outros, o objecto do crime é a liberdade individual do menor, embora a faculdade de dispôr desse bem juridico não lhe pertença, e sim aos paes ou tutor. Em consequencia, o consentimento destes exclue a illegalidade do facto, ao passo que o do menor é indifferente (LISZT, MEYER, LOMBARDI, FLORIAN, etc.).

No código penal allemão, o crime é collocado logo após o do rapto de homem, no titulo 18, e no código italiano entre os crimes contra a liberdade individual (art. 148). Finalmente para outros, bens juridicos lesados ao mesmo tempo pelo crime são a liberdade individual do menor e a auctoridade paterna ou tutelar (CARRARA e outros).

351. A acção criminosa do art. 289 realiza-se pela *tirada* ou pela *abductio de loco ad locum* do infante, quer a tirada seja feita pelo proprio agente, quer a mandado seu. O código francez, art. 354, fonte do nosso, faz consistir a acção em diversos aspectos, estatuinto: "Quiconque *aura*, par fraude ou violence, *enlevé* ou *fait enlever des mineurs*, ou les *aura entraînés, détournés* ou *déplacés*, ou les *aura fait entraîner, détourner* ou *déplacer des lieux* ou ils étaient mis par ceux á l'autorité la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, etc." O legislador, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, quiz prever todos os modos do rapto (enlevement); recebeu que esta expressão se mostrasse, a certos respeito, restrictiva, e assim, de alguma sorte definiu-a, enumerando os diversos meios pelos quaes pudesse ter lugar.

O nosso enendeu que o termo *tirar* abrangia todos os modos da deslocação do infante, incluindo, porém, redundantemente o mandato como modalidade da acção criminosa, quando já o previra como forma geral da participação principal criminosa (art. 18 § 2.º).

A tirada, por isso que opera-se pela trasladação do menor, se compõe de dois termos: o logar onde estava o menor e o logar para onde foi levado. O código designa o primeiro termo de modo exemplificativo, como sendo a *casa paterna, collegio, asylo, hospital*, ou logar em que é *domiciliado*. Esta expressão é impropria, pois não se trata do domicilio do menor, mas de sua moradia ou estadia simples. O que o legislador quiz estatuir, nessa dicção diffusa, foi que a tirada devia ser feita da esphera de vigilancia paterna ou tutelar, quer essa vigilancia se exercesse directamente pelos paes ou tutores, quer indirectamente por outrem a quem houvessem confiado o menor. E' necessario que este seja posto em estado de facto em que o pae ou tutor não possa exercer a auctoridade ou vigilancia que lhes cabe, estado esse, bem como a respectiva duração, que devem ser apreciados segundo as hypotheses. O sujeito passivo é o infante, de um ou de outro sexo, menor de sete annos. To-

mando este limite de idade, o legislador teve em vista que é nesse período que a creança, pela fraqueza e inexperiencia, mais necessita dos cuidados paternos ou tutelares, e, pois, mais dependente se torna dos paes ou tutores, cuja autoridade, se exercendo assim amplamente, maior offensa recebe da acção criminosa da tirada.

Foi attendendo ainda a essa razão que, no paragrapho unico do art. 289, o legislador reduziu a pena, no caso de se tratar de menor de mais de sete e menos de quatorze annos, nesse período menor sendo o perigo a que fica exposto, desenvolvida em mais latitude tendo sua actividade, e, pois, em melhor condição de, per si proprio, subtrahir-se á acção criminosa. Esta deve exercer-se por *violencia*, isto é, pelo emprego de meios materiaes para tirar o menor, apesar de sua resistencia, do logar em que se achava por determinação paterna ou tutelar; ou por *seducção*, diz ainda o codigo, mas imprpropriamente, porquanto o meio é a *fraude*, como se vê devidamente especificada no codigo francez, art. 354; allemão, art. 235; portuguez, art. 342; belga, art. 368, etc. O agente neste caso se vale do artificio das machinações, das ciladas para conseguir seu intento, como no caso de usar indevidamente do nome e da autoridade paterna ou tutelar, de corromper aquelle a quem estivesse confiado o menor para sua tirada, etc. Deixa de existir o crime se o menor mesmo foge, e a pessoa a quem acompanhou voluntariamente, não houvesse empregado qualquer meio fraudulento. Bastante é o dolo geral, isto é, a intenção de subtrahir o menor da autoridade paterna ou tutelar, indifferente, pois, sendo o motivo que impelliu o agente, mesmo o honesto de evitar máos tratos por parte do pae ou tutor (CRIVELLARI, NOCITO, CHAUVEAU e HÉLIE, PACHECO, RIVAROLA, etc.). O essencial é que o facto seja commettido voluntariamente por pessoa desprovida de autoridade legítima sobre o menor. O Codigo de menores, art. 136, qualifica com amplitude a subtracção de menores. Tem-se questionado se commette o crime em questão o pae divorciado em relação ao proprio filho, em poder da mãe. A questão foi levantada perante o Conselho de Estado, em França, ao discutir-se o art. 354 do respectivo codigo penal, por M. REAL, respondendo TREILHARD “que a intenção da secção não era de estender o artigo aos paes e mães, em quaesquer circumstancias em que pudessem se achar.” Pondo remate ás duvidas reinantes a respeito, a lei de 5 de dezembro de 1901 estatuiu: “Quand il aura été statué sur la garde d’un mineur par décision de justice provisoire ou définitive, au cours ou á la suite d’une instance de separation de corps ou de divorce, ou dans les circonstances prévues par les lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, le père ou la mère qui ne représentera pas ce mineur á ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence, l’enlévera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auquel’s sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l’auront placé, sera puni d’un emprisonnement d’un mois á un an, et d’une amende de 16 francs á 500 francs. Si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l’emprisonnement pourra être élevé jusqu’à trois ans.” Preciso, pois, que uma lei viesse estatuir a respeito para se admittir a responsabilidade criminal do pae nas

circunstancias previstas especialmente. O nosso código, calcado no francez, offerece margem, ás duvidas suscitadas pela sua fonte, antes da lei de 1901. Citando decisões de tribunaes italianos em um sentido e em outro, entende FLORIAN, que admittindo-se que o objecto do delicto assenta na violação da autoridade paterna ou tutelar, commette o delicto o pae, privado do patrio poder, que subtrahê o filho do poder da mãe.

Outra, parece-nos, não pôde ser a solução, ante o nosso código, admittido aquelle fundamento da incriminação, como mostrámos (n. 350). Em sentido contrario ha arestos que citamos adiante (n. 356).

352. Differe a figura delictuosa do art. 290 da do art. 285 em que, neste, a sonegação ou substituição é de recém-nascido vivo ou morto, dado á luz, podendo ser autores a mãe, o pae, ou pessoa que coabite com a ré, que auxiliem ou prestem simplesmente assistencia á perpetração do crime, que tambem pôde ser praticado pelo facultativo ou parteira, que cooperar para o mesmo resultado; no art. 290 a sonegação ou substituição é praticada por qualquer pessoa, e refere-se a infante menor de sete annos. Trata-se aqui de uma *abductio de loco ad locum*. No paragrapho unico do mesmo art. 290, trata-se de uma *abductio per obsidionem*, sendo o agente o encarregado da criação e educação do menor. Se no corpo do artigo se trata do desaparecimento do menor, no paragrapho ha a recusa injustificada de apresental-o pelo encarregado de sua criação e educação a quem tem o direito de reclamal-o, obrigando-o assim a recorrer aos tribunaes para obter a entrega. A fonte da disposição, com modificações, foi o art. 345 do código penal francez.

No art. 291 trata o código de hypothese commum aos arts. 289 e 290, isto é, da *não restituição* do menor subtrahido, sonegado ou substituído, caso em que, pela sua gravidade, a pena é elevada a dois e doze annos. Ha na especie presumpção de homicidio, exactamente como no caso do art. 183, applicaveis sendo as considerações que a respeito fizemos.

353. A fonte proxima do art. 292 é o código portuguez, art. 345, como a fonte commum de ambos é o código francez, arts. 349, 350 e 352, modificados para peor. Trata-se da *exposição e abandono* de menor de sete annos, mutilando-se assim, sem razão alguma, os dispositivos do código francez, que prevêm tambem, como assimilado, o caso de exposição e abandono de incapaz de proteger-se, em razão de seu estado physico ou moral, como tambem fazem os codigos allemão, art. 221, italiano, arts. 386 a 388, o hungaro, art. 287, o hollandez, arts. 255 a 260, etc. Deixando esta orientação, seguida por codigos de escôl, como os notados, o nosso retrogradou ás épocas anteriores a 1813, etapa esta assignalada pelo código da Baviera, que ao lado da exposição do infante, primeiramente delineada como delicto autonomo pelo direito canonico, contemplou a dos invalidos.

Esta extensão é de intuitiva justificação. Se o infante, pela tenra idade, tem direito á assistencia indispensavel á sua conservação e desenvolvimento, especialmente de determinadas pessoas, constituindo a violação desse direito

um crime, em egual situação se encontra o invalido em relação aos que lhe devem cuidado e amparo, isto mesmo mais patente se tornando com o desenvolvimento dos sentimentos de benevolencia e de piedade com a intensificação crescente da solidariedade social. Divorciou-se ainda desses codigos, quando deixa de contemplar as consequencias provaveis do abandono, como as lesões corporaes graves e a morte, estabelecendo penas proporcionaes. Ha a notar mais, além de outros vícios, adiante destacados ao apreciar os elementos do crime, o relativo á sua classificação, devendo se enquadrar no titulo dos crimes contra a pessoa, como de periclitacão da vida, como correctamente faz o codigo italiano, no tit. IX, cap. V, e não no relativo á segurança do estado civil, porquanto se a este estado póde affectar, dificultando ou impossibilitando sua constatação, isso é um accidente, que não póde, pois, fundamentar uma classificação. O Codigo de menores, art. 132, deu melhor configuração ao delicto.

354. A exposição ou abandono de menores póde assumir diversa configuração criminosa, segundo o intuito visado pelo agente.

Póde ser commettido com o fim de procurar a morte ou mal corporeo ao menor, e neste caso constituirá um *infanticidio* ou *lesão corporal*; póde ser commettido com o fim de fazer desaparecer o nome e direitos patrimoniaes resultantets das relações de parentesco, e teremos o crime de *supressão de estado*; póde ainda ser commettido sem que o agente tenha em vista nenhum desses fins, mas com o intuito de livrar-se dos cuidados e trabalhos devidos ao menor, ou de occultar sua origem illegitima ou por *causa honoris*. E' neste caso que assume posição autonoma, como crime distincto, e, por isso mesmo que crêa uma situação de perigo á vida ou á integridade corporal do menor, não póde deixar de constituir um crime contra a pessoa, nessa classe collocando-o justamente o codigo italiano. Não lhe dando essa posição, errou o nosso legislador, com a circumstancia ainda de fazer do perigo sempre condição essencial do crime. Nos termos do art. 292 são elementos do crime, além do intencional supra referido:

- 1.º) a exposição ou abandono;
- 2.º) o local onde possam faltar auxilios e cuidados;
- 3.º) o perigo de vida ou a morte da criança exposta ou abandonada.

O primeiro elemento, que é o material, está na *exposição e abandono*. A *exposição* propriamente dita consiste na acção de depôr a criança em logar publico, e o *abandono* em deixal-a nesse logar sem certeza de que fosse soccorrida. Não basta, pois, notam muito bem CHAUVEAU e HÉLIE, criticando aresto da Côte de Cassação, de 27 de junho de 1820, simples interrupção dos cuidados devidos á criança, e que desta se approximem pessoas extranhas, necessario sendo que o agente não tenha a certeza de que seja acolhida. Empregando, porém, a disjunctiva *ou*, parece que o nosso codigo exige apenas, para a integração do crime a *exposição*, ou o *abandono*. A jurisprudencia franceza tem decidido pela necessidade do concurso dessas circumstancias, porquanto só assim se crêa a situação de perigo á criança

(vid. n. 357). O código não exige, como faz o italiano art. 385), que o agente tenha a *guarda* ou o *cuidado* do abandonado, pois faz agravante daquella circumstancia, equiparando-a, aliás forçadamente, á relação de paternidade (art. 292, § 2). Quanto ao local, deve ser o em que faltem na occasião auxilios e cuidados, de que necessite a victima, distinguindo o código entre *logar frequentado*, no corpo do artigo, fazendo uma enumeração exemplificativa, e *logar ermo*, este entrando como agravante (§ 1.º).

E' a mesma orientação do código francez e dos que lhe seguiram, como o o belga, o portuguez e outros, estabelecendo como criterio do perigo, o *lieu solitaire*, cuja intelligencia não têm sido isenta de duvidas, além do que constitue uma materialidade, que não comprehende em toda a sua extensão a situação de perigo, e que pôde deixar de a comprehender.

Como nota DURÃO, a noite, as intemperies, a nudez do exposto, a sua idade e estado de saúde, a affluencia de vehiculos e mil outras circumstancias, independentes da solução augmentam a possibilidade do perigo, e a noticia de que por esse logar não frequentado costuma passar a certas horas uma determinada pessoa, naturalmente diminue o risco que ha de correr o abandonado. Por isso, andaram acertadamente os códigos que não se cingiram a uma materialidade accidental, como o da Toscana, o do Grão Ducado de Baden e o hespanhol de 1848, que diz: "*cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida de um niño* (art. 411). Mas accetando a distincção do código francez, o nosso veio afinal a destruil-a. Em verdade, diz DURÃO, quando aquelle código e os que o acompanham comminam penas mais graves ao abandono em logar ermo, presumem que perigou a saúde ou a vida do abandonado; estabelecem um criterio ou medida legal do perigo de que o juiz não se pôde afastar; quando o abandono é feito em logar ermo, legalmente houve perigo, assim o quer a presumpção, e a pena eleva-se; quando em logar frequentado, a pena é a ordinaria, porque para o legislador ha uma equação entre o perigo e a solidão, ainda que na realidade isso não aconteça.

Seria um erro considerar-se o logar ermo como agravante, si elle não representasse ou equivallesse, aos olhos do legislador, a uma causa presumidamente constante de aggravação.

O que fez o-legislador brasileiro? E' incrível! Exigiu como condição indispensavel do crime de abandono o perigo de vida, tanto para o consummado em logar ermo, como para o consummado em logar frequentado, e estabeleceu penas desiguaes para esses dois casos, que tornou identicos! Dir-se-á que o logar ermo revela a perversidade ou temibilidade do delinquente, sendo essa a razão do augmento de penalidade. Segundo a escola classicæ, a lei não pune a perversidade do delinquente, podendo o dolo decrescer ou degradar-se, mas não ascender; e segundo a escola anthropologica, a periculosidade não se manifesta pelo facto concreto, mas deduz-se de outros dados ou factores mais positivos.

Mas, se o proprio legislador prevê que o perigo de vida tanto se pôde e deve dar no logar frequentado, como no solitario, porque razão não o pôde tambem prever o criminoso na occasião de pôr a victima ao desamparo?

o proprio autor do codigo confessa que não é a circumstancia do logar ermo que faz perigar a vida do derelicto, porque diz: *si fôr em logar ermo o abandono e por effeito deste (abandono)...* Que valor tem, portanto a solidão, si não é por effeito della que se agrava a pena? Todos os codigos graduam a pena, segundo o maior ou menor perigo que correu a integridade pessoal ou a vida do abandonado, o legislador brasileiro, exigindo como extremo do delicto que haja perigo de vida, gradúa a pena pela circumstancia sem valor de ter sido deposto o menor neste ou naquelle logar, num adro de templo ou numa deveza solitaria, accidentes que aliás não lhe servem para presumir o gráo de perigo!...

A questão tem um lado pratico importantissimo. Quando o legislador deixa ao juiz a apreciação do maior ou menor perigo que correu a integridade pessoal ou a vida do abandonado, o juiz pondera concretamente todas as circumstancias e, conforme o gráo de verosimilhança de perigo, applica adequadamente a pena; quando o legislador fixa uma materialidade ou uma relação de tempo ou logar, como presumpção legal de que houve perigo, o juiz tem sómente de apreciar a existencia ou não existencia do facto a que foi ligada a consequencia juridica. O perigo, o damno, é sempre potencial, e não effectivo. Tendo, porém, o legislador brasileiro distinguido o crime para diversificar a pena, conforme o logar em que fôr commettido, e, além disso, exigido como um dos seus elementos constitutivos o perigo de vida do exposto, é claro que não se trata de damno ou perigo potencial, mas sim effectivo, cuja prova ha de incumbir á accusação. Será preciso que a criança ou menino adoça effectiva e gravemente, de modo a perigar-lhe a vida, ou apenas que uma fera, por exemplo, approxime-se e fareje-lhe o berço, ou que as rodas de um vehiculo quasi que o esmaguem? Além de comminar penas desiguaes para factos identicos em gravidade, o legislador communicou penas eguaes para factos distinctos em gravidade. Assim, no art. 222 e seu § 1.º, são equiparados na pena o abandono simples e o de que resulta a morte do menor, injustiça sem par em codigo algum; a pena imposta no art. 292, mesmo na hypothese de resultar a morte do menor, é inferior á do homicidio culposo, apezar do delinquente versar em coisa illicita, isto é, proceder com dolo quanto ao antecedente, já de per si um delicto! A pena do § 1.º do mesmo artigo é de 4 annos de prisão cellular no maximo, quando, além do dolo determinado do crime de abandono, ha o indeterminado quanto ao homicidio, porque o legislador augmentou a penalidade na supposição de ter o delinquente previsto o exito funesto, em razão de ser ermo o logar. Pois não se trata nestes casos do homicidio ou do infanticidio, com a atenuante do não pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar? Por que razão o legislador brasileiro minora as penas, considerando o abandono uma circumstancia atenuante, ao ervez de todos os codigos, que o consideram aggravante?... A omissão relativa ás lesões pessoas que podem acontecer ao abandonado, e que, são previstas por outros codigos, faz crer que o *perigo de vida*, de que fallam o art. 292 é o seu § 1.º, refere-se ao proveniente de lesão, e não ao meramente potencial. Si fôr esta a interpretação, comprehende-se que o abandono não será punido como crime de per si.



355. A disposição do § 1.º do art. 292 tem como fonte o art. 347 do código penal portuguez, por sua vez inspirado no hespanhol anterior, art. 482, e francez, art. 348, fonte commum, sem a justificativa que este contem de não receber a pessoa encàrregada da criação do menor, recursos de quem a encarregou. O legislador procurou acautelar o destino da creança, confiada aos cuidados de outrem. A pessoa encarregada da educação e da criação constitue-se depositario, que não pôde abrir mão do deposito sem consentimento do depositante.

A disposição do § 2.º do art. 293 tem ainda como fonte o código portuguez, art. 346, por sua vez inspirado no francez, art. 347.

E' a chamada *indolencia culposa*, que vemos tambem contemplada no art. 389 do código italiano. Como notou LUCCHINI, na commissão de revisão do projecto deste código, não se trata apenas de uma contravenção, mas de um delicto, por isso que a omissão é offensiva de um direito elemental e fundamental da convivencia social, o direito de assistencia em caso de evidente necessidade.

### 356. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Não commette crime de subtracção de menor, o pae divorciado que subtrahê o filho confiado á guarda da esposa. Esse factio reduz-se á uma questão de direito civil (*Accórd. de 8 de julho de 1908, confirmando sentença do juiz da 2.ª Vara Federal*).

#### ESTADÓS FEDERADOS

II. Não commette o crime do art. 290 do Cod. Penal, o pae que se recusa entregar os filhos menores e os retem, na pendencia de acção de divorcio (*Accórd. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 14 de abril de 1910*).

III. Para dar-se o crime do art. 292 do Cod. 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. A falta de prova de ter existido esse perigo obsta a condemnação de quem abandonar o dito infante na porta de uma casa particular, não sendo prova bastante o indicio ou presumpção por mais vehemente que seja (*Accórd. da Relação do Estado do Rio de Janeiro, em 28 de fevereiro de 1899*).

### 357. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA.

#### FRANCEZA

I. L'article 352 ne punit l'exposition d'un enfant âgé de moins de sept ans accomplis, dans un lieu non solitaire, que lorsqu'elle est accompagnée

de délaissement, c'est-à-dire, lorsqu'il y a eu interruption des soins dus à l'enfant (*Cass.* 7 juin 1834, 16 déc. 1843).

II. Que si, pour qu'il y ait lieu à l'application de la disposition de l'article 352, il faut que l'enfant exposé ait été délaissé, il y a délaissement toutes les fois que l'enfant a été laissé seul, et que, par ce fait d'abandon, il y a eu cessation, quoique momentanée, ou interruption des soins et de la surveillance qui lui sont dus (*Cas.* 27 juin 1820).



## TITULO X

**Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida**



## TITULO X

### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DE PESSOA E VIDA

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

358. Neste titulo comprehende o codigo os crimes contra a integridade physica do homem, assignalados como *homicidio, infanticidio, instigação ao suicidio, aborto, lesões corporaes e duello*. Excepção feita deste ultimo, são crimes que em quasi todós os povos e em todos os tempos vemos punidos, por isso que se prendem directamente a um dos mais potentes instinctos, o de propria conservação, constituindo assim *crimes naturaes*, em contraposição os de mera criação politica.

São, como nota ALTAVILLA, expressão de uma variedade humana, onde o factor anthropologico entra com forte contingente, ao passo que os outros exprimem contingentes de facto. Na comprehensão daquelles crimes, o legislador corrigiu o codigo anterior, que sob egual rubrica, no capitulo I, do tit. II, parte III, abrangia indevidamente os crimes de ameaças, de entrada em casa alheia e de abertura de cartas.

Foi, porém, de omissão indesculpavel em não incluir, como crime autonomb, a exemplo dos melhores codigos, como o italiano, o allemão, a rixa, além de omissões referentes á modalidades de alguns dos previstos. Podiamos grupar os assignalados em duas categorias, uma relativa ao *corpo* e á *vida* (homicidio doloso e culposo, lesões corporaes, instigação ao suicidio, infanticidio), e outra referente á *periclitación da vida* (aborto, duello). Obdecendo, porém, a ordem estabelecida pelo codigo, vamos apreciar as formas delictuosas que contempla.

#### CAPITULO I

##### DO HOMICIDIO

Art. 294. Matar alguem:

§ 1.º Si o crime fór perpetrado com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas nos §§ 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18 e 19, do art. 39, § 2.º do art. 41:

Pena — de prisão cellular por doze a trinta annos.

§ 2.º Si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circumstancias:

Pena — de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

Art. 295. Para que se reputa mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensavel que seja causa efficiente da morte por sua natureza e séde, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado morbido anterior concorram para tornal-a irremediavelmente mortal.

§ 2.º Si a morte resultar, não da natureza e séde da lesão, e sim de condições personalissimas do offendido:

Pena — de prisão cellular por quatro a doze annos.

§ 2.º Si resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar regimen medico-hygienico reclamado pelo seu estado:

Pena — de prisão cellular por dois a oito annos.

Art. 296. E' qualificado crime de envenenamento todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por meio do veneno, qualquer que seja o processo ou methodo de sua propinação, e sejam quaes forem seus effeitos definitivos.

Paragrapho 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.

Art. 297. Aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar, commetter, ou fór causa involuntaria, directa ou indirectamente, de um homicidio, será punido com prisão cellular por dois mezes a dois annos.

359. *Homicidio*, segundo sua etymologia — *hominis excidium*, é a destruição do homem. Como facto criminoso é a destruição ou morte do homem por parte de outro homem. Neste vinculo causal é que assenta a distincção da morte, como facto punivel, da morte, como infortunio, quando advinda de um objecto ou de um animal. CARRARA, PESSINA e outros entendem que na definição é necessario que se diga destruição *injusta* para extremar o facto punivel do não punivel; mas, como pondera IMPALLOMENI, a injustiça do facto lesivo de um bem juridico consiste em ser contrario a uma norma juridica, isto é, em ser uma violação de um preceito da lei, e isto é um presupposto de todos os delictos.

Assim, não ha delicto de homicidio na morte determinada pela lei e pela autoridade competente, no estado de legitima defesa ou de necessidade, porque em taes casos o homicidio é commettido *jure*, e o mesmo se póde dizer de todos os outros factos que importam um prejuizo aos bens de outrem." O adjectivo — *injusta* — não importa, pois, como sustenta PUGLIA, uma *differença especifica*. Por isso mesmo que tem por objecto a existencia humana, que é o centro, o fundamento material da personalidade e de todos os interesses juridicamente protegidos, o homicidio excede em gravidade a todos os

outros malefícios contra o individuo, e dahi porque nas differentes legislações, considerado como tal, vemos passivel das penas mais rigorosas. *Qui percusserit et occideret hominem, morte moriatur*, já estatua a legislação hebraica, nos *Leviticos*, cap. XXIV, 17 e *Deuteronomio*, cap. XIX, 10, 11, 12, 13.

Distinguindo-se dos outros direitos, que deixavam o processo e a punição ao arbitrio dos particulares, o direito romano, desde seus primordios, considerava o homicidio delicto publico, que uma lei de NUMA POMPILIO chamava *paricidium*, orthographia alterada pela *lex Cornelia de sicariis* para *parricidium*, aquelle termo derivando-se, segundo HUSCHKE, não de *patri occidium*, mas de *paris caedes*, morte de um *civis sui juris*.

A citada lei de NUMA equiparava, para os effectos penaes, o *caedere*, a morte dada de um modo directo e material á producção mediata da morte, o *morti dare* ou *mortis causam praebere*.

Segundo a *lex Cornelia de sicariis*, modificada successivamente por rescriptos dos imperadores, as penas do homicidio doloso, que era a especie prevista, foram a *deportatio* e o confisco dos bens para os *altiores in honore aliquo positi*, a decapitação para aquelles que *secundo gradu sunt honestiores*, e a condemnação aos animaes ferozes para os *humiliores*. JUSTINIANO estabeleceu, porém, indistinctamente a pena de morte para o homicidio, dizendo sem exactidão historica: *Lex Cornelia homicidiis ultore ferro persequitur*. Como especies mais graves já vinham assignaladas o *parricidio*, o *veneficio*, o *latrocinio*.

Pelo que toca ao primeiro, tomado em nova accepção, como homicidio do proximo parente a lei *Pompeia* mandava açoutar com varas até a effusão de sangue o convencido no crime, e depois mettido em um sacco de couro com um cão, um macao, um gallo, e uma vibora, e neste estado lançado ao mar ou ao rio mais proximo, e a lei, dando a razão desse supplicio, dizia que era a fim de que o parricida, que offendeu a natureza pelo seu crime, fosse privado do uso de todos os elementos: do ar, estando ainda vivo; da agua, estando no meio do mar ou de um rio, e da terra, que não podia ter por sepultura. Do outro lado, tinha-se em conta o elemento psychologico para applicação ou isenção de pena.

Dahi punir-se attenuadamente o homicidio commettido em rixa; o exilio perpetuo para os *humiliores* e a relegação temporaria para os em *aliqua dignitate*, envez do extremo supplicio, em se tratando da morte da mulher pelo marido que a colhesse em flagrante adulterio, impune ficando se matasse o adúltero, em tal situação, na propria casa, e se fosse de vil condição, ou precedentemente condemnado, ou um liberto domestico ou servo. Ao pae era facultado matar o adúltero com a filha, sujeita ao patrio poder, quando por elle surprehendida *in ipsa turpitudine*. Contrastando com o direito romano, o direito germanico ministrava tratamento penal conforme a especie do homicidio, e assim ao assassinato (morte dada secreta e perfidamente, *furtivo modo*, caracterisada pela occultação do cadaver), punia-se com um certo numero de vezes do valor do *Wehrgeld*, e o homicidio simples (morte dada em combate publico e honroso, cuja responsabilidade o autor não



receiava assumir) era entregue á vingança da parentela do offendido. Com o predominio do conceito da ordem social, resurgimento do direito romano, e influencia do direito canonico, o homicidio voltou a ser punido no interesse publico, como delicto social. Uma elaboração doutrinal pelos interpretes do direito romano, principalmente italianos, trouxe distincções no crime, com effeitos praticos.

Assim, ao homicidio *simples* se oppunha o *qualificado*, acarretando este exasperação na applicação do ultimo supplicio, sendo seus autores excluidos da graça e de immunidades da Igreja.

De ordinario distinguam-se como qualificados: a) o *parricidium*, morte dada a um parente; b) o *homicidium proditorium*, morte com emboscada; c) o *latrocinium*, roubo á mão armada, ou matar para roubar; d) o *assassinium*, morte mediante sicario assalariado; e) o *veneficium*, a morte por envenenamento. A pena de morte continuou a ser pena normal até fins do seculo XVIII, e pelo influxo do movimento philosophico veio a ser eliminada ou reduzida a casos qualificados. O codigo francez, de 1810, distinguindo o homicidio voluntario em *meurtre* (simples), em *assassinato* (homicidio com premeditação e emboscada), em *parricidio* (morte de paes legitimos, naturaes ou adoptivos ou de outros ascendentes legitimos), em *infanticidio* (homicidio ou assassinato de um recém-nascido) e *envenenamento* ou attentado á vida de uma pessoa por effeito de substancias que podem dar a morte mais ou menos promptamente, de qualquer maneira que essas substancias tenham sido empregadas ou administradas e quaesquer que sejam suas consequencias (artigos 295, 296, 299, 300, 301), pune com trabalhos perpetuos o *meurtre*. e com a pena de morte, em regra, os casos qualificados (arts. 302 e 304). No art. 319 prevê e pune o homicidio culposo, que era estranho ao direito romano, com penas de prisão e de multa. Nos demais codigos, fazendo-se tambem a distincção, como especies principaes, de homicidio doloso *simples* e *qualificado* por algumas circumstancias e *culposo*, as penas mais graves são adjectivadas ao qualificado.

360. Em Portugal, imperante a doutrina dos glosadores, como vimos aurida dos textos do direito romano, os autores distinguam o homicidio em *voluntario* e *involuntario*. Aquelle em *simples*, segundo era commettido intencionalmente, sem certas circumstancias, que o tornavam *qualificado*, o que se verificava nas especies de parricidio, veneficio, assassinio e latrocinio. O homicidio involuntario se subdividia em *culposo* quando alguem, sem animo de fazer mal, versa em coisa illicita, ou em coisa licita, mas em logar, tempo, ou modo illicito; *necessario* quando feito, guardado o modo da inculpada defesa, ao aggressor da vida, da honra, ou dos bens; *casual* quando commettido sem intenção por aquelle que versa em coisa licita, e em tempo, modo e logar licito (PASCHOAL DE MELLO FREIRE, PIREIRA E SOUZA). Do homicidio voluntario simples, do veneficio ou dação de peçonha para matar, do assassinio ou morte mediante dinheiro, do homicidio necessario e culposo se occupa a Ord. L. V, t. 35, punindo este ultimo com pena extraordinaria, isentando de pena o necessario, e punindo as outras especies com pena capital, sendo

que o assassinio teria ainda as mãos cortadas e perda dos bens para a Corôa, em falta de descendentes legítimos. Do parricidio trata a Ord. L. V, t. 41, § 1, impondo a pena de morte, e do latrocínio, com pena de forca. o Alv. de 20 de outubro de 1763. O nosso código criminal, de 1830, revogando essa legislação, se occupou do homicidio, na parte III, tit. II, cap. I, distinguindo-o em *qualificado*, quando commettido com qualquer das aggravantes previstas no art. 16, ns. 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14 e 17, correspondentes ás do art. 39, §§ 3, 6, 8, 9, 10, 11, 12 e 13, do vigente código, e *simples* se o homicidio não estivesse revestido de dssas circumstancias aggravantes, estabelecendo como penas, no primeiro caso, a de morte, no gráo maximo, a de galés perpetuas no gráo medio, e a de prisão com trabalho por 20 annos, no minimo, e no segundo caso, a de galés perpetuas no gráo maximo, a de prisão com trabalho por 12 annos no medio, e por 6 annos no minimo (artigos 192 e 193). Não destacava, assim, em disposições especiaes, como fazia a anterior legislação, o parricidio, o veneficio, o assassinio, especies contidas no art. 192, occupando-se do latrocínio, no tit. IV, art. 271. Por uma singular omissão, não se occupava do homicidio *culposo*, lacuna sanada, pela lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, art. 19, assim cessando o regimen da impunidade reinante a respeito dessa especie delictuosa. E' de assignalar ainda a lei n. 4, de 10 de junho de 1835, só explicavel pelo regimen do trabalho escravo, mas mesmo assim não perdendo o seu character draconiano, especialmente quando vedava todo recurso de sentença condemnatoria, e punia com a pena de morte os escravos e escravas que matassem, por qualquer maneira que fosse, propinhassem veneno, ferissem gravemente ou fizessem qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morassem, a administrador, feitor e as suas mulheres, que com elles vivessem. O código vigente, mantendo a orientação geral do anterior, não lhe corrigiu todas as lacunas, nem se inspiroou nas acquisições da sciencia, as innovações trazidas resentindo-se de vicios salientes, no fundo e na forma. No art. 294 qualifica o homicidio *voluntario*; no art. 295 se occupa em definir a lesão mortal e em determinar as concausas da morte; no art. 296 define o veneficio, como modalidade delictuosa distincta, mas innocuamente, por isso que não edita a pena respectiva, e finalmente no art. 297 se occupa do *homicidio culposo*.

### HOMICIDIO VOLUNTARIO

361. Desta especie de homicidio se occupa o art. 294, que tem como pressupposto o preceito do art. 24, primeira parte. Assim, para o código, o homicidio voluntario está em *matar alguém intencionalmente*. Duas modalidades apresenta este crime, segundo o texto legal, a saber: homicidio *voluntario qualificado* (§ 1.º), e homicidio *voluntario simples* (§ 2.º), diz-se *qualificado* o homicidio quando commettido com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas nos §§ 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18 e 19 do art. 39 e § 2.º do art. 41. Estas circumstancias perdem no caso seu character de aggravantes propriamente ditas com o effeito de agravar a

pena em concreto, levando-a ao maximo; ao sub-maximo, ao medio ou ao sub-medio, consoante as regras geraes do art. 62, pois foram tomadas pelo legislador como modificativas do homicidio, augmentando-lhe a penalidade em abstracto, sem comtudo, transformal-o. São *elementos de aggravação do crime, qualificando-o*, por modificar-lhe a figura (vid. 1.º vol. n. 298).

Diz-se *simples* o homicidio quando não tiver sido aggravado pelas referidas circumstancias. A differença, pois, que extrema as duas modalidades qualificada e simples do homicidio, está na occorrença ou não de alguma daquellas aggravantes. Cotejando-se a disposição do art. 294 com as suas fontes, que são os arts. 192 e 193 do codigo criminal de 1830, vê-se que o vigente codigo ampliou, e até em demasia, os casos do homicidio qualificado, excedendo-se daquelle e outros codigos, e o que mais é, sem um criterio seguro, equiparando casos de intensidade criminosa muito diversa, como uma simples inspecção mostra desde logo.

Podemos grupar as circumstancias aggravantes que tornam qualificado o homicidio em tres categorias, a saber: 1) referentes á *pessoa do offendido*, e são as do § 9 do art. 39, comprehensivas do parricidio proprio e improprio; 2) referentes á *acção ou modo de agir*, e são as dos §§ 2, 3, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, do art. 39 e § 2 do art. 41; 3) referentes á *causa*, e são as do art. 39, § 10, a paga ou promessa de recompensa, que constituem o assassinato, segundo a antiga doutrina, com reflexo em diversas legislações (n. 359).

Dessas circumstancias tratamos com minucias, no 1.º vol., ns. 306-317, 318-321, 330-31, 334-35, 338, 340-45, 348, 350-54, 356, 359, 366, 367, 368-77 e 380. Occupemo-nos dos elementos essenciaes, communs ao homicidio qualificado e ao simples.

362. Segundo o art. 294 são elementos constitutivos do crime de homicidio voluntario:

- a) a existencia independente de uma vida humana.
- b) sua destruição por acção commissiva ou omissiva do agente;
- c) o dolo.

I. — O sujeito passivo do homicidio, como o proprio nome mostra, é o homem, isto é, o ser vivo nascido da mulher. Para o nosso codigo não basta, porém, que seja nascido ou tenha existencia propria fóra do seio materno, mistér é que tenha mais de sete dias de existencia. A destruição do ser vivo, no seio materno, constitue o *aborto* (art. 300), e a do ser que já adquiriu existencia independente, com a possibilidade da respiração pelos pulmões, até o setimo dia, constitue o *infanticidio* (art. 298). Assim, tendo como presupposto a vida humana autonoma, é bem de ver que não pôde haver homicidio, nem tentativa de homicidio, pelos golpes desferidos em um cadaver, suppondo o agente ferir um vivo.

Configurado fica, porém, o homicidio em se tratando de uma vida affectada de grave enfermidade, licito não sendo tirar um periodo de existencia, por mais breve que seja. Protegendo a vida, a lei o faz sem distincção de

sexo, edade, nacionalidade, condição social e psychica, e assim o imbecil, o alienado, o ser humano, enfim, pôde ser sujeito passivo do homicidio, isso mesmo deixando claro a lei, no termo legal — *alguem*.

Como tal tambem pôde figurar o ser por mais disforme que seja, desde que seja nascido de mulher.

Originada da constituição belicosa dos antigos povos, que por isso viam nos incapazes de pegar em armas, entes inuteis; mantida pela falta de concepção clara da protecção e assistencia aos fracos e infelizes, pela força da tradição e pela superstição dos tempos, nesses seres se imaginando um mixto de natureza diversas, viu-se vigorar a maxima: *monstruosos partus sine fraude cadunt*. Temperando os effeitos dessa maxima feroz, os juriconsultos antigos procuráram definir esses seres teratologicos, fazendo uma distincção: os monstros propriamente ditos (*monstra*), que participavam simultaneamente da natureza do homem e dos brutos (*contra humani generis formam procreata*), e monstros impropriamente ditos (*ostensa*), que apresentavam todos os caracteres humanos, apenas com algumas deformidades (*qui membrorum humanorum officia ampliarunt*). Sustentavam que a morte dos monstros propriamente ditos não era homicidio, licito sendo mata-los. Hoje a questão das monstruosidades, que se distinguem em *simples* ou *unitarias* e *compostas*, anomalias resultantes de uma paradá ou excesso de desenvolvimento, da persistencia de um orgam, de ordinario transitorio, ou da união de partes similares (LACASSAGNE), se reduz a uma questão de vitalidade, e, por breve que seja, deve ser respeitada (LISZT, IMPALLOMENI).

Tambem pôde ser objecto de homicidio o proprio agente, mas o nosso codigo, seguindo a generalidade das legislações, não pune o suicidio, e sómente a instigação e participação, como delicto sui generis, nos termos do art. 299.

363. — A subjectividade material do domicilio pôde se manifestar por acção ou por omissão. A acção consiste em causar a morte.

Como toda acção humana, dois aspectos apresenta: a) o *acto*, isto é, o movimento corporeo ou muscular, a actividade emquanto se desenvolve, valendo-se de quaesquer meios, directos ou indirectos, materiaes ou moraes, para

conseguir o fim visado; b) o resultado lethal, ou a morte daquelle contra o qual foi dirigido o acto.

Quanto aos meios, a morte pôde verificar-se não só com o emprego dos meios materiaes, como ordinariamente acontece, como tambem com o emprego dos *meios moraes*, assim chamados porque não consistem em uma materialidade, visivel para cada um, mas que do mesmo modo que os materiaes, agem physicamente alterando a saúde e produzindo a morte. São os traumatismos moraes. Tal seria o caso daquelle que, abusando da saúde precaria de outrem, ou de seu temperamento apopletico, com uma falsa noticia produzisse emoção tão intensa, a acarretar-lhe a morte, etc. Desde que com semilhanes meios o agente consiga a morte de outrem, não ha qué negar que se torna responsavel por homicidio. A vida humana deve ser protegida contra

qualquer facto anti-juridico tendente a destruil-a, e desde que tenha esta aptidão, indifferente é o meio empregado. Não ha, pois, razão juridica alguma para não aceitar a equiparação entre os meios materiaes e moraes. Tal a *opinio communis* dos tratadistas. Alguns, mas em pequeno numero, como CHAUVEAU e HÉLLIE, DALLOZ, argumentam com a difficuldade, quicá mesmo com a impossibilidade de provar o nexo de causalidade entre a morte e taes meios. Mas é confundir a questão juridica com a questão probatoria, e assim collocada a controversia, em face de uma morte attribuida a meios moraes, diz CARRARA, devemos ser mais rigorosos, exigindo uma prova apoditica do *animo* e da *efficiencia*. O nosso codigo não repelle o homicidio por meios moraes, pois, como bem nota JOÃO VIEIRA, no seu art. 294 diz, sem a menor restricção, definindo o homicidio: *matar alguem*. Já não teriam cabida os meios moraes quanto aos factos lesivos da saúde, sem sua destruição, porque o codigo só tem em vista a materialidade corporea ou integridade physica. A morte, e como resultado do acto do agente, é o outro extremo da acção, que deve ficar provado inequivocamente. Por via de regra a morte e sua causa são constatadas pelo exame pericial, que fornece a *certeza physica*; quando, porém, tal exame não possa ter logar, por não ser encontrado o cadaver, ou, dado o estado adiantado de futrefacção deste, impossivel, entende CARRARA que esta não pôde ser supprida pela confissão, nem, em regra, pela prova testemunhal, porque o accusado ou as testemunhas podem cahir em erro, suppondo que a morte seja effeito da violencia, quando na realidade advem de causa natural ignorada, e nesse sentido se registram diversos casos na pratica judiciaria. Em certos casos, porém, a certeza physica pôde ser supprida pela *certeza moral*, ministrada pelo testemunho, quando, pela *forma* da morte, impossivel se torna a inspecção cadaverica, como no homicidio perpetrado mediante incendio. Mas esta excepcional prova suppletoria, deve excluir *absolutamente* toda a *possibilidade contraria*. E' doutrina inteiramente aceitavel, e conducente com o nosso direito, que além do corpo de delicto directo, admite tambem o corpo de delicto indirecto. A morte pôde verificar-se tambem por omissão, que equivale plenamente, quando e em tanto quanto o autor tinha obrigação de agir, como, por exemplo, o caso do enfermeiro que, com intenção de matar, priva o doente do remedio prescripto, sobrevivendo a morte como effeito da omissão (vid. n. 19).

364. No art. 295 occupa-se o codigo especialmente da relação de causalidade entre o acto do agente e a morte do offendido, relação do character objectivo, e que deve ser encarada distinctamente, para sua devida comprehensão, da culpabilidade, com a qual deve ser, entretanto, associada, para os effeitos penaes. Procura-se alli determinar a essencia de facto do homicidio, que se faz consistir no nexo ontologico ou de causalidade entre a violencia praticada e a morte do sujeito passivo, thema que tem servido a innumeraveis controversias na doutrina, como reflexo nas legislações, por isso que parte de noção tambem controvertida, a noção de *causa*. Especialmente entre os juristas allemães, a questão foi debatida longamente, formando-se duas correntes. Segundo uns, collocando-se no ponto de vista abstracto, deve-se distinguir entre *causa* e

*condição*, mas uniformidade não houve em firmar o signal distinctivo, notando-se quatro formulas ou concepções principaes: a) VON BAR, presuppondo dados os antecedentes ou condições regularmente existentes, chama *causa* o antecedente que perturba o curso supposto regular e o converte em irregular; b) BINDING, suppondo equilibrados os antecedentes ou condições favoraveis ou desfavoraveis ao resultado, considera causa a acção que dá ás condições existentes a direcção decisiva para o resultado; c) segundo BIRKMEYER, causa é a condição mais efficaz; d) KOHLER distingue entre a força de impulsão e a atmospherá, em que aquella se produz.

Como nota LISZT, estas abstracções, convertendo uma das condições em causa, tem o inconveniente de que, levadas ás suas consequencias logicas, obrigam á rejeição da idéa de *concausa*, isto é, de causa concurrente na producção do resultado. Seguem, em geral, essa concepção os autores latinos. Segundo outra concepção, positiva, real, não ha que distinguir entre causa e condição, aquella comprehendendo todas as condições necessarias para a producção do resultado. Neste sentido, causa como a situação a que uma outra se segue de um modo absolutamente necessario e rigorosamente geral, a acção humana de nenhum modo póde ser causa. Em todos os casos e sem excepção alguma, diz LISZT, a efficacia da acção humana com relação ao resultado depende do concurso de uma série de circumstancias externas, que não se póde pensar supprimidas, sem que se nos apresente tambem mudado o curso das coizas. Sómente podemos designar a acção humana como causa de um resultado no sentido limitado e discreto, segundo o qual a causa não é mais do que uma das muitas condições necessarias do resultado". Foi collocando-se neste ponto de vista concreto, que FEUERBACH, redigiu assim o art. 143 do cod. da Baviera, de 1813, seguido pelos codigos de Baden, art. 204, da Austria, art. 134, da Toscana, art. 308, da Prussia, art. 185: "Para que a lesão ou ferida se repute mortal no sentido da lei, basta que na especie seja causa efficiente da morte. Por consequente, a apreciação juridica do character mortal da lesão ou ferida independe de se averiguar si em outros casos poderia ou não ter sido curada com os soccorros da arte; si, na especie sujeita, o seu resultado mortal poder-se-ia ter evitado com cuidados prestados opportuna e convenientemente; si causou a morte directamente ou apenas a occasionou de modo indirecto por effeito de outras causas mediatas desenvolvidas por ella; si, finalmente, é mortal de modo absoluto, ou só em razão da organização particular da victima ou de circumstancias fortuitas em que a mesma lesão foi feita." Os grãos de lethalidade da lesão só têm importancia para a inducção da maior ou menor intensidade do dolo, para ser o agente responsavel de *occioso* ou de *vulnerato* apenas. Perfilhando a concepção opposta, antes que esta tivesse desenvolvimento doutrinario amplo, já os antigos praticos faziam as distincções, repellidas formalmente pelo codigo bavaro. E' assim que dividiam as lesões em *mortaes absolutamente*, que de necessidade e sempre produzem a morte; *individualmente*, as que a produzem em razão de preexistentes condições anatomicas, physiologicas ou pathologicas do paciente; e *accidentalmente*, as que produzem a morte por concausas posteriores, sobrevindas e independentes do modo de agir do

delinquente. Nessa divisão, os praticos presuppunham a ausencia da intenção homicida, ou a abstrahiam, para admittirem a classificação de ferimentos, responsavel sómente o réo *de vulnerato*, porque na occurrencia dessa intenção, tinham como caracterizada a tentativa de homicidio, visto não poder juridicamente a morte do paciente ter a singular efficacia de minorar o delicto por degradação da sua força physica objectiva. O codigo toscano veio crear uma figura de delicto intermedia e especial, o ferimento seguido de morte, punido com penas inferiores ás do homicidio consumado, mas superiores ás do tentado, todas as vezes que a violencia não fosse a causa unica da morte e houvesse o dolo directo ou indirecto positivo. Seguindo, em geral, a mesma orientação, o vigente codigo italiano estatue no art. 367:

“Quando nos casos previstos nos artigos precedentes a morte não teria succedido sem o concurso de condições preexistentes ignoradas do réo ou de causa sobrevindas e independentes de seu facto, a pena é, no caso do art. 364, a de reclusão de 15 a 20 annos; nos casos do art. 265, de 18 a 22; e, nos casos do art. 266, a de reclusão superior a 22 annos.” ZANARDINELI justificou a minoração da pena em taes casos, dizendo “parecer-lhe que admittir-se a minorante da concausa é sabio, prudente e justo, repugnando ao conceito da justiça pôr á conta do agente o caso fortuito ou consequencias que, se estavam em sua intenção, excediam todavia os limites objectivos que o seu facto podia abranger”. Por modo semelhante se externou VILLA, como relator da commissão da camara, apreciando o caso. Mas se a minorante funda-se numa degradação ou deficiencia do elemento material do homicidio, pergunta DURÃO, porque razão estatuiram ZANARDINELI e os seus sectários a necessidade de serem as condições preexistentes do paciente, que concorrem para a morte, conhecidas pelo réo, cuja sciencia não pôde alterar os grãos de lethalidade da ferida? Tanto a commissão vacillou em acceitar a doutrina do ministro ou reconheceu a dubiedade della, que contradictoriamente accrescentou: “Se a morte realmente deixa inalterado o damno immediato do homicidio, é menor o damno mediato ou politico, menor o perigo, menor a commoção social, porque a intenção maligna foi posta em ser com meios que na maioria dos casos, sem o concurso de circumstancias fortuitas, são inadequados; donde decorre uma commoção menos profunda, com relação á universalidade dos cidadãos, do sentimento da segurança pessoal”. Mas a concausa, prosegue DURÃO, não altera o damno mediato ou politico do homicidio, senão quando revela uma simultanea degradação no dolo ou menor malignidade na acção, como perfeitamente comprehendeu e concretizou FEURBACH, nas disposições do codigo da Baviera. Leve-se a doutrina do illustre VILLA ás suas ultimas consequencias, como pede a logica, tomem-se em consideração egualmente as condições particulares ou individuaes psychologicas do paciente, e teremos minorado o damno mediato ou politico do homicidio, quando, por exemplo, fôr praticado em pessoa nimamente confiante, fraca de espirito, de quem o delinquente com facilidade pôde abusar!

Ninguém pôde calcular o grão de influencia ou a efficacia das concausas morte subsequente a uma lesão, afim de proporcionalmente diminuir o ele-

mento material do homicidio ou se sentir mais seguro, ou menos, pela diversidade de sua constituição, comparada com a do morto. Se cada um de nós tem a sua constituição propria, a sua individualidade diversa da de todos os mais, e si todos estamos sujeitos á acção complicadissima da mesologia, as concausas que, no phenomeno da morte seguida a uma lesão, provem dessas duas circumstancias não podem de modo algum diminuir o damno mediato ou politico do delicto ou a commoção que elle produz na sociedade; impedem-n'o a constancia e generalidade da influencia que effectivamente ellas exercem na maioria dos casos.”

365. Passemos ao nosso codigo. A pouca clareza com que foi redigido o art. 295 tem dado logar a controversia entre seus applicadores, gerando intelligencias diversas. O legislador, pelo que se vê logo do dispositivo, não seguiu em absoluto qualquer dos systemas notados (n. 364). No corpo do artigo, procurou definir, para os effeitos penaes, o que seja lesão mortal *per se*, equiparando ahi tres casos distinctos; nos §§ 1º e 2º, se occupa de certas *concausas*, isto é, de causas que, concorrendo com lesão não mortal, a tornem desta natureza, sendo no § 1º a causa concurrente ou complicativa da traumatismo, a *condição individual* do paciente, e no § 2º uma *causa accidental* e posterior.

Esta distribuição de materia, pela letra do texto, encontra comprovação estudando-se o fundo de cada disposição. No corpo do artigo, como dissemos, a lesão se reputa mortal *per se* em qualquer destes casos: a) quando seja causa efficiente da morte por sua natureza e séde; b) quando fôr praticada sobre pessoa cuja constituição concorra para tornal-a irremediavelmente morta; c) quando fôr praticada sobre pessoa cujo estado morbido anterior concorra para tornal-a irremediavelmente mortal.

No primeiro caso, tem-se a lesão, por sua natureza e séde, como causa efficiente da morte, isto é, como causa directa e unica do evento lethal, e nos dois outros casos, em que ha verdadeiras *concausas peezistentes*, por isso que a lesão, não mortal por si, assim se torna pelo concurso, ou da constituição ou do estado morbido anterior da pessoa. E' uma disposição geral, absoluta: não se procura distinguir, como faziam os praticos e ainda hoje alguns codigos e criminalistas, se o delinquente conhecia ou não o estado particular do offendido, afim de punil-o distinctamente, *de occiso* ou simplesmente *de vulnerato*, conforme a hypothese: quer conheça, quer não, responderá sempre por homicidio. A razão da equiparação dos dois ultimos casos ao primeiro do art. 295 está na clausula — *concorram para tornal-a irremediavelmente mortal*, — pouco importando que este resultado não advenha só do acto do agente, mas tambem do fortuito, desde que a sua intenção foi homicida. Observa a respeito VON BAR que aquelle que emprehende uma obra delictuosa deseja naturalmente encontrar o menor numero possivel de obstaculos, e, por isso, todas as forças extranhas, que favorecem a execução, devem ser consideradas conformes á sua vontade.



366.. Com referencia ao primeiro desses casos do art. 295, nota DURÃO que é um erro crasso suppôr-se que a lethalidade da lesão provenha da sua séde ou do sitio do corpo em que é feita, bem como exigir-se que ella deixe vestigio visivel no organismo. Entende que só estão comprehendidas na primeira parte do art. 295, as lesões que são a causa proxima primaria e immediata da morte, e não as que a determinem proxima, mas secundaria e mediatamente, como exprime-se HOFFMAN. Assim, estão fóra do quadro do art. 295 as lesões a que sobrevêm *processus inflammatorios* de certos orgãos, taes como a peritonite, a pleurizia, a encephalite, e as que occasionam, por exemplo, o tetano, a pyohemia, a scepticemia e a uremia, lesões essas que de per si não podem ser dadas como a causa unica e efficiente da morte.

Nesses casos, em que o artigo ou paragrapho do codigo incidirá o vulnerador? São casos muito communs, e em face da disposição taxativa do artigo 295 e da impossibilidade de interpretação por analogia legal ou juridica, que o codigo veda, o aggressor só responderá por offensa physica (leve ou rave), ou por homicidio tentado, se houver procedido com o *animus necandi*?

Não procede esta intelligencia do texto legal, porquanto ahi se comprehendem as lesões que directamente, immediata ou mediatamente causam a morte, pouco importando sobrevenha processo inflammatorio ou outro caso morbido, como o tetano, por isso que não são factos independentes, mas effeitos da lesão, nesta tendo sua primeira causa, e, pois, a cargo do offensor. “As successões morbidas de uma lesão, diz IMPALLOMENI, não passam de effeitos desta, e, assim imputaveis sómente ao seu agente; taes seriam o tetano, uma erisipela verificada em seguida á ferida. Pouco importa que a manifestação de taes e outros phenomenos morbidos, successivos á ferida, dependa tambem de particulares influxos epidemicos, ou de constituições anormaes e topographicas, por isso que seriam circumstancias desfavoraveis em que o delicto foi commettido, e não seriam, pois, independentes do facto do culpado... Não se poderia reconhecer tambem concurso de causas, se para a morte contribuisse uma infecção, desenvolvendo-se no hospital em que foi encerrado o enfermo, como a scepticemia, a pyohemia, a gangrena ou gastricismo de hospital, pelo ambiente infecto deste. Não existe, então, aquella independencia entre a causa da infecção e a lesão, necessaria para considerar a morte não devida exclusivamente ao delicto, por isso que não depende da vontade do offendido que o ambiente de um hospital seja perfectamente salubre, raro não sendo seu viciamento, por maiores que sejam os cuidados do pessoal sanitario”. O segundo caso previsto no art. 295 é relativo á *constituição* do offendido. Por *constituição* entende-se tudo que é relativo ás variações individuaes no encadeamento e na architectura do corpo, na proporção dos orgams, dos apparelhos, do organismo inteiro, na adaptação physica de cada parte á sua função, na repartição da materia, seja na totalidade do organismo. A constituição applica-se, pois, á estrutura do corpo, e é um caracteristico estatico, em opposição ao *temperamento*, que se refere ás variações da actividade nutritiva e funccional, e é um caracteristico dinamico (BOUCHARD).

Se não ha relação estrutural precisa entre os orgams e os aparelhos, o typo degenera, e a constituição é *fraca*, como será *média* ou *regular*, se o individuo conserva a relação estática, physica, sem exaggero ou diminuição. E' a primeira que se tem em vista, no caso da lei, por ser o typo susceptivel de consequencias graves por um traumatismo (PONCIANO CABRAL).

O *estado morbido anterior*, terceiro caso previsto no corpo do art. 295, é constituido, diz CABRAL, por estados pathologicos diversos, sempre existentes antes da causa traumatica, com verificação assignalada na autopsia: uma lesão cardiaca, sob a influencia de uma pequena pancada, no peito, por exemplo, determina a morte subita, por snycope myocardica; um aneurisma com desenvolvimento para a pelle, approximando-se da superficie cutanea, fende-se por uma simples contusão, ou minima ferida incisa, não olvidando-se o caso classico da predisposição diabetica. Devem ser incluidas no estado morbido as molestias mentaes, nem sempre de signaes pathologicos na autopsia, mas de facil verificação em processo retroativo.

367. Passemos ao exame das concausas especificadas como taes pelo codigo. Já dissemos, e repetimos, que por *concausa* se deve entender, na especie, toda causa que, unindo-se a uma lesão traumatica, produz a morte do offendido. Tem-se assim, como elementos para o fim lethal, a causa traumatica ou lesão, e o estado anormal do organismo, que é a causa complicativa da lesão. Attendendo ao tempo, esta causa pôde ser *preexistente* ou *superveniente* á lesão, e em attenção ao espaço, pôde ser *mediata* ou *immediata*, conforme se afasta ou se une intimamente a outra, para o effeito lethal. Isto posto, verifica-se que no § 1.º do art. 295 cogita o codigo de uma concausa preexistente, isto é, as *condições personalissimas* do offendido. O vago dessa expressão tem gerado accentuadas controversias entre juristas e legistas, e duas interpretações têm sido dadas ao texto legal. Segundo uns as condições personalissimas ou particulares do individuo não são outras senão a sua constituição ou estado morbido anterior. Assim entendendo, diz NINA RODRIGUES: "A segunda hypothese figurada no corpo do art. 295, isto é, a constituição ou estado morbido anterior, e as condições personalissimas do offendido, do § 1.º do mesmo artigo, são evidentemente uma unica e a mesma coisa. O legislador, no corpo do art. 295 limitou-se a dar a definição doutrinaria da lesão mortal, e mostrou que legalmente devem ser consideradas mortaes, isto é, capazes de determinar a morte não só aquellas lesões que tivessem esse resultado por sua natureza e séde, mas ainda as que o tivessem em consequencia da constituição ou estado morbido anterior, etc. E' no § 1.º, porém, que sabindo do terreno doutrinario, o legislador estabeleceu qual o tratamento legal ou a penalidade que compete a cada uma das duas hypotheses figuradas. E então estabelece muito claramente que se a morte resultar não da séde e natureza da lesão, e sim da segunda hypothese, isto é, do concurso da *constituição* ou *estado morbido anterior*, ou, o que é o mesmo, das *condições personalissimas do offendido*, a responsabilidade do aggressor será attenuada, diminuindo-se a penalidade do art. 294. Se, porém,

resultar da *séde* ou *natureza da lesão*, é claro que ficará mantida esta ultima penalidade. . . Se as condições personalissimas do offendido podessem representar uma nova condição de lethalidade da lesão, extranha e distincta das duas precedentes, evidentemente a ambas estas, e não a uma só dellas deveria ter sido opposta, desde que, ao passo que aquellas duas condições deveriam manter ambas a penalidade do art. 294, a nova condição, a do § 1.º era destinada, em opposição a ellas, a diminuir ou attenuar aquella penalidade. Então deveria ter dito o legislador, no citado § 1.º — *se a morte resultar, não da natureza e séde da lesão, nem da constituição ou estado morbido anterior, etc., e sim de condições personalissimas dos offendidos* — pena, etc. Mas o que vem dirimir toda a duvida ou hesitação ainda possivel no caso, é a consequencia absurda que decorreria da distincção dessas expressões, pois nesse caso, ninguem poderá dizer o que sejam, ou a que correspondem essas condições personalissimas.” Esta interpretação foi acolhida pela Relação do Estado do Rio de Janeiro em varios accordams. Em contrario argumentos de valia se apresentam. Em primeiro lugar, importa no olvido de elementar regra de pratica legislativa, segundo a qual a disposição de um paragrapho é modificativa, e, pois, diversa, da que se contem no corpo do mesmo artigo, isto mesmo resaltando da redacção do art. 295 e seus paragraphos.

Como já mostramos, e por uma simples inspecção se verifica, no corpo do artigo definiu o legislador o que fosse lesão mortal, procurando assim dirimir controversias reinantes a respeito.

Afastou-se da orientação do anterior codigo, que no art. 195, estatuiu: “O mal se julgará mortal a juizo dos facultativos, e, discordando estes, ou não sendo possivel ouvir-os, será o réo punido com as penas do artigo antecedente.” Era disposição compativel com o estado da sciencia medico-legal. zinda em phase embryonaria, e as condições sociaes do paiz.

Definindo o que fosse lesão mortal, como tal reputou tres modalidades, assim equiparadas para os effeitos penaes, a da lesão mortal *per se*, e as que se tornavam taes pelas condições individuaes do offendido, discriminadas como sendo a constituição ou estado morbido anterior, equiparação essa explicavel pela razão que adduzimos em o n. 363. Verificada qualquer dessas modalidades, e a intenção de matar, está integrada a figura do homicidio qualificado ou simples, conforme a occurrencia de determinadas *aggravantes*, especificadas pela lei, com a penalidade correspondente, dos §§ 1.º ou 2.º do art. 294. Mas como para a producção do evento lethal, podem concorrer factores extranhos á acção do delinquente, circumstancia que influe, diminuindo sua responsabilidade, attenta a razão invocada communmente, o legislador considerou como merecedores de especial destaque, os factores de intensidade crescente, que apontou nos §§ 1.º e 2.º do art. 295, com penalidade diversa. Em segundo lugar não é exacto que as condições personalissimas se reduzam ás da constituição e estado morbido anterior, porquanto ás condições individuaes, além da constituição e do estado morbido, comprehendem também as condições physiologicas, que, embora estados de normalidade funcional,

podem collocar o offendido em estado de vulnerabilidade especial, em determinados casos. A estas se refere indubitavelmente o § 1.º do art. 295, excluidas como são as da constituição e do citado morbido anterior, por estarem contempladas no corpo do artigo.

Neste ponto de vista, entende EDUARDO DURÃO que a concausa, alli prevista, “só pôde comprehender as condições physiologicas, passageiras ou actuaes, ou mesmo as anatomicas, que não constituam estado morbido ou não alterem o regular funcionamento dos órgãos.

Sei que os estados pathologicos, geraes ou locaes designados pela expressão, disposição particular do corpo, como expressa-se uma lei austriaca, fazem parte das condições individuaes personalissimas; mas não posso deixar de distinguir para excogitar qual foi a intenção mysteriosa do legislador brasileiro. Assim, as condições personalissimas do offendido, a que se refere o § 1.º do art. 295, excluidas a sua constituição e estado morbido, só podem comprehender:

a) os estados, ordinariamente passageiros, em que se achava o individuo exactamente no momento do accidente. Assim, a prenhez, maximé certa prenhez, a extra-uterina (*tubaire*), durante a qual uma ligeira pancada no baixo ventre pôde determinar a ruptura da trompa e a morte; assim tambem em certos casos a embriaguez aguda, que tem o effeito de aggravar as lesões e occasionar a morte por dupla apoplexia, meningea e pulmonar. Desde que o alcool altere o organismo profundamente por maneira a tornar lethal uma lesão indifferente em si mesma, a hypothese escapará da disposição generica do § 1.º do art. 295, e entrará em uma das excepções que este contem — o *estado morbido*. E igualmente, a excessiva colera, que entretanto provem em parte da constituição e do temperamento, e, por exemplo, o estado de plenitude do estomago, são condições particulares que podem individualmente tornar mortaes lesões que não o sejam por sua natureza e séde. A idade e o sexo estão tambem comprehendidos no § 1.º, porque não são estados morbidos e não têm propriamente uma constituição especial.

b) as conformações extravagantes, os desconcertos ou transposições anatomicas, que são considerados morbosos por todos os medicos legistas, mas que todavia sou forçado a incluir na disposição do § 1.º, quando não alterem a constituição ou o regular funcionamento dos órgãos, coisa aliás difficilima de ser apurada.”

368. Considerando a disposição do § 1.º comprehensiva das condições physiologicas passageiras ou actuaes, e, pois, distinctas das referidas no corpo do art. 295, se externou o desembargador FERREIRA LIMA, fundamentando seu voto vencido, em accordãos da Relação do Estado do Rio de Janeiro. Em bella monographia a respeito, o Dr. PONCIO CABRAL colloca-se no mesmo ponto de vista, quanto a não tornar synonymas ou equipollentes as expressões — *constituição e estado morbido*, de um lado, e *condições personalissimas*, de outro, caracterisando-se estas por um *quid* particular da economia, que nem sempre se representa pelas diversas circumstancias organicas indicadas

(plenitude do estomago, gravidez, etc.), sendo, porém, possível que ellas tornem o individuo mais apto para esse estado todo especial. Dada este, com um pequeno traumatismo, pôde seguir-se a morte, explicavel, então, pelo phenomeno da inibição, termo synonymo de *syncope*, mas abrangendo mais vasta significação, representando esta apenas a morte por parada cardiaca, em qualquer molestia ou affecção, sem se approximar dos phenomenos reflexos, como na primeira. Procurando caracterisar as condições individuaes em que se pôde verificar a morte subita por inibição, nota CABRAL a coincidencia de fazel-as consistir tambem em estados physiologicos transitorios, o professor VIBERT, mas a primasia da idéa, e aliás melhor traduzida, cabendo a DURÃO, que escreveu em 1891, ao passo que o scientista francez desenvolvia o assumpto em memoria á *Société de Médecine Legale*, de Paris, em 1892.

Referindo-se a factos observados, diz VIBERT: “Em casos excepcionaes o traumatismo que acabamos de mencionar produz phenomenos de inibição mortal. Procurámos, em memoria apresentada á Sociedade de Medicina Legal, determinar as condições individuaes que fornecem o desenvolvimento da inibição; e, do estudo e comparação de muitos casos, tem-nos parecido resultar que, para elles, não se podiam invocar a dôr, a intensidade do traumatismo, nem um estado de susceptibilidade especial e permanente do systema nervoso; porém condições physiologicas transitorias de um momento para outro. Deste modo ficarão inoffensivas diversas manobras abortivas, exercidas em dois dias consecutivos sobre a mesma mulher; ao passo que no terceiro dia occasionarão inibição grave, para, de novo, tornarem-se inoffensivas nos dias seguintes.

Cremos entre estas condições transitorias poder assinalar, sobretudo, o periodo digestivo. Com effeito, dos tres homens que succumbiram depois de um ponta-pé no abdomen, dois estavam em plena digestão, depois de um copioso almoço; encontrava-se ainda em identico periodo uma mulher fallecida por manobras abortivas.” Teriamos como elementos para o evento lethal: 1.º) as condições particulares do organismo, agindo na qualidade de causa predisponente, preexistente ou concurrente complicativa; 2.º) o traumatismo ou causa complicativa traumatica.

Ou melhor: 1.º) condições particulares, representando causa predisponente; 2.º) o traumatismo, causa determinante da inibição, que entra como 3.º elemento, ou causa efficiente da morte. O primeiro e o ultimo elementos estabelecem a relação entre o pequeno traumatismo e a morte subita.

Preleccionando, depois de citar muitos exemplos, mostrava BROUARDEL em que consistia o phenomeno da inibição:

“E’ preciso, por consequencia, conhecermos em medicina legal, que as violencias ou pequenas irritações de certas regiões do corpo podem determinar a morte subita, sem que se possa, entretanto, descobrir traços apparentes de contusão, taes como os de ecchymoses.

De que modo explicar estas mortes subitas? Outr’ora se dizia que o individuo morria por *syncope*. Diz BROWN-SÉQUARD, que muito estudou estas questões: “Este individuo morreu de *inibição*.” Que é a inibição, meus

srs? E' um termo que, nas discussões scientificas, vós ouvis repetir muitas vezes, sem terdes ainda conta exacta do sentido e do valor delle. Ensina-vos a physiologia serem os movimentos vitaes actos nervosos reflexos.

Uma excitação peripherica, propagando-se atravez o systema, provoca actividades reflexas, que iniciam novos movimentos.

A externutação é o typo da motilidade reflexa: irritado um ponto minimo da mucosa nasal, as ondas motoras são transmittidas ao centro reflexo correspondente, que, por sua vez, transmite a outros centros de excitação; e, reagindo immediatamente em certo numero de orgams, vêdes característicos disturbios de inspiração e expiração, movimentos do rosto, das espaldas, dos braços, do peito, corrimento lacrimal, fluxo do muco nasal e todo esse conjunto de phenomenos, em uma palavra, que constituem a externutação, o espirito.

Pois bem, meus srs.; suppondo que, sob a influencia de um excitante physico ou moral, violento, os actos reflexos, ao invez de produzir-se, param; suppondo que o centro excitado paralysa a acção de outros centros que entram ou estão já em actividade: esta paralysia é a *inibição*. Excitando o nervo pneumogastico, pára o coração; excitando a medulla cervico-dorsal, o estomago não funciona mais. Assim, a irritabilidade desta região medullar *inhibe* o estomago, a irritabilidade do bulbo e a do pneumogastico *inhibem* o coração. Os centros reflexos podem, por consequencia, agir uns sobre os outros, para excitar-se ou inibir-se. Podemos agora definir a *inibição*: — é a parada de uma função, provocada á distancia, por uma excitação do systema nervoso. Si ella é sufficientemente intensa, o funcionamento pôde desaparecer, sem retorno; a actividade organica é necessaria á vida, a morte será a consequencia.

Quando estes factos começarem a ser apreciados, julgáram mais sensiveis certas regiões, para determinarem phenomenos inhibitorios, como o larynge, o epigastro, o hypogastro e os testiculos; mas, augmentando-se o numero desses acontecimentos, verificou-se que nenhuma zona do corpo permanece refrataria á complicação de que tratamos, faltando, portanto, a predileção local.

369. Em summa, de que cogita o § 1.º do art. 295 é de estados physiologicos, passageiros, que collocam o individuo em situação especial de vulnerabilidade, como o periodo menstrual, a gravidez, o puerperio, o periodo do aleitamento, a repleção do estomago, da bexiga urinaria, etc., facto do dominio do conhecimento vulgar, e cuja interpretação scientifica, pela *inibição*, pelo illustre scientist brasileiro, inspirado em luminares da sciencia medico-legal, em França, encontra base racional. Juridicamente, a causa tem-se como verificada, para o effeito penal, quando o agente ignorava a condição particular do offendido, requisito de intuitiva procedencia, apontado como essencial pelos autores e em alguns codigos como o italiano, quando diz: concorso di condizioni preesistenti *ignote* al colpevole (art. 367). O nosso não é explicito a respeito, mas deve-se ter o requisito como implicito,

e a não ser assim iríamos ao absurdo de beneficiar com a diminuição de pena a verdadeiros scelerados, como aquelle que conhecendo o estado particular da victima, delle se aproveita para o exito fatal que tem em vista ou prevê. Como bem diz o desmbargador FERREIRA LIMA: "As condições personalissimas (physiologicas, passageiras ou actuaes), em que se achava o offendido no momento de receber a offensa simples, indifferentes em si mesmas pela malignidade intrinseca da lesão, eram ignoradas do aggressor. Eis como se explica o rebaixamento da pena na hypothese provada do § 1.º do art. 295, de 12 ou 6 a 30 ou 24 annos de prisão cellular, penas do homicidio, para a de 4 a 12 annos; donde decorre que nas circumstancias dadas do citado § 1.º o agente é punido, não como homicida, mas simplesmente como vulnerador." Quanto a este character juridico da concausa, sustentam IMPALLOMENI, NAPODANO e outros, que por defeito do elemento material, não ha mais a configuração do homicidio voluntario, mas outra intermedia entre esse delicto e a lesão corporal, isto é, a lesão pessoal seguida de morte.

370. No § 2.º do art. 295 temos uma concausa superveniente, uma lesão que se tornou mortal *per accidens*, e que o codigo reduz ao caso de resultar a morte, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar regimen medico-hygienico reclamado pelo seu estado." No codigo anterior, art. 194, essa concausa era prevista, como resultante da negligencia do offendido, disposição inspirada no projecto de codigo criminal, elaborado por MELLO FREIRE, por ordem de D. Maria I, e que mais amplamente dispunha no art. 34 § 7.º: "Mostrando-se que o ferido morreu pelo seu máo regimen, por ineptia dos medicos, ou por outros symptomas que sobrevierão, e que a ferida não era perigosa, nem mortal, não havendo convalescido della, se castigará o réo com as ditas penas pelos mesmos 10 annos." Para ser logico, uma vez que quiz levar em consideração, com reduccão tão accentuada de pena, circumstancias supervenientes que accidentalmente tornem mortal a lesão, devia, a exemplo do codigo italiano, usar de uma formula ampla, de modo que a todas aquellas circumstancias comprehendesse, e que são referiveis não só á acção do offendido, como a do medico ou auxiliares ou terceiros, como mostra o projecto citado. O codigo italiano diz — *causa sopravvenuti e indipendenti del suo fatto* (art. 367). Com a disposição do § 2.º alterou o legislador, mas para peor, pela falta de clareza, o codigo anterior, que no art. 194, estatuiu: "Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removello: Pena — prisão com trabalho de 2 a 10 annos." Em vez desta clausula final, diz o vigente codigo — observar o regimen medico-hygienico reclamado, etc. Primeiramente é de notar, com SOUZA LIMA, a redundancia de qualificação do regimen, que parece considerar a parte relativa aos cuidados hygienicos como differente, e extranha ao regimen medico. A não ser que esteja aqui a palavra *medico* por *medicamentoso*, o que seria mais correcto, e se de facto o legislador quiz especificar a natureza dos diversos recursos de que são susceptiveis os traumatismos, então esqueceu

e omittiu justamente os principaes, isto é, o tratamento cirurgico, e ás vezes tambem os cuidados obstetricos!... Isso, não fallando ainda na difficuldade de se verificar e provar á evidencia até que ponto influu a falta do competente tratamento, para explicar o resultado fatal, e até que ponto se pôde ter certeza de que, com os precisos cuidados e regimen, esse desfecho seria forçosamente conjurado.

Disso dão attestado as interminaveis contendidas e discussões, nem sempre desapaixonadas e leaes, entre medicos, e por isso geralmente improficuas, e que redundam em beneficio de criminosos, e em detrimento dos interesses da justiça. Demais, o que quer dizer esse competente curativo, e quaes são os precisos cuidados e regimen applicaveis ás diversas lesões traumaticas, e que não são sempre os mesmos, que variam consideravelmente de um systema de tratamento a outro, e no mesmo systema, de uns a outros medicos, com que todos contam por sua vez os melhores resultados, os maiores successos na sua clinica? E' pois uma circumstancia de apreciação difficilima, além de perigosa e compromettedora da boa distribuição da justiça e da equidade." Depois, quanto ao conteúdo da disposição, de censuras procedentes é passivel. Reduzindo as concausas supervenientes ás resultantes da omissão do offendido, sem distincção, tres hypotheses ha a considerar: 1.º) omissão dolosa, quando fraudulentamente, para augmentar a responsabilidade do offensor, deixar o offendido de se submeter ao tratamento prescripto, hypothese, aliás, rara de se verificar, mas não impossivel; 2.º) omissão culposa, e por negligencia, descurando o offendido as prescripções feitas; 3.º) omissão advinda de ignorancia ou deficiencia de meios do ferido. Para a devida apreciação, é de firmar que a concausa, por isso mesmo que é uma causa ou antecedente necessario da morte que intervem, accionando com a lesão, só pôde occorrer por facto independente desta, isto é, necessario se torna que haja uma interrupção de causalidade entre a acção do culpado e a circumstancia ou facto superveniente, no sentido que esta occorra de modo independente da mesma acção, e só accidentalmente se lhe una para cooperar no evento lethal. A accidentalidade é, pois, requisito necessario para que a causa superveniente tenha o effeito que a lei lhe attribue, por isso que só então tem o character de um caso fortuito em relação ao agente. Dahi por que não deve ser uma consequencia da lesão, nem ser prevista pelo agente, sabido que o fortuito ou caso é *quem nullum potest praevidere humanum consilium*. Assim, deixa de haver concausa superveniente, como já mostrámos incidentalmente (n. 365), se a perturbação lethifera é uma consequencia immediata ou mediata da lesão; se esta occasiona a morte por um processo pathologico proprio (peritonite, pleurisia, etc.), ainda mesmo influindo circumstancias locaes desfavoraveis, como o ambiente infecto do hospital, por isso que não existe independencia entre a causa da infecção e a lesão, necessaria para se considerar a morte não devida exclusivamente ao delicto.

Egualmente, não ha concausa se o agente, commettendo o delicto, podia prever que, pelas circumstancias, a morte podia se verificar, como por ser logar ermo e desprovido de recursos necessarios, para o tratamento.



Ha a notar aqui a diversidade de posição entre o medico legista e o juiz no encarar os grãos de lethalidade de uma lesão. Como nota DURÃO, tanto as causas externas como as circumstancias accessorias podem, ou não, ser precedentemente conhecidas do aggressor, e essa consideração leva o juiz muita vez a conclusões differentes das 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 umas e outras eram conhecidas do aggressor, que do seu concurso se aproveitou para assegurar o exito do delicto, 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 réo conhecia o estado de gravidez da offendida, a mesma lesão é necessariamente lethal.

Como bem diz ORSOLATO; o juizo medico-legal não pertence unica e exclusivamente ao perito (*La medic. legal degli feriti*).

Isto posto, ha concausa superveniente, nos dois primeiros casos apontados, de acção dolosa e culposa do offendido, porquanto, renunciar os meios de tratamento que a sociedade apresta, diz IMPALOMENI, é modificar para peor as condições sociaes em que a lesão foi produzida, e por isso é uma superveniencia. Não se verifica o mesmo no terceiro caso, isto é, de não ter sido observado o regimen medico-hygienico por ignorancia ou deficiencia de meios do offendido, por isso que não se modificam as condições sociaes em que o delicto foi commettido, responsavel sendo o offensor pelas consequencias. “Não será accidental, diz o citado escriptor, referindo-se ao caso, que alguém, ferido, e na impotencia de prover á propria salvação, acabe pela fome, pelo frio ou devorado pelas feras. A superveniencia não é accidental, por ser dependente da impotencia em que o delicto collocou o offendido.” No sentido exposto deve ser entendido o § 2.º do art. 295.

371. Discriminando exactamente os casos de lesão mortal *per se* dos de concausas, o *Formulario official para os quesitos do corpo de delicto* estabelece as seguintes regras:

“4.º Se, por sua natureza e séde, a lesão foi causa efficiente da morte;

5.º Se a constituição ou o estado morbido anterior do offendido concorreram para tornal-a irremediavelmente mortal;

6.º Se a morte resultou das condições personalissimas do offendido;

7.º Se a morte resultou, não por que o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar o regimen medico-hygienico reclamado por seu estado.”

A respeito, tem julgado o Trib. de Justiça de S. Paulo que é desnecessário formular os quesitos sobre concausas quando a morte é immediata aos ferimentos.

No regimen do anterior codigo, decidiu tambem a Relação da Côrte, em 5 e 13 de março de 1874, que quando a morte fôr instantanea não ha necessidade do quesito referente ao art. 194 do mesmo lodigo.

Uma tal jurisprudencia não pôde ter acolhida absolutamente.

Como bem nota ALCANTARA MACHADO, é presuppôr uma relação constante e necessaria entre a rapidez do desfecho e a lethalidade da lesão. Por outras palavras: é reputar impossivel o concurso de factores accidentaes, quando a victima succumbiu logo depois do crime.

Nada haveria a objectar si a concausa unica admittida pelo codigo fosse a do § 2.º do art. 295, que suppõe necessariamente a decorrença de algum tempo entre o momento do facto e o evento; mas o codigo contempla tambem concausa preexistente ou anterior, e a observação tem mostrado que é compativel com a morte immediata.

Em BROUARDEL, á pag. 175 do seu livro — *Les blessures et les accidents du travail*, encontra-se um caso typico de morte instantanea por effeito de concausa physiologica: trata-se de um rapazola que, brincando com outro, logo depois do almoço, recebeu um ligeiro golpe na região epigastrica, e, querendo se levantar, caiu morto.

A' pag. 323 encontra-se um caso de morte immediata por interferencia de causa pathologica: certo agente de policia, padecendo de pleurisia, é attingido no peito pela ponta de uma bengala, ao nivel da terceira costella, e morre subitamente.

Por esses e outros inumeros exemplos, se vê que a lethalidade da lesão e instantaneidade da morte são factos independentes e autonomos. O traumatismo pôde ser essencialmente mortal, por sua natureza e séde, e o desenlace demorado ou tardo, o desfecho pôde ser fulminante e devido ás condições personalissimas do padecente.

Além de que tal jurisprudencia importa em uma limitação indebita á liberdade de apreciação do jury, que é um dos caracteres fundamentaes da instituição." O Supremo Tribunal firmou, porém, exacta intelligencia, decidindo que as concumstancias do art. 295 e seus paragraphos do codigo penal constituem questões de facto, que devem sempre ser propostas ao jury a quem compete decidil-as soberanamente, embora contrariando as conclusões dos peritos (n. 376, I).

372. O expendido sobre as concausas deixa ao mesmo tempo assignalada a differença entre essa figura delictuosa e o homicidio *super* ou *preter-intencional*, o que cumpre tornar, não obstante, explicita, por isso que confundidas têm sido por alguns commentadores do codigo, como MACEDO SOARES, além de que virá pôr em relevo a imprevidencia do legislador em não contemplar distinctamente essa modalidade do homicidio, com a penalidade adequada, como faz o codigo italiano, art. 368. Na concausa, como vimos,

quer se considere a hypothese como homicidio excusado relativamente, segundo opinam uns, quer se considere como delicto especial, a lesão corporal seguida de morte, segundo outros, tem-se o elemento material imperfecto, mas o moral peculiar ao homicidio, isto é, a morte entrando na previsão do agente, como fim da acção, ou como effeito possível desta. No homicidio preter ou superintencional, o elemento material pôde ser a lesão mortal *per se*, como causa unica da morte, ou a lesão conjugada a outra causa, preexistente ou superveniente, e, quanto ao elemento moral, o dolo está aquem do evento, não o comprehende, se limita ao animo de offender sómente; e dahi a razão da denominação dada a essa figura delictuosa. Além de não ser *querida*, a morte não é também *prevista*, embora o pudesse ser, e nisto está a differença entre essa figura e o homicidio com dolo indeterminado. Assim, o homicidio preterintencional occupa uma posição intermedia entre o crime doloso e o culposo: não é homicidio doloso ou voluntario, porque não suppõe como este o *animus necandi*, quer explicito, como no dolo determinado, quer implicito, como no dolo indeterminado, e sim o *animus laedendi*; não é culposo, porque o offensor teve vontade de offender. Attendendo a essa posição especial, a pena a applicar não pôde ser a do homicidio voluntario, nem a do homicidio culposo, mas intermedia, infligida coherentemente pelo codigo italiano, por isso que foi orientado pela doutrina da proporção da pena ao facto delictuoso. O nosso codigo, embora inspirado pela mesma doutrina, não qualificou a especie, valendo-se a pratica judiciaria para a punição da attenuante do § 1.º do art. 42, o que não impede de se applicar, em todo caso, uma pena excessiva. Além disso, em rigor, nem cabida teria essa attenuante. Como nota DURÃO, e vimos atraz, 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 mais elevadas que a dos antecedentes dolosos, segundo a doutrina da prevalencia. E' certo que, apezar das subteis 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 também assim entendeu-se, sem embargo de se não poder graduar a pena, por ser determinada ou prefixada a unica attenuante capaz de operar aquella equidade."

373. III) O dolo do homicidio está na intenção de matar, ou no *animus necandi* ou *occidendi*. Esta intenção, diz CARRARA, pôde ser *explicita*, o que se verifica no dolo determinado, isto é, quando o effeito, a morte, foi prevista e *querida* pelo agente, que para a conseguir poz em pratica todos

os meios e actos necessarios; ou *implicita*, 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.

Especificadamente neste ultimo caso, de dolo indeterminado, pôde occorrer uma ou outra destas hypotheses: 1.º) o agente se propõe lesar de qualquer modo a integridade pessoal de outrem, e *prevê*, mas *não quer*, a morte, e esta se verifica (dolo *alternativo*); 2.º) o agente se propõe de lesar a integridade pessoal de outrem, *prevê* a possibilidade da morte, e, todavia, se decide a offender, sobrevenha ou não a morte, e esta se verifica (dolo *eventual*).

Nestes casos, nota CARRARA, o animo de matar, que é *implicito*, equivale ao animo de matar *explicito* limitativamente para o fim de declarar doloso o homicidio, porque, ainda mesmo que não seja precisamente querida a morte, são queridos os meios pelos quaes se *prevê* poder conseguil-a. Tratando-se de tentativa, doutrina ainda o mesmo criminalista, com acceitação ampla do nosso legislador, não basta simplesmente prever o effeito como consequência possível dos meios adoptados, e querer esses meios; é preciso ter querido positivamente esse effeito, e não outro, e ter agido no sentido de obtê-lo. Quem pratica actos que *prevê* serem capazes de dar a morte, si de facto estes a occasionam, é responsavel por homicidio, porque, posto não quizesse precisamente matar, todavia previu poder matar e matou.

Quem não consegue matar tendo empregado actos capazes de produzir a morte, é responsavel por homicidio tentado, porque, si é certo que o acontecio não indica um homicidio, não pôde haver duvida alguma sobre a intenção. Mas quem não mata nem teve intenção directa de matar, ainda que previsse a possibilidade de o fazer e que não se verificou, não é responsavel por homicidio, porque nem pelo *effeito*, nem pelo *affecto* não se pôde assim qualificar o facto. Nem pelo effeito, porque nada consegue; nem pelo *affecto*, porque a previsão é diferente da vontade, e para os fins juridicos o facto aqui vale a vontade equando o acontecimento se verifica (vid. parte geral desta obra, ns. 91 e segs.)

Passemos ao exame do homicidio culposo, por isso que innocua é a disposição do art. 296, em que se qualifica o crime de envenenamento, á imitação do codigo penal francez, art. 301, por isso que não se commina pena correspondente, facto que vem attestar o atropello com que fôí redigido o codigo.

### HOMICIDIO CULPOSO

374. Desenvolvendo a doutrina tradicional sobre a culpa punivel, a doutrina chamada subjectiva, inspiradora de nosso e outros codigos penaes, mostrámos que assenta na *previsibilidade* da offensa ao direito, o agente sendo passivel de pena, não porque quizesse o evento damnoso, mas porque não o previu, quando podia e devia prever, e tambem *prevenir*, ajunta BRUSA, requi-

sito este, aliás, já entrevisto por CARRARA, quando dizia que “a previsibilidade sem *poder de prevenção* equivale á não previsibilidade, quando o homem está na *necessidade de agir* (vid. 1.º vol., ns. 187 e segs.) Notámos também que não reinando uma concepção doutrinaria definitiva a respeito da culpa, se contrapunha á subjectiva, a doutrina principalmente objectiva de STOPPATO, segundo o qual “o evento danoso e contrario ao direito é punível, quando fôr o producto immediato de um acto voluntario do homem, o qual, embora não se dirija a fim anti-juridico, se realisou com meios não conducentes á idéa do direito.” Destaca-se assim um extremo até então descurado, o *meio illicito*, mas não se acceniua outro essencial, diz ALTAVILLA, a *potencialidade* que deve ter o acto illicito de *produzir o damno* que causou, do contrario seria pôr o fortuito a cargo do agente. Assim, a culpa penal, ao seu ver, consistiria em “acção ou omissão illicita, por ser genericamente não conforme ás exigencias da vida social e especialmente continente de evidente potencialidade para causar o evento danoso.”

Segundo a doutrina tradicional, e tendo em vista especialmente o homicidio, este é culposo quando a morte do homem é resultado de acção ou omissão sem intenção criminosa, e cujo effeito funesto não foi previsto pelo agente, que podia e devia prever e prevenir. Com a clausula — poder prever e prevenir — assignala-se a differença entre a culpa e o caso. Inspirando-se nesta doutrina, e sanando a lacuna do anterior codigo, que não comprehendia a especie, como já assignáramos, a nossa lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, art 19, qualificava o homicidio culposo, estatuinto: “Aquelle que, por impericia, imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento, commetter ou fôr causa de um homicidio involuntario, será punido com prisão de um mez a dois annos e multa correspondente.” Baseando-se neste dispositivo, o codigo vigente, art. 297, trouxe-lhe estas modificações: 1.ª) accrescentou, como modalidade da culpa, a *negligencia*, sua fórmula, na realidade, mais typica; 2.ª) accrescentou, como fórmulas da actividade, em que póde versar a impericia, a *arte* ou *profissão*, aliás já presuppostos do conceito de impericia; 3.ª) accrescentou mais a clausula “directa ou indirectamente”, aliás também já comprehendida na expressão “*commetter* ou *fôr causa involuntaria*”. Segundo essa disposição, são elementos do homicidio culposo:

- 1.º) a existencia independente de uma vida humana;
- 2.º) sua destruição por acção ou omissão, directa ou indirecta, do agente;
- 3.º) a imprudencia, negligencia ou impericia na arte ou profissão, ou inobservancia de alguma disposição regulamentar, como fórmulas taxativas da culpa.

375. I) Quanto ao primeiro elemento, tem applicação o que expendemos a respeito do homicidio voluntario, excepção feita do periodo inicial da existencia humana, que si naquella modalidade delictuosa deve partir do

setimo dia, porque antes se teria o infanticidio, no homicidio culposo deve ter inicio commum, isto é, com a cessação da respiração placentaria do feto e possibilidade da respiração pelos pulmões (vide n. 362).

II) Quanto ao segundo elemento, a acção commissiva ou omissiva, que deve ser voluntaria, pois a involuntariedade se refere só ao effeito, que não é querido, nem previsto, pôde ser causa *directa* ou *immediata*, quando se prende ao evento por uma relação efficiente ininterrupta, e *indirecta* ou *mediata* quando se prende ao evento por outra causa humana, mediata tambem, ou logo immediata (vid. o que expendemos no 1.º vol., n. 196). Dado o concurso de causas immediata e mediata (concurso que não se deve confundir com participação ou cumplicidade *sensu lato*, inadmissivel em crime culposo, como accentuamos no numero citado), a causa immediata pôde ser um animal, um sêr humano irresponsavel, como no caso do homicidio committido por um louco, que em infracção do disposto no art. 378 do codigo penal, estiver vagando, por omissão de quem estiver obrigado a guardal-o, então, causa *mediata* do evento (PUGLIA, IMPALLOMENNI).

Como o codigo italiano, o nosso só trata das concausas, com o effeito minorante da responsabilidade, a proposito do homicidio voluntario. Nada impede, porém, que sejam admittidas tambem em caso de homicidio culposo. IMPALLOMENI, seguido por PUGLIA e outros, faz uma distincção inteiramente accetavel, conforme aos principios fundamentaes da imputabilidade. Tratando-se de *condições preexistentes*, o culpado não pôde invocal-as, porquanto, em caso de culpa, a morte é sempre e exclusivamente occasionada pelo facto imprudente do culpado e é sempre incuria offender um homem são ou doente, nem poderia favorecer a ignorancia daquellas condições, porque esta circumstancia tem valor no caso em que o culpado tivesse intenção de offender; tratando-se de causas *supervenientes*, o culpado só deve responder por lesão corporal culposa.

III) Quanto ao terceiro elemento, a culpa deve manifestar-se por uma ou mais das fórmats taxativamente mencionadas na lei (vid. no 1.º vol., ns. 190 e seguintes, onde nos occupamos dessas fórmats e questões connexas). Fóra desses casos, o facto deve ser considerado casual. O codigo é omisso quanto á pluralidade de resultados de uma acção culposa. Vid. decisão que proferi a respeito n. 376, XII).

### 376. JURISPEUDENCIA BRAZILEIRA.

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. E' nullo o julgamento por não haverem sido propostos ao jury os quesitos relativos ás circumstancias, que dão logar á classificacção do homicidio no art. 294 § 2.º, ou em qualquer dos paragraphos do art. 295. O que o conselho de sentença affirmou, conformê se vê das suas respostas, foi unicamente — que o réo matou —; e dizer que o réo matou, sem dizer que a morte resultou da natureza e séde da lesão, ou de circumstancias pessoas do

offendido, ou ainda da inobservancia do regimen medico-hygienico reclamado pelo estado do mesmo offendido, tanto autorisa a condemnação no art. 294 § 2.º, como no art. 295 § 1.º ou 2.º. Pouco importa para o caso o constar do auto de autopsia — que o ferimento foi a causa efficiente da morte por sua natureza e séde —; trata-se de questões de facto, e sobre a questão de facto é o jury quem decide soberanamente (*Accord. de 27 de julho e 28 de setembro de 1904*).

## DISTRICTO FEDERAL

II. O trazer um bonde com muita velocidade em rua estreita, de grande frequencia de transeuntes, é acto de manifesta imprudencia, porque o accusado podia e devia prever a possibilidade de um desastre, que facilmente se daria em semelhantes condições (*Accord. da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, em 24 de julho de 1895*).

III. A imprudencia da victima não isenta de responsabilidade penal o accusado, si o processo demonstra que houve tambem de sua parte imprudencia, negligencia, impericia na arte ou profissão, inobservancia de disposição regulamentar, principalmente tratando-se de creanças, que a lei protege contra suas proprias imprudencias, prescrevendo disposições que têm por fim prevenir possiveis accidentes. Confessando o accusado ser ainda um aprendiz de cocheiro, a sua responsabilidade penal resulta, portanto, desta dupla circumstancia; era ainda imperito na sua arte e ao mesmo tempo imprudente, porque exercia uma profissão sem estar para ella devidamente habilitado (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, em 17 de abril de 1902*).

IV. A impericia se verifica pela omissão de medidas technicas que não devem escapar á attenção do profissional e são reclamadas pela natureza da profissão, ao passo que a negligencia e imprudencia caracteriam-se pela omissão de certos cuidados que os homens são obrigados a empregar nos factos ordinarios da vida e que não escapam á attenção commum dos individuos. Tratando-se de homicidio por impericia, para que esta se possa apurar é indispensavel o corpo de delicto directo nos vestigios deixados pela acção delictuosa (*Accord. da 2.ª Camara da Côte de Appellação, em 14 de setembro de 1906*).

V. A previsibilidade das consequencias delictuosas do acto que praticava, caracteriza o homicidio culposo por imprudencia, a que se refere o cod. penal no art. 297, em que até se previu expressamente a hypothese de ser o delinquente *causa indirecta* ou *mediata* de um homicidio involuntario, ampliando-se o conceito da culpa, para os effeitos da responsabilidade criminal, nos termos do brocardo — *causa cause est causa causati*.

Dest'arte, a permanencia da victima sob o vehiculo, em consequencia da fuga do agente, deve integrar-se no conceito da imprudencia do mesmo denunciado, da qual resultou a morte da victima, por aquelle imprevista, mas previsivel (*Accord. da 1.ª Camara da Côte de Appellação, em 17 de setembro de 1906*).

VI. Não basta o alarma ou aviso dado ao transeunte pelo motorneiro do bonde electrico, para excluir a sua responsabilidade criminal no caso de ser o dito transeunte victimado pelo mesmo carril. Assim, constitue veheamente indício de imprudencia ter o motorneiro se limitado a tocar a campainha e a gritar, quando lhe era facil diminuir a marcha do carro de modo a poder paral-o se a victima não attendesse ao alarme (*Accord. da 2ª Camara da Côte de Appellação, em 3 de dezembro de 1907*).

VII. O exercicio de certas profissões reclama attenção particular; o menor descuido ou imprevidencia pôde acarretar consequencias funestas, pelo que obriga o emprego de medidas de segurança impostas pela natureza do acto; é a *violação voluntaria* desse dever que constitue a base da responsabilidade no *homicidio por impericia profissional*, pois a lei não pune o *erro do officio*, senão quando aquelle que o pratica, conhecendo todos os segredos de uma arte, podendo prevenir as consequencias *previsiveis* do seu acto, não o faz *voluntariamente*. O ponto relevante é a apreciação da actividade do agente, em ordem a saber, si de sua parte houve *erro de officio, impericia caracterisada pela omissão voluntaria* de medidas technicas que, no caso concreto, um profissional não poderia deixar de empregar (*decisão do juiz da 3.ª Vara Criminal, confirmada por accord. da 2.ª Camara da Côte de Appellação, em 19 de janeiro de 1909*).

VIII. É responsável por sua negligencia o gerente de um estabelecimento balneario que não possui uma embarcação ou outros meios de socorro para, em casos taes, evitar a morte daquelles que procuram o seu estabelecimento; está esse gerente incurso nas disposições do art. 297 do codigo penal (*decisão do juiz da 4.ª Vara Criminal, confirmada por accord. da 1.ª Camara da Côte de Appellação, em 19 de dezembro de 1910*).

IX. O *derrapamento* dos automoveis sendo sempre de prever, principalmente nas curvas, estando escorregadio o pavimento, e podendo sempre ser evitado, não constitue caso fortuito ou de força maior. A ausencia do funcionario incumbido de ordenar o trafego no local, o que deu logar a que esse trafego se fizesse irregularmente, só poderia determinar da parte do réo na condução do seu vehiculo, pelo conhecimento que certamente tinha do movimento de vehiculos e pela incerteza em que se achava da boa ordem do mesmo movimento, maior cautela, que, uma vez tomada, teria como consequencia evitar desastres.

O facto de ter o *derrapamento* occorrido devido a uma brusca e forçada mudança de direcção do mencionado automovel, feita no intuito de evitar um encontro com outro vehiculo que lhe tomára a frente, não exclue, em face da doutrina exposta, a culpa do réo que, attentas as condições do local do desastre, devia ter reduzido notavelmente a marcha do seu vehiculo, de modo a poder mudar-lhe a direcção ou mesmo paral-o prompta e regularmente. Nestas condições, o réo, com o procedimento que teve, praticou uma falta, sendo, portanto, responsável pelo resultado verificado (*decisão do juiz da 4.ª Vara Criminal, confirmada por accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 4 de abril de 1914*).



X. No art. 297 do cod. penal define o legislador o homicídio involuntario, para o qual concorre unicamente a culpa desdobrada em qualquer de suas manifestações, isto é, a imprudencia, a negligencia ou impericia na arte ou profissão. Na ausencia de qualquer um destes elementos, o facto occorrido não pôde deixar de ser havido como inteiramente casual. O mal produzido por simples accidente não acarreta a responsabilidade criminal, quando se trata da execução de um acto licito e que se tenha observado da victima (*decisão do juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal, confirmada por accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, em 23 de maio de 1914*).

XI. Dada a concurrencia de culpa do agente e do offendido, o que se deve verificar, segundo a moderna intuição de direito penal, suffragada pela jurisprudencia, não é a compensação, repellida no assumpto, mas a *relação de causalidade*, isto é, si a culpa da victima era tal que, sem ella, o mal não teria acontecido, ou por outra, que seja causa primaria necessaria, directa, absorvente do damno, caso em que cessa a responsabilidade de quem concorre para o evento — SETTI, *Dell'imputabilità*, p. 110; PUGLIA, *Delitti contro la persona*, p. 121; MOSCA, *Nuovi studi e nuova dottrina sulla colpa*, p. 99) (*decisão do juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal, confirmada por accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, em 29 de maio de 1920*). No mesmo sentido, e da mesma Camara, *accord. de 23 de abril de 1921*.

XII. O nosso cod. penal não considerou especialmente o caso de pluralidade de resultados de uma acção culposa como influido na configuração do delicto e na penalidade, como faz o codigo italiano, art. 371, por isso que a disposição do art. 66 § 3.<sup>o</sup> só é applicavel em caso de delicto doloso, embora na especie tenha resultado effeito lethral duplo, como adveio de uma só omissão culposa, a um só crime. “A questão de saber quando se dá um crime e quando se dão diversos, diz FRANZ VON LISZT, depende da solução de uma questão preliminar, qual a de saber si se trata de uma acção ou de uma pluralidade de acções. E' certo que se dá *unidade de acção*, quando por um só acto voluntario é produzido um só resultado, e, portanto, quando, por exemplo, um individuo é morto por um tiro de fuzil ou em razão da continuada privação de alimentos por parte de quem estava obrigado a alimental-o. Mas pôde dar-se tambem unidade de acção no seguinte caso: pela *unidade de acto voluntario, apezar da pluralidade dos resultados*. Quando uma palavra offende a varios individuos, um tiro fere varias aves de caça, uma omissão culposa a morte de diversas pessoas, dá-se sómente uma acção — Dir. penal allemão, I, p. 382 (*decisão supra*).

XIII. Admittindo como verdadeiro que o réo trouxesse o carro em marcha vagarosa, calculada de 5 a 8 *kilometros* á hora, a ponto de poder ser comparada aos *passos de um homem*; se viu que travessava a rua um homem edoso, e, prevendo que o colheria, diminuiu ainda a marcha do vehiculo, (fls. 7), businando persistentemente, sem que esse homem dêsse mostras de perceber a approximação do vehiculo, só quando muito perto notando-o, e,

procurando desviar-se, occasião em que foi colhido pelo carro, é bem de ver que o réo estava em condições de evitar o accidente, não desviando o vehiculo, mas fazendo-o parar, dever ditado por elementar bom senso, e ainda ditado para casos taes por expressa disposição reguliamentar (decr. n. 931, de 16 de setembro de 1913, arts. 27 e 37). Como nota GAUDILLOT, o automobilista deve esperar não encontrar sempre no seu caminho pessoas possuindo um ouvido apurado e prevenido, e se percebe que seu signal não produziu nenhum effeito e que o transeunte se obstina a não fazer caso delle, tem o dever de diminuir ou mesmo parar a marcha de seu vehiculo, como aliás é obrigado a fazel-o pelo art. 11 do decr. de 1890 (*La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobiles*, p. 98). E no caso ficou explicada a attitude da victima, tratando-se de um surdo e quasi cêgo. Em seu bello trabalho — *Accidentes de automoveis* — cita SEABRA JUNIOR uma decisão do Tribunal de Toulouse, em França, julgando culpado o motorista que não se torna senhor da marcha do vehiculo, de sorte a diminuil-a ou mesmo annullar quando necessario, especialmente ante as hesitações do transeunte, ou quando avisado não toma, por si proprio, as precauções convenientes para se proteger (p. 258 e segs.). E' de notar mais que, accentuando a culpa do réo, em perfeito estado de funcionamento se achavam, segundo é o proprio a declarar, o motor, freios e desvios de direcção do seu automovel (*decisão do juiz da 4.ª Vara Criminal, confirmada por accordam da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 11 de agosto de 1920*).

XIV. O homicidio doloso presuppõe o *animus necandi*, ou explicito, com o dolo determinado, isto é, quando o effeito, a morte, foi prevista e desejada pelo réo, que para o conseguir, poz em pratica todos os meios e actos necessario, ou implicito, com o dolo indeterminado, quando se usáram meios de que por sua natureza foram previstos como capazes de produzir a morte, effectivamente succedida, ainda que não desejada como resultado dos proprios actos. Neste ultimo caso ha a intenção indirecta positiva, porque, se o estado de vontade é differente, é positivo o do intellecto. Ha um 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 (DURÃO, no *Direito*, vol. 56, p. 5). Applicada essa clara e perfeita distincção do delicto *doloso* do *culposo* ao caso dos autos, verifica-se que se trata de um delicto *doloso*, em que o agente operou com dolo indeterminado. Avisado que em dependência de sua casa alguém penetrára ou tinha tentado penetrar, o accusado desfechou dois tiros para esse logar, acreditando tratar-se de um ladrão. Elle tinha assim pleno conhecimento do acto que praticava e *podia e devia prever* que o tiro, ou tiros, podiam alcançar a quem estivesse naquellé logar e occasionar-lhe algum mal (*decisão do Juiz da 5.ª Vara Criminal, confirmada por accordam da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 27 de abril de 1918*).

## ESTADOS FEDERADOS

XV. Se em geral deve empregar-se o maximo cuidado na apreciação e estudo dos actos que se suppõe revestidos de culpa, por isso que desta á casualidade vae uma distancia muitas vezes de difficil apprehensão, tanto maior esforço deve ser dispensado no caso de delictos por imprudência, attribuios aos medicos e cirurgiões, porquanto desde que não se trate de erro ou descuidos grosseiros, não se lhes pôde recusar o direito de contestar e recusar o parecer condemnando o acto por ellas praticado, maximé se comparecem em juizo escudados na presumpção que offerecem os titulos que os habilitaram a exercer a profissão. Não terá sido senão para bem caracterisar a procedencia dessa consideração que o Tribunal de Cassação de França, onde o art. 297 do nosso Codigo tem o seu corespondentes no art. 319 do cod. penal daquelle paiz, tem decidido, desde o caso julgado naquelle Tribunal em 18 de setembro de 1817, que sómente por *des fautes lourdes*, que occasionarem o crime, pôde ser este attribuido aos medicos e cirurgiões (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 2 de agosto de 1899*). Vide no 1.º vol., n. 192, desta obra, o que expendemos a respeito.

XVI. O auto de corpo de delicto tende sido feito para ferimentos não pôde servir para homicidio eventual, sem exame posterior, por isso que a lethalidade do ferimento é que autorisa a qualificação do crime. O art. 295 do codigo estabelece regras para se saber qual foi a causa da morte. É indispensavel o exame cadaverico ou a autopsia afim de que o crime seja legalmente classificado. O que dizem as testemunhas sobre os ferimentos não suppre o auto de corpo de delicto indirecto (o qual só teria logar na ausencia de vestigios do crime) porque não satisfaz o preceito legal (*Accord. do Superior Tribunal de Justiça do Paraná, em 20 de maio de 1913*).

XVII. Sobrevindo á pronuncia a morte do offendido, em consequencia de ferimentos recebidos, pôde o libello, afastando-se daquelle despacho, que classifica o crime no art. 304 do Cod. Penal pedir a condemnação do réo numa das modalidades do art. 294 do cit. Codigo, visto não ser com isso affectada a natureza do direito violado (*Accord. do Sup. Trib. de Just. do Maranhão, de 17 de agosto de 1917*).

XVIII. Em caso de submersão, o meio no qual o individuo é mergulhado obra mechanicamente, e a morte tem logar *ordinariamente* por apnéa; pôde, porém, ser devida a um accidente extranho, pois têm-se visto pessoas cahirem n'agua e succumbirem sem se debaterem, sem manifestar o menor esforço para se salvarem. Neste caso, a morte pôde sobrevir em consequencia de syncopie cardiaca ou inibição (SOUZA LIMA, *Med. legal*, p. 637). Demais ha processos especiaes conhecidos de soccoro aos submergidos para fazel-os voltar á vida da morte aparente.

Empregados em tempo elles podem-se salvar. Não empregados, pôde seguir-se a morte. Na morte, pois, pela asphyxia por submersão, caso dos autos, como na resultante de qualquer lesão corporal, impõe-se sempre ao promotor articular no lebello a causa ou a concausa que se acha provada, de conformidade com o art. 295 e com os seus §§ 1.º e 2.º do cod. penal, e ao Juiz de Direito, no questionario, a formulação de quesito sobre a lethalidade absoluta, relativa e accidental comprehendidas nos mesmos dispositivos, para ao jury ficar a liberdade de classificar no art. 294 ou no art. 295. Na especie, os quesitos respectivos deviam ser assim formulados:

1.º — A ré F. a... (tempo e logar), atirou ao ribeirão *tal* a Eliza, em o qual houve a submersão desta ?

2.º — Da submersão resultou a morte da paciente?

3.º — A submersão por sua natureza e séde foi causa efficiente da morte da paciente?

4.º — A morte resultou de condições personalissimas da paciente?

5.º — A morte resultou, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter-se deixado de observar o regimen medico hygienico reclamado pelo estado da paciente?

6.º — A ré commeteu o crime por meio de asphyxia? (*Accord. do Tribunal de Ralação de Minas, em 17 de junho de 1919*). Vid. 1.º vol., n. 289, I, VII.

### 377. JURISPRUDENCIA ESTRANGEIRA.

#### ITALIANA

I, La sopravvenuta causa di una sbagliata o ritardata operazione chirurgica benchè tale che senza di essa la morte non sarebbe avvenuta, non puo dirsi indipendente del fatto del colpevole e quindi non costituisco la scusante della concausa di cui all'art. 367 del Codice penale (*Cass. 7 giug. 1893*).

II. Perche possa parlarsi di omicidio o lesione colposa occorre che tra il fatto d'imprudenza, negligenza ed imperizia e la morte o lesione corra il rapporto di causa od effetto (*Cass. 15 genn. 1891*).

#### 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 cellullar por seis a vinte e quatro annos.

**Paragrapho unico.** Se o crime fór perpetrado pela mãe, para occultar a deshonra propria:

**Pena** — de prisão cellullar por tres a nove annos.

378. Etymologicamente a palavra *infanticidio* quer dizer a morte de um *infante*, ou *criança que ainda não fala*, mas desse sentido se afastou o *usus loquendi* dos juriconsultos e das legislações que adoptáram aquelle termo, excepto a franceza, considerando infante o de idade muito mais limitada, em atenção ao motivo, tamado geralmente como informativo do crime, isto é, a *causa honoris*. Esta configuração especial, hoje admittida nos melhores codigos e na doutrina, vem sobretudo do movimento philosophico e humanitario do seculo XVIII. Nas primitivas legislações não encontramos a incriminação do infanticidio, como crime autonomico, antes licita sendo a morte da creança, quando disforme, como se verificava na Grecia, predominante sendo a consideração de ordem esthetica, e a commettida pelo pae, em Roma, investido como se achava do *jus viæ et necis*

Por influencia do christianismo outra concepção foi predominando, cercada a creança de protecção legal, comminando Gregorio IX, em suas *Decretales* graves penitencias, durante toda a vida, contra os criminosos, e nas legislações leigas, inclusive a portugueza, indo-se ao rigor de applicar a pena de morte, considerando o caso como de homicidio qualificado, orientação que predominou, em geral, ainda no codigo penal francez, que alargou a noção juridica do infanticidio, comprehendendo nella a morte do recém-nascido, ainda quando não praticada pelos paes, qualificando o crime como “le meurtre ou assassinat d’un enfant nouveau-né” (art. 300), com a pena de morte ou de trabalhos forçados, segundo os casos (art. 302, modificado pela lei de 21 de novembro de 1901). Como circumstancias especiaes, que imprimiam ao crime esse character grave, se apontavam: ser um ataque contra a natureza, o pae ou mãe, que o commettessem, offendendo particularmente a natureza, pelas ligações que os unem á victima; pela premeditação, que, em regra, preside a elaboração e execução do plano criminoso; posição particular da victima, sem força propria, de existencia desconhecida na sociedade, por não se achar ainda inscripto no registro civil, e, pois, sem protecção e garantias. Contra a repressão tão rigorosa desse crime, especialmente contra a pena de morte, se insurgiram BECCARIA e outros, mostrando que a perversidade não era o movel constante do crime, ás mais das vezes, antes, surgindo por motivo de honra, que se procurara salvar, sacrificando a fructo de um desvario, e assim de mais efficiencia seriam medidas preventivas, protegendo á fraqueza e a desgraça. Esse movimento reflectiu-se logo na legislação, sendo pelo edicto prussiano de 1765 restricta a applicação da pena de morte, e pela Theresina de 1768, comquanto ainda prescrevesse o empalamento do cadaver do criminoso, ligava sobretudo importancia á prevenção do infanticidio. A pena de morte foi abolida, primeiro pela Austria em 1803, seguindo-se a Baviera em 1813. Por essa orientação, o infanticidio, quer commettido pelos paes da victima, quer por extranhos, não differe do homicidio de adulto, e, pois, podendo ser qualificado ou attenuado segundo as modalidades que revistir, e sómente quando praticado *honoris causa*, é que toma uma figura especial (CARRARA, BALESTRINI e outros), ou de homicidio minorado ou escusado, segundo outros. Neste ultimo aspecto veio a figurar no codigo penal allemão, art. 217, defi-

nindo como homicidio doloso do filho illegitimo pela mãe durante o parto ou immediatamente após o parto.

Tambem como homicidio escusado, relativamente, é considerado o infanticidio pelo codigo penal italiano, art. 369, mantendo a tradição dos anteriores codigos sardo e toscano.

379. Divorciando-se das legislações, que lhe serviram de modelo, e da opinião corrente dos criminalistas, o nosso codigo criminal, de 1830, considerou o infanticidio, mesmo praticado por extranhos e sem o ser por causa de honra, um crime distincto, passivel, não das penas do homicidio, cujas penas maximas eram as de morte ou de galés perpetuas, segundo qualificado ou simples, mas de prisão por 3 a 12 annos e de multa correspondente á metade do tempo (art. 197), reduzidas á de prisão com trabalho por 1 a 3 annos, “se a propria mãe matar o filho recém-nascido, para occultar a sua deshonra (art. 198). Beneficiava-se assim os matadores de creanças, e de modo tão flagrantemente injusto, que bastante era ter em vista a disparidade de situação do homicida que mata por meio de veneno, de paga ou recompensa, passivel da pene de morte, por se tornar qualificado o homicidio, e do que mata recém-nascido pelas mesmas circumstancias, passivel no emtanto da pena maxima de 12 annos e multa correspondente á metade do tempo! SILVA FERRÃO procurando justificar nosso codigo, ao mesmo tempo que adduz argumentos nesse sentido, deixa em relevo outros que os illudem, tão indefensavel se apresentava a causa. “O legislador, diz elle, teve talvez em vista, punindo com semelhante moderação o infanticidio, ou o *mal material* resultante do crime não é tão grande como seria o de homicidio de outro ser humano, que pelo estado de seu desenvolvimento offerece maiores probabilidades de vida, ou que a vida dos recém-nascidos se acha garantida pela compaixão, que tantas vezes excita nas mesmas feras as mais indomitas, ou a que por isso se deve suppor que só circumstancias muito extraordinarias podem determinar tão execrando sacrificio. Por muito plausiveis que se antolhem todas ou alguma destas considerações, é certo que a lei penal deve proteger efficazmente o homem desde que nasce, e que só deve usar da maior moderação antes do seu nascimento, como praticou o nosso Cod. no art. 358. Assim o entendeu o Cod. hespanhol, art. 327, equiparando o crime ao do homicidio. Se por um lado o mal material e social não é o mesmo em relação ao damno causado, essa falta é compensada em grande parte pelo excesso de mal moral que demonstra na pessoa do criminoso um elevado gráo de perversidade. Todavia se por um lado são circumstancias aggravantes do crime a idade e a fraqueza, implorando toda a solitudine do legislador, por outro lado são attenuantes até certo ponto, em relação ao mal social, as da incerteza e incompleta existencia de um recém-nascido. Portanto a disposição penal do Cod. do Brazil, parecendo, comparativamente com outros codigos, branda em demasia, é talvez a de todos a mais efficaz, por ser a mais exequivel.” O nosso legislador de 1890 incidiu em censura maior, porquanto conhecendo a critica justamente feita ao codigo criminal, a directriz tomada a respeito pelos melhores codigos

modernos, persistiu, no entanto, no erro desse código, muito embora elevando mais a pena, assimilando, quanto á penalidade, o infanticídio, quando cometido por extranhos ao homicídio simples, quando a assimilação devêra ser completa. “Por que razão, pergunta DURÃO, o veneno, o ajuste, a premeditação, a esperança de paga ou recompensa, a reincidência, o emprego de meios diversos, hão de qualificâr o homicídio praticado em um adulto, e não o praticado em um recém-nascido? O nesso legislador equiparou o parricídio proprio ao improprio, que é a morte dos filhos commettida pelos paes, afastando-se do antigo código. Ora bem; por que motivo exceptuou dessa especial protecção o filho que mais della precisa, o recém-nascido? E’ porventura menos filho o infante nos sete primeiros dias do nascimento do que os outros filhos?”

Se as penas do infanticídio são sempre as do § 2.º do art. 294, é superfluo o art 298, porque bastaria estabelecer-se que as circumstancias qualificativas do § 1.º daquelle artigo não teriam o effeito legal, quando a victima fosse um infante nos primeiros sete dias de seu nascimento. Eu quero crêr que essa approximação faria recuar o legislador brasileiro, que quiz timbrar em ser justiceiro e progressista, e não o conseguiu por falta de attenção no desempenho da difficil incumbencia que lhe foi confiada.

380. No art. 298 e seu § unico ha duas hypotheses, em que, conforme a doutrina do legislador, se pôde verificar o infanticídio: 1.ª) a morte do infante commettida por quem quer que seja; 2.ª) a morte assim commettida pela mãe para occultar a deshonra propria. São condições do crime no 1.º easo:

- a) que haja um infante ou recém-nascido;
- b) sua morte por acção ou omissão do agente;
- c) o dolo.

I — O sujeito passivo é o *infante*, termo que não se entende no seu sentido literal, como a criança que ainda não falla, mas no sentido de *recém-nascido*. Não tem havido, porém, uniformidade em doutrina e nas legislações no firmar o que seja recém-nascido, entendendo uns que é feto apenas nascido, ainda *sanguinolentus*, na expressão do direito romano, e que não tem sido lavado, vestido nem alimentado (CARNOT, GANZ, FLORIEP, WERNER), concepção a que se prende o código penal allemão, art. 217, reputando como infante o filho illegitimo durante o seu nascimento ou immediatamente após, e que melhor se harmonisa com o motivo informativo do crime, a *honoris causa*; segundo outros deve-se reputar recém-nascido a criança emquanto não é cercada das garantias communs aos cidadãos, precisando, por isso, de garantias especiaes: “Ha infanticídio, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, emquanto a vida da criança não tem as garantias communs, e emquanto o crime pôde apagar até os vestigios do seu nascimento.

Não ha mais infanticidio, ha homicidio, desde que expiram os prazos legaes para a sua constatação. Presume-se então conhecido o nascimento; a protecção da lei, que ampara todos os membros da sociedade, tambem ampara o recém-nascido. Tendo as garantias communs, já não precisa de extraordinarias.”

Nesse sentido, o código penal italiano, art. 369, falla do “*infante non ancora iscritto nei registri dello stato civile, e nei primi cinque giorni della nascita*”, e MITTERMAIER, BERNER, CARRARA, PUGLIA, BALESTRINI, DURÃO e outros, entendendo que o conceito não póde ser determinado por uma materialidade accidental, como o tempo ou outra, por isso que umas vezes coincide, e outras não, com a existencia do motivo ou causa que legitima a disposição mitigante da lei, a questão devia ser deixada á apreciação dos juizes, que indagariam no caso concreto se podia ter applicação ou não o favor legal. O nosso legislador procurou resolver a questão, fixando o praso de sete dias do nascimento, para se considerar recém-nascido a criança, mas assim procedendo, o fez de modo inteiramente arbitrario. Ao passo que a preocupação de outros legisladores e criminalistas tem sido fixar o conceito em attinencia com o motivo informativo da minoração da pena, a causa da honra, o nosso abstrahе de todo desse motivo, só levado em conta no caso do paragrapho unico do art. 298; o prazo estabelecido não corresponde, nem accidentalmente, á existencia de uma causa juridica, objectiva, que legitime o favor legal. Não se relaciona com a inscripção do registro civil, porque o regulamento, já então em vigor, baixado com o decr. n. 9.886 de 7 de março de 1888, fixa o prazo geral de 3 dias para aquella inscripção (art. 53), só ampliavel a 8, 20 ou 60 dias nos casos do art. 54. Pretenderia, indaga SOUZA LIMA, traduzir por um numero de dias o prazo variavel da quèda do cordão umbilical. que mais vezes tem logar justamente por aquella época ?

E’ este o signal anatomico proposto por OLIVIER D’ANGERS, acceito e acolhido com tanto favor pela pluralidade dos medicos legistas, porque realmente o cordão umbilical emquanto preso ao fêto é uma prova evidente do seu recém-nascimento. Applicado, porém, á pratica medico-legal, nos paizes cujos códigos estabelecem differença notavel de criminalidade entre o infanticidio e o homicidio, punindo-os com tanta desigualdade, esse signal perde muito do seu valor pela inconstancia do prazo em que se effectua a quèda do cordão umbilical; variando entre o 4.º e o 10.º ou 12.º dias, é facil avaliar a que inconvenientes poderia conduzir na pratica a adopção official do referido signal, como critério para a caracterização da victima de um infanticidio. Depois, a determinação *precisa* do numero de dias de nascido, está acima das presumpções profissionais no estado actual da sciencia. Por muito que se tenha estudado e acompanhado as modificações que vae apresentando gradualmente o organismo humano na sua evolução successiva, quer durante a vida intra-uterina, quer depois do nascimento, ainda não possuímos dados bastante rigorosos para a determinação da idade de uma creança, dia por dia. Não ha differenças notaveis em tão curto intervallo, e por isso pode-se dizer que só é justificavel a classificação do recém-nascido perante a nossa



lei, quando, por exemplo, o feto se apresentar com o cordão fresco, molle, flacido, proprio dos dois primeiros dias de nascido, ou mesmo já murcho em via de dissecação, como se observa geralmente no terceiro e quarto dias, ao lado de outros signaes menos valiosos. Quando, porém, o cordão umbelical estiver completamente secco e entortilhado, ou quando já tiver cahido, o feto pôde ter menos ou mais de sete dias, sem que nenhum outro dado mais significativo e fidedigno venha em auxilio do perito nesta interpretação, aliás essencial para a classificação do delicto: o problema é em taes casos insolúvel... Assim, o código, com a delimitação de tempo, não fez senão crear embaraços insuperaveis ás diligencias medico-legaes, em prejuizo dos interesses da justiça”.

381. Dizendo o código, ao delimitar o prazo durante o qual a criança deve ser considerada recém-nascida, “nos sete primeiros dias *do seu nascimento*”, pergunta-se: deve ser comprehendido nesse prazo o periodo em que está nascendo, ou em que não ha compelta separação do ventre materno? Opinamos pela affirmativa, com GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE, e especialmente LISZT e OLSHAUSEN, “A existencia independente, diz LISZT, não data sómente do momento em que se opera completa separação entre a criança e a mãe, nem remonta tão pouco ao começo dos movimentos de expulsão (dores do parto), mas começa com a cessação da respiração placentaria do feto e com a possibilidade da respiração pelos pulmões”. No mesmo sentido, nota OLSHAUSEN que, segundo a opinião commum, o infanticidio não se pôde dar, enquanto o feto permanece inteiramente no ventre materno, embora já tenha começado as dores do parto. O periodo do nascimento prolonga-se desde que una parte da criança já se acha fóra do ventre materno até a completa separação do cordão umbelical”. A morte violenta nesse periodo não deixa de constituir infanticidio. O essencial é que, extincta a respiração placentaria, estabeleça-se a possibilidade da respiração pelos pulmões, e dizemos em regra, porquanto se é verdade que *viver é respirar*, não ter respirado é não ter vivido, segundo o principio enunciado por CASPER, por excepção a vida é possível, embora muito curta, sem respiração, segundo tem registrado a observação de muitos scientists.

O requisito de se tratar de um ser vivo, de intuitiva necessidade, sem o que não poderia haver morte por acção ou omissão criminosa, não tem como correlativos indispensaveis a *maturidade*, isto é, que o feto tenha attingido o seu completo desenvolvimentó intra-uterino, ou completa madureza, nem a *viabilidade*, isto é, a aptidão para a vida extra-uterina. Pôde ser verificado o infanticidio, em qualquer época anterior ao termo natural da gestação, desde que o feto nasça vivo e respirando ou com a possibilidade de respirar, circumstancia que exclue toda a phase embryonaria e mesmo o começo da phase fetal, onde ainda essa função não pôde se exercer pelo menos nas condições de servir á prova docimasica, que é a prova por excellência na constatação da vida.

Embora em condições de inviabilidade por immaturidade, ou por causas pathologicas ou teratologicas, o fêto pôde ser sujeito passivo do crime em questão.

382. II — Qualificando o infanticidio, o codigo deixa explicito que pôde resultar de acção ou omissão, ou, segundo o texto legal, de *meios directos e activos*, ou da *recusa á victima dos cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir a morte do recém-nascido*. Esta indicação de actos positivos ou negativos era desnecessaria, já diante do art. 2, que faz consistir a violação do preceito penal em acção ou omissão, já diante da definição do homicidio commum, que não a inclue. E' redundante ainda a definição do infanticidio, nota DURÃO, porque todos os *meios directos* são *activos*, e *vice-versa*, e além de ser sempre occisão, importa na mesmissima coisa *recusar os cuidados necessarios á conservação da vida do recém-nascido* e *recusar* os que lhe evitem ou *impeçam a morte*, porque sendo a morte a cessação da vida, tanto mantem a vida o que impede a morte, como impede a morte o que mantem a vida".

O infanticidio por acção pôde se realizar por differentes meios, principaes sendo as fracturas do craneo, asphyxias por suffocação e submersão, traumatismo, mutilação, combustão.

Os cuidados necessarios á manutenção da vida do recém-nascido e a impedir a sua morte, e cuja recusa voluntaria importa na segunda modalidade do crime são os seguintes:

a) afastamento immediato do recém-nascido de junto dos orgãos sexuaes da mulher, de entre as suas côxas; evitando assim as causas de suffocação pela applicação de membranas e annexos do fêto sobre a boca e aberturas nasaes, e de afogamento pela onda sanguinea, que o utero despeja para o exterior, por occasião do parto;

b) desenrolamento immediato do cordão umbelical das voltas com que a criança nasce, muitas vezes em torno do pescoço;

c) ligadura do cordão, e por cautela, nas duas extremidades do ponto em que elle deve ser sectionado, mas sobretudo na porção ventral da criança, afim de evitar a hemorrhagia umbilical;

d) agasalho conveniente do recém-nascido, afim de evitar as consequencias de sua exposição ao frio, fugindo igualmente de exercer com a faixa do costume uma construcção demasiado forte sobre o tronco da criança;

e) alimentação opportuna e apropriada do recém-nascido, livrando-o dos effeitos da inanición (SOUZA LIMA).

São circumstancias que o exame pericial e o testemunho devem esclarecer devidamente para determinar a *causa mortis*, se endo-uterina, natural ou accidental ou criminosa.

383. III — O infanticidio doloso, unico previsto pelo codigo, se integra demonstrado o *animus necandi*, quer explicito com o dolo determinado, quer implicito com o dolo indeterminado, exactamente como se dá no homicidio (vid. n. 373).

384. Para se verificar o infanticídio *honoris causa*, previsto no parágrafo unico do art. 298, além das condições geraes do crime, apreciadas anteriormente, é necessario: 1) que o facto seja praticado pela mãe, a quem somente aproveita a excusa, segundo o código, afastando-se assim do italiano, portuguez e outros que estendem o favor da minoração da pena a outros parentes proximos; 2) que o facto seja praticado para occultar a deshonra da mulher, casada ou não, e para isso faz-se mistér o concurso das seguintes circumstancias: 1.<sup>a</sup>) que a criança seja o fructo de uma união illegitima; 2.<sup>a</sup>) que o fim do crime seja occultar uma causa de deshonra; 3.<sup>a</sup>) que a mulher tenha gozado da estima dos seus concidadãos, sem que até o momento do facto tenha perdido o conceito de moralidade, em que consiste a honra, de que fala a lei.

#### 384-bis. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

I. Não se constatando que a criança tivesse nascido viva e, desde que esta circumstancia constitue um dos elementos substanciaes do infanticídio, torna-se perfeitamente admissivel a opinião de SOUZA LIMA, expedida em seu *Tratado de Medicina Legal*, p. 690, nos seguintes termos: "Segundo a bôa doutrina, e ainda quando não se possa negar ter nascido o fêto vivo, toda a vez que esta circumstancia não puder ser demonstrada de modo cabal e peremptorio, a presumpção legal é que o fêto nasceu morto (*Accord. do Sup. Trib. de Justiça do Amazonas, de 11 de fevereiro de 1926*).

II. São requisitos qualificativos do infanticídio *honoris causas* 1.<sup>o</sup>) que a criança seja o fructo de uma união illegitima; 2.<sup>o</sup>) que o fim do crime seja occultar uma causa de deshonra; 3.<sup>o</sup>) que a mulher tenha gozado de estima dos seus concidadãos, sem que até o momento do facto tenha perdido o conceito de moralidade, em que consiste a honra de que fala a lei (*Accord. do Trib. de Relação de Minas Geraes, de 14 de junho de 1927*).

### 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 cellullar por dois a quatro annos.

385. No direito romano estabelecia-se a pena de confisco para o caso de ser procurado o suicidio, ou morte de si mesmo, como meio de fugir á accusação e á pena (L. 3, § 1.<sup>o</sup>, Dig. eod. t.). Dest'arte punia-se indirectamente o crime que o suicida tinha impedido de julgar, ou cuja pena havia deixado de ser cumprida. O direito canonico equiparou o suicidio ao homicidio, recusando a igreja suffragios aos que se suicidavam e enterramento em campo sagrado, penas essas accrescidas, em França, pela de confisco,

por S. Luiz. Por muito tempo tornou-se ahí um direito costumeiro certas praticas executadas nos cadaveres dos suicidas, que eram, em algumas localidades, flagellados, em outras, arrastados pelos pés nas vias publicas, em outras ainda, queimados após esses ultrages, etc. Entre os antigos saxonios, além da privação de sepultura e de solemnidades funebres, havia o costume de não se permittir que os cadaveres sahisses pela porta, sendo tirados por uma janella ou por debaixo da soleira da porta da rua. Na actual civilização, sómente na Inglaterra perduram certas sanções punitivas do suicidio, como o confisco dos bens dos suicidas, cuja morte não seja o effeito de uma desordem mental provada, além da recusa de pompas funebres e sepultura no cemiterio parochial (LEGOYT). Pelas idéas dominantes, se no aspecto moral é reprovado o suicidio, no legal não é incriminado pela generalidade das legislações. A razão da impunidade, mesmo da tentativa do suicidio, está em que a punição sobre ser instituição legal da infamia á memoria do extincto, suscitando o suicidio antes piedade do que desprezo ou horror, attentas suas causas communs (alienação mental, paixões amorosas contrariadas, embaraços commerciaes, financeiros, desgostos familiares profundos, falta de collocação, impaciencia de soffrer enfermidades chronicas e incuraveis, superstições religiosas, commoções politicas e outros grades revezes na lucta pela vida), violaria os sentimentos mais intimos e delicados da familia, e de outro lado, importaria em odiosa inutilidade, porquanto a perspectiva da infamia a ninguem deterá no exercicio do suicidio, especialmente em dadas stiuações historicas, onde assume o caracter de irreprimivel e assombrosa psychose social. Assim, a finalidade intimidativa e de emenda da pena não encontraria actuação proveitosa. Mas da impunidade do suicidio não resulta o direito a qualquer de extinguir a propria vida; tal direito é inadmissivel, pois á vida estão ligados interesses importantissimos da familia, de terceiros e do Estado, em summa, a ordem publica, ligação que mais se estreita com o dominio da cooperação voluntaria, caracteristico essencial das sociedades modernas. Nem colhe o argumento em contrario de FERRI, quando diz que: “l'uomo finché fa parte de una società ha con questa società dei doveri e dei diritti, che assumono certamente nella sociologia un carattere de maggiori intimità e connessione, come dice anche il FOUILLÉE, ma quando l'uomo non ne fa piú parte, cessa ogni rapporto giuridico”, porquanto, como bem nota GABBA, uma tal formula incide em evidente paralogismo, não se mostrando em que condições poderia ter o homem a faculdade de romper os laços juridicos que o prendem á sociedade.

Inadmissivel egualmente é o argumento que se estriba na regra — *volenti et consentienti non fit injuria*, pois sua applicação não póde ter logar em se tratando da vida, que é um bem inalienavel. Assim, occorra mesmo o consentimento livre da victima; havendo participante, levado embora por motivos humanitarios, induzindo a victima á eliminação de si propria, ou a seu pedido sério, praticando essa eliminação, se ella não póde ser punida pelas razões expostas, o mesmo não acontecerá ao participante. Dahi a configuração de dois delictos especiaes, de muita affinidade: a *participação no suicidio* e o *homicidio consensual* ou *morte a pedido da victima*, aquelle primeiramente

qualificado pelo código penal da Luiziania, de 1822, e depois em varios outros, e este pelos códigos allemão, art. 216; hollandez, art. 293; dinamarquez, art. 196; hungaro, art. 282; hespanhoi, art. 121; japonéz, art. 310. Os nossos códigos, de 1830, art. 196, e vigente, art. 299, contemplam sómente o primeiro desses delictos, e assim o homicidio consensual fica sujeito ás regras do homicidio commum, muito embora excessiva se torne a penalidade.

386. Em seu art. 196, dispunha o nosso anterior código: “Ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa: Pena — de prisão por dois a seis annos.”

O vigente código, como se vê do seu art. 299, limitou-se a ampliar mais a disposição do anterior, e a reduzir o maximo da pena comminada. Por esta disposição, vê-se que a participação no suicidio pôde ser *moral* pelo *induzimento*, isto é, excitando, suggestionando, fortificando a resolução do suicidio em outro, ou *material*, ajudando alguém a suicidar-se, ou *fornecendo-lhe meios* para isso, como uma arma, uma dosagem de veneno, etc.

O código exige neste ultimo caso que o agente *tenha conhecimento de causa*, para tornar bem claro que o dolo deve versar, não só sobre o fim do crime, que é o elemento geral, que se subentende, mas também sobre os meios fornecidos. E', pois, necessario prova de que tinha conhecimento da qualidade letifera da coisa; conhecimento que é virtualmente ligado ao do fim.

No *induzimento* ou na *ajuda*, o conhecimento de causa está implicito. Cumpre notar que a participação, elemento constitutivo do crime em questão, não presuppõe accordo de vontade, como na participação de varios agentes em um crime, ou cumplicidade *sensu lato*; o que apenas requer a lei, diz ALTAVILLA, é que haja um nexó de causalidade voluntaria entre a propria acção criminosa e o suicidio, e, se assim não fosse, delictos mais graves ficariam impunes. Não tem razão, pois, ALIMENA quando sustenta que “não é participação ao suicidio maltratar uma pessoa para o fim de leval-a ao suicidio e *sem que esta vontade seja conhecida da victima*.” Que faltaria para a configuração delictuosa, pergunta ALTAVILLA, no facto de quem, conhecendo a decisão suicida de um seu inimigo, lhe fizesse encontrar um veneno ou uma arma de que se servisse, ignorando quem lh'a forneceu? no facto de quem, conhecendo as tendencias suicidas de uma joven melancholica, a fizesse conhecer a falsa noticia da morte do noivo para induzil-a ao acto desesperado, effectivamente realiado?

A letra do art. 299 suggere a questão de saber se o crime se integra só quando o suicidio se consumma, ou também quando é tentado. Na elaboração do código penal italiano se considerou também comprehensiuo este caso, vencendo afinal a solução de só abranger o suicidio consummado, isto mesmo ficando expresso na definição do crime, na expressão “*ove il suicidio sea avvenuto*”. Ponderou-se “que era inopportuno estender o titulo do delicto ao caso do suicidio tentado, diminuindo naturalmente a pena, porque, admitindo uma extensão tão excessiva desta figura especial delictuosa, se chegaria a punir a participação verificada na tentativa de um facto que por si não é crime, e quando não existe nenhuma victima”. Impugnando esta argumen-

tação, nota ALTAVILLA que, declarado não incriminavel o suicidio, deve prescindir-se das normas da cumplicidade, e se determinar ou favorecer o suicidio é facto incriminavel, não ha razão para que, não verificada a morte, deixem de ser applicadas as normas reguladoras do delicto tentado ou falho. Que um homem se fira mortalmente, mas sobreviva, não ha um sujeito passivo, não ha um damno, e não subsiste todo motivo social de incriminação do facto?" Pela admissão do delicto, mesmo em caso de tentativa de suicidio, em face do nosso codigo, opinam MARCONDES ROMEIRO e MACEDO SOARES. Na participação, diz este, 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 circumstancias independentes da vontade, ou se pela sua propria vontade, elle salva-se, a participação responde pela tentativa, se o suicida deu começo de execução. Aquelle que *induziu* ou *ajudou* é responsavel como tentador. Se, porém, o suicida arrepende-se e não dá começo á 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. 13 do codigo).

Não será tambem punida a tentativa verificando-se a hypothese do paragrapho unico do art. 14.

## CAPITULO IV

### DO ABORTO

**Art. 300.** Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso:

**Pena** — de prisão cellular por dois a seis annos.

No segundo caso:

**Pena** — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

§ 1.º Se em consequencia do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

**Pena** — de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

§ 2.º Se o aborto fôr provocado por medico, ou por parteira legalmente habilitada para o exercicio de medicina:

**Penas** — a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

**Art. 301.** Provocar aborto com annuencia e accordo da gestante:

**Pena** — de prisão cellular por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime fôr commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Se o medico ou parteira, praticando o aborto legal ou aborto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Penas — de prisão cellular por dois mezes a dois annos, e privação do exercicio da profissão por egual tempo ao da condemnação.

387. Segundo sua origem, *aborto* (*aborior*, nascer) significa morrer, fenecer, perecer, e applicado ás especies animaes, designa o facto de uma gestação interrompida em sua evolução com expulsão do producto da concepção. Toma-se, assim, o termo *aborto* para denotar tanto o acto de abortar, como o producto desse acto, quando mais racional seria reservá-lo sómente para o producto, designando o acto de abortar, e, portanto, o crime em questão, pelo termo *abortamento*, como em francez — *avorton*, *avortement*, alvitre suggerido pelo medico legista portuguez DR. ANTONIO JOSE' DE LIMA LEITÃO, ao traduzir a obra de SEDILLÓT, publicada em Lisboa, em 1855, e adoptada por SOUZA LIMA.

Em obstetricia se denomina propriamente *aborto* a expulsão do feto nos seis primeiros mezes da vida uterina, e *parto prematuro* a expulsão nos tres mezes seguintes. O aborto pôde ser *natural*, *accidental* ou *espontaneo* quando resultante de causas paternas ou maternas (idade muito avançada ou muito precoce do progenitor, fadiga physica, abusos do coito, intoxicações alcoolica e outras, tuberculose, albuminuria, syphilis, etc.), ou de causa ovular, como inserções viciosas da placenta, môla hydatiforme, hydramios, prenhez composta, doenças do feto (CARLOS SEDL); pôde ser *medico* ou *therapeutico*, *necessario* ou *legal*, quando provocado para evitar mal maior, qual seria a morte, muito provavel da gestante, se levasse a termo sua gravidez, e, afinal, *criminal*, cujos requisitos e modalidades vamos apreciar, em face da doutrina e das legislações, especialmente da nossa. No antigo direito romano, o aborto (*abactio partus*, *procuratio abortus*) era reprimido tão sómente pelas *notas censorias* e o poder paterno. Dominava entre os juristas a concepção stoica, segundo a qual a alma é o ar inflitrado no corpo, apenas sahe á luz, e por consequente, enquanto este não nasce, suppõe-se que faz parte das entranhas da mãe, do mesmo modo que o fructo pegado á-arvore. Por isso não reputavam crime de morte o aborto, o corpo ainda não tendo alma — *quia partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur* (L. 9, D. *ad Leg. Falcid. de furtis*), e nas palavras — *partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum* (L. I, § 1.º D. *de espiciend. ventre*).

O aborto procado por extranho, ignorando a gestante, ou contra a vontade desta, constituia unicamente uma offensa á pessoa da mulher.

Mas tal a corrupção dos costumes domesticos, incrementando-se sob taes idéas, e pela repugnancia tão commum entre as mulheres ao desempenho dos deveres maternos, que desde Sptimo Severo se comminou pena extraordinaria á mulher casada que provocasse aborto, por se entender uma offensa ao direito do marido á prole esperada. Concepção diversa trouxe o christia-

nismo, reputando o fêto, ainda no ventre materno, senão como um sêr no sentido rigoroso do direito, pelo menos como uma entidade a quem a sociedade devia protecção.

TERTULIANO, doutor da egreja, no primeiro seculo da éra christã, formulou o aphorismo, synthese da nova directriz: *Homo est qui futurus est*, já é homem aquelle que futuramente o será.

Fazia, porém, o direito canonico uma distincção entre fêto animado e fêto inanimado, colhida do Levitico, e segundo a versão grega, onde se dizia que, se qualquer attentasse contra a mulher pejada, e matasse o fêto estando já formado, fosse punido com a pena capital; não o estando, fosse entregue ao marido.

Essa distincção foi colhida pelo direito secular, reinando, porém, divergencia sobre o termo em que se podia reputar animado o fêto, ou dotado de *anima rationalis*: segundo uns doutores, o termo devia ser fixado ao 40.º dia da gravidez, segundo outros no 60º, e ainda outros no terceiro mez (FARINACIUS, MENOCHIUS, DAMHOUDERIUS). O termo de 40 dias, proposto por AC-CURSIUS, formava a regra mais acceita: *Ante quadraginta dies, quia ante non erat homo, postea de homicidio tenetur*. (Glos. in l. 4, Dig. de extr. crim.). Essas subtilidades encontraram escolho na pratica, por isso que ás mais das vezes era impossivel determinar o *dies a quo*, o inicio da gravidez, impossibilidade que alcançava a propria mulher, em muitos casos. Dahi por que, embora mantida a distincção, se procurou outro fundamento, sendo pelas constituições saxonicas e pelo direito austriaco distinctas a primeira e a segunda metade do periodo da gravidez, e ás mais das vezes, considerado pela praxe como decisivo o apparecimento dos movimentos do fêto no seio materno. Em França, pela difficuldade da prova, não teve acolhida a distincção preconizada, segundo attesta MUYART DE VOUGLANS.

Corroborando-o, diz JOUSSE: “En France l’avortement procuré soi avant que le foetus soi animé, soit après, a toujours été considéré comme un crime horrible; et la religion chrétienne tient pour homicide l’action par laquelle une femme ou fille détruit le fruit dont elle est enceinte, soi qu’il soit vivant ou animé, ou non; la peine de ce crime est la mort.”

338. Firmado assim o principio de que a repressão do aborto tem como razão precípua a protecção da *spes hominis*, do sêr que vive e que tem probabilidade de viver autonomicamente no futuro, duas concepções têm surgido, com reflexo nas legislações.

A mais antiga, advinda da doutrina medieva, sem profundas alterações, é a que faz consistir o aborto na morte do fêto.

Encontrou acolhida no codigo toscano, art. 321, estatuinto que se verifica o crime quando a mulher, usando de meios abortivos, “*ha volta la vita al suo feto nell’utero o si é sgravata di un feto immaturo, che é venuto a morire in seguito di tali mezzi*”. E’ tambem a concepção que presidiu á elaboração do art. 381 do actual código italiano, que, embora não encerre uma definição, todavia tem como presupposto tal concepção, segundo poz em relevo ZANAR-



DELLI, em seu relatório, vol. II, p. 322, dizendo “que o aborto criminoso importa sempre a destruição do feto, aconteça dentro ou fóra do ventre materno. A essência do crime consiste, com effeito, no impedimento do processo physiologico da maturidade do feto, que se póde dizer concluída sómente com o parto normal.”

Desenvolvendo essa concepção, CARRARA entende que o crime, por isso mesmo que assenta na morte do feto, deve ser denominado *feticídio*, assim definido: “a morte dolosa do feto no utero; ou a sua expulsão violenta do ventre materno, e da qual resulta a morte do mesmo feto”. E’, pois, um crime *real*, pois que, para sua integração é necessario o effeito, a morte do feto, ou no utero, ou fóra, mas em consequencia das manobras abortivas. Uma tal concepção não satisfaz as exigencias de uma previdente politica criminal, por ser estreita, unilateral, isso mesmo tendo oportunidade de pôr em evidencia, na justificação de motivos do meu *Projecto de código penal brasileiro*, p. 105, e em artigo inserto no *São Paulo Judiciario*, em resposta a outro do saudoso SOUZA LIMA, apologista entusiasta de tal concepção. E’ unilateral porque olvida que sujeito passivo do crime é tambem a mulher, cuja vida é posta em perigo, senão mesmo em muitos casos tambem destruída, e, assim, o crime assumindo o caracter de periclitación da vida.

Isto mesmo reconhece CARRARA, embora em contradicção com a sua definição, dizendo “Quando al procurato aborto non consente la donna, i soggetti passivi del delitto sono due: cioè la donna cui si è cagionato l’aborto; e il feto che si è ucciso”. Outras falhas mostra ainda a concepção, como vem traduzida nas definições do código toscano e de CARRARA. Effectivamente, induz em erro falando em feto, como sujeito passivo do crime, quando procura estender a protecção penal a toda a vida uterina anterior, que tem phases e denominações diversas, a saber: a *ovular* (antes do 20. dia da gravidez) e a *embryonaria* (entre o 20.º e o 90.º dia), seguindo-se a *fetal* propriamente dita, entre o 3.º e o 7.º mez. Falando ainda em utero, como continente do feto, deixa de lado os casos de gravidez ovariana, tubaria, extra-tubaria e intersticial, de cuja occurrencia falam os profissionaes.

Outra concepção mais jurídica se antepoz, desenvolvida por PESSINA, TUOZZI, TARDIEU, GARRAUD, LISZT e outros. Segundo PESSINA, a essência do crime está no *facto de ser provocado o aborto*. Justifica a sua punição não só a circumstancia de importar o mesmo a extincção de um sêr humano, ainda que imperfeito, *spes hominis*, como o de pôr em perigo a vida da mulher a quem o aborto póde produzir grandes males, e algumas vezes a morte. Assim, o aborto é a *abactio partus*, não sendo essencial para a existencia do crime que occorra a morte do feto, embora possivel e visada pelo agente. Collocando-se no mesmo ponto de vista, TUOZZI cita o código allemão, que reconheceu crime no *facto da mulher gravida que dolosamente procura o aborto, ou mata o proprio feto no utero* (art. 218), contrapondo-se assim o *facto da morte do feto ao do aborto*, donde emerge clara a idéa que o crime subsiste tambem sem a morte verificada. De dicção semelhante são os códigos de Zurig, artigo 134; hoilandez, art. 296; o hungaro, art. 285. Eguamente Liszt, quando diz

que na legislação moderna trata-se de garantir o feto e também a vida e a saúde da mulher grávida contra attentados perigosos. Destas considerações, prosegue, resulta o duplo aspecto do aborto nos códigos: de um lado elle é homicídio ou periclitación do feto, e de outro periclitación da mulher grávida". Passando a conceituar o crime, em face do código allemão, nota como elementos:

1.º O *objecto* é o ser ainda não nascido, isto é, o fructo que não attingiu ainda a vida independente fóra do ventre materno, o ovo vivo e fecundado em todas as phases de sua evolução;

2.º A *acção* é

a) o aborto no sentido proprio, isto é, a provocação (illegal) do nascimento prematuro, embora o dolo do agente não se dirigisse á morte do feto nem este resultado tenha sido produzido.

Deve-se, pois, admittir como punivel o aborto que a viuva, grávida logo depois da morte de seu marido, por obras de outrem, provocasse aos oito mezes da gravidez, para fazer crer que o filho é legitimo.

b) o homicídio do feto no seio materno."

389. O nosso anterior código punia o aborto provocado com ou sem consentimento da mulher grávida pejada com prisão com trabalho por um a cinco annos, no primeiro caso, e dobrada no segundo (art. 199), e o fornecimento de meios abortivos, com conhecimento de causa, ainda que o aborto não se verificasse, com prisão com trabalho por dois a seis annos, sendo a pena dobrada se o crime fosse commettido por medico, boticario, cirurgião ou praticante (art. 200). Não punia o aborto quando provocado pela propria mulher. "O legislador pensou sem duvida, diz SILVA FERRÃO, encomiando-o, nos maiores inconvenientes que se seguiriam de uma punição qualquer, assim como nas difficuldades de bem se apreciar e provar o facto criminoso em relação ás mães. Ainda mais, abstrahiu de todo a idéa de cumplicidade com a mãe. Se teve participantes, esses são os autores exclusivos do crime, puniveis ainda quando a participação se limitou á subministração de drogas ou de meios abortivos, que não são mais que *meios preparatorios* de que a mãe podia, ou não usar."

O código vigente, como mostra desde logo o art. 300, seguiu a concepção moderna, que apreciamos atraz, fazendo do aborto um crime formal, na hypothese ali contida, bem como na do art. 301, pois torna-o consistente na "provocação, *haja ou não expulsão do fructo da concepção*". Estes effectos são tomados em consideração, não como elementos de crime, mas como condição de punibilidade, editada a pena de prisão cellular por dois annos no primeiro caso, e por seis mezes a um anno, no segundo, hypotheses todas subordinadas á clausula de *não ter havido consentimento da mulher*, que não vem expressa, como de vera, mas que se subentende em cotejo com a disposição do art. 301, que se refere ao caso de ter havido esse consentimento, redundantemente expresso pelas palavras — *annuencia e accordo da gestante*. Na dis-

posição do art. 300, sente-se logo a influencia da doutrina adoptada, e como vem especialmente synthetisada na noção que do crime dá TARDIEU.

Segundo o eminente medico legista francez, "o aborto é a expulsão violenta e prematura do *producto da concepção*, quaesquer que sejam as suas condições de idade, de viabilidade e até de formação regular". Dizendo-se *producto da concepção*, claro fica que se trata do *producto da concepção* nas suas condições normaes de evolução, e, pois, excluidas ficam as hypotheses da eliminação de uma verdadeira mola ou de um fêto já morto anteriormente por qualquer causa extranha aos meios abortivos e, assim, mostrada a improcedencia da objecção feita por SOUZA LIMA contra aquella expressão. Pela qualificação do art. 300, são elementos do crime:

- a) a gravidez;
- b) a provocação do aborto;
- c) o dolo.

O primeiro desses elementos é de intuitiva necessidade, não se podendo conceber seja possível determinar a expulsão de uma coisa que não existe, isto é, do *producto de concepção* inexistente. Teriamos uma tentativa impossível, pela inefficacia absoluta do fim a que se propunha o delinquente e, pois, nos termos do art. 14 paragrapho unico do codigo, não passível de pena.

Como não se tem em conta a idade, nem condições de viabilidade do *producto da concepção*, a gravidez ou gestação pôde ser tomada em qualquer phase de sua evolução, antes evidentemente de seu termo natural, por isso que o aborto é a expulsão prematura daquelle *producto*. É elemento esse, em muitos casos, de difficil constatação pericial, meio regular, por isso que mais frequente é o aborto nos primeiros mezes de gestação, que não se assignala, então, por caracteres indeleveis, e a expulsão do ovo fecundado, occultado cuidadosamente, deixando falhos ou nullos vestigios no organismo materno. O segundo elemento material do crime está na *provocação do aborto*, isto é, no emprego de meios efficazes para esse fim, que pôde ser conseguido ou não.

O nosso codigo anterior, a exemplo do francez, fazia referencia a meios internos ou externos; o vigente, acompanhando, e muito bem, os mais modernos codigos, nenhuma referencia faz a respeito. O que se requer é a idoneidade dos meios, que podem ser *moraes*, como no caso de incussão de grande temor na mulher grávida, ou *materiaes*, que na pratica medico-legal costumam ser divididos em *internos* ou *medicamentosos*, substancias que podem determinar contracções expulsivas no seio materno, como o centeio espigado, a pituitrina, etc., e *externos*, que podem ser *physicos* (a corrente electrica, etc.), ou *mechanicos* (a perfuração do utero, etc.). A idoneidade desses meios é relativa, variando muito, conforme as circumstancias de cada caso, e, assim só determinavel em especie. O *dolo* consiste na sciencia da gravidez e dos meios abortivos, empregados com o fim de expulsar o fructo da concepção. Assim, não commette aborto criminoso quem emprega violencia contra uma mulher grávida, não conhecendo o seu estado, produzindo a expulsão do fructo da concepção, responsavel sendo, sómente, pelas lesões corporaes produzidas.

Tem-se discutido se é admissível o aborto, culposo, opinando a maioria dos escriptores pela não incriminação do caso.

O nosso codigo, a exemplo de outros, não incrimina o caso, senão no art. 302.

**390.** O codigo considera primeiramente, e como caso mais grave, o aborto provocado sem sciencia ou consentimento da mulher, graduando a pena conforme tenha havido ou não expulsão do fructo da concepção (art. 300). Como casos aggravados, nessa hypothese, prevê os seguintes:

1.º A morte da mulher, como consequencia do aborto ou dos meios empregados para provocal-o. Têm-se assim duas modalidades distinctas neste caso: a) a morte da mulher sendo a consequencia do aborto, isto é, da expulsão do fêto; b) ou consequencia dos meios empregados, embora não se produzisse o aborto. Em qualquer dessas modalidades, não é necessario que haja dolo em relação ao resultado grave, porquanto este é aqui condição de punibilidade. Tem-se em vista sómente a connexão objectiva (vid. 1.º vol., numero 178).

A penalidade é a do homicídio voluntario simples, e que envolve a morte e a provocação do aborto.

2.º O aborto quando provocado por medico ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina. Visa-se assim o crime committido com abuso da profissão.

A pena de prisão cellular é a mesma do caso anterior, accrescida da pena de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

**391.** No art. 301. se occupa o codigo de outra modalidade do aborto, quando provocado com consentimento da gestante, circumstancia que é levada em conta para minorar a pena de prisão cellular, que baixa a um anno no minimo, e a cinco no maximo.

E' circumstancia levada em conta igualmente por outros codigos. O consentimento, que assim degrada a responsabilidade do agente, deve ser valido, e, assim, seria innocuo para esse effeito o consentimnto dado por uma demente.

O codigo nada estatue sobre as circumstancias, que considerou aggravantes, no art. 301, isto é, de resultar a morte da gestante consenciente e de ter sido o crime committido por medico ou parteira. Quanto ao primeiro destes casos, entende JOÃO VIEIRA "que não havendo disposição especial, o agente incorrerá na pena do § 2.º do art. 294, do homicidio simples igual á pena applicavel ao agente do aborto contra a vontade da mulher, o que é de facto uma iniquidade". Por levar mesmo a esse resultado, e ainda por collidir com outra disposição, que envolve caso semelhante, não é de acceitar tal interpretação.

Não se pôde negar a paridade entre a morte em tal situação, para a qual concorreu a gestante, e a do suicida, agindo instigado ou auxiliado por outrem, caso passivel apenas da pena maxima de quatro annos de prisão cellular (art. 299). A nós parece que o legislador entendeu que a penalidade

do art. 301 era sufficiente, mesmo occorrendo as circumstancias notada no art. 300.

Demais, tratando-se de resultado grave que é levado á conta do agente, tão sómente pela relação de connexidade objectiva, não pède ser admittido senão mediante disposição expressa. Vid. adiante, n. 392, decisão em contrario e observação. Será mais uma demonstração da imprestabilidade do código, vasado sem uma orientação firme, e consultante dos interesses sociaes, mas emquanto não revogado, tem de ser observado. JOÃO VIEIRA taxa até de immoralidade a omissão de penalidade de privação do exercicio de profissão verificado o caso de aborto da mulher consciente por medico ou parteira.

392. No paragrapho unico do art. 301, prevê ainda o código outra modalidade do aborto criminoso, quando fôr praticado voluntariamente pela propria gestante, empregando para isso os meios. Exclue-se assim a participação de outrem, mas o facto só incidirá em pena quando houver expulsão do fructo da concepção. Comprehende-se a razão por que o tratamento penal diversifica neste caso, agente sendo o que se expõe a situação de perigo actual para a propria vida. A pena é reduzida da terça parte, se o crime fôr committido para occultar a deshonra propria.

Tem applicação aqui o que expendemos a proposito de identica circumstancia e quanto ao infanticidio (n. 384).

Finalmente, no art. 302 contempla o código, como bem diz JOÃO VIEIRA, uma hypothese inutil, por isso que já é prevista de modo geral no art. 297, e, além disso, o com o vicio de não repetir completamente a formula desse artigo, o que poderá occasionar duvidas na pratica. Nem mesmo como reconhecimento da legalidade do aborto no caso visado tem valor a disposição, por isso que o aborto necessario já está comprehendido na disposição do art. 32 § 1.º.

### 393. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

#### DISTRICTO FEDERAL

I. A preliminar de que o facto arguido contra as rés (*provocação de aborto com annuencia da gestante, seguida da morte desta*) não está previsto na lei penal carece em absoluto de procedencia, pois o art. 300 § 1.º do código penal não distingue as hypotheses de ser o aborto provocado com ou sem consentimento da gestante, mas pune, em geral, com a pena de seis a vinte e quatro annos de prisão, o crime de aborto, si em consequencia delle ou dos meios empregados para provocalo seguir-se a morte da mulher (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, em 24 de maio de 1922*).

OBSERVAÇÃO — Esta decisão, muito embora o louvavel intuito de não deixar impune um facto grave, vae de encontro ao texto legal.

Effectivamente, se no art. 300 do código penal não ha referencia expressa a consentimento ou não consentimento da gestante, como são as unicas.

hypotheses em que o crime pôde ser commettido, excluida a referente ao consentimento, expressamente prevista no art. 301, resta a outra, que por ser mais grave, é, por isso mesmo, punida mais fortemente no art. 300, unico dispositivo que lhe é referente. Nesse mesmo processo, argumentou o Dr. Procurador Geral: “Seria mesmo absurdo que o legislador, no art. 301, punisse a provocação do aborto com annuencia da gestante, sem lhe resultar qualquer dãmno e deixasse impune, quando ao aborto, embora provocado com a annuencia da gestante, seguisse a sua morte. Não contraria essa interpretação o art. 1.º do codigo penal, invocado pelos appellados, por não se tratar de interpretação extensiva por analogia ou paridade, mas sim por força de comprehensão (PAULO BAPTISTA, *Hermeneutica jur.*, § 41, not. 2), applicando-se o cit. artigo a um caso necessariamente previsto pelo legislador, fundado em razões de ordem, moralidade e conveniencia publica”. Vid. retro n. 398, o que expendemos a respeito, e que ha effectivamente applicação analogica, é o que resalta logo (1.º vol. desta obr., n. 16).

II. Aborto, diz TARDIEU, é a expulsão violenta e prematura do producto da concepção. Esta definição se ajusta, em grande parte, ao conceito que se contem no art. 300 de nosso cod. penal. Mas o aborto pôde ser espontaneo ou provocado e este, por sua vez, pôde constituir um factio criminoso ou um recurso obstetrico. Na concepção, pois, do nosso Estatuto Penal, o crime de aborto é formal e consumma-se com o emprego de meios idoneos capazes de provocarem a acceleração do parto. Dest’arte, são elementos constitutivos do delicto: a) a gravidez; b) o emprego de meios idoneos; c) o dolo (*Sentença do Juiz da 3.ª Vara Criminal, de 2 de agosto de 1929, confirmada por accord. da Côte de Appellação.*)

III. O cod. penal, em seus arts. 300 e 301, fixou as duas principaes figuras do crime de aborto provocado. Esta ultima disposição deu logar a divergencias entre os doutrinadores, sustentando uns que tal regra se applica aos dois casos; isto é, verifique-se ou não a morte da mulher, entendendo outros que, nesta ultima hypothese, o delicto deve ser classificado no § 1.º do art. 300. Em commentario ao art. 301, escreve GALDINO SIQUEIRA: “O codigo nada estatue sobre as circumstancias, que considerou aggravantês, no art. 301, isto é, de resultar a morte da gestante consensciente e de ter sido o crime commettido por medico ou parteira. Quanto ao primeiro destes casos, entende JOÃO VIEIRA que “não havendo disposição especial, o agente incorrerá na pena do § 2.º do art. 294, do homicidio simples ou igual á pena applicavel ao agente do aborto contra a vontade da mulher, o que é de factio uma iniquidade”. Por levar mesmo a esse resultado, e ainda collidir com outra disposição, que envolve caso semelhante, não é de aceitar tal interpretação. Não se pôde negar a paridade entre a morte em tal situação, para a qual correu a gestante, e a do suicida, agindo instigado ou auxiliado por outrem, caso passivel apenas da pena maxima de quatro annos de prisão cellular (artigo 299). A nós parece, accrescenta GALDINO SIQUEIRA, que o legislador entendeu que a penalidade do art. 301 era sufficiente, mesmo occorrendo as circumstancias notadas no art. 300”. Ha ainda, no commentario do illustrado

professor, um argumento que parece decisivo para a interpretação ali sustentada: “Tratando-se de resultado gravoso, que é levado á conta do agente tão sómente pela relação de connexidade objectiva, não póde ser admittido senão mediante disposição expressa”. Quasi todos os codigos, antigos e modernos, fazem a distincção — mesmo no caso de resultar a morte da mulher — das duas hypotheses: a de ter havido o consentimento da gestante e a de não se ter verificado esse consentimento (cods. belga, art. 351; hollandez, de 1881, arts. 296 e 297; piemontez, art. 544; argentino, de 1921). Interpretar o nosso codigo admittindo, para todos os casos de que resultar a morte, a disposição do art. 300, § 1.º, será confundir as duas hypotheses, do consentimento e da falta deste, ficando para ambos a mesma penalidade (*Accord. da 1.ª Camara da Côrte de Appellação, de 15 de julho de 1930*). Vingou, assim, a exacta exegese do texto legal.

## CAPITULO V

### DAS LESÕES CORPORAES

**Art. 303.** Offender physicamente alguém, produzindo-lhe dôr ou alguma lesão no corpo, embora sêm derramamento de sangue:

Pena — de prisão cellular por tres mezes a um anno.

**Art. 304.** Se da lesão corporal resultar mutilação ou amputação, deformidade ou privação permanente do uso de um órgão ou membro, ou qualquer enfermidade incuravel que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho:

Pena — de prisão cellular por dois a seis annos.

**Paragrapho unico.** Se produzir incommodo de saude que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de trinta dias:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

**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.

**Art. 306.** Aquelle que por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar commetter ou fór causa involuntaria, directa ou indirectamente, de alguma lesão corporal, será punido com a pena de prisão cellular por quinze dias a seis mezes.

DECRETO N. 17.943-A, DE 12 DE OUTUBRO DE 1927

(Codigo de menores)

Art. 137. Applicar castigos immoderados, abusando dos meios de correcção ou disciplina, a menor de 18 annos, sujeito á sua autoridade, ou que lhe foi confiado, para crear, educar, instruir, ter sob a sua guarda ou a seus cuidados ou para o exercicio de uma profissão ou arte:

Pena — de prisão cellular de tres mezes a um anno, com a inibição do patrio poder ou remoção da tutela, se o culpado fór pae ou mãe ou tutor.

Art. 138. Dar a menor de 18 annos, sujeito a seu poder, cargo, guarda ou cuidado, máos tratos habituaes, de maneira que prejudique sua saude ou seu desenvolvimento intellectual:

Pena — de prisão cellular de tres mezes a um anno, com inibição do patrio poder ou remoção da tutela, se o culpado fór o pae ou a mãe ou tutor.

Art. 139. Privar voluntariamente de alimentos ou de cuidados indispensaveis, ao ponto de lhe comprometter a saude, menor de 18 annos, sujeito a seu poder ou confiado a seu cargo ou guarda ou cuidado, e que não esteja em condições de prover á sua propria manutenção:

Pena — de prisão cellular de tres mezes a um anno, com a inibição do patrio poder ou remoção da tutela, se o culpado fór o pae, a mãe ou tutor.

Art. 140. Fatigar physica ou intellectualmente com excesso de trabalho, por espirito de lucro, ou por egoismo, ou por deshumanidade, menor de 18 annos, que lhe esteja subordinado como empregado, operario, aprendiz, domestico, alumno ou pensionista, de maneira que a saude do fatigado seja affectada ou grãvemente compromettida:

Pena — de prisão cellular de tres mezes a um anno.

Art. 141. Nos casos dos quatro artigos precedentes, se os castigos immoderados, os máos tratos, a privação de alimentos ou de cuidados, o excesso de fadiga causaram lesão corporal grave, ou comprometteram gravemente o desenvolvimento intellectual do menor, e se o delinquente podia prever esse resultado, a pena será de prisão celular de um a cinco annos; e de cinco a doze annos, se causaram a morte, e o delinquente podia prevel-a.



394. Nas legislações penaes mais perfectas, ora vigentes, se destacam diversas infracções, formando uma categoria distincta, tendo como objecto commum, ou bem juridico individual contra o qual se dirigem, a integridade do corpo, de seus orgãos e funcções physiologicas ou psychicas.

São as infracções consistentes no damno ao corpo ou á saude, ou em perturbação mental, e que o codigo penal italiano, assim as distribuindo, denomina delictos de *lesões pessoases*. Não trazem, como o homicidio, a destruição da vida, nem como a injuria ou calunnia, uma offensa á integridade moral do individuo, mas uma perturbação ao physico ou funcções physiologicas ou psychicas. A protecção penal assim outorgada teve a sua evolução, assignalada nas legislações, comprehendendo a principio sómente as offensas physicas ou lesões á integridade da pessoa physica, e depois tambem, mas nem em todas as legislações vigentes, a perturbação das funcções psychicas.

No direito romano, as offensas physicas não constituem, em regra, delicto autonomo, se comprehendendo, com as offensas moraes e outros bens, na idéa de *injuria*. Se é certo que nas doze taboas se commina o talião contra *membrum ruptum*; desde que não houvesse composição, éntretanto por *os fractum aut collisum* cabia multa, applicavel tambem ás demais injurias, multas que foram substituidas no direito pretoriano, pela *actio injuriarum* do direito civil. Nas *Quæstiones perpetuæ*, tres casos de injuria eram considerados como *injuriæ atroces*, dos quaes sómente os dois primeiros podem corresponder á idéa moderna da offensa physica, isto é, o *pulsare*, o *verberare* e o *domum vi introire*. Essa concepção de injuria domina no direito intermedio, e especialmente em Portugal, excepção feita dos germanos, onde, em geral, se distinguiam, de um lado, as simples pancadas (correspondentes á romana injuria real), e, do outro lado, as feridas sangrentas e as mutilações, aquellas da competencia da baixa justipa, e estas passíveis de penas criminaes, como a perda da mão. Sómente pelos fins do seculo XVIII, é que se começou a generalisar, como infracção autonoma, a *violatio corporis* ou *crimen læsæ sanitatis*. Restricta á integridade corporal, considera-se automaticamente a offensa physica no codigo austriaco, de 1803, nos francezes, de 1791 e 1810, e no bavaro de 1813. Assignalando a difficuldade de qualificar a infracção attentas as multiplas fórmulas de sua manifestação material, irreductíveis á exacta classificação e respectiva comminação penal, mostra o cotejo desses codigos. Os estatutos italianos distinguiam as lesões em *lethæes*, *perigosas* e *differentes*, distincção que procedia da relação entre a offensa e a conservação da vida; e segundo a morte do offendido era consequencia certa da lesão, ou *provavel*, ou *nenhuma* ligação tinha com a mesma, adquiria a offensa diversos caracteres juridicos. As feridas lethæes subdividiam-se em *lethæes absolutamente*, *individualmente* e *accidentalmente* (n. 364). As perigosas eram consideradas *graves* pela unica circumstancia de pôrem em perigo a vida do paciente; e as indifferentes-eram *leves* ou *graves*, conforme a intensidade do resultado ou a duração da molestia. O codigo austriaco; de 1803, distribuiu as lesões em *leves* e *graves*, deixando ao arbitrio do julgador qualificar o facto occorrido em uma ou outra categoria, ao passo que methodo

diverso foi seguido pelo código francez de 1791, que entrando em especificações, incumbem-se de fazer a classificação, assim restringindo sensivelmente as attribuições do juiz. Um meio termo foi adoptado pelo código francez de 1810, seguindo o primeiro systema, que altera no firmar regras para determinar o que sejam lesões leves e graves, sob o criterio da duração da molestia e a incapacidade de trabalho, criterio que vemos admittindo tambem em outras legislações. Mas as offensas que qualifica, como mostra desde logo a rubrica da secção II, cap. I, tit. II, livr. III — *Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre*, são unicamente as offensas materiaes ou physicas, assim mantida a antiga concepção.

395. Uma nova directriz, de maior amplitude protectora, foi seguida pelas legislações allemã e italiana; teve-se em consideração tambem a parte mais elevada de ser humano, punindo-se as aggressões que visassem as funções mentaes. Dahi a substituição da denominação do titulo de *offensas physicas* para o mais comprehensivo de *lesões pessoases*, que vemos adoptado, especialmente pelo código italiano. O código austriaco, de 1852, art. 155, especificando as diversas formas de lesões graves; tem em consideração o instrumento usado, o perigo de vida, a alteração da saúde e a incapacidade para o trabalho.

O de Baden genericamente referia-se a offender um individuo no corpo ou na saúde por meio de uma acção injusta.

O allemão vigente, sob a denominação de *lesão corporeal*, comprehende não só as offensas physicas, como as perturbações mentaes (arts. 223 e 224). O código italiano, sob a rubrica notada de *lesões pessoases*, comprehende o *danno nel corpo* o nella *salute* o uma *perturbazione di mente* (art. 372). Na modalidade *danno al corpo* tem-se comprehendido toda alteração da normalidade corporeo-anatomica e funcional, como a laceração dos tecidos, a anachilose de um braço, uma simples contusão, o corte dos cabellos; na modalidade do *danno alla salute* todo processo pathologico e toda perturbação do tom vital, como a febre, a pulmonite, a simples dôr ou uma emoção dolorosa; e na da *perturbazione di mente* não só as verdadeiras e proprias doenças mentaes, mas tambem os simples disturbios transitorios, como o deliquio (ALIMENA, ALTAVILLA). Essa ampliação trouxe tambem a dos meios productores da lesão pessoal, admittindo-se como taes, não só os materiaes, como os moraes, os chamados *traumatismos psychicos*, as aggressões sem emprego de arma, por uma encenação de terror e ameaça, donde podem resultar, entre outros disturbios, uma paralyisia agitante, a loucura, a aphasia, senão a morte (vid. n. 363).

396. O nosso código de 1830, seguindo a concepção dominante na occasião, qualificando o crime em questão, inspirando-se em geral no código penal francez, teve em vista sómente as perturbações da integridade physica, usando da rubrica — *Ferimentos e outras offensas physicas* (arts. 201 a 206). Se no art. 205 destaca o caso do grave incommodo de saúde, é,

porém, como effeito ou resultante do mal corporeo. Não cogitava das lesões culposas, lacuna essa sanada pela lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1870, art. 19. O código vigente, elaborado em outras condições de tempo e desenvolvimento scientifico, quando tinha para paradigma excellentes códigos, que sob previdente politica criminal, tinham suffragado a concepção mais ampla, protegendo a pessoa humana na sua actividade psychologica, não soube comprehender a questão, e ateu-se ronceiramente á velha e mais que secular intuição, deixando assim ao desamparo interesses de tanta monta.

Se trocou o titulo pelo de *lesões corporaes*, não passou isso de mera troca de rotulo, o conteúdo continuando o mesmo, a qualificação sómente de offensas physicas. Distribue as lesões corporaes em duas classes geraes — as *lesões corporaes dolosas* (arts. 303 a 305), e *lesões corporaes culposas* (art. 306).

Quanto ás dolosas, podem ser distribuidas em duas classes, conforme o criterio de *permanencia* ou *transitoriedade* do damno immediato resultante da acção delictuosa, ou de sua quantidade natural, criterio adoptado por outras legislações, e pelo nosso código, como deixam ver desde logo nos citados dispositivos. Assim, são *permanentes*, e de maior gravidade, pela absoluta irreparabilidade, as previstas taxativamente no corpo do art. 304. São *transitorias*, de menor gravidade, por cessar o mal depois de tempo breve, e por não deixarem traços indeleveis, as referidas no paragrapho unico do art. 304 e no art. 303. Esta classe subdivide-se em dois grupos assignaveis especialmente pela duração do mal e incapacidade para o trabalho, e assim, temos: lesões *graves* as que se caracterizam por ambos esses effeitos, ou nos termos do paragrapho unico do cit. art. 304, as que produzem incommodo de saúde que impossibilita o paciente do serviço activo por mais de 30 dias, e lesões *leves* aquellas em que não se realisam nenhum desses effeitos. O código supprimiu a modalidade da lesão transitoria *perigosa*, prevista no código anterior, no art. 205, primeira parte. Estatuiu nesse artigo: “Se o mal corporeo resultante do ferimento ou da offensa physica *produzir grave incommodo de saúde*, ou inhabilitação de serviço por mais de um mez: Penas — de prisão com trabalho por um a oito annos, e de multa correspondente á metade do tempo.”

Como se vê, comprehendem-se aqui duas modalidades distinctas, a primeira das quaes sendo a lesão que põe em risco a vida do doente, mas que entretanto não é incompativel com um restabelecimento prompto, depois de vencido e conjurado o perigo.

E' modalidade que vemos tambem no código penal allemão e em outros, modernos ou antigos. O nosso legislador de 1890, medindo ou não as consequencias, fundiu em uma só modalidade as duas do código anterior, modificando ainda uma dellas, não distinguindo a maior ou menor gravidade no incommodo de saúde, nem o assignala como um elemento isolado de criminalidade, e, assim, faz-se preciso que a essa circumstancia se reuna a inhabilitação do serviço por mais de trinta dias, sem o que o incommodo de saúde, qualquer que seja, escapa á sanção penal do paragrapho unico do art. 304.

Nada justifica essa orientação, porquanto, por mais variavel e pouco segura que seja a apreciação clinica do perigo de vida, é incontestavel que ha casos de ferimentos que, não trazendo nenhuma outra qualificação especial, e durando muito menos de 30 dias, são no entanto, da mais alta gravidade. Seria grandemente injusto punil-os como ferimentos leves, a modo do que faz o codigo vigente (NINA RODRIGUES, SOUZA LIMA).

Passemos á analyse das disposições referentes ás lesões dolosas, indo das transitorias ás permanentes.

### LESOES CORPORAES DOLOSAS

397. No art. 303 se qualifica a lesão *transitoria leve*, isto é, de existencia transeunte, sem causar os disturbios proprios das graves, o que se verifica, não pelo enunciado do artigo, que, por amplo, comprehende todas as modalidades das lesões corporaes, mas por via de exclusão das especies previstas nos arts. 304 e 305, além do confronto das respectivas penas. Nota, com toda procedencia, SOUZA LIMA, que a explicativa final do artigo 303 — *embora sem derramamento de sangue* —, parecendo fazer desta circumstancia nota significativa de minima importancia para a classificação das lesões leves, não tem, entretanto, esse alcance.

Em primeiro lugar, o traumatismo póde ser incruento, não obstante derramamento de sangue, que póde fazer-se internamente, na espessura da pelle, por baixo della em qualquer profundidade dos tecidos sub-cutaneos e no interior de qualquer cavidade ou de orgãos nella contidos, effeitos comuns nas contusões, e mesmo sob o ponto e vista medico-legal, não ha contusão, na sua manifestação mais simples, sem extravasação de sangue, sob a forma de sugillação ou de bossa sanguinea. Em segundo lugar, mesmo sem derramamento interno de sangue, quer superficial e appárente sob a forma de ecchymose, quer profundo e occulto sob a forma de verdadeira hemorragia visceral ou intracavitaria, póde a contusão determinar phenomenos gravissimos e mesmo mortaes por commoção violenta dos centros nervosos. Assim, a presença ou ausencia de derrame sanguineo não é caracteristico de leveza das lesões corporaes.

São elementos do crime definido no art. 303:

- 1) a lesão corporal;
- 2) o dolo;
- 3) que a lesão corporal não se inclua em outros dispositivos da mesma regra criminal.

I — O elemento material do crime se traduz pela lesão corporal, que é a perturbação da integridade corporal do sujeito passivo, determinada por uma violencia externa ou causa traumatica e que póde assumir as mais diversas formas. O legislador entendeu determinar os grãos dessa perturbação, como norma geral de apreciação. Da dicção diffusa do art. 303 se depreheende que para a existencia do crime, preciso é que haja *offensa physica*, sensu stricto, isto é, perturbação da integridade corporal que não cause

solução de continuidade da pelle, e que produza *dôr*, ou *ferimento*, isto é, aquella solução de continuidade da pelle, em toda ou parte da sua espessura, ainda mesmo só interessando a sua camada mais externa e superficial, a epiderme.

Semelhantes disturbios devem provir de uma violencia externa, que pôde ser assignalada como: 1) *acções physicas* (resfriamento, congelação, insolação, intermação, queimaduras, compressão, descompressão, fulguração, electroplexão, radiação; 2) *acções chímicas traumaticas* (queimaduras de ácidos, alcalis e outros irritantes); 3) *acções mechanicas* (contusões, feridas contusas, feridas incisivas, feridas penetrantes, feridas por arma de fogo, grandes traumatismos, esmagamento, precipitação); 4) *acções physiologicas*, como privação de alimentos, inanição, privação de ar respiravel, asphyxia, envenenamento, infecção (AFRANIO PEIXOTO). Pouco importa que a causa vulnerante tenha sido dirigida contra o corpo, ou que este tenha sido impellido contra aquella, como aliás já vem precisado, na menção da *precipitação*, como uma das acções mechanicas. O dispositivo apreciado teve como fonte o art. 201 do código anterior, cuja redacção alterou, e como sempre, para peor. Disponha esse código: "Ferir ou cortar qualquer parte do corpo humano, ou fazer qualquer outra offensa physica com que se cause *dôr* ao offendido: Penas — de prisão por um mez a um anno, e multa correspondente a metade do tempo." Assim, como effeito minimo da offensa physica que a pôde constatar, na ausencia, de outros vestigios, tomam nossos códigos o extremo da *dôr*, elemento que por ser subjectivo, nem sempre assignalavel por dados sufficientes, em grande numero de casos, falta mais accentuada quando se procura distinguir a simulação da sinceridade, sua prova tem de ser feita indirectamente pelo testemunho, ás mais das vezes de efficacia nulla.

398. II — O elemento moral do crime se constitue pelo *animus lædendi*, a vontade precisa de offender (*dolo determinado*), ou tambem quando o agente, sem intenção positiva de commetter a lesão, pratica voluntariamente um acto que previa poder offender a outrem e que apezar dessa previsão não deixou de pratical-o, resultando dahi effectiva offensa á pessoa do paciente (*dolo indeterminado*): Só o exame detido do caso concreto pôde mostrar se a intenção do agente era de offender, fim proximo de sua acção, ou se tal effeito, previsto, entretanto, não o demoveu do *iter criminis*. Verificado que seu intento era, não offender physicamente, mas matar, ou injuriar, desapparece o crime de lesão corporal, para se constituir o de tentativa de homicidio, ou o crime de injuria real, previsto no art. 305. Não ha ainda configuração do crime de lesões corporaes, se estas occorreram como resultantes do direito de correção, attribuido aos paes, uma vez que não excedam os justos limites do castigo moderado (GARRAUD). Neste sentido se têm pronunciado tribunaes nossos, vindo o Cod. de menores, art. 137, erigir o abuso em delicto especial, bem como definir outros delictos de offensas contra menores, nos arts. 138, 139 e 140, transcriptos no texto.

Indaga-se se subsiste o crime quando houver consentimento do offendido. Commentando o art. 26, letr. c do código, deixamos explicita a razão porque, em regra, o consentimento não tem influencia, como dirimente da criminalidade. Na hypothese, o consentimento não tem essa efficacia, em face daquella disposição combinada com o art. 407, pois ao offendido não cabe acção penal privativa em caso de lesões corporaes, e só quando titular exclusivo dessa acção é que o seu consentimento pôde ter efficacia de elidir a punibilidade.

Quanto ao terceiro elemento do crime, de ordem negativa, é preciso, como já notamos, que da offensa não resultem os efeitos especificados no art. 304, ou não seja praticada com o intuito de injuriar, caso em que teria lugar a figura do art. 303.

399. A lesão corporal transitoria passa á categoria de *grave*, nos precisos termos do art. 304, paragrapho unico. “se produzir incommodo de saúde que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de 30 dias.” Em o n. 396 mostramos a origem dessa disposição, como sendo a fusão de duas hypotheses distinctamente tomadas pelo art. 205 do código anterior. Toma-se para criterio da gravidade o criterio economico, a inhabilitação do serviço ou trabalho activo por mais de 30 dias, criterio que vemos tambem adoptado por outros códigos, como o francez, o belga, o italiano e outros, mas não pelo allemão e hollandez. JAGEMANN e MITTERMAIER salientáram os erros e inconvenientes que derivam desse criterio, como foi primeiramente estabelecido pelo código penal francez e adoptado por outros códigos. Para constituição da lesão corporal grave, nos termos do nosso código, além dos requisitos 1.º e 2.º, exigidos para a lesão corporal, desenvolvidos atraz (ns. 397 e 398), preciso se torna ter em vista mais, como elementos essenciaes, a *connexão objectiva entre a lesão e a incapacidade, a natureza dessa incapacidade e sua duração*. Em primeiro lugar é necessario que haja uma relação de causa e effeito entre a lesão e a incapacidade, porque só assim essa incapacidade pôde ser medida de gravidade da lesão. Não é preciso, porém, observam CHAUVEAU e HÉLIE, que a lesão seja a causa unica da incapacidade, bastando que a tivesse determinado. Assim, se pelas condições morbidas do paciente, a lesão adquiriu gravidade, o agente é responsavel pelas consequencias, porquanto se para as mesmas concorreu o estado morbido, a lesão, entretanto, as determinou. Diversa é a solução, se a incapacidade fôr determinada por uma circumstancia posterior e extranha, como a impericia do operador ou outro accidente, que rompesse a cadeia causal, o agente não podendo ser responsavel pelas consequencias assim verificadas. Não é necessario que o dolo comprehenda esse resultado damnoso, pois se trata de uma relação objectiva.

Em segundo lugar, é necessario ter em vista a *natureza da incapacidade*. O código penal francez, art. 309, fala em doença ou incapacidade de trabalho pessoal durante mais de vinte dias, para que a lesão se torne grave, e entre seus commentadores divergencias têm surgido sobre o que se deva

entender por essa incapacidade de trabalho, sustentando uns que é o *trabalho habitual*, e outros o *trabalho corporal* do offendido. O código italiano, art. 372, dirimiu a controversia, não se preocupando da interrompida productividade economica, porque não fala de incapacidade de trabalho, e sim de “incapacidade de attender ás occupações ordinarias”, e com isto quiz proteger tambem as occupações de quem não é economicamente productivo, como uma creança. Assim, adopta um criterio relativo, visando uma incapacidade do habitual modo de vida, e, pois, em relação ao sexo, idade, genero de occupação, estado de saúde, etc., segundo julgados de tribunaes (Cass. de 22 de março de 1912, de 25 de novembro de 1913, etc.), e intelligencia dada por criminalistas de renome, como ALTAVILLA, ALIMENA, TUOZZI NAPODANO, MAJNO, e outros). O nosso código, afastando-se do anterior, bem como do francez e italiano, que consideram a incapacidade sómente como caso de lesão *transitoria* e grave, toma-a neste character no paragrapho unico do art. 304, e tambem como caso de lesão *permanente*, no final do corpo deste artigo, quando diz: “resultar qualquer enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho.” Apesar de estarmos apreciando agora a lesão transitoria, prevista naquelle paragrapho, vamos tambem considerar a permanente, do final do corpo do artigo, pela affinidade que ha no assumpto. A insegurança de technica do legislador, ora falando em *trabalho*, ora em *serviço activo*, com mais ou menos amplitude, tem dado logar a divergencias de interpretação, entendendo uns que tanto em um caso, como em outro se trata de trabalho habitual, ordinario, e outros que no art. 304 se trata desse genero de trabalho, e no paragrapho unico de qualquer especie de trabalho, quer seja o habitual, quer o trabalho commum corporal. Restringindo o termo *serviço* pelo qualificativo *activo*, o legislador tomou-o como equipollente de *trabalho* economico, isto é, como o esforço consciente para satisfazer necessidades economicas. Fallando no corpo do art. 304 em privação de exercer para sempre o *seu* trabalho, outra significação não pôde ter, com esse possessivo, senão o trabalho *habitual*, o trabalho *profissional* do offendido, aquelle a que se entregava por occasião do factu delictuoso, e do qual em consequencia deste, ficou privado *permanentemente*. Por esta circumstancia a lesão toma um character de summa gravidade, não comparavel com as outras definidas em outros dispositivos, e pela connexão estreita, directa que mantem com a lesão, não lhe é, por isso, circumstancia meramente extrinseca, mas intrinseca. No paragrapho unico, fallando em *serviço activo*, teve em vista o trabalho muscular, realizado mediante o esforço exclusivamente muscular, ou o trabalho mechanico, em que o impulso é dado pelos musculos, vindo os agentes mechanicos concorrer para o resultado collimado. Pela temporariedade da incapacidade, é esse genero de trabalho que pôde ser inequivocamente e desde logo constatado e de cuja privação cogita o texto legal. E' esta interpretação que dão CHAUVEAU e HÉLIE ao código francez, considerando o trabalho *pessoal* e *temporario*, de que trata, como o trabalho *corporal*, devendo a incapacidade se estender a todos os trabalhos da *mesma natureza*, porque a impossibilidade de se entregar a um só

desses trabalhos não seria uma medida da gravidade dos ferimentos, se a pessoa offendida pudesse ao mesmo tempo exercer outros trabalhos. Finalmente, quanto á *duração* da incapacidade, deve exceder de trinta dias, pois o código diz claramente "*mais* de trinta dias." Esses dias devem ser contados por inteiro, e não por fracções, incluindo, porém, o dia do delicto, em qualquer de seus momentos. Ordinariamente a constatação da incapacidade se faz pela pericia medica, e quando não possa ser feita por esse ou outro genero de prova, têm decidido nossos tribunaes que a hypothese mais favoravel ao accusado deve ser admittida, reputando-se leve a lesão. E igualmente, se antes de transcorrido o prazo legal, vier a fallecer o offendido por causas extranhas á lesão. Como já notamos, forte impugnação tem soffrido o criterio da duração da molestia e da incapacidade ao trabalho para determinar a gravidade das lesões, além do ponto de vista juridico, tambem no medico-legal. Como nota SEVERI, toda a illusão se dissipou desde que LISTER preconizou rigorosas normas anti-septicas da pratica cirurgica, verificando-se que lesões, que entravam na categoria de graves pelo decurso do tratamento, perderam esse caracter pelo menor tempo desse tratamento, mais raros os incidentes complicativos.

400. LESÕES PERMANENTES — Como já mostrámos (n. 396), assim se dizem as lesões de absoluta irreparabilidade do seu damno immediato ou quantidade natural. São as previstas taxativamente no art. 304. Pelas razões dadas já nos occupamos da ultima modalidade prevista no corpo desse artigo (n. 399), e agora vamos apreciar as demais alli mencionadas. Para a caracterisação de qualquer dellas, é preciso concorram, como seus elementos, a *lesão*, o *dolo* (n. 397), a *connexão objectiva* entre a *lesão* e qualquer dessas *modalidades*, como seu effeito (n. 399). O código anterior qualificava, com a pena de um a seis annos de prisão com trabalho e multa correspondente a metade do tempo, o facto de haver ou resultar da lesão *mutilação*, ou *destruição* de algum *membro* ou *orgão* dotado de um movimento distincto, ou de uma *função especifica* que se póde perder sem perder a vida (art. 202), e bem assim, com as mesmas penas o de haver ou resultar *inhabilitação* de membro ou orgão, sem que comtudo ficasse destruido (art. 203). Entendiam diversos de seus commentadores que se deviam tomar como synonymos os termos *mutilação* e *destruição*, que significavam perda de uma das partes do corpo, interpretação que encontrava apoio no art. 203 onde se trata da incapacidade do membro ou orgão, sem que resultasse *destruição* (THOMAZ ALVES, MOURA LACERDA). O código vigente adoptou essa intelligencia, mantendo o termo *mutilação* e supprimindo o termo *destruição*, e contemplando outra modalidade, a *amputação*, como faz o código francez. A differença entre esta e a *mutilação* consiste no facto de ser a *amputação* produzida pela intervenção cirurgica necessaria para salvar a vida do paciente, e a *mutilação* em ser constituida pela propria lesão. Se em consequencia do ferimento, o medico, para evitar a gangrêna, corta a perna do paciente, da lesão resultou



amputação; se com um golpe de espada o offensor cortou o braço do paciente — mutilação (MACEDO SOARES, SOUZA LIMA, AFRANIO PEIXOTO).

É também a differença que dá LACASSAGNE, dos termos consagrados no código francez — *mutilation, amputation*. Não basta que o membro fique simplesmente inutilizado, e por outro lado, a reparabilidade pela arte medica, ex.: pelo rhinoplastica (LISZT).

A mutilação ou amputação deve ser de *orgam* ou *membro*.

O código anterior, art. 202, retro mencionado, referindo-se a essas partes do corpo, affectadas da lesão, usava da explicativa — *dotado de um movimento distincto, ou de uma função especifica que se pôde perder sem perder a vida*. Elucidando o texto legal, dizia MOURA LACERDA que “embora não se possa entender que, falando em geral, possa haver órgão sem função especifica (porque em medicina se denomina tal “qualquer parte de um corpo vivo que exerça uma função especial”), todavia, o pensamento do legislador foi ter em consideração *as mais importantes funções* que cessassem por essa destruição. E quanto a palavra — *membro*, o legislador só attendeu á destruição *do que fosse dotado de movimento distincto*.” Passando a definir esses termos, diz: “Abstrahindo a idéa — de ser o corpo o conjuncto de todas as suas partes, deve-se considerar como *membro* — *as partes exteriores que nascem do tronco do corpo*, por exemplo, os braços, as pernas, etc. Entende-se por *orgam* “*a parte do corpo que serve para as sensações e funções do homem*”, pois estamos tratando do homem, por ex.: os olhos, os ouvidos, a pelle, etc.”

No mesmo sentido se manifesta SORIANO DE SOUZA. “Rigorosa e scientificamente falando, diz elle, *membro* não é a mesma coisa que *orgam*. Chama-se *orgam* (de uma palavra grega que significa *instrumento*) as diversas partes constituintes dos corpos organicos, partes essas que, sendo differentes entre si por sua forma, estructura e composição, tem cada uma sua acção propria, e concorre, a seu modo, para a vida do ser organizado.

Deste modo, uma veia, arteria muscular, tendão, membrana, etc., são outros tantos organs ou instrumentos, por meio dos quaes se operam no organismo funções especiaes. Ao passo que a palavra *orgam* tem lata significação, a palavra *membro*, ordinariamente, só se emprega para exprimir os appendices do tronco, os quaes no homem são quatro: dois superiores ou thoracicos (os braços), e dois inferiores ou abdominaes (as pernas), sendo que também, em sentido estricto, toma-se a mesma palavra *pro membro virile*.” O código vigente, embora não reproduzisse a explicativa do anterior, não se orientou de modo diverso, como aliás o mostra a dicção geral do art. 304.

Deixam claros aquelles escriptores que, no aspecto penal, os organs se distinguem pelas suas funções proprias, especificas e as *mais importantes*. Conceito diverso não dão substancialmente escriptores modernos italianos, como LAZZARRETTI, quando diz que por “*orgam* deve-se entender um complexo de partes anatomicas reunidas, provenientes de diversos systemas, constituindo um todo unico de conformação especial, destinado a uma *particular*

*função physiologica da nossa machina animal*”, e PUGLIA quando diz que “deve-se tomar na significação physiologica, e não na anatomia, por isso que mais de um órgão pôde servir para uma só função.” Além da perda, pela mutilação ou amputação, o código vigente prevê “a *privação permanente do uso do organo ou membro*.” E’ modalidade tambem prevista pelo anterior código, quando no art. 203 prevê o caso de “*haver ou resultar inhabilitação de membro ou organo, sem que contudo fique destruido*”, dicção bem expressiva, e que põe em relevo se tratar só da perda da capacidade de funcionar, continuando o organo a existir. Nenhum dos dois códigos, porém, prevê o caso de haver apenas enfraquecimento do organo, como faz o código italiano, art. 372. Assim, tratando-se de organos geminados, ou que concorrem para a mesma função, como os olhos, a privação do uso de um delles, não seria privação do uso do organo, como prevê a lei, desde que a função visual continuasse a se exercer, embora limitadamente ao outro olho. Haveria enfraquecimento e não perda funcional, caso que não podendo ser evidentemente comparado a uma simples lesão, uma escoriação, por exemplo, entretanto, pela lacuna da nossa lei, tem de receber essa equiparação, classificado o caso como de lesão leve! O caso suscitou duvidas na Italia, diante do respectivo código penal, art. 372, que considera como lesão grave o enfraquecimento de um sentido ou de um organo, e como lesão gravissima a perda do uso de um organo, decidindo, porém, a Côte Suprema “né si può ritinere ch’esso risponda all’altra formula, perdita dell’uso di un organo, che pure fu aggiunta all’art. 372 n. 2, perché organo risponde a funzione, e quando una parte del corpo concorre con altra ad esercitarse una, come avviene della funzione visiva, il cui organo sono i due occhi, non si può dire che si sia perdita dell’uso dell’organo, se la funzione benché indebolita, rimane (Cass. em 24 de julho de 1893).

401. Especifica ainda o art. 304, como caso de lesão permanente, a *deformidade*, cuja caracterisação tem sido objecto de contrvoersias. Em sentença de 6 de agosto de 1921, que exarei como juiz de Direito da 4ª Vara criminal do Districto Federal, apreciei a questão em seus diversos aspectos, mostrando a solução que melhor se harmonisa com o nosso código. Assim me externei:

“Tendo os peritos, no exame de sanidade, affirmado ter resultado deformidade da lesão soffrida pelo paciente, attendendo que a lesão respectiva é *extensa, indelevel e apparente*, conclusão impugnada pela defesa, sob fundamento de que, verificado o golpe no lado esquerdo do pescoço, possibilidade ha de encobrir o signal pela barba, pelo collarinho, quando a acção do tempo não o eliminasse, é de perquirir se aquella conclusão deve ter acolhida;

Considerando que não definindo o nosso Código penal o que seja deformidade, nem limitando a extensão dessa *dismorphia*, cumpre, recorrendo ao subsidio medico-legal, verificar a conceituação respectiva;

Considerando que nesse dominio criterios diversos têm sido estabelecidos, reputando-se *deformidade*: 1) em accepção ampla, todo desvio morpho-

logico, todo damno estheticos, desde o mais ligeiro e insignificante até o mais accentuado e grave, mas indelevelmente impresso na pessoa, tornando-a desagradavel á vista dos outros homens (SORIANO DE SOUZA, *Ensaio medico-legal sobre os ferimentos*, ps. 199-202. EMMERST, apud BLUMENSTOK, em MASCHKA, *Trat.* I, p. 152), e nesse sentido, o nosso codigo criminal, de 1830, destacava essa modalidde, no art. 204, em seu aspecto menos intenso, como condição minima da gravidade das lesões corporaes, com a penalidade de 1 a 3 annos de prisão com trabalho e multa; 2) em accepção restricta, a alteração notavel e accentuada da figura humana (BORRI, *Le lesioni traumatiche*, p. 55. GEYER, em HOFFMANN, *Trat. de med. leg.*, trad. Sentinon, I, p. 390), e segundo outros, atendo-se ao significado commum, ou dos lexicons (*de*, privação, e *forma*, sem forma), a alteração de forma, uma transformação para peor, uma québra de proporções, de harmonia, de ordem, de graça na disposição das partes, um *afeamento*, emfim (ALCANTARA MACHADO, *A deformidade nas lesões* pessoaes, na *Rev. da Fac. de Direito de São Paulo*, vol. VIII, ps. 87-88, DE CRECCHIO, *Sfregio e deformazione*, no *Gior. de med. leg.*, I, p. 4), notando-se que nesta, como na anterior accepção, divergencias ainda se notam quanto á extensão da dismorphia, ora ampliavel a todo o corpo, e, pois, á figura e attitude, ora restricta ao rosto, accepção esta mais commummente tomada, desde as primitivas legislações, e nas vigentes, especialmente pelo codigo italiano, art. 372 (*sfregio permanente del viso e permanente deformazione del viso*);

Considerando que incluindo o nosso codigo penal vigente a deformidade entre as lesões corporaes permanentes, no art. 304, em paridade de collocação, para os effeitos penaes, com o dobro da pena de prisão estabelecida pelo anterior codigo, é bem de ver que a tomou em accepção diversa, na mais restricta, e nesse sentido, por isso mesmo que não estatue em contrario, tomando o termo no significado lexico ou commum, isto é, como *afeamento*, mal parecido e desagradavel á vista, o que não quer dizer fazer *menos bello*, como pretendem SORIANO DE SOUZA e outros, nem é tão sómente crear uma anomalia, que subtrahia o offendido ao typo da especie a que pertence, como querem os demais. Uma pequena cicatriz, nota ALCANTARA MACHADO, pôde tornar o individuo menos bello, sem que o afeie; um longo gilvaz irregular pôde afealo, sem que lhe tire os caracteres especificos essenciaes;

Considerando que nessa accepção, e sem limitação ao rosto, como querem ALCANTARA MACHADO e outros, limitação que não faz o nosso codigo, nem se justifica, porquanto o afeamento pôde resultar de traumatismos em outras partes do corpo, como, pelo desvio da columna vertebral, tornando giboso o individuo (AFRANIO PEIKOTO, *Med. legal.*, p. 344, SOUZA LIMA, *Med. legal.*, p. 767), e a razão da punibilidade das lesões deformatorias assenta na protecção da esthetica individual, da forma normal e propria da pessoa, que não pôde ser impunemente alterada, nessa accepção, repetimos, a deformidade presuppõe como requisitos essenciaes a *apparencia* da lesão, sua visibilidade ou perceptibilidade ao primeiro olhar, e sua *indelebilidade* ou *permanencia*, isto é, sem tendencia a se reparar *espontaneamente* (AFRANIO

PEIXOTO, ob. cit., p. 345, ANTENOR COSTA, *Conceito medico-legal da deformidade*, ps. 16 e 58);

Considerando que no caso os peritos se limitam a afirmar que resultou, no lado esquerdo do pescoço do offendido, cicatriz extensa, indelevel e apparente, sem entrarem em elucidações necessarias para a apreciação do damno esthetico, sabido que *cicatriz* e *deformidade* não são synonymos. Já dizia CARRARA: “non ogni cicatrice nel volto è deturpazione, ma quella sola che ne renda disforme o sgradevole l'aspetto (Prog. part. especial, II, n. 153). Em taes condições, a interpretação deve ser em sentido mais favoravel ao accusado.”

Finalmente, quanto á ultima modalidade prevista no art. 304, vid. o que já expendemos em o n. 399.

402. Uma questão, que tem gerado controversia, é a de saber se é admissivel, em lesões corporaes, a tentativa punivel.

O argumento principal adduzido contra sua configuração e quanto á repressão, assenta em que, muito embora revelado o intuito de lesar, entretanto, na maioria dos casos não se póde determinar qual a especie de lesão visada, ou por outra, o que é possivel provar-se é tão sómente que houve a intenção de produzir uma lesão indeterminadamente leve ou grave.

Collocada a questão nesses termos, e admittida a doutrina que reputa possivel a tentativa sómente com o dolo determinado, não se vê como no assumpto possa ser repellida essa figura delictuosa, mesmo nos casos em que a especie de lesão não pareça escoimada de incerteza. Effectivamente, demonstrado que um individuo, lançando mão de instrumento apropriado, investe contra outro com o visivel intuito de bater-lhe, sendo, porém, obstado por terceiro quando ia desferir o golpe, se a especie de offensa physica não fica predeterminada, não ha negar que uma dellas foi inequivocamente visada, e para seu commettimento meios idoneos empregados, a execução interrompida por circumstancias independenttes da vontade do agente.

O dolo se é indeterminado quanto á especie de lesão, é, porém, determinado quanto á offensa, como forma delictuosa distincta de outras qualificadas pela lei penal, e, assim, com applicação da regra de equidade — *in dubio pro réo* — passivel será o agente da sanção relativa á tentativa de lesão corporal leve. Já esse não será o procedimento, se as circumstancias demonstrarem inequivocamente qual a especie de lesão visada, como o de atirar o agente contra o rosto de alguem sufficiente quantidade de acido sulphurico, que não chega ao alvo por circumstancia alheia á vontade do agente. Aqui a vontade de deformar torna-se patente, e a tentativa configuravel em todos seus extremos. Tudo se reduz, pois, a uma questão de prova.

403. No art. 305 configura o codigo um caso especial de injuria real, reminiscencia da doutrina romana. A fonte dessa disposição foi o art. 206 do codigo anterior, mas de todo deturpada, e de modo inqualificavel. Dispunha: “Causar a alguem qualquer dôr physica com o unico fim de injuriar:

Penas — de prisão por dois mezes a dois annos e multa correspondente a duas terças partes do tempo.

Se para esse fim se usar de instrumento aviltante, ou se fizer offensa em logar publico: Penas — de prisão por quatro mezes a quatro annos, e multa correspondente a duas terças partes do tempo.”

THOMAZ ALVES dava razão ao nosso legislador de collocar esse crime na classe das offensas physicas, porquanto se tratava sempre de uma offensa physica embora caracterisada, pelo fim especial da intenção do delinquente — injuriar por meio da offensa que pratica. Apreciando essa disposição, peculiar ao nosso codigo, CARRARA attribuiu-lhe como fonte o primeiro projecto hespanhol, e não encontrando a doutrina da aggravação da offensa pela injuria nos *Fueros*, nem nas *Partidas*, suppoz que a genese de semelhante aggravação nasceu na Hespanha constitucional. Mas, como bem demonstra DURÃO, o nosso codigo, art. 203, 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. Como se vê do art. 206 de nosso anterior codigo, comprehende duas partes: na primeira vem a definição do delicto, definição objectiva em que teve em vista unicamente os direitos tutelados legalmente, cuja violação pôde 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 roupas ou pelas orelhas, o cuspir-lhe na face, o dar-lhe com a bengala, emfim, qualquer outra acção que tocasse o corpo do adversario com o proposito de o deprimir ou vilipendiar. Na segunda parte, o referido artigo 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. O legislador de 1890 pretendendo corrigir seu preclaro antecessor, errou: 1.º) regeitando a noção penerica da offensa physica injuridica, admittindo apenas a da segunda parte do art. 206, isto é, exactamente aquella que merecia critica. Só é offensa physica, segundo o codigo vigente, a praticada com instrumento aviltante; 2.º) exigindo duplo dolo para a existencia legal do delicto, o *animus lædendi* e o *animus injuriandi*, porque o réo 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.”

E por esta forma foi desmantelado o monumento legislativo de 1830! Não ha um criterio fixo para caracterisar o instrumento aviltante, porquanto mesmo os que são commummente considerados como taes, por ex.: o chicote,

deixam de sel-o, quando empregados eventualmente, sem intuito injurioso. E', pois, preciso que se demonstre que o emprego do instrumento, assim considerado, tenha sido feito propositalmente, procurando-o, ou delle se prevalecendo o agente para a pratica do crime.

Com a redacção dada ao art. 305, excluida fica do caso a bofetada, que, entretanto, assignala typicamente a injuria real, pois, em caso algum a mão póde ser considerada instrumento aviltante. Dado que resulte uma lesão corporal modalisada no art. 304, na sancção deste artigo incidirá o delinquente, desapparecendo a figura do art. 305, que tem como elemento essencial uma lesão corporal leve.

#### LESOES CORPORAES CULPOSAS

404. No art. 306 trata-se da lesão corporal culposa, especie não prevista no anterior codigo, e só na Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1870, art. 19. Tem applicação aqui, *mutatis mutandis*, o que expendemos ao apreciar o art. 297.

E' de assignalar, porém, omissões indesculpaveis em que cahe o legislador, já por se referirem a pontos de magna importancia, já porque o assumpto já vinha superiormente tratado no codigo italiano, que podia servir, como serviu, em outras partes, de paradigma. Effectivamente, o codigo não leva em consideração a natureza da lesão para graduar a pena, de sorte que leve ou grave ou permanente, a pena é invariavel. Outra lacuna, não previu quando do facto resulte ficarem feridas diversas pessoas, ou de ter havido pluralidade de resultados, não se podendo applicar ao caso o art. 66, § 3.º porque é referente ao concurso formal de crimes dolosos. Chega-se, assim, ao resultado chocante de applicar ao delinquente, quando não seja reincidente e tenha uma attenuante, a pena ridicula de 15 dias de prisão celllular, muito embora de sua imprudencia ou de outra modalidade culposa, prevista na lei, resulte ferimentos leves ou graves em duas ou mais pessoas, pena tambem a applicar se um fôr o offendido, levemente ou não!

Não previu ainda, não obstante o caso já figurar em bons codigos, como o allemão, art. 230, o facto de ter havido violação de um dever especial da funcção, da profissão ou industria do agente, editando pena correspondente á gravidade da culpa. Por vigorarem ainda essas disposições falhas, não se providenciando efficientemente para sua reforma, é que vemos, mórmente na Capital da Republica, o incremento sempre ascendente de accidentes culposos de vehiculos particularmente automoveis, com victimas innumeradas.

#### 405. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

##### DISTRICTO FEDERAL

I. O direito de infligir correccões, diz HAUS, *Princ. de dir. penal*, vol. II, § 74, é uma emanação do poder que todo o superior exerce no interesse da ordem sobre aquelles que estão submettidos á sua vigilancia e á

sua direcção.” Reconhecendo-lhe a legitimidade, as legislações modernas sómente punem os excessos, os abusos do exercicio deste direito (cods. penaes hungaro, art. 313 e italiano, art. 398). E semelhante doutrina não é uma conquista do espirito moderno, já se achava consagrada no direito romano e ensinada pelos antigos escriptores — *Causa ut in verberibus, quæ impunita sunt a Magistro allata, vel parente quoniam emendationis, non injuria gratia videntur at hiberi puniuntur cum quis per iram ab extraneo pulsatus est.* (Cod. de pænis, L. 16, § 2.º).

Em identicos termos se exprime FARINACIO: *In patre verberanti filium, filius injuriarum actione agere non potest, si injuria atrox non sit cum non animo injuriandi sed corrigendi* — Quest. 103. Nem se diga que sendo o cod. penal da Republica omisso a este respeito, ao contrario do antigo cod. criminal do Imperio, semelhante doutrina não pôde entre nós ser acceita e sustentada.

Omisso é tambem o Cod. penal francez, nem a magistratura, nem os commentadores hesitaram em admittir o direito de correcção domestica. Com effeito, arestos da Côte de Appellação de Nimes, de 31 de janeiro de 1879, do Trib. Correccional do Senna de 1.º de março de 1886, da Côte de Cassação, de 18 de janeiro de 1889 firmam a jurisprudencia. E não menos expressiva é a doutrina dos escriptores. “Os paes, os mestres, os tutores não podem ser punidos, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, vol. II, § 2584, em razão dos castigos que infligirem aos meninos, comtanto que estes castigos não excedam os limites da moderação e não se tornem máos tratos habituaes. Não ha aqui uma excepção á regra geral, porque os castigos moderados com o fim de correcção não presuppõem a vontade criminosa, que é um dos elementos do delicto.” Por sua vez nota GARRAUD, vol. 4, p. 354: “A lei moderna não falou do direito de correcção domestica, porque julgou que em semelhante materia o silencio era mais prudente, mas não quiz supprimil-o. A questão se reduz, pois, em determinar-lhe os limites. Sob este ponto de vista, e depois da revisão que o Cod. penal foi objecto em 1863, não nos parece duvidoso que as violencias e os ferimentos graves excedem o direito de correcção, mas as violencias e os ferimentos leves previstos pelo codigo de brumaire entram pelo contrario em seu exercicio. Tal é o criterio juridico que adoptamos, deixando aos tribunaes a apreciação de cada caso (*Accord. da Camara Crim. do Trib. Civil e Criminal, em 25 de abril de 1896*).

II. O facto de offender physicamente alguém *produzindo simples dôr* constitue o crime definido no art. 303 do Cod. penal. Esse crime pôde ser commettido sem deixar vestigios, podendo, por consequente, ser constatada a sua existencia pelos depoimentos de duas testetmunhas — cod. do proc. crim., art. 134 (*Accord. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, em 14 de dezembro de 1898*).

III. A doutrina e a jurisprudencia só consideram o direito, que tem todo pae de corrigir e castigar seus filhos justificativa de offensas physicas, quando executado humana e moderadamente (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, em 23 de abril de 1913*).

IV. O exame de sanidade constatou que a deformidade resultou, não da natureza do ferimento, mas antes da má approximação das bordas da ferida, o que não se daria, ou pelo menos se teria dado em gráo menor, com uma cicatriz pouco visivel, si mais cuidado houvesse no tratamento. Ora, um dos elementos do delicto previsto no art. 304 do cod. penal, é a existencia da casualidade entre a offensa e os resultados, o que quer dizer que a deformidade seja o resultado directo da violencia soffrida pela victima. Dependendo a gravidade da lesão dos resultados produzidos pela offensa, e dadas certas circumstancias inteiramente alheias á vontade do agente, que podem por si sós contribuir e muitas vezes contribuem para esses resultados, não se pôde neste caso considerar taes consequencias como effeito da acção do réo, e por ellas responsavel o agente. Desclassifica-se o delicto nesta conformidade, para o art. 303 do cod. penal (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, em 1.<sup>o</sup> de abril de 1914, confirmando decisão do Juiz da 2.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

V. Não deve ser qualificado como contravenção do art. 376 do cod. penal e sim como delicto previsto no art. 306, para responsabilisar o dono do cão, o facto deste, solto na rua, sem acaimo, morder um transeunte (*Accord. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 16 de setembro de 1902*).

VI. A simples dôr physica, produzida por acto material, incide na sancção do art. 303 do cod. penal; a prova da sua existencia — desde que “o estado actual da sciencia medico-legal não fornece ao perito recursos diagnosticos que lhe permittam concluir, com a segurança que a justiça d'elle exige, acerca da existencia real ou simulada de uma dôr, sua séde, intensidade, quando do traumatismo não subsistem signaes objectivos (DR. LEONILDO RIBEIRO FILHO, *A dôr em medicina legal*, p. 81) — sómente pôde ser feita, então, pelo exame indirecto, isto é, pela inquirição de testemunhas, na conformidade do art. 47 da Lei n. 261 de 1841, e art. 42, n. 4, do Decr. n. 4.324, de 1871. A dôr necessariamente não se presume em todas as offensas physicas; pôde, no entretanto, ser verificada, como phenomeno subjectivo que é, pela violencia da pancada e pelo gráo de sensibilidade da parte do corpo attingida. Na especie affirmam ambas as testemunhas da accusação que o réo vibrou no offendido forte e violenta bofetada. A dôr produzida por uma bofetada é phenomeno que encontra explicação e prova na physiologia, de sorte que uma bofetada vibrada por occasião de uma discussão e no explodir da ira, deve necessariamente produzir dôr no offendido (*Ac. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, em 20 de abril de 1921, confirmando decisão do Juiz da 2.<sup>a</sup> Pretoria Criminal*).



VII. Diante do exame pericial não se pôde dizer que tenha havida a privação permanente do uso de um órgão, hypothese prevista pelo art. 304 do Cod. Penal.

O que os peritos constatarem foi “reducção do corpo visual do lado temporal e diminuição consideravel da visão central.” Bem se vê que não ha privação permanente.

Segundo os dicionaristas, *privação* significa falta total de alguma coisa ou bem, notando-se que MORAES e AULETE dão, como exemplo, precisamente, a *privação da vista*. E o estudo da legislação comparada convence de que não procede, na especie, a classificação no art. 304, não obstante o erudito parecer do Dr. Promotor. O Cod. Pen. francez, segundo a redacção da lei de 13 de maio de 1863, quando trata, art. 309, alinea 3.<sup>a</sup> da privação do uso de um membro, especifica, como *lesões idênticamente punidas, a cegueira e a perda de um olho*.

Igualmente o Cod. Pen allemão, no seu art. 224, pune (tal como o nosso, ao lado da mutilação) a *perda da vista*. Explica VON LISZT “a perda permanente da faculdade de reconhecer objectos” (*Trat. de Dir. Pen. All.*, trad. do DR. JOSÉ HYGINO, vol. II, pag. 33).

A palavra *privação* do nosso Cod. tem de ser entendida como synonymo da expressão — *perda do uso absoluto*, do Cod. Pen. belga (art. 400) e da expressão “perder absolutamente o uso de um olho, ou de qualquer membro, do Cod. da Sardenha (art. 487).

Cumpra recordar que tambem o Cod. belga, tal como o nosso, collocou a perda do *uso absoluto* ao lado da mutilação, reconhecendo a idêntica gravidade das duas hypotheses. E o interpretador NYPELS, commentando o citado dispositivo, refere-se determinadamente aos *olhos* e figura os olhos de quem os tivesse inutilizado por completo (*Le Cod. Pen. Belge intérpreté*, ed. de 1898, revista por SERVAIS, tomo III, pag. 21).

O legislador penal brasileiro, seguindo, portanto, estes exemplos, quiz considerar, nas palavras “privação permanente do uso de um órgão ou membro”, a *supressão total da funcção* a que serve o órgão ou membro. Punindo o nosso Codigo Penal, em seu art. 304, com pena rigorosa aquelle que, offendendo physicamente a alguém, lhe occasionar: mutilação ou amputação, e deformidade ou privação permanente de um órgão ou membro ou qualquer enfermidade que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho, deve com igual pena ser punido o individuo que produz em um outro lesão corporal da qual resultou privação parcial permanente da funcção visual?

Ninguém o affirmará. *Privação parcial* da funcção visual não é mais nem menos que a *diminuição* (indebolimento) desta mesma funcção.

Para qualificar-se a natureza dessa lesão torna-se indispensavel conhecer-se minuciosamente o grão de *diminuição* que soffreu a victima em seu poder visual, e si esta diminuição fôr de tal ordem que prive o paciente da determinação da forma e côr do objecto, se poderá com algum esforço

sustentar que a referida diminuição constitue uma das modalidades do art. 304 do nosso Cod. Pen., porque, de *facto*, um olho cujo poder visual se limita a distinguir a luz das trevas pouco ou nada vale (L. BLUMENSTOK — *Doutrina da lesão violenta sob o ponto de vista medico-legal*).

No caso concreto, porém, admittindo-se mesmo que o traumatismo tenha sido a causa efficiente da diminuição da visão, ainda assim não se pôde affirmar, de boa fé, que a victima tenha ficado privada, como quer o nosso Codigo, do uso do orgão atingido, uma vez que são os proprios peritos que examinaram o paciente, que declararam: que a sua visão para longe é de 1|4 e para perto é o n. 2 da escala de WEKER, o que quer dizer que, mesmo sem o auxilio do olho são, o paciente pôde não só distinguir qualquer objecto, *por menor que seja*, mas ainda, é capaz de se dedicar á leitura de caracteres typographicos bastante diminutos, inferiores em tamanho aos caracteres communs de impressão. O Codigo austriaco, em seu art. 156, lert *a*, considera grave a lesão da qual resultou a perda ou diminuição (indebolimento) permanente, da falta do olho ou da orelha, ao contrario do nosso que só cuidou da *privação total* de qualquer desses orgãos.

Mesmo assim, apesar da lei expressamente declarar que a diminuição da visão constitue lesão grave, a jurisprudencia austriaca tem resolvido que, só quando esta *diminuição* é de molde a *quasi* privar a victima do uso do orgão é que a lesão se enquadra no art. 156, letra *a* do Cod. citado. BLUMENSTOK, professor da Universidade de Cracovia, commentando o art. 156. letra *a*, em sua monographia, inserta no *Tratado de Medicina Legal*, sob a direcção de C. MAXKKA, ensina: “Perda ou enfermidade permanente da vista. Aqui apresentam-se á consideração duas importantes consequencias relativas ao orgão visual. A primeira não ha necessidade de nenhum commentario, uma vez que se pôde empregar com precisão a palavra perda da vista quando o homem tem perdido o poder pessoal que possuia até o momento em que soffreu a lesão violenta.

Mais difficil é a resposta á segunda pergunta: o que se entende por *diminuição permanente da vista*? De *facto* nós não podemos definir como tal qualquer anomalia do poder visual que um individuo apresenta depois da lesão. Não podemos interpretar como diminuição permanente da visão qualquer anomalia proveniente da aggressão; de outra forma, toda a cicatriz corneal e sobretudo toda *estaphyloma anterior* ou *posterior* deveria ser classificada em tal categoria. Entretanto não padece duvida que uma cicatriz corneal e sobretudo uma *estaphyloma*, diminua o poder visual. A despeito disso, o medico deve convir que o legislador não teve em mira um tal damno, do contrario não teria estabelecido uma pena tão rigorosa. Para considerar-se como diminuição permanente da vista é necessario que ella seja de *muita importancia*, que tenha alcançado um *alto gráo*, que se approxime quasi da perda da vista. “Che abbia raggiunto un alto grado che si approssima quasi alla perdita della vista” e que inhabilite o offendido de exercer o seu officio, arte ou profissão.

Ora, si mesmo perante as legislações onde expressamente é considerada como lesão grave, a lesão que occasionar a diminuição *permanente da vista*, se restringe a applicação da pena sómente aos casos em que esta diminuição alcança um *gráo muito elevado que se approxime da cegueira*, não se pôde comprehender como perante o nosso Código, que sómente considera como grave a lesão que trouxe ao paciente a privação permanente do uso de um órgão ou membro, se pretende enquadrar a diminuição constatada, como ferimento grave. O trecho do DR. BLUMENSTOK por nós transcripto parece escripto para o caso dos autos. Os peritos, quando ouvidos pelo Dr. Promotor Publico, affirmaram que resultou para a victima em virtude da aggressão: “um *estaphyloma posterior*, myopia elevada, consecutiva ao mesmo estaphyloma.” BLUMENSTOK, encarando positivamente a hypothese verificada, isto é, a existencia do estaphyloma posterior, ainda assim teve duvidas em concluir que isto constituia ferimento grave, uma vez que a diminuição do poder visual não é de molde a privar o paciente do uso do órgão, ainda menos de impedir de exercer o seu officio, arte ou profissão.

Uma outra questão importante é determinar-se pelo que se deve entender por — *vista*. Na linguagem usual, *vista* é o poder visual total de um individuo. A diminuição da visão de um olho não constitue diminuição de poder visual. “Se qualcuno in conseguenza di lesione permanente ha indebolimento del potere visivo di un occhio, restando l'altro intatto, non si può dire parola di permanente indebolimento della vista” (BLUMENSTOK — Obr. cit., pag. 147).

Justificando o seu pensar, BLUMENSTOK allega que não é facil sustentar um parecer em sentido contrario, desde que tenha em mente que o legislador quasi que equiparou a diminuição do poder visual á completa perda deste. embora seja notorio que um individuo com diminuição do poder visual pôde exercêr o seu trabalho. Da mesma forma opina P. COGLIOLO, no seu *Compl. Prat. de Dir. Pen.*, vol. 2.º, parte 2.ª, pag. 314: “Exigindo o Código para que a lesão considerada grave — a perda de um sentido (ou função), não pôde considerar como *egualmente grave* a diminuição da função, embora ella tenha occasionado inhabilitação pela destruição de um dos órgãos á mesma destinado. O Cod. Pen. All. pretendendo terminar com as discussões que se levantam quando se tem de qualificar as lesões produzidas na vista, aboliu as expressões usuaes: “perda ou enfraquecimento permanente da vista”, substituindo-se pelas seguintes: Perda da vista de um ou de ambos os olhos (art. 324, cit. do Codi. Pen. All.). Por esta denominação *só a perda completa* do poder visual de um ou de ambos os olhos se considera como lesão grave.

BLUMENSTOK (Ob. cit. a fls. 163) ensina o que é perda do poder visual. “La perdita del potere visivo é da cecità e quindi é annientamento non solo della sensazione qualitativa, ma anche di quella quantitativa...” e declara mais que, perante o Cod. All. os peritos não têm necessidade de perderem-se no labyrintho que se chama *diminuição da visão*. “Egli non deve fare altro che dichiarare se vi sia perdita completa del potere visivo, e

lasciare alla giustizia il compito di giudicare se — nel caso che esiste la mancanza del potere visivo — siano da applicare le attenuanti a favore dell'accusato." Com este modo de agir, por parte do perito encarregado do exame, a justiça seria sem duvida melhor servida. A classificação das varias especies de lesões, não pôde nem deve ser feita por medico mas sim por magistrado. Sem offensa ao merito dos illustres peritos que firmaram o exame de sanidade, devemos accrescentar ainda que a nossa organização policial, attribuindo aos medicos legistas o dever de effectuarem *todas* as pericias, casos devem haver que, por sua natureza, só perfunctoriamente serão tratados. Si tivermos em consideração que — "Il giudicare di alterazioni patologiche dell'occhio é uno dei comfiti piú difficili del medico legale, giacché presuppone profonde conoscenze specialiste, che non tutti i medici legali hanno."

(V. CASPER, prof. da Univ. de Praga, *Dissertação sobre lesão violenta do olho*, pag. 345); que geralmente o offendido, por motivo reprovavel, mas justificado, simula sempre ver menos do que, de facto vê (*Malattie oculari simulate prodotto alla regione veduta* — Dis. de Hasnen). O illustre prof. DR. ABREU FIALHO, argumentando com o exame de sanidade, respondeu ao 6.º quesito da seguinte forma: "Não. Os peritos foram unanimes em declarar que a visão do paciente para longe é de 1¼ e para perto é n. 2 da escala de WECKER, que é de caracteres typographicos diminutos e muitissimo inferiores em tamanho aos caracteres de impressão. Como argumento se poderá dizer que exclusivamente com este olho, e sem o auxilio do outro, o paciente poderá entregar-se a trabalhos delicados de perto e guiar-se perfeitamente de longe, corrigido o seu defeito. Por estes fundamentos, foi o delicto desclassificado para o art. 303 do Cod. Penal (*Sent. conf. 4.ª Cam. da Côte de App., Acc. de 26 de abril de 1924*).

#### LESÕES CULPOSAS

VIII. Imputa-se ao conductor do automovel o evento lesivo quando se prova que este resultou do facto de ter sido dado o aviso com a busina a tão curta distancia da victima que esta, por falta de agilidade, não pôde com presteza se resguardar do automovel que contra ella investio (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 14 de setembro de 1918, confirmando sentença do Juiz da 5.ª Pretoria Criminal*).

IX. Estando o solo escorregadio, por effeito de humidade ou outra causa semelhante, o evento lesivo causado numa *derapage* imputa-se ao conductor do automovel. A *derapage*, segundo a definição dada por BAUDRY DE SAUNIER, *L'art de bien conduire une automobile*, é um *desvio que soffre um jogo ou ambos os jogos das rodas ao mesmo tempo, causado pela falta de adherencia dellas ao solo, a qual depende da natureza deste, das suas condições de resistencia ao attricto dellas, o inadequado e brusco emprego dos freios*.

Dahi se pôde concluir que quando o solo fôr escorregadio, deve-se reduzir a velocidade para, no caso de surgir algum obstaculo, evitar-se o emprego dos freios, interrompendo-se, apenas, a comunicação do motor, afim de que, se sobrevier uma *derapage*, se torne esta de limitada extensão. A *derapage* não deve, pois, causar surpresa a um motorista perito e prudente, porque ella é uma occurrencia resultante de factores conhecidos e previstos; não constitue caso fortuito (*Accord. da mesma Camara, de 9 de novembro de 1918, onfirmado sentença do mesmo Pretor*).

X. A velocidade do automovel deverá ser regulada de accordo com as circumstancias do logar e do momento em que trafegar, devendo ser reduzida ou annullada sempre que alguém estiver atravessando á sua frente ou no crusamento de ruas e passagem por curvas apertadas. E' punivel, por culpa, o conductor de automovel que, por effeito da excessiva velocidade com que se approxima de um crusamento de ruas, não pôde conter o seu vehiculo e investe contra um cyclista vindo de rua transversal (*Accord. da mesma Camara, de 14 de maio de 1921, confirmando sentença do mesmo Pretor*).

XI. E' responsavel, por negligencia, o motorista que, no fazer uma curva para entrar numa rua, não reduz ao minimo a velocidade do automovel e não dá um toque de buzina, e sem essas precauções investe contra um transeunte (*Accord. da mesma Camara, de 12 de novembro de 1921, confirmando sentença do mesmo Pretor*).

XII. Quando o facto lesivo resulta de infracção da lei ou regulamento, não é juridico indagar-se da previsão ou da pericia do agente. A culpa, neste caso, decorre da simples infracção do dispositivo legal ou regulamentar. Os penalistas são accordes nesta doutrina, como se pôde ver, entre outros, em BENEDICTO PELEGRINI, *La lezione personale*, n. 178, em ALIMENA, *Princ. di dir. pen.*, vol. I, p. 330, em FLORIAN, *Tr. di diritto penale*, n. 224, etc. Em se tratando de impericia no exercicio da arte ou profissão, não tem cabida tal indagação, porque o titulo de habilitação para o exercicio da arte ou profissão é um reconhecimento, no individuo que o consegue, da intelligencia e habilidade indispensaveis a esse exercicio; de modo que, se esse individuo se atreve a recebê-lo sem possuir ainda a competencia technica imprescindivel ao exito, ha de responder pelo damno causado a outrem por deficiencia do seu intellecto ou do seu preparo, visto como ás vantagens derivadas do gozo do titulo, a lei oppõe as desvantagens da responsabilidade para quem se fia apenas no reconhecimento de uma capacidade que, de facto, não possui. No caso de inobservancia de um texto de lei ou regulamento, porque, quando a lei publica a norma, que se violou, ella suprime, *ipso facto*, o arbitrio do agente do evento.

O criterio do agente é substituído pelo do legislador e pretender discutir-se a previsão ou imprevisão do evento, nesses casos, como querem alguns, é

a mesma coisa que se admitir, como causa delle, a ignorancia da lei (*Accord. da mesma Camara, de 28 de janeiro de 1922, confirmando sentença do mesmo Pretor*).

XIII. Os freios do automovel não são os unicos meios de que dispõe o seu conductor para diminuir ou annullar a sua velocidade, pois pôde usar do expediente de interromper a alimentação do motor, ou melhor, de o desligar. Todos os bons mecanicos ou motoristas sabem, perfeitamente, que elles não podem contar com os freios para uma parada subita, immediata. se, préviamente, não tiverem aquella cautela. O enfreamento se reflecte nas limitadas superficies do aro das rodas, que ficam em contacto com o solo, e basta que se attenda á variabilidade desse contacto, desse attricto, dependente, além disso, de tantas circumstancias, como sejam, a natureza da superficie do solo, o gráo de humidade nella existente, a sua maior ou menor inclinação, o estado dos pneumaticos, para que se não deva ter como infallivel, em seus resultados ou effeitos, o emprego brusco dos freios. E', pois, culpado o motorista que se approxima sem cautela de um obstaculo de localisação notoria e permanente, como as cancellas de uma estrada de ferro, contra as quaes vae de encontro, causando evento lesivo, em consequencia de não ter podido conter com os freios o seu vehiculo (*Accord. da mesma Camara, de 25 de agosto de 1923, confirmando sentença do mesmo Pretor*).

XIV. Constitue negligencia culposa, por parte de um conductor de automoveis, quando obrigado a sahir do seu assento para ir tocar a manivela do motor, não se certifica ou não cogita de verificar se a alavanca das velocidades está ou não está no "ponto morto", porquanto, elle não pôde deixar de saber que no momento em que o motor entrar em função, o carro se deslocará. O motor de um automovel é permanentemente ligado a outras peças, que transmittem a sua energia ás rodas motrizes. Para se interromper essa transmissão, desliga-se o motor, sendo que tal operação é conhecida pelo vocabulo "*debrayage*", sem que a marcha do motor venha a soffrer alteração. O movimento do automovel fica, porém, dependente da ligação ou "*embayage*" e da engrenagem da caixa das velocidades. Se o automovel estiver com o motor desligado, embora engrenado, não se mexerá. Por conseguinte, a sua immobilidade só se consegue, collocando-se a alavanca das velocidades em "ponto morto", e foi isso que o réo se esqueceu de praticar, dando logar a que subitamente se puzesse em movimento o automovel, trepasse á calçada, indo de encontro a uma escada em que estava um pintor, que tombou com ella no passeio, ferindo-se. Defeito que houvesse no machinismo do vehiculo, não o isentaria da responsabilidade, porque quanto maior fôr a possibilidade de accidente, em virtude delle, mais acurada deve ser a vigilancia do motorista (*Accord. da mesma Camara, de 11 de julho de 1923, confirmando sentença do mesmo Pretor*).

XV. Normas de prudencia existem, escreve PALADINI, que se fazem conhecidas por meio da experiencia, da opinião dos praticos ou ainda do consenso dos doutos; outras normas prudenciaes, porém, são ensinadas pelo proprio legislador nos seus regulamentos e impostas á observancia dos cidadãos. Em relação ás primeiras normas é livre a discussão e o juiz terá que examinar, de quando em quando, si o acto foi ou não foi imprudente; em relação, porém, ás normas fixadas pelo mesmo legislador, toda indagação será vedada e o facto infringente dessas normas não poderá deixar de ser considerado imprudente (*Fattori della responsabilità e penale*, p. 185). No caso em que o facto lesivo deriva de um acto contrario a um texto expresso de lei (decr. n. 15.614, de 15 de agosto de 1922, art. 237), em que um homem, sem possuir as habilitações de motorista, assume o governo de um automovel e não hesita em percorrer grande parte da cidade — a culpa se concentra na infracção commettida, sem que seja necessario investigar se si o agente teve ou não a previsão do evento. Não occorre saber-se, diz PELLEGRINI, como se teria podido ou si se teria podido prevenir um dado evento sinistro; isto já entrou na previsão da lei e basta que se lhe não tenha prestado obediencia para que se deva responder pelo evento derivado dessa desobediencia — obra cit., n. 178 (*Ac. da mesma Camara, de 17 de novembro de 1923, confirmando sentença do mesmo Pretor*).

## ESTADOS FEDERADOS

XVI. Para que se dê o crime do art. 305 do cod. penal é preciso tambem a prova do *animus injuriandi*. Nem sempre quem offende com um cabo, chibata ou cipó, injuria e avilta o offendido. O logar, o crime e a qualidade do offendido não são circumstancias para desprezar (*Accord. do Trib. de Justiça do Pará, em 11 de agosto e 1894*).

XVII. A offensa physica praticada acto continuo a uma injuria atroz e no impeto de uma dôr, deve antes reputar-se *injuria real* que uma lesão corporal propriamente dita (CARRARA, *Prog. di dir. crim.*, § 1839, not. 1.<sup>a</sup>), uma vez que foi commettida não com a intenção de produzir um mal physico (*animo lædendi*), mas no intuito de repellir a injuria recebida (*animo retorqueandi*). A *retorsão*, que é, neste caso, um direito proclamado por todos os criminalistas, exclue o dolo e com elle a acção criminal. *Si duo malo facerint in vicem dolo malo non agent*, L. 36, de *dolo malo* (*Accord. do Sup. Trib. de Justiça do Pará, em 10 de maio de 1897*).

XVIII. Confirmam o despacho que pronunciou a ré no art. 303 do codigo penal, deixando-se de attender ao pedido do recorrente para classificar o crime no art. 304 combinado com os arts, 13 e 63 do mesmo codigo, porquanto dos exames a que se procedeu não ficou provada a efficacia absoluta do meio empregado pela ré para produzir deformidade, comquanto se possa dier que fosse essa a sua intenção (paragraphe unico do art. 14 do

cod. pen.). Acresce que, comquanto no cod. de 1830 a deformidade tivesse classificação em artigo especial (204), o que não acontece no cod. penal vigente em que foi apontada com outras circumstancias ou modalidades do crime, mesmo então entendia-se não haver tentativa no crime alli previsto — *Cod. crim. annot.* por FRANCISCO LUIZ, p. 406 (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 7 de julho de 1897*).

XIX. Estando a offensa provada pelas testemunhas, ha logar a pronuncia do réo, embora haja falta de corpo de delicto ou declaração dos peritos de não terem encontrado mais vestigios do crime (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 17 de julho de 1897*).

XX. O art. 304, paragrapho unico do cod. penal só cogita da inhabilitação *effectiva* do paciente para o serviço activo por mais de 30 dias. Portanto, se a morte sobreveio dentro daquelle periodo, e é determinada por uma causa extranha, deve o accusado responder pelo crime do art. 303, ainda que, segundo as previsões dos peritos, a offensa devesse ser considerada grave (*Trib. de Justiça de São Paulo, em 4 de fevereiro de 1907, confirmando decisão do Juiz de Direito de Casa Branca*).

XXI. Uma bofetada, ante o nosso direito positivo, enquadra-se no disposto do art. 303 do cod. penal, muito embora *de jure constituendo* deva ser incluída entre os factos caracterisadores da injuria real. Não é necessario que exista o corpo de delicto directo, pois o facto, por sua natureza transeunte, escapa á apreciação de peritos. O crime pôde ser commettido sem deixar vestigios, nos termos do art. 134 do cod. do proc. criminal, e isto é jurisprudencia assentada. (dôr produzida por uma bofetada é phenomeno que encontra explicação e prova na physiologia, de sorte que uma bofetada vibrada por occasião de uma discussão e no explodir da ira, deve necessariamente produzir dôr no offendido (*Accord. o Trib. de Justiça de São Paulo, em 24 de julho de 1911, confirmando decisão do Juiz de Direito de Tieté*).

XXII. Os elementos necesarios do crime do art. 303 do cod. penal são o dolo e o acto material, produzindo contusões, ferimentos, etc., ou dôr, embora sem derramamento de sangue. Sem duvida a dôr é condição essencial para a figura juridica do art. 303.

Embora não haja vestigio do crime, este pôde ser provado indirectamente. Nem o estado actual da sciencia medico-legal fornece ao perito recursos diagnosticos que lhe permittam concluir com segurança acerca da existencia real ou simulada de uma dôr, sua intensidade, quando do traumatismo não subsistem signaes objectivos (*Rev. de direito, LX, p. 585*). O art. 303 do cod. penal refere-se, diz SOUZA LIMA, á offensa physica leve que apresenta duas especies: uma limita-se simplesmente a produzir dôr, sem mesmo deixar vestigios, como no caso da bofetada; a outra pôde produzir com



a dôr uma lesão corporal, pôde ser ou não acompanhada de derramamento de sangue — *Rev. de Jur.*, setembro de 1902, p. 10 (*Accord. do Trib. de Relação de Minas, em 13 de setembro de 1921*).

XXIII. A dôr não se presume. - Presumil-a seria presumir o proprio delicto, pois o delicto aqui é a pancada que causou dôr, visto que lesão ella não produziu. Mas, presumir crime, seria offensa ao preceito legal que manda que o juiz sómente julgue procedente a accusação e profira despacho de pronuncia quando o crime estiver provado. Quando a offensa physica, por sua natureza, não deixe vestigios materiaes, ou estes já houverem desaparecido, o phenomeno da dôr deve ficar sufficientemente provado (*Rev. de Dir.*, vol. 68, pags. 98 e 104; *Rev. de Dir. e Proc. Penal*, vol. 1.º, pag. 92).

Dir-se-á que a dôr é phenomeno subjectivo, que se não pode provar. Não é verdadeira esta these. Esquecendo os algometros ou algerimetros, apparatus destinados a medir a dôr, tem essa as suas repercussões symptomaticas indispensaveis. Os phenomenos reflexos da dôr, a mimica irreprimivel e indissimulavel do soffrimento physico não escapam a nenhum observador de argucia commum. O grito, o pranto, a contracção dos musculos do rosto, além do rubor, da echymose, da escoriação ou de outro signal produzido pela pancada são demonstrações de dôr, são provas da sua existencia. A dôr prova-se apenas quando se trata de offensa que não causou derramamento de sangue, nem deixou outro signal externo (*T. da Rel. de Minas Geraes. Acc. de 13 de dezembro de 1927*).

#### 406. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

##### FRANCEZA

I. Les coups échangés dans un match de boxe ne peuvent pas, dès que les règles de ce genre de sport sont obéies, être assimilés aux coups par les art. 309 et suiv. c. pen. (*Douai, 3 dec. 1912*).

##### ITALIANA

II. Non é ammessa la compensazione nel caso di lievi lesioni personali reciproche (*Cas. 8 genn. 1891*).

III. L'asportazione di una falange o parte della falange di un dito costituisce il debilitamento permanente dell'organo della mano (*Cass. 13 genn. 1890*).

IV. Anche in tema di lesioni può darsi il tentativo (*Pret. Mestre. 29 nov. 1890*).

V. La perdita di un occhio costituisce indebolimento permanente del senso della vista, ma non può considerarsi come perdita dell'uso di un organo, e quindi rientra nella ipotesi del 1.º e non del 2.º numero dell'art. 372 del Codice penale (*Cass.* 26 lug. 1893).

VI. Il prolungamento della durata della malattia e della incapacità al lavoro derivata della lesione personale non si calcola a danno dell'imputato, quando è stato l'effetto della trascuraggie dell'offenso (*Cass.* 27 ott. 1892).

## CAPITULO VI

### DO DUELO

**Art. 307.** Desafiar outrem para duello, ainda que o desafio não seja acceito:

**Pena** — de multa de 100\$000 a 200\$000.

**Paragrapho unico.** Si aquelle que desafiar para o duello fôr causa injusta do facto que occasionou o desafio:

**Pena** — de prisão celllular por quize dias a dois mezes.

**Art. 308.** Acceitar o desafio, ainda que tenha sido causa injusta do facto quẽ o determinou:

**Pena** — de multa de 100\$000 a 200\$000.

**Art. 309.** Si o duello tiver logar, se observarão as seguintes disposições:

§ 1.º. Ao que fizer uso das armas sem causar ao adversario nenhuma lesão corporal.

**Pena** — de prisão celllular por quinze dias a dois mezes.

§ 2.º. Si o culpado tiver sido causa injusta do duello:

**Pena** — de prisão celllular por um a quatro mezes.

**Art. 310.** Matar em duello o adversario ou causar-lhe uma lesão corporal de que resulte a morte:

**Pena** — de prisão celllular por um a quatro annos.

§ 1.º. Causar ao adversario alguma lesão corporal das especificadas no art. 304:

**Pena** — de prisão celllular por um a tres mezes.

§ 2.º. Causar-lhe alguma lesão corporal das especificadas no art. 305:

**Pena** — de prisão celllular por seis mezes a um anno.

§ 3.º. A pena será diminuida da sexta parte, se 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\$000 a 200\$000.

§ 1.º Com a mesma multa serão punidos os padrinhos, si do duello não resultar lesão corporal a qualquer dos combatentes.

§ 2.º Se, 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, impôr-se-lhe-ão 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 dós artigos 294, § 2.º e 304 nos casos seguintes:

§ 1.º Se as condições do combate não tiverem sido préviamente combinadas pelos padrinhos; ou se o combate se travar sem que elles estivessem presentes;

§ 2.º Se as armas usadas não forem eguaes;

§ 3.º Se na escolha das armas, ou durante o combate houver fraude ou violação das condições estabelecidas;

§ 4.º Se 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.º Se o duello fór praticado com o fim de lucro.

**Art. 314.** Offender publicamente ou expôr ao desprezo publico a pessoa que não accetar o duello, ou por esses meios a provocar a accetal-ô:

**Penas** — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 100\$000 a 200\$000.

407. O nosso codigo de 1830 nada estatuaia sobre o duello. O vigente foi censurado por ter admittido esta figura delictuosa, argumentando-se que o duello é planta exotica em nosso paiz, não condiz com o nosso temperamento, os nossos costumes, sendo as questões de honra ás mais das vezes resolvidas pelo desforço incontinenti, ou pela *vendetta*, á italiana, como diz MACEDO SOARES, um dos impugnadores da innovação. “Importação da Europa, diz o saudoso e douto magistrado, 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 tres raças elemen-

tares, 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 nesse fim de secudo XIX tem apparecido duas ou tres vezes em todo o vasto territorio da patria.

Dar-lhe logar no codigo penal é desconhecer este facto ethnologico, que não ha hoje homem de letras que não conheça e não consagre como verdade incontestavel”. Não procedem taes argumentos.

Pelo que diz ao lado ethnologico, longe de estar completa a fusão dos tres elementos que participaram na formação do paiz, elles ainda se destacam, com a sua idiosyncrasia propria ao lado dos mestiços, e, especialmente no sul, ao lado dos elementos italiano, allemão, francez e outros, que se têm avolumado consideravelmente nos ultimos tempos, com as correntes immigratorias, e que procedem de paizes onde o duello é commum. A nossa posição, pois, não é diversa da dos argentinos. O facto de se terem registrado poucos casos de duello não póde ser impeditivo da adopção dos dispositivos reguladores deste delicto; bastariam os verificados e a perspectiva de sua reiteração em face do notado, para que o legislador prouvesse a respeito.

Trata-se de facto que reclama um tratamento penal especial, e, dahi porque nos diversos codigos e legislações, desde a idade media, vem-o destacado com penas correspondentes, excepção feita na França, onde o codigo penal silencia a respeito, e a jurisprudencia assentou afinal de applicar o direito commum, muito embora inadequado pelo excesso de rigor.

Dando a razão porque o duello constitue um delicto *sui generis*: diz LISZT: “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 mas 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 de autoridade privada, pois a justiça é simplesmente posta á margem e não se faz violencia a ninguem; mas está em que o duello é um jogo da vida, um compromisso 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”.

Bem inspirado andou o nosso legislador em assignalar ao crime em questão um logar entre os que attentam contra a segurança de pessoa e vida, ao lado do homicidio, do aborto, instigação ao suicidio e outros, afastando-se do codigo italiano, que o classifica como crime contra a administração da justiça, em cujo codigo, porém, se inspirou na qualificação da figura delitosa.

408. O codigo não define o duello, presuppondo seu conceito como vem tradicional e geralmente firmado, segundo o qual é o combate ajustado entre duas pessoas, com determinação prévia de armas, de logar e de tempo, para procurar reparação de honra.

Que esse foi o conceito inspirador do legislador, vê-se quando pune mais severamente o duello mercenario, quer quando o combatente se apresenta para *bater-se por outro* (art. 312), quer seja impellido pelo *fim de lucro* (art. 313, § 5º). O combate deve ser convencionado (art. 313 §§ 1º e 3º).

E', pois, duello o chamado *encontro*, mas não o *assalto*, pois neste o aggreddido usa de legitima defeza (LISZT). O duello exige o emprego de *armas*, que se deve tomar em sentido technico, ou propriamente dito (1.º vol., n. 327), armas que devem ser *eguaes* (cit. art. 313, § 2º). Por não haver emprego de armas, não se podem considerar como duello, embora haja desafio, o pugilato, o *box* inglez, a luta corporal. Tambem não é duello o chamado *duello americano*, e consiste no pacto em virtude do qual os adversarios se compromettem sob palavra de honra a que o designado pela sorte suicidar-se-á dentro do prazo determinado. Falta o principal caracteristico do duello, que é o combate. Em nosso direito, como bem nota JOSE HYGINO, não se pôde reputar assassinato a morte daquelle contra quem a sorte se pronunciou, mesmo havendo pressão do adversario para que cumpra o pactuado, a figura se desenhando antes como instigação ao suicidio (art. 299).

O duello consumma-se logo que um dos adversarios começa o combate, isto é, serve-se da sua arma para aggreddir, embora esta (a pistola) falhe, ou quando o duellista intencionalmente, mas sem intelligencia com o seu contendor, atira para o ar (LISZT).

A tentativa configura-se no apontar a pistola, no levantar o braço para o golpe.

409. Seguindo o desenvolvimento historico do duello, o nosso codigo qualificou certos actos preparatorios como delictos especiaes, e taes são o *desafio* (art. 307), e a *acceitação do desafio* (art. 308). Destacando um caso de cumplicidade por assistencia, pune os que acceitam e desempenham a incumbencia do desafio, os portadores do cartel de desafio (art. 311). Não são, porém, punidos os que se incumbem de transmittir a declaração de acceitação por parte do desafio.

Esses actos preparatorios deixam de ser punidos, como infracções, *sui generis*, seguindo-se o duello. Deste se occupam os artigos 309 e 310, distinguindo differentes hypotheses, com pena correspondente, mais grave quando resultar morte ou lesões corporaes, e segundo o combatente tiver sido causa injusta do duello, e menos para o combatente que tiver sido induzido ao encontro por insulto ou offensa grave. O duello assim qualificado é o duello *commum*, em que os combatentes se satisfazem em produzir uma lesão corporal, entendendo-se que o sangue, por minimo derramado que seja, lava a afronta. Fica fóra do regimen de excepção o chamado *duello de morte*, que segundo o art. 313, § 4.º, é o em que tiver sido expressamente convencionado, ou resultar da especie, da distancia guardada, entre os combatentes, ou de outra condição estabelecida, que um delles devesse ficar morto. A morte ou lesões corporaes que, então, sobrevirem incidirão nas regras *communs* dos

arts. 294, § 2.º e 304, sancção também a applicar, dada qualquer outra hypothese do art. 313. O código considera singularmente os padrinhos sómente sujeitos ás regras geraes da cumplicidade quando do duello resultar morte ou lesão corporal, nos outros casos passíveis da mesma multa imposta aos portadores do desafio (art. 311). Finalmente, no art. 314, qualifica-se especialmente, um caso de desafio aggravado pela offensa publica ou pela exposição ao desprezo publico. E' um crime formal, integrando-se quer se realize, quer não o duello.



## TITULO XI

**Dos crimes contra a honra e a boa fama**





## TITULO XI

### DOS CRIMES CONTRA A HONRA E A BOA FAMA

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

410. Neste titulo se occupa o codigo dos crimes contra a integridade moral do homem, integridade que faz consistir na *honra* e na *boa fama*, e crimes que qualifica como *calumnia* e *injuria*, mantendo a orientação do anterior codigo.

O bem juridico, objecto dessas fórmulas criminosas, não teve sempre uniforme conceituação na evolução historica, sentindo o influxo de factores diversos. Entre os romanos, a honra era uma emanção do poder publico, a condição de quem estava na plenitude do gozo dos direitos civicos (*dignitatis ilectatus legibus comprobatus*). A posse ou a perda desse *status* se regulava por preceitos legaes, e não podia ser objecto de lesão por parte de terceiros.

Dahi porque no direito romano não encontramos a idéa moderna da *injuria*, termo que se tomava, a principio, genericamente para denotar o illicito, o que se fazia contra o direito (*qual non jure fit, injuria fieri dicitur*), e depois, mais restrictamene, para denotar a violação de certos direitos referentes á integridade do corpo, á dignidade, á pudicicia, ao cadaver, á propriedade, á posse, etc. Sómente em um ponto o direito romano mostrou-se em todos os tempos sensível. Já as doze tabos, § 3, ameaçavam com pena capital "*quis accentasset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*". E no periodo imperial os *libelli famosi*, os escriptos anonymos diffamatorios eram punidos com penas rigorosas (LISZT). Diverso é o conceito da honra entre os germanos, desde tempos immemoriaes, conceito que veio a prevalecer, ampliando-se, nas sociedades modernas.

Fôra de toda a injuncção do poder publico, a honra se apresenta com o character estrictamente pessoal, como o valor moral do individuo, valor que se quer reconhecido pelos companheiros.

Dahi porque a palavra pôde offender, mas tambem pôde restabelece-la a espada, bem como a sentença dos companheiros e a satisfação dada pelo adversario. Apreciando analyticamente esse conceito, como veio se formando até os hodiernos tempos, CARRARA distingue tres aspectos. Antes de tudo, temos o *sentimento da nossa dignidade*, conteúdo primario da idéa de honra. É a aspiração de todo o animo, instinctiva e independente de qualquer calculo de bens exteriores, mas dependente exclusivamente do amor de nós mesmos, e do gozo ineffavel que em nós gera, sem necessidade de applausos ou de vistas ultteriores, a consciencia só dos nossos meritos, da nossa habilidade, das nossas

virtudes. Em segundo lugar, a *estima* ou a *reputação* junto dos outros, isto é, a opinião que os outros têm de nossas boas qualidades, quer de espirito, quer de corpo, o que se differencia notavelmente do sentimento da propria dignidade, por isso que este existe exclusivamente em nós, e a reputação nos outros. Em terceiro lugar, as *vantagens* que são inherentes a um bom nome ou boa fama. Como bem accentua FLORIAN, este terceiro elemento é extranho á noção da honra, por isso que se refere ás consequencias, e não a sua essencia, ou, como diz ALTAVILLA, não passa de uma repercussão social da reputação, e principalmente da professional.

411. Identica em substancia, mas mais exacta na fórma, outra distincção se faz hodiernamente, isto é, de *honra interna* ou *subjectiva*, que é um phenomeno psychico, de formação lenta e complexa, a opinião que cada pessoa tem de si mesmo, de seu caracter e de suas relações exteriores; é, em summa, o sentimento ou consciencia de seu valor; e de *honra externa* ou *objectiva*, que é a opinião que os outros têm do valor moral do individuo, a reverberação da sua personalidade moral na opinião publica, ou propriamente, a *boa fama*.

A honra objectiva comprehende tambem o reconhecimento do valor professional e o da capacidade para uma dada posição.

Foi IHERING quem primeiro mostrou a connexão entre a honra e o desempenho dos deveres que a posição impõe. “O que tem a honra que ver com o negocio? pergunta elle, e assim responde: a honra no sentido subjectivo é o proprio sentimento e a affirmação desse valor. Para a honra são decisivas todas as circumstancias que determinam o valor da pessoa para a sociedade e portanto tambem o é o seu destino social especial.

Diversos são os destinos do artista, do medico, do advogado, mas é uma honra para todos pôr todo o esforço no desempenho de sua respectiva missão, e uma deshonra o descumprimento. Um artista habil achará tão incompativel com a sua honra fazer entrega de um mau trabalho quanto o medico ou o advogado consciencioso servir mal os seus clientes. Quem assim faz, soffre em sua nomeada. Mas a nomeada e a profissão prendem-se intimamente. O modo, como o individuo corresponde á sua profissão, é a circumstancia que regularmente a sociedade toma antes de tudo em consideração para medir-lhe a capacidade, isto é, a aptidão do individuo para a sociedade.” Por sua vez nota LISZT, ha uma honra correspondente á categoria e a profissão, porque e em tanto quanto ha deveres que a categoria e a profissão impõem. Injúria quem diz que o medico é um aprendiz, que o juiz julga como um caloiro, que o artista é um bom homem, mas não passa de um borrador, que o chanceller discorre como um limpador de chaminés, que o director da opera é um director de circo ou que o pregador é um comico. Assim pertence tambem á honra o *credito* (o lado economico da honra), isto é, a confiança na solvabilidade e pontualidade do devedor, quando a profissão pede o gozo dessa confiança.

Assim conceituadas a honra subjectiva ou dignidade e a honra objectiva ou reputação, duas consequencias importantes resultam:

a) que a honra interna pôde ser offendida, mas não atirada, nenhum homem se convencendo de ser desprezível; a honra externa pôde ser offendida e tambem destruida;

b) que a honra interna e a externa podem deixar de corresponder-se.

O individuo pôde nutrir uma exaggerada e erronea estima de si proprio, e não gozar da estima de outros (FLORIAN).

412. Pelas relações de cooperação, que mais e mais se estreitam, oriundas de necessidades materiaes e moraes, cada individuo precisa que seu valor moral, que sua capacidade encontrem, senão reconhecimento expresso dos outros, a tanto não podendo ir sua pretensão, mas a abstenção de actos que importem offensa a esse valor moral e social, que constituem um patrimonio mais precioso que os bens materiaes.

O direito faltaria o seu escopo de proteger a personalidade humana toda inteira, se não tutelasse a honra individual, parte conspicua dessa personalidade, e, assim, alimentando discordias, difficultando a vida social.

No ponto de vista da escola positiva, diz FLORIAN, a incriminação dos factos offensivos da reputação encontra tambem justificação.

O agente offende inquestionavelmente o sentimento de piedade, e se mostrasse sentimento privado, se por tal se entender, com GAROFALO “a repugnancia ás coisas cruéis e a resistencia aos impulsos que seriam causa de uma dor aos nossos semelhantes”. Que maior dôr ver lançado ao desprezo publico o homem de psyche normalmente organizado?”

Impugnação, porém, tem sido feita a incriminação da offensa á *dignitas* ou honra interna, entendendo-se sufficiente a sancção da lei civil. A’ razão aduzida por CARRARA, que no caso da missiva offensiva, diz “ch’io risento dolore allo intendere che altri mi tiene a vile”, redargue FLORIAN não ser sufficiente, pois, em muitos outros casos de dôr moral, e até maior, não se recorre aos meios penaes, e sim civis. Tampouco argumentar-se com o desprezo da ordem juridica, que, revela o procedimento do offensor, desde que não sabe da ordem puramente intencional. Notava BERNER que a dignidade, por ser subjectiva, não pertence ao campo do direito, onde uma violação ou transgressão só pôde ser crime quando exteriorisada, realidade que não se pôde constatar no caso, exactamente pela relatividade do conceito de honra, pelo aspecto individual que assume o sentimento correspondente. De mais, prosegue FLORIAN, os nossos costumes e pratica quotidiana mostram que a simples offensa á *dignitas*, raramente constitue crime, senão acompanhada de circumstancias de facto que a tornam tambem offensa á honra externa.

Em contrario se manifestam outros autores e julgados diversos têm considerado incriminavel a offensa á honra interna, particularmente na fórmula dirigida pelo offensor ao offendido.

413. Entre os praticos, denominando-se *injuria* a offensa á honra, distinguia-se geralmente a *injuria verbal*, quando feita com discurso ou escripto, *symbolica*, com signaes ou actos emblematicos, e *real*, quando com a offensa

á honra, se lesava outro direito, cerceando a liberdade de outrem ou lhe damnificando as coisas. PELEIRA E SOUZA, acompanhando ANTONIO MATHEUS, distribue as injurias, como vem qualificadas na antiga legislação portugueza, em *verbaes*, quando feitas por palavras falladas, *escriptas*, por libellos famosos satyras, pasquins, retratos, pinturas e gravuras, e *reaes* por acções ou factos de violencia ou de mãos tratos.

O desenvolvimento doutrinal, com reflexo nas legislações, trouxe uma distincção mais intima em referencia á natureza da offensa, antepondo-se á *injuria*, como fórma mais geral, ora a diffamação, ora a *calumnia*, ou ambas, como especies mais graves.

Com FLORIAN, podemos distribuir as legislações em tres grupos:

a) o francez, que toma como conceito organico o da diffamação;  
b) o germanico, que se baseia no conceito da calumnia;  
c) o inglez, que não conhece outro crime contra a honra senão o *libello (libel)*, geralmente assignalado como privado (*libel on private persons*), sedicioso (*seditious*) e impio (*blasphemous*). O codigo francez de 1810 dividia as offensas contra a honra em *calumnia e injuria*. Era calumnia a imputação de facto, que se existisse, exporia seu autor a processo criminal ou correccional ou mesmo simplesmente ao odio ou ao desprezo publico (art. 367). Sob a mesma rubrica, e art. 373, qualificava o codigo a denunciação calumniosa.

Quanto á injuria, uma distincção se fazia. Se a expressão ultrajante continha a imputação de um vicio determinado e era proferida em condições de publicidade, havia delicto; se faltassem essas condições, havia contravenção (arts. 375 e 376).

As disposições referentes ao delicto de calumnia foram abrogadas pela lei de 17 de maio de 1819 que, nos arts. 13 a 18, substituiu-o pelo delicto de *diffamação*, hoje previsto e punido pelos arts. 29 a 32, 34 e 35 da lei de 29 de julho de 1881, sobre a imprensa.

Explicando a substituição operada pela lei de 1819, SERRÉ, citado por FABREGUETTES, disse: "Le terme de *calomnie*, dans son sens vulgaire qu'il est impossible d'effacer dans l'esprit des hommes, emporte avec soi l'idée de la fausseté des faits imputés. Une publication n'est donc réellement calomnieuse que lorsque les faits qu'elle contient sont faux. Cependant tous les législateurs ont senti qu'il est impossible d'autoriser tout individu á publier, sur le compte d'un autre, des faits dont la publication causerait á ce dernier un dommage réel, fussent ils d'ailleurs vrais. Pour remédier á cet inconvenient, ils ont attribué au mot *calomnie* un sens légal autre que son sens naturel et vulgaire, en declarant que quiconque ne pourra fournir par actes authentiques la preuve légale des faits par lui attribués á autrui serais réputé calomniateur; mais comme, en attribuant aux mots un certain sens, on ne change pas réellement celui qu'ils ont dans le langage, il est souvent résulté de lá, entre la loi et l'opinion, entre le droit et le fait, une discordance fâcheuse. La substitution du mot *diffamation* au mot *calomnie* fait disparaitre, du mains en partie, cet embarras. La *diffamation* n'implique pas necessairement la fausseté des faits; elle dénote, d'une parte, l'intention de nuire; de l'autre, le dommage

*causé*. Aussi, aux termes de la définition contenue dans l'art. 1, une publication, qu'il y aurait une sorte de controsense á déclarer calomnieuse, pourra fort bien et très justement étre condamnée comme diffamatoire”.

Assim, na legislação franceza, as especies de crime contra a honra são a injuria e a diffamação. E' o systema seguido pelo codigo sardo, e com modificações, pelo toscano.

O vigente codigo italiano adoptou, com desenvolvimento e modificações, o systema do codigo sardo.

O codigo penal allemão seguiu methodo diverso, muito mais exacto e racional. Grupa assim as especies delictuosas:

1) A injuria propriamente dita (art. 185). E' a *expressão da desconsideração em que alguém tem a outrem*, quer essa desconsideração se manifeste por um juizo, quer mediante uma affirmação de factos que envolva um juizo. A desconsideração se aprecia, não por uma medida objectiva, mas segundo o modo de ver, a intuição dos circulos respectivos.

Contraopondo-se á injuria nesse sentido, temos a *diffamação* e a *calumnia*, que não constituem offensa da honra, mas se manifestam como periclitación della.

2) A *diffamação* ou *maledicencia* se caracteriza como a affirmação ou divulgação de factos proprios a tornar desprezível ou rebaixar na opinião publica a pessoa a quem são attribuidos e cuja verdade não se possa provar (art. 186).

Não é, pois, expressão de desconsideração, mas communicação de dados, que podem occasionar a desconsideração por parte de outros.

3) A *calumnia* que consiste naquella affirmação ou divulgação, feita, porém, falsamente (art. 187). Distingue-se da *diffamação* em que, em vez de factos “cuja verdade não se póde provar”, trata-se de factos”, que não são verdadeiros”, e em que o agente procede de “má fé”.

4) A *periclitación do credito pela calumnia* (art. 187). E' a affirmação ou divulgação de factos proprios a prejudicar o credito de outra pessoa e que de má fé lhe são imputados.

5) A *periclitación da honra da familia pela calumnia contra os mortos* (art. 182), ou o ultrage á memoria de uma pessoa morta, affirmando ou divulgando de má fé factos que em vida á fariam desprezível ou a rebaixariam na opinião publica.

Fazem tambem triplice classificação das offensas á honra, os cods. belga e hollandez.

414. O nosso codigo de 1830, sob a rubrica — *Dos crimes contra a segurança da honra* (cap. II, t. II, par. III), comprehendia os crimes sexuaes (arts. 219 a 228) e os crimes contra a honra (arts. 229 a 246). Dos dois projectos, que lhe serviram de base, o formulado por BERNARDO DE VASCONCELLOS, sob a rubrica — *Dos crimes contra a honra*, comprehendia a calumnia e a injuria, sem porém descriminal-os devidamente, o que foi feito no outro projecto, de CLEMENTE PEREIRA. Seguiu-se a intuição que presidiu á elaboração

do código penal francez, de 1810, e também a do da Baviera. Melhorando, porém, a redacção dos projectos, e distinguindo-se dos códigos vigentes, pela clareza, assim norteando mais seguramente a pratica judiciaria, o nosso código qualificou como crimes contra a honra, a *calumnia* (art. 229) e a *injuria* (art. 236).

Aquella consistente em attribuir falsamente a alguém um facto, que a lei tenha qualificado criminoso, e em que tenha logar a acção popular, ou procedimento official de justiça, e esta na imputação: 1º) de facto criminoso a que não coubesse aquella acção; 2º) de vicios ou defeitos, que possam expôr ao odio ou desprezo publico; 3º) de crime ou vicio sem factos especificados; 4º) de tudo que pôde prejudicar a reputação de alguém; 5º) finalmente podendo a injuria consistir em discursos, gestos, ou signaes reputados insultantes na opinião publica. Seguindo o código francez, classificou indevidamente no mesmo capitulo, a accusação judicial calumniosa (art. 235), crime que não se dirige contra a honra, mas contra a liberdade individual, pois a accusação falsa visa a condemnação de um innocente, além de offender também precipuamente a administração da justiça, induzida em erro, e convertida em instrumento de malfeitor.

Esse feito foi corrigido pelo código vigente, que manteve o systema do anterior no que é referente aos crimes contra a honra, classificados também em calumnia (art. 315) e em injuria (art. 317), sob as mesmas regras, salvo modificações, algumas de accentuado destaque, e na fórma costumeira, para peor. O decr. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923 veio trazer modificações ao código, no assumpto, especialmente quanto á penalidade e systema de responsabilidade, que substituiu pelo do código anterior.

## CAPITULO UNICO

### DA CALUMNIA E DA INJURIA

Art. 315. Constitue calumnia a falsa imputação feita a alguém de facto que a lei qualifica crime.

Parapho unico. E' isento de pena o que provar ser verdadeiro o facto imputado, salvo quando o direito de queixa resultante delle fór privativo de determinada pessoa.

Art. 316. Si a calumnia fór commettida por meio de publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de quinze pessoas, ou affizado em logar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica ou contra agente ou depositario desta e em razão do seu officio:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dois annos e multa de 500\$000 a 1:000\$000.

§ 1.º Si commettida contra particular ou funcionario publico sem ser em razão de officio:

Penas — de prisão cellular por quatro mezes a um anno e multa de 400\$000 a 800\$000.

§ 2.º Si commettida por outro qualquer meio que não algum dos mencionados:

Penas — a metade das estabelecidas.

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, o 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 condemnada pelo facto imputado.

Art. 319. Si a injuria fôr commettida por qualquer dos meios especificados no art. 316:

§ 1.º Contra corporações que exerçam autoridade publica ou contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica:

Penas — de prisão cellular por tres a nove mezes e multa de 400\$000 a 800\$000.

§ 2.º Si contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio:

Penas — de prisão cellular por dois a seis mezes e multa de 300\$000 a 600\$000.

§ 3.º Si a injuria fôr commettida por outro qualquer meio que não algum dos especificados no art. 316, será punida com a metade das penas.

Art. 320. E' tambem injuria:

§ 1.º Usar de marca de fabrica ou commercio, que conti-ver offensa pessoal; ou expôr á venda objectos revestidos de marcas offensivas.



§ 2.º Apregoar, em logares publicos, a venda de gazetas, papeis impressos ou manuscritos de modo offensivo a pessoa certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia:

Penas — de prisão cellular por dois a quatro mezes e multa de 100\$000 a 300\$000.

Art. 321. Quando a calumnia e a injuria forem equivocas, poderá o offendido pedir explicações em juizo. O que se recusar a dal-as, ou não as der satisfactorias, a juizo do offendido, ficará sujeito ás penas da calumnia ou injuria, a que o equivoco der logar.

Art. 322. As injurias compensam-se; em consequencia não poderão quererlar pôr injuria os que reciprocamente se injuriarem.

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 requerimento da parte offendida, quando tiver de julgar a causa, e na mesma sentença impôr á ao autor uma multa de 20\$000 a 50\$000.

Art. 324. Si a injuria ou calumnia forem commettidas contra a memória de um morto, o direito de queixa poderá ser exercido pelo conjuge, ascendente, descendente, ou irmãos.

Art. 325. O criminoso que houver paga, ou promessa de recompensa para commetter alguma injuria ou calumnia, incorrerá, além das penas respectivas, na multa do decuplo dos valores recebidos ou promettidos.

#### DECRETO N. 4.743, DE OUTUBRO DE 1923

Art. 1.º Os crimes previstos nos arts. 126, 315 e 317 do Código Penal e nos arts. 1.º, 2.º e 3.º do decreto n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, quando commettidos pela imprensa, serão punidos com as seguintes penas:

1.º Nos casos previstos no art. 126 do Código Penal — metade da pena correspondente ao crime cuja pratica se tiver provocado.

2.º No caso do art. 315 do Código Penal — prisão cellular por quatro mezes a um anno e multa de 1:000\$000 a 10:000\$000, elevada a pena para seis mezes a dois annos de prisão cellular

e multa de 2:500\$000 a 10:000\$000, si o crime fôr contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta.

3.º No caso do art. 317 do mesmo Código Penal — prisão cellullar por dois a seis mezes, e multa de 1:000\$000 a 6:000\$000, elevada a pena para tres a nove mezes de prisão cellullar e multa de 2:000\$000 a 12:000\$000, na mesma hypothese prevista na ultima parte do numero precedente.

4.º No caso dos arts. 1º a 3º do decreto n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921 — as penas constantes dos mesmos artigos serão accrescidas da multa de 5:000\$000 a 40:000\$000.

§ 1.º Essas penas serão graduadas pelo julgador, conforme a gravidade da offensa, as condições de fortuna do réo, e o criterio dos arts. 62, 65 e 66 do Codigo Penal.

Tratando-se de qualquer dos crimes previstos no art. 126 do Codigo Penal, nos art. 1º a 3º do decreto n. 4.269, de 1921, e no art. 2º da presente lei, além das penas nesta estabelecidas, será applicavel, administrativamente, a de expulsão quando se tratar de estrangeiro a ella sujeitos.

§ 2.º Não terá cabimento nesses crimes o disposto no artigo 27, § 6º, e no art. 32, do Codigo Penal.

§ 3.º A prova do facto imputado é permittida nos casos previstos no art. 318, do Codigo Penal, comprehendidos nesta disposição os senadores, deputados, conselheiros municipaes, intendentes ou prefeitos. Não se admittirá, porém, nos casos de offensas previstas nos arts. 3º e 4º, na presente lei.

Art. 4.º E' prohibido, sob pena de multa de 200\$000 a 4:000\$000, affixar ou expôr ao publico, em qualquer logar e por qualquer meio, inclusive fitas cinematographicas, cartaz, estampa, gravura, desenho, e em geral, impresso, manuscripto ou figura onde haja offensa a alguma nação estrangeira.

Paragrapho unico. Fica sujeito á pena de prisão cellullar por dois a seis mezes quem apregoar, em logares publicos, a venda de gazetas, papeis e impressos, ou manuscriptos de modo offensivo a pessoa ou nacionalidade certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia.

Art. 7.º Aquelle que, por qualquer meio, obtiver ou procurar obter dinheiro ou outro proveito para não fazer ou impedir se faça alguma publicação, é punido com a pena de prisão cellullar por um a quatro annos, e multa de 300\$000 a 6:000\$ incorrendo na mesma pena para o que, mediante paga ou recompensa, fizer ou obtiver se faça qualquer publicação que importe crime de imprensa punido pela presente lei.

**Art. 8.º Não se consideram crimes:**

1.º A publicação, integral ou resumida, dos debates nas casas legislativas federaes, estaduais ou municipaes, dos relatorios ou qualquer outro escripto, impresso por ordem das mesmas.

2.º O noticiario, o resumo, o relatorio, a resenha e a chronica fieis dos debates e andamento de todos os projectos e assumptos sujeitos ao exame e deliberação das mencionadas corporações.

3.º A publicação integral, parcial ou abreviada, de noticias, chronica ou resenha, quando fieis, dos debates escriptos ou oraes perante juizes e tribunaes, nem tão pouco a publicação dos despachos, sentenças ou quaesquer escriptos que rouverem sido impressos mediante ordem, requisição ou comunicação dos mesmos juizes e tribunaes.

4.º A publicação de articulados, cotas ou allegações produzidas em juizo pelas partes ou seus procuradores.

**Art. 9.º** As injurias compensam-se: em consequencia não poderão querelar por injurias os que reciprocamente se injuriarem.

**Art. 16.** Os gerentes de um jornal ou de qualquer publicação periodica são obrigados a inserir, dentro de tres dias, contados do recebimento, a resposta de toda a pessoa natural ou juridica que fôr attingida em publicação do mesmo jornal ou periodico por offensas directas ou referencias de facto inverdico ou erroneo, que possa affectar a sua reputação e boa fama.

§ 1.º O direito de resposta poderá ser exercido pela propria pessoa assim mencionada, por seu representante legal ou por seus herdeiros, e quem o exercer será o unico juiz do conteúdo, fórma e utilidade da resposta.

§ 2.º A inserção da resposta será feita gratuita e integralmente em edição correspondente, no mesmo logar e com os mesmos caracteres da publicação que a tiver provocado, e não excederá á extensão desta. Si exceder, a parte excedente será paga plos preços ordinarios.

§ 3.º A inserção só poderá ser recusada:

a) quando não tiver relação alguma com os factos referidos na alludida publicação;

b) quando contiver expressões que importem abuso de liberdade de imprensa;

e) quando affectar direitos de terceiros, de modo a dar a estes igual direito de resposta.

§ 4.º Si os gerentes deixarem de inserir a resposta, quando lhes fôr entregue directamente pelo interessado ou remetida por via postal, poderá este requerer ao juiz competente para processar os crimes referidos no art. 1.º, que mande notificar os mesmos gerentes para fazerem a inserção no prazo e sob pena de multa constante do § 5.º, do presente artigo. O requerimento será instruído com um exemplar do jornal referido, e com o texto da resposta, em duplicata, para que fique um exemplar archivado em cartorio. A decisão será proferida no prazo de vinte e quatro horas, e della não haverá recurso.

§ 5.º Sendo a decisão contraria ao gerente do jornal ou periodico, impôr-se-lhe-á a multa de 200\$000 a 2:000\$000, ficando sujeito a pagar o triplo dessa multa o requerente que tiver instruído sua petição com uma resposta em termos diversos da recusada.

§ 6.º Si a resposta sahir com alteração que lhe deturpe o sentido, os gerentes serão obrigados a inseril-a de novo, escoimada desse erro; e, si na reprodução o mesmo ou outro apparecer, será considerado proposital e punido com a multa de 200\$000 a 2:000\$000, por dia, e o dobro na reincidencia, até inserção exacta do escripto.

§ 7.º Os gerentes terão o direito de haver do autor do escripto que provocar a resposta todas as despesas com a publicação desta.

§ 8.º O autor da resposta ou rectificação recusada tem o direito de repetil-a, modificando-a.

Art. 17. O exercicio do direito de resposta não inhibirá o offendido ou seu representante de promover a punição dos responsaveis pelas injurias ou calumnias de que fôr victima.

Art. 18. Quando a multa recahir sobre algum dos gerentes, socio solidario, ou membro da directoria da empresa, responderão pela importancia da mesma os bens do condemnado, assim como os do jornal e estabelecimento graphico.

Paragrapho unico. A importancia da multa imposta pela condemnação gozará de privilegio especial sobre os ditos bens, ainda no caso de falencia, derogado para este fim o art. 24, n. 4, da lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908.

Art. 19. As multas pertencerão ao offendido, si este fôr particular, ou á União, Estado ou Municipio, si fôr funcionario em razão do officio, ou corporação que exerça autoridade

publica, modificada, assim, a norma adoptada pelo art. 1.547 e seu paragrapho unico do Codigo Civil.

Paragrapho unico. A importancia das multas arrecadadas pela União, pelos Estados ou Municipios constituirá um fundo destinado a fins de assistência publica conforme regulamento que, para esse effeito, fôr decretado pelo respectivo poder executivo.

Art. 21. Cabe acção penal mediante queixa do offendido ou de quem tenha qualidade legal para o representar, quando a offensa fôr contra particulares.

Art. 22. Cabe acção penal por denuncia do ministerio publico, quando a offensa fôr contra corporação que exerça autoridade publica, contra qualquer agente ou depositario desta em razão de suas funcções, contra chefe de Estados estrangeiros, ou seus representantes diplomaticos e ainda no caso do art. 3º; dependendo a acção penal, nesses ultimos casos, de requisição feita, por parte do respectivo governo ou pelos representantes diplomaticos offendidos; e mediante officio do Ministerio da Justiça, quando se tratar de offensa ao presidente da Republica.

Paragrapho unico. Si o promotor publico retardar a denuncia por mais de dez dias, após a representação do offendido, ou si recusar a apresental-a, incorrerá na multa de 500\$000, imposta pelo chefe do ministerio publico, e descontada na folha dos seus vencimentos, além da responsabilidade criminal, que lhe caiba. Neste caso, poderá o offendido reclamar do chefe do ministerio publico a designação de outro promotor, para promover o processõ; mantidos os principios dos arts. 407 e 408, do Codigo Penal.

Art. 23. Nos crimes de injuria e calumnia, a acção penal e a condemnação prescrevem em dois annos.

Paragrapho unico. A demora dos autos, além dos prazos legais e excesso de prazos, causados pelo réo, serão descontados dos prazos da prescripção.

Art. 31. Continuam em vigor as disposições do § 2º do art. 23, do art. 59 paragrapho unico e as demais disposições do Codigo Penal, que não gorem contrarias á presente lei.

Art. 33. Quando duas ou mais qualidades, que determinam differença na pena se reunirem na mesma pessoa, considerar-se-á esta investida, quanto ao crime de que trata esta lei de qualidade que acarretar maior pena.

Art. 34. Fica dispensada, em relação a todo e qualquer impresso, periodico ou não periodico, a prova de sua distribuição por mais de 15 pessoas.

#### CALUMNIA

415. O nosso código anterior fazia consistir a calúnia em attribuir falsamente a alguém um facto que a lei tivesse qualificado criminoso, e em que tivesse logar a acção popular ou procedimento official da justiça (artigo 229). O vigente faz consistir a calúnia na falsa imputação a alguém de facto que a lei qualifica crime (art. 315). Do confronto dessas disposições, vê-se desde logo uma sensível alteração — no código anterior a calúnia era restricta aos casos em que o facto criminoso imputado fosse de acção publica; no vigente, ampliando-se a figura, caiba ou não acção publica ao facto imputado. “Não foi feliz a innovação, nota CAMPOS MAIA. A condição precípua na consistencia juridica da calúnia, a condição mesmo constitutiva da existencia deste crime (isso sem contraste algum entre as diversas legislações que o classificam como especie distincta na ordem dos delictos da linguagem contra a honra) é a *falsidade*. E esta resulta do facto de não provar o agente a verdade da imputação por elle feita, *sendo-lhe essa prova facultada*.”

Fóra disto não se póde comprehender nenhuma doutrina a respeito. E’ seguramente absurda a presumpção de falsidade quando não é facultada a prova em contrario. Si o crime está em ser a imputação falsa, a prova da verdade equivale á da inexistencia do mesmo crime. Recusal-a importa vedar ao accusado a demonstração da propria innocencia, importa cercear por completo o direito de defesa. Perante os principios fundamentaes da sciencia juridica é inconcebivel que se possa impedir o réo de allegar e provar a excepção que afasta do seu acto toda a criminalidade, que o innocente, que o torna até legitimo. Pois essa coisa inconcebivel foi o que fez o legislador de 1890, classificando como calúnia tambem a falsa imputação do crime em que o direito de queixa é privativo de certas pessoas e consequentemente não permitindo neste caso a *exceptio veritatis*. Quem estava com as boas normas da razão e da logica era o legislador de 1830. Collocava entre as injurias a falsa imputação do crime que não fosse de acção popular e procedimento official da justiça, uma vez que não podia, em tal caso, admittir a prova de ser a imputação verdadeira. Identicamente procedem o cod. allemão, artigo 187, que faz consistir a calúnia apenas na falsa imputação de factos que possam ser provados; o cod. hespanhol, art. 467; o argentino, art. 177, e o chileno, art. 412, que a restringem á falsa imputação do crime de acção publica ou procedimento official da justiça.” Outros desvios injustificaveis se notam, e accentuaremos no correr da analyse das disposições do código.

416. Pelo disposto no art. 315 são elementos do crime de calúnia:

a) á imputação, a pessoa certa, de facto qualificado crime pela lei;

b) a determinação desse facto pela indicação das circumstancias proprias delle e ainda pela daquellas que, nos termos da lei, constituirem fórmãs diversas de execução do crime;

c) a falsidade da imputação.

I — O codigo fala em *imputar*, diversificando do anterior que dizia *attribuir*. Firmando differença entre esses vocabulos, e em face do anterior codigo, diz PAULA PESSOA: "*Attribuir* distingue-se de *imputar*. No primeiro caso, é deixar á imputação o character da duvida: *aliquis aliquid alicui imputare in fide alterius*. E *imputar* é afirmar, asseverar que alguém é autor de um facto: *affirmare aliquem auctorem esse criminis*."

Ha quem entenda que, *attribuir* é o mesmo que *imputar*, argumentando-se com o art. 234, porém, diz NIEMEYER, *Estudos criminaes* — que é insustentavel tal opinião, pois, se assim fosse, não se saberia a que acção estaria sujeito o individuo que attribuisse (rigor grammatical) um facto nas condições do art. 229, por escapar ás do § 1º do art. 236. Demais, o sentimento de honra, sendo o predominante quanto ao individuo, e o de ordem publica quanto á sociedade, exigem que se tire a limpo quaesquer duvidas que, esclarecidas uma vez, serão perniciosas, ou a quem as suscitára, no caso negativo de prova, ou contra quem suggeridas, no caso affirmativo."

Tem-se, porém, tomado como equipolentes os dois termos, sendo, entretanto, mais technico o de imputação. A incerteza da pessoa não condiz com a idéa de imputação. Não é, porém, necessario que a pessoa seja indicada pelo proprio nome, sobrenome ou appellido, e sim de modo a que possa ficar reconhecida por parte das pessoas que de mais perto a conheçam, e, assim, podendo ser identificada na acção penal.

A imputação póde ser feita a diversas pessoas, designadas não individual, mas collectivamente, por uma expressão que as comprehenda todas. Mas para que as pessoas assim designadas se possam considerar atingidas e tenham o direito de exercitar a acção penal, é necessario que a designação não seja vaga.

Qualificativos, diz LISZT, como o *clero de Berlim*, os *tenentes de Braunschweig*, devem ser considerados sufficientes, logo que por elles se designem de um modo facil de reconhecer certas pessoas, embora fique em duvida qual a pessoa que se tem em vista. Designações geraes, porém, como os *judéus*, os *espiritos livres da Allemanha*, os *bolsistas*, os *professores* não são proprias a servir de fundamento á injuria". Ainda quanto á pessoa physica offendida, algumas limitações têm sido feitas por diversos escriptores.

Para LIEPMANN, os enfermos mentaes e as crianças só estão em condições de receber uma offensa á honra emquanto possuem o discernimento necessario para comprehender o alcance da acção que lhes é dirigida. Com relação á criança, admite LISZT a possibilidade de injuria, *sensu lato*, logo que ella entra em um circulo qualquer de deveres, talvez na escola, e tem consciencia desses deveres. Outro é o caso do alienado, porque se deve ter em attenção já o estado anterior de saude mental (affirmação de factos do passado do louco que affectam a honra) e já o obscurecimento do seu espirito talvez sómente parcial". Para outros não ha que estabelecer restricções, pois, os

incapazes, diz ALTAVILLA, são entidades sociaes que têm o direito de ter illesa a reputação, direito subsistente, embora não seja comprehendido por elles, que têm, então, na representação o meio de supprir a incapacidade de facto. Acresce notar que os crimes contra a honra são formaes; devem ter a aptidão para offender, sem que seja preciso a effectiva lesão da honra. Esta doutrina, perfeitamente acceitavel, encontra, porém, uma limitação em nosso direito, pelo que diz respeito á calúnia, e quanto á menor de 14 annos, por isso que, sendo inimputavel criminalmente, não pôde ser sujeito passivo daquelle crime, a acção não tendo aptidão para offenderlo naquella fórma, e sim na de injuria. Quanto ao morto, por isso que não é mais titular de direitos, não pôde ser sujeito passivo de calúnia ou de injuria. A denominada injuria, *sensu lato*, aos mortos, diz LISZT, é sempre injuria aos sobreviventes — não aos membros individuaes da familia, a quem porventura caiba o direito de queixa, mas á familia, como pessoa collectiva.

Se a protecção penal é limitada a poucos membros da familia, é attendendo á sua immediata ligação com o finado, assim podendo ser considerados como affectados tambem pelo juizo que sobrê elles se forme. No mesmo sentido, diz SUMAN, que o direito de querelar neste caso tem o seu fundamento no facto de, com a offensa ao defuncto, não se lesar um direito deste, mas sim um direito do vivo á respeitabilidade do nome daquelle com quem está ligado por vinculos inalteraveis de familia, de amor e de reconhecimento. O vivo neste caso não exercita o direito de querela em nome de quem não existe mais, porém, no proprio nome, porque pelos vinculos sobreditos é elle que recebeu a offensa, e em relação a elle é que foi consummada a violação do direito, pois que quem não tem mais vida, não tem mais direitos, e não os tendo, não pôde ser mais passivel de lesão.”

O nosso codigo, no art. 324, seguiu essa orientação.

Quanto ás pessoas juridicas, duvida alguma ha que podem ser sujeito passivo de calúnia ou injuria, em face do que dispõem os arts. 316, 318, letra a, e 319.

A imputação deve ser de facto qualificada como *crime* pela lei, e nisto vae um dos caracteristicos differenciaes da calúnia e da injuria.

417. II) — O fato imputado deve ser determinado de modo tal que a sua veracidade ou falsidade possa ser objecto de uma prova directa e contraria. Deixam, pois, de satisfazer esse requisito esencial as imputações genericas de qualidades criminosas, sem ligação a facto especificado, como — *ladrão, moedeiro falso, falsario, assassino, testemunha falsa*, etc. Taes imputações poderiam constituir injuria, mas não calúnia. O individuo é calumniado não pelo que é, mas pelo que fez, por se lhe imputar uma acção criminosa (vid. 1º vol., n. 13, o que seja *acção* e quando é equipolente de *facto*). Preconisado como criterio pratico para a determinação do facto o assignado acima, diz GRELLET-DUMAZEAU: “Le moyen à peu près infallible de constater les caractères d’une imputation est de se demander si la *verité* ou la *fausseté* peut être établie par une preuve. Si cette preuve est impossi



ble, il n'existe point de diffamation. On peut, en definitive, prouver qui on n'est pas bonqueroutier, failli, qu'on ne sort pas de bagne.

On ne peut pas prouver que quelqu'un n'est pas voleur, faussaire, trompé par sa femme. Apporter une preuve n'est pas possible qu'à la condition de déterminer et de préciser les faits de vol, de fausse, d'assassinat, d'adultère."

418. III) — A imputação deve ser falsa, porque, diz RIVAROLA, imputar um delicto ao criminoso que o praticou, longe de ser uma acção censuravel, póde até importar em beneficio para a sociedade.

Neste requisito está a essencia da calunnia. Sem embargo, nota CAMPOS MAIA, é tambem o que não precisa ser provado.

O queixoso é accusado de um crime e, conforme principio dominante na sciencia do direito, ninguem é obrigado a provar a própria innocencia: esta sempre se presume até a prova em contrario. Portanto, a falsidade da imputação constitutiva da calunnia é presumida até á prova da verdade feita pelo réo na sua resposta ao interrogatorio, no triduo facultado á defesa ou no plenario". E' a *exceptio veritatis*, de que nos occupamos em os ns. 426 e 427.

O crime se integra com o dolo, nas condições do art. 24, isto é, com a intenção criminosa, ou quando ha conhecimento do mal do crime e vontade de pratical-o. E como na calunnia o crime não consiste na imputação, mas na falsidade desta, e, portanto, se é aquella falsidade que produz o mal querido pelo agente, deve este conhecê-la, ou pelo menos ter duvidas com relação á verdade do facto imputado. O que não póde é haver um estado de certeza subjectiva ou convicção justamente motivada, filha de algum erro que as circunstancias justifiquem. Porque neste caso a falsa imputação seria involuntaria e, em tal character, incompativel com a intenção criminosa.

Na calunnia, ao inverso do que succede em relação á injuria, o dolo sempre se presume até á prova em contrario.

Como vimos, a falsidade da imputação se presume até á prova da *exceptio veritatis*. Ora, tal falsidade envolve o dolo.

Não é possivel presumil-a sem presumir tambem a má fé, sem presumir tambem a intenção criminosa (CAMPOS MAIA).

419. No art. 316, em que o legislador reproduziu, com algumas modificações, os arts. 230 e 233 do codigo anterior, se trata das penas da calunnia; graduadas segundo o meio por que foi commettida e a qualidade do offendido.

O meio é a publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado. A qualidade do offendido — corporação que exerça autoridade publica ou agente ou depositario desta e em razão de seu officio. Em face desses elementos, distinguia o codigo tres modalidades na calunnia, bem como na injuria, com penalidade diversa, a saber:

1.º Quando o meio e o offendido fossem algum dos referidos, a calunnia e a injuria se tornavam qualificadas, com a penalidade maior (arts. 316

e 319 § 1º). Tratava-se do chamado *libello famoso*, se a offensa era contida de escripto, manifestando maior gravidade, pela perversidade e reflexão do agente, caracter de permanencia que assumia a offensa e facilidade immittente da diffusão; e de outro lado, pela qualidade do offendido, em jogo estando o principio da autoridade publica, que é menoscabado directamente.

2.º Quando o *meio* fosse ainda um dos especificados, mas o offendido particular ou funcionario publico *sem ser em razão do officio*, attenta a menor gravidade da offensa, embora qualificada pelo *meio*, a penalidade era menor (art. 316 § 1º e 319 § 2º).

3.º Quando o *meio* fosse outro que não algum dos mencionados, a offensa tornando-se *simples*, as penas eram a metade das estabelecidas anteriormente conforme a qualidade do offendido (art. 316 § 2º e 319 § 3º). O decreto n. 4.743, de 1923, art. 1º, modificou accentuadamente o codigo, estabelecendo apenas duas categorias de offensas. a *qualificada*, quando o offendido fôr corporação que exerça autoridade publica ou agente ou depositario desta e em razão de seu officio, e *simples*, nos demais casos (vid. n. 437). Não leva, pois, em consideração o *meio* empregado para a gradação da pena.

Tem-se questionado, desde a vigencia do anterior codigo, se ha *facto punivel na calunnia ou injuria continente em carta missiva dirigida ao offendido*. Em sentido affirmativo e em sentido negativo têm-se pronunciado juristas nosos de renome e julgados diversos, como se pôde ver no *Direito*, especialmente nos vols. 1º, p. 281; vol. 37, ps. 5, 125 a 145 e 448, e vol. 38, p. 321. No vol. 37, ps. 125 a 145, se encontra o parecer da Secção de Justiça do Conselho de Estado, pronunciando-se pela criminalidade. A solução affirmativa parece mais juridica. Não ha que questionar que offendida fica por esse *meio* a honra subjectiva, a dignidade. Pondo em relevo e incisivamente esse ponto, e que tem logar a repressão, diz CARRARA: “Si alguém injuria-me sem que ninguém esteja presente, si a injuria me é dirigida por uma carta, quando me queixo poder-se-á dizer que não fui offendido em minha honra porque o offensor unicamente a mim fez senhor do segredo, e que ninguém tendo ouvido ou conhecido a injuria, não levou em vista diminuir o patrimonio de meu bom nome. Mas nem por isso, é certo, desaparecerá a objectividade do acto illicito, que resulta só da offensa ao sentimento de minha dignidade, offensa que faz-me experimentar dôr sabendo que outros têm-me na conta de vil e a mim mesmo têm o atrevimento de manifestar este conceito. Esta verdade é confirmada pela jurisprudencia, que reconhece criminalidade em uma carta injuriosa directamente entregue pelo offensor ao offendido, ainda que aquelle não tivesse feito publica a offensa; porque, mesmo que a publicação houvesse resultado do *facto voluntario do offendido* e não pudesse augmentar a responsabilidade do offensor, havia no acontecido sufficiente objectividade para o crime, e verdadeira lesão de direito na lesão feita ao sentimento da dignidade propria”. Não colhe o argumento adduzido por JOÃO VIEIRA de que o codigo vigente dirimiu a questão em sentido da não criminalidade, por ter incluído no art. 316, o que não fazia o anterior, o *manuscrito*, subordinando tambem ás condições da distribuição por mais de 15 pessoas ou á af-

fixação em lugar frequentado, porquanto, como já vimos, estas condições são requeridas para a *qualificação da offensa*, e desde que não sejam satisfeitas, diversificando então o meio, não ha como negar que o escripto se comprehende no § 2º do art. 316, ou no § 3º do art. 319, que condições algumas estabelecem. Não colhe tambem o argumento tirado do art. 22, § 2º, letra b, semelhante ao art. 7 § 5º do codigo anterior, porque, se tratando dos crimes de abuso da liberdade de communicação do pensamento, se procura determinar quando é responsavel o vendedor ou distribuidor, estabelecendo-se como uma das condições que o escripto não impresso seja communicado a mais de 15 pessoas. Depois, como já vimos, o decreto n. 4.743 não attende ao meio para os efeitos penas.

420. Ainda em relação á publicação da offensa, entendia-se geralmente que todos os meios mencionados no art. 316 eram subordinados á condição da distribuição por mais de 15 pessoas para que se verificasse a publicidade legal. Dahi porque frequentemente, em se tratando até de jornaes de notoria circulação, vimos o queixoso a fazer a prova de que effectivamente era distribuido por mais de 15 pessoas o exemplar continente das offensas, recorrendo a testemunhas ou a certidões do serviço postal. Nunca teve tanta applicação o conceito sardonico de BENTHAM, segundo o qual — o processo é a arte de ignorar methodicamente o que é sabido de todo o mundo! Entretanto, inexacta era a intelligencia dada ao art. 316, que diverge nesse, como em outros pontos, do art. 230 do codigo anterior. A este podia caber tal intelligencia, pois estatua — “Si o crime de calunnia fôr commettido por meio de *papeis* impressos, lithographados ou gravados, que se *distribuirem* por mais de 15 pessoas, etc.”. Pela construcção grammatical e pela interpretação logica do art. 316 do codigo vigente, vê-se que ahí se contêm tres modos distinctos de publicação, a saber: a) pelo pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura e gazeta; b) por meio de qualquer papel manuscripto impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas; c) por meio de qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado affixado em lugar frequentado. “Todo o erro, diz CAMPOS MAIA, consistia em se considerar a locução final daquelle dispositivo — *distribuido por mais de 15 pessoas* ou *affixado em lugar frequentado*, como restrictiva, não sómente do nome *papel*, na phrase — *qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado*, porém, de todos os que precedem aquelle, a saber, *pamphleto, pasquim, allegoria caricatura e gazeta*. A publicação do pasquim opera-se, necessaria e essencialmente, mediante affixação, em lugar publico, do manuscripto ou impresso — de onde resulta evidentemente que é um contrasenso, um dispanterio, suppor que o codigo penal exigisse, para a publicação do mesmo pasquim, a distribuição por mais de 15 pessoas. . . E’ fóra de toda e qualquer duvida que a distribuição por mais de 15 pessoas e a affixação em lugar frequentado são requisitos alternativamente exigidos pelo legislador para que a injuria feita por meio de qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado, se considere revestida de publicação. Ora, com toda a segurança, não é possivel admittir-se a

exigencia de taes requisitos com relação á injuria impressa em jornal, por isso que este, de uma parte, não é feito para ser affixado, e de outra, não existir sem que seja distribuido pelas populações, pelas massas, que lhe consumam as largas e abundantes tiragens. Na phrase — *por meio de publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura e gazeta*, deve-se e só se pôde mesmo entender isto: *por meio de publicação PROPRIA de pamphleto, de pasquim, de allegoria, de caricatura e de gazeta*. O legislador viu em cada qual dessas coizas uma fôrma de publicação. E teve para isso razões.

*Pamphleto* é um opusculo violento, ao qual se dá a mais larga distribuição afim de que chegue a todos os meios publicos e sociaes.

*Pasquim* é um escripto diffamatorio affixado em logar publico (de *Pasquino*, nome de certa estatua de Roma, em cujo pedestal se affixavam os epigrammas e satyras, assim tambem se chamando um individuo da mesma cidade, que tinha o costume de rir-se de todos e se tornou celebre pelas suas satyras).

*Allegoria* é a representação publica de um objecto para dar idéa de outro.

*Caricatura* é a reproducção em publico da figura physica de uma pessoa, feita de modo grotesco.

*Gazeta* é o jornal, periodico ou diario. Assim, em relação a essas modalidades, por serem por si mesmas essencialmente fôrmas ou meios de publicação da offensa, o legislador não poderia exigir as condições da distribuição ou da affixação, aliás requeridas com referencia a qualquer papel manuscrito, impresso ou lithographado — objecto esse que, por sua natureza, por sua essencia mesma, muito longe se acha de indicar a mais ligeira, a mais remota idéa de qualquer contacto com o publico. E a prova de que, na realidade, tal coisa não fez o legislador, é que as expressões *distribuido* e *affixado* estão empregadas no singular.

Se ellas não se referissem tão sómente ao nome *papel*, da phrase *qualquer papel manuscrito, impresso ou lithographado*, e sim tambem aos nomes *pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura e gazeta* — não poderiam de maneira alguma deixar de estar no plural, consoante normas de boa syntaxe. Mas podem agora perguntar: qual é, então, a circumstancia especial destinada a assinalar o momento em que deve considerar consummada a publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura e gazeta? A publicação de pamphleto e de gazeta se realiza mediante distribuição. Mas o codigo não fixou condição alguma segundo a qual se deva considerar consummada a distribuição de qualquer daquellas coizas. Executado o crime de injuria por meio de uma dellas, si o offendido exhibir um dos respectivos exemplares como *corpus delicti*, nasce desde logo a presumpção de terem sido todos os demais exemplares de que se compunha a tiragem espalhados pelos diversos meios publicos e sociaes.

Pelo que respeta ao pasquim, é claro que a publicação propria d'elle se reputa consummada desde o momento mesmo em que o offendido denuncia e prova a sua existencia". Dirimindo toda a duvida veio o art. 34 do decreto n. 4.743, transcripto no texto.

INJURIA

421. Sob as fórmãs mais variaveis póde ser traduzida a injuria, tantas quantas póde manifestar a palavra falada ou escripta ou a linguagem mimica. Dahi a difficuldade de conceitual-a em formula que, bastante comprehensiva, não deixe, entretanto, ambito ao arbitrio. Frisava bem isso FORGEUR, ao discutir-se o projecto do codigo penal belga, dizendo: “E’ impossivel definir a injuria de uma maneira clara e precisa. Póde-se sómente dizer que a injuria consistê em todo o ataque á honra, ou á consideração da pessoa, que não contém a imputação de um facto preciso. Qual é, pois, o caracter dos ataques á honra ou á consideração? E’ o que não é possível determinar; é preciso a este respeito nos referirmos á apreciação do juiz, que a decidirá segundo as pessoas e as circumstancias”. A diversidade de formulas dos codigos, nenhuma escoimada de defeitos mostra ainda que o escopo não póde ser consecução completa.

“*Toute expression outragente*, diz a lei franceza de 29 de julho de 1881, repetindo a formula da de 17 de maio de 1819, derogatorias do codigo penal, *terme de mépris ou invective, que ne renferme l'imputation d'aucun fait, est une injure* (artigo 29). O codigo italiano, artigo 395, *modo l'onore, la riputazione o il decoro di una persona...*” Nos alineaas trata dos casos de ser commettido o crime em presença do offendido ou por escripto a elle dirigido ou publicamente, e de circumstancias aggravantes.

Nos codigos, as formulas resentem-se tambem de imprecisão. O nosso codigo de 1830, destacando-se mais uma vez dos vigentes então, distinguuiu claramente a calumnia e a injuria entre si, e desta deu uma formula analytica bastante ampla e que menos ensanchas offerece ao arbitro. Estatuiu no artigo 236: “Julgar-se-á crime de injúria:

§ 1.º Na imputação de um facto criminoso não comprehendido no art. 299 (calumnia).

§ 2.º Na imputação de vicios ou defeitos que possam expor ao odio ou despresã publico.

§ 3.º Na imputação vaga de crimes ou vicios sem factos especificados.

§ 4.º Em tudo que póde prejudicar a reputação de alguem.

§ 5.º Em discursos, gestos ou signaes reputados insultantes na opinião publica”

O legislador de 1890 tomou esta disposição como fonte, mas mutilando-a deploravelmente, como se vê do confronto com que o estatuiu no art. 317. Supprmiu a disposição cautelosa do § 1.º, onde se definia como injuria a imputação de facto criminoso não comprehendido como calumnia, dando logar aos inconvenientes que notámos em o n. 413.

Supprimiu tambem, do § 3.º, a parte referente á *imputação vaga de crimes*, englobando o restante desse paragrapho com o anterior, e formando a disposição do art. 317, letra a.

THOMAZ ALVES entendia que a disposição do § 3.º, na parte referente a *vicios*, era redundante por dever estar já comprehendida no § 2.º, pouco

importando que houvesse ou não especificação de factos, pois, em qualquer dessas hypotheses, havia sempre injuria; com relação, porém á parte referente á *imputação vaga de crimes*, dava razão ao legislador por comprehender na injuria esta hypothese, desde que no art. 229 definira a *calumnia* e no art. 236 § 1.º a *injuria*, considerando como condição o articular-se facto definido como crime, quer de acção publica (art. 229), quer sem esta acção (art. 236 § 1.º), porque desde que a imputação era vaga não pôde ser comprehendida no art. 229, nem no art. 236, § 1.º, e no entanto sendo ultrajante deveria ficar comprehendida como *injuria que é o que faz o § 3.º*. São considerações tão procedentes, que admira passarem despercebidas ao reformador de 1890, eliminando a parte questionada. Supprimiu ainda o § 4.º, que, entretanto, tinha no systema da lei, o fim de acautelar alguma omissão, e que não autorisava inteiro arbitrio por isso que fazia da *possibilidade do prejuizo á reputação*, condição da incriminação.

422. Pela conceituação que da injuria faz o art. 317 do codigo, são elementos do crime:

1) A *acção*, quer contitúa *offensa á honra* de alguém, por juizo proprio do agente, quer constitúa *periclitación da honra* de alguém, provocando o agente a terceiros que façam um juizo prejudicial ao offendido, mediante a imputação, já de *vicios* (disposição habitual e nociva, como a embriaguez frequente, o jogo como profissão, a pederastia ou tribadismo, etc.), ou de *defeitos* (falha physica, degenerescencia, desvios constitucionaes) que exponham a pessoa ao odio ou desprezo publico, situação que basta se apresente como possivel, já de *factos offensivos da reputação*, do *decoro*, ou da *honra* (vide ns. 410 e 411, onde se determina este bem juridico). No primeiro caso, isto é, de offensa a honra de alguém, por juizo do proprio agente, questão que se aprecia, não segundo uma medida objectiva, mas segundo o modo de ver, a intuição do circulo respectivo, é necessario que haja, pelo agente, *communição* da offensa, por qualquer modo, ao offendido. A offensa pôde ser feita por *palavras faladas* ou *escriptas*, *impresas* ou *não*, *lithographadas*, por *caricaturas* ou *allegorias*, ou ainda por *gestos* ou *signaes*, postos em combinação para formação do juizo da imputação (art. 317, letr. b), ou ainda (letr. c) usando o agente de certas palavras (como filho de tal coisa, traste, canalha, etc.), de certos *gestos* (movimentos expressivos da mão e da cabeça ajuntados ordinariamente ás palavras), ou de certos *signaes* (actos ou factos com significação convencional ou usual, como o escarrar acintosamente á passagem de alguém, curpir propositalmente sobre a pessoa, deitar immundicies nas portas, nas janellas ou nas paredes da casa de alguém, etc.), palavras, gestos ou signaes que se prestam unicamente a exprimir a idéa do insulto.

No segundo caso, isto é, de periclitación da honra de alguém, onde serve de criterio, não a intuição dos circulos, para os quaes a manifestação foi principalmente calculada, mas o juizo imparcial do publico, a communicação deve ser feita a terceiros, bastando um só, e em condições de se tornar

conhecido do publico o facto affirmado, isto é, em condições de *publicidade*. Não é, pois, incriminavel a communicacão feita a uma ou mais pessoas, em caracter confidencial, guardadas as conveniencias e cautelas para excluir a divulgacão. O *facto* que póde ser offensivo da reputacão, do decoro ou da honra, é tudo o que se póde affirmar de uma pessoa, na ordem material ou psychica (LISZT). Exclue o que possa acontecer no futuro, porquanto o facto vindouro fallece todas as condições de capacidade para servir á consistencia juridica da injuria. O que de ordinario acontece é que na imputacão de tal facto se comprehende tambem, a de facto presente e, portanto, habil para a constituicão do crime (CAMPOS MAIA).

O facto deve ser proprio a expor o offendido ao *odio publico*, isto é, á aversão mais ou menos pronunciada de um circulo não limitado de pessoas, ou a fazel-o *despreziavel do publico*, isto é, a perder inteiramente a consideracão ainda que sómente entre algumas pessoas. Como já se notou, não é necessario que este effeito se produza de facto.

II) O *sujeito passivo*, que deve ser pessoa certa, podendo ser physica ou juridica. Cabe aqui o que expendemos em o n. 416.

423, O crime se integra quando aos elementos materiaes notados se junta o dolo, na forma geral do art. 24. Tem-se discutido muito se basta o dolo geral, ou se é necessario o dolo especifico, ou em outros termos, se é sufficiente a voluntariedade da manifestacão injuriosa, ligada á consciencia de que ella é illegal e apropriada a offender a honra de outrem (FROLA, PESSINA, IMPALLOMENI, MERLIN, LISZT, OLSHAUSEN e maioria dos escriptores allemães), ou se é ainda necessario o fim de prejudicar a victima, inflingindo-lhe todo o mal resultante do crime (FABREGUETTES, CHASSAN, PINCHERLE, MAJNO, etc.).

São as duas tendencias divergentes que se têm desenvolvido, da primeira accusando claramente a influencia os codigos allemão, austriaco, zurighense. e da segunda o japonez. A lei franceza de 1881, art. 29, reproduzindo o art. 13 da de 1819, nada dispõe sobre o elemento intencional, mas interpretes autorizados fazem-n'a comprehensiva do fim de prejudicar, como necessario para caracterisar o *animus injuriandi*. O codigo italiano não é explicito tambem, e dos seus trabalhos preparatorios, elementos se colhem, bem expressos pela sufficiencia do dolo geral.

Uma terceira tendencia, mas puramente doutrinaria, seguindo a intuicão da escola positiva, é a que foi desenvolvida por FLORIAN, em sua *Teoria psicologica della diffamazione*, segundo a qual: "La figura del vero diffamatore surge quando l'individuo è sospinto all'accusa da moventi strettamente egoistici, da basse passioni di vendetta e di avidità, e-cosi quando il fine propostosi non è l'interesse generale, ma il disonore del colpito puramente e semplicemente, quando infine vi sia antisocialità nei motivi e nel fine che ispirano l'agente".

Apreciando a questão perante o nosso código, desde que na qualificação da injúria, art. 317, cogita apenas de sua objectividade, e desde que a injúria é indubitavelmente um crime doloso, a questão tem de ser resolvida pela regra geral do art. 24.

Ora, como a *intenção criminosa*, em que faz consistir o dolo, está em conhecer e querer todas as circumstancias que constituem o crime (1.º vol. n.º 181), e como o resultado não é circumstancia constitutiva da injúria, segundo sua qualificação legal, o dolo respectivo fica perfeitamente caracterizado com a voluntariedade da manifestação injuriosa, ligada á consciencia de que ella é illegal e apropriada a offender a honra de outrem. Pretender uma intenção que vá além disto, o fim especial de prejudicar material ou moralmente a victima, inflingindo-lhe todo o mal resultante do crime, é ir além da exigencia legal, sem necessidade, e creando antes, ás mais das vezes, tropeços e difficuldades intransponiveis á administração da justiça, sabido como é, especialmente nos delictos da palavra, que por sua propria natureza, uma tal pesquisa, ou é assaz difficultosa, ou mesmo impropicia em innumerados casos.

Já a Junta senatoria e a Comissão de revisão do projecto do código penal italiano, ora vigente, assignalava isso, regeitando a emenda da Comissão da Camara, que propunha se falasse, no art. 393, "*di scopo diffondere la notizia di fatti ingiuriosi*", a que substituiu pela formula prevalentemente objectiva, que ficou no texto definitivo — "*fato tale da esporla* (a pessoa) *al disprezzo o all'odio publico*" adoptada tambem pelo nosso código, em cuja justificação se diz: "*Parve giustamente alla Giunta senatoria ed alla Commissione di revisione che si facesse piu esattamente intendere come il carattere diffamatorio dell' imputazione debba ricercarsi, non gia nell'intenzione, dell'agente, indagine esuberante e pericolosa, ma nella consistenza intrinseca ed obiettiva dell'imputazione.*" Desnecessaria uma tal pesquisa, dissemos, por não ser exigida explicita, nem implicitamente pela lei, tão responsavel se mostrando quem age voluntariamente, sabendo que sua acção é illegal e apropriada para offender a honra de outrem, e, entretanto, não recua e vae adiante, como o que do resultado faz um fim a conseguir.

Como nos demais crimes, ao autor incumbe provar que o réo agiu dolosamente, excepto nos casos em que as expressões incriminadas, segundo a sua significação commum e usual, traduzirem a injúria, operando-se, então, inversão de onus da prova, que passa ao accusado, consoante a regra fixada desde os praticos: *quando verba sunt per se injuriosa animus injuriandi presumitur.*

424. No art. 319, exatamente como fez em relação á calúnia, reportando-se até ao disposto no art. 316, o código distingue a injúria em *qualificada* pelo meio e pela qualidade do offendido, ou só por esta (§§ 1.º e 2.º) e a *SIMPLES*, quando commettida por outros meios que não os mencionados (§ 3.º) estabelecendo as penas correspondentes. Tem applicação aqui o que expendemos em o n.º 419.



425. No art. 320 discrimina ainda o código outras formas executivas da injúria. A fonte do § 1.º foi o art. 16 da lei n. 3.346 de 14 de outubro de 1887, que mandava applicar as penas do art. 237 n. 3 do código criminal, referentes a injúria qualificada pelo meio (impresso, lithographia ou gravura), contra particular ou empregado publico, sem ser em razão de seu officio, attenta á grande analogia existente entre as infracções, á marca de fabrica ou commercio que envolvesse offensa pessoal. Transplantada assim a disposição de lei especial para o código, fica subordinada aos principios deste reguladores da injúria.

Comprehende o § 1.º do art. 320 duas modalidades, a primeira constituindo o genero, e a segunda uma forma especifica, a saber: 1.º) o uso de marca de fabrica ou commercio, isto é, de meio material de assignalar aos compradores a origem dos productos ou a procedencia das mercadorias, que contenha pessoal; 2.º) a exposição á venda de objectos revestidos de marcas offensivas. O uso e a exposição, equivalentes da circulação por mais de 15 pessoas ou da affixação em logar publico, constituem o elemento material do crime, que fica integrado com o *animus injuriandi* (n. 423).

No § 2.º do art. 320 qualifica o código outra forma executiva da injúria. Disposições semelhantes se encontram na lei franceza de 19 de março de 1889, que só permite sejam apregoados nas ruas e logares publicos, jornaes e todos os escriptos ou impressos, para distribuição ou venda, pelos seus titulos, preços, indicação da sua opinião e os nomes dos autores ou redactores, e veda seja apregoado na via publica titulo obsceno ou contendo imputações, diffamações ou expressões injuriosas a uma ou mais pessoas. Como sanção estabelece a multa de 1 a 15 francos, e em caso de reincidencia, 1 a 5 dias de prisão, podendo ser applicado o art. 463 do código penal. Procurou assim a lei cohibir os abusos verificados com a pregão de jornaes, impressos ou escriptos, de modo escandaloso e perturbador da tranquillidade publica. Pelo nosso código, sem a previdencia da lei franceza, visa-se apenas a protecção da honra, cabível sendo sómente á acção privada.

São elementos do crime:

a) apregoar a venda de jornaes, impressos ou manuscriptos de modo offensivo á pessoa certa e determinada;

b) em logar publico;

c) com o fim de escandalo e aleivosia.

Como se vê o modo da offensa não é delimitada, mas podendo ser de qualquer forma, e desde que o sujeito passivo deve ser pessoa certa e determinada, ficam excluidas collectividades quaesquer, como partidos, classes, etc.

O dolo é especifico, pois o agente deve visar o escandalo e aleivosia. O emprego deste termo não é de encominar-se, pois se nos lexicos denota traude, affronta, tem em nossa antiga legislação um sentido firmado, incompativel com a especie delictuosa apreciada, definindo-o a Ord. L. V, t. 37, como "maldade commettida atraçoadamente sob mostrança de amizade, commettendo-se, quando alguma pessoa sob mostrança de amizade mata ou fere, ou faz alguma offensa a seu amigo."

Percebe-se, porém, que o legislador quiz se referir ao pregão feito de modo a ferir os sentimentos de respeito, affrontosamente a certa e determinada pessoa. Mantendo a figura delictuosa no § unico do art. 4.º, no corpo deste artigo qualifica o decr. n. 4.743 outro delicto, o de offensa a nação estrangeira por impressos, cartazes, estampas, etc.

#### DISPOSIÇÕES COMMUNS Á CALUMNIA E Á INJURIA

426. Tanto em caso de calumnia, como de injuria, não é punivel o agente, se, guardadas certas restricções que a lei estabelece, provar a verdade do facto imputado.

A essa causa de isenção de responsabilidade tem-se chamado *exceptio veritatis*.

O codigo trata do assumpto fragmentada e desordenadamente no § unico do art. 315 e no art. 318, sem a devida clareza, além de sancionar pontos de contestada jurisdicidade.

Pela forma e collocação dessas disposições, parece á primeira vista que a *exceptio veritatis* só é admittida em caso de calumnia, na latitude do § unico do art. 315; de outro lado, pelo art. 318, parece que a *exceptio veritatis*, nas condições nelle previstas só tem logar na injuria, isto pela collocação daquelle artigo logo após á qualificação desse crime, conclusão, porém, que tem contra si a circumstancia de não se referir especialmente o art. 318 á injuria, pois diz — facto imputado á pessoa offendida — o que póde fazer comprehender as duas modalidades criminosas. Neste caso a regra do § unico do art. 315 parece soffrer os limites impostos pelo art. 318. Mas, com JOÃO VIEIRA, e levando-nos pelo que é razoavel, entendemos que a disposição do § unico do art. 315 é referente sómente á calumnia e não está restringida pelo art. 318, applicavel unicamente á injuria. E' de notar mais nesta disposição a lacuna de não declarar, como devia, que provada a verdade do facto imputado, ficaria isento de pena o accusado. Acresce mais, nota JOÃO VIEIRA, que a falta de referencia nessa disposição ao § unico do art. 315, leva ao absurdo de não poder o supposto calumniador allegar a *exceptio veritatis*, como a sentença de condemnação do diffamado no facto imputado, quando o direito respectivo de queixa fôr privativo de certas pessoas, ao passo que poderá fazello o que injuriar, art. 318, letr. c. Pelo menos, não é facil a solução da questão de modo contrario, excepto para salvar o absurdo apontado. O decr. n. 4.743, art. 1, § 3, refere-se de um modo geral ao art. 318 do codigo, vedando, porém, a prova do facto nos casos dos arts. 3 e 4.

427. No tocante á admissibilidade da *exceptio veritatis*, tres doutrinas se formáram, com reflexo nas legislações. Segundo uma dessas doutrinas, defluente do direito canonico, que vedava a divulgación de factos deshonrantes, embora verdadeiros, erigindo o perdão das offensas, como regra, donde a maximá — *Veritas convicti non excusat*, não se póde em caso algum entrar na indagação da verdade da imputação de factos offensivos da honra. E' a

doutrina que o despotismo politico suffragou, tendo como inadmissivel uma tal pesquisa na vida publica, por isso que se tinha como contraria ao proprio monarcha. Assim, não ha que indagar da correspondencia da honra real e da honra apparente. A imputação deve ser encarada em si mesma, abstracção feita de seus resultados e da pessoa que se considera victima. E' doutrina hoje repellida por incompativel com as sãs normas juridico-politicas. Segundo outra doutrina, diametralmente opposta, com pequeno numero de adeptos, embora a logica de seus principios, a prova da verdade pôde ser feita em qualquer caso, devendo-se indagar se a honra objectiva, a reputação, corresponde realmente á qualidade e á conducta do individuo. Uma outra doutrina, que se pôde dizer mixta, predominante nas legislações modernas, distingue a vida publica da vida privada: naquella é admissivel a prova da verdade da imputação, pois em um governo livre, é um direito fiscalisar e criticar a marcha dos negocios publicos, não assim, no recesso da vida privada, donde o conhecido aphorismo de ROYER-COLLARD — "*La vie privée doit être murée.*"

Justificando essa doutrina, notava DE SERRE que se o systema da prova é o unico capaz de satisfazer plenamente o homem honesto calumniado, não poderia ser acolhido inteiramente por um povo dotado de susceptibilidade zelosa pelo que toca á honra e á consideração, que ama a liberdade, mas que aborrece o escandalo. Supportariamos a idéa de desvendar nossa vida privada, nossas relações mais intimas, muitas vezes nossas feridas mais dolorosas e mais secretas, á primeira palavra offensiva? Não veriamos ahi um alimento dado á maledicencia, uma arena aberta á licença e á malignidade? Tal é o temor que nos determinou propôr a interdicção da prova."

Neste systema, divergencias se notam, segundo se trata de diffamação ou calumnia ou de injuria, alli se admittindo, em regra, a prova do factio imputado, e aqui, ora vedando-se, ora abrindo-se excepções, como mostram as legislações.

428. Adoptando o systema mixto, o nosso codigo admite a *exceptio veritatis* na calumnia, excepção feita de imputação de factos que por direito só possam ser punidos por provocação de determinadas pessoas, como a violencia carnal, raptio, adulterio, parto supposto, damno e furto, quando as circumstancias de factio não derem a estes o caracter de crime publico (artigos 315 e 407, § 2.º, ns. 1 e 2). Quanto á injuria, afastando-se dos codigos italiano, allemão, austriaco, zurighense, de Neuchatel e da lei franceza de 1831, que não cogitam da *exceptio veritatis* em tal hypothese, o nosso a admite nos termos do art. 318. Justificando a exclusão da prova em caso de injuria, dizia LISBONNE, relator da citada lei franceza: "A questão da admissibilidade da prova não tem interesse senão quando se trata de diffamação, não de injuria ou de ultrage. A injuria não contem, por natureza, a imputação de nenhum factio preciso; nada ha neste caso a provar senão a propria injuria... A diffamação apresenta um terreno preciso para a discussão.

Suppõe a allegação de um *facto* que attenta contra a honra, ou a consideração da pessoa offendida. E' um *facto* verdadeiro ou falso?

Pode-se chegar a uma resposta certa, que se impõe com toda a força da verdade áquelles mesmos que fossem dispostos a sustentar o funcionario publico. Mas tudo isto não pôde ser dito da injuria. Que prova poderia ser feita da realidade de uma injuria? Que poderiam dizer as testemunhas? A injuria, com effeito, conclue sem motivos, e não tem mesmo por excusa da falta de medida, uma allegação precisa." Foi tambem o argumento que adduziu a Commissão do senado italiano ao discutir-se o projecto do codigo penal, onde ficou sómente expressa a *exceptio veritatis* quanto á diffamação.

O nosso anterior codigo, admittindo a prova, sem restricções em caso de calunnia (art. 234), limitava a prova, em se tratando de injuria, ao caso de imputação relativa á faltas funcçionaes de corporação ou agente depositarios de autoridade publica, excluindo-a expressamente desde que o *facto* fosse relativo á vida privada (art. 239).

429. Assim, tratando-se de calunnia, pôde ser admittida a *exceptio veritatis*, quer no summario de culpa, no triduo do interrogatorio, ou no plenario, e desde que não se trate de caso previsto no paragrapho unico do art. 315 e seja devidamente provada, derimida fica a responsabilidade do accusado, pela exclusão de elemento objectivo essencial, a falsidade da imputação. Diversas hypotheses podem occorrer, assim discriminadas e solucionadas por THOMAZ ALVES:

a) sendo imputados factos sobre os quaes já os tribunaes se pronunciaram condemnando, a sentença (passada ou não em julgado), prova a verdade da imputação, e exclue o crime de calunnia.

b) não tendo havido julgamento algum, a prova produzida por qualquer meio admittido em direito, documental ou testemunhal, pôde convencer da verdade, procede a escusa e exclue o crime de calunnia.

c) suppondo-se que *ex-vi* desta escusa se procede depois ao processo e o accusado é absolvido, esta absolvição não contradiz o primeiro julgamento, torna-se apenas uma questão de apreciação moral.

d) supponha-se que o crime não é julgado pela prescripção, razão de mais para não invalidar de modo algum a apreciação anteriormente feita da prova produzida para a escusa do crime, porque a *prescripção*, como a *perempção*, não tira a existencia do crime, não livra o indiciado da imputação, que sobre elle pesa, apenas *perime* o julgamento e seus effeitos.

430. Quanto á injuria, a *exceptio veritatis* só é admissivel, com o effeito derimente da responsabilidade, nos casos expressamente mencionados no art. 318, por isso que, ao contrario da calunnia, é indifferente para sua integração que a imputação seja verdadeira ou falsa. A redacção desse artigo 318 mostra que foi calcada sobre o art. 394 do codigo italiano, que entretanto, se refere á diffamação e não a injuria.

Não se apercebeu, porém, o nosso legislador que não lhe reproduzindo um trecho, veio a sancionar uma coisa repudiada, quiçá mesmo immoral. Dispõe o citado código, no art. 394:

“O accusado do delicto previsto no artigo precedente, não será admittido a provar em sua defesa a verdade ou a notoriedade do facto attribuido. A prova da verdade será, porém, admittida:

1.º, se a pessoa offendida fôr funcionario publico, e o facto, a elle attribuido, se referir ao exercicio de suas funcções, salvo o disposto nos arts. 194 e 198.

2.º, se pelo facto attribuido á pessoa offendida fôr aberto ou iniciado contra ella um procedimento penal.

3.º, se o querellante pedir formalmente que o juizo se estenda tambem á prova da verdade ou da falsidade do facto a elle attribuido.”

Coso se vê o texto comprehende a regra prohibitiva da prova da *verdade* ou *notoriedade* do facto attribuido, e uma excepção, nesta só admittindo a *prova da verdade* nos casos especificados.

Fica assim claramente excluida, com a boa e sã doutrina, a prova da notoriedade. O nosso legislador reproduzindo a formula desse artigo, estabeleceu a regra prohibitiva, comprehensiva da verdade e da notoriedade, mas na excepção, em vez de limital-a á verdade, fel-a extensiva tambem da notoriedade!

Ora, é elemental, e já notava FRANCISCO LUIZ, commentando o código anterior, que nos crimes de calumnia e de injuria não é meio de defesa nomear aquelle de quem se ouviu a imputação, pois com isto não se faz mais do que nomear um co-autor. Nem pôde ser meio de evitar a condemnação o allegar a notoriedade publica; o provar-se que não se fez mais do que repêtir o que se ouviu geralmente. A voz publica que tanto proclama a verdade como a mentira não constitue prova perante os tribunaes.” Expressivamente a chamava PESSINA a meretriz das provas. Pois tudo isto passou despercebido ao legislador, e ainda com o môdelo á frente, foi dar guarida á semelhante *prova*. Mostrando que na admissão da notoriedade, como meio probante, vae até um acto immoral, quiçá mesmo transacção com o crime, diz incisivamente CAMPOS MAIA: “O facto imputado pôde ser inteiramente falso, não obstante andar na bocca de toda a gente e ter, portanto, cahido no dominio do conhecimento publico. Uma falsidade nascida da phantasia de certas imaginações mais ou menos fecundas chega muitas vezes ao ponto de, insidiosamente espalhada, ganhar fóros de notoriedade; e esta, commummente, é que vem a servir de desculpa e defesa ao proprio sujeito que fantasiou o facto imputado, que o introduziu geitosamente na circulação e delle se tem assim aproveitado para arruinar a reputação da victima. Portanto, admittir a prova da *notoriedade* do facto imputado e transigir com o crime na pratica usual das suas perigosas insidias.” A esta situação nos leva o código!

Quanto ao primeiro caso de admissão da *exceptio veritatis*, constante do art. 318, em outros códigos vemos tambem referido mas quanto á diffama-

ção. Em relação ao segundo caso, encontramos no código húngaro disposição analoga, mas sem igual latitude, pois veda a prova no que se referir a actos da vida de familia ou á honra de uma mulher (art. 264).

Finalmente quanto ao terceiro caso, nada o justifica. O que deve ter servido de fundamento á disposição, é a circumstancia do facto imputado já ter tido publicidade em razão do processo que precedeu á sentença condemnatoria e, igualmente em razão dessa sentença. Mas, pondera CAMPOS MAIA, a injuria não consiste absolutamente numa *revelação*, quer dizer, na denuncia de um facto ignorado, que pôde ser até publico, e sim tem como condição essencial a publicidade da imputação. Depois, exprobar a um individuo a condemnação por este soffrida é com segurança uma crueldade para a qual não ha justificação, não ha desculpa que baste. No mesmo sentido FROLA, notando que o diffamado já expiou seu delicto, a sociedade nada mais tem a exigir-lhe, e até que não recaia em culpa, tem o direito ao respeito dos outros.

431. Além da *exceptio veritatis*, que exclue a responsabilidade penal pela deficiencia do elemento objectivo da injuria, outras causas tambem podem ocorrer, com o mesmo effeito, por excluir o elemento subjectivo, chamadas desde os praticos *animus retorquendi, defendendi narrandi, corrigendi, consulendi, jocandi*. Vamos ver se têm todas ingresso em nosso direito. Primeiramente é de notar que não ha contradicção, como suppõe FLORIAN, no conceituar o dolo da injuria como a consciencia do character e aptidão injuriosa da imputação, e admittir seja illidida por qualquer daquelles animos, que são outros tantos fins, e que suppõem aquella consciencia, porquanto real alguma daquellas finalidades, em dado caso, pelo seu predomínio, imprimindo direcção á vontade, neutralisa o character injurioso do acto. GARRARA distingue a *provocação*, a *retorsão* e a *compensação*, aquella como attenuanté, tendo sua razão de ser no impeto de ira e na justa dôr determinada por uma offensa ao agente; a retorsão se o injuriado injuria quem o offendeu, a compensação como causa extinctiva da acção, na reciprocidade em geral de injurias. Para elle a retorsão dirime a responsabilidade do retorquente, por ser um desenvolvimento da legitima defesa. Não se pôde ver, porém, na retorsão esse aspecto, porquanto não passa, no fundo, diz FLORIAN, de uma vingança, de uma troca de contumelias. Caracterisa-se pela repulsa de uma injuria por outra injuria, num movimento irreprimivel de cólera. E', pois, applicação da provocação (vid. 1.º vol., n. 395), de que se distingue como especie, aquella, como antecedente necessario, podendo ser constituida por outros actos, e na retorsão só se constituindo por injuria. A reacção deve ser assim prompta, o que não impede que em certas circumstancias, como de se achar em lugar distante o agente, sem meio de communicação e de accesso, reagindo elle logo que se lhe tornou possivel, a injuria que irrogar, longe de se considerar a *resposta atrasada*, não seja tida em conta de intenção de retorquir (CAMPOS MAIA). Este animo, como os *narrandi, consulendi, jocandi*, não são compatíveis com o acto da calumnia, porquanto assentando

esta essencialmente na falsidade da imputação, ou se prova que esta é verdadeira, e desaparece o crime, ou é falsa e não pôde deixar de ser criminosa. No código italiano, art. 397, se deixa largo arbitrio ao juiz para apreciar o caso de reciprocidade de injurias, considerando-se retorsão quando elle declara isento de pena uma das partes, e precisamente o injuriado que reagiu com injuria, e compensação quando são declaradas isentas de penas ambas as partes.

Perante o nosso código, a retorsão constitue a attenuante do art. 42, § 5.º, mas por haver reciprocidade de injurias, não tem logar a acção penal, diante da formula ampla do art. 322, que não distingue tempo, nem nexó ideologico. E' applicação do antigo conceito juridico: "*Ea lege quam ambe contempserunt, neuter vindicetur; paria enim delicta mutua compensatione dissolvuntur.*" O segundo injuriado não poder querellar, porque fez justiça pelas proprias mãos, e o primeiro porque determinou a reacção daquelle. E' o fundamento da compensação (ALTAVILLA).

432. O *animus defendendi* se verifica quando o agente injuria, mas na *defesa necessaria*, propria ou de outrem.

Ao contrario da retorsão, em que com a injuria se revida injuria, no caso apreciado não se trata de injuria anterior, de resposta ou replica, mas da *necessidade* irremovivel em que se encontra o agente de expôr factos ou fazer imputações injuriosas a pessoa certa e determinada, para se defender ou defender a outrem. Ao contrario ainda do *animus retorquendi*, que não vae além do ambito do interesse privado, o *animus defendendi*, pôde exercitar uma funcção de interesse publico. Attentas essas differenças, entende FLORIAN que se deve ser cauto e restricto no admittir o *animus retorquendi*, em que não vê senão uma troca de contumelias, deve-se ampliar a efficacia derimente do *animus defendendi*, no sentido de *necessidade* de defesa e de protecção, e com GISMONDI, não vê porque limital-o ás controversias judicarias, como faz o código italiano, e o tem decidido a jurisprudencia. Não se pôde, em face desse código, prender o *animus defendendi* á norma geral da legitima defesa, do art. 49, n. 2, por isso que presuppondo um ataque material, com repulsa tambem violenta, entretanto, a honra, como bem salienta IMPALLOMENE, é um bem que não pôde ser defendido com a violencia, como podem sel-o os outros bens da pessoa (vida, integridade corporea, liberdade, pudor).

Dahi a limitação daquelle norma, por se achar o código enfundado ao conceito da violencia pessoal."

O mesmo podemos dizer do nosso código, diante do que dispõe no art. 34, e já o salientamos no 1.º vol., n. 285, diante do que dispõe ainda no art. 323, onde se occupa da defesa judicial, com a immuniidade decorrente. JOÃO VIEIRA opina em sentido contrario, entendendo cabivel a legitima defesa em caso de honra atacada, recorrendo á norma final do art. 32, onde se declara que "a legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados." Esquece-se, porém, de que a efficacia desta disposição, que parece tão ge-

nerica, está dependente dos requisitos do art. 34, que presuppõe inilludivelmente bens susceptíveis de aggressão material, entre os quaes não se comprehende a honra. CAMPOS MAIA entende que a exclusão da injuria pelo *animus defendendi* se verifica, não pelas normas da legitima defesa, mas pela occorrência desse mesmo animo, que elimina o *animus injuriandi*, e isso sem a limitação de se tratar de controversia judicial; que a hypothese do art. 323 do código não é a do *animus defendendi*, nem com esta se parece, porquanto a criminalidade cede a esta causa dirimente quando e tanto quanto ha *necessidade irremediavel* da defesa propria ou de outrem, ao passo que na hypothese daquelle artigo não ha restricção alguma, a injuria, qualquer e como quer que seja, não dá logar á acção criminal; que não se trata ahi de exclusão do delicto pela desintegração do seu elemento moral, mas de uma *immunitate* que protege o autor da offensa precisamente na hypothese de verificar-se o *animus injuriandi*, excluindo a acção criminal, e tanto que póde haver applicação de pena disciplinar; que nenhuma, razão haveria para tratar-se do *animus defendendi* em dispositivo especial, desde que não se fez em relação ao *retorquendi*, ao *narrandi* e ao *corrighendi*, aquelle e estes constitutivos de causas que excluem o *animus injuriandi* e, portanto, o delicto, já todos comprehendidos na doutrina do art. 24 do cod. penal. Que se deveria dar latitude maior as *animus defendendi*, estamos de accordo, mas não que essa causa dirimente deixe de ser a que previu o legislador, e se encontra no art. 323, seguindo, com modificações, o código anterior, art. 241, como por semelhante modo, dispõem os cods. francez, art. 377, belga, art. 452, portuguez, art. 419, italiano, art. 398, etc., consagrando taes dispositivos a *libertas conviciandi* na qual consiste precisamente a immunitate judicial, reconhecida já no direito romano.

Indagando da razão e extensão doutrinal dessa immunitate, diz FLORIAN: "A theoria dominante faz della uma applicação do *animus defendendi*, no sentido que este seja sempre presumido na diffamação, por assim dizer judicial e excluido o *animus injuriandi*; a indagação sobre a intenção é superabundante, melhor, é interdicta. Mais coherente de todos, PESSINA prescinde inteiramente do lado subjectivo e colloca o principio apreciado entre os que produzem "a inexistencia do crime em seu lado objectivo." PUGLIA vê a razão juridica da immunitate na integração dos dois elementos subjectivos e objectivo do facto, e que essa integração conduz á primeira doutrina, rectamente entendida. Effectivamente, quando se affirma, com PESSINA e outros, que a immunitate deriva da inexistencia do crime no seu lado objectivo, implicitamente se affirma a inexistencia do dolo, porque, se houvesse dolo, não se poderia falar do cumprimento de dever, se exclue a prova do contrario."

Temos, pois, na *facultas conviciandi*, dada ás partes ou seus procuradores, no feito judicial, uma applicação do *animus defendendi*, limites não estabelecendo a lei a respeito, pelas difficuldades de *á priori* traçal-os, sem crear empecilhos á defesa, limites, pois, sómente verificaveis em cada caso concreto, até onde o exigir a *utilitas litis*, e ainda no mesmo presupposto, se buscando na sancção disciplinar o meio adequado, quando verificado um



abuso, para salvaguardar especialmente o decoro da justiça. Quanto ao ultimo argumento invocado, a propria disposição do art. 323 está mostrando sufficientemente a sua razão de ser, isto é, a sua peculiaridade ao *animus defendendi*, manifestado em controversia judiciaria, a condições do exercicio da defesa e efeitos. Finalmente o decr. n. 4.743, art. 1, § 2, veio dirimir toda a duvida, declarando inapplicavel. aos crimes em questão, o art. 32 do codigo.

433. Pela connexidade de materia, passemos desde já á analyse do art. 323. Por esta disposição, se verifica que os extremos necessarios para a immunidadc judiciaria são de duas ordens, isto é, de character objectivo, referentes á materialidade do facto, e de character subjectivo, referentes ás pessoas interessadas directamente na especie:

a) *as offensas*, que podem ser injurias ou calumnias, devem ser “*irrogadas em allegações, ou escriptos produzidos em juizo.*”

O codigo anterior, art. 241, dizia “*calumnia ou injurias escriptas em allegações ou cotas de autos publicos*”, restringindo assim a immunidadc aos escriptos, aliás sem razão, porquanto nas mesmas condições estão os discursos, a sustentação oral de recursos ou requerimentos, como previdentemente estatue o codigo italiano, art. 398. O codigo vigente não é claro a respeito, empregando, na primeira parte do art. 323, o termo *allegação* que pôde ser tomado no sentido de discursos ou escriptos feitos ou exhibidos perante os juizes ou tribunaes para sustentação de direitos, e na segunda parte do mesmo artigo, applicando o termo na accepção de razões escriptas. Interpretando o texto, o Supr. Tribunal Federal decidiu que o termo *allegações* pôde se referir á manifestação escripta ou oral (vid. n. 439, I). Pela disposição citada, esses escriptos, discursos ou exposições oraes *devem ser produzidos em juizo*, isto é, *perante a autoridade judiciaria e em acto do feito civil ou criminal*. O decr. n. 4.743, de 1823, art. 8 n 3, permite a publicação íntegral, parcial ou abreviada, quando fiel, em forma de *noticia, chronica* ou *resenha* dos debates escriptos ou oraes perante juizes e tribunaes, e a publicação dos despachos, sentenças ou quaesquer escriptos *que houverem sido impressos mediante ordem, requisição ou comunicação*. dos mesmos juizes e tribunaes.

Decidiu a Côte de Bruxellas, em 21 de junho de 1877, que referindo-se o art. 452 do codigo belga a discursos ou escriptos relativos á *causa*, como tal deve se entender a que está em juizo, e não a que foi definitivamente julgada, embora invocada em audiencia. Assim, não se pôde considerar como relativa á causa a allegação pela qual um indiciado, interpellado em audiencia sobre sua precedente condemnação já passada em julgado, imputa a um terceiro, parte civil na causa, factos capazes de trazer offensa á sua honra, estranhos á causa presente, como de ter provocado de má fé aquella condemnação. Pondera FLORIAN que limitações nesta materia não se podem fixar a priori, a liberdade da discussão requer que a impunidade proceda

paralela com a necessidade da prova que a parte, em apoio do respectivo direito, julgue dever fornecer.

b) a immuniidade é relativa sómente ás *partes* ou seus *procuradores*.

Como *partes* se entendem os litigantes ou agentes principaes da relação litigiosa ou nella interessados directamente, como *autor*, *réo*, *opponente*, *assistente*, *chamado á autoria*, *auxiliar de accusação*. Quanto aos promotores publicos e promotores ou curadores fiscaes, decidiu o Aviso n. 209, de 19 de junho de 1858, citado por THOMAZ ALVES, como solucionando a questão que se incorrerem no art. 241 do cod. criminal (art. 323 do vigente), não podem ser simplesmente equiparados aos advogados, porque são fiscaes das leis no fôro, e fôra delle. Divergem os autores quanto á extensibilidade da immuniidade ao caso de ser offensa dirigida contra terceiros, entendendo uns pela negativa, nos terceiros se comprehendendo juizes, tribunal ou membros do ministerio publico (FROLA, NYPELS e SERVAIS, e entre nós o Aviso de 10 de dezembro de 1838, decidindo que o preceito legal não comprehende o caso de ser o juiz o offendido, por dever ser literal e restricta a intelligencia, tendo, então, logar o procedimento criminal); entendem outros pela affirmativa, por isso que o preceito legal (cods. italiano e brasileiro) não indica as pessoas que podem ser attingidas unicamente, e ainda porque a *libertas convictiandi* é admittida não para garantir a pessoa, mas a defesa (FLORIAN, PUGLIA, MAJNO, LESSONA, CAMPOS MAIA).

E' a solução mais consentanea e juridica. Cumpre, com FLORIAN, distinguir em relação aos magistrados, membros do ministerio publico e funcionarios da justiça, quando a offensa lhes é irrogada em sua presença, e quando em sua ausencia, porque no primeiro caso, verifica-se o crime de desacato, e no segundo é que pôde ter logar a immuniidade.

Os effeitos da immuniidade são os seguintes:

1.º) O primeiro e mais geral é de não ter logar a acção penal, consequencia que deriva, por assim dizer, da natureza mesma da immuniidade, por definição.

2.º) A pena disciplinar de 20\$ a 50\$000, imposta pelo juiz quando tiver de julgar a causa, ao autor da offensa, e mediante requerimento do offendido. No codigo anterior, impunham-se ao autôr, quando advogado ou procurador, suspensão do officio por 8 a 30 dias e multa de 4\$ a 40\$000.

Com essa repressão disciplinar visa-se manter o decoro da justiça.

3.º) Verificado o abuso além da pena disciplinar, determina o art. 323 que o juiz, na mesma decisão, mande riscar as calumnias ou injurias encontradas em allegações de autos. Tal medida, em vez de imperativa ao juiz, devia ser facultativa, como se vê no cod. italiano. "Com effeito, escreve CAMPOS MAIA, a parte ou seu procurador, pôde, em juizo, empregar expressões injuriosas, mas indispensaveis á defesa propria ou dó cliente. Como deixar em certos casos de dizer que a testemunha é useira e veseira no perjuro; que o perito, vênal, se deixou subornar; que a parte adversa praticou uma simulação fraudulenta procedendo indecorosamente? Em taes casos riscar as injurias é riscar a propria defesa. Dahi a conclusão de que no

dispositivo do art. 323 a sua forma material está em conflicto com o seu espirito.

É evidente que o que o legislador pretendeu foi oppôr um contra-peso aos excessos proprios do regimen demasiado livre, proveniente da immuni-  
dade estabelecida, fazendo riscar todas as calumnias e, dentre as injurias en-  
contradas, as que resultarem de linguagem desnecessaria á defesa dos direitos  
em litigio." Entendemos tambem que, embora a expressão material do texto  
legal, assuma o caracter imperativo e indistinctamente, deve ser entendido  
de accordo com o seu espirito ou razão informativa, consoante a distincção  
assignalada, porque só assim se encontra abuso a cohibir pelas medidas esta-  
belecidas. Do contrario, na expressão do mesmo autor, ter-se-ia um desses  
despropositos para os quaes não ha qualificação que baste.

434. Como causa ainda dirimente ou excludente do *animus injuriandi*,  
temos o *animus narrandi*, a intenção de narrar, como da testemunha, da im-  
prensa, desde que se contenha nos strictos limites da simples exposição.

Deve haver o maximo cuidado nessa pesquisa, porquanto não se encon-  
tra quem narra na mesma posição de quem se defende ou corrige, não tendo  
como estes necessidade de falar, e o fazendo, visa commummente fazer rir  
ou obter applausos de outrem (CARRARA).

É tambem excludente do *animus injuriandi* o *animus corrigendi*, deri-  
vado do poder ou autoridade de uma pessoa sobre outra, como do pae sobre  
o filho, do chefe ou director em relação ao subordinado, do patrão quanto ao  
empregado. Salvo prova em contrario, as offensas porventura existentets em  
uma admoestação, deverão ser levadas á conta do estado de colera que a  
propria falta provoca, ou de recurso empregado para estimulo do brio.

Affim deste animo é o *consulendi*; o animo de aconselhar, o que se  
tem attribuido especial importancia, desde os praticos, para excluir o *animus  
injuryandi*. Accentuando-lhe a efficacia, pelo aspecto sobretudo moral, dizia  
CARRARA "é dever que os honestos sejam respeitados; mas é dever egual-  
mente que os deshonestos sejam conhecidos." Para muitos juristas o *animus  
consulendi* não pôde ter a efficacia dirimente pretendida, pelo aspecto con-  
fidencial, quando uma das condições necessarias á representação objectiva  
da injuria, como provocação de juizo, é a publicidade da sua communição  
(FROLA, BUCCELLATI, DALLOZ, CAMPOS MAIA). Isso importaria em reduzir  
sua efficacia, excluindo das relações privadas. Como informação pôde ter  
logar especialmente nas relações commerciaes, o que acontece frequente-  
mente, quer por particulares, quer por agencias de informações, não impor-  
tando seja dado mediante pedido, ou espontaneamente (CARRARA, PUGLIA,  
FLORIAN), nem em forma de circulares, a não ser que se verifique que o  
intuito não foi o de simplesmente aconselhar (PUGLIA). No tocante á critica  
literaria, scientifica, commercial, politica, a efficacia dirimente do *animus  
consulendi* se verifica quando, pelas circumstancias, se demonstrar que o  
intuito foi de apreiar somente o valor de uma obra, de um producto com-  
mercial, as aptidões de um candidato, etc.

O código allemão, art. 193, estabelece que os juizos criticos sobre obras scientificas, artisticas e industriaes são puniveis só quando a injuria deriva da forma da affirmação ou das circumstancias particulares que a acompañham.

Quanto ao *animus jocandi*, ou intenção de gracejar não se pôde ver effi-  
cacia dirimente, pois, como bem nota CAMPOS MAIA, a ninguém é permittido irrogar injurias a outrem sob a desculpa do gracejo. Mesmo o jornal humo-  
ristico não tem o direito de gracejar com quem quer que seja, a não ser em termos que absolutamente não offendam. O humorismo tem seu lugar, não ha duvida alguma, entre as coisas mais ou menos adoraveis desta vida; fa-  
çam-n'o, porém, sem offensa os que o quizerem manejar."

435. Passemos ao art. 321, cuja fonte foi o art. 240 do código ante-  
rior, que foi modificado, eliminando-se a parte referente ás explicações *fora  
de juizo*, e addicionando-se a expressão — *ou não as dêr satisfactorias, a  
juizo do offendido*, supprindo-se assim lacuna da fonte. Justificando a dis-  
posição, diz THOMAZ ALVES: "A justiça da disposição é tão clara que dis-  
pensa longa demonstração. Uma vez dado o *equivoco* na *calumnia* imputada,  
ou como *injuria lançada* contra alguém, é claro não poder se apreciar o  
crime pelo lado *intrinseco* ou *formal*, unico que pôde cahir debaixo das vistas  
do julgador. O direito dado ao juiz de interpretar em tal caso, importa ou-  
torga de poder de avassallar a consciencia humana, e assim ou elle iria contra  
a intenção, ou iria além da intenção, e em todo o caso com offensa de direi-  
tos, quer do offensor, quer do offendido. A explicação prévia do *equivoco*  
dado pelo responsavel da calumnia ou injuria é o unico meio de conhecer  
a intenção do offensor, e verificar si ha ou não calumnia, ou injuria." Cum-  
pre firmar o que seja injuria *equivoca*. A injuria, sensu lato, pôde ser *directa*  
ou *immediata* quando a offensa é irrogada á honra do proprio offendido; é  
*indirecta* ou *mediata* ou *reflexa*, quando dirigida contra uma pessoa, vae ferir  
a outra, como a feita á pessoa do morto, que reflecte no conjuge, ascendente  
ou descendente ou irmãos, a cada um dos quaes cabe o direito de queixa;  
tal ainda a dirigida a uma collectividade não abstracta, mas que tambem não  
é constituida como pessoa juridica, pois, não podendo essa collectividade  
ser sujeito passivo da injuria, por não ser sujeito de direitos, a injuria recae  
reflexamente sobre cada um dos membros que a compõem. Sob essa divisão  
geral, sub-divisões se offerecem, entre as quaes a que nos cumpre encarar  
especialmente. Assim, além da forma *positiva*, a injuria pôde tomar a forma  
*negativa* ou *obliqua*, quando não apresentando a materialidade dos termos  
nada de offensivo, no entretanto, contém implicitamente offensa real á honra  
de outrem, como no caso em que alguém, para affirmar de outra pessoa  
certos vicios, defeitos ou factos offensivos da honra, se limita a negal-os de  
si proprio, dizendo, por exemplo: não tenho mulher adultera, nunca estive  
preso por ladrão, etc. Diz-se propriamente *equivoca* a injuria quando con-  
tínente de phrases que tenham dois sentidos, um innocente e outro injurioso.

E' deste caso que se occupa o art. 321 do codigo, dando direito ao offendido a pedir explicações em juizo.

Nos outros casos, inclusive tambem o do anonymato, isto é, quando ha occultação da identidade do agente ou do objecto da aggressão, ao querellante cabe, na acção respectiva, demonstrar o sentido injurioso da phrase, de que lhe foi dirigida a offensa ou á memoria do seu parente, que representa. O fim do pedido de explicações, não é constituir meio de prova, mas precizar o verdadeiro sentido dos termos em questão. Se o notificado se recusar a dal-as, não as der satisfactorias, a juizo do offendido, ficará sujeito ás penas da calumnia ou injuria, a que o equivoco der logar, applicadas na conformidade do que ficar apurado na acção e regras legaes respectivas. JOÃO VIEIRA censura a disposição do art. 321, na sua ultima parte, porque entende que faz do juizo apaixonado do offendido, o arbitro da sorte do offensor, "quando é doutrina e jurisprudencia constantes que nos crimes de injuria não é ao sentir daquelle que se diz injuriado que se attende, mas ao animo daquelle que commette o facto reputado injurioso." A censura não procede, porquanto sendo titular unico da acção o offendido, precisa ter elementos para exercel-a, e entre taes meios estão as explicações dadas, cuja efficiencia cabe-lhe, nessa phase, apreciar, para ulterior procedimento. Procederia a censura se se tratasse de *retractação*, caso diverso. E' este ponto de controversia entre os autores, quanto á influencia que possa exercer sobre a responsabilidade. Sustentam uns que a retractação não faz desaparecer o delicto, sendo apenas uma circumstancia attenuante (FABREGUETTES, GRELLET-DUMASEAU, aresto da Côrte de Cassação, de 4 de janeiro de 1862); outros que tem effeito derimente (GRATIER, CHASSAN, ROUSSET, STOOS, decisão do Supr. Tribunal de Hespanha, de 29 de novembro de 1875). Adoptando esta solução, VIVEIROS DE CASTRO distingue o caso da retractação espontaneamente feita antes de iniciada qualquer acção do offendido, da feita depois do procedimento deste, considerando a primeira tão sómente como effeito dirimente. O agente dá neste caso 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 levandade, e um procedimento que denota espirito de perversidade e intenção de prejudicar. No segundo caso, porém, quando a retractação é feita depois de iniciado o procedimento do offendido pela apresentação da queixa, não pôde 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." Divergindo do saudoso magistrado, entendemos que integrado o crime de calumnia, a que se referia, isto é, feita conscientemente uma falsa imputação de facto que a lei qualifica crime, um facto posterior, como é a retractação não pôde ter o pretendido effeito dirimente.

ou tornar inexistente aquillo que já cahiu no dominio dos factos. Poderia constituir attenuante, se o caso fosse como tal previsto pela lei, que adoptou o systema da enumeração taxativa, e que não o contempla.

436. Como em o n. 416 occupamo-nos da injuria ou calunnia commettida contra a memoria de um morto, especie visada pelo art. 324 passemos adiante. No art. 325, prevê o codigo o caso da injuria ou calunnia feita mediante paga ou promessa de recompensa, impondo, além das penas respectivas, a multa do decuplo dos valores recebidos ou promettidos. A fonte é o art. 246 do codigo anterior, que limitava esta multa ao duplo desses valores. O legislador procurou tornar mais efficaz a pena imposta á essa categoria abjecta de delinquentes, chamados especialmente, na Capital da Republica, *Seixas*, na injuria verbal, vindo a denominação de um vagabundo conhecido, que foi o introductor do meio de vida do injuriador mercenario, como foi o celebre Romão José de Lima, o que mais explorou e ligou seu nome á profissão igualmente torpe, dos *testas de ferro*, na injuria escripta.

JOÃO VIEIRA censura o codigo, notando que “si no § 10 do art. 39 já considerava o facto aggravante geral, não havia uma razão de peso para convertel-o aqui em aggravante *especial*, aliás de prova difficilima.” Improcede a censura, porque não se trata de aggravante *especial*, mas de *elemento de aggravação* (vid. 1.º vol., n. 298), fazendo do caso o legisaldor uma figura especial, que pela frequencia exigia mais energica repressão. Cabe indagar se ha co-autoria no caso, responsavel tambem sendo como autor quem paga ou promete recompensa. E’ preciso distinguir, com THOMAZ ALVES a offensa impressa da verbal. No primeiro caso, sómente responsavel é o injuriador assalariado, diante do que estatue o codigo no art. 22, e já notamos no n. 173 do 1.º volume.

No segundo caso, não ha razão para eximir da pena o instigador, que, na forma do art. 18, § 2.º, figurará como co-autor. O decr. n. 4.743, art. 7, segunda parte, manteve a figura delictuosa, a que adjectivou forte pena de prisão celllular e de multa, esta fixada segundo a regra geral, entre um minimo e um maximo. Na primeira parte do mesmo artigo, se qualifica o delicto, em forma negativa, isto é, de não fazer ou impedir se faça alguma publicação que importe crime de imprensa punido no mesmo decreto.

637. O decr. n. 4.743, art. 1, veio modificar accentuadamente a penalidade da calunnia e da injuria, já em relação ao *quantum*, já em relação ao modo de applicação. Assim, como já vimos, se para o codigo a penalidade apresentava tres graduações, segundo a calunnia ou injuria era *qualificada pelo meio e pessoa offendida*, ou só pelo *meio*, ou finalmente *simples*, quando não occorresse tal qualificação (arts. 316 e 319), para o decreto citado ha só duas graduações: a *qualificada* quando a offensa fôr contra *corporação que exerça autoridade publica*, ou *contra agente ou depositario desta*, e a *simples*, nos demais casos. No caso de calunnia as penas são, no primeiro caso, de seis mezes a dois annos de prisão celllular e multa de 2:500\$000

a 10:000\$000, e no segundo caso, de prisão celllular por quatro mezes a um anno e multa de 1:000\$ a 10:000\$000. No caso de injuria as penas são respectivamente de prisão celllular por tres a nove mezes e multa de 2:000\$ a 12:000\$, e de prisão celllular por dois a seis mezes e multa de 1:000\$ a 6:000\$000.

Tratando de agente ou depositario da autoridade publica, o decreto não reproduz a clausula inserta no codigo, isto é, de ser a offensa irrogada em *razão do seu officio*. Entendemos que foi mera omissão, como tantos outros defeitos e falta de technica que inquinam o acto legislativo, por isso que a qualificação da offensa só se justifica por visar a função publica, o que aliás mostra o art. 22. Quanto a applicação das penas, o § 1.º do art. 1.º manda que “sejam graduadas conforme a gravidade da offensa, as condições de fortuna do réo e o criterio dos arts. 62, 63 e 66 do Codigo penal.” Relativamente á multa, muito embora declare subsistente o art. 59 e paragrapho unico do codigo penal (art. 31), entretanto, prescrevendo regras do processo a vigorar no Districto Federal e no Territorio do Acre, incongruente mente manda cobral-a por acção executiva, como se fosse titulo civil (art. 25), e na disposição geral do art. 18, paragrapho unico, outorga á importancia respectiva o privilegio especial sobre os bens do condemnado, ainda em caso de fallencia, derogado para esse fim o art. 24, n. 4, da lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908.

Derimindo duvidas reinantes na jurisprudencia, sobre a pena a applicar quando na mesma pessoa se reunirem duas ou mais qualidades determinantes de sancção differente (como autor, editor, dono de typographia, etc.). adopta o principio da prevalencia, isto é, da qualidade que acarretar maior pena (art. 33).

438. Inspirando-se ainda na lei franceza de 29 de julho de 1881, art. 13, modificado pela lei de 29 de setembro de 1919, o nosso decr. n. 4.743, artigo 16 trata do *direito de resposta*, isto é, do direito conferido a toda pessoa natural ou juridica, que fôr attingida em publicação por offensas directas ou referencias de facto inveridico ou erroneo, que possa affectar a sua reputação e boa fama, de inserir gratuitamente no mesmo periodico, que a tiver provocado, a resposta correspondentemente. Para existencia desse direito, é preciso:

- a) que a resposta tenha relação com os factos referidos na publicação;
- b) que não contenha expressões que importem abuso de liberdade de imprensa;
- c) que não affecte direitos de terceiros, de modo a dar a estês igual direito de resposta.

Na disposição citada se determina o processo a seguir para a inserção e sancção para a inobservancia dos preceitos estabelecidos. Elucidando casos diversos, inserimos julgados da justiça franceza. Outorgando esse direito, a lei procurou proporcionar desde logo satisfação ao offendido, a quem fica ainda salvo o direito de querella, ou o direito de que fôr victima (art. 17).

439. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O vocabulo — *allegações* — empregado pelo codigo, exprime, o que é produzido em juizo pelos pleiteantes, 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 ás calumnias e injurias contidas no escripto. Não se pôde attribuir ao legislador a incoherencia de isentar da 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 pôde deixar de gozar da mesma immuidade que assiste aos advogados nas circumstancias do art. 323 do codigo penal (*Accord. de 5 de dezembro de 1900*).

II. A compensação de injurias só pôde ser devidamente apurada no processo, ou em grão de revisão, mas não em um recurso summarissimo como é o de *habeas-corpus* (*Accord. de 10 de dezembro de 1921*).

III. A immuidade judiciaria só foi estabelecida em nome da defesa; portanto, só pode existir emquanto a allegação offensiva é necessaria como argumento para sustentar a controversia ou fazer predominante o direito pleiteado. O legislador deparou em completa collisão dois principios igualmente respeitaveis reclamando rasoavel solução. De um lado, o respeito á vida privada, ás considerações que a honra alheia deve merecer em toda a parte em que o homem se encontre; do outro, a liberdade da defesa, deve ser sempre a mais ampla, principalmente quando levantada em pleito judicial. Dahi o trecho legal, resolvendo o conflicto pelo sacrificio do primeiro em favor do segundo mas, *emquanto necessario que este se possa asseverar*. E' o que está no Codigo. Aliás, seria attribuir ao legislador o condemnavel intento de transformar o pretorio em pelourinho dos mais torpes ultrages contra a honra das partes, dos advogados, dos agentes da justiça e até de terceiros alheios por completo á contenda, sem nenhuma vantagem para esta, nem para a causa publica, sempre interessada na regular liquidação dos pleitos judiciaes. Em nenhuma parte outra interpretação vigora. Á Italia, sujeita a dispositivo identico, é como pensa pelcs seus juizes e escriptores. Ali se tem entendido que se não poderia abrigar á sombra da immuidade judiciaria o defensor que imputasse á parte adversa uma falsidade, não sendo isso necessario á defesa do direito que lhe foi confiado. Tambem se tem julgado que não estaria isento de pena o advogado que se excedesse, exorbitando do assumpto da causa ou cujas palavras não fossem attinentes á necessidade de arrimar o direito ou os interesses do seu constituinte. FROLA, como MAJINO, como PUGLIA, como PINCHERLI, como FLORIAN restringe a immuidade ao objecto da contenda judicial. Fóra delle ou alem delle a responsabilidade impera, submettendo os autores da diffamação ao direito commum (*Acc. do S. T. Fed. de 8 de dez. de 1923*).



IV. As palavras por si mesmo injuriosas presuppõem a intenção de offender; ao querelado é que cumpre provar, nesse caso, que agiu sem dolo ou excepcionar a retorsão ou compensação (*Acc. do Sup. T. de Just. do Amazonas de 10 de nov. de 1925*).

V. Si é verdade não ser necessaria a divulgação do nome da pessoa injuriada, não menos certo é que as referencias reticenciadas devem ser feitas por tal forma a permittir o seu facil reconhecimento ao menos pelas pessoas de suaz relações. O pesar da aggressão ou a confissão do erro não constitue dirimente. A injuria *indirecta* ou reflexa somente pode existir quando attingir a pessoa ligada por parentesco ou vinculo estreito com a outra que se pretende offender (*Acc. do S. Fed. de 8 de jan. de 1928*).

VI. Não basta enunciar o texto da definição legal do crime para ficar perfeita a imputação; é indispensavel que se attribua a pessoa certa a pratica de uma acção individuada dos elementos constitutivos de uma infracção penal (*Acc. do S. T. Fed. de 21 de out. de 1928*).

VII. Insinuações malevolas que attingem a dignidade de um funcionario publico, apreciações deprimentes que molestan a um homem de sociedade não podem ser consideradas simples commentarios, embora severos, de uma occorrença, mas constituem crime de injuria (*Acc. do S. T. Fed. de 8 de abril de 1929*).

VIII. Pronunciados como incursos na sancção dos arts. 317, letras *a, b, c*, combinado com o art. 319, §§ 1 e 3 do Cod. Penal, por haverem, nas razões apresentadas, injuriado o juiz prolator da sentença, interpuzeram recurso invocando principalmente o art. 323 do Cod. Penal, segundo o qual: “não tem logar a acção criminal por offensas irrogadas em allegações ou escriptos produzidos em juizo pelas partes ou seus procuradores” e tambem a falta de publicidade, dès que foram logo juntas aos autos. Ouvindo o Ministro Procurador Geral opinou pela insubsistencia de tal processo em face do art. 407 do cit. Cod. Penal. Isto posto: o decr. 847 de 11 de out. de 1890, no art. 407 n. 2, exceptuou da acção penal por denuncia os crimes de calumnia e injuria para somente permittir a respectiva repressão mediante queixa da parte. O posterior decr. 4.743 de 31 de out. de 1923 dispondo sobre esses mesmos delictos quando commettidos *pela imprensa*, depois de accentuar, no art. 21, o cabimento da acção penal por queixa do offendido ou do seu representante legal, tratando-se de offensa contra particular, todavia admitiu a instauração do processo, por denuncia do Ministerio Publico, dès que a offensa dirigida contra qualquer agente da autoridade publica ou seu depositario em razão das respectivas funcções. Ora, na especie, só occorre esta ultima circumstancia, mas não aquella de se tratar de injuria commettida — *pela imprensa*. Assim sendo, não se justifica, no caso, o procedimento do Ministerio Publico, cuja illegitimidade é manifesta para promover a repressão do questionado crime.

Em consequencia: accordam em dar provimento a ambos os recursos para julgar nullo todo o processado (*Acc. do S. T. Fed. de 29 de abril de 1929*).

IX. Tanto o Codigo de 1890 como o decr. leg. n. 4.743 de 1923 não exigem o que os criminalistas chamam a *indagação do fim*. O dolo nesse acto anti-juridico, se o denominou *especifico* ou *especial* — “consiste nel *sapere* che se viene ad *infamare* un proprio simile; nella *coscienza* di divulgare uno sacritto o una preposizione *infamante*, ancorché si faccia per semplice *leggerezza*; né vi é bisogno della dimostrazione del movente dell’odio nell’accusato; prova difficile a farsi in molti casi e sfuggevole — (CARRARA. Prog. Parte Spec. §§ 1.754 e 1.765). Basta a *voluntas sceleris*; não se faz mister indagar da *causa sceleris*. Nos commentarios do Codigo do Reino da Italia encontramos lições proveitosas, por isso que esse Codigo tambem se pronunciou pela desnecessidade da *gravità del fine*, como elemento caracteristico do *animus injuriandi*: “Il codice nostro non ammette l’indagine del fine FLORIAN — (*La teoria psicologica della diffamazione*, pag. 78). São de abalisados criminalistas estes conceitos: “Nella volontarietà della divulgazione sta l’elemento del dolo, cioè il proponimento di delinquere, il vero *animus injuriandi* del diffamatore” (PESSINA) “L’*animus injuriandi* vié sempre che l’agente sappia che l’imputazione del fatto abbia l’attitudine di nuocere all’ onore, alla reputazione della persona alla quale il fatto é imputato” (Impallomeni, *Diffamazione*, pag. 529). “L’*animus* consiste nella *coscienza* obbjetiva dell’imputazione idonea a diffamare e prescinde dal *fine*” (SEMOLA. *La censura pubblica*, pag. 99). “L’*animus injuriandi* o *diffamandi* é la *coscienza* di dire o fare cosa che apporti oltraggio all’onestá od alla fama od al decoro d’una persona” (CAPELLO — *Studio comparativo sulla diffamazione e l’ingiuria*, pag. 10).

A jurisprudencia firmada em face desse Codigo é copiosa no sentido exposto. E mesmo antes, seguindo exemplos francezes, já era affirmada “la irrelevanza della moventia o della causa a delinquere” e “che l’animo d’inguriare puó consistere con qualunque causa impulsiva, fosse pure al giusto risentimento” (FLORIAN. *Dei reati contra l’onore*. Cap. I, sezz III, § 3.º). Em 28 de agosto de 1891, o Tribunal de Roma escrevia, na causa da *Tribuna*: “E’ incontrovertibilmente ammesso in dottrina e fu ripetutamente affirmato in giurisprudenza che per la forza morale del detto reato (*diffamazione*) non si richiede affatto l’intenzione di abbattere la buona fama altrui, lo scopo di nuocere ad una determinata persona... La legge ha voluto proteggere senza eccezione e senza restrizione la reputazione e la buona fama del cittadino, che, chiunque sia ha diritto del pari all’integritá della persona, a che nessuno per nessuna ragione attenti o faccia sfregio alla sua reputazione. Ciò esige la necessitá di evitare rancori e vendette: ciò esige il rispetto alla personalitá umana”... Segundo o Tribunal de Bari: “Non é necessario poi che si ricerchi per quale impulso, se perverso o generoso o nobile. indifferente l’autore del libello formula le sue accuse”. Para o de Napoles:

“Sia per vendetta, sia per difende se stesso, sia per qualsiasi altro motivo, l'inguria venga proferita, non cessa di essere punibile (Obr. cit. n. 48). Nos paizes em que se exige para a punibilidade da diffamação “l'imputazione malvagia di ciò che si sa non essere vero (ELLERO), a lei subordina a constituição do delicto ao escopo de diffamar, ao proposito mau de expôr o offendido ao odio ou ao desprezo publico, de diminuir-o ou annullal-o na estima ou consideração dos seus semelhantes. Assim, o Cod. Belga diz que a imputação deve ser feita “méchamment” (art. 443) Analogia qualificação contém o Codigo de Nova York e outros. O Codigo toscano empregara o adverbio — dolosamente — que o projecto ZANARDELLI se recusou a incluir no seu texto e assim foi approvedo, para evitar que se lhe attribuisse a exigencia de uma intenção especial ou fim maligno de deshonar (*la gravità del fine egoistico ed antisociale*), quando o seu pensamento era ter como sufficiente, para formação do elemento moral, de taes crimes, a livre determinação da vontade, a consciencia do character injurioso da acção.

E' dever do Estado tutelar o direito á honra tanto a interna, a *dignitas*, como a externa ou objectiva, a *stigmatio*, o bom conceito dos outros sobre nós, o bom nome, a boa fama.

Si ha quem negue a existencia de delicto na offensa áquella, ninguem a contesta no caso do ataque ser feito a esta. “L'onore come stima e reputazione doveva necessariamente assumere una grande importanza ed esercitare una funzione preponderante nella vita individuale e sociale” (FLORIAN. ob. cit.) O decr. leg. n. 4.743 reaffirmou o systema adoptado pelo Cod. quando dispoz no art. 1.º § 2.º, que não terá cabimento nesses crimes o disposto no art. 27 § 6.º e no art. 32 do Cod. Penal”: o primeiro incluye entre as dirimentes ter sido commettido o crime casualmente, no exercicio ou pratica de um acto, licito, feito com attenção ordinaria”; é a intervenção do *casus* na producção do evento danoso; o segundo estatue sobre as *justificativas do estado de necessidade* (§ 1.º) e da *defesa legitima, propria ao de outrem* (§ 2.º). Neste ultimo paragrapho, o Codigo diz que “a legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados”. Vê-se claramente que o legislador de 1932 teve em vista não tolerar defesa que se não coadune com a natureza dos delictos da linguagem segundo a orientação adoptada pelo Direito Penal Brasileiro.

A vontade da lei foi impedir subterfugios, evasivas, em opposição á formal offensa do escripto, contumelioso ou diffamatorio, allegações de meios eliminativos, incompativeis com o nosso systema legal. O proprio *animus defendendi* não é tido como excludente do *animus injuriandi*. O *animus retorquendi* é o unico que encontra agasalho, não em sua essencia, mas sob a forma do meio elisivo da querela — a compensação, quando ha injurias reciprocas.

Não indaga o Tribunal si o Direito Patrio audou com acerto filiando-se á corrente que repelle a theoria dos *animi*. Declara apenas, como dever seu, a que orientação o legislador obdeceu, qual a sua *mens*, quando dispoz sobre o crime de injuria que o Codigo Penal define simplesmente assim:

“Julgar-se-ão injurias: a) a imputação de vícios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expor a pessoa ao odio ou desprezo publico; b) a imputação de factos offensivos da reputação, do decôro e da honra; c) a palavra, o gesto ou signal reputado insultante na opinião publica” (art. 317)... Não importa que o agente houvesse empregado phrases como esta, em alguns dos trechos: “Segundo estamos informados” — “nos meios autorizados affirma-se” — “com as devidas reservas”. Em que reside, no Direito Patrio, o elemento subjectivo da injuria já ficou explicado. Essas phrases não enfraquecem e as vezes até lhe dão realce, em vista das palavras subsequentes, e são não raro empregadas para justificar o *animus narrandi* que, como o *corrigendi* e os outros — convem repetir — não se coadunam com a nossa lei penal... Como pondera o chefe da escola classica do Direito Penal “l’animus di narrare senza fine perverso é la frequente scusa alla quale si appigliano i diffamatori. Ma assai pallida é la efficacia di simele mezzo e poco giova allo accusato di ingiurie lo allegare la propria discolpa che usó la formula “si dice”, o volle soltanto ripetere il già udito da altri; e nemmeno gli giova nominare l’autore della storia che é venuto narrando, e fornire eziandio lucida prova che ciò gli era stato raccontato. Non é criterio essenziale della injuria *la originalità* ho già detto che il *dolo speciale* della injuria consiste nel *sapere* che si viene ad infamare un proprio simile (ob. cit. § 1.765).

No editorial em exame, a começar pelas expressões que o encimam, se manifesta sem reholhos a *voluntas sceleris*: “*la conscienza di divulgare uno scritto o una proposizione infamante*”.

O art. 72 § 9.º da Constituição da Republica indica o caminho a seguir, como cidadão, em face da deshonestidade praticada pelo funcionario publico: denunciar *directamente á autoridade competente o abuso commettido* “I publicisti hanno, come ogni altro cittadino, il diritto de denunciare all’autorità competente i fatti, che redono possibili di pena, non il diritto di diffamare chicchesia (CAVASIONE — *Riv. Pen.* XIX, pag. 553). Si a theoria dos *animi* prevalecesse entre nós, mesmo assim o invocado *animus corrigendi* seria de se repellir *in limine* pela sua impropriedade e pela repugnancia que elle causa aos proprios propugnadores da doutrina sobre esses meios eliminativos do *animus injuriandi*. “Con il diffamare non si fa che procurare il disonore di colui che si vuol corregere. Con ben altri mezzi l’emenda devesi ricercare. E colui che per conseguirla diffama pubblicamente il corrigendo, si manifesta in parte destituito di quei sentimenti di gentilezza e di urbanità, tanto necessari al consorzio civile. Il danno che effettivamente produce con la diffamazione supera di gran lunga l’utile da lui sperato e conseguito. Attribuendo efficacia assoluta discriminatrice all’*animus corrigendi*, si favorirebbe la diffusione di un metodo di correzione che é antisociale ed educa all’offese”. (FLORIAN — *La Teoria Psicologica della diffamazione.* n. 48). (*Acc. do S. Fed. de 17 de jan. de 1930*).

## DISTRICTO FEDERAL

X. O juiz não pôde supprir o erro de qualificação em que incorreu o querellante, dando queixa por injuria em vez de calumnia, desde que ao querellado não foi permittida a prova da imputação; deye absolver o accusado — sentença do Trib. Supremo de Hespanha, em 28 de abril de 1887, VIADA Y VILASECA, *Cod. penal hespanhol* vol. 3, p. 179 (*Accord. do Cons. do Tribunal civil e criminal em 22 de outubro de 1896*).

XI. Injuria em carta particular, fechada, dirigida ao offendido, e só por este lida, é crime em face do art. 319 § 3.º combinado com o § 2.º e com os arts. 317 e 316 do codigo penal (*Accord. do Trib. civil e criminal, em 21 de maio de 1898*).

XII. O delicto de calumnia se constitue quando alguém imputa falsa e dolosamente a outrem um facto que a lei qualifica crime.

São, portanto, elementos constitutivos do delicto: 1.º, a imputação de um facto preciso e determinado; 2.º, que o facto imputado constitua um crime; 3.º, que a imputação seja falsa; 4.º, dolosa, isto é, feita com o animo de prejudicar o offendido no conceito publico.

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 ella possa ser produzida a prova da verdade ou da falsidade. Assim, não constituem calumnias e sim injurias as suspeitas, as allegações vagas, os termos offensivos, as hypotheses, supposições e conjecturas (*Accord. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 7 de março de 1902*).

XIII. Na queixa por crime de calumnia é indispensavel que na respectiva petição se mencionem as palavras que no escripto calumnioso expressam a falsa imputação do facto que a lei qualifica crime (*Accord. da 2.ª Camara da Côte de Appellação, em 3 de julho de 1906*).

XIV. A falsidade da imputação sempre se persume no delicto de calumnia, só cedendo tal presumpção á prova em contrario.

Assim, não é necessario que o querellante prove ser falsa a imputação que lhe é feita, competindo o onus da prova em contrario ao querellado, para o fim de eximir-se da respectiva pena. Pouco importa que o delicto imputado tenha sido consummado no estrangeiro, desde que, attenta a sua natureza, se realisasse aqui, o querellante seria passivel de processo e julgamento (*Accord. da mesma Camara em 3 de dezembro de 1907*).

XV Segundo o nosso codigo penal, só se cogita do *animus defendi* para excluir a acção criminal, quando a offensa é irrogada em allegações ou escriptos produzidos em juizo (*mesmo accordam retro*).

XVI. Na calumnia não se faz mister a prova do *animus diffamandi*, basta o dolo generico (*mesmo accordam retro*).

XVII. Não é elemento do crime de calumnia que o facto imputado seja, além de qualificado criminoso, punível, em especie, ou que não esteja prescripto (*Accord. da 1.ª Camara da Côrte de Appellação, em 19 de agosto de 1909, confirmando sentença do Juiz da 1.ª Vara Criminal*).

XVIII. O *animus narrandi*, segundo a sã doutrina, só pôde ser considerado excludente da calumnia, quando o agente esteja na necessidade de narrar, quando haja *necessitas agendi*; em todo caso, é essencial que a narração seja feita sem o *animus diffamandi* (*mesmo accordam retro*).

XIX. A reproducção do escripto calumnioso é crime, porque não é criterio essencial da diffamação a *originalidade* (*mesmo accordam retro*).

XX. A differença entre a *injuria* e a *calumnia* não offerece actualmente difficuldade alguma de solução, tão perfeitamente delimitados estão na legislação e na jurisprudencia os seus termos e as suas expressões. A injuria funda-se mais precisamente na attribuição vaga de vicios ou defeitos indeterminados; a calumnia — na imputação de *certo e determinado facto*. A primeira designa a imputação *vaga*; a segunda exprime a imputação individual de um crime. Em summa, o que distingue a injuria da calumnia é sempre a falta de precisão na imputação (*Accord. da 1.ª Camara da Côrte de Appellação, em 1 de junho de 1911*).

XXI. Só se dá a isenção da pena no caso da prova da verdade do facto imputado, em vista do art. 315 paragrapho unico do codigo penal; a convicção do agente da calumnia é simplesmente um facto intimo revelador de sua impressão particular, incapaz de revestir os requisitos de prova bastante para demonstrar aos terceiros a veracidade do crime imputado (*Accord. da 2.ª Camara da Côrte de Appellação, em 18 de abril de 1911, confirmando sentença do Juiz da 1.ª Vara Criminal*).

XXII. Para a integração do crime de calumnia a lei exige a imputação de facto delictuoso determinado, com as suas circumstancias de tempo e lugar, feita com tal clareza que sobre ella possa ser produzida a prova da verdade ou falsidade. Expressões, pelo seu enunciado, sem a precisão indicada, são méras injurias, previstas no art. 317 do codigo (*Accord. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, em 26 de abril de 1913*).

XXIII. Si é certo que em carta confidencial dirigida a terceiro não se pôde commetter o crime de injuria, porque, em face do art. 191 do codigo penal e do que ensina a sciencia do direito criminal, em semelhante caso não concorre o *animus injuriandi*, elemento essencial do delicto; entretanto, um

bilhete postal é meio idoneo da divulgação da injúria (*Accord. do Cons. do Tribunal Civil e Criminal, em 13 de outubro de 1808*).

XXIV. Já os juriconsultos romanos tinham firmado na lei 6.<sup>a</sup>, D. de *injuriis et famosis libellis*, o principio de que não era necessaria a designação do nome da pessoa injuriada no artigo incriminado. Basta que a allusão seja tão clara, tão significativa que ninguem se illuda sobre a victima da offensa. Admittir doutrina contraria seria sancionar a impunidade para os delictos da calumnia e da injúria. Muito propositalmente os diffamadores se absteriam de escrever o nome do offendido, mas tão inequivocas seriam as referencias que todos saberiam qual a pessoa designada. De accordo com a doutrina romana, decidiu o Supr. Tribunal Federal, em accordam de 19 de junho de 1895, revisão n. 83: “Quando as imputações são intencionalmente formuladas de um modo geral e vago, diz FABREGUETTES, visando uma pluralidade de pessoas, cada uma dessas pessoas, attingida pela suspeita lançada sobre si, tem direito e qualidade para pedir a reparação do prejuizo que lhe foi causado.

E, si assim não fosse, os interesses mais sagrados e legitimos ficariam sem defesa, pois bastaria ao diffamador, para pôr-se a abrigo da pena, dirigir a diffamação contra muitos ao mesmo tempo, sem designar ninguem, obtendo assim esta facil justificativa de não ter precisamente visado a pessoa que lhe pede contas da aggressão. Portanto, só resta ao juiz um unico ponto a verificar, isto é, si o querellante foi verdadeiramente designado — *Tr. das infracções da palavra, vol. I, n. 1.081 (Accord. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, em 17 de outubro de 1901)*.

XXV. A attribuição de defeito só constitue injúria quando possa expor ao odio ou desprezo publico. Eguamente, não são puniveis como tal as jocosidades de máo gosto quando não contumeliosas, não manifestam o animo de injuriar nem são ultrajantes, ou insultantes (*Accor. da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, em 21 de novembro de 1907, confirmando sentença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

XXVI. Para se dar o crime de injúria não é necessario que seja indicada pelo nome a pessoa injuriada, bastando que possa ser facilmente reconhecida pelos modos de que se serve o criminoso para designal-a, taes como: os *appellidos*, as *profissões* ou *posições* que concorrem em uma pessoa de modo a tornar certo que esta e não outra é a victima da injúria (*mesmo accordam retro*).

XXVII. A dirimente especial do nosso codigo, a compensação das injurias, estabelecida como está, de modo absoluto, opera os seus effeitos sem attenção á egualdade, paridade ou numero das injurias a compensar, de sorte que podem ser desiguaes tanto na especie como na gravidade, compensando-se a injúria impressa com a verbal, embora punida aquella com pena mais grave, nem ha necessidade, para a compensação, de nexo idéologico entré as

injurias reciprocas, e assim pôde mediar entre ellas tempo mais ou menos longo, desde que não esteja prescripta a acção penal daquelle que exceptiona por compensação, e em vez de difficultada, deve ser facilitada a admissão dessa dirimente (*Accord. da mesma Camara, em 31 de agosto de 1908, confirmando sentença do Juiz da 1.ª Vara Criminal*). No mesmo sentido accords. de 11 de setembro de 1908 e de 1.º de dezembro de 1910.

XXVIII. A retorsão, materia de defesa, se pôde operar mesmo em virtude de prova testemunhavel, independendo, como independe, da fórma, da quantidade das injurias e sua paridade. Materia de defesa, provada que fique por qualquer meio de prova, deve ser attendida, dispensada a exigencia da exhibição do autographo, que a jurisprudencia tem entendido necessaria para estabelecer a responsabilidade criminal do autor dos escriptos contumeliosos (*Accord. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, em 26 de maio de 1920*).

XXIX. Não procede a defesa fundada em ser o artigo incriminado transcripto de outro jornal, pois que a originalidade não é criterio essencial da injuria ou calumnia. “Non é criterio essenziale della ingiuria la originalità; il dolo speciale della ingiuria consiste nel sapere che si viene ad informare un proprio simile: nè vi è bisogno della dimostrazione del movente dell’odio nell’accusato (CARRARA, *Prog.*, part. esp., § 1765), pelo que se tem dito que quem nomea o autor da injuria por si proprio repetida, não nomeia um defensor, mas um socio no maleficio — FROLA, *Injurias e diffamações*, 1.º vol., p. 103, trad. de SILVA PORTO (*Accord. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, em 12 de janeiro de 1921, confirmando sentença do Juiz da 1.ª Vara Criminal*).

XXX. A desclassificação da calumnia para injuria não encontra obstaculo na natureza privada do delicto. O querellante teve a iniciativa do procedimento; tomou sobre si a responsabilidade da imputação, e á justiça incumbe estatuir sobre o factio querellado, dando-lhe a qualificação legal cabivel (*mesmo accordam retro*).

XXXI. Este Tribunal tem firmado em varios accordãos (de 22 de maio de 1896, da extincta Camara Criminal, em *Jurisprudencia Criminal*, de VIVEIROS DE CASTRO, p. 99, de 19 de agosto de 1916, de 9 de maio de 1917, respectivamente in *Revista de direito*, vol. 42, p. 590, e vol. 48, p. 601, da actual 3.ª Camara), que o autor responsavel dos escriptos criminosos destinados á imprensa, mencionado na letra a do art. 22 do Codfgo, é o individuo que subscreve o artigo, assumindo desse modo a responsabilidade da publicação, por julgar que, embora o codigo não declarasse o requisito da assignatura, é ella uma condição essencial da responsabilidade, visto decorrer de modo necessario do art. 72 § 12 da Constituição, como affirmam eminentes juristas patrios — JOÃO BARBALHO, nos seus Commentarios á Constituição, ps. 320 e



321, VIVEIROS DE CASTRO, em *Jurisprudencia Criminal*, p. 87, MENDES PIMENTEL, em artigo inserto no vol. 12, p. 5 da *Revista Forense*, de Bello Horizonte, e o professor JOÃO VILHRA, *Cod. Penal*, p. 182. Nem por outra razão, no projecto doCodigo Penal, em discussão no Congresso, se formulou tal exigencia, justificada com o texto constitucional invocado (*Accord. da mesma Camara, em 28 de agosto de 1920*).

XXXII. Não colhe a defesa fundada no direito de censura e critica, desde que foram feitas imputações de factos deshonestos e indecorosos e declinado o nome do querellante, a quem são imputados, pois, segundo jurisprudencia, de que dá noticia FROLA, não se pôde conceder á imprensa a divulgação de noticias que atacam a honra das pessoas, com a desculpa de servir a causa publica (*Das injurias e diffamações*, vol. I, ps. 25 e segs.) (*Accord. da mesma Camara, em 1.º de outubro de 1921, confirmando sentença do Juiz da 1.ª Vara Criminal*).

XXXIII. O facto de não ter sido o artigo trazido a publico com a indicação do nome do seu responsavel não transgride o preceito constitucional da prohibiçãõ do anonymato — art. 72 § 12 da nossa lei basica — o qual não se pôde deixar de considerar como observado, quando a responsabilidade da publicação do artigo, original ou reproduzido, foi assumida por escripto, e authenticada a assignatura, perante a direcção do jornal. O fim do legislador constituinte tendo sido o de tornar effectiva a responsabilidade do difamador, assegurando para esse escopo aos offendidos os meios mais adequados, como se manifesta JOÃO BARBALHO em seus *Commentarios*, ao referido dispositivo, fls. 320 e 321, preenchido ficou com a declaração manuscrita pelo recorrente, e que a exhibição do autographo, meio juridico de apurar a responsabilidade da publicação, tornou patente (*Accord. da mesma Camara, em 26 de outubro de 1921*)

Fundamentando seu voto vencido, declarou o desembargador EDMUNDO REGO: “Votei pelo provimento do recurso e despronuncia do recorrente, não lhe reconhecendo a responsabilidade declarada de autor da publicação injuriosa. Foi essa feita sem designação de responsavel, e assim, em face do preceito constitucional prohibitivo do anonymato, entendia que, como publicação anonyma, só poderia acarretar responsabilidade para o editor ou proprietario do jornal, que a realisou.” No mesmo sentido do accordam o de 1.º do mesmo mez e anno.

XXXIV. O dolo *voluntas mala* — sempre se presume existente na calunnia, conforme o tem entendido a doutrina dos tratadistas, consagrada pela jurisprudencia dos tribunaes, presumpção que pôde, não ha duvida, ser destruida por prova cabal e perfeita (*Accord. da mesma Camara, em 19 de abril de 1922*).

XXXV. Não existindo libello diffamante, quando se mostra que o imputado não teve designio de prejudicar, e denunciou com a persuasão íntima da verdade delles, ou com a consciencia de exercer um direito proprio (FROLA, *Das injurias e diffamações*, liv. I, cap. II), com maioria de razão não pôde constituir diffamação o simples aviso ás autoridades policiaes, da parte de quem se julga victima de um furto, como é o caso, sendo que o Supr. Tribunal Federal, em caso identico, decidiu “não constituirem o crime do art. 315 do Cod. penal as diligencias em boa fé empregadas perante a autoridade publica para averiguação de um facto — *Cod. penal*, de MACEDO SOARES, nota 479 (*Accord. da mesma Camara, em 14 de junho de 1922*).

XXXVI. Identicas como são as funções do director e do editor de um jornal, a ambos competindo a vigilancia e autorização das publicações no jornal, a differença de nomenclatura não é de ordem a conferir ao primeiro uma inviolabilidade contraria ao fim que teve o legislador em vista, e á ordem social, posta assim em perigo pela impunidade dos delictos de imprensa. Nesta conformidade, nada impede que os tribunales, acompanhando a evolução do direito penal, adoptassem a doutrina de GARRAUD, como tem feito nos ultimos tempos a magistratura italiana, equiparando as responsabilidades do redactor-chefe, director e editor dos periodicos.

FROLA, citando varios julgados, entendendo que o director pôde personificar o jornal, e ser considerado como o proprio editor, pela fórma que se apresentar no processo, termina as suas observações a respeito com as seguintes palavras: “conte-se, pois, a liberdade de imprensa como uma preciosa conquista dos tempos livres; mas, como a liberdade degenera em licença, deve encontrar um freio na lei; assim, se a imprensa se transforma em libello, ninguém que tome parte na publicação se esconda sob o manto de director em nome dessa liberdade, que seria tão estranha quão perigosa (*Accord. da mesma Camara, em 27 de setembro de 1922*). A doutrina suffragada pelo accordo, de que foi relator o desembargador MACHADO GUIMARÃES, não contraindo o preceito que veda a applicação analogica da lei penal, pois assenta em interpretação extensiva por força de comprehensão, crystallisa-se hoje em preceito legal, como se vê no art. 10 paragrapho unico do decr. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, que considera o director ou redactor principal, para os effeitos penaes, como autor de todos os escriptos não assignados e tambem dos assignados por quem não esteja nas condições constantes do n. 7 do mesmo art. 10; o gerente como editor e o proprietario do jornal como dono da officina, se na realidade o não fôr.

XXXVII. Opina FROLA pelo reconhecimento da *boa fé* do autor do escripto, quando ella, versando sobre o facto imputado, como no caso em que alguém accusasse outro, julgando-o autor de um delicto commettido em seu prejuizo, a tal fosse levado pela justa *ira*, pela offensa recebida, e pelo desprezo natural contra quem considerava culpado, paralyndo-se deste modo o *dolo*, e distinguindo-se do caso em que se cogita da *boa fé*, em relação ás

qualidades diffamatorias das expressões (*Das injurias e diffamações*, vol. I, p. 46). Este criterio não pôde ser adoptado, de modo geral, para qualquer especie de injuria como excludente do *animus injuriandi*, e tão sómente para a injuria simples ou verbal, certo como é que a injuria escripta ou qualificada contem entre os seus elementos constitutivos a circumstancia — premeditação — sem a qual não é possível corporificar o crime, que exige dilatado lapso de tempo entre o facto, a elaboração do artigo e a sua publicidade, circumstancia esta que obsta ao reconhecimento da justa ira, originando a reacção instinctiva, que deve, por sua propria natureza, ser immediata. A decisão em contrario é, portanto, manifestamente divergente da jurisprudencia pacifica dos tribunaes, e bem assim da propria lei, a qual, como pondera MORIN, *Droit criminel*, citado pelo mencionado FROLA, p. 42, da referida obra, a ninguem é licito ignorar, erigindo, como elle erige, em maxima, o respeito devido aos cidadãos, ninguem podendo julgar-se autorizado a divulgar factos diffamatorios, pelo unico motivo de julgar-os verdadeiros. Repellida por esta fórma a boa fé, como desculpa justificativa, releva ainda salientar que a dirimente, cabivel na especie, do *animus narrandi* não deflue da prova dos autos, porquanto a *necessitas agendi* não occorre no facto em analyse, bastando, como bastava, para a preservação dos interesses do appellado, que a communicação á praça se limitasse á declaração da circumstancia da cessção do mandato do appellante (*Accord. da mesma Camara, em 22 de novembro de 1922*).

XXXVIII. Sendo elemento essencial do crime de calumnia a imputação precisa de um facto certo e determinado, considerado crime pela lei penal, a simples imputação a alguem de um *estellionato* não constitue calumnia, mas uma imputação offensiva da honra e reputação, isto é, injuriosa, de accordo com o conceito legal (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 13 de agosto de 1919*).

XXIX. A prescripção do facto delictuoso imputado nada vale em face do art. 315 do Cod. Penal. Pela circumstancia de estar prescripto, não deixa o facto de estar comprehendido entre os que a lei *qualifica crime*. O acto criminoso não desaparece pelo facto de estar prescripta a acção que lhe corresponde, por isso que a prescripção não tem outro effeito senão o de tolher a acção da Justiça, contra o autor do delicto. Prescripta embora a acção, o crime persiste como um facto consummado, e o art. 315 do Codigo Penal não exige, como elemento de calumnia, que o facto imputado falsamente possa sujeitar o seu autor a acção criminal, mas tão sómente que seja qualificado crime pela lei (*Sent. conf. por accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 10 de dezembro de 1919*).

XL. Quando o querellado, no artigo, incriminado, attribue ao querellante, de um modo preciso e determinado, a imputação de um facto que reveste todos os elementos caracteristicos do crime de calumnia, as expressões injuriosas constantes do referido artigo são simples qualificativos desse mesmo

facto, ligados como accessorios á idéa principal; e, quando em um artigo as phrases empregadas pelo escriptor têm entre si tal connexão e enlace que formam um todo indivizível, ha um só delicto, que o juiz deve qualificar segundo os seus elementos caracteristicos e não dois (VIVEIROS DE CASTRO — *Sentenças e Decisões*) (*Accord. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, de 24 de abril de 1920*).

## ESTADOS FEDERADOS

XL I. As injurias que recaem impessoalmente sobre os membros de uma sociedade não legalmente constituída, não tendo personalidade juridica, se entender cahir sobre cada um dos seus membros e têm todos a faculdade de se julgarem individualmente offendidos e dar em nome proprio a queixa (*Accord. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 20 de maio de 1896*).

XLII. A punição do crime de injuria por carta não contraria o disposto no art. 194 do codigo penal, porque a pessoa injuriada usa da carta para defesa dos seus direitos, e nenhum é mais sagrado que a honra. O art. 319 pune a injuria com pena mais grave quando se dá a publicidade, mas o § 3.º do mesmo art. 319 pune com penas menos graves a injuria que não tem publicidade.

Na generalidade do § 3.º do art. 319, isto é, nas injurias commettidas sem publicidade, está comprehendida a injuria por meio de cartas, porque nestes casos a publicidade não é elemento constitutivo do crime; pois a lei não exclue da generalidade do § 3.º do art. 319 as cartas missivas, nem a injuria só causa mal sendo feita com publicidade. Não é crível que o legislador punisse o crime de injurias verbaes, e os commettidos por meio de publicações, e deixasse impune o crime de injuria provado por meio de carta, só porque della não tiveram conhecimento mais de 15 pessoas, quando não deixa de ser punivel a injuria publicada por menos de 15 pessoas do art. 316, *ex-vi* do art. 319 § 3º.

Agitada esta questão no regimen do codigo criminal de 1830, diante dos arts. 230, 237 e 238, que contem disposição igual á dos arts. 316 e 319 do codigo vigente, teve identica solução — nos julgados que se encontram no *Direito*, vol. I, p. 281; vol. 38, p. 321; vol. 37 p. 2 — *Revista Juridica* de 1868, vol. I, p. 127 — *Gazeta Juridica*, vols. 7 e 11 — decisão do Conselho do Estado, de 19 de março de 1883, que se lê no *Direito*, vol. 39, p. 125, e nos pareceres de notaveis advogados, como Nabuco de Araujo, Teixeira de Freitas e Lafayette, que se encontram na *Gazeta Juridica*, vol. I, p. 329 (*Accord. do mesmo Tribunal, em 24 de julho de 1897*).

XLIII. Para haver imputação ou *allegação* não é necessario que o indiciado seja o proprio autor dellas ou as tenha imaginado; entende-se que existem tambem no facto de *repetir, reeditar* ou *divulgar* boatos e noticias (*Accord. do Superior Tribunal de Justiça do Maranhão, de 8 de julho de 1902*).

XLIV. Diante do nosso direito positivo que materializou os crimes de calúnia e injúria: 1.º, a noção do *animus injuriandi* é a commum do dolo, como concurso de vontade e intelligencia do art. 24 do código penal; 2.º, não se admite a indagação do fim que determinou o agente do delicto, em face da simples enunciação da phrase do código penal — *facto offensivos*; de outra fôrma seria, si as palavras fossem estas — *factos de natureza tal que possam offender*; 3.º, o *animus injuriandi* se presume, principio este geralmente acceito, e que vem dos textos do direito romano — *quando verba sunt per se injuriosa, animus injuriandi presumitur* e — *dolus in est re ipsa*. E' a doutrina da jurisprudencia franceza e taliana (*mesmo accordam retro citado*).

XLV. O art. 322 do código penal abrange a compensação e a retorsão das injurias e em consequencia do mesmo artigo não poderão querellar por injúria os que reciprocamente se injuriarem (*Accord. do Tribunal de Relação de Minas, de 18 de janeiro de 1907*).

XLVI. A autoridade policial que no relatorio de um inquerito irroga injúria ao indicado commette crime de responsabilidade (*Accord. do Trib. de Justiça do Pará, de 17 de abril de 1895*).

XLVII. Tratando-se do crime de injúria por carta, é essencial a prova de que a carta fôra dirigida e escripta pelo querellado.

O reconhecimento por semelhança feito por tabellião, e o dito de uma unica testemunha, que aliás nada affirma sobre a carta questionada e sua entrega, constituem meras presumpções que não dão logar a condemnação (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 22 de abril de 1899*).

XLIII. Se é calúnia a imputação de um facto certo e determinado punido como crime, é simples injúria a affirmação de capacidade para a pratica de tal facto (*Accord. do mesmo Tribunal retro citado, de 10 de novembro de 1904*).

XLIX. Não ha crime de injúria por offensa que advenha a alguem, no depoimento de testemunha prestado em juizo, porque a testemunha que depõe a verdade não procede com dolo nem culpa, não tem o *animus injuriandi* (*Accord. do mesmo Tribunal, de 7 de março de 1907*).

XL. O arrendimento e a retractação não eximem o injuriador do crime commetido (*Accord. do mesmo Tribunal, de 10 de fevereiro de 1908*).

LI. Em accordão anterior, este Tribunal assentou os principios seguintes: 1.º — não dizendo o art. 315 do Cod. Penal em que consiste o dolo da diffamação, toda a questão a respeito tem de ser solvida em face do art. 24, segundo o qual não são passíveis de pena as acções ou omissões contrarias á lei penal que não forem commettidas com intenção criminosa. Esta intenção

outra coisa não é senão a vontade de infringir a lei penal, praticando-se um facto que ella qualifica crime; 2.º) que em thema de calumnia o elemento moral repousa unicamente na vontade de imputar falsamente a outrem facto considerado pela lei criminoso; 3.º) esta imputação deve ser feita com a consciencia de que o facto imputado e de indole tal que offenda a integridade moral, a honra da pessoa alvejada, mas esta consciencia está implicita no character delictuoso e na falsidade do facto imputado; 4.º) para a formação do elemento intencional não é necessario o proposito deliberado de lesar a integridade moral, causar damno ao diffamado. Basta a consciencia de divulgar-se um escripto ou proposição infamante, ainda que isto se faça por simples levandade ou méro desporto; 5.º) o *animus narrandi* não pode ser considerado só por si elemento negativo de responsabilidade, porque a narração é precisamente a forma executiva mais commum da injuria, da calumnia, acobertando-se assim, á sombra do mesmo, os mais graves ataques á honra alheia; 6.º. Sua efficacia juridica circumscreve-se á admissão, com maior amplitude, do beneficio da prova da verdade do convicio; 7.º). Os erros commettidos pelos historiadores, somente escapam á repressão, quando excusaveis, sendo do seu dever proceder com toda a prudencia na investigação da verdade e dizer lealmente os motivos que o podessem levar a adulteral-a para que se possa apreciar-lhes o valor (*Accord. do Sup. T. de Justiça do Rio Grande do Sul de 14 de Junho de 1921*).

LII. Trata-se de saber se é licito ao que é simultaneamente calumniado e injuriado, já em razão do officio, já como pessoa particular, destacar a injuria que lhe é irrogada nesta ultima qualidade e promover só quanto a ella a repressão criminal do offensor. Desde que as injurias e calumnias lançadas no escripto incriminado não se ligam umas ás outras pelo fim e pelas consequencias ou por outra, si não ha entre ellas indivisibilidade (FÚZIER HERMANN — Reper. de D. Fr., vol. 17, pag. 340, ns. 1.008 e 1.010) reconhece a doutrina mais autorizada, e tambem a jurisprudencia dos tribunaes francezes, que assiste ao funcionario offendido o direito de promover a repressão de umas ou de outras a seu talante. E' o que ensina FABRIGUETTES neste passo: "S'il n'y a aucune relation ou indivisibilité entre les imputations au sujet des fonctions ou de la qualité, et celles refferentes á la vie privée, le fonctionnaire a le droit de choisir celle des diffamations qu'il entend poursuirre et de déterminer lui-même par sa citation, la jurisdiction qu'il entend saisir (*Traité des delits politiques et des infractions por na parole*, vol. 2.º, pag. 462). E' tambem a licção de LÉPOITEVIN: "Lorsque le propos ou l'article diffamatoire s'adresse tout á la fois á la personne publique et á la personne privée il y a connexité suffisante pour que la cour d'assises connaisse de la poursuite entière. Mais le plaignant peut, s'il le préfere, restreindre la poursuite aux fait diffamatoires ou injurieux relatifs á sa vie privée et porter son action devant le tribunal de police correctionnelle. (*Traité de la presse*, vol. 3.º, pag. 403, n. 1.335). No mesmo sentido FUZIER HERMANN, op. cit., pag. 340, n. 1.008 e LABORI R. Enc. de D. F., vol. 10, pag. 42, n. 470. No ponto de

vista da legislação patria nada se oppõe a que, em situação identica, exerça o funcionario offendido o mesmo direito. E já por esta forma se pronunciou este Tribunal em caso semelhante ao examinado. *ut* accordam n. 642, decisões de 1905, em um de cujos considerandos assim diz — “que dando o Dr. Esp. queixa sómente pelas injurias acima apontadas e outras que nos ditos artigos se encontram, a elle irrogadas, não em razão do cargo que exerce, e pondo de parte aquellas que no citado jornal de 30 de junho lhe foram dirigidas como delegado de hygiene — “usou de um direito que nenhuma lei nossa lhe veda”. A circumstancia de se encontrarem as injurias e calumnias enfeixadas em um mesmo artigo do jornal, como se vê, não é de molde a gerar a indivisibilidade. Segundo doutrina LE POITVIN, op. cit. “pouco importa que exista entre as diversas imputações diffamatorias ou injuriosas que se leem no artigo incriminado — “une certaine connexeté a raison de leur publication dans un même journal et dans un même but, si, d’ailleurs, elles sont distinctes, independants et ne present aucune caractere d’indivisibilité”. Não tem importancia capital o facto de não ter individuado o querelante na queixa qual a injuria que lhe fôra irrogada na qualidade de particular. Desde que não havia outra injuria dessa natureza e revelou o querelante de maneira explicita o que só queria a repressão della, classificando-a no art. 319, § 2.º do Cod. Penal, é forçoso concluir que não pretende o querelante, como affirmou e consta do termo de audiencia, a punição das offensas que lhe foram dirigidas em razão do cargo. A lição de G. LE POITVIN é decisiva neste particular:

“Peu importe que, parmi les énonciations de la citation, quelques-unes se réfèrent aux actes de la vie publique de la personne diffamée, si de l’ensemble de la citation et plus particulièrement de la nature des faits incriminés et de la disposition de loi invoquée, il resulte que le plaignant n’a entendu agir qu’en tant que personne privée. Op. cit., pag. 404. n. 1.335 (*Acc. do Sup. T. de Just. do Rio Grande do Sul de 8 de maio de 1923*).

LIII. O querelante, segundo o querelado, roubou ou furtou, era um ladrão. Preceitua o art. 315 do Cod. Penal: “Constitue calumnia a falsa imputação feita a alguém de facto que a lei qualifica crime”.

Desse conceito se infere que são elementos essenciaes do crime de calumnia: a) a imputação de um facto preciso e determinado, especificado com suas circumstancias de tempo e lugar, — feita com clareza e de modo que sobre elle possa ser feita a prova da verdade ou da falsidade; b) que o facto imputado seja qualificado crime pela lei penal; c) a falsidade da imputação, porque todos são considerados honestos emquanto não houver prova em contrario; d) que a imputação do facto seja feita a pessoa determinada”. O facto imputado, diz GALDINO SIQUEIRA, deve ser determinado de modo tal que a sua veracidade ou falsidade possa ser objecto de uma prova directa e contraria. Deixam, pois, de satisfazer esse requisito essencial as imputações genericas de qualidades criminosas, sem ligação a facto especifico, como ladrão, falsario, etc. Taes imputações podem constituir injuria, mas não calumnia. O individuo é calumniado não pelo que é, mas pelo que fez — por se lhe imputar uma acção

criminosa. (Dir. Penal Bras., parte especial, n. 418, pag. 652). O roubo é um crime. Quem rouba é ladrão. Mas não basta dizer que alguém roubou para que fique caracterizado o crime de calúnia. A imputação generica, como a fez o querelado ao querelante, não caracteriza esse crime. Mas essa imputação generica, por meio da palavra, diante de varias pessoas, constitue certamente uma injuria. O conceito deste se encontra tambem na imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra de alguem. O ataque á probidade de um commerciante, ataque generico, é injuria e não calúnia. O *animus injuriandi* presume-se. Este principio geralmente acceto vem dos textos do direito romano: *quando verba sunt per se injuriosa, animus injuriandi presumitur*. O querelado, em logar accessivel ao publico e deante de varias pessoas, disse que o querelante era um ladrão, porque lhe havia roubado. Imputou-lhe portanto, um facto offensivo da sua reputação, da sua probidade, da sua honra (Cod. Penal, art. 317, letra b) (*Acc. do T. da Rel. de Minas Geraes de 26 de fev. de 1929*).

#### 440. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

##### FRANCEZA

I. Le seul fait qu'une personne est nommée ou designée dans un article de journal, même au cours de polémiques relatives à des questions litteraires, scientifiques, économiques ou historiques, suffit à donner naissance au droit de réponse (*Cours de cassation, 24 déc. 1912*).

II. Le droit de réponse consacré par l'art. 13 de la loi du 29 juill. 1887 est général et absolu: celui qui l'exerce est seul juge de la forme, de la teneur et de l'utilité de sa réponse, et l'insertion n'en peut être refusée qu'autant qu'elle serait contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'interêt légitime des tiers ou à l'honneur du journaliste lui même (*Cassation, 12 juil 1884, 8 mai 1890, 8 janv. 1892, 3 aout 1894, 18 juill. 1896, 6 aout 1897, 21 mai 1898, 29 juin 1900, 8 juill. 1905, 11 juill. 1919*).

III. L'insertion ne peut être refusée encore que la réponse s'étende sur des détails antérieurs ou concomitants au fait qui y a donné lieu, s'ils rentrent dans les nécessités de la défense de la personne nommée dans le journal (*Pau. 12 mars 1892*).

IV. On ne peut considérer comme portant atteinte à l'interêt légitime d'un tiers des incriminations malveillantes qui ne contiennent ni allégations ni imputations à l'adresse de personnes déterminées (*Cas. 3 aout 1894*).

V. On ne saurait, sans alterer la nature même du droit de réponse, exiger que l'auteur d'une réponse s'abstienne de nommer les tiers ou de les désigner alors que cette désignation peut être commandée par un interêt légitime de défense (*Cas. 17 juin 1895*).



VI. S'il appartient aux tribunaux de limiter l'exercice du droit de réponse dans le cas où les termes de la réponse seraient contraires à la loi ou aux bonnes mœurs, à l'intérêt légitime des tiers ou à l'honneur et à la considération du journaliste, ils doivent néanmoins, dans l'appréciation des termes de la réponse, prendre en considération la nature et la forme de l'attaque, les besoins de la défense et la légitime susceptibilité de la personne désignée (*Cas. 3 juin 1892, 3 août 1894, 6 août 1897, 31 janvier 1902*).

### ITALIANA

VII. La verità dei fatti imputati, che giustifica la buona fede intorno ai medesimi, non esclude la più crudele malvagità nel divulgarli, prendendo di mira una determinata persona.

Ma, quando il materiale della diffamazione, considerato nella sua parte intrinseca o nelle esteriorità, onde ricavare forma o evidenza, rivela chiara nell'autore la scienza e la coscienza d'ingiuriare, contro di lui si determina una presunzione di diritto, che fa ritenere il dolo fino a prova contraria. Non può influire come circostanza discriminante la santità del fine, cui per avventura mirasse il diffamatore (*Corte app. Roma, 23 dic. 1891*).

VIII. La ingiuria si può commettere per lettera diretta alla persona che si vuole ingiuriare, molto più se diretta ad un terzo con incarico di darne comunicazione alla persona vilipesa (*Cass. 16 genn. 1891*).

IX. La competenza per reato d'ingiuria contenute in una lettera si radica nel luogo in cui si trova il destinatario della lettera stessa od ivi abbia conoscenza delle imputazioni ingiuriose, sia che siano dirette a lui o ad altre persone (*Cass. 8 ag. 1890*).

X. La compensazione ha luogo per le ingiurie e non per le diffamazione (*Cass. 4 apr. 1891*).

## TITULO XII

Dos crimes contra a propriedade pública e particular



## TITULO XII

### DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE PUBLICA E PARTICULAR

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

441. Neste titulo se reúnem diversos crimes que se differenciam especificamente dos demais contra os direitos do individuo, pelo facto de affectarem interesses que não são eminentemente pessoas ou ligados ao individuo, podendo, por isso, ser separados e transferidos de um para outro titular, que assim fica na penumbra.

Taes são os *direitos patrimoniales*. O codigo, a exemplo do anterior, destacando taes crimes e reunindo-os em titulo distincto, os denomina crimes contra a *propriedade publica* ou *particular*.

Tomamos a propriedade individual e o direito particular respectivo, em duas accepções, uma ampla, outra restricta. No sentido amplo, abrange tudo aquillo que forma o nosso patrimonio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniario.

Esses direitos são *reaes*, quando affectam a coisa directa e immediatamente, sob todos os respeitos (dominio) ou sob certos respeitos, constituindo, então desmembramentos do dominio (*jus in re aliena*), como a servidão, a hypotheca, o penhor, etc.; *pessoaes*, ou referentes a certas acções e prestações de outras pessoas — obrigações, credits; *autoraes* quando referentes a produções literarias e artisticas.

Em sentido restricto, o direito de propriedade é o que tem sómente por objecto directo e immediato as coisas corporeas. Nesta accepção recebe geralmente o nome de *dominio*, consagrado por monumentos legislativos antiquissimos (Fr. 13, pr. D. adq. rer. dom. (41, I). Assento de 16 de fevereiro de 1786, 2.º quesito *in-fine*).

Reconhecendo expressamente como direito fundamental, e assegurando-lhe protecção, as nossas Constituições politicas, do Imperio, art. 179, § 22, Acto addic. art. 10, § 3, e da Republica, art. 72, § 17, tomam a propriedade na accepção ampla, e, por isso, tanto o codigo criminal anterior, como o vigente punem as violações dos direitos *reaes* e dos direitos *pessoaes*. Por não se acharem devidamente regulamentadas a propriedade literaria, a artistica e a de invenções e descobertas, pela época de sua promulgação, o anterior codigo não lhe outorgou protecção completa, só contendo a laconica disposição do art. 261. O vigente, em outra situação, reportando-se á legislação já existente, dispõe mais detalhadamente a respeito.

442. A legitimidade da protecção penal á propriedade individual só pôde ser negada naturalmente por aquelles que lhe negam o caracter de direito. Sem entrar no desenvolvimento que o assumpto requer, por pertencer á outra disciplina, pondo apenas em relevo os argumentos mais importantes, não ha que questionar sobre aquelle caracter. Pondo de lado o elemento historico, aliás de subido valor, positivando as differentes legislações, desde as mais antigas até as mais modernas, semelhante caracter, a bio-psychologia vem mostrar que, natural, e não meramente artificial, é o fundamento da propriedade. Como manifestação do instincto da propria conservação, surge a tendencia para procurar e obter o que deve satisfazer nossas necessidades organicas ou intellectuaes, que lhe são, assim, juntamente com a idéa e o sentimento, os estímulos efficientes, tendencia que se actualisa por uma série de movimentos mais ou menos complexos. Por meio dessa função bio-psychica, se estabelece uma ligação tão íntima entre a pessoa e a coisa, que esta reflecte os caracteres daquella, tornando-se como que sua projecção. Ora, essa actividade, assim tão natural, e de necessaria actuação, não poderia ter o desenvolvimento regular, se não fosse assegurada devidamente contra os empecilhos de outrem, e dahi as normas estabelecidas pelo poder governamental, traçando os círculos de acção de cada um, determinando como as coisas podem ser adquiridas, conservadas, transferidas ou perdidas, e prestando o apoio material, quando preciso, ás suas injunções, ou o direito objectivo e subjectivo da propriedade. O direito assim reconhecido vem a ser, em ultima analyse, um dos aspectos do direito de liberdade, emquanto se refere á pratica dos actos necessarios para a satisfação de necessidades organicas ou intellectuaes. A offensa da propriedade se resolve, pois, em uma violação da liberdade humana. Em consequencia, negar o direito de propriedade, seria negar o direito de liberdade, o que bastaria para mostrar o absurdo da doutrina negativa.

Não colhe a objecção de que sendo a liberdade commum a todos os homens, commum devia ser tambem a propriedade porquanto como nota PUCLIA, uma coisa é o *direito á propriedade*, outra o *direito de propriedade*, aquelle commum a todos e dir-se-ia identico á liberdade, este pertencente áquelle que desenvolveu sua actividade segundo as normas juridicas. Isto não quer dizer que a actual regulamentação da propriedade seja intangivel, modificações antes requerendo para a boa ordem social, no sentido de dar ao trabalho a recompensa devida, e acolhida a muitas das reclamações das classes operarias, cuja justiça não pôde ser negada, a não ser pelo egoismo capitalista.

E' uma questão de tempo, que tudo prenuncia ser breve, para concretisar aspirações, dar amparo aos que soffrem.

Ao magisterio penal cabe, porém, salvaguardar a ordem existente, suavizando tanto quanto possivel suas arestas, humanizando suas injunções.

443. Como todo direito, o da propriedade, encarado em toda a sua comprehensão, ou em seus elementos destacadamente (*posse, jus in re aliena*)

tem tido sua protecção, civil, por meio das acções de reivindicação, negatoria, publiciana, os interdictos possessorios, etc., e penal, erigidas suas violações, dados certos requisitos, em crimes. Tem-se discutido sobre o criterio a adoptar para a qualificação destes crimes, apontando-se ora a irreparabilidade do damno, ora a perversidade do agente, ora a importancia do direito offendido, isolados ou combinados, e de cuja occurrencia resalta a necessidade da repressão penal, interesse geral sendo que não se renovem, em casos taes, a acção anti-juridica, quer por parte de seu autor, quer de todo aquelle que fosse levado a imital-o, e o meio efficaz, dada a insufficiencia da sancção civil, é a pena. Os crimes contra a propriedade tem de commum, como requisito essencial, a diminuição do patrimonio, e dahi, como consequencias: 1.º) que a coisa, sobre que versa a actividade criminosa, não pertença ao agente, ou seja *res aliena*, excepto, quando *res propria*, e sujeita a limitações juridicas, ou *communis* a varios individuos — cod., arts. 332 e 334; 2.º) que a acção se exerça contra a vontade do dono, *invito domino*, ou possuidor da coisa, ou de quem tenha direito sobre a mesma; 3.º) o dolo, ou consciencia desses elementos.

Se pelo requisito exposto os crimes contra a propriedade, sensu lato, ou patrimonio, se distinguem daquelles que, embora com attinencia do patrimonio, offendem outro direito, ha, entretanto, crimes que offendem a actividade patrimonial e ao mesmo tempo outro direito da personalidade humana, quer como meio (o latrocínio, por exemplo), quer como consequencia, como o homicidio commettido para procurar a impunidade da violação do direito de propriedade. Desses crimes, que em vez de serem puramente patrimoniaes, são mixtos ou complexos, se occupa o codigo no titulo seguinte. Quanto á classificacão dos crimes contra a propriedade, CARRARA, afastando-se do criterio da objectividade juridica ou direito lesado, distribue aquelles crimes, tendo em vista a temibilidade politica, em duas classes, isto é, crimes que procedem da avidez de lucro, e crimes que procedem do sentimento de vingança, na primeira dessas classes collocando o furto, o estellionato, a falsidade privada, a usura, a turbação da posse, a caça abusiva, etc., e na segunda, o crime de damno em suas diversas formas. Mas, como bem pondera GIURATI, tal criterio, além de não ser peculiar aos crimes em questão podendo ser applicado a outros, tem menos relação com aquelles crimes, porquanto, na generalidade dos casos, indifferente é ao prejudicado que o damno lhe provenha de avidez ou de vingança. Se a propriedade assenta no poder exercido sobre as coisas, as offensas a esse direito devem antes ser distinctas segundo as coisas que são objecto do attentado, e teremos assim duas categorias, a saber: crimes que offendem preponderantemente a propriedade mobiliар, que occupam o primeiro lugar, pela sua frequencia e facilidade de commettimento, causando, por isso, mais alarma, e crimes que preponderantemente offendem a propriedade immovel. Dizendo *preponderantemente*, quer-se assinalar o caracter apenas relativo da distincção.

Assim, se o furto é a typica offensa á propriedade mobiliар, nada impede que se effectue sobre immovel, d'elle se destacando porções e subtra-

hindo-as, como o carvão de uma mina, as portas ou janellas de uma casa; de outro lado, o damno que frequentemente é uma offensa a bens immoveis, pôde tambem se verificar em coisas moveis e animaes. O nosso codigo não agrupa methodicamente os crimes contra a propriedade, mas uns depois de outros em capitulos distinctos.

## CAPITULO I

### DO DAMNO

**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 dois mezes a um anno e multa de 5 a 20 % do damno causado.

**Paragrapho unico.** Si o crime fôr 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 % do valor do damno causado ou que poderia causar.

**Art. 327.** Demolir, ou destruir, de qualquer modo, no todo ou em parte, edificio concluido, ou sómente começado, pertencente á Nação, Estado, Município ou a particular:

**Penas** — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 10 a 20 % do damno causado.

**Art. 328.** Destruir, abater, mutilar ou damnificar monumentos, estatuas, ornamentos ou quaesquer objectos destinados á decoração, utilidade ou recreio publico:

**Penas** — de prisão cellular por seis mezes a dois annos e multa de 5 a 20 % do damno causado.

**Art. 329.** Destruir, ou damnificar, coisa alheia, de qualquer valor movel, immovel ou semovente:

**Penas** — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 5 a 20 % do damno causado.

§ 1.º Si a destruição ou damnificação fôr de coisas que sirvam para distinguir ou separar os limites da propriedade immovel, urbana ou rural;

§ 2.º Si para desviar do seu curso agua de uso publico ou particular:

**Penas** — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 5 a 20 % do damno causado.

§ 3.º Si o factio fôr praticado com violencia ou ameaça contra a pessoa, ou por mais de duas pessoas, com armas ou sem ellas:

Penas — as do art. 356.

444. Nem todo damno causado ao patrimonio alheio constitue o crime de damno. Este, como é hodiernamente conceituado, assenta sómente na *lesão material e injusta de coisa alheia, cuja utilidade fica assim extincta ou prejudicada*. Sómente nas mais recentes legislações vae sendo o crime de damno delineado por esse modo.

Os romanos distinguiram o damno causado por homem livre, que era o *damnum injuria datum*, do causado por escravo, a que chamavam *noxa*, e do causado por quadrupede, dando a este o nome de *pauperies*. Quanto ao primeiro, se a formula decemviral falava sómente do resarcimento, mais tarde a *Lex Aquilla* o considerou *delictum privatum*, considerando-se *extra ordinem*, alguns delictos especiaes, como o damno de arvores, ceareas e vinhas, de muros, portas e ruas, porque attentavam contra o interesse publico. O codigo francez, seguido pelos italianos, não assignou collocação devida ao crime de damno, tratado indistinctamente com os de perigo commum e outros na secção III do cap. II, continente dos crimes contra as propriedades. O vigente codigo italiano dá-lhe collocação distincta entre os delictos contra a propriedade (tit. X, cap. VII), ao lado de outros affins. O codigo allemão, segundo nota LISZT, tendo separado o grupo das infracções florestaes e ruraes que reservou para a legislação especial, e abandonado a denominação de “damno patrimonial”, propria a induzir em erro, conseguiu fixar no art. 303. com approximada exactidão, a idéa do damno real; mas com a redacção do art. 304 e o accrescentamento do art. 305, que não pertence á mesma categoria, logo obscureceu consideravelmente a idéa apenas obtida, ao passo que, por outro lado, alguns criminalistas tentaram privar o delicto em questão da sua forma accentuada, alargando-o de modo a convertel-o em “damno patrimonial”. O nosso codigo anterior, inspirando-se no francez, e consoante a classificação que adoptou, de crimes publicos e particulares, collocou entre aquelles a destruição ou damnificação de construcções, monumentos e bens publicos, e entre estes o damno ou destruição de coisa alheia, particular (artigos 178, 266 a 268). Resente-se de vicios e lacunas accentuadas.

A lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, provendo sobre a posse das sesmarias e sobre o modo de extremar o dominio publico do particular, prescreveu penas especiaes para determinados casos de damno, as quaes, porém, não teriam applicação a hereus confinantes. A lei n. 3.311, de 15 de outubro de 1886, inspirada tambem no codigo francez, qualificou, como de damno, certas infracções (arts. 1, 2 e 3). Foram o codigo anterior e esta lei as fontes do vigente, que neste capitulo contempla varias figuras como crimes de damno, e nos arts. 389 e 390, outras como contravenções de damno a coisas publicas. O decr. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, art. 11 veio determinar que se os crimes previstos nos arts. 326 a 327, § 2 do codigo forem



praticados por meio de bombas de dynamite ou outros explosivos eguaes ou semelhantes em seus effeitos aos da dynamite, a pena a applicar é a de prisão cellular por dois a oito annos.

445. No art. 326 qualifica o codigo a suppressão de titulos ou documentos como figura de damno, reproduzindo quasi textualmente o art. 2 da citada lei n. 3.311, de 1886, que por sua vez teve como fonte o art. 439 do codigo francez. Não é pacifica a doutrina que considera tal figura como especie do crime de damno, autores de merito a reputando caso de falsidade por suppressão de titulo, quer porque o fim do agente é occultar a verdade, quer porque o effeito prejudicial do acto consiste não sómente em dar á falsidade a apparencia da verdade, mas em destruir a prova juridica de um direito que se tem a intenção de contestar. E' a concepção adoptada pelo codigo italiano, art. 283, como tambem o era pelo toscano e o nosso anterior. Impugnando-a, e sustentando o ponto de vista do codigo penal francez, nota GARRAUD que a falsidade não consiste sómente em occultar a verdade, fazendo desaparecer a prova de um direito; consiste *essencialmente em crear um documento novo*, fabricando um titulo falso, ou alterando um titulo verdadeiro.

E' em razão deste caracter que a criminalidade objectiva e subjectiva da falsidade é maior do que a criminalidade da destruição do titulo e que uma assimilação destes dois delictos, na mesma repressão, nos parece excessiva. Por um outro lado tem o inconveniente capital de não punir a destruição ou a suppressão do titulo, senão quando a verdade e a validade do documento destruido ou suprimido têm sido préviamente estabelecidas por provas legaes. O conceito francez, que se liga ao facto material da destruição ou da suppressão, e vê ahi uma especie de *damnum injuria datum*, é, pois, mais conforme ao caracter juridico do acto incriminado. O nosso codigo omittiu a *occultação*, que na lei n. 3.311, de 1886 figura como uma das modalidades do damno, e assim os elementos do crime são:

- 1.º) o facto da *destruição* ou *inutilização*;
- 2.º) que este facto ver-se sobre uma das coisas enumeradas no artigo;
- 3.º) que esta coisa, isto é, escripto ou papel sirva para fundamentar ou provar direitos;
- 4.º) que a destruição tenha sido feita com intenção de prejudicar.

Conforme doutrinam CHAUVEAU e HÉLIE, accordes se mostrando BLANCHE e GARRAUD, é necessario que de facto seja consummada a destruição, que pôde ser parcial, como a dilaceração, tendo como effeito aniquillar o titulo tirar-lhe sua força obrigatoria.

A destruição é a consummação do crime, ainda quando o agente não consiga attingir o objectivo desejado, como, por exemplo, rasgar um testamento para evitar que succeda o herdeiro instituido. Em nosso direito, por isso que não faz distincção entre crime e delicto, o crime em questão admitte tentativa.

Tambem por essa razão não se deve fazer distincção, nota JOÃO VIEIRA, entre os papeis enumerados no art. 326, como faz o direito francez. E' necessario que os actos conttenham ou operem obrigação, disposição ou quitação, pois isso querem dizer as palavras do texto — *que sirva para fundamentar, ou provar direitos.*

BLANCHE indaga se ha incriminação se o papel destruido fôr nullo pela irregularidade de sua forma ou por incapacidade da pessoa de quem emanou, e assim não contivesse, nem operasse obrigação, disposição ou extincção de direitos? Fazendo razoavel distincção, resolve que não haverá infracção se o acto fôr tão radicalmente nullo que deva ser considerado como inexistente; se, porém, o acto estiver inquinado de nullidade supprivel, haverá infracção. E' solução, que por juridica, não póde deixar de ser acceita em nosso direito.

No paragrapho unico do art. 326, trata-se do caso de ser commettido o crime auferindo o delinquente proveito para si ou para outrem, elevada a penalidade, ante a gravidade maior. O codigo afastou-se da lei citada quanto á esta penalidade, pois, pela lei, applicavam-se as penas do furto ou roubo, conforme as circumstancias occorrentes.

446. A fonte immediata dos arts. 327 e 328 foi o codigo anterior, art. 178, alterado pelo art. 3 da lei n. 3.311, de 1886. A fonte primitiva foi o codigo francez, arts. 257 e 437. O art. 3.º da citada lei estatue:

“Derrubar, demolir, ou destruir por qualquer modo, no todo ou em parte, edificio ou qualquer construcção concluida ou sómente começada: Penas — de prisão com trabalho por dois a seis annos e multa de 5 a 25 % do damno causado.” Confrontada esta disposição com o art. 327 do codigo, vê-se que supprimidos foram o termo — *derrubar*, considerado synonymo de *demolir*, e a expressão — *ou qualquer construcção*, que se encontram na lei. Não se vê a razão de reduzir-se assim a figura delictuosa á demolição ou destruição de edificio, e não de construcção, em geral, quando no art. 136 se pune a destruição, pelo fogo, de *construcção habitada ou destinada á habitação*. *Edificio* é uma construcção especial, caracterizada pelo uso a que se destina. São elementos do crime:

1.º) o facto da *demolição* ou *destruição* total ou parcial de edificio.

*Demolir* significa — *derrubar, deitar abaixo, desfazer*. A *destruição* dá idéa de uma demolição violenta, ou de demolição com estrago do material, de modo a fazer desaparecer o edificio. Os meios da demolição ou destruição podem ser quaesquer, exceptuados o incendio, a inundação, a explosão, que constituem figuras delictuosas dos arts. 136 e seguintes.

2.º) a coisa demolida ou destruida deve ser *edificio* concluido, ou sómente começado, pertencente á Nação, Estado, Municipio, ou a particular.

3.º) a voluntariedade da acção, que envolve o *conhecimento* de que a coisa demolida ou destruida pertence a outrem, e *intenção* de consummar a demolição ou destruição de modo injusto. Referindo-se ao art. 257, fonte do art. 328 do nosso codigo, nota GARRAUD que o Estado colloca sob sua tutela especial, sob uma especie de custodia publica, os monumentos, estatuas e

outros objectos destinados á *utilidade e decoração publicas*, de sorte que independentemente dos delictos contra a propriedade do Estado, existe na maior parte das legislações uma categoria especial de delictos, que se caracterizam, menos por um damno causado á propriedade do que por uma offensa causada aos interesses geraes da cidade. O nosso código falla tambem em coisas destinadas ao *recreio publico*. Não cogita da origem da collocação das coisas mencionadas, se feita por autoridade publica ou por particular, e sim da destinação. A acção pôde se traduzir pela *destruição, abatimento, mutilação* isto é, corte ou depeação de algum membro ou parte de uma estatua, por exemplo, ou pela *damnificação* ou prejuizo da utilidade da coisa. Como no caso do art. 327, é necessario a intenção criminosa, o máo designio, inapplicavel sendo a disposição quando o facto resultar de imprudencia ou negligencia.

447. A disposição do art. 329 contem uma formula geral, e por isso devia preceder as outras relativas ao damno. A fonte dessa disposição é o art. 266 do código anterior, com a addição da clausula — *movel, immovel ou semovente*, assim tornando explicito o legislador que a figura delictuosa comprehende todas as modalidades das coisas materiaes. São elementos do crime:

1.º) a acção de *destruir*, isto é, tornar inutil, no todo ou em parte, a coisa, para o fim a que se destina, ou de *damnificul-a*, isto é, prejudicar sua utilidade. No primeiro caso é necessario que haja lesão da substancia material, que pôde ir até aniquilar uma coisa individual ou o conjuncto natural ou artificial de coisas consideradas na sua unidade.

Exemplos: desmontar uma machina, desmanchar a composição typographica, deixar fugir o enxame de abelhas, deixar escapar o gaz, inutilisar uma ponte, tirando-lhe as traves. Mas nestes casos, nota LISZT, que os aponta, deve dar-se sempre uma cessação completa ou parcial da connexão que corresponda á offensa da substancia material no damno de uma coisa individual.

2.º) que a acção verse sobre coisas moveis, immoveis ou semoventes pertencentes a outrem, ao menos em parte. Tenha a coisa valor real, ou de estima ou apreciação, qualquer que seja, emfim, pôde ser objecto da acção criminosa.

3.º) o dolo, isto é, a vontade directa em relação ao facto, reunida á sciencia de que a coisa damnificada pertence a outrem, pessoa publica ou privada. E' tão sómente esta que, em sentido technico, se diz *offendido*, e, pois, competente para dar queixa (LISZT, BINDING, GEYER, HALSCHNER, MERKEL, MEYR, OLSHAUSEN).

Em sentido contrario opinam VON BAR, SCHUTZE e outros, que entendem ser competente para dar queixa toda pessoa que foi offendida *imediatamente* pela damnificação da coisa (quer o direito que a esta se refira seja real, quer pessoal). Esta opinião, nota LISZT, vae de encontro á consideração de que, segundo ella, tambem o proprietario pôde ser autor do damno:

448. Nos casos dos §§ 1.º e 2.º do art. 329, ao contrario do que pretende JOÃO VIEIRA, não temos modalidades da *usurpação*, pois para tal seria preciso que, destruindo ou damnificando coisas que sirvam para distinguir ou separar os limites da propriedade immovel, urbana ou rural (§ 1.º), ou para desviar do seu curso agua de uso publico ou particular (§ 2.º), o agente visasse apropriar-se do immovel, ou tirar um proveito indevido, como se vê no codigo italiano, art. 422, que capitula essas especies, e tambem a turbação violenta da posse (art. 423), como modalidades da *usurpação*, definida como crime distincto do *damno*. No nosso codigo, não se encontra expresso esse elemento essencial da apropriação ou indevido proveito, havendo até proposital intuito de eliminá-los, reduzindo assim os casos a especies de *damno*.

Effectivamente, recorrendo ás fontes do § 1.º do art. 329, que são o codigo anterior, art. 267 e lei n. 3.311, de 1886, art. 1, § 1.º, vemos o codigo estatuir: “Se a destruição ou damnificação fôr de coisas que servirem a distinguir e separar os limites dos predios: penas, etc. Se a destruição ou damnificação neste caso fôr feita para *se apropriar o delinquente do terreno alheio*: penas — as mesmas do furto” e a lei repetir, quasi pelas mesmas palavras; ora, o legislador, aproveitando a primeira parte dessas disposições, eliminou a segunda, assim deixando claro o intuito de limitar o estatuido á materia propriamente do *damno*, deixando para a legislação civil o espolio ou turbação da posse, intuito ainda revelado no § 2.º. Quanto ao caso do § 1.º, definida assim a sua comprehensão, vem das mais remotas legislações a protecção a propriedade immovel, com a punição da destruição ou remoção dos seus signaes distinctivos ou demarcatorios, geralmente denominados *marcos*, considerados até sagrados e inviolaveis, deificada a idéa que elles symbolisavam (Jupiter ou Jove Terminal, entre os gregos, Deus Terminal, entre os romanos). Além da protecção outorgada assim á propriedade pelo elemento religioso, vinha ainda a sanção penal reforçal-a. A nossa Ord. L. V, t. 67, pr., punia os que por dolo arrancassem, destruíssem, lavrassem, ou por qualquer modo transportassem os *marcos* com penas de açoites e degredo para a Africa por dois annos, sendo peões, e só com degredo, sendo escudeiros ou dahi para cima. O codigo francez, art. 456, prevê o caso como *damno*, não assim o allemão, art. 274, n. 2, que qualifica como falsificação de documentos. Na idéa geral de marco comprehende-se tudo quanto legalmente é destinado a assignalar os limites de uma propriedade, como uma pedra, um páo, uma cerca viva ou de arvores, ou morta, uma valla, etc. A acção criminosa está na destruição ou damnificação do marco com o intuito de prejudicar.

Consequentemente, se o agente remove a pedra, o ferro, a madeira com o fim de se apoderar desse material, o crime deixará de ser o de *damno* para constituir o de furto.

Relativamente ao caso do § 2.º, são elementos do crime:

- 1.º) o *desvio* de um curso de agua:
- 2.º) que essa agua seja de *uso publico* ou particular ;
- 3.º) o intuito de prejudicar a quem aproveita o uso do curso dessa agua.

449. No § 3.º do art. 329, temos a figura do damno aggravado.

A aggravação pôde occorrer de dois modos: 1.º) pela pratica de violencia ou ameaças contra o proprietario ou possuidor da coisa: 2.º) 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 coisa. A aggravação pôde occorrer no caso do art. 329 ou no de cada um dos §§ 1.º e 2.º, sendo a pena a mesma do roubo, aliás excessiva, mórmente tratando-se de damno leve e no caso do art. 329, hypotese que não tem correlação com o roubo.

#### 450. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

##### DISTRICTO FEDERAL

I. Na formação do crime definido no art. 329 do cod. penal, um dos elementos essenciaes é que o objecto do delicto seja uma coisa — *res*, no sentido de *bem material, corporeo, quæ tangi potest*, coisa que, ao mesmo tempo que represente uma *propriedade*, possa soffrer uma transformação physica, *total ou parcial*; entre as coizas não se comprehende por certo um letreiro pintado numa portada. Nesse crime — o de damno — deve verificar-se o dolo especifico — o *proposito de damnificar, o intuito de prejudicar* — *damnum injuria datum* (*Ac. do Cons. do Tribunal Civil e Criminal, em 21 de julho de 1898*).

##### ESTADOS FEDERADOS

II. O acto considerado como possessorio e praticado por hereu confinante não dá logar a acção criminal (*Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 22 de fevereiro de 1897*).

III. O queixoso precisa provar o seu direito de propriedade sobre a coisa damnificada para provar a sua legitimidade como parte na acção criminal (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 19 de dezembro de 1898*).

IV. Os actos possessorios entre co-possuidores e hereus confinantes só dão logar á acção civil (*Ac. do Supr. Tribunal de Justiça do Maranhão, em 4 de abril de 1903*).

V. Não commette crime de damno quem arromba um fecho para retirar animaes de sua propriedade, pois não ha ahi o *animus nocendi* de ataque á propriedade alheia (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, em 3 de setembro de 1906*).

VI. Não havendo animo de prejudicar, isto é, o intuito deliberado de atacar alguém na sua propriedade e de causar-lhe prejuizo, não se dá o crime de damno (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 10 de fevereiro de 1913*).

VII. Nestes crimes é indispensavel verificar-se o dolo especifico — a vontade de damnificar. O damno que é causado por simples culpa dá logar á acção civil, mas não á penal. (*Ac. do Trib. de Rel. de Minas Geraes, de 26 de maio de 1929*).

## CAPITULO II

### DO FURTO

**Art. 330.** Subtrahir para si, ou para outrem, coisa alheia, movel, contra a vontade do seu dono:

§ 1.º Si o objecto furtado for de valor inferior a 50\$000.

**Penas** — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 5 a 20 % do valor do objecto furtado.

§ 2.º Si de valor inferior a 100\$000.

**Penas** — de prisão cellular por dois a quatro mezes e a mesma multa.

§ 3.º Si de valor inferior a 200\$000:

**Penas** — de prisão cellular por tres a seis mezes e a mesma multa.

§ 4.º Si de valor igual ou excedente a 200\$000:

**Penas** — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e a mesma multa.

**Art. 331.** E' crime de furto, sujeito ás mesmas penas e guardadas as distincções do artigo preceednte:

1.º Apropriar-se alguem da coisa alheia que venha ao seu poder por erro, engano ou caso fortuito;

2.º Apropriar-se de coisa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer titulo, com obrigação de a restituir ou fazer della uso determinado;

3.º Apropriar-se de coisa alheia achada, deixando de a restituir ao dono si a reclamar, ou de manifestal-a, dentro de 15 dias, á autoridade competente;

4.º Apropriar-se, em proveito proprio ou alheio, de animaes de qualquer especie pertencentes a outrem;

§ 1.º Si os animaes forem tirados dos pastos de fazenda de criação ou lavoura:

**Penas** — a mesma multa, accrescida com a sexta parte a pena corporal.

§ 2.º Nas penas do paragrapho precedente incorrerá aquelle que subtrahir productos de estabelecimentos de lavoura, qualquer que seja a sua denominação e genero de cultura; de estabelecimentos de salga ou preparo de carnes, peixe, banhas e couros não estando esses productos recolhidos a depositos, armazens ou celleiros fechados.

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 % do valor do objecto.

Art. 333. Subtrahir processos, folhas, peças de autos ou livros judiciaes, titulos, documentos, testamentos e em geral qualquer instrumento susceptivel de efeitos juridicos:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e multa de 200\$000 a 600\$000.

Paragrapho unico. Si o furto fór de objectos ou papels 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.

Art. 335. A acção criminal de furto não terá logar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes e afins nos mesmos grãos.

#### LEI N. 121, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1892

Art. 3.º O furto de gado vaccum, cavallar e muar será punido com a penalidade do art. 330. § 4.º do codigo penal, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado.

451. O furto é a forma mais elementar e frequente dos delictos patrimoniaes. E' por isso que na linguagem vulgar, com tal denominação se designa toda acção tendente a fazer proprio e illicitamente o que é alheio. A elaboração juridica, com reflexo nas legislações, veio dar uma accepção mais restricta ao termo, por elle se traduzindo o fazer proprio o que é alheio por meio do acto material da *contrectatio*, segundo a technica romana, ou da *subtracção, tirada, apossamento*, etc. da coisa, segundo a dicção varia dos codigos vigentes, por isso que o fazer proprio o alheio é nota *commum* dos delictos patrimoniaes. Mesmo nessa accepção juridica, duas variantes se notam nas legislações, pois se em umas a *contrectatio*, com violencia á pessoa ou coisa, não muda o titulo de delicto, tornando-o apenas qualificado, em outras, como a nossa, a figura delictuosa passa constituir outra especie, isto é, o *roubo*.

Por ser mesmo a figura mais elementar dos delictos patrimoniaes, é que vemos o furto incriminado desde as mais antigas legislações, firmada que foi

a propriedade individual (DESJARDINS, THONNISSEN). No direito romano encontramos, além de prescripções tomadas ás anteriores legislações, outras derivadas da doutrina elaborada pelos jurisconsultos, em attinencia com a noção civil dos direitos reaes, tornando-se assim o fundamento *commum* das legislações modernas.

452. Nas leis decemviraes encontramos a mais antiga concepção dos romanos sobre o furto. Distingua-se o *furtum manifestum* do *nec manifestum*, o primeiro quando o delinquente era encontrado no acto de furtar, ou quando descoberto e perseguido com clamores, sendo a pena a *servitus* para o homem livre e a *praecipitatio e saxo* para o escravo; o segundo quando não se verificavam as condições da flagrancia, sendo a pena a do duplo (CAIUS, III §§ 184, 189, 190). Justificando esta distincção, e penalidade diversa diz CUJACIUS que o ladrão mostra maior audacia e perversidade no furto manifesto, porque revela não temer os outros, e que aquelle a quem se fez um furto manifesto, mostra mais vigilancia nas suas coisas, e por isso as leis querem compensar esta vigilancia com maior lucro. Com o mesmo criterio de prova, faziam-se outras distincções. Assim, tem-se o *furtum conceptum* quando se achava em poder de alguém a coisa furtada, buscando-se com determinadas solemnidades, e o *furtum oblatum* quando o objecto furtado se encontrava em casa ou propriedade de pessoa, que de tal furto não sabia, o que acontecia, quando o ladrão, para melhor escapar, lançava em local pertencente a outro aquelle objecto. Punia-se o furto nestes dois casos com o triplo. O Edicto do Pretor accrescentou o *furtum prohibitum*, que se verificava quando aquelle que era suspeitado de furto, se oppunha á busca da coisa furtada na propria casa, pagando o quadruplo. O mesmo Edicto supprimiu a pena capital do *furtum manifestum*, estabelecendo a pecuniaria do quadruplo. Essas distincções cahiram em desuso, punindo-se o furto como *delictum privatum*, com pena pecuniaria, podendo o prejudicado intentar a *condictio furtiva*. A este tempo, pela acção dos jurisconsultos, em harmonia com as normas do direito civil sobre a propriedade e sobre a posse, elaborou-se a doutrina do furto, determinando-se o seu objecto e outros elementos, excluindo-se assim do seu conteúdo os immoveis e outros factos, que passaram pouco a pouco a constituir o delicto de fraude.

Do jurisconsulto PAULO temos as conhecidas definições do furto, assim discriminado do *stellionatus* e outros delictos: nas *Receptæ sententiæ* define-o assim — *fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*; no *commentario ao Edicto*, diz: *furtum est contrectatio fraudulosa, lucri facienti causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod jure naturali prohibitum est admittere*. Ao tempo dos imperadores, nota-se uma dupla transformação no assumpto: penas mais severas são editadas para os casos de occorrença de circumstancias aggravantes, como no *peculato*, no *plagium*, no *sacrilegium*, na *violatio sepulchri*, no *abigeatus*, apparecendo as noções dos *expilatores*, dos *balnearii*, dos *effractores*; distinguiu-se do furto a *rapina*, ou o apossa-



mento violento das coisas, e, assim, uma coisa era o *rapere vi et palam* e outra o *contrectare clam et occulti*, punindo-se com rigor os *latrones* e os *grassatores*, já com a força, já com a *condemnatio ad bestias*.

453. Entre os germanos distinguia-se o furto, como tirada clandestina de uma coisa alheia, do roubo, como tirada publica da coisa, e do desvio, como conservação furtiva de coisas achadas ou que de outro modo chegaram ás mãos do agente. As penas editadas contra o furto eram rigorosas, distinguindo-se uma capitular de 779, que mandava enforcar o ladrão no terceiro furto. Numerosos eram as distincções dos casos de furto e as gradações na punição, sendo dominante em toda a idade media a divisão baseada no valor da coisa furtada, segundo a qual o pequeno furto devia ser punido com penas na *pelle* e no *cabello*, e o grande com penas no *pescoço* e na *mão*.

Os juristas italianos seguiram o direito romano, no tocante especialmente á doutrina geral sobre a essencia do furto, relacionando-o com a praxe dominada pelo direito germanico (lombardo).

A especialidade do aggravamento derivado da reincidencia foi objecto de acurado estudo, estabelecendo que para se ter o terceiro furto, a que se applicava a pena de morte, deveriam ser distinctos os tres furtos *non solum re sed etiam tempore* e que as penas dos primeiros deviam ser cumpridas. Applicava-se tambem a pena de morte ao primeiro e ao segundo furto quando acompanhado de incendio ou committido em logar privilegiado, ou de coisas sagradas ou pertencentes ao Estado. Ainda com pena ultima foi punida a *robbaria*, isto é, o *crimen dos latrones, qui in itineribus aut domibus, vel cum armis homines per vim spoliant et derobant*.

O mesmo rigor de penalidade se vê na Ord. Philip., liv. V, tit. 60. O movimento philosophico do seculo XVIII, trazendo nova orientação ao direito penal, influiu sensivelmente na repressão do crime em questão, que se tornou mais humana.

O codigo francez, de 1810, inspirado na definição romana de Paulo, fazendo do furto a *subtracção fraudulenta da coisa de outrem*, distingue-o em simples, punivel com prisão correccional, e qualificado, quando committido com violencia ou outras circumstancias, com reclusão ou com trabalhos forçados, e sómente ao furto acompanhado de homicidio pune com a pena de morte (arts. 379 a 401). Não leva em consideração o valor da coisa para graduar a pena. Seguem, em geral, a orientação do codigo francez, os codigos sardo, belga, hespanhol, portuguez. Seguindo outra diretriz, caracterizando mais claramente o furto, cujo elemento material se assentou na *tirada*, isto é, na interrupção da custodia alheia e no começo da propria, não fazendo do lucro elemento necessario, como tambem não o faziam os codigos bavaro e prussiano, e discriminando o furto do roubo, o codigo allemão define aquelle como a *tirada de coisa alheia movel na intenção de apropriação illegal* (art. 242).

A esta orientação, como vinha expressa no código bavaro, e em geral, se prendeu o nosso anterior código, delle se desviando em não levar em conta o valor da coisa furtada para graduar a pena.

Destacava-se, como notam PESSINA e FERRÃO, em evitar a casuística da discriminação de especies, contendo antes disposições limitadas e vasadas em forma simples e clara (arts. 257 a 262). O código vigente afastou-se dessa orientação, quanto á caracterisação do crime e sua repressão, formando duas categorias, uma como regra, o furto por *subtracção* (art. 330), acostando-se ao código francez, outra, limitada a determinados casos, o furto por *apropriação* (art. 331), fazendo assim uma especie de deus Janus, com duas faces differentes, embora uma seja a figura criminosa. Afastou-se do código anterior, quanto á graduação da pena, por tornal-a dependente do valor da coisa. Como vamos ver, não se houve ainda o legislador com orientação segura e conforme a melhor politica criminal.

454. No art. 330, occupa-se o código do furto por *subtracção*, que das duas categorias em que distribue a figura delictuosa (n. 453), é a que constitue a regra. Segundo aquella disposição, são elementos do crime:

- a) a subtracção;
- b) coisa alheia movel;
- c) não consentimento do seu dono.

I. Accentuada divergencia tem reinado na doutrina, com reflexo nas legislações e na jurisprudencia, no caracterisar o elemento material de furto, já no termo adoptado para nomear o acto ou serie de actos necessarios para a integração da figura delictuosa, já na latitude desses actos. O direito romano, como mostra a definição de PAULO, empregava o termo *concrectatio*, e nos códigos modernos vemos os termos *subtrahir* (cods. francez, art. 379, hungaro, art. 333, zuriguense, art. 162, genebrense, art. 316, belga, art. 461, portuguez, art. 421, o nosso vigente), *tirar* (cods. allemão, art. 242, austriaco, art. 171, o nosso, de 1830), *tomar* (cods. hespanhol, art. 530, n. 1, hollandez, art. 343), *apossar* (cods. italiano, art. 402, ticiense, art. 359, § 1.º), etc.

No tocante á integração da figura, ou consummação do furto, BERNER distribue as dôtrinas relativas em tres grupos fundamentaes, a saber: 1.º) a que sustenta que o furto se consumma quando o agente toca ou lança mão da coisa para della se assenhorear; 2.º) a que sustenta que é necessario que a coisa seja transportada para onde o agente pretendia (*eo loco quo destina-verit*) ou mesmo posta em seguro; 3.º) a intermedia, com variantes que sustenta que a consummação se opera quando a tirada da coisa se realisa, isto é, quando passa do poder ou custodia do possuidor para a do delinquente.

A primeira é a doutrina romana da *concrectatio*, ou da mera *amotio*, de que se approxima ou se inspira a de CARRARA, que faz consummado o furto, por ser a violação da posse, “tosto ché il ladro, portata la mano sull’oggetto che voleva rubare, lo rimosse a tal fine dal luogo dove il proprietario lo aveva

collocato.” E’ a doutrina consagrada pelo código ticiense quando estatue que o “furto é consummado logo que o culpado tirou a coisa do logar em que se achava (art. 350). A segunda é a doutrina da *illatio*, imperante entre os antigos praticos, e que adoptada em toda a sua plenitude importaria em tornar tentados apenas a quasi totalidade dos furtos, confundindo, além disso, o fim remoto com a objectividade juridica do crime. A terceira, é a doutrina que os allemães chamam doutrina da *apprehensão*, e os italianos a do apossamento, inspiradora dos códigos respectivos.

Segundo esta doutrina, e como é concebida pelos allemães, ha furto quando ha *tirada* consummada, e por *tirada* entende-se a *actividade pela qual se effectúa a passagem da coisa, da custodia de outrem para a propria* (ou para a de um terceiro), por *custodia* se entendendo a *faculdade de dispor*, ou um *dominio de facto*. Assim, não basta o simples facto da *contractatio* ou qualquer *loco movere*, mas é necessario que a coisa saia da custodia do possuidor e que se tenha estabelecido a do delinquente; e de outro lado, não é necessario que esteja posta em seguro, ou levada do logar onde se deu a tirada. Basta a effectiva apprehensão, ainda que a coisa fique no mesmo logar.

Aquelle que em uma loja mette na algibeira dolosamente objectos que não comprou, ou o criado que, na intenção de furta, occulta objectos pertencentes ao amo no interior da propria casa, de sorte que só o agente esteja em situação de dispor delles, têm sem duvida consummado o furto.

E’ nesse sentido que os criminalistas allemães têm entendido o seu código, quando, no art. 242, faz consistir o furto na *tirada* de coisa alheia movei na intenção de apropriação illegal (BERNER, LISZT, MERKEL, OLSHAUSEN, etc.). Com differença, a doutrina foi adoptada pelo código italiano, como mostram os antecedentes legislativos, predominando a orientação dada por PESSINA.

Em sua *Relazione*, tomou isso explicito o ministro ZANARDELLI, autor do projecto, declarando não acolher a doutrina da mera *amotio*, muito formalistica, nem a da *ablatio*, muito exigente, ambas representando duas oppostas exaggerações da justa noção do furto. Como conciliação dessas doutrinas, em conceito intermedio, adoptava a formula do “*impossessarsi della cosa col toglierla dal luogo dove si trovava*”, que foi afinal inserta no art. 402, uma dessas expressões temperando e explicando a outra, de modo que não se devia exigir, para a consummação do furto, que a coisa passasse absolutamente para uma esphera diversa de actividade patrimonial, nem tampouco que bastasse uma simples remoção, mas considerar-se subtrahida a coisa quando fosse removida do *logar* em que se achava, desde que de qualquer modo fosse transferida para o poder de outrem. De accordo com as observações de PESSINA, declarou ter substituído o termo *posto* pelo de *logar*, de modo a significar que não bastaria uma simples apprehensão, como pudesse denotar o emprego sómente da palavra — *impossessarsi*. Adoptava-se assim a doutrina menos rigorosa, e como accentuava PESSINA, que achava écho na consciencia popular, porque onde aconteça, por exemplo, que um ladrão seja apanhado com a *res furtiva* na casa em que introduzira-se para furta, sendo preso quando

procurava sahida para pôr-se a salvo, dirá sempre a consciencia popular que tinha tentado furtar e não que já tinha furtado. Dos precedentes legislativos se vê ainda que foi adoptado o termo *apossar*, de preferencia aos de *concrectar* e *subtrahir* ou *tirar*, por ser mais comprehensivo do que estes, restrictos á acção material ou directa sobre a coisa, quando o furto pôde occorrer sem esse contacto, como no desvio clandestino ou doloso do gaz, o apossamento de animaes domesticos, attrahidos artificiosamente da casa do dono. Mas a formula adoptada, não primando pela clareza, dava logar a interpretações diversas, especialmente pelo emprego do termo *logar*. Explicando-a, disse PESSINA: “O primeiro momento do furto é a *apprehensio rei*, e o ultimo momento constitutivo consiste na mudança do lugar que completa a *ablatio*. Mas não se deve entender por lugar o mesmo lugar no sentido material, isto é, o compartimento ou a casa. O lugar de que se trata é aquelle que constitue a *esphera de actividade* do legitimo detentor da coisa. No caso de entrada na casa alheia para commetter furto, a sahida do ladrão é condição necessaria para que se diga o furto consummado; se duas pessoas moram na mesma casa, mas em compartimentos differentes, uma dellas não consumma verdadeiramente o furto senão quando levou a coisa para fóra do compartimento em que se achava collocada.

Se dois individuos moram no mesmo compartimento, como os companheiros de uma cellula, de um carcere, etc., o furto pode-se dizer consummado quando a coisa é tirada do lugar particular onde se guardava tudo aquillo que era pertencente ao *dominus* da mesma, e é levada á escondida, seja a outra parte, seja onde se acham os objectos daquelle que subtrahiu. De maneira que o *terminus ad quem* é representado por qualquer deslocação que tire a coisa da esphera da actividade de seu legitimo detentor.”

455. Assim, pela doutrina intermedia, da apprehensão ou do apossamento, como a concebem allemães e italianos, o furto se integra ou se consumma, quando, pela apprehensão, se interrompe a custodia ou posse alheia, se instaura a do delinquente; por outra, quando a coisa é retirada das condições materiaes que a respeito do proprietario ou do possuidor constituem o acto de possuir (*esphera de actividade patrimonial*, ou de *vigilancia* ou de *custodia*), condições que podem assumir formas as mais diversas, e, por isso, só apreciaveis em concreto.

Quando se falla aqui em posse, não se tem em vista a posse juridica, mas, como foi decidido pelo Tribunal de Veneze, em 17 de junho de 1911, a posse sob o ponto de vista exclusivamente material.

E' o dominio de facto sobre a coisa, ou a possibilidade de actuar sobre ella com exclusão de outrem, o poder de dispôr, alliado á vontade manifestada de fazer valer o proprio poder com exclusão de qualquer outro.

Assim, estabelecido esse poder, perdura até a superveniencia de um evento que de modo manifesto a faça cessar.

Esse evento, quando resultante da actividade dolosa, se verifica no furto. Pouco importam o modo e o meio da acção. Questionou-se si era admissi-

vel o meio indirecto, a proposito especialmente da derivação clandestina do gaz, por isso que denotando acção material e directa os termos *contractar*, *subtrahir*, ou *tirar* empregados para definir a materialidade do crime, não podiam se applicar áquelle caso. Prevaleceu, porém, a solução affirmativa, argumentando-se que o essencial era que por actividade do delinquente, se interrompesse a posse de outrem, e se estabelecesse a delle, facto que se comprehendia nos termos *subtrahir*, *tirar* ou *apossar*, tomados lato sensu. Assim, diz LISZT, “quem deixa que o seu cão arrebate um pedaço de carne do armazem do carnicheiro ou que as suas vaccas pastem em prado alheio, quem abrindo a torneira, deriva o gaz do tubo alheio, ou induz um menino ou um louco a fazer entrega de uma coisa movel, *tira* no sentido da lei”. CARRARA criticou essa doutrina, dizendo que não fornece criterio unico para definir o momento consummativo do furto, e dahi a diversidade no caracterisal-o praticamente. Redargue, porém, PUGLIA que a propria natureza do crime, as contingencias varias da sua execução offerecem sempre campo a discussões para determinar o seu momento consummativo, o que aliás não é peculiar ao crime de furto, mas verificavel em muitos outros, qualquer que seja a formula excogitada pela doutrina e pela legislação para assignalal-os. Depois, mais conforme aos principios racionaes da escola classica, inspiradora das legislações vigentes, é a doutrina em apreço.

Effectivamente, para essa escola, a acção não é considerada como simples *elemento de prova da intenção criminosa*, mas *elemento essencial do crime*, e dahi, para que se o considere integrado, que sejam pela mesma acção realizados todos os momentos necessarios para a violação da materialidade de facto, que constitue a esphera exterior da manifestação do direito, que o delinquente queria offender. Ora, como varia é a materialidade, que constitue a esphera exterior de manifestação da actividade patrimonial, quer sob a forma de *dominio*, quer de *posse*, quer de *detenção*, para se dizer consummado o crime contra essa actividade, necessario é que o delinquente tenha superado todas as circumstancias exteriores, que nos casos especiaes constituem a esphera patrimonial de um dado individuo. Bem disse PESSINA, que o *logar* recebe determinação pela esphera de actividade do legitimo detentor da coisa, a qual se apresenta sob formas diversas, impossivel de serem estabelecidas *a priori*.

456. Affinidade com a doutrina adoptada pelo codigo italiano tem a desenvolvida por diversos tratadistas e commentadores francezes, como GARRAUD e outros, elucidando o art. 379 do respectivo codigo, que faz responsavel pelo furto “*quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas.*” Entende-se por subtracção a retirada da coisa do lugar em que se achava, e, assim tem-se como consummado o furto quando a coisa fôr retirada para fóra da casa, ou de suas dependencias. Em substancia ha a mesma idéa, mas o criterio francez é mais restricto, prende-se á noção physica do lugar, ao passo que o criterio italiano é mais abstracto, mais adaptavel ás diversas situações e circumstancias. Como pondéra GOYENA, circum-

stancias ha, com effeito, em que uma coisa pôde ter sido subtrahida á esphera de vigilancia do dono, sem que por isso haja sahido da casa, nem mesmo da habitação em que a coisa se encontrava; e ha outras em que a coisa pôde ter sido transportada para fóra das paredes da habitação, e ainda a uma grande distancia della, sem que o objecto sobre o qual recabe a subtração tenha sido em rigor subtrahido á esphera de vigilancia do seu possuidor. Supponha-se que um ladrão penetra em uma casa, onde possa ter entrada legitima, por ser amigo do seu dono, e em vez de levar comsigo a coisa que se propõe tirar, a esconde em um lugar da mesma habitação, com o proposito de mais tarde transportal-a. Neste caso cabe, em certas condições, admittir-se o furto como consummado.

Si bem que a coisa ainda se encontre na habitação, de facto sahiu da esphera de vigilancia do dono, desde que, ignorando este o lugar onde ella se acha não pôde exercer sobre a mesma as prerogativas que comporta a posse. Supponha-se agora o caso contrario, de um ladrão que retira da casa do proprietario uma grande caixa de ferro, solidamente construida, com o proposito de apoderar-se dos valores que o referido movel contem.

Ainda que este movel tenha sido transportado á grande distancia da casa, emquanto não fôr violado, subtrahindo-se as coisas nelle contidas, não existe, em bom direito, furto consummado.

Por que? Porque o cofre traduz de facto a acção defensiva ou inhibitoria do dono sobre a coisa, porque o que não faz em pessoa o proprietario, realisa-o materialmente o movel no qual guardou o seu dinheiro ou seus bilhetes de banco, suas joias ou a coisa, qualquer que ella fosse, que o ladrão se propunha subtrahir.

Na primeira hypothese estamos certos de que os juizes que se inspirassem no criterio italiano não trepidariam em admittir o furto como consummado; entretanto no segundo caso não iriam além da imputação de uma simples tentativa.

O nosso codigo, afastando-se da orientação do de 1830, inspirou-se no codigo francez, fazendo da *subtracção* o acto constitutivo do furto. Mais uma vez divorciou-se o legislador, sem razão justificada do modelar codigo. Primeiramente quanto ao termo indicador do acto constitutivo do furto, que para esse codigo era *tirar*, de significação clara, que vemos adoptado no codigo allemão, como tambem no prussiano, art. 379, termo que, á imitação do codigo francez, substituiu pelo de *subtrahir*, menos comprehensivo, e, por isso improprio, fonte de incertezas e de duvidas. Em sua significação exacta, *subtrahir* denota occultação, clandestinidade, caracteres de que nem sempre se reveste o furto, que pôde ser praticado ás claras. Depois, mostrando insegurança de technica, vemos o legislador caracterisando o furto, não mais pela *subtracção*, mas pela *tirada*, nos arts. 331, § 1.º e 332. Mas cingindo-se ao codigo francez, á intelligencia que a este dão seus mais autorizados commentadores, já mostrada anteriormente, devemos nos ater para a caracterisação do crime, isto mesmo deixando explicito o Supremo Tribunal Federal, no accordam que inserimos adiante.

457. Como o furto consiste na subtracção da coisa, esta só pôde ser *corporea* ou *material e movel*. Mas se é necessario, observa CARRARA, que a coisa seja material, não é indispensavel, entretanto, que ella seja *tangivel*, porque o emprego de meios indirectos não altera a essencia da intenção fraudulenta. Assim, podem ser objecto de furto os corpos liquidos ou gazozos, como a agua, o gaz; o ar quente, emquanto se acham em custodia alheia (LISZT, PUGLIA, NYPELIS e SERVAIS, etc.). E igualmente, é hoje opinião dominante na Italia e na França que a força electrica pôde ser furtada. Como nota SILVA RIBEIRO, ha certa semelhança entre a energia electrica e a agua corrente, como entre o conductor de electricidade e o aqueducto ou alveo de um rio. A pessoa que desvia a corrente de agua para se aproveitar, por exemplo, na sua força motriz, está no mesmo caso do que liga um fio de cobre a um conductor, que passa na via publica, com o fim de se aproveitar da energia que nelle existe. Como a agua, a energia electrica é susceptivel de ser condensada num accumulador, e pôde ser medida ou transportada, como a agua é susceptivel de aproveitacção e posse, representa um valor estimavel, que entra no patrimonio de qualquer pessoa juridica, e pôde constituir objecto de contracto. Uma vez transformada em luz ou calor, não pôde ser novamente aproveitada; e assim é uma coisa movel e consumivel. Na Allemanha a *opinio* dominante e jurisprudencia se manifestaram em contrario, até que a lei de 9 de abril de 1900 incriminou a subtracção da força electrica. Independente de prescripção particular, não ha que negar a possibilidade do furto da energia electrica, convincentes sendo os argumentos em favor (GIURATI, NOTARISTEFANI, BOCELLI, FAUCHER, LUCCA, etc.). Tem-se discutido tambem se a energia genética pôde ser considerada objecto do furto.

Ticio occultamente faz cobrir a propria ovelha pelo carneiro de Caio: é caso de furto? Pela negativa, entre outros, se destaca MANZINI, que considera absurda tal hypothese, por isso que a energia genetica, quer considerada no seu estado dinamico ou no momento funcional, quer no momento estatico ou na nova materia elaborada, sempre ella connexa do orgão e do animal que a produz, representa uma mera funcção da coisa. Pela affirmativa se manifesta GIURATI, de modo convincente, argumentando que não se pôde negar a occorrença destes extremos: a) o esperma é "*coisa*, como materia organica de alto valor physiologico, é coisa, pois, no sentido da lei; b) a coisa se acha em um primeiro momento na esphera de actividade do prejudicado; c) a coisa em momento successivo se encontra na esphera patrimonial do agente.

Ora, só porque este, em vez de valer-se das proprias mãos ou da tesoura, como quando tosa a ovelha de outrem, se vale de *um seu animal* para effectuar a subtracção, pode-se dizer que não furta?

458. Ficam, pois, excluidas do furto as coisas *immateriaes* ou *incorporeas*, isto é, as subtracções, ás espiritualidades que não se manifestam á percepção directa ou indirecta de nossos sentidos, como os direitos. Duvidas se têm levantado quanto aos objectos ou documentos representativos de valores.

GIURATI resolve a questão, fazendo distincções, e notando primeiramente que todos os titulos *ao portador* sendo bens por si mesmos, nos quaes o valor é não potencial mas real, é indiscutivel que são, a respeito do conceito de furto, coisas corporeas. Quanto aos titulos nominativos normalmente capazes de circulação, é de notar que têm, como caracteristico, a peculiariedade de estar na posse para se converter em dinheiro, e, assim, a subtracção de tal documento, acarretando damno immediato ao seu titular, assume a configuração de furto na generalidade dos casos.

Nos titulos nominativos normalmente incapazes de circulação é de distinguir o valor do papel e o valor representado.

O primeiro existe, mas não é o alvo visado pelo ladrão, e, assim, não havendo relação entre a intenção e a acção, não ha crime; de outro lado o valor representado não podendo ser alcançado sem um crime, de falsidade ou de estellionato, não ha subtracção furtiva, a menos que o facto de ter no proprio poder o documento traga ao ladrão uma vantagem actual qualquer e precisamente aquella vantagem que visava. Cita GIURATI uma decisão da Côrte de Cassação, de 12 de julho de 1906, que julgou constituir furto o facto de quem, para impedir ao adversario de proceder em uma causa, subtrahiu do seu advogado as copias do acto.

Quanto aos impressos com claros, que cheios produzem effeitos juridicos, não constituindo seu valor actual o alvo visado pelo agente, não havendo assim relação entre a intenção e a acção, não ha crime na sua subtracção, como no caso anterior.

Quanto ao seu valor potencial, tambem não ha furto, porquanto para a configuração deste, o damno deve ser presente, no momento da *amotio*, e não futuro ou potencial, por outra, deve haver subtracção immediata de bens, e não perigo apenas.

459. A coisa deve ser *movel*. GIURATI critica o art. 402 do codigo penal italiano, notando que, pela propria noção ali contida do furto, o termo *movel* é redundante, e além disso fonte de duvidas, posto em relação com as prescripções do direito civil.

Recorrendo aos antecedentes legislativos, especialmente ao relatorio de VILLA, nota que o termo *movel*, foi apenas empregado para accentuar a caracteristica tradicional do furto em relação a outros delictos referentes a immoveis. Têm applicação ao nosso codigo a critica e a interpretação.

Querendo apenas innovar, mas ainda para peor, o legislador de 1890 se afastou do nosso codigo anterior, que mui sabiamente não empregou o termo *movel*, como tambem não fazem o codigo francez e outros. O termo deve ser entendido segundo o direito penal, no sentido amplo de coisas que podem ser transportadas (*moveis*), bem como das que se podem transportar por si mesmas, como os animaes, que em direito civil formam os *semoventes*.

Pouco importa, nota GARRAUD, que a coisa fosse já *movel* no momento em que se produz o furto, ou que ella assim se torne pelo furto mesmo. O delicto não é possivel senão quando a coisa, que é objecto delle, pôde ser



deslocada, e é sómente esta necessidade que se quer constatar, para exigencia do character movel da coisa furtada. Ora, se não se pôde subtrahir um immovel, pode-se sobtrahir porções ou pedaços d'elle, mobilizando-os. Uma tal subtração constitue, sem duvida alguma, um furto. A coisa tirada não faz mais parte do immovel, foi o ladrão mesmo que mobilizou-a.

Assim, o carvão de uma mina, a areia ou as pedras de uma pedreira o cascalho de um terreno, as portas ou janellas de uma casa podem ser objecto de um furto, quando estas diversas coisas são destacadas do immovel pela mesma apropriação fraudulenta. No mesmo sentido LISZT, dizendo que á coisa movel equivale absolutamente a que o agente, talvez justamente para o fim de furtar, fez movel, como arvore, fructos, partes de uma casa, etc., bem como a trança de cabellos cortada.

460. A coisa deve ser *alheia*, por ser o furto um attentado á propriedade. *Rei mostræ furtum non possumus.* (Pauli sent., 1, 3, t. 31, n. 21). O termo *alheio* encerra dois conceitos, a saber: que a coisa se encontre na posse ou custodia de alguém, e que o possuidor della não seja o agente, ou pelo menos, não o seja o agente sómente.

Não pôde haver furto conseguintemente se se tratar de *res nullius*, ou de coisa sem dono e que pôde ser incorporada ao patrimonio de alguém pela apprehensão ou occupação (codigo civil, art. 593), ou de *res derelicta* ou coisa voluntariamente abandonada por seu dono, com intenção de deixal-a ao primeiro occupante. Quanto ao *thesouro* e sua apropriação total pelo inventor, tem surgido duvidas se o acto constitue crime, e precisamente o de furto. Denomina-se *thesouro* o deposito antigo de moeda ou coisa preciosa, enterrado, ou occulto, de cujo dono não haja memoria (cod. civil, art. 607). O direito romano o qualificava *vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*. Diz-se *proprio* quando achado casualmente em predio alheio, caso em que o inventor tem de dividir a coisa com o proprietario do predio (cod. civil, art. 607). *Improprio* quando a coisa é achada pelo senhor do predio, por algum operario seu, mandado em pesquisa, ou por terceiro não autorisado pelo dono do predio, a este pertencendo por inteiro o thesouro (art. 608). Neste caso, duvida não ha de constituir furto a apropriação do thesouro pelo operario ou terceiro. Quanto ao thesouro proprio, nos termos do nosso codigo civil, que mantem a orientação do direito romano, uma metade pertence *ipso jure* ao inventor e outra tambem *ipso jure* ao proprietario, mas o direito deste surge, nota SALIS, posteriormente a contractação operada por obra do inventor, e logo tal contractação não constitue acção illicita e punivel. PUGLIA considerando que, por sua gravidade a acção devia ser *incriminada*, entende, porém, que não constitue delicto de furto, porquanto pessoal é o direito que cabe ao proprietario á metade do thesouro.

461. A' regra que a coisa não esteja na posse do agente, abre o codigo uma excepção no art. 332, punindo como furto o facto de "tirar sem autorisação legal a coisa propria, que se acham em poder de terceiro, por con-

venção ou determinação judicial, e em prejuizo delle”. A fonte desta disposição é o art. 259 do código anterior, que se inspirou no direito romano, que punia também o furto do uso ou da posse.

*Aliquando sui rei furtum committet, veluti se debitor rem quam creditoris pignus causa dedit subtraxerit* — lê-se nos *Inst. de oblig quæ ex del. nasc.*, §§ 10.º e 4.º. O Código francez não contemplou esse caso de assimilação de furto, o que só foi previsto pelas leis de 22 de abril de 1832 e de 13 de maio de 1863. O código da Baviera, art. 211, declarava que o caso não seria considerado furto, mas, segundo a diversidade dos casos, como *vindicta privada*, ou *fraude*. SILVA FERRÃO justificava nosso código criminal, por inserir a clausula do *prejuizo para terceiro*. “A coisa empenhada ou depositada, diz elle, é *propria*, mas a coisa que ella garante é *alheia*; subtrahir uma será o mesmo que subtrahir a outra, mas quando restrictamente de outro modo se não salve ou esteja salvo o fim do penhor ou deposito. Só neste caso o facto se poderia assimilar a furto”. São elementos essenciaes da figura delictuosa do art. 332: 1.º que a coisa (movel ou semovente) seja *propria*; 2.º que se ache em poder de terceiro por *título legal*, isto é, *valido*, e que póde ser judicial (deposito, arresto, sequestro, penhor, etc.), ou convencional, por contracto entre o dono da coisa e o terceiro (penhor etc.); 3.º que a tirada seja feita pelo proprio dono ou por sua ordem, sem autorisação legal; 4.º que da tirada resulte prejuizo do terceiro em cujo poder se achava a coisa; 5.º que o dono da coisa haja procedido dolosamente.

462. Ainda quanto ao elemento, que apreciamos, sito é, de se tratar de *coisa alheia*, tem-se como verificado, embora o agente tenha direito parcial á coisa, na qualidade de socio, condômino ou co-herdeiro. O direito parcial do agente, notam CHAUVEAU e HÉLIE, na coisa subtrahida não faz desaparecer o furto; porque apoderando-se de uma coisa que não lhe pertence senão em parte, commette necessariamente furto da parte que não lhe pertence. Em direito romano, se isso era reconhecido em caso de sociedade (L. 45, Dig. *de furtis*; p. 51, Dig. *pro socio*), o mesmo não se dava quanto á herança indivisa, não se considerando furto a tirada de parte de uma successão pelo co-herdeiro: *rei hereditariæ furtur non fit*.

Contra esse acto podia o prejudicado usar da acção *expilatae hereditatis* (L. 2, § 1, Dig. *expilatae hereditatis*). Mas nas legislações modernas prevalecendo o principio de que a posse da herança se transfere em virtude da lei, do de *cujus* aos herdeiros, se admittiu o furto pelo co-herdeiro da coisa da herança indivisa, da qual não tinha detenção. O código penal francez, como o nosso de 1830, silenciava a respeito, mas pela admissibilidade do furto em hypotheses taes, tem-se pronunciado a jurisprudencia. O código toscano, artigo 375, § 1.º, letra *b*, dispunha: “*il delitto di furto si commette ancora dal comproprietario o dal socio sopra le cose comuni, di cui egli non sia detentore, e dal coerede sopra le cose della eredità indivisa da lui non detenute*”, e no § 2.º: “*per determinare la qualità del tolto si diffalca la parte que spettava al colpevole*.” O vigente código italiano contem disposição analogá (art. 402).

Nessas disposições parece ter-se inspirado o nosso código vigente, na que estatue no art. 334, não reproduzindo, porém, a regra sobre a determinação da quantidade da coisa tirada, no que fez bem, diante das duvidas que tem suscitado. PESSINA elucida bem o ponto, fazendo uma distincção. Assim, o condomino ou o co-herdeiro não commette delicto se manifestamente se apropria de sua parte, tratando-se de *coisa divisivel* (como dinheiro, cereaes, vinho, etc.); mas quando, de coisa divisivel subtrahe mais do que a sua parte, ou quando subtrahe a *coisa indivisivel*, commette furto, se não lhe foi dada a guarda da coisa, e commette *fraude*, se a coisa lhe estava confiada". Esta ultima hypothese, pelo nosso código, constitue ainda furto (art. 331, n. 2).

463. Outro requisito é que a coisa seja subtrahida *invito domino*, ou, nos termos do nosso código, *contra a vontade do seu dono*. Já o direito romano sancionava expressamente esse requisito, estatuindo que *furtum fit cum quis alienam rem invito domino amovet* (Inst. l. 4, *De oblig. quae ex delict. nascun.*, § 6), e *nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (I., 145, Dig. *De regulis juris*). Assim, não ha furto se o dono, ou aquelle a quem a coisa pertence, consente na sua tirada, embora esse consentimento seja ignorado pelo agente.

E' evidente que esse consentimento só pôde ter efficacia ellisiva da criminalidade, se fôr dado por pessoa capaz de consentir. Pôde ser *expresso* ou *tacito*.

O código fala em *dono*, termo que deve ser entendido *sensu lato*, comprehendendo não só o proprietario, como tambem o legitimo possuidor ou detentor da coisa. No furto ha sempre offensa do bem juridico da posse, como meio da offensa de outro bem juridico, a propriedade.

Desde o antigo direito portuguez reconhecia-se que não só aquelle a quem pertence a propriedade, senão tambem aquelle que tem só a posse, pôde queixar-se do furto (PEREIRA E SOUZA). Por isso mesmo que a lei fala em *dono*, não se pôde admittir a configuração do furto, quando a tirada é feita do illegitimo detentor, como o ladrão, o estellionatario. O código colloca o furto sob o titulo dos crimes contra a *propriedade publica e particular*. Convém distinguir o caso do consentimento concernente á tirada ou subtração da coisa, do consentimento concernente á apprehensão. No primeiro caso, de que vimos tratando, não ha murto; no segundo, é melhor fundada a solução que admite esse crime. Assim, por exemplo, si, tendo o mendigo penetrado no quarto, o dono espera tranquillamente que elle se aposses de um objecto de valor para prendel-o como ladrão, consentiu na apprehensão, mas não na tirada da coisa, ha, pois, furto (LISZT). A questão já vem do direito romano, sustentando PAULO que se verifica o furto (L. 91, Dig. *de furtis*), contra LABEON, que sustentava o contrario.

464. No tocante ao elemento moral do crime de furto, duas correntes se formaram em doutrina, com reflexo nas legislações.

Para uns o dolo se caracteriza pelo fim de *lucro* ou *proveito*, dizendo CARRARA que por lucro se deve entender uma vantagem qualquer ou satisfação procurada para si mesmo. O dolo é identificado assim ao fim ou motivo determinante da acção.

PAULO, na definição que do furto dá, no seu *Commentario ao Edicto*, acentúa essa finalidade, dizendo *lucri faciendi* causa, e o mesmo fazem diversos codigos, como o austriaco, art. 171; o hespanhol, art. 530 n. 1; o teciense, art. 359 § 1.º; o toscano, art. 374 § 1.º; o italiano, art. 402. Sustentam outros que o furto não é crime de locupletação, mas apenas causativo de damno ao patrimonio alheio. O dolo está, pois, na *intenção de apropriar-se de uma coisa que o agente sabe não ser sua, contra a vontade do dono*. E' nisto que está o *animus furandi*. Não ha necessidade de indagar do movel ou motivo, se fim de lucro ou proveito ou outro. Como notam CHAUCHEAU e HÉLIE, em referencia ao codigo penal francez, exigindo este apenas a subtracção fraudulenta, esta se caracteriza quando o agente procura despojar outrem do que lhe pertence; toda distincção, pois, entre as causas que impelliram o agente seria ociosa; sua criminalidade é a mesma, quer tenha sido movido pela avidez ou a perversidade, e nestes casos, a victima tem necessidade da mesma protecção.

No mesmo sentido GARRAUD, BLANCHE, BOITARD. Tambem não exigem o intuito de lucro ou de proveito os codigos allemão, art. 242; hungaro, art. 333; zuriguense, art. 162, etc.

A *opinio communis* dos criminalistas allemães é pela exclusão do fim de lucro, como elemento de furto, como se pôde ver em LISZT e outros, notando BERNER que de outro modo seria transpor o campo juridico, porquanto a multidão dos pequenos ladrões é alheia á idéa de lucro ou de avidez, e se deixa mover ordinariamente pela necessidade, por vantagens de momento, etc., e de outro lado, tomando-se o intuito de lucro como o de enriquecer-se, seria restringir o conceito, excluindo da protecção penal as coisas que não têm senão um valor de afeição. Os nossos codigos anterior e vigente não incluem no conceito do crime a idéa de lucro, porquanto, como bem nota JOSÉ HYGINO, o "para si ou para outrem" que as suas definições exigem refere-se á intenção de apropriação, que não é identica á de locupletação.

Dahi por que, discriminando os elementos do crime de furto, não destacamos como especifico o dolo, vigorante a regra geral do art. 24.

465. Assim, consistindo o elemento moral do crime de furto no *animus rem sibi habendi*, sabendo o agente que a coisa é alheia e que o dono della não consente na tirada (*invito domino*), dahi as seguintes consequencias:

a) não commette furto aquelle que tem razão para suppor sua uma coisa que realmente pertence a outrem.

b) igualmente aquelle que, por erro, acredita que o dono da coisa consentiu na sua tirada, ou aquelle que, de boa fé, acredita tratar-se de uma coisa abandonada ou sem dono.

c) não ha tambem crime de furto quando aquelle que apossou-se da coisa alheia tinha consciencia de assim exercer um direito, tal o caso do credor que, para pagar-se, tira coisas do devedor moroso ou insolvel. Se para conseguir isso emprega violencia, e esta é de natureza a constituir crime, por este sómente responderá. Mas, como bem notam CHAVEAU e HÉLIE, não basta a existencia do credito para admittir-se ausencia do *animus furandi*, necessario sendo que isto resalte do exame do caso. O credor, com seu titulo, já tem a militar a seu favor, pondera PESSINA, o principio de que o patrimonio do devedor é garantia do seu direito creditorio; entretanto, poderia agir com intento illicito. Assim, na tirada de coisa de maior valor que a divida, pôde acontecer que não passe a mesma divida de um pretexto para cohonestar a acção criminosa; em tal caso não será excluido o crime de furto, a menos que o credor confesse o facto da tirada da coisa e mostre-se prompto a restituil-a, uma vez embolsado da divida. Embora *illiquido* e não *exigível* o credito, ou ainda *litigioso*, a criminalidade da acção desaparecerá, demonstrado que o agente obrou na consciencia de exercer um direito.

466. Pelo expendido, verifica-se que a acção constitutiva do furto consiste na *subtracção*, que não tem sómente o character clandestino, como sua etymologia indica, e em legislações antigas se considerava, mas extensivamente passando a denotar o que é feito manifestamente, e consiste, segundo a jurisprudencia franceza, interpretando o codigo respectivo, em que se inspirou o nosso, em tomar, levar, arrebatat a coisa, por meio de postura de mão (*main mise*) e de uma apprehensão, fazendo-a passar da posse do legitimo detentor para a do agente, contra a vontade daquelle. O delicto fica, pois, consummado, não pela *detenção* da coisa, mas pela sua *subtracção*, ou desde que o agente se apossou da coisa pertencente a outra pessoa. Dahi resultá: 1.º, que o furto é um delicto *instantaneo* e não um delicto *continuo*, consistindo em um facto, a *subtracção*, e não na *posse*; 2.º, que desde que o acto da deslocação se verifica, está consummado o crime, não influndo sobre a culpabilidade a restituição da coisa furtada; 3.º, que os diversos actos de posse ou de apprehensão que o agente praticar depois do acto inicial da subtracção não podem ser considerados como constituindo uma serie de furtos, quer sob o ponto de vista da prescripção, quer com relação ao procedimento penal.

Quanto á tentativa, para sua caracterisação, é preciso ter em vista o criterio que GARRAUD estabelece, em face do codigo penal francez, e que já mostrámos servir tambem para applicação do nosso (1.º vol., n. 95). Ha duas categorias de actos: os que consistem no começo de execução do facto que constitue o corpo de delicto, e os que constituem actos vizinhos do delicto, que são mais do que a preparação, porque tendem directa e immediatamente á execução do facto, sem todavia começar a execução. Os primeiros não deixam duvida sobre a intenção do agente; os segundos têm um character menos determinado e devem ser approximados e relacionados com o fim que o

agente pretende atingir. E' indubitavel que sempre que o inculpado põe a mão sobre os objectos que quer subtrahir, existe a tentativa, porque a subtracção está começada; mas o começo de execução pôde existir, quando ainda não ha subtracção. O que o art. 13 do nosso codigo requer é que o agente tenha começado não o crime mesmo, mas a execução do crime, o que não é sempre a mesma coisa. O que se deve perquirir é se os actos tendem á subtracção da coisa, se a intenção do agente é apossar-se desta, intento não realisado pela interferencia de circumstancias alheias á sua vontade.

467. No tocante á penalidade, o codigo seguiu systema inteiramente diverso do anterior codigo, inspirando-se mais uma vez no codigo penal portuguez. A innovação foi, porém, para peor. O nosso anterior codigo, artigo 257, estabelecia a penalidade geral de dois mezes a quatro annos de prisão com trabalho e multa de cinco a vinte por cento do valor da coisa subtrahida. Legislação simples, diz SILVA FERRÃO, clara, sufficiente e bem calculada.

De dois mezes a quatro annos, nota por sua vez VIVEIROS DE CASTRO, é vasto o ambito, e pela admissão ou recusa das circumstancias aggravantes ou attenuantes, a pena podia ser perfeitamente applicada, modelava-se a todas as hypotheses, por mais diversas. O codigo vigente, elaborado em época em que a criminalidade contra a propriedade vinha se incrementando accentuadamente, especialmente nos meios urbanos, pela carestia crescente da vida e pela avidez do gozo, exigindo, por isso, mais energica repressão, teve o contrasenso de reduzir-a, baixando o maximo da pena de prisão, a tres annos, pena mais elevada na escala que adopta! Não é tudo. Banindo o systema do anterior codigo, desceu a incriminações especiaes, pelo aspecto unilaterial, objectivo, da qualidade do prejuizo, ou do valor do objecto subtrahido, sem attender tambem ao aspecto subjectivo, a pessoa do offensor e do offendido. Criticando o anterior codigo portuguez, SILVA FERRÃO já accentuava os absurdos a que levava o systema. A quantidade do damno é sim um elemento para se proporcionar a pena ao mal do crime; mas uma libra para o pobre é maior damno do que cincoenta, cem ou duzentos mil réis para o rico. Em segundo logar, o outro elemento do mal do crime, consistente na *corrupção moral* do agente; que furta ao pobre nos quatro mil e quinhentos réis o sustento de uma semana, talvez de um mez, é muito maior que a do agente que furta ao rico semelhante quantia, que não é mais do que uma migalha tirada aos seus cães de caça, e que é como um grão de areia tirado ao mar.

A protecção da lei é desigual, porque, contemplando a egualdade de valores, lhe submete pessoas, activa e passivamente, em circumstancias inteiramente diversas. O pobre, por isso que o é, tem menos meios de segurar e guardar o fructo do seu trabalho, e a perda é muitas vezes irreparavel, tudo lhe faz falta, nada é superfluo; o rico, por isso que o é, tem mais meios de acautelar e defender a sua propriedade, e acha sempre a compensação das suas perdas, quando são modicas, na superabundancia das suas rendas, de que muitas vezes abusa, sem compaixão para com os desgraçados. Com re-

lação mesmo á quantidade do damno em réis, com abstracção de rico e pobre, a qualificação do crime por essa maior ou menor quantidade é uma consideração muito secundaria. O ladrão pôde não ter furtado mais, porque mais não encontrou que furtar ou mais não pôde. O seu estado de corrupção moral, *animus furandi*, pôde ser mais grave furtando doze mil réis, do que furtando trinta mil réis. Exigindo assim o codigo que a coisa tenha valor, por minimo que seja, condição não só essencial para punibilidade, como tambem para a competencia do juiz, pouco importa a distincção entre *valor de troca* e *valor de uso*. Como observa PESSINA, até que a coisa não seja abandonada voluntariamente por quem a possua, nada importa que não tenha um valor de troca; basta o valor de uso que lhe tenha dado o dono.

468. No art. 331, *apropriação indebita*, o codigo comprehende quatro casos de apropriação indebita, que expressamente, como reflexo de antiga intuição, assimila ao furto, sujeitando ás mesmas penas, guardadas as distincções do art. 330.

Voltou assim o codigo ao direito romano, onde na idéa do *furtum*, comprehendia o desvio ou apropriação indebita, assimilação que o desenvolvimento do direito penal, já desde a idade média, mostrou ser infundada. Effectivamente, já os praticos CARPSOV, KRESS, KOCH, ENGAU e outros, bem como o direito do Palatinado de 1582, de Frankfurt de 1578, da Prussia de 1620, de Portugal, na Ord., L. V, t. 60 § 8, distinguiam o desvio como *furtum improprium (contractatio ficta)*, com pena reduzida.

Mesmo na idéa do desvio se distinguia ainda o caso do *abuso de confiança*, ou conservação furtiva de coisas dadas em confiança, da simples conservação de coisas achadas ou obtidas de outro modo eventual. No direito allemão, a evolução conceitual e legislativa, seguramente operada, chegou á formula generica do art. 246 do codigo penal, unificando a idéa do desvio, como crime distincto do furto, e com penalidade diversa. Fazendo-o consistir sómente na apropriação illegal da coisa, que o agente já tinha sob a sua guarda, por isso mesmo é indifferente o meio por que a coisa veio ao poder do agente, uma vez que o acto não constitua um outro crime congenere, como o furto ou o estellionato. No codigo italiano não se traduziu o crime em formula assim tão comprehensiva, mas casuisticamente se contemplaram, no art. 417, o desvio como abuso de confiança; no art. 418, o abuso de papel em branco, e no art. 419 a apropriação de coisas perdidas, do thesouro e de coisas havidas por erro ou caso fortuito. No codigo francez, sob a rubrica — *abus de confiance*, ao lado do abuso das necessidades, das fraquezas ou das paixões de um menor (art. 406), se contemplam amalgamadamente o abuso de papel em branco (art. 407), o desvio de coisas confiadas a um certo titulo (art. 408), e finalmente a subtracção de peças produzidas em juizo (artigo 409). Por esta rapida rezenha das legislações mais importantes, se vê que incriminação distincta foi dada á apropriação indebita, por isso que por aspectos diversos se distingue do furto. Assignalando as differenças, CHEA-VEAU e HÉLIE as dispõem pela *natureza dos factos*, porque o que caracteriza

o furto é a subtração da coisa por meio fraudulento das mãos do seu possuidor contra a vontade deste, ou sem este o saber, emquanto o abuso de confiança suppõe, ao contrario, que a coisa se acha legitimamente nas mãos do agente, sem ter para esse fim empregado fraude; pelos *perigos menos directos*, porque o dono da coisa pôde preservar-se facilmente do abuso de confiança, e a si deve attribuir a má escolha da pessoa a quem confiou a sua coisa; pela *criminalidade menos intensa*, porque não se pôde imputar ao que abusa da confiança, nem a premeditação do delicto, porque não o preparou, nem a audacia da execução, porque não fez mais do que apropriar-se dos efeitos que lhe foram confiados, cedendo á occasião que para isso lhe deu a imprudencia do dono da coisa. Generalizando, isto é, comprehendendo não só o caso de apropriação, por abuso de confiança, como tambem os de apropriação de coisas obtidas pela achada ou outro modo eventual, vê-se que, no tocante á acção, se no furto se realisa pela subtração, no desvio pela apropriação da coisa que já se acha em poder do agente, e no tocante ao dolo, este *ab initio* existe no furto, e posteriormente a custodia da coisa é que se forma, em regra, no desvio.

Não obstante o que a doutrina já assim assentava, e as principaes legislações já crystallisavam em seus dispositivos, o nosso legislador veio amalgar coizas tão distinctas, incidindo no erro em que cahira o anterior codigo, nos arts. 258 e 260, aliás em situação muito diversa, a evolução scientifica não tendo attingido o gráo a que chegara em 1890.

Além dessa assimilação forçada, vae o codigo de encontro ao principio da proporcionalidade das penas, sujeitando os quatro casos de apropriação indebita, que contempla no art. 331, ás mesmas penas, quando diversificam entre si accentuadamente, o de abuso de confiança, do n. 2, não se podendo equiparar aos outros, pela sua maior gravidade, e, por isso, tratado mais rigorosamente pelas outras legislações.

469. O primeiro caso contemplado no art. 331 é o da apropriação de coisa alheia que venha ao poder do agente por *erro*, *engano* ou *caso fortuito*. E' especie que não figura no codigo anterior, e que vemos no art. 420, n. 3 do codigo italiano, que parece ter servido de fonte, embora com menos comprehensão, pois não inclue a hypothese do engano. São elementos do delicto:

1.º) que o agente tenha a posse ou detenção da coisa. Nisto, como já vimos, está a differença entre o desvio e o furto (n. 468).

2.º) que a posse tenha sido obtida por erro, engano ou caso fortuito.

3.º) que o agente se aproprie da coisa assim possuida.

O erro, que consiste em uma falsa crença do proprietario, oriunda de manifesta e grave negligencia de sua parte, mas não de simples negligencia, pôde versar sobre a totalidade ou parte da coisa, ou se referir á pessoa. Assim, ha erro, quando o dono vende um movel, sem ter o cuidado de retirar da gaveta o dinheiro que ali guardára; quando o credor recebe quantia maior do que a devida; quando se dá a um o que se queria e devia entregár a outro (GARRAUD, GIURATI).



O engano se verifica quando o dono da coisa a transfere mediante artificio, pelo qual se phantasia, se desfigura ou se suprime algum facto. No caso fortuito a transferencia se opera independente de acção ou omissão do dono da coisa, como quando é levada por energia atmospherica, por alluvião ou pelo vento (GIURATI, MAJNO, FARLATTI).

O erro, engano ou caso fortuito não devem ser procurados pelo agente ou apropriante da coisa, que por esses factores lhe é levada ao seu poder, pois se tal occorrer, deixa de haver apropriação indebita para se delinear o estellionato.

E' pela apropriação que se realisa o crime. Apropriar-se, diz LISZT, é estabelecer, com a coisa, uma relação a que falta sómente o reconhecimento juridico para que tome o caracter de propriedade, é, portanto, crear uma relação em que a coisa é accomodada aos fins do agente, como se fôra propriedade sua (uso do objecto da propriedade, o *se ut dominum gerere*).

A apropriação suppõe, assim, o pleno dominio sobre a coisa equivalente á propriedade, e especialmente por acto ou omissão significativa do *animus domini*. A tentativa dá-se com o começo da apropriação.

470. O segundo caso de apropriação indebita, contemplado pelo art. 331, n. 2, é o da conservação furtiva da coisa dada em confiança, caso destacado tradicionalmente dos demais pela sua maior gravidadê, na doutrina e nas legislações, mas que o nosso codigo amalgamou ás outras especies, quanto á penalidade.

O nosso codigo anterior, art. 258, qualificando o crime, dispunha que incorria nas penas do furto "o que, tendo para algum fim recebido a coisa alheia por vontade de seu dono, se arrogar depois o dominio, ou o uso que lhe não fôra transferido." Seguindo o codigo vigente, que se inspirou no codigo italiano, art. 417, são elementos do crime:

- 1.º a transferencia para o agente de coisa alheia, em confiança ou em consignação por qualquer titulo, que não seja translativo da propriedade;
- 2.º a obrigação de restituil-a ou de fazer della uso determinado;
- 3.º a apropriação para si ou para outrem.

Quanto ao primeiro elemento, não se requer que a transferencia da coisa, pelo dono, ou seu representante, seja feita com o animo de despojar-se de sua posse, como entende CARRARA, inspirando-se no direito civil; sufficiente é o facto material da detenção pelo agente, o que aliás resalta dos termos amplos da lei, dizendo — *por qualquer titulo*, embora mais preciso seria, evitando qualquer duvida, se dissesse *por qualquer motivo* (GIURATI, PUGLIA). A transferencia se faz *em confiança*, quando a coisa é entregue para que alguem a retenha e para o uso estabelecido pelo dono; é *consignada* quando é dada para passar a outro, ou transportal-a (PUCCIONI).

A consignação ou a confiança póde ser *real*, ou *tacita*, ou mesmo *virtual*, como a da coisa usufructuaria, o dinheiro resultante do desconto de cambial ou de venda de coisa alheia (GIURATI que cita decisão da Cassação, de Roma, de 29 de fevereiro de 1906, julgando não ser necessario a consignação ma-

terial para a apropriação indebita, PUGLIA citando decisões de 1º de julho de 1878 da mesma Cassação, da Cassação de Turim, de 5 de janeiro de 1881 e de 25 de abril de 1883). Quanto ao objecto da transferencia, o nosso codigo fala genericamente de *coisa alheia*; mas como a apropriação indebita é pelo proprio codigo identificada ao furto, tem applicação o que a respeito de seu objecto expendemos. A transferencia da coisa deve ser feita a titulo precario, com a obrigação de restituil-a ou de fazer della uso determinado, por isso que a apropriação indebita é uma offensa ao *direito de propriedade*, e não do direito de *posse*. Por diversas relações juridicas pôde ser feita uma tal transferencia, como nos casos de deposito, de penhor, de mandato, etc., cumprindo notar que não é necessario que se opere sempre em virtude de verdadeiro *contracto*, bastando que aquelle que recebe a coisa tenha a obrigação de restituil-a ou de fazer della um uso determinado. O terceiro elemento essencial do crime, que lhe tem dado o nome, é a *apropriação*, que já mostramos em que consiste (n. 469). O codigo assignala esse elemento nas palavras *apropriar-se de coisa alheia*, devendo-se, porém, subtender, diz JOÃO VIEIRA, a clausula do art. 330, isto é, *para si ou para outrem*, e neste elemento se externa a consummação do delicto. No codigo italiano, por isso que faz do furto e delictos affins um delicto de locupletação, se exige que se *converta a coisa em proveito proprio ou de um terceiro* (art. 417). Para o nosso codigo ha apropriação, ou o crime se consumma, quando o agente se transforma de mero detentor da coisa em seu proprietario apparente ou de facto, accomodando-a aos seus fins ou de outrem, omissiva ou commissivamente, ou pela negação da entrega, ou pela pratica de actos indicadores do *animus domini*, como fazendo uso diverso daquelle para o qual ella lhe fôra confiada. Mas, como nota GIURATI, para que o uso indevido constitua apropriação incriminavel, é preciso que acarrete uma apreciavel diminuição de valor da coisa, do contrario haverá apenas violação da convenção originaria, com seus effeitos civis. Caracterisada assim a apropriação, como por innumeradas hypotheses se pôde traduzir ella, irreductiveis a uma prefixação, segura orientação se tem, como norma geral, na que suggere STOPPATO, isto é, examinar se o acto incriminado é incompativel com a *causa possidendi*, ou, por outras palavras, diz GIURATI, inquirir se a coisa, por effeito dos actos de seu detentor, sahiu definitivamente do patrimonio do proprietario e entrou definitivamente no do detentor.

Quanto ao dolo, tem applicação o que expendemos em relação ao furto. Sua indagação, que em determinados casos torna-se relativamente facil, naquelles em que o dolo se contem, *in re ipsa*, em outras demanda acurado esforço, o que é explicavel pela occorrença de circumstancias, que no crime em questão, estabelecem motivos de incerteza na avaliação do elemento moral, como a precedente posse, as duvidas acerca dos actos de effectivação dessa mesma posse, as excepções *de jure civili* frequentemente oppostas pelo accusado, etc. Sendo necessario que a apropriação seja dolosa ou fraudulenta, ella deixará de existir se o accusado demonstrar sua convicção de ter agido não contra, mas segundo o direito. Assim, não haverá apropriação inde-

bita, se o accusado dispondo da coisa confiada, o fez na *certeza* de poder restituí-la, muito embora occorrença sobrevenha que impeça a restituição.

Não basta, pois, a *esperança* de restituir, mas a *certeza* no momento da apropriação, o que só pôde advir das condições financeiras do agente (DALLOZ, GIURATI).

Com relação ao abuso de mandato, agita-se a questão de saber se a acção penal pôde ser proposta sem prévia tomada de contas em juízo civil, oscilante sendo a principio a jurisprudencia a respeito, mas afinal se decidindo pela affirmativa (vid. n. 475, I, XII e XV).

471. O terceiro caso de apropriação indebita, previsto no art. 331, n. 3, é o de “apropriar-se de coisa alheia achada, deixando de a restituir ao dono se a reclamar, ou de manifestal-a, dentro de 15 dias, á autoridade competente.” O código anterior, art. 260, contemplava esta especie delictuosa, em forma mais restricta, considerando furto “a achada da coisa alheia perdida, quando se não manifestar ao Juiz de Paz do districto ou official de quarterão dentro de 15 dias depois que fôr achada”. São elementos do crime:

- 1.º) coisa alheia perdida;
- 2.º) a sua invenção ou achada;
- 3.º) a apropriação respectiva;
- 4.º) que não tenha sido restituída ao dono, se a reclamar, ou entregue á autoridade competente, no prazo de 15 dias.

A coisa se diz *perdida* quando separada casualmente da vigilancia immediata, mesmo só possível, do proprietario ou de quem o representa (GIURATI, CAMPILI). Caracterisa-se a invenção pela apprehensão voluntaria da coisa por quem a encontrou. A achada da coisa, em si factio não illicito, assume este character, quando della se apropria o agente, apropriação que se torna evidente quando a coisa não é restituída ao dono, se a reclamar, e é presumida pela lei, quando o inventor da coisa não a manifesta á autoridade competente, no prazo de 15 dias. Nesta ultima hypothese, a apropriação é equivalente á occultação. Fixando esse prazo, a lei quiz evitar que ficasse entregue ao arbitrio o julgar quando acabava a *boa fé* do detentor, e principiava a sua *má fé* ou dolo. Não diz o código, como fazia o anterior, qual a autoridade competente para conhecer do caso, por entender naturalmente que, em face do regimen politico instituído, ás legislaturas das unidades federadas cabia fazel-o.

472. No n. 4 do art. 331, qualifica o código a apropriação “em provento proprio ou alheio, de animaes de qualquer especie pertencentes á outrem”, crime que se torna aggravado, augmentada a pena de prisão, da sexta parte, segundo o § 1.º, “se os animaes forem tirados dos pastos de fazenda de criação ou lavoura.” A citada disposição do n. 4, nota JOÃO VIEIRA, não tinha quasi razão de ser, porque o furto de animaes, como o de qualquer

outra coisa, é sempre furto e da disposição só resultava aggravação da penalidade da sexta parte quanto á pena corporal. Só posteriormente é que tal disposição pôde ter sentido no art. 331, quando a lei n. 121, de 11 de novembro de 1892, art. 3, estabeleceu uma só penalidade e a maior, isto é, a do § 4.º do art. 330 e a multa em relação ao valor do objecto furtado.” Esta lei veio assim modificar o código, de sorte que tratando-se de *gado grosso*, isto é, *gado vaccum*, *cavallar* ou *muar*, qualquer que seja o logar donde seja tirado, applica-se sempre a penalidade do art. 330, § 4.º, vigorando as disposições do art. 331, n. 4 e do § 1.º, tratando-se de *gado miudo*, como o lanigero, o caprum, etc., ou de outros animaes domesticos ou domesticados. O código manda applicar a penalidade do § 1.º do art. 331, considerando assim aggravado o furto, desde que, segundo o § 2.º, se tratar de subtracção de productos de estabelecimentos de lavoura, qualquer que seja a sua denominação e genero de cultura; de estabelecimentos de salga ou preparo de carnes, peixe, banhas e coures, não estando esses productos recolhidos a depositos, armazens ou celleiros fechados. Trata-se, pois, nas disposições citadas de crimes, cujos elementos constitutivos já apreciamos, justificando-se a aggravação da pena pela necessidade de cercar de maior protecção os interesses da agricultura e da criação e as industrias que a estas se ligam, e de outro lado, attendendo a que, pela sua situação, os animaes e demais coisas especificadas, podem ser mais facilmente subtrahidos, e, pois, menos facilmente se podem defender. Por essa razão, e desde as mais antigas legislações, vemos especialmente incriminado o furto de animaes, que quando commettido em pastagens e do meio de rebanhos, se denominava, em direito romano, *abigeato* (de *ab* e *agere*, mandar adiante, porque, em regra, o ladrão de animaes os afasta do logar em que são encontrados, fazendo-os caminhar na direcção que lhe convem). O nosso anterior código criminal não incriminava especialmente o furto de animaes, e os actos posteriores cogitaram do processo e julgamento, ora commettendo-os ao juiz de direito (decr. n. 1.090, de 1º de setembro de 1860), ora ao julgamento ao jury (decr. n. 3.163, de 7 de janeiro de 1883). Este ultimo cogitou tambem do furto de productos da lavoura, inclusive estabelecimentos viniculos, e dos estabelecimentos de salga ou preparação de carne, peixe, banha e couro, e dos productos de cóрте de madeira, desde que não estivessem recolhidos a depositos, armazens ou celleiros. Este decreto foi revigorado pela lei de 24 de outubro de 1891, e finalmente pelo decr. n. 121, de 11 de novembro de 1892, foi mandado applicar a penalidade do art. 330, § 4.º do código penal ao furto de *gado vaccum*, *cavallar* e *muar*, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado.

473. No art. 333 incrimina o código, de modo especial, o furto de coisas do fôro judicial ou extrajudicial. O código anterior considerava, como caso de furto, pela pena applicavel, embora em capitulo subsequente, o facto de “tirar folhas de autos ou livros judiciaes, subtrahir do juizo documentos nelle offercidos, sem licença judicial.” Deixava duvida, pela forma da disposição, se tambem era incriminavel a tirada dos proprios autos e de folha

de livros judiciaes. O vigente inspirou-se no código portuguez, art. 424, que aliás modificou em varios pontos.

Qualifica este código o furto de “algum processo ou parte delle, livro de registo ou parte delle, ou qualquer documento”; no § 1.º “a subtracção de titulo ou documento ou peça de processo, que *tiver produzido em juizo ou qualquer causa*”; no § 2.º, quando o facto se referir a “*processo criminal e nelle se tratar de crime, a que a lei imponha alguma das penas maiores, ou menores*”, graduando a pena respectivamente; no § 3.º, “se o furto fôr de papeis ou quaesquer objectos depositados em depositos publicos ou estabelecimentos encarregados pela lei de guardar estes objectos”, caso em que a pena é aggravada, segundo as regras geraes. O nosso código, no corpo do art. 333, não cogita do logar, donde é feita a subtracção, e sim no paragraho unico, em que é contemplado, como elemento de aggravacção.

Não distingue quando o documento é offerecido em juizo pelo proprio agente, hypothese de que cogita unicamente o código penal francez, art. 409, configurando o crime como de abuso de confiança, nem se o processo subtrahido, isto é, o complexo de peças e folhas, devidamente autoados, é criminal ou não, como faz o código portuguez, attendendo a relevancia de interesse de ordem publica, que aquelle processo implica.

No art. 334, trata o código do furto de coisas em estado de communhão, do que já nos occupamos em o n. 462.

Finalmente, no art. 335, firma-se a immuniidade penal quando o furto se verifica entre os parentes alli mencionados.

Com mais ou menos amplitude tal immuniidade é reconhecida nas diversas legislações penaes (L. 1, Dig. *de act. rev. amot.* e L. 22, § 4 Cod. *de furtis*, § 12 Inst. *de oblig. quæ ex del.* e as LL. 16 e 17 Dig. *de furtis*, cods. francez, art. 380, allemão, art. 247, belga, art. 462, italiano, art. 433, hespanhol, art. 479, portuguez, art. 451, brazileiro, de 1830, art. 269, etc.). CHAUVEAU e HÉLIE vêm a razão da immuniidade em uma especie de direito á propriedade uns dos outros entre conjuges, ascendentes ou descendentes, co-propriedade que exerce uma influencia evidente na criminalidade: a subtracção não é de coisa *alheia*, mas de um objecto que pertence ao ser colectivo *familia*, de que o agente faz parte como membro. Esta justificação, nota LEVY JORDÃO, não passa de uma subtiliza contraria a todos os principios do direito civil, e visando especialmente o nosso direito, observa justamente FIRMINO WHITAKER, que essa co-propriedade de familia sómente existe em relação aos conjuges matrimoniados pelo regimen *commum*; não existe, porém, em relação aos ascendentes, descendentes e affins nos mesmos grãos, parentes esses que gozam da isenção penal, accrescendo que a co-propriedade não é, em face do art. 334 do código penal, obstaculo á acção penal do furto, e portanto não poderia servir de fundamento ao privilegio do art. 335 do mesmo código. Melhor justificação dava FAURE, em relação ao código penal francez, dizendo que “as relações entre essas pessoas são tão intimas, que não convem, por causa de interesses pecuniarios; encarregar o ministerio publico de perscrutar segredos da familia, que talvez nunca devessem vir a publico; é

até summamente perigoso que se deixe proseguir uma accusação sobre negocios em que é mui difficil marcar a linha que separa a falta de delicadeza do verdadeiro delicto; emfim se o ministerio publico provocasse a applicação da pena, não só lançaria a consternação entre todos os membros da familia, mas poderia ainda ser uma crigem eterna de divisão e de odios.” Syntheticamente, com WHITAKER, podemos dizer que “a razão da immuniidade está na conveniencia de evitar-se o escandalo de um processo criminal exercido contra parentes proximos, acto esse que traria, para o seio de uma familia, a divisão, a lucta, o odio.” Não se trata, pois, de uma dirimente, nem de uma justificativa, integras se presuppõdo as condições de imputabilidade, e criminosa se mantendo a acção; mas pela razão dada, suggerida por previdente politica criminal, se veda o exercicio da acção penal entre os parentes mencionados e em virtude de furto. Por isso mesmo que se trata de uma excepção ao direito commum, não pôde ser ampliada, mas contida nos precisos termos da lei. Assim, a acção penal de furto não terá logar: 1.º) entre *marido e mulher*, o que presuppõe o estado de casados civilmente, sem effeito considerando a lei o casamento religioso, e sem fundamento, para a immuniidade, se houver separação judicial de pessoa e bens, como expressamente exceptuado pelo codigo; 2.º) entre ascendentes ou descendentes, o que se deve entender dos legitimos, adoptivos, e naturaes, neste caso dado o reconhecimento da filiação; 3.º) entre affins nos mesmos grãos, isto é, sogro contra o genro, padrasto contra o enteado e vice-versa. Pelo que toca ao facto criminoso, a immuniidade só é relativa ao furto, e não aos demais crimes contra a propriedade. Por isso mesmo que persiste a natureza criminoso do facto e dado o caracter de excepção da immuniidade, o estranho que tiver d'elle participado, como co-auctor ou cumplice, é passivel de pena. Como é sabido, para haver cumplicidade, *sensu lato*, é necessario que haja um facto principal punivel, e desde que exista, a culpabilidade do cumplice é independente da culpabilidade do autor (GARRAUD, WHITAKER).

#### 474. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Bem antiga e conhecida é a divergencia na doutrina e na legislação, que determinou a formação de duas correntes oppostas, no que diz respeito ao momento em que se consumma o delicto de furto, e consequentemente á tentativa desse crime. Na doutrina de varios criminalistas e nas leis de diversos paizes ainda se notam vestigios das idéas dos romanos acerca do furto. Posto que MOMMSEN (*Le Droit Pénal Romain*, tomo 3.º, pag. 34, trad. de DUQUESNE) tenha escripto que o *furtum* dos jurisconsultos romanos “só approximativamente correspondente á noção actual do furto”, é certo que algumas legislações se afastam mais do que outras do conceito romano do *furtum*.

O acto em que consiste o furto, é expresso pelos romanos, por meio dos termos — *contrectar*, *attractar*, *attingere*, sobretudo pelo primeiro (obr. cit., pag. 36).

Estes verbos são usados unicamente na linguagem technica; pois, as expressões communs são — *amovere, auferre, tollere, expilare, compilare, rapere, subripere, subtrahere*, etc., (*ibidem*). Os juriconsultos se utilisavam de um vocabulo que significava — *tocar, attingir com a mão*, em vez de outro que indicasse o acto de *tirar, subtrahir*, porque o direito não punia a tentativa do furto sob este caracter e denominação, pelo que pareceu conveniente adiantar o momento em que devia reputar-se consummado.

*“Le droit pénal privé a pour object les dommages ou atteintes faites à un particulier contrairement au droit, et fondant une demande d'équivalent, c'est-à-dire qu'il suppose la consommation de ces actes, et celle-ci n'existe pas, lorsque l'action accomplie prépare simplement ces dommages ou atteintes. Les romains ont été naturellement forcés de reconnaître que cette manière de traiter les delicts, notamment le vol, était impropre; c'est pour cette raison que le dommage est considéré comme consommé par l'appréhension de la chose avec ANIMUS FURANDI, même si le voleur est pris sur le fait, et si la chose volée lui est reprise, c'est-à-dire même le tort causé est immédiatement supprimé.”* Se de uma porção de trigo alguém subtraher um alqueire, entende-se que o furto é de todo o trigo e não sómente do alqueire: *vulgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sutulit, totius rei furtum faciat, an vero ejus tantum, quod abstulit? Ofidius totius acervi furem esse putat*” (fr. 21, pr., *De furtis*). *Celui-là est fur* (define MOMMSEN, o réo do delicto de furto, segundo o conceito romano) *qui s'empare d'une chose par violence ou clandestinement, et á l'insu du propriétaire*” (tomo 3.º, pag. 39).

Para se realizar o furto não era necessario segundo os romanos, que se desse a *subtracção*; bastava a *contrectatio*, coisa diversa. E' o que nota CARRARA no *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. 4.º, § 2.018, not. 1.ª: *“Che poi la contrectatio sia una cosa diversa dalla sottrazione é evidente dalla L. 21, in princ., ff. de furtis, dove il giureconsulto fa la ipotesi che il ladro abbia contrettato tutte le cose da lui trovate in un armadio, e poi le abbia portate via una sola: OMNES RES QUOE IN EO ERANT CONTRECTAVERIT ATQUE ITA DISCESSERIT, DEINDE REVERSUS UNAM EX HIS ABSTULERIT; e lo dichiara réo del furto così delle prime come della seconda. CARRARA, posto que reconheça que varias doutrinas oppostas á sua exigem mais do que a *contrectatio* para se consummar o furto, não faltando quem doutrinasse ser necessario que o ladrão leve o objecto furtado para o logar *quo destinaverit*, affirma muito explicitamente: “laonde é chiaro che al primo momento in cui io mi sono impossessato della cosa che era in possesso di altri, la violazione del possesso é avvenuta senza aspettale che l'impossessamento da me usurpato si prolungandi un certo tratto, e molto meno che io mi faccia padrone di quella cosa”. (§ 2.019). Essa doutrina de CARRARA, em que são evidentes os vestigios do conceito romano ácerca do furto não foi aceita pelo legislador italiano que elaborou o codigo penal de 1889. ZANARDELLI, accetando a opinião de PESSINA, procurou conciliar as duas theorias opostas, do que resultou a seguinte redacção do artigo 402 do codigo penal: “*Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui per trarne profitto, togliendola dal luogo dove se trova, senza il**

*consenso di colui al quale essa appartiene, é punito con la reclusione sino a tre anni.*” Reconhece CARRARA que a sua escola, que elle denomina “a escola italiana”, não é acceita pelo legislador francez, nem pela maior parte dos criminalistas da França: *Malgrado ciò non manca chi opini diversamente, e la scuola francese anche contemporanea procede concorde nell'opposto principio. Perciò il Codice francese (art. 379) definise il furto non una contrettazione, ma una sottrazione. Sottrari, levare di sotto, togliere dalla mano d'alcuno, vuolsi usare per designare appunto che la cosa fintantoché rimane nella casa del padrone non é ancora a lui sottratta. Così avviene che in Francia si ravvisa universalmente un furto tentato dove noi troviamo il furto consumato.*” (§ 2.020).

No § 2.021 justifica a conclusão dos criminalistas francezes, que, detinindo o furto o acto de “subtrahir, tirar, levar comsigo”, não julgam consummado o delicto senão depois que o objecto do crime foi “subtrahido, tirado, levado para fóra”: “Definito il furto una sottrazione, una togliimento, un portar via, esso non si consuma finché la cosa non á sottratta, tolta, portata via.”

Ora, o nosso codigo penal, aliás inspirado em grandissima parte no italiano, neste assumpto se approxima do francez, ou antes quasi reproduziu o preceito do codigo penal de 1830, que é semelhante ao art. 374 do cod. pen. francez. Preceitúa este: “Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.” Estatua o nosso cod. pen. de 1830, no art. 257: “Tirar a coisa alheia contra a vontade do seu dono para si ou para outrem.” E o actual, no art. 330 prescreve: subtrahir para si, ou para outrem, coisa alheia movel, contra a vontade de seu dono.” A “subtrahitio”, não se confunde com a “contrectatio”. “Subtrahir, tirar, levar”, evidentemente é mais do que o mero facto de se apossar alguém de um objecto; é tambem mais do que o facto de se apossar alguém de um objecto, removendo-o do logar onde estava deslocando-o apenas. O delinquente que retira de uma casa coisas moveis, querendo subtrahil-as para si, ou para outrem, mas sómente consegue pol-as no vehiculo, que está á porta do predio, e ao condicionar as coisas moveis é impedido de leval-os para si, ou para outrem, por um guarda civil, que apprehende os objectos, e prende os criminosos, se perante o direito italiano commette um crime de furto consummado, no direito patrio, bem como no francez, de que o nosso se approxima, afastando-se do italiano, pratica uma tentativa de furto, ou de peculato, se se trata da hypothese regida pela lei de 30 de setembro de 1909. Não é licito interpretar mais rigorosamente as nossas leis penaes neste ponto, quando as nossas leis penaes se filiam á escola, que admite a tentativa na especie dos autos, e não á que explicitamente reputa consummado o delicto neste caso (*Accord. de 3 de setembro de 1919*, relatado pelo ministro PEDRO LESSA).

## DISTRICTO FEDERAL

II. Sendo inafiançavel o crime de furto de valor igual ou excedente de 200\$ (art. 330, § 4.º do cod. penal) aos cúmplices nesse delicto não é



permittedo prestar fiança, porque o fundamento da inafiançabilidade, nesse caso especial, não assenta na gravidade da pena, mas na natureza da infração, natureza que se conserva a mesma, quer se trate de autor, quer se trate de cúmplice (*Accordam do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 10 de janeiro de 1901*).

III. O valor do furto de uma caderneta da Caixa Economica é regulado pelo preço do custo da caderneta, e não pela importancia das sommas nella escripturadas (*Accórd. da Cam. Criminal do Trib. Civil e Criminal, de 28 de abril de 1900*).

IV. A avaliação do objecto furtado é elemento constitutivo do crime de furto, porque estabelece a competencia do juizo e determina a graduação da pena. Não sendo mais encontrado o objecto subtraído, deve a avaliação ser feita pela prova documental ou testemunhal, segundo está determinado no art. 405, § 1.º do código penal, não bastando as simples informações do offendido, que seria assim o arbitro da repressão (*Accórd. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 26 de junho de 1902*).

V. O crime de furto pôde dar-se entre socios. O art. 334 do código dispõe que o crime de furto se commetterá ainda que a coisa pertença a herança ou *communhão* em estado de indivisão.

O legislador deixou fóra de duvida que mesmo nestes dois casos se pôde dar a infracção, porque a coisa alheia, elemento constitutivo desse acto anti-juridico, comprehende não só aquillo que em sua *totalidade* é de outrem, como o que é apenas em parte, sendo uma parte do proprio agente, idealmente. A subtracção de coisa *commun* attenta contra o direito patrimonial dos co-interessados. Não pôde haver duvida com relação á *subtracção de lucros de uma sociedade*, maximé commercial, entidade juridica de natureza *sui generis*, que se não confunde com as pessoas que a formam; de capital distincto do patrimonio dos socios, e que contracta e se obriga, como se obriga e contracta qualquer dos associados movidos por seu interesse social.

Apropriando-se de *bens sociaes*, o socio lesa o patrimonio de outrem — a *sociedade*. Só quando a coisa subtraída é uma *res nullius* ou uma *res derelicta* é que o character do objecto exclue a idéa do crime de furto (*Accórd. da 2.ª Camara da Côte de Appellação, de 29 de dezembro de 1908*).

VI. A palavra "*alheio*" que figura na definição de furto, como doutrina CARRARA, exprime antes uma idéa negativa do que positiva. "Non vuol significare che del furto non possa lagnarsi se non chi dimostri di essere padrone del tolto, ma soltanto che il ladro non deve essere possessore della cosa. Il primo concetto sarebbè falso, perché vale l'opposta massima mai non potere il ladro difendersi con lo impugnare nel querellante il dominio della cosa rubata. Basta al delitto che non vi avesse ragione chi a contrettó (*Prog.*, parte esp., § 2.030). A nota 1 a este paragrapho, diz: "*Fur de dominio quaestio-*

*nem movere nequit*. Laonde bene propone la querela di furto anche colui che non giustifica in sé il dominio della cosa tolta; ed anche colui che sia chiarito non averlo perché tenesse la cosa in locazione, in commodato, in deposito, in pegno, e simili (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 12 de abril de 1922, confirmando sentença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal*)..

VII. Dá-se tentativa e não crime consummado de furto, quando o objecto subtrahido não sahe da esphera de vigilancia do seu legitimo portador, que antes consegue rehavel-o, apanhando-o do chão, onde fôra lançado pelo réo, que correu, perseguido por diversas pessoas (*Accord. da mesma Camara, de 31 de janeiro de 1923, confirmando sentença do Juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

Além desta sentença, proferi outra no mesmo sentido, em data de 9 de janeiro de 1920, que transitou tambem em julgado, e onde me extornei por esta forma: “Consistindo o furto consummado na subtracção, isto é, na tirada da coisa. alheia movel, contra a vontade do dono (art. 330 do Cod. penal), preciso era que os objectos tirados pelo réo de uma gaveta de mesa de cabeceira do quarto, fossem por elle levados para fóra do predio, distrahidos assim da esphera de vigilancia do dono. E’ o criterio que tem presidido á interpretação do art. 379 do Cod. penal francez, fonte do nosso, recebendo o termo “*subtrahir*” ahi empregado, o sentido mais amplo do que de *amotio*, e menos do que o de *ablatio*, isto é, não basta uma simples remoção ou deslocação, nem é necessario que a coisa seja conduzida ao logar *quo destinaverit*, o crime se consummando quando a coisa é tirada, levada para fóra da esphera material de vigilancia do dono. Como nota GOYENA, é o criterio no fundo identico ao da theoria da apprehensão, mas mais geometrico do que ideologico (*Rev. de Direito*, vol. 24, p. 254). No caso, os objectos não sendo tirados para fóra do predio, mas ahi deixados pelo réo, o facto assume a feição de uma tentativa, com todos os extremos exigidos pelo art. 13 do Cod. penal, revelado o *animus furandi* por actos de execução que foi interrompida por uma circumstancia independente da vontade do réo, uma causa casual moral, na technica de CARRARA, a presença do dono no local, pondo assim em fuga o criminoso.

VIII. Não tendo o nosso codigo adoptado nenhum dos principios extremos sobre o furto (o principio da *nuda amotio* e da completa *ablatio*), é certo que, na hypothese, o crime se consummou, pois os objectos furtados foram afastados da esphera de vigilancia do seu proprietario, tendo a dextreza do réo logrado fazer desaparecer o relógio de ouro, de que sómente partes foram encontradas na rua. A hypothese assim se differencia do caso em que o proprietario, percebendo, a tempo, o delicto, logra impedir-o de se consummar, ou persegue e logra deter o réo com os objectos ainda em seu poder (*Accord. da mesma Camara, de 16 de dezembro de 1922, confirmando sentença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Pretoria Criminal*).

IX. Tratando-se de coisa pertencente á sociedade e ser membro desta o agente principal, para a configuração do furto preciso se tornava determinar a quantidade da coisa subtrahida em relação á quota social do agente. O código penal italiano, art. 402, insere esta regra: “*La quantità del tolto si misura detraendo la parte spettante al colpevole.*” PESSINA, encarando o assumpto no ponto de vista geral, faz uma distincção de todo procedente. Assim, tratando-se de coisa naturalmente *divisível* (dinheiro, cereaes, vinhos, etc.), a quota do agente será deduzida inteiramente; tratando-se de coisa *indivisível* naturalmente (por exemplo, uma estatua), se deduzirá a quota que ao agente possa caber na coisa. No primeiro caso haveria furto no que exceder á quota social do agente; no segundo, calculada a parte ou quota na coisa, haverá no restante, que é *res aliena* (*Elementi di diritto penale, II, pl 209*).

No mesmo sentido GIOVANNI GIURATI, *Delitti contro la proprietà*, ps. 127-30. Ora, no caso tratando-se de coisa divisível, determinada a quota social do réo em 42 contos de réis, segundo o instrumento de distracto social, desde que a quantia que se diz desviada é de 16:560\$350, inferior, pois, á sua quota social, não haveria furto, importando dizer que teria tirado o que lhe pertencia (*Accord. da mesma Camara, de 2 de janeiro de 1924, confirmando sentença do Juiz da 4.ª Vara Criminal*).

Nesta decisão, apreciei também outras questões de direito, como a configuração do estellionato, admittida pela denuncia, e que mostrei inadmissível, em face da mesma, por isso que o que se apontava como artificio, não seria *meio* para obtenção do proveito, mas facto posterior a este, e para occultar o desvio mencionado.

## ESTADOS FEDERADOS

X. A ampliação do dispositivo do art. 335 do cod. penal ao crime de roubo não póde ter logar no nosso direito penal, porquanto a disposição do cit. art. 335, além de se achar no capitulo especial do furto, é clara e expressa dizendo: “a acção de furto não terá logar, etc. E igualmente positiva e não ambigua é a disposição da lei n. 628 de outubro do anno proximo passado, a qual, mantendo em vigor a disposição do art. 355 do cod. penal, assim se exprime: “Si o furto se dê entre parentes, etc.”.

Em nossa technologia jurídica criminal a expressão *furto*, de accordo com o código penal vigente e com o código criminal de 1830, tem um sentido differente da expressão *roubo*, differença sempre attendida pelo legislador. Os crimes de furto e roubo (como outros), embora sob um titulo commum, de crime contra a propriedade, estão destacados e definidos em capitulos differentes, quer no código de 1830, quer no de 1890; e, ao elaborar-se este ultimo, conservou-se a disposição do art. 335, restricta ao crime de furto, embora houvesse nessa época outros códigos penaes que applicaram disposição identica aos furtos acompanhados de violencia á coisa, como por exemplo, o código italiano, arts. 403 e 404, n. 4; o código uruguayo, arts. 372 e 377; o legislador brasileiro não os acompanhou nesse ponto.

Accresce que esta disposição do art. 330 é limitativa da responsabilidade penal, é uma excepção ao direito *commum*, como se exprimem os criminalistas, e, portanto, é inapplicavel a casos que, comquanto tenham o character e genero *communis* de crimes contra a propriedade, revestem-se, no entanto, de circumstancias particulares de tal gravidade, que a lei applica-lhes penas muito mais graves, nega-lhes sempre a fiança, e sempre dá acção ao ministerio publico. A regra — *benigna amplianda, odiosa restringenda serve* (PAULA BAPTISTA, *Herm. jur.* nota ao § 48) para o caso em que a lei fôr susceptivel de diversos sentidos, o que não se dá com o expresso dispositivo em questão. (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 3 outubro de 1900*).

XI. O dolo especial ao crime de furto, proprio ou improprio, previsto nos arts. 330-333 do codigo penal, é o *animus furandi*, que consiste na intenção do agente de apropriar-se de uma coisa que sabe não ser sua, contra a vontade do seu dono e para servir-se della como poderia fazel-o o proprietario (*Accord. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 15 de outubro de 1902*).

#### 475. APROPRIAÇÃO INDEBITA.

##### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. A falta de tomada de contas dos responsaveis não obsta a acção penal contra os mesmos pelo crime do art. 331 (*Accords. de 1 de julho e 21 de agosto de 1895; 20 de março e 10 de abril de 1897; 13 de abril, 16 de outubro e 21 de dezembro de 1901; 5 de abril de 1905; 8 de agosto e 17 de julho de 1907*).

II. O art. 3.º da lei n. 121, de 11 de outubro de 1892, mandando punir o furto de gado vaccum, cavallar e muar tão sómente com a penalidade do art. 330, § 4.º do codigo penal, implicitamente revogou o n. 4, § 1.º do art. 331 do mesmo codigo (*Accordam de 28 de fevereiro de 1902*).

III. Improcedente é a allegação de que, no estado actual do direito patrio não esteja autorisada a prisão do depositario infiel: permittida antes pela Ord. liv. 4.º, t. 49, § 1 e tit. 76, § 5, a prisão do depositario infiel foi depois sancionada pelo art. 284 do codigo commercial e pelos arts. 269 e 527 do reg. 737 e pelo decr. de 19 de setembro de 1890. Nem a essa prisão obsta o disposto no art. 331 do vigente codigo penal, pois o que estatue esse artigo é uma regra de direito, analoga á que se continha nos arts. 146 e 147 do codigo penal de 1830, anterior ao cod. commercial e ao seu cit. regulamento (*Accord. de 1 de julho de 1911*).

IV. Tornando inafiançavel o crime de *furto de valor igual ou excedente a 200\$000*, o art. 2.º, n. I, da lei n. 628, de 28 de outubro de 1889, teve manifestamente o pensamento de excluir da *regra geral de inafiançabilidade*.

constante do art. 406, pr., do código penal, o *furto propriamente* dito, definido no art. 330, pr. e punido, na hypothese do § 4.º, com seis mezes a tres annos de prisão ceilular e multa de 5 a 20 % do valor do objecto furtado. A natureza dessa infracção. sua frequencia, de tanto prejuizo para a actividade patrimonial, a facilidade com que os delinquentes — audaciosos por via de regra e quasi sempre *sem profissão licita* — conseguiam prestar fiança, já para embarçar a acção da Justiça, já para fugir ao cumprimento de pena: eis os motivos que determináram o acto do legislador de 1899. Para deixar bem claro o seu pensamento fez remissão *exclusivamente* ao art. 330, § 4.º, não o combinou com o art. 331, cujos numeros 1.º, 2.º e 3.º dispõem sobre as diversas figuras da *apropriação indebita*, que segundo a orientação classica, é equiparada ao furto para o *efeito da applicação da pena*, delle se distingue na sua constituição e no seu objecto. Dessa assimilação desnecessaria nasceu o inadequado nome de *furto improprio*, dado á apropriação indebita.

O legislador de 1899 sabia quão profunda era a differença entre essas duas especies de delictos contra o patrimonio, as quaes o legislador de 1890 conservou num mesmo capitulo, sob o nome de *furto*, em homenagem ao classicismo do código de 1830, defeituoso nesse ponto. Depois de annunciar o conceito do crime de furto, no art. 257 — *Tirar a coisa alheia contra a vontade do seu dono, para si ou para outrem* — o antigo código criminal brasileiro dispoz no artigo immediato que “*tambem commetterá furto o que tendo para algum fim recebido a coisa alheia por vontade de seu dono, se arrogar depois o dominio, ou uso, que lhe não fôra transferido*”. E no art. 260: “*Mais se julgará furto a achada de coisa alheia perdida, quando se não manifestar ao juiz de Paz do Districto, ou Official do Quarteirão dentro de 15 dias depois que fôr achado*”. O código penal portuguez de 1856, como o de 1886, seguiu, embora com rigor menor, o mesmo criterio da *assimilação*, palavra que significa *acção de approximar pessoas ou coisas, apresentando-as como semelhantes*.

Os commentarios dos seus dispositivos não lhes foram favoraveis (SILVA FERRÃO, *Theoria do direito penal portuguez*, vol. VIII, ps. 140-41).

O agrupamento do furto e da apropriação indebita, sem nenhuma necessidade juridica, logica ou de methodo, que os faça reunir sob a mesma denominação, é intoleravel resquicio do Direito Romano e da jurisprudencia antiga, rudimentares neste assumpto e repellidos pela sciencia penal, tanto mais que os poucos codigos que fazem a *assimilação* traçam, ao definir cada um desses crimes, as differenças profundas que os tornam inconfundiveis.

O que caracteriza, com effeito, o furto é a subtracção, isto é, a tirada da posse; a coisa é *retirada do poder do possuidor contra sua vontade*. No abuso de confiança, a coisa se *encontra legitimamente nas mãos do agente*, que fica com a obrigação de restituil-a, elle não se apodera da coisa por *astucia* ou *violencia*; e só mais tarde a *converte em seu proveito, desvia-a do seu destino, cedendo á occasião que lhe fornece a propria victima*. Não se lhe podem attribuir nem a *premeditação*, porque o agente *não procurou o delicto*.

nem a *audacia* na execução, porque elle nada mais fez do que se apropriar dos objectos que lhe haviam sido confiados.

Donde resulta que o abuso de confiança differe do furto já pela *natureza* dos factos que o *constituem*, já pelo *perigo menor* para a propriedade, já pela *criminalidade bem inferior do delinquente* (GARRAUD, *Droit penal*, vol. 5, n. 2.299).

O abuso de confiança *não apresenta tanto perigo como o furto*, pois o proprietario pôde mais facilmente se precaver delle, *devendo muitas vezes imputar a si mesmo a imprudencia da escolha do preposto infiel: quoniam sibi imputare debet qui proposuit*. A *differença profunda* que separa as duas acções é *evidente*.

O abuso de confiança perturba apenas as *relações privadas*, e é por este motivo que a maior parte dos factos que hoje constituem essa especie de delicto esteve durante muito tempo na classe dos *dolos civis*, que dão logar á acção de perdas e danos (CHAUVEAU e HÉLIE, *Droit penal*, n. 3.539).

O legislador de 1899 conhecia perfeitamente tudo isso, e por *conhecel-o foi que deixou de considerar inafiançáveis as diversas figuras de crime definidos* em os ns. 1, 2 e 3 do art. 331 do cod. penal.

Na primeira figura, como na terceira, a acção delictuosa não constitue *abuso de confiança*, e apresenta menor gravidade do que a da segunda. Na primeira a posse do agente é *innocente*, é *erro*, o *engano* e o *caso fortuito* excluem a idéa da deshonestidade; o *designio criminoso* e a sua exteriorisação lhe são posteriores. Na terceira tambem não ha violação da posse de outrem, posse perdida, as mais das vezes, por incuria do proprietario, circumstancia que diminue a força moral, objectiva do maleficio. Nenhum motivo de valia tinha, portanto, o legislador para quebrar, no tocante a essas tres figuras criminosas, o criterio do caracter geral sobre inafiançabilidade de delictos, sacrificando préviamente a liberdade individual do indiciado, em hypotheses inajustaveis ao art. 406, princ., do codigo penal, quando é certo que situações de delinquencia mais graves não exigiram novas excepções, isto é, o augmento numerico de casos de inafiançabilidade pela *natureza da infracção*. Entendeu com razão a lei n. 628, de 1899, que a defesa da ordem juridica e as necessidades sociaes não impunham medidas de segurança maior do que as ordinarias, em se tratando de delinquentes que não podiam ser equiparados aos autores e cúmplices de crimes de furto, segundo o seu exacto conceito geral, afigurou-se-lhe um attentado contra a justiça distributiva o nivelamento de posições tão differentes.

O mesmo não succedeu a respeito do crime do art. 331, n. 4, § 1º, que o legislador, por especiaes circumstancias, *expressamente* declarou inafiançavel, desde que os animaes tenham sido subtrahidos das *fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura* (lei n. 628, art. 2, n. II). Aliás, esse delicto *qualificado* com o *simples* do n. 4, princ., está impertinentemente incluido no citado art. 331, pois de *apropriação indebita* elle nada tem, mas exclusivamente de *furto*, consoante á definição do art. 330, princ., do codigo, e ao disposto no alludido art. 2º, n. II. Tambem obedecendo a motivo de facil com-

prehensão, a lei n. 628 excluiu da regra geral do cit. art. 406, princ., os delictos dos arts. 141 e 142 do código, que punia apenas — no que se refere á restricção da liberdade, com *um a tres annos de prisão celllular*.

E fel-o *expressamente*, tal como em caso do art. 330, § 4º, e no art. 331, n. 4, § 1º. Exigia-o a defesa da incolumidade publica (*Accord. de 23 de novembro de 1923*).

Deste accordam foi relator o ministro EDMUNDO MUNIZ BARRETO, e no mesmo sentido se registram, sem, porém, a desenvolvida fundamentação, os accordams de 24 de abril, de 22 de maio e de 14 de junho de 1922, assim assentando o Tribunal nova jurisprudencia no assumpto, pois até então assente era que inafiançavel era a apropriação indebita nos casos do art. 330 § 4.º do código penal.

Nos accordams citados foi, porém, voto vencido o ministro HERMENEGILDO DE BARROS, que assim o fundamentou: “Antes da lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, era de facto afiançavel o crime do art. 331 n. 2 do código penal, em vista do art. 406 do mesmo código, que só não admite fiança nos crimes cujo maximo de pena fôr prisão celllular ou reclusão por quatro annos. A referida lei n. 628 determinou, porém, no art. 2 que “são inafiançaveis os crimes: 1º, de furto de valor igual ou excedente de 200\$ (código penal, artigo 330 § 4º).

Ora, o art. 331 desse código diz que “é crime de furto, sujeito ás mesmas penas e guardadas as distincções do artigo precedente: 1º...; 2º, apropriar-se alguém de coisa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer titulo, com obrigação de a restituir ou fazer della uso determinado”. Logo, o crime de apropriação indebita, previsto no art. 331, n. 2, do código penal, é inafiançavel, quando de valor igual ou excedente de 200\$000.

Não procede a objecção de que, fazendo referencia, entre parenthesis, ao art. 330 § 4.º do Código penal, e art. 2.º da lei 628 quiz considerar inafiançavel sómente o crime de furto e não o de apropriação indebita. Não procede a objecção, porque a referencia apenas significa que o criterio para a inafiançabilidade do crime é o valor do objecto furtado, desde que esse valor seja igual ou excedente de 200\$000, conforme se declara no art. 300 § 4.º do código penal. A referencia não tem outra significação, pois, ao contrario, chegaríamos ao resultado de ser inafiançavel o crime de furto de 200\$000 e se afiançavel o crime de apropriação indebita, *que é tambem considerado furto pelo código*, ainda que o valor do objecto furtado seja de centenas de contos de réis, como se verificou há pouco no caso do Banco do Brazil.

Seria extraordinario considerar inafiançavel o furto de 200\$000 e afiançavel a apropriação indebita de centenas ou milhares de contos de réis, quando o nosso código (e isto dispensa o subsidio de legislação estrangeira) considera apropriação indebita o mesmo furto, até mais aggravado pelo abuso de confiança, e quando é certo que a lei n. 628 não teve em vista proteger, mas tornar efficaz a punição dos que delinquem contra a propriedade alheia. *Interpretatio illa sumenda quo absurdum evitetur. De jure constituto*, não ha negar que esta argumentação é de todo procedente, e nesse sentido já se enun-

ciára o accordam da 1.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 9 de junho de 1910, confirmando a decisão do Juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal, frisando que, além do absurdo, “nem o legislador encontraria motivo, querendo melhor garantir a propriedade, para distinguir um caso do outro”.

## DISTRICTO FEDERAL

V. A disposição do art. 331 n. 2 do código penal expressa uma das sub-figuras do crime de furto, compreendida entre as *fraudes* do art. 408 do código penal francez, sob a denominação de *abuso de confiança* e prevista no art. 417 do código penal italiano com o nome de *apropriação indebita*; esta apropriação exterioriza-se com qualquer das manifestações do direito dominical, e existe desde o momento em que o *possuidor* transforma-se em *illegítimo proprietario* (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 18 de novembro de 1897*).

VI. O código, estabelecendo no art. 331, n. 4, penas especiaes para o furto de animaes, não quiz proteger tão sómente a industria pastoril das fazendas de criação de que especialmente cuidou no § 1.<sup>o</sup> do cit. art. 331, *sic* — “si os animaes forem tirados dos pastos de fazendas de criação ou lavoura”, quiz tambem proteger a pequena industria, tanto que no cit. n. 4 do art. 331 usou das expressões “apropriar-se de animaes de *qualquer especie*”, compreendendo-se assim na generalidade desses termos todos os entes dotados de órgãos respiratorios que executam movimentos e que gozam da faculdade de locomoção voluntaria (*Accord. da Camara Criminal da Côrte de Appellação, de 30 de agosto de 1901*).

VII. Uma das fórmias executivas da apropriação indebita ou abuso de confiança é a violação dolosa do *contracto de mandato* por parte do *mandatario*, que se apropria de coisas que recebeu em virtude do contracto; si elle as applica em seu *proveito pessoal*, si dispõe dellas como dono, constituindo sua situação legitima de possuidor na *illegitima* de proprietario, si se constitue em *môra* quanto á *entrega* ou ao *uso determinado*, tem praticado o delicto com todos os seus elementos de composição. Nas sociedades civis e nas commerciaes o associado que exerce o poder de administração é um *mandatario*: a personalidade da sociedade é distincta da do associado, e o patrimonio de uma não se confunde com o patrimonio do outro; a sociedade existe com sua individualidade e seus interesses proprios, seja com relação a terceiros, seja com relação aos socios; o gerente é um *mandatario* que administra a coisa commun, e tem nos limites do mandato os limites de suas proprias funções (GARRAUD, *Droit pénal*, vol. 5, n. 316). Elle commette certamente crime de *abuso de confiança*, si por qualquer fórmia se apropria de valores sociaes, ainda que esteja *soluvel* no momento consumativo da infracção (obr. cit. ns. 303 e 306). o que quer dizer que não é excludente do delicto a circumstancia de



comportar o quinhão social do agente o valor das coisas apropriadas: o acto anti-juridico fica perfeito com a desintegração do patrimonio commum, o damno existe por isso só, e não desaparece, como elemento constitutivo, com a restituição que venha a ser feita (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 23 de junho de 1904*).

No mesmo sentido accordão da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 28 de janeiro de 1908.

VIII. O facto material do desfalque não constitue o crime de apropriação, sem a fraude, que é o seu caracteristico essencial, e deverá ser investigada nos factos incriminados, no intuito de ser extremada a simples *inexecução do contracto*, do dominio da *lei civil*, do *abuso*, sob a sanção da *lei penal* (*Accords. da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 26 de julho e de 6 de agosto de 1906, e de 28 de setembro de 1908*).

IX. No delicto de apropriação indebita (cod. penal, art. 331, n. 2), o momento consummativo se fixa no acto da conversão da coisa alheia em uso proprio ou em proveito proprio ou de terceiro, e este se verifica desde que se patenteia animo deliberado por parte do agente criminoso de transformar-se de méro *detentor* da coisa alheia em seu *proprietario*, ou pela negação da entrega ou pela pratica de actos de proprietario, fazendo uso diverso daquelle para o qual lhe fôra confiada (*Accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 23 de novembro de 1907*).

X. A fraude, elementar na apropriação indebita, se revela independente da interpellação judicial, desde que o agente do delicto se recusa á entrega da coisa que lhe foi dada para fazer della uso determinado, sem justificar essa recusa (*Accord. da Côte de Appellação, de 13 de julho de 1908*).

XI. A restituição total ou parcial das quantias apropriadas, afim de evitar ou diminuir o prejuizo do lesado, não faz desaparecer o delicto, o que ainda se verifica mesmo que haja desistencia do autor (*Accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 31 de agosto de 1909, confirmando decisão do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

XII. A falta de prévia prestação de contas não obsta o exercicio da acção penal pelo crime previsto no art. 331 n. 2 do codigo penal, pois as questões de natureza civil, mesmo constituindo verdadeiras prejudiciaes, incidem na apreciação do juizo criminal (*Accords. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 18 de junho de 1909 e de 26 de agosto de 1910, da 3.<sup>a</sup> Camara da mesma Côte, de 12 de abril de 1913, de 25 de agosto de 1916, de 27 de maio de 1922 e de 17 de janeiro de 1923*).

XIII. A apropriação fraudulenta de dinheiro, em falta de circumstancia especial que a revele, presume-se da recusa de restituir. E', portanto, não logar da recusa que se consumma o crime (*Accord. da mesma 3.<sup>a</sup> Camara, de 6 de maio de 1916*).

## ESTADOS FEDERADOS

XIV. São elementos principaes desse crime: 1º, a entrega em confiança, ou em consignação, de uma coisa; 2º, importar o titulo de tal entrega, ou consignação, a obrigação de restituição da coisa, ou de fazer della um uso determinado, como acontece nos casos de um contracto de commissão, penhor, deposito, parceria pecuaria e outros muitos em que se não transmite o dominio da coisa confiada ou consignada; 3º, a apropriação da coisa mesma. Assim, pratica tal crime aquelle que vende e se apropria do preço de animaes que lhe foram confiados a titulo de parceria pecuaria, em prejuizo do proprietario (*Accord. do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 15 de outubro de 1902*).

XV. A acção criminal de furto baseado em factos relativos ao mandato pôde ser intentada independentemente de prestação de contas (*Accord. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 12 de junho de 1900*).

XVI. A restituição da quantia furtada ou de que indebitamente se apropria o criminoso não faz desaparecer o crime e, portanto, não influe na marcha do processo instaurado (*Accord. do mesmo Tribunal, de 17 de julho de 1919*).

### 476. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA.

#### FRANCEZA

I. Il n'y a vol que lorsqu'il y a soustraction frauduleuse; soustraire c'est prendre, c'est appréhender contre le gré du propriétaire; si la chose est remise á celui qui se l'approprié frauduleusement, le fait peut, suivant les circonstances, être atteint par d'autres dispositions de la loi pénale, mais ne saurait constituer le vol, parce qu'il ne présente pas le caractere de la soustraction (*Cas., 9 nov. 1849, 1.er mars 1850, 1.er juill. 1842*).

II. Il y a appréhension de la chose d'autrui dans le fait, par un abonné de la compagnie des eaux, de se procurer une quantité d'eau plus considerable que celle á laquelle il a droit par son abonnement, en modifiant á l'insu de la compagnie, l'appareil de distribution; par suite, ce fait constitue le délit de soustraction frauduleuse (*Cas. 10 déc. 1887*).

III. Le fait de soustraire frauduleusement une certaine quantie d'électricité, au prejudice de la société chargée de la distribuer, constitue le délit de vol prévu et puni par l'art. 379, C. pen. (*Trib. corr. de Toulouse, 12 mai 1897*).

IV. L'individu qui apprehende frauduleusement une somme d'argent, renfermée á l'issu du propriétaire dans un vieux meuble que celui-ci lui a

vendu, commet une soustraction dan le sens de l'art. 379, C. pén., et par suite, peut être déclaré coupable de vol (*Cass.*, 26 févr. 1896).

V. Le vol étant parfait et consommé par l'appréhension de la chose, on ne peut pas dire qu'il a été commis à l'aide d'effraction, lorsque le voleur n'a brisé les portes ou clôtures que pour s'enfuir et s'assurer les bénéfices de son délit (*Limoges*, 15 janv. 1886).

VI. Le créancier qui s'approprie la totalité d'une somme qu'il a saisie-arrêtée et qui ne lui avait été remise qu'à la charge de la répartir entre lui et un autre créancier saisissant, se rend coupable du délit d'abus de confiance (*Cass.*, 25 nov. 1897).

VII. L'existence du délit de confiance n'est pas nécessairement subordonnée à une mise en demeure de restituer adressée à l'auteur du détournement (*Cass.*, 10 aout 1893, 3 janv. 1895, 12 fév. 1898, 15 déc. 1898).

#### ITALIANA

VIII. A costituire il furto non é necessario che la contrettazione sia clandestina (*Corte app. Napoli*, 23 nov. 1891).

IX. E' sottrazione di cosa mobile o però furto l'abbatimento ed impossessamento di piante seguito contro il consenso del proprietario (*Cass.*, 12 gen.. 1893).

X. Vanament si sostiene che essendo i prodotti aderenti al suolo cosa immobile, manchino, nel caso vengano gli stessi derubati, gli estremi del reato di furto; quindi, chi se ne impossessa por trarne profitto, rendesi colpevole del reato previsto dall'art. 402 del Codice penale (*Cass.* 29 sett. 1891).

XI. Nella esistenza di mandato, si potrà ravvisare il reato di appropriazione indebita, allorquando il mandatario neghi, richiesto, la restituzione delle somme affidategli, in quanto ciò fa presumere l'animo di appropriarsole, non già quando, richiesto dagli interessati, confessa subito di averlo ricevuto ed, essendo persona solvibile, si obbliga prontament ea restituirle (*Cass.*, 28 apr. 1892).

XII. L'inesecuzione, anche sleale, del mandato, non basta a far sorgere la responsabilità penale per abuso di fiducia, occorrendo il concorso della frode penale. E tanto meno si può dalla inesecuzione del contratto inferire l'abuso delittuoso, se l'incarico fu dato con la clausola, che il mandatario aveva facoltà di aggiungere denaro proprio per completare la somma occorrente a un dato uso, clausola che attribuisce nell'esecuzione dell'affare anche un interes proprio al mandatario (*Cas.*, 28 apr. 1892).

XIII. Affinché sussista il reato di appropriazione indebita é necessario che la cosa altrui sia stata affidata o consegnata por un titolo che non importi traslazione di dominio. Quindi l'operario che avendo ricevuto anticipatamente il prezzo di un'opera, non adempie la sua obbligazione e converte in proprio uso la somma ricevuta, non comette il reato di appropriazione indebita (*Cass.*, 2 apr. 1890).

XIV. Commette reato di appropriazione indebita, chi avendo ricevuto da un terzo l'importo dello sconto d'una cambiale da entrambi firmata, per devolverlo adestinguere un'altra cambiale pure da engrambi firmata, la impiega ad estinguere altri suoi debiti particolari (*Cass.* 27 magg. 1891).

### CAPITULO III

#### DA FALLENCIA

**Art. 336.** Todo o 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.º Si a fallencia fôr qualificada fraudulenta:

**Pena** — de prisão cellullar por dois a seis annos.

§ 2.º Si culposa:

**Pena** — de prisão cellullar por um a quatro annos.

§ 3.º 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 prisão cellullar de seis mezes a dois annos.

477. A rubrica do capitulo não condiz com a extensão de sua materia, pois além da *fallencia* (art. 336), comprehende tambem a *insolvencia*, nos termos do art. 337. Para denotar o estado do commerciante que deixa de fazer frente a seus compromissos, têm sido adoptados os termos de *fallencia*, de *quebra* e de *bancarrota*.

Quanto ao primeiro, derivado de *fallir* (do latim *fallere*, o mesmo que enganar, faltar ao prometido), vemol-o empregado, bem como o de *fallimento*, outro derivado, na Ord. Affonsina.

O segundo, que parece ser o verdadeiro termo portuguez para designar aquelle estado, vemol-o já empregado na Ord. Ph., L. V, tit. 66, que se inscreve: Dos mercadorés que se *quebram*. E dos que se levantam com fazenda alheia.

O nosso cod. commercial usava indistinctamente os dois termos. *Bancarrota* é o termo que vemos empregado nas legislações italiana, franceza e belga e para os casos em que se prova culpa ou fraude do devedor. O nosso codigo criminal de 1830, art. 263, tambem o empregava. E' termo de origem italiana, *banco rotto*, banca quebrada. Era uso antigo fazerem os banqueiros os descontos de letras e rocas de moedas numa banca ou mesa; quando alcançados em pagamentos se lhes quebravam, *rompiam* os bancos ou mesas, e dahi o nome (FERREIRA BORGES, CARVALHO DE MENDONÇA). Em nosso direito tem prevalecido o termo *fallencia*, e inspirado nos codigos commerciaes hespanhol e portuguez, o nosso codigo commercial, que vem de 1850, adoptou a classificação tripartida de fallencia *casual*, *culposa* e *fraudulenta*, enumerando os casos de cada uma dessas figuras, taxando a pena da fallencia culposa, não contemplada no codigo criminal, e definindo os casos de cumplicidade na fallencia fraudulenta. Essa classificação tripartita vem tambem no decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, e decr. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, ora vigente.

478. Como accentúa LISZT, a bancarrota pertence ao numero dos delictos, cuja idéa acha-se ainda em via de desenvolvimtno: a sciencia e a legislação não chegaram a resultados decisivos.

Delimitando-lhe o objecto e consequente classificação, o faz o saudoso jurista com segurança, a receber inteira acceitação.

Podemos considerar, diz elle, a bancarrota com offensa dso direitos do credor pelo devedor mediante diminuição dolosa ou culposa do patrimonio deste ou occultação de sua situação patrimonial. Direitos do credor, eis o objecto que a bancarrota peculiarmente ataca; os creditos são offendidos nos meios destinados á sua satisfação, o patrimonio do proprio devedor.

Assim, a bancarrota é indubitavelmente offensa do *patrimonio* e dirige-se contra os *direitos creditorios*, embora, por suas consequencias, vá além dos interesses patrimoniaes das pessoas immediatamente interessadas, abalando a confiança e compromettendo a segurança do credito em largos circulos indeterminados e não susceptíveis de ser limitados". Não se trata, pois, de um caso ou uma variedade do estellionato, como por muitos tem sido considerado. Como observa MERKEL, o ponto capital está em que os credores não recebem o que lhes é devido, resultado este que póde ser produzido pelas fórmas as mais diversas de um procedimento culposo, ao passo que no estellionato outrem é induzido a dispôr dos seus bens em prejuizo proprio.

No terreno do direito positivo, so codigos penaes podem ser distribuidos em tres grupos, a saber: 1º, não contém disposição alguma sobre a fallencia, reservando isto exclusivamente ao codigo commercial (codigos italiano, uruguayo, etc.); 2º, provem a respeito, delimitando as especies, caracterizando os elementos, do mesmo modo que em relação aos outros delictos (codigos holandez, allemão, etc.); 3º, estabelecem sómente as penas, deixando a qualifi-

cação do delicto ao código ou lei commercial (códigos francez, hespanhol, portuguez, chileno, os nossos, de 1830 e vigente, etc.).

Pertencendo a este grupo, os nossos códigos foram bem inspirados, classificando o crime em questão na classe dos patrimoniaes.

479. Segundo o art. 336 do código penal, só a fallencia que fôr qualificada *fraudulenta* ou *culposa*, na conformidade das leis do commercio, é que incide na sancção penal. Fica, pois, excluida a fallencia *casual*, isto é, proveniente de casos fortuitos ou força maior, ou de não concorrer circumstancia pela qual deva entrar em qualquer daquellas categorias.

São elementos da fallencia *fraudulenta*:

1.º) a qualidade de commerciante, pouco importando que seja matriculado ou não, bastando que faça da mercancia profissão habitual;

2.º) que seja declarado em estado de fallencia e esta qualificada *fraudulenta*, o que terá logar quando o agente concorra para peiorar a posição dos credores na fallencia imminente, especialmente quando pratica algum dos actos previstos no art. 169 do decr. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929.

3.º) a fraude, procedendo o agente com o fim de crear vantagens para si ou para outrem.

Nos termos do § 3.º do art. 336 do código penal, a fallencia dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se *fraudulenta*, e será punida com as respectivas penas. As regras da cumplicidade têm inteira applicação em caso de fallencia *fraudulenta*.

São elementos da fallencia *culposa*:

1.º) a qualidade de commerciante, matriculado ou não, mas fazendo da mercancia profissão habitual;

2.º) que seja declarado em estado de fallencia e esta qualificada *culposa*, por occorrer algum dos factos previstos no art. 167 da citada lei, denunciativos de leviandade, imprudencia ou falta de cautela na defesa de interesses alheios.

Si concorrerem actos *fraudulentos* e *culposos*, o crime mais grave absorve o mais leve. Pelos arts. 175 e 176, da lei, o juiz competente para qualificar a fallencia é o mesmo que a declarou, assim investido da attribuição de instructor criminal, cabendo o julgamento ao juiz de jurisdicção criminal.

Pelos arts. 170 e 171 são previstos como crimes especiaes, factos que podem occorrer antes mesmo da declaração da fallencia, consummando-se com esta, ou depois de aberta e no seu curso, cuja punição nada tem com a qualificação da fallencia, mas pela lei sujeitos ás penas da *fraudulenta* ou *culposa*.

Tratando-se de fallencia de sociedade *anonyma*, os seus administradores ou liquidantes serão punidos com as penas da fallencia *culposa*, si por sua culpa ou negligencia a sociedade foi declarada fallida, ou si praticaram actos definidos no art. 168 e no art. 169, ns. 2 a 5, e com as penas da fallencia *fraudulenta*, si se tratar de actos comprehendidos nos arts. 165 e 171, ns. 1, 2, 5, 6, 8 e 9.

Os administradores das sociedades anonymas e em commandita por acções serão tambem punidos com as penas da fallencia fraudulenta se: 1) deixarem de archivar e publicar, no prazo legal, qualquer das resoluções ou deliberações da sociedade, comprehendidos no art. 91 do decr. n. 434, de 4 de julho de 1891; 2) derem indicações inexactas sobre a importancia do capital subscripto e effectivamente entrado para a sociedade; 3) distribuirem aos accionistas dividendos manifestamente ficticios, diminuindo, assim, o capital social (art. 172 do cit. decr. 5.746, de 1929).

480. O art. 337 do codigo penal trata da insolvencia dolosa, e tem como fonte o art. 449 do codigo penal portuguez, a que se accrescentou a clausula — “ou simulando dividas em fraude de seus credores legitimatos”, ampliação, nota JOÃO VIEIRA, não louvavel, porque pôde dar logar a vexames injustos na pratica.

São elementos do crime:

1.º devedor não commerciante;

2.º o estado de insolvencia, ou o facto de se achar o devedor em condições de não poder pagar os seus credores por ser o activo inferior ao passivo;

3.º occultação ou alheação de seus bens, ou simulação de dividas em fraude de seus credores legitimatos;

4.º o dolo especifico, expresso nas palavras do artigo — *maliciosamente e em fraude.*

## CAPITULO IV

### DO ESTELLIONATO, ABUSO DE CONFIANÇA E OUTRAS FRAUDES

Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato:

1.º Alhear a coisa alheia como propria, ou trocar por outras as coisas, que se deverem entregar;

2.º Alhear, locar ou aforar a coisa propria já alheada, locada ou aforada;

3.º Dar em caução, penhor, ou hypotheca, bens que não puderem ser alienados, ou estiverem gravados de onus reaes ou encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles;

4.º Alhear, ou desviar os objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoraticia;

5.º 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.º 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.º Abusar, em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdicto, ou incapaz, e fazel-o subscrever acto que importè effeito juridico, em damno delle ou de outrem, não obstantè a nullidade do acto emanada da incapacidade pessoal;

8.º Usar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, ou de qualquer ardil para persuadir a existencia de empresas, 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.º Usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não puder satisfazer ou cumprir;

10.º Fingir-se ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as funções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade;

11.º Alterar a qualidade e o peso dos metaes nas obras que lhe forem encommendadas; 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 ou objectos de diversa qualidade;

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto sobre que recahir o crime.

Paragrapho unico. Si o crime do numero 6 deste artigo fôr commettido por pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão, ás penas impostas se acrescentará 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\$000, a pena será de prisão cellular por dois mezes a um anno, além da multa.

Art. 340. Incurrerão nas penas de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 100\$000 a 500\$000:

1.º Os administradores de sociedades ou companhias anonymas que, por conta dellas, comprarem e venderem acções das mesmas sociedades ou companhias, salva a faculdade de as amortizar na fórmula permittida por lei;

2.º Os administradores ou gerentes que distribuírem dividendos não devidos;

3.º Os administradores que por qualquer artificio promoverem falsas cotações das acções;



4.º Os administradores que em garantia de creditos sociaes accetarem penhor de acções da propria companhia.

Paraphrasso unico. Serão considerados cumplices 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 das sociedades e companhias anonymas, aos respectivos administradores e gerentes, por outras faltas em que incorrerem, previstas nas mesmas leis.

DECR. N. 1.102, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1903

Art. 35. Incorrerão nas penas de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 100\$000 e 1:000\$000:

1.º Os que emittirem os titulos denominados — conhecimento de deposito e warrant — sem que tenham cumprido as disposições dos arts. 1.º e 4.º deste decreto.

2.º Os emprezarios ou administradores de armazens geraes que emittirem os ditos titulos sem que existam em deposito as mercadorias ou generos nelle especificados, ou que emittirem mais de um conhecimento de deposito e de warrant sobre as mesmas mercadorias ou generos, salvo os casos do art. 20 deste decreto.

3.º Os emprezarios ou administradores de armazens geraes que fizerem emprestimos ou quaesquer negociações, por conta propria ou de terceiro, sobre titulos que emittirem;

4.º Os emprezarios ou administradores de armazens geraes que desviarem no todo ou em parte, fraudarem ou substituirem por outras, as mercadorias confiadas á sua guarda, sem prejuizo da pena de prisão de que trata o art. 11, n. 1, deste decreto;

5.º Os emprezarios ou administradores de armazens geraes que não entregarem no devido tempo, a quem de direito, a importancia das consignações de que trata o art. 22 e as quantias que lhes sejam confiadas, nos termos deste decreto.

§ 1.º Se a empresa fór sociedade anonyma ou commanditaria por acções, incorrerão nas penas acima comminadas, os seus administradores, superintendentes, gerentes ou fieis de armazens, que para o facto criminoso tenham concorrido directa ou indirectamente.

§ 2.º Se os titulos forem emitidos pelas repartições federaes de que tratam os arts. 2.º e 3.º, deste decreto, incorrerão nas penas acima, os fieis ou quaesquer funcionarios que concorreram para o facto.

481. A actividade patrimonial, desenvolvendo-se nos limites do justo, deve ser protegida pela lei. E como as convenções assim formadas têm como elemento essencial, em sua formação e em sua execução, a *bona fides*, se esta é surpreendida, pelo engano, ou não correspondencia da confiança depositada, ha evidentemente uma violação do direito, violação que toma o nome de *fraude*, reclamando a sanção civil ou penal. Cumpre notar as accepções deste termo.

Em um ponto de vista formal, a *fraude* é uma das fórmulas do delicto, em geral, e bem conhecida é a sentença de CICERO: *duobus mobis fit injuria aut vi aut fraude*. Traduz a intenção de procurar uma vantagem, um proveito qualquer, patrimonial ou não.

Em sentido restricto, como materia de delinquir, denota o meio empregado para conseguir uma vantagem patrimonial illicita, com prejuizo de outrem, e que não é violencia, mas violação da fé privada (PESSINA). E' neste sentido que o termo é tomado neste capitulo. Difficultades de dupla ordem têm surgido na delimitação da fraude criminal, disso dando attestado a historia do direito. De um lado, no assignalar o momento essencial da sua incriminação, distinguindo-a da fraude civil, distincção posta em duvida por diversos criminalistas; de outro lado, no proprio dominio penal, no extremal-a de outras especies delictuosas, com as quaes tem intimo contacto, como a falsidade, o furto. Um succinto retrospecto historico, evidenciando isso, habilitará a discernir a essencia verdadeira e as figuras verdadeiras do crime em questão, e, assim, fornecendo elementos precisos para a exegese e critica da nossa lei penal.

482. Em direito romano, e originariamente, a palavra *fraus* significa o mesmo que *dolo malo*, como presupposto de todos os delictos. Restringiu-se depois sua comprehensão, de modo que o *consilium fraudis* designou o intuito de lucro illicito, em detrimento de outrem. Para reintegrar a relação de direito assim violada, desde que intervesse *magna et evidens calliditas*, se recorria, em geral, á acção civil de *dolo*, productora da infamia. Alguns casos, porém, eram previstos e punidos, e TOLOMEI assignala na lei das XII taboas, um caso de fraude patrimonial, o de quem *vindiciam falsam tulit*, isto é, de quem, por meio de falso titulo, conseguisse a posse provisoria de uma coisa controversa. Pelo segundo seculo do imperio, depois de Adriano, é que surgiu, em qualificação geral, a figura do *stellionatus*, como *crimen extraordinarium*. O nome de *stellionatus* vem de *stellio*, que significava o mesmo camaleão, porque assim como esta especie de lacertillio é notavel pela sua subtilidade e pela variedade de suas cores, tambem os que commettem este crime empregam todos os ardis para occultarem

suas fraudes. Nos textos se enunciam como exemplos desse crime a alienação de coisa onerada, dissimulando a obrigação, suppôr, distrahir, corromper mercadorias, usar, por insidia, de locuções obscuras, vender a coisa já vendida, repetir o indebito (L. 3 § 11, § 3, 1 4, D. *de stellion*). Neste mesmo texto ULPIANO encara o crime, em geral, dizendo: *Stellionatum... objici posse his qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod objiciatur; quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubi cumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatum objiciemus*. E mais adiante: *ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis, hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare*.

Não obstante a generalidade desses termos, o que levou a muitos criminalistas sustentar que o estellionato fosse um delicto suplementar, desprovido de objecto proprio, ou comprehensivo de enorme quantidade de acções dolosas prejudiciaes a outrem, não constitutivas de furto ou falsidade, mais fundada é a opinião de TOLOMEI, com argumento nos proprios textos, referindo o delicto só ás lesões patrimonias, não previstas nas leis existentes.

Como emerge da II, 36, § 1, Dig. XIII, 7; 15 § 2, Dig. XX, 1; l. C. IX, 34, ao contrario da falsidade, se baseava a consummação do estellionato no effectivo prejuizo patrimonial de outrem.

Não se punia a tentativa. O elemento psychologico é explicitamente exigido pela I, 3, § 1. Dig. XLVII, 20; era o *dolus malus*, conceituado como *esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum decipiendum, fallendum alterum adhibitam*. Punia-se o crime *extra ordinem*, e a pena não podia exceder a *opus metalli* para os *humiliores*, a *relegatio temporanea* ou a *motio ad ordine* para os *honestiores* (l. 3, § 2, Dig. XLVI, 20). Subsídios não se encontram na idade média para exacta concepção e discriminação do crime. Como observa LISZT, ora exigia-se, para a consummação, um dâmino real do patrimonio, ora bastava o emprego da fraude.

Sobretudo deu-se demasiado elasterio ao conceito do crime (como a legislação austriaca e a prussiana do seculo atrazado); comprehendia elle tambem todos os casos de falsidade e até offensas de outros interesses (o perjurio e outros delictos) que não os patrimonias.

483. A legislação moderna, em geral, reconduziu o estellionato ao terreno que lhe é natural, reduzindo-o a crime contra o patrimonio, extreman-do-o dos outros crimes patrimonias, e procurando tambem diversos codigos extremal-o da fraude civil, com especificação do engano, orientação deixada pelos mais modernos, e typicos é o codigo norueguez, art. 270.

Para CARRARA, o estellionato tem como caracteristico configurar uma injusta espoliação da propriedade alheia, e que não é nem um verdadeiro furto, nem uma verdadeira falsidade: do primeiro se distinguindo porque a *posse* da coisa é obtida mediante *consentimento* do dono, embora este consentimento seja conseguido por dolo ao *enganado* proprietario, e, por isso inhabil para transferir o dominio; não é verdadeira *falsidade* porque a alteração da verdade é principalmente *ideologica*, e se

às vezes se reúne uma falsidade *material*, esta não recae em um documento que importe a criação ou extincção de obrigações de terceiros. E isso é fácil de se comprehender considerando que a criminalidade especial do facto resulta do emprego dos artificios fraudulentos com os quaes, surpreendendo-se a boa fé do proprietario, se o induz maliciosamente a despojar-se do que é seu, fazendo-lhe crer em coisas que não são verdadeiras. Pelo que toca á differenciação entre a fraude criminal e a civil, não tem havido uniformidade de vistas na doutrina, como veremos adiante.

No terreno da legislação egualmente divergencias se notam quanto á configuração do crime, e que vão á sua denominação (*escroquerie*, em França, *truffa*, na Italia, *estafa* na Hespanha, *burla* em Portugal, *betrug*, na Allemanha, *estellionato*, em nosso paiz, etc.) Essa variedade levou GARRAUD a chamar o crime em apreço “o protheu do direito penal moderno”.

Entretanto, na maioria das vigentes leis penaes, têm sido considerados como *essentialia* os elementos do *dolus*, da *veritatis mutatio* e do *præjudicium alterius*, este de conteúdo patrimonial.

Abstrahindo-se de outras particularidades, e tendo em vista a definição do crime, podemos reduzir as diversas legislações a dois typos: o francez e o allemão. Levado pela preocupação de externar tanto quanto possivel a fraude, como *escroquerie*, da fraude civil, e, por isso eliminando a palavra *dolo*, que por vaga, permittia attingir todas as especies de fraude, e que se via na definição do art. 35 do titulo 2.º da lei de 16-22 de julho de 1791, o codigo de 1810, art. 405, por sua vez modificado pela lei de 13 de maio de 1863, trouxe esta disposição casuistica: “Aquelle que, quer fazendo uso de falsos nomes ou de falsas qualidades, quer empregando manobras fraudulentas para persuadir a existencia de falsas emprezas, de um poder ou de um credito imaginario, ou para produzir a esperanza ou temor de um successo, de um accidente ou de qualquer outro acontecimento chimerico, fizer que se lhe remetta ou entregue, ou tente que se lhe remetta ou entregue fundos, moveis ou obrigações, disposições, bilhetes, promessas, quitações ou desonerações, e tiver, por um desses meios, defraudado (escroqué) ou tentado defraudar a totalidade ou parte da fortuna de outrem, será punido com prisão por um anno no minino e por cinco annos no maximo, e multa de 50 francos no minimo e 3.000 francos no maximo, etc.”

Pertencem a este typo, alguns com enumeração demonstrativa, os codigos belgas (art. 496), genebrino (art. 364), portuguez (art. 451), hespanhol (art. 548), dinamarquez (art. 251), o nosso art. 338.

Pertenciam a este grupo os codigos sardo, art. 626, que qualificava a *truffa*, e o toscano, art. 396, qualificando o crime como *fraude*.

O codigo penal allemão, art. 263, dá uma definição simples e synthetica, dizendo: “E’ punido como culpado de fraude (*betrug*) aquelle que causa damno ao patrimonio alheio provocando ou mantendo um erro, quer mediante simulação de factos falsos, quer mediante dissimulação ou alteração de factos reaes, com intenção de procurar para si ou para um terceiro um proveito illicito.”

Filiam-se a este typo os codigos italiano (art. 413), hollandez (art. 326), ticinense (art. 384 § 1.º), norueguez, de Zurich (art. 182).

O codigo italiano, no cit. art. 413, dá esta definição:

“Aquelle que, com artificio ou ardis aptos para enganar ou a surpreender a boa fé de outrem, induzindo algum em erro procura para si ou para outrem um proveito injusto, com damno de outrem, será punido com a reclusão até tres annos e com multa além de cem libras.”

484. Passemos á nossa legislação. *Burla* ou *inlicio* era o nome com que a Ord. Philippina, liv. 5, t. 65 qualificava o crime em questão.

Reproduzindo o direito vigente em seu *Codigo Criminal*, t. 40, MELLO FREIRE conceitúa assim a burla: “chama-se burlão e illicador o que usa de burlas, fraudes e enganos nos seus contractos e negociações em prejuizo de terceiro”. E no § 5 acrescenta: “toda a impostura, collisão, fraude, illicio ou engano, sendo prejudicial a terceiro, e não pertencendo a algum delicto proprio e nomeado, se castigará semelhantemente.” No commentario ao mesmo titulo explica: “por burlão e illicidor entendo eu neste titulo tudo o que as leis romanas entendem debaixo do crime chamado *stellionatus*, do que ha titulo especial no Digesto e Codigo.

O mesmo entendimento e significação têm estas palavras na Ordenação actual do l. 5, t. 65 e nas antigas citadas no fim dos paragraphos. As palavras *burla*, donde vem burlão, e *illiciar* donde vem illiciador, convem á significação, que a Ord. lhes dá e com propriedade se applica uma e outra áquelles que burlam, se riem e enganam os outros.” Quanto á pena, D. DINIZ, considerando a burla antes como delicto civil do que crime, não impoz outra sanção que não a de pagar o devedor de cadêa, querendo o credor. Na Ord. Affonsina, l. 5, t. 89, já se caracteriza a burla como crime, comminando penas, que foram mantidas pelas Ord. Manoelina, t. 65 e Philippina, t. 65, acrescentando esta a de morte, sendo a burla da valia de mais de vinte mil réis. O nosso codigo criminal de 1830, incluindo o crime na classe dos patrimonias, inspirando-se no direito romano, tomou a denominação de *estellionato*, e o qualificou em forma exemplificativa de casos, terminando por uma clausula geral. Assim dispoz:

“Art. 264. Julgar-se-ha crime de estellionato:

§ 1.º A alheiação de bens alheios como proprios, ou a troca das coisas que se deverem entregar, por outras diversas.

§ 2.º A alheiação, locação, aforamento ou arretamento de coisa propria já alheada, locada, aforada ou arretada a outrem, ou a alheiação da coisa propria especialmente hypothecada a terceiro.

§ 3.º A hypotheca especial da mesma coisa a diversas pessoas, não chegando o seu valor para pagamento de todos os credores hypothecarios.

§ 4.º Em geral todo e qualquer artificio fraudulento pelo qual se obtenha de outrem toda a sua fortuna, ou parte della, ou quaesquer titulos.” Como observa JOÃO VIEIRA, no seu *Ante-projecto* de 1839, na edição official do

codigo se lê — *arretamento, arretada*, e não *arrendamento, arrendada*, como se vê nas edições do conselheiro ALLENAR ARARIPE e drs. FRANCISCO LUIZ, BRAZ FLORENTINO, TINOCO, PAULA PESSOA e outros.

*Arretar* é retrovender, vender com a clausula *retro*. *Arretamento*, vender a *retro*. O *arrendamento* já estava comprehendido na *locação e aforamento*.”

Controversias se levantaram sobre a latitude do art. 264 e seu § 4.º, diante de generalidade deste, a dahi porque a lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871 veio fixar-lhe o sentido, inspirando-se no codigo penal francez, estabelecendo no art. 21:

“Em geral o estellionato de que trata o § 4.º do art. 264 do codigo criminal é o artificio fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem, a entrega de dinheiro, fundos, titulos, e quaesquer bens pelos seguintes meios:

§ 1.º Usando de falso nome, ou de falsa qualidade.

§ 2.º Usando de papel falso, ou falsificando.

§ 3.º Empregando fraude para persuadir existencia de empresas, bom credito, ou poder supposto, ou para produzir a esperanza de qualquer accidente.”

Em ponderada critica lastimava THOMAZ ALVES que os legisladores de 1871, tendo ao seu alcance elementos de estudo, muito mais variados e mais desenvolvidos do que tiveram os legisladores de 1830, fizessem menos do que estes fizeram.

Pertinentes ainda ao crime apreciado se encontraram outras disposições iegaes, no regimen extincto, e actos do Governo provisorio instituido em 1889, legislação toda que, com subsidios de leis estrangeiras, servirem de fontes ao codigo vigente, e que apreciaremos opportunamente.

485. Uma apreciação geral dos dispositivos do codigo vigente, referentes ao estellionato e á outras fraudes, continentes do capitulo ora examinado, mostra desde logo seus vicios de forma e de fundo. Com razão nota JOÃO VIEIRA que é um dos capitulos mais defeituosos do codigo, não se podendo legislar com mais imprevidencia, malbaratando a tutela da fortuna particular. No entanto exigia o assumpto o mais acurado estudo, as mais adequadas qualificações e comminações penaes, attendendo a que o estellionato, como observa justamente GIURATI, é das mais temiveis especies de criminalidade, pela importancia de bem juridico lesado, pela insidia de que se reveste, pelo incremento que tem tido no actual momento social, advindo de numerosas causas economicas, e outras, pelo contagio moral, que acaba por abalar a firmeza dos criterios ethicos. Dando como rubrica ao capitulo — *Do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes*, parecendo comprehender tres grupos de delictos, entretanto se qualificam como distinctos apenas dois, o estellionato. art. 338, e no art. 340, figuras innominadas, constituindo mais disposições penaes da legislação commercial.

Quanto ao art. 338, em um estreito casuismo, ha conglomerado de figuras diversas, das quaes, não reunindo todos os caracteriscos do estellionato, se vêm as dos ns. 6, 7 e 9, e finalmente, o n. 5 encerra uma formula mais geral

para conceituar o estellionato, e que assim, pelo seu proprio character de generalidade, ncta muito bem JOÃO VIEIRA, devia preceder ou succeder a todas as outras e mesmo cónstituir uma disposição separada destas, quando, entretanto, no meio dessas disposições ficou afogada. Pelo systema esquisito adoptado pelo codigo, fica cada numero do art. 338 consagrando uma disposição independente, que deve ser applicada, sem coordenação com a regra mais geral do n. 5 do mesmo artigo.

Segundo a ordem deste, iremos apreciar cada uma de suas disposições.

#### N.º 1

*Alheiar a coisa como propria, ou trocar por outras as coisas que se deverem entregar*

486. A fonte desta disposição é o § 1.º do art. 264 do codigo anterior, sendo o caso já previsto na Ord. Philippina, liv. V, t. 65 § 1.º, e no Direito romano, na L. Cod. *Stellionat.* e Liv. 16 D. de *pign.* Ha a considerar na disposição duas modalidades.

a) alheiação de coisa alheia como propria;

b) troca de coisa, que se devera entregar por outra.

O termo — *alheiação* — é tomado no sentido geral de *venda*, de *troca* ou *escambo*, de *locação*, de *penhor* ou *hypotheca*.

Pelo direito civil só póde alheiar, quer dispondo da coisa com todos os direitos inherentes ou a *plena potestas*, como na compra e venda, quer de um destes direitos elementares, como *direito real* na coisa alheia (*jus in re aliena*). como no penhor, na hypotheca, etc., quem fôr dono da coisa.

Neste presupposto ha estellionato quando houver *fraude* por parte do disponente, e precisamente no facto de *simular*, ou como diz o codigo penal portuguez, de *fingir-se senhor da coisa*, induzindo assim outrem a contractar, e visando lucro ou proveito, em detrimento alheio, nisto estando exactamente o dolo especifico do crime.

Na segunda modalidade, o agente, que está de posse de coisa que devia entregar, a troca por outra. O codigo anterior dizia — *coisa diversa*, qualificativo este que o vigente supprimiu. Assim, ha crime quando o agente, procedendo com fraude, isto é, dissimulando a obrigação em que se acha de entregar a coisa, a troca por outra, attentando assim contra a identidade daquella.

#### N.º 2

*Alheiar, locar ou aforar a cousa propria já alhejada, locada ou aforada*

487. A fonte desta disposição é o § 2.º do art. 264 do codigo anterior, modificado pela supressão do arretamento e da ultima parte. No direito romano encontram-se disposições semelhantes, como as L. 3, Dig. *Stellion.*, L.

ult. Cod. de *pignorat act.*, L. 16. § 1.º Dig. de *pignorat act.*, e na Ord. L. V, tit. 65. O código portuguez diz: o que vender uma coisa duas vezes a diferentes pessoas.

Como nota THOMAZ ALVES, o código anterior, art. 264 § 2.º, quiz especificar ahí os contractos que o § 1.º tinha apresentado sob o termo geral — *alheiar.*” E’ a mesma orientação do vigente.

Temos, pois, de discriminar:

1.º Alheiação, em sentido estricto, como compra e venda, a troca.

2.º Locação.

3.º Aforamento.

A coisa, objecto do contracto, é *propria*, mas está *alhejada*, *locada* ou *aforada*. Assim procedendo, o agente o faz *fraudentamente*, porque tira proveito illegitimo, espoliando a terceiro a quem engana, pela boa fé apparente do contracto.

### N.º 3

*Dar em caução, penhor ou hypotheca, bens que não puderem ser alienados, ou estevirem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles.*

488. No Código anterior se previam os casos de alheiação de coisa propria especialmente hypothecada a terceiro (art. 264, § 2.º, ultima parte), e de hypotheca especial da mesma coisa a diversas pessoas, não chegando o seu valor para pagamento de todos os credores hypothecarios (§ 3.º). Na disposição do código vigente temos que distinguir duas especies:

a) Dar em caução, penhor ou hypotheca bens que não puderem ser alienados, como os bens dotaes, etc. A fraude assenta na dissimulação ou occultação dessa qualidade de inalienavel, induzida assim a parte a contractar, com garantias sem valor legal.

b) Dar em caução, penhor ou hypotheca bens que estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles. O crime verifica-se pelo facto de se achar a coisa, dada em garantia real, pignoratícia ou hypothecaria, gravada: 1) de onus real (usufructo, uso, habitação, servidão, penhor, antichrese, hypotheca, e as rendas expressamente constituídas sobre immoveis, mas sem inscripção, ignorando o segundo credor sua existencia; 2.º) de encargos legaes ou judiciaes, affirmando o devedor a isenção delles. Referindo-se á primeira destas modalidades, como vinha expressa no código anterior, assim se externa o conselheiro LAFAYETE: “O elemento moral da especie de estellionato consiste na fraude, no dolo, pelo qual o devedor obtem dinheiro do segundo credor, occultando a existencia da primeira hypotheca, e de s’arte enganando-o *com uma garantia illusoria*. Assim é corrente que deixa de haver entellionato, sempre que o devedor declara ao segundo credor a existencia da primeira hypotheca. E tal é a doutrina do Direito romano, fonte do art. 264 do código criminal. Fr. 3 § 1.º, *Stellion.*,”



17,20. — Maxime si quis rem alli obligatum, *dissimulata obligatione*, per calliditatem *alli* distraxerit. VOET, *codem*, n. 2: Idemque est, si rem alteri rursus obliget, *dissimulata obligatione*, Vej. tambem o fr. 36 § 1.º D. de pignorib act. 13, 7, e MAYNZ, *Cours de droit rom.*, § 246, observat. Entendida neste sentido a disposição do § 3.º do art. 264 do cod. criminal, é fóra de duvida que a segunda hypotheca, ainda quando o valor do immovel não é sufficiente para o pagamento de todos os credores hypothecarios, não póde constituir estellionato, estando inscripta a primeira hypotheca.

Feita a inscripção, a publicidade se presume *juris et jure*.

A ninguem, com effeito, é licito allegar ignorancia da hypotheca inscripta. Isto posto, o devedor, inscripta a primeira hypotheca, não póde illudir a boa fé do segundo credor, porque ahi está o registro, fonte de informação para os interessados.

O credor, por seu turno, não póde allegar ignorancia, porque a publicidade do registro legalmente a exclue.

Se accéita hypotheca sobre immovel, já gravado de outra hypotheca, é porque quer e não porque se deixasse illudir.

Desapparece, pois, o elemento moral do delicto. Nemo videtur fraudare eos qui et consentiunt (fr. 145 D. de *reg. jur.* 50, 17). No sentido exposto entendem os escriptores francezes o art. 2.059 do cod. civil. Vej. MOURLON, III, n. 1.197

Se, porém, a primeira hypotheca já estava reduzida á escriptura publica, mas não tinha sido ainda escripta, e o devedor faz segunda hypotheca a terceiro; se em tal caso a primeira é inscripta antes da segunda, dá-se o estellionato, porque a boa fé do segundo credor, visto ignorar elle a existencia da primeira hypotheca, foi illudida, e a fraude triumphou.

O decr. n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 4, sujeitou ás penas do estellionato o mutuario que fizesse inexactas ou falsas declarações sobre estarem ou não os seus bens sujeitos a quaesquer responsabilidades por hypothecas legaes.

#### N.º 4

*Alheiar ou desviar os objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoraticia*

489. A fonte desta disposição foi o art. 18 § 2.º do decr. n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, que dispõe: “Serão punidos com as penas do art. 264 do Cod. criminal a *alienação* sem consentimento do credor e os *desvios* dos objectos que tiverem sido dados em penhor para a celebração de taes emprestimos (os feitos a agricultores, sob penhor de colheitas pendentes, productos agricolas, de animaes, machinas, instrumentos e quaesquer outros accessorios não comprehendidos nas escripturas de hypothecas), e, bem assim, todos e quaesquer actos praticados em fraude das garantias do debito contrahido”. O decr. n. 165 A, de 17 de janeiro de 1890, que torna mais clara esta dispo-

sição, diz no art. 3.º, n. II: “§ 3.º As penas do art. 264 do código criminal e do art. 18 § 2.º do decr. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, contra as que alheiem ou desviarem o penhor agrícola sem acquiescencia do credor, ou perpetrarem qualquer acto em fraude da garantia pignoratícia não abrangem os mutuários, que fizerem alienação, subrogando o penhor, mas alcançam os que de má fé desampararem a cultura e os que empregarem o empréstimo em uso estranho ao fim do penhor agrícola”. Tais disposições, diz JOÃO VIMARA, deviam ter ficado onde se achavam e não ser transplantadas como foram, com muitas outras para o texto do código penal, o que já nos fez dizer algures que este mais parecia uma collecção de regulamentos. A transplantação faz surgir duvidas.

Assim, o VISCONDE DE OURO PRETO, referindo-se ao assumpto, nota que “estas penas podem ser hoje as do arts. 331, n. 2, 332 e 338, ns. 3 e 4, do código penal, conforme a especie”.

O código toscano, art. 404, cujo systema hybridó o nosso seguiu, tinha especies parallelas aos ns. 1 a 4 do texto.

N.º 5

*Usar de artificios para surprehender a boa fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o a erro ou engano, por esse e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito.*

490. Se nos numeros anteriores deste artigo, se encsam casos particulares, que o legislador tem cada um como figura do estellionato, neste se adopta uma formula mais geral, comprehensiva de hypotheses diversas, e segundo a qual o crime se concretisa no facto de quem, por meio do engano, causa dolosamente injusto damno patrimonial a outrem. São elementos do crime:

- 1) o meio enganador;
- 2) a disposição patrimonial;
- 3) o dolo.

491. — 1) O *engano* é a característica verdadeira do estellionato, o extremo que o differencia dos demais delictos patrimoniales.

Effectivamente, se no furto, ha a tirada ás mais das vezes occulta e sempre *invito domino*; se no roubo e na extorsão ha o emprego da violencia ou de meio intimidativo, no estellionato, o engano é o meio empregado pelo agente para determinar, em seu proveito, que outro, em prejuizo proprio, lhe transfira a coisa.

Por isso mesmo que o engano é preordenadamente empregado para conseguir a disposição patrimonial, é um engano *artificioso*, engendrado e *causativo* da mesma disposição. Não ha, pois, estellionato se o engano não provem da actividade do agente, mas de causa a elle extranha, nem se é empregado posteriormente á expoliação patrimonial, por exemplo, para o desvio feito.

Para a devida clareza, cumpre, com TOLOMEI, distinguir no engano, assim assignalado, seus dois elementos componentes, isto é, o elemento subjectivo, referente ao *artificio* ou *ardil*, e o objectivo, referente ao effeito primeiramente desejado pelo agente, isto é, o *erro*.

O engano, pois, como conjuncto desses dois elementos, vem a ser o *induzimento em erro*. Na pratica, ás mais das vezes, se tem empregado promiscuamente ora o termo — *engano*, para denotar seus elementos — *artificio* ou *erro*, ora cada um destes para denotar o todo, e dessa confusão, que cumpre evitar, é exemplo o nosso codigo empregado redundantemente, como equipolentes, os termos *engano* e *erro*. Appreciemos destacadamente os dois elementos.

492. O codigo italiano, art. 413, falla em “*artificios* ou *ardis* aptos para enganar ou surprehender a boa fé de outrem”, e o nosso codigo, que o tomou como fonte, no caso, fala equipollentemente em “*artificios* ou outros *meios astuciosos* para surprehender a boa fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança”, a esta triplice finalidade proxima, limitando o *engano*.

CARFORA distingue o *ardil* do *artificio*, dizendo que “o *ardil* consiste em uma mentira provida de positivos argumentos verbaes de credibilidade e sustentada por todos os modos que podem ser mais aptos para fazel-a acolher como verdadeira; o *artificio* consiste em um apparatus material, que serve para dar apparencia de verdade a falsidade, o que os francezes dizem *mise en scene*, e que consiste exactamente naquellas machinações urdidas para levar outrem a engano, de que fallam LABEON e SERVIO.”

Mais ou menos são os conceitos que dá PUGLIA dizendo que “*ardil* é todo estratagemma insidioso ou astuto que é empregado para enganar a boa fé de outrem; e *artificio* se verifica todas as vezes que para produzir engano se recorre á arte.”

Vamos ver que taes conceitos têm valor relativo e contingente. No campo doutrinario procurou-se caracterisar o meio enganador segundo a sua natureza, com isto discriminando-se a fraude civil da fraude criminal. Diversas theorias se formáram, e que não chegáram ao fim collimado, bastante é ter em vista a critica que os propugnadores de umas oppõem ás outras. Com a doutrina belga chamada da *triage*, e que em França tem apologistas como PLANIOL, BEDARRIDE e outros, reconheceu-se como caracteristico differencial das duas fraudes a gravidade, que é maior na fraude criminal do que na civil, e, como abstractamente não se pôde estabelecer um principio geral discriminador, devia-se deixar ao tacto do magistrado decidir em cada caso a occorrença de uma ou outra fraude, e, assim convertendo-se o *arbitrium* em principio regulador da punibilidade, o que importa na derrocada da norma fundamental do direito penal moderno — *nullum crimen sine lege*.

Negando toda distincção entre fraude civil e fraude criminal, autores de renome vêm justificada a sanção penal, ou o estellionato integrado, sempre que houver injusta e dolosa expoliação patrimonial de outrem por meio do engano (TOLOMEI, KLIEN, MAZZINI, IMPALLOMENI).

O que nos cumpre indagar é se o nosso legislador admittiu a distincção entre uma e outra fraude e na affirmativa, qual a theoria que adoptou, e assim se determinar a natureza do meio enganador.

493. Por influencia sobretudo de VIVEIROS DE CASTRO, julgados diversos de nossos tribunaes têm admittido, para caracterisar o meio enganador do estellionato, a theoria franceza, conhecido como theoria da *mise en scene*. Segundo esta theoria, os artificios, ou como diz o codigo penal francez, as manobras fraudulentas, consistem em uma combinação de factos, em uma machinação, preparada com mais ou menos habilidade, um estratagemma urdido com mais ou menos arte com o fim de illudir um terceiro; mas para que as manobras sejam puniveis é preciso que tomem corpo, revistam uma forma, tornem-se por assim dizer visiveis e tangiveis. A lei não pune a simples mentira.

Ella não pune portanto as palavras embusteiras, artificiosas, as esperanças, isoladas de qualquer facto externo.

Os actos externos consistem, por exemplo: na intervenção de um terceiro, na exhibição de uma carta, de um papel, em factos de natureza a confirmar a fraude, uma viagem, uma encenação qualquer, em um embuste anticipadamente preparado.

São circumstancias que corroboram a mentira, lhe dão corpo, forma e portanto constituem as manobras fraudulentas (LUIZ DAVID). Sustentando esta theoria, escreve CARRARA: “A *mise en scène* não é uma formula empirica, não designa uma materialidade sem sentido juridico. Pelo contrario, a *mise en scène* completa o elemento subjectivo e o elemento objectivo da criminalidade.

Completa o elemento subjectivo, porque mostra uma astucia maior, uma pertinacia maior da vontade criminoso, um homem mais temivel á sociedade. Completa o elemento objectivo, porque as apparencias exteriores architectadas para acreditar a palavra mentirosa tornam mais sensivel a credulidade da victima, e trazem ao facto um damno mediato, que não surgiria a respeito de quem tivesse acreditado na simples palavra do primeiro recém-vindo.”

Entretanto, a critica notou seu character formalistico (TOLOMEI), seu character absoluto, quando exclue a simples mentira, muitas vezes apta para enganar (GIURATI), e insufficiencia para discriminar a fraude penal da civil, nesta occorrendo tambem as apparencias enganadoras (CARFORA). O proprio VIVEIROS DE CASTRO isso mesmo veio a reconhecer implicitamente, recorrendo ainda a escriptores francezes, a CHAUVEAU e HÉLIE, que, em ponto de vista subjectivo, procuram distinguir o dolo civil do dolo criminal, fazendo aquelle consistir no intuito de lucrar, e este no de prejudicar a terceiro; o primeiro comprehendendo os actos simplesmente mentirosos, a simulação nos contractos, a exaggeração do preço ou das qualidades da coisa vendida, e o segundo, ao lado das mentiras e das simulações, empregando tambem as manobras e artificios fraudulentos. Mas, como observou GIURATI, essa distincção não tem o cunho da realidade, porquanto as duas fraudes tendem a um pro-

veito, procurado contra a vontade de outra pessoa, e, assim, tal proveito tendo como consequencia necessaria o prejuizo de terceiro.

494. A theoria da *mise en scène* é ainda insufficiente por não determinar a efficacia das manobras fraudulentas, isto é, si de natureza a comprometter a *prudencia* e a *sagacidade ordinarias*, ou mas limitadamente, si bastante sendo que *tenham illudido a credulidade da pessoa que dellas foi victima*.

Procurando completal-a, sustentou MILTERMAIER que a fraude é punivel quando revestida de apparencia apta para enganar um *homem prudente*, e no mesmo sentido RAUTER e LANDRY, dizendo aquelle que “*o codigo penal tem em vista só a fraude de que é impossivel garantir-se com uma attenção e uma experiencia ordinarias, e a lei penal não deve ser a tutora habitual dos cidadãos.*” E’ tambem a jurisprudencia franceza, em primeira orientação, sustentando o saudoso magistrado brasileiro que “para existir o delicto de estellionato, é necessario que as manobras fraudulentas possam comprometter a *sagacidade ordinaria*, illudir a *prudencia* que deve dirigir o negociante nas operações do seu commercio... O artificio tonto e grosseiro que só pôde illudir um nescio não constitue o elemento material do delicto. 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. Neste caso o dolo que possa existir é civil e não criminal; não dá logar á imposição de pena, a sua sancção é a nullidade do contracto, segundo os principios do direito civil. (*Sentenças e decisões em materia criminal*, p. 372).

Criticando esta theoria, nota LUIZ DAVID, que é uma theoria perigosa. Se um individuo é de intelligencia acanhada, não deve a lei por isto protegê-lo? Pelo contrario, não é natural precisar elle de maior amparo do que os vivos e sagazes?

Será o delinquente menos culpado, como observa DALLOZ, porque bastou-lhe para conseguir o seu fim ter apenas preparado uma grosseira manobra? Não, a lei deve igualmente proteger as pessoas ignorantes e ingenuas, que os mais simples artificios illudem, como as intelligentes e instruidas que sómente cahem em laços admiravelmente urdidos. Sem duvida seria para desejar que toda a pessoa tivesse a necessaria dose de bom senso e perspicacia para frustrar os artificios que lhe armam; mas sua falta de intelligencia, sua incapacidade para defender-se justificam a fraude contra elle empregada? E’ certo que a manobra grosseira é menos perigosa, porque revela um delinquente inhabil, mas o delicto não desaparece por este facto. Tal é tambem a opinião de BLANCHE; o sabio autor observa que a razão está indicando o character criminoso da manobra; a necessidade de sua repressão desde que ella illuda aquelle contra quem foi preparado.”

Com argumentação tambem convincente, notam CHAUVEAU e HÉLIE que a previdencia dos homens depende em grande parte da sua instrucção, do cultivo intellectual; da experiencia.

Os que não são dotados dessa previdencia, os igno:antes, os inexperientes e os falhos de intelligencia não ficam por isso desprotegidos da lei. Dahi se infere que os factos constitutivos dos artificios, manobras fraudulentas, etc., só pódem ser apreciados tendo em vista a sagacidade e a prudencia da victima; seus caracteres ficam subordinados ás qualidades de espirito, á posição social e á propria profissão da pessoa. O que cumpre examinar, portanto, não é só se os factos eram de natureza a enganar a prudencia ordinaria dos homens, porque essa prudencia é variavel e as suas precauções são maiores, ou menores, conforme a posição de cada um; é necessario, porém, verificar si esses factos eram capazes de illudir a previdencia de que devia ser dotada a pessoa que se queixa, de enganar os conhecimentos e a sagacidade que supõem o seu estado, sua educação, sua posição, em uma palavra: incumbe examinar se a victima foi temeraria ou imprevidente, se praticou uma falta acreditando facilmente em illusões grosseiras. E', pois, uma apreciação relativa, não pôde ter uma base geral."

Nesse sentido se orientou depois a jurisprudencia franceza, e se firmou a theoria desenvolvida por GEIB, substancialmente accorde com a de MASUCCI, PESSINA, TUOZZI e outros, theoria que inspirou o codigo penal italiano, e o nosso, que o tomou como fonte. Apreciemos este ponto por ser de maxima importancia.

495. Recorrendo aos trabalhos preparatorios do codigo italiano, vemos que, partindo da intuição dominante da distincção entre fraude civil e criminal, PUCCHINI, relator da sub-commissão, propondo se substituisse a expressão — *atti ad ingannare od a sorprendere l'altrui buona fede*, pela de — *atti ad eludere la commune avvedutezza*, por entender que esta sagacidade media era a tutelada pela lei. A emenda foi, porém, regeitada, diante das considerações de NOCITO, que fez ver que a burla (*truffa*) não consiste em illudir a sagacidade commum, mas surprehender a boa fé do particular, pouco importando se a sagacidade commum podia evitar o engano quando effectivamente uma pessoa foi enganada.

Diverso é o engano na troca da moeda destinada á circulação e que deve ter precisamente a aptidão para surprehender a sagacidade commum. Diverso é o engano na burla, em que entra o calculo da escolha da victima e das suas condições individuaes ou particulares. *Il truffatore*, conclue incisivamente o parlamentar italiano, *che s'indirizza all'inesperto contadino per fargli accettare come cento lire un biglietto da cento baci della banca de complimenti, sorprende la buona fede della vittima, ma non si serve di un raggio atto ad eludere la comune avvedutezza.*" Por sua vez observou MARCORA que "com a formúla da sub-commissão o juiz seria obrigado a indagar do gráo de sagacidade do fraudado para ver se responde ao nivel da sagacidade commum, mas cada um comprehende quanto poderia ser vago, elastico, mutavel o criterio de cada juiz no determinar a medida da sagacidade commum." Por este precedente legislativo, diz GIURATI, se vê que a palavra *altrui*, da phrase *atti a sorprendere l'altrui buona fede*, não se refere á collectividade

inteira, á massa, mas ao individuo contra quem reverte a fraude. E seria verdadeiramente deploravel se assim não fosse, pois, ao passo que no systema do codigo, a restricção da defesa agrava o delicto, para o estellionato, ou para um delicto no qual se desenvolve um conflicto entre duas intelligencias, a inferioridade intellectual (que corresponde exactamente a uma menor tutela *organica*) da victima levaria antes a exonerar o burlão. Justamente foi notado que a escolha da victima e das suas condições individuaes é uma parte saliente da habilidade de tal delinquente.

São considerações que se applicam inteiramente ao nosso codigo. Assim, o artificio ou meio astucioso, que pôde se manifestar por uma palavra, por um gesto, por uma *simulação real* ou *pessoal* (fingimento quanto á coisa ou sua qualidade, ou quanto á qualidade do agente), ou por uma *dissimulação real* ou *pessoal* (ocultação de qualidade da coisa ou pessoa), deve ser apto para enganar a pessoa contra quem se dirige, ou deve ser considerado relativamente a sua mentalidade. Por outra, 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, isso é, a prudencia da victima no momento do engano e do crime (G. MARCIANO, *Il titolo decimo del Cod. pen. ital.*, p. 224, Accord. de 27 de janeiro de 1897 da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal do Districto Federal).

496. Como vimos (n. 491), o erro vem a ser o engano encarado em seu aspecto objectivo, ou como seu resultado, e é por elle que se opera a disposição patrimonial prejudicial.

O erro, no caso, é o estado de consciencia em que não ha conformidade entre a representação e a realidade, determinando a disposição patrimonial que do outro modo não se effectuaria. A lei fala em *induzir em erro*, e como *induzir* significa persuadir, mover, decidir a fazer qualquer coisa, é o *alicerce* o *persuadere* dos latinos (OLLANDINI), segue-se que o artificio, causador do erro, deve consistir em *acção*. Ficam, pois, excluidos os casos de *omissão*, de *silencio* guardado sobre o erro em que já labora a pessoa.

Cumpre, porém, com CARFORA e TOLOMEI, distinguir o caso em que a pessoa é mantida em erro, ou impedida delle sahir por manobras enganadoras, que podem formar uma habillissima e insidiosa *mise en scène*, porquanto é caso substancialmente equivalente daquelle em que o agente faz surgir directamente o erro, em ambos os casos o erro não sendo effeito de circumstancias independentes da sua vontade, mas de suas machinações. Tanto causa erro estabelecer as condições que devam geral-o em outrem, quanto remover os obstaculos que fazem-n'o dissipar. Neste sentido, cita TOLOMEI julgados de tribunaes italianos, reconhecendo estellionato:

1.º) aproveitar-se de uma factura de outrem, que por erro de homonymia lhe foi entregue, e retirar as mercadorias respectivas (Cassação, 5 de janeiro de 1897);

2.º) receber, por erro, um vale dirigido a outrem, seu homonymo, e descontal-o (5 de dezembro de 1901);

3.º) aproveitar-se do erro da administração da estrada de ferro, que expediu dois conhecimentos para uma só caixa de mercadorias, e contragel-a judicialmente a pagar a importancia da segunda caixa (27 de julho de 1908).

O caso em questão se distingue facilmente do previsto no art. 331, n. 1, porque neste ha apropriação de coisa alheia *que venha ao poder* do agente por erro, ao passo que, no estellionato, o erro é mantido por manobras fraudulentas *para que a coisa venha* ao poder do delinquente; alli a acção se desenvolve sobre a coisa já consignada, sem estender-se ao erro que fez a consignação, aqui a acção se desenvolve sobre o erro mesmo, com o fim de tornal-o operativo da consignação, ou da entrega da coisa.

Não se pôde fallar em induzimento em erro quando o sujeito fôr um alienado, um ebrio, um menor inimputavel, por isso que o estellionato presuppõe a acção de uma intelligencia sobre outra, e esta fallece no caso. A acção constituiria um furto (GIURATI).

497. Como questão connexa, é de indagar se é admissivel estellionato quando a disposição patrimonial occorra por obra de uma coisa ou de outra pessoa que não o prejudicado.

Trata-se na primeira destas hypotheses do uso artificioso de certos mechanismos, como os destinados a assignalar determinadas prestações (*registros*) ou distribuições de bens ou serviços (*distribuidores automaticos*). Assim, no caso de alteração do registro da agua ou do gaz, ha estellionato, como bem nota TOLOMEI, porque o agente obtem proveito illicito, induzindo em erro o fornecedor, que enganado pelo registro, por aquelle alterado, lhe faz pagar menos do que o devido. A medida se faz no momento em que o fluido passa da posse do fornecedor para o consumidor: a alteração fraudulenta é feita no aparelho não com o fim de deixar passar uma quantidade de fluido que não devia passar, mas com o fim de impedir o registro. E', pois, não a posse desta parte de fluido, mas o preço respectivo que o consumidor consegue e com fraudé. Haveria furto se o fluido fosse desviado, antes do registro. Definindo o *automato* ou *distribuidor automatico*, diz MANZINI que é uma machina destinada a um fim determinado, para cuja consecução é necessaria a acção humana, geralmente consistente em uma prestação pecuniaria.

Esta acção, ao mesmo tempo que constitue a compensação do que se requer do aparelho automatico, vence o obstaculo posto pelo empresario ao funcionamento livre da machina.

Distingue os automatatos distribuidores de mercadores, distribuidores de serviços ou assegurores automaticos.

No caso de quem introduz no distribuidor automatico de mercadorias, funcionando normalmente, um pezo de metal sem valor ou uma moeda de valor inferior ao requerido pela prestação que o agente obtem, ha furto qualificado pelo art. 404, n. 5, do cod. penal italiano. Em caso de distribuidor



de serviços, a qualificação jurídica do furto não é mais possível porque o serviço (pezo de musica, indicação do pezo, etc.) não é uma coisa movel, e como nenhuma outra é admissivel, a hypothese fica impune.

Emfim, quem, com um dos meios fraudulentos apontados, tira de um distribuidor automatico uma apolice de seguro, commette furto, e servindo-se della para enganar a sociedade seguradora, o crime de estellionato.

Passemos á outra questão, isto é, se ha estellionato quando o enganado é diverso do prejudicado. Ao contrario de certos codigos que usam de formula que parece requerer identidade pessoal de prejudicado e enganada (de Friburgo, art. 259, de Zurich, art. 182, da Hungria, art. 379; do da Noruega, art. 270, que exige uma identidade relativa, isto é, que o enganado represente a vontade do prejudicado; os codigos francez, allemão, italiano, o nosso e outros contêm formulas que autorizam interpretações diversas.

Recorrendo aos precedentes legislativos do código italiano, vemos não só que a questão foi presente aos seus formuladores, como tambem repellida a solução que exigia a identidade pessoal.

Effectivamente, pelo deputado ROSANO foi proposto, e pela Camara acceito, que se substituísse a expressão — “raggiro atto a sorprendere la buona fede altrui” pela de “raggiro atto a sorprendere la buona fede *del danneggiato*”; mas no Senado, o relator COSTA impugnou a emenda, afinal rejeitada, notando que “o arдил e o engano podem ser usados tambem de modo indirecto, nem é difficil imaginar hypothese na qual a pessoa que consigna a coisa e que se torna definitivamente prejudicada seja diversa da que foi induzida em erro.” A jurisprudencia italiana tem sido oscillante, mas as decisões que excluem a sancção penal da burla quando ha diversidade pessoal de lesado e enganado não se estribam em razões seguras, como mostra TOLOMEI.

Como bem nota LISZT, é o enganador quem prejudica o patrimonio do enganado; mas isto não obsta que varios intermediarios sejam utilizados como meios. O burlão, assim como se serve do prejudicado mesmo, pôde tambem servir-se, segundo os principios geraes, de outras pessoas como meios para os seus fins.

Por outros termos: não é necessario que a pessoa enganada, e a pessoa prejudicada sejam identicas. Sem duvida, o enganado deve de facto estar em condições de poder dispor do patrimonio da pessoa a prejudicar de um modo a esta damnosos, mas não é necessario que esta situação resulte de uma relação jurídica especial entre o enganado e o prejudicado.”

Assim, podendo ser estes diversos, o enganado pôde estar em uma relação jurídica especial com o prejudicado, como quando é seu representante, ou sem essa relação, bastando uma *possibilidade de facto*.

E' tambem a lição de HALSCHNER, SCHWARTZE, OLSHAUSEN e outros.

Em um processo, nota ainda LISZT, pôde uma das partes prejudicar a outra, mediante engano do juiz; mas neste caso é necessario que não se trate de allegações, cuja falsidade pôde ser facilmente reconhecida pela adver-

tencia da outra parte (ou da pessoa a prejudicar), e não confirmadas por provas que influenciem o animo do julgador; faz-se mister que o engano provenha de provas.”

498. — II) A *disposição do patrimonio* é outro elemento essencial, aquelle que culmina e completa a acção do estellionato e, pois, o seu momento consummativo. Diz-se *disposição* patrimonial porque é característico do crime apreciado que, pelo erro creado pelo agente, o sujeito passivo seja o proprio quem *disponha* da coisa ou bem em proveito daquelle. Tem sido empregado o termo *consignação* para denotar esse elemento, mas inadequadamente, porquanto significando remessa material da coisa, objecto da fraude, não abrange outras variadissimas modalidades que não requerem uma actividade positiva, mas uma inacção damnosa, por exemplo, uma renuncia (TOLOMEI). Dois pontos ha que apreciar na disposição patrimonial, a saber: que coisas podem formar seu objecto, e em que se concretisam o proveito e o damno resultantets da disposição.

499. Ao contrario do que se dá no furto, em que pela propria natureza da acção, a tirada ou subtracção, só lhe podem ser objecto as coisas moveis, materiaes, no estellionato, onde mediante engano se procura um proveito injusto, com prejuizo de outrem, uma tão ampla noção é comprehensiva de innumeraveis modos de obtenção de proveito, e correlatamente de innumeraveis especies de objectos productores de proveito. Assim, a burla póde recahir em dinheiro e outras coisas, titulos creadores ou extinctivos de obrigações, immoveis, serviços, o simples uso.

Por outra, tem por objecto o patrimonio, em qualquer de seus aspectos, direitos pessoaes ou reaes. Essa amplitude de objecto resalta não só da formula, ora apreciada, do n. 5 do art. 338 do nosso codigo penal, como das outras disposições deste artigo.

O outro aspecto da disposição patrimonial é o referente ao *proveito* e ao *damno* decorrentes, effeitos intimamente ligados.

O codigo penal italiano faz referencia expressa a esses effeitos (*injusto profito e altrui danno*); o nosso apenas, e redundantemente se refere ao primeiro delles (lucro ou *proveito*), mas a omissão só póde ser entendida, por considerar o legislador que o damno ao patrimonio do offendido é de decorrença necessaria do proveito auferido pelo delinquente.

O proveito comprehende não só o augmento do patrimonio, e portanto a aquisição de um novo direito real ou pessoal, senão tambem todo avançamento da situação patrimonial.

Isto se dá, e sómente se dá, quando o facto faz crescer o *valor* pecuniario do patrimonio. Neste caso tanto póde estar a segurança de direitos já existentes (mediante penhor, caução, letra, documento, etc.), como o augmento material de bens, e ainda o evitar-se a ameaça de um damno (LISZT).

Embora o nosso código não deixe explicito, como faz o código italiano, é essencial que o proveito seja *injusto*, isto é, consistente em uma vantagem, em um lucro a que o agente não tenha direito.

Não se dá, pois, estellionato se o engano artificioso foi o meio empregado para o bom êxito de uma pretensão legítima e já exigível.

500. Correspondentemente ao proveito, o dano deve ser de conteúdo patrimonial, isto é, consistir em prejuízo apreciável em dinheiro. Não se estribam, pois, em boas razões jurídicas, como evidenciam GARRAUD e GARÇON, os julgados de tribunais francezes, considerando estellionato, os casos de quem, por engano, consegue uma carta dirigida a outrem, e sem valor venal, e sem que o agente tivesse intuito de lucro, e do jornalista que, mediante uso de falso nome e de falsa qualidade, consegue um relatório de um conselheiro municipal. Por igual não haveria estellionato no caso de quem, mediante engano, simulando um avultado patrimônio, chega a desposar pessoa economicamente bem provida, porque a manobra foi tendente, não a dispor do patrimônio, mas ao matrimônio. Integrando, porém, o estellionato é o caso, apreciado na prática franceza, do indivíduo que simulando falso nome e avultada fortuna, estipula contracto matrimonial e consegue o dote da mulher (DORIGNY).

Como adverte LISZT, dano patrimonial não é somente a diminuição do patrimônio, isto é, a perda de um direito real ou pessoal, senão também tudo o que torna pior a situação d'elle (por exemplo, o facto de provocar-se um perigo de perda).

O dano dá-se, pois, e somente se dá, quando em razão do facto soffre redução o valor pecuniário do patrimônio.

Póde estar neste caso a renúncia de uma segurança relativa a uma pretensão existente; só o póde estar o facto de frustrar-se um ganho futuro, quando este já era objecto de uma pretensão.

O dano ao patrimônio póde ser permanente ou transitorio; a possibilidade de futuro resarcimento não exclue esta idéa.

501. Por ser de máxima relevancia, e por não ter sido dada solução uniforme, dividindo autores e contrapondo-se entre si arestos, é de examinar a questão assim formulada por CARRARA: "Póde ser processada como estellionato a inobservancia de um contracto torpe quando a torpesa está em ambos contrahentes?"

A questão, assim syntheticamente formulada, para maior clareza póde ser, segundo GIURATI, decomposta nestas duas: a) Constitue estellionato determinar alguém a uma prestação torpe ou immoral, sabendo não poder satisfazer a convencionada compensação? E' o caso communmente citado de servir-se de uma prostituta, não lhe pagando o *pretium carnis*.

b) constitue estellionato fazer desembolsar uma somma como preço de uma acção immoral, ou de um verdadeiro e próprio delicto, que não se executa, nem se tinha a intenção de executar?

Entram nesta categoria, entre outros, o da meretriz que recebe o *pretium carnis* sem se prestar á satisfação genesica, o do feiticeiro ou cartomante que assegura, mediante encantos ou a sorte, o exito de um furto, de uma conquista amorosa ou coisas semelhantes, o do sicario simulado ou daquelle que é pago para matar e não cumpre o convencionado, o da proxeneta simulada, que recebe paga para conseguir formosa donzella a um devasso e o illude, o *vol á l'americaine*, ou o *conto do vigario*, o caso de *guitarra*, que ha pouco tempo foi objecto de ruidoso processo na Capital Federal, etc.

A questão, nestes dois aspectos, ou syntheticamente, poderia com toda a segurança ser resolvida pela negativa, dizendo simplesmente com LISZT, que não pôde haver estellionato porque a pretensão, que foi illudida, não é reconhecida pelo direito.

Ao mesmo resultado chegaríamos, apreciando destacadamente cada uma das questões, em que se decompõe a questão geral, como vamos ver.

No primeiro caso, não se desenha a figura do estellionato, porque não ha um damno essencialmente patrimonial, e no segundo, egualmente não se configura aquelle crime, porque, não obstante a diminuição de patrimonio, não ha damno *reparavel*, isto é, com o duplo caracteristico de lesão *patrimonial* e de lesão *juridica*. Estes requisitos, exigidos pela lei civil, são tambem presuppostos na lei penal. São nullos de pleno direito os actos que versam sobre objecto illicito (Cod. civil, art. 145, n. II); não pôde propôr ou contestar acção quem não tiver legitimo interesse economico ou moral (artigo 76) — são normas fundamentaes do nosso direito civil, em consonancia com o dos povos cultos. São tambem presuppostos do direito penal, porque este, em relação aos demais ramos do direito, é seu complemento, e seu sancionador pela protecção reforçada que dispensa pela pena. (LISZT). Punindo o estellionato, o direito penal o faz para reforçar a protecção dada pelo direito civil a actividade patrimonial, traduzindo-se, nos limites do justo, em convenções, e cujo elemento essencial, a *bona fides*, surprehendida pelo engano, dá logar áquella figura delictuosa.

Não se pôde, pois, conceber tal delicto quando torpe, immoral é a transacção, e na torpeza versam ambos os contrahentes. Contra a objecção de que uma dellas soffre diminuição de seu patrimonio, impune ficando a fraude, que isso occasiona, é de redarguir, com JANNITTI DI GUYANGA e GIURATI, que o problema merece ser considerado de um ponto de vista mais elevado. A sociedade, no fundo, não deve e não pôde lastimar que o dinheiro que se queria destinar á perpetração de um delicto, seja subtrahido áquelle que tão reprovadamente usou de sua fortuna.

Nos factos sociaes existem estas compensações: a impunidade gozada pelo fraudador é contrabalançada pela impossibilidade em que se encontra o fraudado de perpetrar o crime premeditado. Do mesmo modo já se extinguiu CARRARA, ponderando que “o dinheiro desembolsado para fim illicito é um valor que o proprietario perde por sua criminosa vontade; elle é victima de sua propria torpeza ou malvadez; a perda do dinheiro é uma pena merecida.

O enganado tinha sem duvida um direito manutenivel ao seu dinheiro; mas era esse um direito alienavel á sua vontade.

Elle alienou espontanea e livremente esse direito, permutando o dinheiro pela promessa de uma acção immoral ou criminosa; portanto não pôde queixar-se da perda de sua propriedade. Queixa-se de si mesmo por ter consentido em trocar o seu direito legitimo sobre o dinheiro por uma esperança que a lei não reconhece, nem podia reconhecer como direito. Sustentar outra opinião é collocar a lei penal em contradicção com a lei civil, o que é um absurdo (*Opusculos*, vol. 7, ps. 268-69). Tal a doutrina que, entre nós sustentaram VIVEIROS DE CASTRO e MACEDO SOARES, a proposito especialmente do *conto do vigario*, em que vê o ultimo, antes um furto por apropriação.

Julgados têm perfilhado solução contraria, reconhecendo a figura do estellionato, solução que, em relação aos pactos illicitos, em geral, tem o apoio de autoridades como TOLOMEI, STOPPATO, TUOZZI LUCCHINI, MARCIANO, IMPALLOMI, PUGLIA, JOÃO VIEIRA, etc.

Pela primeira solução, além dos criminalistas citados, se pronunciam PESSINA, ESCOBEDO, MOSCHINI, MAGRI, HAELSCHNER, SCHWARZE, OLSHAUSEN, BINDING, SCHUMMANN, KOHLER, etc.

Quanto á jurisprudencia, tem sido oscillante na Italia, e na Allemanha, se era pela não punibilidade, como fraude, variou com a celebre decisão do Tribunal Superior, de 14 de dezembro de 1910, em que considerou o damno patrimonial sob ponto de vista diverso do que é firmado pelo direito civil, e não desfeito o nexó entre o artificio e o damno quando o que cumpre a prestação sabia não ter direito a contra-prestação. Mas esse julgado não resiste á magistral critica de BINDING.

502. — III) O terceiro elemento do estellionato é o *dolo*. Como bem nota TOLOMEI, “a natureza tipicamente fraudulenta deste crime está em absoluta antithese com a concepção de uma especie de estellionato culposo, como seria, por exemplo, o facto de quem induzisse alguém em erro e á uma disposição patrimonial em proveito proprio ou de outro, affirmando factos ou circumstancias objectivamente falsos mais que acredita verdadeiros.” O meio empregado, artificio ou ardil, por si mesmo já é indicativo da sciencia da falsidade — *res ipsa dolum habet*. Mas, na especie não basta o dolo geral, a consciencia de, mediante engano, ter levado alguém a dispôr do proprio bem; é necessario ainda o intuito de lucro ou proveito o *lucri faciendi causa*, ou o *animus lucri faciendi*, que caracteriza o dolo especifico do crime.

Parece que o nosso legislador só admite estellionato quando o delinquente tenha agido no interesse proprio e não no de outro, pois diz: “procurar *para si* lucro ou proveito.” Se é exacto que na maioria dos casos, se verifica a primeira destas hypotheses, a segunda tambem pôde occorrer, mantida a figura do estellionato.

Como nota PESSINA, o delinquente pôde agir visando beneficiar a outrem, por exemplo, presentear a pessoa amada, concorrer para uma obra de beneficencia. Em todos estes casos, o uso de uma coisa alheia não pôde deixar

de ser identico ao de conseguil-a para interesse proprio. E' natural que o artificio ou manejo fraudulento possa ser commettido, quer em vantagem propria, quer em vantagem de outrem, e neste segundo caso o productor do engano é delinquente no interesse de um outro que tira proveito da acção criminosa." Assim deve ser entendida a lei, que por obscura redacção parece dispôr outra coisa.

A boa fé exclue necessariamente o crime. Assim, não commette estellionato o individuo que aproveita-se de meios astuciosos para livrar-se de prejuizos de que se veja ameaçado. O *animus lucri faciendi* é excluido pelo *animus damni vitandi*.

Será um modo fraudulento de reparação de damno injustamente soffrido, mas nunca estellionato, porque não se trata de um lucro illegitimo em detrimento de outrem, e unicamente de uma reintegração do proprio direito violado. Eguualmente, ainda que tenha havido prejuizo a outrem, agindo o individuo na crença de ser honesto o fim visado, pois, como bem notam CHAUCHEAU e HÉLIE, é a fraude que a lei quiz alcançar, e não projectos temerarios e arriscados, nem emprezas insensatas.

N.º 6

*Abusar de papel com assignatura em branco, de que se tenha apossado ou lhe haja sido confiado com obrigação de restituir ou fazer d'elle uso determinado, e nelle escrever ou fazer escrever um acto que produza effeito juridico em prejuizo daquelle que o firmou.*

N.º 7

*Abusar, em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdito ou incapaz, e fazel-o subscrever acto que importe effeito juridico, em damno d'elle ou de outrem, não obstante a nullidade do acto emanado da incapacidade pessoal.*

N.º 9

*Usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não puder satisfazer ou cumprir.*

503. Relacionamos estas tres disposições, porque a ultima nada mais é do que uma formula mais geral, em que virtualmente estão comprehendidos sómente as duas outras disposições, segundo mostram as fontes respectivas, e incisivamente pôz em evidencia EDUARDO DURÃO, seguido por JOÃO VIEIRA.

A fonte primitiva é o codigo penal francez, quando qualifica casuisticamente, como formas de abuso de confiança, a *circumvenção de menores*, ou abuso das necessidades, das fraquezas ou das paixões de um menor para obter

a entrega de bens moveis ou o reconhecimento de obrigações que não pôde contrahir (art. 406), e o *abuso de assignatura em branco* (*blanc-seing*), ou inserção fraudulenta em papel com assignatura em branco, confiado ao agente, de acto em damno do subscriptor (art. 407). O nosso codigo criminal, art. 265, como que em precipitado juridico, numa nitida crystallisação scientifica, resumiu ou synthetisou aquelles dois longos artigos do codigo francez, estatuinto com admiravel concisão — *usar de qualquer falsidade para constituir a outro em obrigação que não tiver em vista ou não puder contrahir*. Na expressão *que não tiver em vista* referia-se ao abuso de assignatura em branco, e na seguinte — *que não puder contrahir*, ás convenções realisadas mediante abuso ou circumvenção de incapazes.

O codigo vigente conservou essa formula geral, no n. 9 do art. 333, mas deformando-a, substituindo o termo *falsidade* por *fraude*, quando o que se tem em vista é precisamente o fabrico de um documento, imitando o verdadeiro, e o termo *contrahir* pelos de *satisfazer e cumprir*, que não indicam como aquelle o facto visado. Effectivamente, o menor, o incapaz, o que não pôde validamente é *contrahir* obrigações, e si não as *cumpre* ou *satisfaz*, não é porque não o possa, é por serem nullos os contractos a que a falsidade deu côr de verdadeiros. O crime consiste em falsificar um contracto com pessoa que o não pôde contrahir, e não com pessoa que podendo-o contrahir, entretanto não o possa depois cumprir por qualquer circumstancia, o que suppõe a validade do contracto. Além de deformar a disposição, baralhando idéas, o legislador inseriu nos ns. 6 e 7 do mesmo artigo os casos do abuso de assignatura em branco e circumvenção de incapazes, ou exactamente os casos unicos que se comprehendem na formula geral do n. 9 !!

Assim, tornou-se este, além de obscuro, inteiramente inutil ou superfluo, os casos que podia comprehender já estando previstos em outros numeros do mesmo artigo.

Por outro lado, nota JOÃO VIEIRA, o que não couber nos ns. 6 e 7 será outra forma de fraude ou de estellionato ou falsidade, ou apropriação indebita das que o codigo colloca entre o furto, ou não será crime algum. Apreciemos os casos dos ns. 6 e 7.

504. Como vimos, o enchimento abusivo de papel com assignatura em branco, constitue uma das modalidades do *abuso de confiança*, segundo codigo penal francez, art. 407.

O codigo penal italiano tambem o considera como crime de *apropriação indebita*, quando o papel tenha sido confiado pelo seu signatario com a obrigação de restituil-o ou delle fazer uso determinado, e *falsidade* quando não tenha sido confiado (art. 418).

Justificando esta distincção, que vinha assentada pela doutrina, observa PESSINA que o uso da folha de papel em branco para escrever coisa diversa daquillo a que era destinado, com prejuizo do signatario, é em substancia uma falsidade; mas que, si esse abuso é obra daquelle a quem o papel foi confiado, o crime de falsidade degenera em *fraude* ou *abuso de confiança*.

porque o meio de falsificação foi posto á disposição do delinquente pelo proprio individuo contra quem a falsificação é feita, que lhe confiou a assignatura em papel em branco. A contradicção da verdade nesse caso é pura fraude, ou *violação da fé privada*, porquanto toda alteração da verdade é fraude quando é praticada em prejuizo daquelle *que em nós confia*, e é *violação da fé publica*, isto é, das normas estabelecidas como garantia das verdades juridicas, quando não se trata de *confiança depositada no agente*, e da qual tenha este se servido para chegar a sem fim.

Substancialmente discorrem tambem os criminalistas francezes, como GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE e outros.

A distincção, que comprehende realmente factos distinctos e de gravidade diversa, foi olvidada de todo pelo nosso codigo, que amalgamou as duas hypotheses em uma só figura delictuosa, e ainda, desviando-se de suas fontes, erigiu tal figura a categoria de estellionato, quando deste não tem todos seus extremos essenciaes.

Effectivamente, se encerra uma fraude, não comprehende, porém, disposição patrimonial mediante artificio, porque o titulo é fabricado pelo proprio agente, enchendo o papel com assignatura em branco, que lhe pôde vir ás mãos até sem conhecimento do signatario, segundo estatue o codigo. O nosso codigo anterior considerava a especie como crime distincto do estellionato, no art. 265, primeira parte.

São elementos do crime, nos termos do n. 6 do art. 338:

1) um papel com assignatura em branco. Como tal se deve entender um papel que só contenha a assignatura de pessoa, ou se além da assignatura contiver palavras, estas devem ser absolutamente inaptas para contrahir uma obrigação.

Um papel que contivesse, além da assignatura, os elementos de um acto juridica perfeito, só poderia dar logar a um crime de falsidade, como, por exemplo, se alguém, tendo assignado um recibo, o consignatario delle sobrepuzesse no espaço deixado em branco um outro recibo, de modo a fazer parecer que a assignatura se referisse tambem ao recibo sobreposto (JOÃO VIEIRA).

Entende este criminalista que é indifferente que se trate de assignatura directamente apposta pela pessoa em cujo prejuizo se commette o abuso, ou de outra pessoa com mandato daquella.

A disposição legal não fundamenta esta opinião, encerrando claramente na clausula — *que o firmou*, o requisito de ser a assignatura directamente lançada pelo prejudicado.

2) que do papel se tenha apossado o agente, ou lh'o haja sido confiado com obrigação de restituir ou fazer delle uso determinado. Já vimos que a primeira destas hypotheses não é incluída pelos demais codigos como elemento do crime, e de cuja occorrença resulta outra figura de crime, a falsidade.

O apossamento, desde que não se delimita a causa, pôde resultar até de caso fortuito.



3) que haja abuso fraudulento, isto é, que o agente escreveu ou mande escrever um acto que produza effeito juridico em prejuizo daquelle que o firmou. Não haveria o crime, por isso que o agente não tinha intuito de fraudar, se por uma má direcção dos negocios a seu cargo, ou por uma má interpretação da vontade de que se fez depositario e orgão, ou por desejo de melhor servir os interesses do mandante, indo além de suas instrucções. faz da assignatura, que lhe foi confiada, um uso prejudicial ao signatario. Nos termos da lei é preciso que o acto seja susceptivel de effeito juridico em prejuizo do signatario do papel, e, assim, se affectado de nullidade substancial, não obstante a intenção dolosa, não se verificará o crime em questão. Não é necessaria a effectividade do prejuizo para a consummação, bastando que seja potencial, e isto se verifica já com o fabrico do acto, independente do uso, que deve ser considerado continuacão do abuso (GARRAUD, PUGLIA, PESSINA, JOÃO VIEIRA, JOÃO ROMEIRO).

Na conformidade do que estabelece o paragrapho unico deste art. 338, o crime se torna aggravado, isto é, passivel, além das penas de prisão cellular e de multa, da de privação do exercicio da profissão, ou suspensão do emprego por tempo igual ao da condemnação, se fôr commettido por pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão. A fonte desta disposição é o art. 419 do codigo italiano, e a razão da aggravacão é obvia, assenta na violação do dever de fidelidade que a função impõe.

E' evidente que não terá logar a aggravacão, se o papel fôr, não confiado ao agente, mas por elle apossado.

505. Passemos ao n. 7. A circumvenção de menores, como já mostramos, é qualificada abuso de confiança pelo codigo penal francez (art. 406), sendo a figura ampliada pelo codigo italiano, art. 415, aos interdictos ou inhabilitados, e qualificada como fraude analogo ao estellionato (art. 415). A disposição do n. 7, do art. 338 do nosso codigo é inspirada nesses codigos, omittindo, porém, uma das modalidades (abuso das *necessidades*), nelles contemplada. A incriminação se justifica attendendo a que, em se tratando de menores, interdictos ou incapazes, se a nullidade é em muitos casos sancção sufficiente para os actos em prejuizo proprio, circumstancias ha em que é difficil, se não impossivel, fazer desaparecer por completo os effeitos do interesse que, aproveitando-se da fraqueza, da inexperiencia e das paixões de taes pessoas, as arrasta a transacções injustificaveis.

Dahi a intervenção do poder social prevenindo e punindo esses factos. São elementos do crime:

- 1) que a victima seja uma pessoa menor, um interdicto ou incapaz;
- 2) que mediante abuso das paixões ou inexperiencia de uma dessas pessoas, seja induzida a subscrever acto que importe effeito juridico em seu damno ou de outrem;
- 3) que o fim seja o proveito do culpado ou de outra pessoa.

Quanto ao primeiro elemento, o *menor* é o que não completou 21 annos. salvo os mencionados no paragrapho unico do art. 9 do codigo civil, e o *interdicto* é o que, por alienação mental ou prodigalidade, é declarado tal por sentença devidamente publicada.

São ainda incapazes relativamente as *mulheres casadas* enquanto subsistir a sociedade conjugal; os *fallidos* quanto aos casos taxativamente indicados na lei commercial.

Por *abuso* se deve entender, não o artificio para induzir em erro, ou o emprego do engano, mas sufficiente sendo um acto positivo que excite as paixões da menor, ou incapaz, ou que por sua inexperiencia, o conduza ao acto visado.

A lei não leva em conta a nullidade resultante da incapacidade pessoal da victima, porque a característica do crime é a coacção moral que soffre a mesma victima; mas se o acto fôr *nullo e inefficaz* por qualquer outro motivo, não subsistirá o crime, nem a tentativa. Na lição ainda de eminentes criminalistas, não será responsavel aquelle que provar de modo evidente a ignorancia da incapacidade da pessoa com quem contractou.

Se a menoridade na maioria dos casos se manifesta logo, é possível ignorar-se a qualidade do interdicto ou incapaz (MAJNO, CRIVELLARI, GIURATI). O abuso deve tender, como fim immediato, á assignatura de um acto que importe effeito juridico em damno patrimonial do signatario ou de outrem, damno que pôde ser potencial. Finalmente o fim visado pelo agente deve ser um proveito ou vantagem tambem de natureza patrimonial, pouco importando que tenha sido conseguido, isso não sendo exigido pela lei. O delicto existe desde que se tenha feito o menor ou incapaz subscrever o acto; e pois é a esse tempo que precisamos nos remontar para verificar se ha ou não o prejuizo de que falla a lei.

#### N.º 8

*Usiar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos ou de qualquer ardis para persudir a existencia de empresas, 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.*

#### N.º 10

*Fingir-se ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as funcções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade.*

506. Relacionamos estas disposições, porque a segunda especifica um caso que se inclue na generalidade da primeira e, pois, o expellido a respeito desta, e sua primeira parte, lhe é applicavel e sufficiente para sua intel-

ligencia. A fonte primitiva é o art. 405 do código penal francez, que define a *escroquerie*.

Aos seus commentadores e á jurisprudencia dos tribunaes francezes devemos recorrer, pois, para a exacta intelligencia do texto legal. A Côrte de Cassação, especialmente nos julgados de 3 de maio de 1820 e 28 de março de 1839, interpretando o art. 405 do código penal, e cuja redacção não prima pela clareza, fez uma distincção, que a doutrina sancionou, estatuinto “que o membro da phrase do citado artigo cujos tetrmos são “para persuadir a existencia de falsas emprezas, de um poder ou de um credito imaginario, ou para fazer nascer a esperanza ou o temor de um successo, de um accidente ou de qualquer outro acontecimento chimerico”, não se refere senão ao emprego de manobras fraudulentas, e não ao uso de um falso nome ou de uma falsa qualidade.” Essa interpretação, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, é conforme á construcção grammatical do artigo, porque nenhuma particula separa as palavras *manobras fraudulentas* da phrase que se segue, e assim esta phrase se refere exclusivamente a essas manobras.

E’ sobretudo conforme á razão da lei, porque si as manobras fraudulentas, expressão vaga e indefinida, tinham necessidade de ser precisadas e restrictas, o mesmo não acontece com o uso de um falso nome ou de uma falsa qualidade, que apresenta um facto preciso para o qual inutil seria qualquer expliação ou definição. Accresce notar que as manobras fraudulentas, sendo susceptiveis de apreciações diversas, podiam parecer ao legislador insufficientes para constituir um elemento da burla; mas o uso de um falso nome ou de uma falsa qualidade é um facto essencialmente fraudulento, e este uso, mesmo isolado da allegação de falsas emprezas, de um poder ou de um credito imaginario, basta evidentemente para constituir a burla.”

No mesmo sentido GARRAUD, BLANCHE, DORIGNY, LUIZ DAVID.

A nossa lei de 20 de setembro de 1871, art. 21, fixando o sentido da formula ampla do art. 264, § 4.º do código criminal, limitou-a, consoante a doutrina do art. 405 do cod. penal francez, e interpretação dada pela jurisprudencia, em redacção clara.

O código vigente, seguindo orientação diversa, ao lado da formula do n. 5, que é ampla, contempla no n. 8, outra formula ampla, nellá reproduzindo, com pequenas modificações, o art. 405 do código francez, com a redacção defeituosa deste. Seguindo a interpretação dada pela jurisprudencia franceza, acima referida, o dispositivo do n. 8 do art. 338 do nosso código, comprehende duas partes, com um elemento *commun*, que é o final do artigo, e que assim se dispõem:

a) usar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, e por esses meios induzir alguém a entrar em negocios ou especulações, tirando para si qualquer proveito, ou locupletando-se da jactura alheia;

b) usar de qualquer ardil para persuadir a existencia de emprezas, bens, créditos, influencia e supposto poder, e por esses meios induzir alguém a

entrar em negocios ou especulações, tirando para si qualquer proveito, ou occupetando-se da jactura alheia.

Apreciemos cada uma dessas modalidades.

507. E' de notar primeiramente que não é necessario que o proveito illegitimo auferido pelo agente tenha sido determinado pelo uso cumulativo do *falso nome*, da *falsa qualidade*, do *falso titulo*, bastando que seja resultado do emprego de um só desses meios (BLANCHE). O uso do falso nome ou da falsa qualidade constituia, segundo o direito romano e antiga jurisprudencia, o crime de falsidade, quer fosse feito verbalmente, quer por escripto. *Falsi nominis aut cognominis adseveratio pœna falsi coeretur* (L. 13, D. *ad leg. com. de falsis*.)

Modernameute, considera-se o uso de falso nome, por escripto, como crime de falsidade, quando o acto em que fôr lançado, pôde produzir uma obrigação qualquer e causar prejuizo a outrem, ou quando o acto fôr destinado a constatar os factos que ahi sejam consignados. Em caso contrario, será meio do estellionato.

A. mesma distincção deve ser feita em relação á falsa qualidade (GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE, DORIGNY).

O uso de *falso nome* deve ser considerado como elemento do estellionato, quer quando o nome usurpado pertença a terceiro, quer seja puramente ideal, porque em ambos os casos os effeitos da usurpação podem ser os mesmos. Se porém o agente, notam CHAUVEAU e HÉLIE, tiver feito uso de um nome pelo qual é habitualmente conhecido, embora não seja o seu, ou que, conhecido por esse nome de emprestimo, tiver feito uso de seu verdadeiro nome, não pôde ser considerado como tendo empregado um falso nome, mesmo que tivesse agido com intuito de lucro, porque a intenção fraudulenta não basta se não fôr acompanhada de uma manobra de natureza a fazer impressão sobre o espirito de um terceiro e surprehender sua confiança, e entre taes manobras não se pôde incluir o uso do nome que pertença a quem delle tenha usado. No mesmo sentido DAVID e GARRAUD. MARCIANO porém, entende, e nos parece mais juridicamente, que no segundo desses casos não se deve excluir o nome, porque aquelle que sendo conhecido por um nome que não é o seu, se vale, com intuito fraudulento, de outro nome, seja embora o seu, mostra que quer occultar a propria personalidade, e quer fazer crer que é uma pessoa diversa da que é conhecida pelo primeiro nome.

Para que o uso do falso nome constitua elemento do estellionato é preciso que, junto á intenção fraudulenta, seja causa determinante da disposição patrimonial, ou que a victima seja levada a dispôr da coisa pela crença de pertencer ao agente o nome que usurpou. O expellido tem applicação tambem ao uso de *falsa qualidade*, e por esta se deve entender, ensina PESSINA, toda condição pessoal que, inspirando confiança aos outros homens, leve alguem a praticar um acto que lhe seja nocivo e util ao que assumiu aquella condição. Como nota JOÃO VIEIRA, este conceito mostra a inutilidade da disposição do n. 10 do art. 338 do texto, já comprehendida na do n. 8.

Ensina ainda o mesmo criminalista italiano, que commette o crime aquelle que não tendo mais uma dada qualidade (por exemplo, a de representante de uma casa commercial, ou de depositario publico) continúa a exercer as operações dependentes della, deixando outrem laborar em ignorancia de ter cessado tal qualidade.

O codigo fala ainda em *falso titulo*. Tomando-se como tal, segundo interpretação de alguns, os titulos nobiliarchicos, de conselho, os inherentes aos grãos academicos ou ás funcções publicas, civis ou militares, de que se sirva indevidamente o agente para com o prestigio decorrente obter proveito illicito, não havia necessidade de menção especial, pois o falso titulo é assimilado á falsa qualidade, como doutrinam DORIGNY, LUIZ DAVID e outros.

Reportando-nos, porém, ao direito anterior, vê-se que o legislador quiz se referir ao uso de *papel falso* ou *falsificado*, que a lei n. 2.033, de 1871, art. 21, interpretando o art. 264, § 4.º do codigo criminal, discrimina ao lado do *falso nome*, da *falsa qualidade* e da *fraude*, como meios para obtenção de um proveito patrimonial.

Apreciando esta disposição, notava THOMAZ ALVES que o uso do *papel falso* ou *falsificado* para constituir elemento do crime de *estellionato*, e deixar de ser *falsidade*, é preciso que se reuna a certos factos que são elementos complementares, isto é, que por meio deste *papel falso* ou *falsificado* se obtenha de outrem a entrega de *dinheiro, fundos, titulos ou quaesquer bens*. Desde que os dois factos se não ligam, desde que o primeiro existe independente do segundo — continúa haver a *falsidade* e não *estellionato*. Assim supponha-se que alguém, que discute em juizo seu direito, use de *papel falso* ou *falsificado* — qual o crime que commette? o de *falsidade*, porque aqui se não póde dar o elemento complementar que torna aquella *estellionato*.

A lei de 20 de setembro de 1871, art. 21, § 2.º veio dar fim a controversia, e terminar a contradicção dos julgadores, pois que firma o seguinte principio: *O uso do papel falso ou falsificado para obter de outrem a entrega de dinheiro, etc., é estellionato e não falsidade*. Segundo o codigo vigente, o *papel falso* ou *falsificado* para constituir meio de *estellionato*, é preciso que não reuna todos os elementos da definição legal de *falsidade* (artigo 260). Vid. commentarios a este artigo.

508. A segunda modalidade do n. 8 do art. 338, é referente ao *ardil* para persuadir a existencia de *empresas, bens, credito, influencia e supposto poder*. O que seja *ardil*, já deixamos definido em o n. 492. O *ardil* deve referir-se a qualquer dos factos mencionados na disposição legal. O codigo francez fal-o referir primeiramente a *l'existence de fausses entreprises*.

Os commentadores divergem, entendendo uns que estas são tanto as *empresas imaginarias* como as que realmente existem, mas diversas das relações e descrições que dellas se fazem (CHAUVEAU e HÉLIE, DALLOZ); outros entendem que *falsas empresas* são sómente as que não existem ou são imaginarias (CARNOT, MORIN). A nossa lei de 1871, retro citada, seguida pelo codigo vigente, eliminando o qualificativo *falsas*, adoptou esta ultima intelligencia, e.

assim, diz THOMAZ ALVES, se a empresa existe realmente, embora não nos termos em que é descripta o confiar-se á ella, é apenas correr o perigo de calcular mal os *pro e precalsos* do que se acceita. O codigo francez fala ainda, e de modo geral, *d'un pouvoir et d'un crédit imaginaire*, formula que o codigo portuguez torna mais casuistica, dizendo: *a existencia de alguma empresa, ou de bens, ou de crédito, ou de poder supposto*. Neste codigo se inspirou a nossa lei de 1871, bem como o codigo vigente, que intercalou a especie — *influencia*.

No entanto, a formula do codigo francez, por mais comprehensivel, melhor acautela os interesses em jogo.

“A categoria dos factos que tendem a fazer persuadir na certeza de um poder ou *credito imaginario*, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, contem todos os outros, que têm por fim fazer acreditar que o agente possui *titulos, posição social, fortuna, relações, um poder qualquer* que não possui.” Quando se compara a redacção da nossa lei, diz THOMAZ ALVES, com a do codigo portuguez não podemos deixar de opinar por ser mais correcta a deste codigo, quando diz: *bens, credito e poder supposto*, isto quer dizer que são *bens, credito e poder que não existem*, entretanto, pela nossa lei, parece que os *bens e credito* podem existir ou não serem suppostos, e que só o *poder* é que deve ser *supposto*. Como dizer que se engana o terceiro com a existencia de *bens* e de *credito*, quando os *bens* existem e o *credito* é real? Não temos aqui uma contradicção, a que fugiu o codigo portuguez? Se a nossa lei quer, como no caso de *empresas*, supprimindo o qualificativo *falsas*, deixar que o estellionatario procure pela fraude fazer crer em *bens* e *creditos*, que não *existem*, neste mesmo caso estava o *poder*, e não precisava o qualificativo *supposto*. A lei franceza, qualificando as *entreprises de fausses*, é logica dizendo — *pouvoir ou crédit imaginaire*. Portanto, a conclusão rigorosa é ou os *bens, credito e poder não existem*, e a convicção pela fraude torna o agente responsavel de estellionato, ou existem e não ha criminação fraudulenta.

Como regra comum aos processos fraudulentos previstos no n. 8, do art. 338, é de lembrar o que se notou quanto á formulação mais geral do n. 5, isto é, que a efficacia de taes processos deve ser apreciada em relação ao estado intellectual e social do enganado, assim, o crime não existe, se facil lhe era conhecer o verdadeiro nome ou qualidade do agente, ou a falsidade do papel ou o embuste usado para induzil-o em erro.

N.º 11

*Alterar a qualidade e o peso dos metaes nas obras que lhe forem encomendadas; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outra de valor inferior; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer meta! fino, objectos de diversa qualidade.*

509. Esta disposição, que não se encontra no codigo anterior, tem como fonte o art. 423 do codigo penal francez, que ahi qualifica, como deli-

ctos, fraudes, relativas á natureza das coisas vendidas e á venda mediante pesos e medidas falsas, disposição derogada pela lei de 1.º de agosto de 1905. Disposição semelhante, como fraude no commercio, encontra-se no código italiano, art. 295.

Cingindo-se ao código francez, o nosso limitou-lhe, porém, a disposição ás pedras e metaes preciosos. O anterior código portuguez, art. 456, reproduzido no vigente, adoptou tambem o dispositivo do código francez, com outras especies, existentes já nas Ordenações Philippinas. Tendo em vista o nosso código, são elementos do crime:

1.º) o engano, que deve resultar não de uma affirmação mentirosa, mas de um acto ou manobra fraudulenta.

2.º) que o engano verse sobre a natureza da coisa vendida ou entregue, embuste real e não verbal.

3.º) que esta coisa seja pedra ou metal.

510. Apreciado o crime nas modalidades previstas pelo nosso código, cabe examinar, por isso que é objecto de controversias, se é punivel a tentativa do estellionato e quando este deva ser considerado consummado. Não se punia a tentativa do estellionato no direito romano, como tambem não se pune no direito belga, e no mesmo ponto de vista se colloca ROSSI salientando a difficuldade de destacar o character criminoso dessa figura. Mas, como bem pondera TOLOMEI, não reclamam menos repressão os artificios empregados para conseguir illegitimo proveito, do que os actos tendentes á uma *contrectatio*, a uma aggressão, por outra forma, ao patrimonio alheio. A notada difficuldade de distinguir a fraude civil da penal poderá occorrer para a determinação do conceito do estellionato, mas não para exonerar de pena a tentativa. Argumentam outros que a não punibilidade da tentativa assenta em que a não consecução do exito é a prova da inidoneidade do meio adoptado, argumento evidentemente vicioso por que se applica a todo delicto.

Póde acontecer, diz CARRARA, que em muitos casos a manobra seja habilmente empregada, e muito apta para seduzir a qualquer pessoa atilada, mas que um accidente imprevisto, o apparecimento, por exemplo, de um conhecido, tenha desfeito o estratagemma no momento em que o enganado dispunha-se a fazer entrega da coisa pretendida pelo agente. Em taes hypotheses, não ha duvida que se realisam as condições tanto juridicas como politicas de uma tentativa punivel." Pondo fim ás duvidas suscitadas, a lei de 13 de maio de 1863, em França, modificando o art. 405 do código penal, declarou punivel a tentativa do estellionato como expressamente tambem o faz o código penal allemão, art. 263, al. 3.

Para outros codigos, a punibilidade emerge das disposições geraes, como o italiano, o nosso, etc.

Não ha que questionar que a disposição do art. 13 do nosso código tem applicação ao estellionato, por isso que não é crime que se commetta *unico actu*, mas por uma serie de actos que, da formação da falsidade, atravez da

inducção em erro e a consequente disposição patrimonial prejudicial, chega á consecução do proveito. Em face do conceito mais geral do estellionato, que se encerra no n. 5 do art. 338, a causalidade material do crime se inicia pelo uso de artificios ou outros meios astuciosos, e assim a execução é começada, e, pois, configuravel a tentativa, quando se faça uso de algum artificio ou ardil, com o fim proximo de induzir em erro, o mediato e principal de tirar proveito injusto. Em sua essencia, independentemente do uso que se possa fazer para induzir alguém em erro, o artificio ou ardil constitue apenas um acto preparatorio. O uso, pois, do artificio ou ardil é necessario, e ao mesmo tempo sufficiente para a execução punivel, não sendo necessario, como pretendem PUGLIA e MANZINI, que mercê ao artificio ou ardil, o delinquente chegue a obter a entrega da coisa, della não tirando proveito por circunstancias independentes de sua vontade. Por essa doutrina, diz TOLOMEI, a execução começaria, não por acto do agente, mas da victima, pela consignação ou entrega da coisa, accrescendo notar que esta é consequencia do engano e normalmente concretisa a obtenção do proveito, em que assenta a consummação do crime.

Depois, em face do art. 13 do nosso codigo, para haver tentativa, não é necessario que seja começado o acto constitutivo do crime, bastante sendo que seja praticado acto exterior que, pela sua relação directa com o facto punivel, constitua começo de execução (Vid. 1.º vol., n. 95).

Uma particularidade, porém, offerece a tentativa do estellionato, no tocante á idoneidade dos meios.

Acolhendo a theoria objectiva, o nosso codigo, a exemplo do italiano e outros, não deixa de punir, em regra, a tentativa pela inidoneidade *relativa* do meio, só a deixando impune quando o meio é *absolutamente* inidoneo, isto é, tal que em nenhum caso, e não sómente no caso concreto, poderia produzir o resultado prejudicial que o agente visavi (art. 14). Mas, para a punibilidade do estellionato, o nosso codigo, seguindo o italiano, adoptou a theoria de GEIB, exige que o agente se sirva, para consummal-o, de meios idoneos para vencer a sagacidade propria da victima; por outra, a inidoneidade relativa do meio póde excluir a punibilidade do estellionato, ainda que se verifique o resultado danoso. Com maioria de razão, fica excluida a punibilidade da acção, quando esta ficar paralysada *itinare*, isto é, a tentativa ficará excluida, não sómente em caso de inidoneidade absoluta, mas tambem no de inidoneidade relativa. (TOLOMEI).

Em sentido contrario, discorre GIURATI, mas afastando-se da theoria inspiradora do codigo italiano, pois, em caso de tentativa entende que se deve ter em vista se o ardil era apto, não para enganar a pessoa contra a qual era dirigido (o que poderia estabelecer uma idoneidade *relativa*) mas uma pessoa de bom senso *commum*.

511. Seguindo ainda o codigo italiano, na formula geral do estellionato, constante do n. 5 do art. 338, o nosso codigo exige, para consumação do crime, que o agente tenha *procurad* lucro ou proveito. “Quando a lei diz *procura*



um proveito, escreve TOLOMEI, não se refere ao acto de procural-o mas á effectiva realisação d'elle; assim como, quando a lei diz, para o homicidio, *causa* a morte não visa firmar o momento consummativo do homicidio no acto de esbelecer a causa da morte, mas na verificação desta. O momento consummativo do estellionato está, pois, na *consecução do proveito*, que é um dos aspectos da disposição patrimonial. Já vimos que o proveito deve entender-se no sentido mais largo e comprehensivo.

A lei não estabelece nenhuma limitação, exigindo simplesmente um proveito ou lucro. De outro lado não é necessario referil-o á meta ultima, a um gozo longinquo visado pelo agente, pois se assim fosse, observa GIURATI, o estellionato, differentemente dos outros delictos contra a propriedade, ficaria nos limites da tentativa, não sómente até a cobrança do titulo obtido, mas tambem até o effectivo emprego do dinheiro, o que não se pôde admittir naturalmente.

O que a lei visa é o proveito immediato que o agente obtem com a tradição real ou symbolica da coisa ou titulo ou sua dispanibilidade.

512. Quanto á pena, estabelece o art. 339 uma minoração quando o objecto do estellionato não exceder de cem mil reis.

E' ainda applicação do defeituoso systema adoptado quanto ao furto. Finalmente, e como já notamos, os arts. 340 e 341 comprehendem o que se pôde chamar disposições penaes do código commercial. A fonte da disposição do art. 340 foi a legislação consolidada no decr. n. 434 de 4 de julho de 1891, arts. 201 e 202, como a do art. 341 foi o art. 200 do mesmo decreto.

Mas, pergunta JOÃO VIEIRA, não tendo o código compilado as disposições consolidadas no art. 203, mas todas as outras de caracter penal substantivo, consolidadas no capitulo IX do decreto, subsistem as do art. 203 em vigor? O art. 314 não resolve a questão, porque, embora a sua referencia generica á respectiva legislação, a mesma referencia se limita as penas *pecuniarius*, e o art. 203 manda applicar as penas do estellionato.

E' verdade que o art. 203 se refere ao art. 340 do código, mas este não inclue as hypotheses figuradas naquelle art. 203, além de que o decr. n. 434 é uma consolidação.

Eis as desvantagens de fazer de um código collecção de leis extravagantes." O decr. n. 1.102 de 21 de novembro de 1903, art. 35, transcripto no texto, qualifica outras fraudes, puniveis com prisão cellular por um a quatro annos e multa de cem mil réis a um conto de réis. Não demanda elucidação especial o dispositivo, vasado, como se acha, em termos claros.

### 513. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Além do crime de responsabilidade consistente na supressão de correspondencia postal (art. 193 § unico do Cod. penal), incorre no de estellionato o carteiro da Administração dos Correios que se apodera de uma carta.

confiada á repartição, e depois de abril-a, tirando de dentro della um conhecimento de remessas de valores destinados a terceiros e do qual se apropria, manda recebê-los por outrem, munido do documento subrahido e delles se utilisa. Embora distinctos são crimes connexos e devem ser julgados pela Justiça Federal (*Accord. de 15 de junho de 1899*).

II. O estellionato, no caso do art. 338 n. 4 do cod. penal, só comprehendendo o penhor agrícola, e não o civil ou mercantil.

Isto é evidente quanto á primeira clausula dessa disposição, que diz: “alhear, ou desviar os objectos dados em *penhor agrícola*”, e quanto á clausula final — “ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoratícia”, por se tratar de uma clausula annexa á primeira, e falando de defraudamento, não de garantia pignoratícia indeterminadamente, mas da garantia pignoratícia, de que falara anteriormente, isto é, da unica definida — a do penhor agrícola. Assim, pela interpretação grammatical, a segunda clausula do n. 4 só concerne á garantia pignoratícia agrícola. E a favor desta interpretação, que é irretorquível, visto se tratar de materia penal, temos ainda a interpretação systematica e a historica.

a) *systematica*: porque nenhum codigo penal dos povos policiados considera crime a defraudação, pelo devedor, da garantia pignoratícia, em se tratando do penhor civil ou do mercantil, mas só do agrícola e pecuario. Por que esta differença na protecção dos dois institutos congeneres? A razão e simples: penhor civil e o mercantil não se podem constituir, segundo a doutrina mais corrente, senão pela tradição effectiva da garantia pignoratícia ao passo que o penhor agrícola e no pecuario se admite a tradição pela clausula *constituti*. E, assim sendo, naquellas duas especies de penhor nunca poderá o devedor, sem o consentimento do credor, alhear ou defraudar a garantia pignoratícia, e por uma razão peremptoria — é que tal garantia não se acha em seu poder, mas no do proprio credor.

No penhor agrícola, entretanto, dá-se o contrario — póde constituir-se sem a tradição effectiva do objecto, cuja posse só se transmite pela clausula *constituti*. Demonstra-se o asserto supra perante nossas leis. Quanto ao penhor civil, é expresso o codigo civil: sem a entrega real, não ha penhor (art. 768). Quanto ao mercantil, temos os dispositivos dos arts. 271, 274 e 199. A’ vista das ultimas palavras deste artigo — “ou pela que estiver em uso commercial, no lugar onde deve verificar-se”, é possível a entrega pela clausula *constituti*?

Ha quem o affirme; mas, é categorica a lição do nosso maior commercialista. “O contracto de penhor civil constitue-se pela tradição *effectiva* de objecto movel, salvo no caso de penhor agrícola, ou pecuario, em que os objectos continuam em poder do devedor, por effeito da clausula *constituti*. O contracto de penhor *mercantil*, celebrado nos termos dos arts. 271 e 272 do Cod. Commercial, *consumma-se tambem pela tradição, só assim o penhor géra.* em favor do credor, um direito real sobre a coisa (CARVALHO DE MENDONÇA, *Tr. de Direito Commercial*, vol. 8, n. 815 e nota i, ps. 158 e 159). Ha uma

razão poderosissima para se acceitar esta lição como a unica juridica: é que não ha, entre nós, registro obrigatorio de documentos commerciaes, qual a escriptura particular de penhor mercantil, como o ha para os titulos civis (Accord. do Tribunal, no recurso extraordinario n. 1.075, de Pernambuco). Assim, pois, o terceiro nunca poderá averiguar si o objecto, cuja compra lhe é offerecida, está ou não penhorado, se sobre elle recahe ou não um onus real.

b) Examinemos agora o elemento *historico*.

A fonte do n. 4 do art. 338 não se encontra no anterior codigo, nem no italiano, que são omissos a respeito; ella se acha em nossas leis anteriores sobre penhor agricola:

1.º a lei n. 3.272 de 5 de outubro de 1885, que, depois de autorisar, no art. 10, os bancos e sociedades de credito real a fazerem emprestimos sobre penhor agricola e pecuario, estabeleceu no § 1.º que “este penhor *ficará em poder do mutuário*”, e no § 2.º, que “serão punidos com as penas do art. 264 do cod. criminal, a alienação sem o consentimento do credor; o desvio dos objectos que tiverem sido dados em penhor para a celebração de taes emprestimos e bem assim *todos e quaesquer actos praticados em fraude das garantias do debito contrahido*.”

2.º o decr. n. 9.549 de 23 de janeiro de 1886, tratando no tit. 3.º do *penhor agricola*, depois de ter, no art. 108, preceituado que “o objecto constituindo em penhor agricola *ficará em poder do mutuário*, dispoz no art. 142: “serão punidos com as penas do art. 264 do cod. criminal a alienação e quaesquer desvios dos objectos dados em penhor agricola, sem o consentimento do credor e em geral todos os actos praticados em fraude da *garantia pignoratícia*.”

3.º este dispositivo foi, com insignificantes alterações, transplantado para o § 2.º do art. 18 do decr. n. 169 A de 19 de janeiro de 1890. Depois de ter falado, no art. 18 do *penhor agricola*, eis o § 2.º: “Serão punidos com as penas do art. 264 do cod. criminal a alienação... e os desvios dos objectos que tiverem sido dados em penhor para a celebração de taes emprestimos, e bem assim todos e quaesquer actos praticados em fraude das *garantias do debito contrahido*, e finalmente

4.º a lei n. 165 A, que tem por objecto especial as operações de credito movel a *beneficio da lavoura e industrias auxiliares*, réza, no art. 3.º, n. II, § 3.º: “As penas do art. 264 do cod. criminal e do art. 18, § 2.º, do decr. n. 169 A de 19 de janeiro de 1890, contra os que alearnem ou desviarem o penhor agricola, sem o consentimento do credor, ou perpetrarem qualquer acto *em fraude da garantia pignoratícia* não abrangem os mutuários, etc.” Em conclusão: a interpretação historica da ultima clausula do n. 4 do art. 338 do Cod. penal, *verbis*: “ou de qualquer modo defraudar a *garantia pignoratícia*”, mostra, com evidencia palpavel, que esta ultima clausula (ao contrario do que decidiu o accordam recorrido) só se refere ao *penhor agricola*, de que se falára na clausula anterior (*Accord. no recurso de habeas-corpus n. 7.699, sendo recorrentes Saladino de Gusmão e outro, e recorrida a 3.ª Camara da Corte de Appellação, e relator o ministro EDMUNDO LINS*).

III. A premeditação e o ajuste são elementares no crime de estellionato praticado para o fim de levantarem os seus autores dinheiro depositado na Caixa Economica (*Accord. de 21 de outubro de 1922*).

#### DISTRICTO FEDERAL

IV. Existe o crime definido no art. 338 n. 5, combinado com o art. 339 do cod. penal, desde que é illudida a vigilancia da victima, surprehendida a sua boa fé, ganha a sua confiança por meio de artificio ou ardil, que a induz a engano, procurando por esse meio o delinquente lucro ou proveito para si.

Embora seja grosseiro o artificio ou ardil, empregado pelo criminoso, o crime existe desde que o artificio ou ardil é proporcionado ao gráo de aptidão intellectual da victima (PESSINA, *Elem. de dir. pen.*, II, p. 249, ROBERTI, *Questioni di diritto*, p. 100).

Consequentemente, na expressão da 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, *Il titolo decimo del Cod. pen. ital.*, p. 224 (*Accord. da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, de 27 de janeiro de 1897*).

V. A fraude só intervem como elemento constitutivo do crime do art. 338 n. 5 do cod. penal quando é meio para obtenção da coisa, que é entregue ao delinquente pelo dono a quem elle illudiu.

Não ha esse crime si a fraude, em vez de ser anterior, é posterior á entrega da coisa (*Accord. do Cons. do Trib. Civil e Criminal, confirmando decisão do DR. LIMA DRUMMOND, de 8 de junho de 1897*).

VI. A circumstancia de existir *causa torpe* ou *objecto illicito* por parte do sujeito passivo não tira ao acto praticado pelo sujeito activo a feição de estellionato, uma das figuras dos crimes contra a propriedade, porquanto, se no direito civil não produz effeitos juridicos o contracto de causa torpe, esta providencia, instituida unicamente em beneficio das proprias partes contractantes, é inampliavel ao direito penal, cujo horizonte estende-se ás relações entre a sociedade e o individuo, e que, attendendo não só ao *damno individual* como ao *publico*, ou *politico* abstrae da tutela civil, quando dispõe sobre a acção repressiva das infracções. O direito que a lei penal tutela é aquelle que têm todos os consociados de não serem induzidos a engano; e a lei não faz nenhuma limitação á indole do artificio, bastando que elle seja *relativamente idoneo*. A lei penal pune o estellionario não porque deixou de praticar o acto illicito ou delictuoso (no caso de notas falsas — a entrega dellas ao prejudicado), mas porque *sob o pretexto de pratical-o*, lesa o patrimonio de outrem (G. MARCIANO, *il tit. decimo del Cod. pen. ital.*, p. 213).

No denominado *conto do vigário*, por exemplo, o *artificio* ou *ardil*, elemento capital do delicto, está justamente na *promessa enganosa*, feita com o *unico escopo de obter da victima parte de sua fortuna*; de modo que aos actos materiaes do agente preexise a intenção de prejudicar ao sujeito passivo, o que caracteriza, com perfeita nitidez, o crime de estellionato em sua noção generica. Como bem decidiu a Côrte de Turim em 1897, com inteira applicação ao nosso codigo penal, a *boa fé* significa a *credulidade* da pessoa enganada, pouco importando a *intrinseca moralidade* da causa pela qual essa pessoa foi levada a entregar bens ao agente, pois que ainda que a causa seja *torpe* ou *illicita*, existe a *boa fé*, no sentido legal, e repugnaria a todos os principios de justiça que se assegurasse a impunidade a quem não só conseguisse os bens, mas do damno, corrompendo ao prejudicado (*Accord. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 31 de outubro de 1899*). Vid. o que expendemos em o n. 501. De *jure consituto* não se pôde prescindir do elemento moral na incriminação de um facto.

Se encarando o estellionato, de um modo mais geral, e no tocante ao meio do seu commettimento, isto é, ao *artificio* ou *ardil*, o nosso codigo penal distingue-o emquanto visa proximamente surprehender a *boa fé* de outrem ou illudir a sua *vigilancia* ou ganhar-lhe a *confiança* (art. 338 n. 5), isto não quer dizer que, se, no primeiro destes casos, se deve cogitar da *boa fé* do prejudicado, pois, por traz desas tres modalidades”, notou muito bem o Dr. LEOPOLDO DE LIMA, Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal, do Districto Federal, na empolgante questão das *guitarras*, instrumentos com que se fazia crer como aptos para a perfeita reproducção de notas ou cédulas de dinheiro, “ha sempre uma intenção mais ou menos honesta, mas, em todo o caso, não contraria á lei que se lobra e está necessariamente subentendida da parte do enganado”

VII. Para que o facto de ser locada uma coisa já locada, constitua estellionato é preciso que occurram outros elementos indicativos de dolo e fraude criminal, essencial a todo o crime, e, particularmente, ao estellionato, cujo caracteristico é o abuso da credulidade pelo *artificio* ou meio astucioso, empregado com o intento e designio de lucro ou beneficio proprio, em prejuizo do enganado. Relativos como são os effeitos dos contractos ás partes contractantes e não aos terceiros estranhos á convenção, o dolo ou fraude civil não basta para a sua incriminação, si na realidade não reveste a gravidade do dolo criminal, ou fraude empregada como meio de preparar, facilitar ou commetter um delicto (*Accord. da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, de 21 de agosto de 1901*).

VIII. 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. Tão inquestionaveis são estes principios que os criminalistas levam o rigor logico á crueldade de sustentar que o arrependimento do agente, a restituição espontanea dos objectos subtrahidos, não

apaga o crime (*Accord. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 12 de novembro de 1902*).

IX. O proveito auferido pelo agente quando o foi anteriormente ao uso do ardil não incide na sanção da lei penal (*Accord. do Cons. do Tribunal Civil e Criminal, de 25 de agosto de 1904*).

X. Não se pôde considerar no estellionato um delicto consummado antes da entrega da coisa, porque em todos os delictos contra a propriedade o crime sómente se consumma com a deslocação do objecto. Ha sómente tentativa de estellionato quando não se realisa a entrega do objecto, devido á intervenção extranha constitutiva de circumstancia independente da vontade do criminoso e que torna a tentativa punivel. Com as expressões — *procurar para si lucro ou proveito*, do art. 338 n. 5, não é admissivel que fosse intuito do legislador o de punir a tentativa com as mesmas penas do estellionato consummado, nem se pôde comprehender que simples manobras, meros actos preparatorios, alguns, em dados casos, absolutamente inidoneos, sejam puniveis como delicto *sui generis* (*Accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 5 de novembro de 1907*).

XI. No estellionato o elemento caracteristico e distinctivo dos outros delictos contra a propriedade é ser a posse do objecto obtida por meio de artificios com os quaes se surprehende a boa fé alheia, se illude a vigilancia, se ganha a confiança de outrem, e desta fórma é necessario verificar se a entrega foi feita em virtude dessas manobras fraudulentas (*Accord. da mesma Camara, de 31 de janeiro de 1908*).

XII. Por *falsa qualidade*, attendendo-se ao sentido em que foi essa expressão empregada no codige (art. 338 n. 8), se deve entender indistinctamente toda qualidade tomada com o fim de enganar terceiros e de inspirar-lhes uma confiança que não teriam senão em razão dessa qualidade, e, assim sendo, bem certo é que todo aquelle que se apresenta com aquelle objectivo, como revestido de um titulo, de uma função, etc., que na realidade não possui, que se diz mentirosamente proprietario, credor, mandatario, etc., faz uso de uma falsa qualidade constitutiva do estellionato (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 23 de maio de 1914, confirmando decisão do Juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

XIII. Para que se dê o estellionato previsto no art. 338 n. 5 do codigo penal. preciso é que se prove que o réo, para apoderar-se de coisa alheia, empregou um artificio relativamente idoneo, illudindo por esse meio a boa fé do seu dono e induzindo-o a engano, obteve lucro. Faltando um só desses requisitos do engano do dono da coisa, deixa de existir essa modalidade do estellionato. O estellionato e o furto são ambos delictos contra a propriedade, e distinguem-se pela natureza do processo empregado na obtenção da coisa

alheia. No furto o agente subtrahе o objecto, delle se apropriando contra a vontade do dono.

No estellionato é a propria victima que emprega o objecto em virtude das manobras fraudulentas do agente, illusorias da sua confiança (*Accord. da mesma Camara, de 27 de setembro de 1913*).

XIV. Reputando a lei penal como um ardil o falso nome, a falsa qualidade ou o falso titulo (art. 338 n. 8), não teve ella em mira exigir *mise-en-scène* ou apparatus algum para a existencia desse elemento constitutivo do delicto, mas sim pura e simplesmente exemplificar e demonstrar quaes os processos que ella considerara como *ardis* ou *manobras fraudulentas*.

O elemento moral do crime em questão — o *consilium fraudis*, isto é, o dolo especial desse delicto, consiste na intenção de lucrar illicitamente, de tirar para si proveito, locupletar-se da jactura alheia (*Accord. da mesma Camara, de 7 de junho de 1916, confirmando decisão do Juiz da 1.ª Vara Criminal*).

XV. Apreciando a eficiencia e os effeitos das manobras constitutivas do estellionato, duas correntes doutrinarias se apresentam, uma defendida por DORIGNY, sustentando que verificada num facto a existencia de manobras fraudulentas caracteristicas, das que a lei especifica, ou representado por falsidades acompanhadas de uma certa *mise-en-scène*, e a presença dos outros elementos do estellionato, relacionados entre si e com aquelle primeiro extremo, a qualificação de burla ao facto não poderá ser recusada, sendo ocioso indagar se taes manobras caracteristicas eram idoneas para illudir a prudencia da victima, ou se podiam ser por esta facilmente desmascaradas; outra, que é a da jurisprudencia franceza, segundo GARRAUD, ensinando que não haverá estellionato se a victima por sua negligencia tiver dado causa ao prejuizo, podendo facilmente desvendar o embuste contra elle manejado. A primeira, rigorosa, poderia levar a punir, como estellionato, que é um delicto de engano, manobras manifestamente inidoneas, embora das que a lei nomeou. A segunda abraça uma orientação, que é a seguida pela nossa jurisprudencia, mas que está subordinada á condição de uma cautelosa apreciação da eficiencia da manobra que se não ha de reputar inidonea só porque se reconheça no facto o concurso de imprudencia da victima. Como bem notou MANZINI, no seu *Tratado de direito penal italiano*, o estellionato é um attentado contra a boa fé, e a applicação rigorosa ao delicto da regra: "*vigilantibus non dormientibus jura succurrent*", tornaria quasi impossivel a punição das burlas. Ora, na especie, si é de considerar que Amaraes Pimentel & Comp., vendendo as mercadorias ao réo, como se o fizessem a Pinto Lima & Comp., podiam ter suspeitado da veracidade da allegação, em razão dos objectos adquiridos, e da natureza delles comparativamente ao ramo de negocio dos compradores indicados, cumpre reflectir que os negocios commerciaes se fazem geralmente de boa fé, que os vendedores sabiam que a firma adquirente era idonea, e tinha o réo como seu empregado, o que se deduz da affirmação do depoente de fls. 67, de que o réo pouco antes lhe adquirira para Pinto Lima & Comp.

um aquecedor, que alguns dias depois pagou, e de que por tal motivo colhera informações sobre a firma; que a mercadoria adquirida podia ser destinada a terceiro por conveniencia dos compradores, de modo que não ha base para concluir que o prejuizo soffrido pelo offendidos não foi determinado pela manobra empregada pelo réo — *uso de falsa qualidade*, reputada pela lei e pela doutrina um artificio completo; declarando-se em consequencia inapplicavel ao facto a qualificação de estellionato (*Accord. da mesma Camara, de 13 de setembro de 1922*).

XVI. Tratando-se de crime complexo, como é o de estellionato, isto é, resultante de uma serie de actos, de que a lei faz uma unidade, por isso mesmo que suas partes não são entre si independentes, reputa-se praticado onde quer que seja effectuada uma dessas partes. Dado o caso de serem interessadas diversas jurisdicções, todas ellas têm o mesmo direito (FRANZ VON LISZT, *Direito penal*, I, § 31, 21.<sup>a</sup> edic.). No mesmo sentido, e especialmente em relação ao estellionato e á competencia da justiça franceza para delle conhecer, quando parte de seus actos sejam commettidos no paiz, diz MAURICE TRAVERS:

“Em caso de accusação de burla, a jurisprudencia decide que o delicto é commettido em territorio francez quando, quer as manobras fraudulentas, que são um de seus elementos, quer a entrega da coisa, que o consumma definitivamente, foram realisadas no territorio (*Direito penal internacional*, I, 1920, p. 186).

Por isto a justiça de França conheceu do caso, que julgou capitulado como *escroquerie*, segundo o art. 405 do respectivo codigo penal, desde que actos, tidos como manobras fraudulentas, foram commettidos em Pariz pelo réo. Mas, como competente tambem é a justiça brasileira, mórmente porque os principaes actos da execução e a consummação aqui se verificaram, no presupposto sempre de se tratar mesmo de crime, razão impeditiva não ha para que conheça do caso, desde que applicação não tem o principio do *non bis in idem*, que só prevalece com relação ás sentenças proferidas pela justiça do paiz. Isto posto, a competencia deste juizo assenta igualmente na indivisibilidade do delicto complexo; em terem sido commettidos no Districto Federal os actos que, pela exposição da queixa, seriam os principaes artificios determinantes da aquisição dos bens, operada em São Paulo; em ter o réo a sua residencia na circumscripção desta vara, residente igualmente o queixoso no Districto ederal, e finalmente por não ter sido o caso affecto a outro juizo (*Accord. da mesma Camara, de 9 de maio de 1923, confirmando decisão do Juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

## ESTADOS FEDERADOS

XVII. Cabe a acção penal no crime de estellionato entre marido e mulher. O art. 335 do codigo penal, por ser uma excepção e como tal deve interpretar-se restrictamente, não comprehende o estellionato e o roubo (*Accordão do Tribunal Superior do Pará, de 17 de dezembro de 1898*).



514. JURISPRUDENCIA EXTRANJEIRA.

FRANCEZA

I. L'usage d'un faux nom pour obtenir la remise ou la délivrance de fonds, meubles, obligations, etc., suffit, indépendamment de toute manœuvre frauduleuse, pour constituer le délit d'escroquerie (*Cass.* 26 nov. 1891, 15 nov. 1893, 7 nov. 1895).

II. L'arrêt qui prononce une condamnation pour délit d'escroquerie en se bornant à déclarer que le prévenu a fait usage de faux nom ou de fausses qualités, sans indiquer les noms ou qualités usurpés, ni les circonstances dans lesquelles ils l'ont été, manque de base légale (*Cass.* 5 janv. 1895).

III. La fause qualité n'est un élément constitutif du délit d'escroquerie qu'autant que l'auteur du fait incriminé en a fait usage; en conséquence, ne commet pas le délit d'escroquerie l'ancien représentant d'une maison de commerce, qui reçoit une commande d'un client de cette maison en lui laissant ignorer qu'il n'était plus à son service (*Cass.* 22 janv. 1914).

IV. L'intervention, même imaginaire d'un tiers peut être considérée comme manœuvre frauduleuse (*Cass.* 9 nov. 1901).

V. Celui qui, pour vendre un fonds de commerce, publie dans les journaux une annonce mensongère sur les bénéfices de ce fonds, en réalité sans valeur, et remet à l'acheteur des notes relatant ces produits, se rend coupable de manœuvres frauduleuses destinées à persuader l'existence de fausses entreprises et constitutives du délit d'escroquerie (*Cass.* 14 fevr. 1908).

VI. Il n'y a pas escroquerie dans le fait d'un individu qui, après avoir remis en gage à son créancier un objet lui appartenant, a usé d'une manœuvre frauduleuse pour reprendre le gage déposé entre les mains d'un tiers; mais ce même fait constitue le délit de détournement de gage par le débiteur (*Grenoble*, 13 août 1908).

VII. Celui qui, réclamant à un bureau de poste, comme lui étant destiné, un pli chargé adressé à un homonyme, produit son livret militaire dans le but de se faire passer pour le véritable destinataire du pli, commet une manœuvre frauduleuse, lui attribuant un crédit imaginaire et devant avoir, pour conséquence, en induisant en erreur l'employé des postes, d'amener celui-ci à lui délivrer le pli chargé (*Cass.* 5 sept. 1901).

VIII. Il n'est pas nécessaire qu'à d'une fausse qualité se joignent des manœuvres frauduleuses, si la remise des valeurs escroquées a été le résultat de ce premier moyen de fraude; que le fait de cette remise a été suffisamment

dans l'espèce, par les termes, qui en se rattachant à l'emploi de la fausse qualité, expriment, par une évaluation en argent, le préjudice qui en est exprimé, par une évaluation en argent, le préjudice qui en est résulté (*Cass. 19 septemb. 1844, 25 aout 1854*).

IX. Le domestique, qui, après avoir demandé à des tiers divers objets de la part de son maître sans en avoir mandat, les a détournés à son profit, est coupable d'escroquerie, par l'emploi de la fausse qualité de mandataire (*Bruux. 13 déc. 1850*).

X. Le médecin qui annonce comme ayant le pouvoir de guérir des maladies reconnues jusque les incurables, des remèdes qu'il sait n'avoir pas cette propriété, et appuie cette annonce de la publication de certificats mensongers de guérison qu'il fait revêtir de signatures recommandables qu'à l'aide de moyens frauduleux, tout cela dans le but de faire accepter à un prix excessif, sa prescription, et les remèdes dont il est lui-même le distributeur au détriment des pharmaciens établis dans les lieux où il opère, est coupable d'escroquerie (*Cours d'Amiens, 1854, Cass. 5 nov. 1853*).

XI. Attendu que le prévenu a agi de mauvaise foi; qu'il ne se faisant aucune illusion sur l'inefficacité du traitement unique qu'il employait, toujours le même, des passes magnétiques et de l'eau magnétisée, pour les différentes maladies qu'il appelle, à soigner; qu'il simulait le sommeil magnétique, et que notamment, à l'égard de l'une des malades, il avait pris la précaution de lui demander sur sa maladie des renseignements qu'il avait ensuite reproduits comme constatés par lui-même dans le sommeil magnétique que sa femme était censée lui procurer; qu'il annonçait et faisait annoncer par des tiers les cures nombreuses qu'il prétendait faussement avoir opérées; qu'il prenait envers les malades qui s'adressaient à lui, l'engagement de les guérir moyennant une certaine somme qu'il se faisait remettre, ou pour laquelle il se faisait souscrire des billets qu'il faisait toujours causer valeur en espèce, pour dissimuler plus tard la cause de ces billets; attendu que, en reconnaissant dans ces faits et circonstances réunis, des manœuvres frauduleuses qui avaient persuadé aux personnes ignorantes et crédules, qu'elles étaient destinées à tromper, l'existence d'un pouvoir imaginaire, et avaient fait maître dans leur esprit, l'espérance d'un événement chimérique, et en déclarant qu'elles caractérisaient le délit d'escroquerie, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'art. 405 (*Cass. 27 de nov. 1873*).

XII. La tentative d'escroquerie est caractérisée dans le fait du marchand qui s'entendait avec le domestique du maître auquel il a fait des fournitures, énoce sur ses factures des livraisons exagérées, et en réclame le montant (*Cass. 21 fév. 1868*).

XIII. Il y a tentative d'escroquerie et non chantage, dans le fait d'individus, qui, profitant de la publication dans un journal d'une contravention commise par un cafetier, se sont frauduleusement concertés pour lui inspirer la crainte chimérique de voir fermer son établissement, et pour l'amener a leur remettre de l'argent, a l'effet de rémunérer des démarches imaginaires, qu'ils promettaient de faire auprès de l'autorité administrative, en vue de prévenir cete mesure de riguer (*Cour d'Aix* 16 avril 1877).

XIV. Il y a tentative d'escroquerie dans le fait d'un individu qui, après avoir simulé un incendie pour faire croire á la destruction des marchandises assurées, a comparu devant le juge de paix pour y déclarer le prétendu sinistre, et la quantité de marchandises détruites, puis a renouvelé sa déclaration a l'agent de la Compagnie en lui remettant un inventaire des dites marchandises avec estimation de leur valeur, dans le but d'obtenir de la Compagnie une indemnité de sinistre a laquelle il n'avait aucun droit (*Cour d'Agent.* 14 juin 1871).

#### ITALIANA

XV. L'inidoneità del mezzo non va considerata astrattamente, ma in relazione alla persona che è soggetto passivo del reato di truffa (*Cass.* 3 magg. 1890).

XVI. Gli artifizzi necessari a costituire la truffa devono con siderarsi in relazione alle persona di fronte alla quale sono adoperati (*Cass.* 16 lug. 1891).

XVII. Chi induce un creditore a cedergli il credito con una grandissima riduzione, ingannandolo, con raggiri dolosi sulla solvibilità del debitore, commette il reato di truffa (*Cass.* 28 ottob. 1890).

XVIII. La semplice menzogna adoperata a scopo di truffa puó bastare a costituire l'artificio e il raggiro contemplati dall'art. 413 del codice penale, dappoiché il legislatore con le espressioni *raggiri* o *artifizi* ha voluto indicare qualsiasi accorgimento atto ad inganare (*Cass.* 2 luglio 1913).

XIX. L'inganno è punibile nel procedere ad atti giudiziari per esigere un credito insistente (*Cass.* 3 aprile 1914).

XX. Ove la cosa sia venuta in possesso del colpevole per fatto volontario di altri, subentra la figura dell'appropriazione indebita, che nessun fatto o artificio successivo, come non rare volte accade per dissimular l'appropriazione, puó squalificare (*Cass.* 8 giugno 1905).

## CAPITULO V

### DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE LITERARIA, ARTISTICA, INDUSTRIAL E COMMERCIAL

#### *Secção 1*

#### Da violação dos direitos da propriedade literaria 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 Estado, de todos os exemplares publicados ou postos á venda, e multa igual á importancia do seu valor.

**Art. 343.** São solidariamente responsaveis por esta infracção.

a) o dono da officina onde se fizer a impressão ou publicação.

b) o autor ou importador, si a publicação fôr 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.

**Paragrapho unico.** O privilegio da fazenda publica resultante 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 literarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos.

**Art. 345.** Reproduzir, sem consentimento do autor, qualquer obra literaria ou artistica, por meio de 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 assembleas 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 expor 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 espetaculos publicos, composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual fór a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor.

**Penas** — de multa de 100\$ a 500\$000 a favor do dono ou do autor.

**Art. 349.** Importar, vender, occultar ou receber, para serem vendidas, obras literarias ou artisticas, sabendo que são contrafentas:

**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.

**Paragpho unico.** Para este effeito reputar-se-ha contrafacção:

1.º A reproducção, em pintura, quando um artista sem consentimento do autor, ou daquelle a que mtransferiu 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.º A reproducção, em esculptura, quando o imitador tomar em sua obra original, grupos, figuras, cabeças, ornamentos e os fizer entrar na obra executada por elle;

3.º 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.

LEI N. 496 DE 1º DE AGOSTO DE 1896

**Art. 19.** Todo o attentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor constitue o crime de contrafacção. Os que scientemente vendem, expõem á venda, têm em seus estabelecimentos para serem vendidos ou introduzirem no territorio da Republica com um fim commercial objectos contrafeitos, são culpados do mesmo crime.

**Art. 20.** Nos crimes de contrafacção os cúmplices são punidos com penas eguaes ás dos autores.

**Art. 21.** Consideram-se egualmente 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 da Republica;

2) as reproduções, traducções, execuções ou representações, quer tenham sido autorizadas, quer o não tenham sido, por se tratar de obras que não gozam de protecção legal ou já cahidas no dominio publico; em que se fizerem alterações, accrescimos ou suppressões 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, contanto que esta tenha character scientifico ou que seja uma complicação de escriptos de diversos escriptores, composta para usa da instrucção publica. Em caso algum a reproducção póde 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 reunioes publicas, qualquer que seja a sua natureza.

Na transcripção de artigos deve haver a menção do jornal de onde são extrahidos e o nome do autor. O autor, porém, quer dos artigos, qualquer que seja a sua natureza, quer do discursos, é o unico que os póde imprimir em separado;

3) a reproducção de todos os actos officiaes da União, dos Estados ou das Municipalidades.

4) a reprodução em livros ou jornaes, de passagens de uma obra qualquer com um fim critico ou de polemica:

5) a reproducção no corpo de um escripto de obra de artes figurativas, comtanto que o escripto seja o principal texto, sendo, porém, obrigatoria 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 e feita pelo proprietario dos objectos encommendados.

**Art. 23.** O crime de contrafacção será punido com as penas dos artigos respectivos do Codigo Penal, livro II, tit. XII, cap. V, secção I, e com o confisco dos objectos contrafeitos, e de todos os moldes, matrizes e quaesquer utensilos que tenham servido para a contrafacção, além da internnização de perdas e damnos causados ao autor da obra contrafeita.

No Districto Federal observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º 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 damnos.

§ 2.º A acção civil seja qual fór o 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 celllular de seis mezes a um anno e multa de 500\$ a 1:000\$, sendo tambem a obra apprehendida.

**Art. 25.** No caso de representação ou exhibição não autorizada de obras dramaticas ou musicas, o autor ou cessionario poderá requerer a apprehensão das receitas brutas da representação ou exhibição e o empresario reconhecido culpado será punido com a prisão celllular por seis mezes a um anno.

Paraphrapho único. A importancia da indemnisação de perdas e damnos não será nesse caso inferior a 50 % das receitas brutas.

515. Neste capitulo, attenta sua feição commum, o codigo reúne os dispositivos referentes á violação do direito dos productos da intelligencia, violação que tem recebido o nome generico de *contrafacção*. Data de tempos modernos o reconhecimento desse direito, sobre cuja denominação e natureza juridica, com a consequente classificção, reina ainda controversia.

Nessas variantes, vamos daquelles que, em menor numero, 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 ha mesmo um direito, elemento novo do direito privado, classificavel entre os direitos patrimoniaes, ou ao lado destes. Se uns entendem adequada para caracterisar esse direito, a denominação de direito de *propriedade intellectual*, outros a repellem por não verem ahi o *dominium* propriamente dito, preferindo a denominação — *direitos de autor, direito de copia*, e ainda outros, como GAREIS, KOHLER, LISZT, e outros, preferem chamar taes direitos — *direitos individuaes*, attenta a individualidade e originalidade da producção.

Trata-se, diz LISTZ, de interesses juridicamente protegidos, que se interpõem entre os bens puramente incorporeos e os patrimoniaes, facilitando a transicção daquelles para estes, em exacta classificação. E' a individualidade espontanea e creadora, a talento eminentemente pessoal do cultor das artes plasticas, do sabio investigador, do inventor industrial, que para as suas producções pede protecção juridica. A idéa artistica precisa de forma para externar-se; a força creadora do espirito só se manifesta na materia e pela materia.

Com esta corporificação da idéa torna-se possivel que ella se separe do seu autor (embora sómente em parte), que seja transferida a outrem (comquanto incompletamente), e apreciada em dinheiro (comquanto de um modo imperfeito). Eu posso transfemittir ao editor a obra em manuscripto, por mim composta, para que elle a publique, ou ao empresario o autographo da minha opera, para que elle a faça representar.

Essa transmitibilidade approxima os direitos individuaes dos direitos patrimoniaes, sem que uns e outros inteiramente coincidam. O nosso codigo penal considera como propriedade *sui generis* os interesses em questão, assim tambem sendo reconhecidos pela Constituição federal, art. 72 §§ 25, 26 e 27, e o codigo civil, sob a denominação de *propriedade literaria, scientifica e artistica*, determina os caracteres, a extensão e os limites de um grupo desses direitos (arts. 649 a 673). como leis adiante apreciadas, se occupam dós referentes á producção industrial.

A contrafacção é qualificada pelo codigo, nas tres secções deste capitulo, segundo se refere aos direitos de *propriedade literaria e artistica*, aos direitos de *patentes de invenção e descobertas*, e aos direitos de *marcas de fabrica e de commercio*.

Occupemo-nos do primeiro desses grupos de infracções.

516. Nos arts. 342 a 344 se occupa o codigo da contrafacção contra a Nação ou os Estados federados, e nos arts. 345 a 350 contra particulares. O codigo anterior, no capitulo referente ao furto, e art. 261, previa contrafacções desta ultima especie.

Quanto ao vigente, serviram-lhe de fontes os arts. 425 a 429 do codigo penal francez e arts. 457 e 458 do codigo penal portuguez. A lei n. 496, de 1.º de agosto de 1898. definindo e garantindo os direitos autoraes veio, porém, trazer accentuadas altetrações ás alludidas disposições do codigo. Assim,



peio seu art. 22, n. 3, derogados ficáram os arts. 342 e 343 do código, pois declara não constituir contrafacção a reproducção de *todos os actos officiaes* da União, dos Estados ou das municipalidades.

O que é de admirar, observa muito bem JOÃO VIEIRA, é que o código revivesse esse anachronico privilegio deante da legislação comparada. Quanto ao art. 344 entende que está em vigor, solução inferida da lei, por isso que, fazendo excepção aos actos officiaes, nada diz quanto aos outros, accrescendo notar que essa opinião está de accordo com os principios geraes, que reconhecem tal direito ás pessoas moraes. A disposição deve, porém, ser entendida de accordo com o art. 661 do código civil, que trata do direito de autor conferido á União, aos Estados e aos municipios.

Estende-se a mesma disposição a todas as sociedades, corporações publicas ou particulares, como acontece ás pessoas physicas (MOISE, AMAR, JOÃO VIEIRA).

517. Apreciemos as contrafacções contra particulares.

Supprindo lacunas e substituindo conceitos diffusos e confusos dos artigos 345 a 350 do código, a lei citada, art. 19, qualifica a contrafacção, em materia de propriedade literaria e artistica, "*todo attentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor.*"

A amplitude deste conceito encontra limitação na disposição do art. 22, reproduzida, com algumas modificações, no art. 666 do código civil, onde se mencionam os casos que não constituem contrafacção.

A contrafacção, assim amplamente considerada, presuppõe como elementos: 1) o *attentado fraudulento*, que a lei especifica em diversas modalidades criminosas; 2) o *direito do autor* da obra literaria, scientifica ou artistica. Começando a apreciação por este, vemol-o conceituado pela lei como a faculdade, que só o autor tem, de reproduzir ou autorisar a reproducção do seu trabalho pela publicação, traducção, representação, ou execução de qualquer modo (art. 1.º). Este direito é regulado pelo livro II, tit. 2.º, cap. 6.º do código civil, e nas seguintes regras, podemos, com GARRAUD, resumir os seus principios e limites: a) todas as produções da intelligencia nas artes e nas letras constituem objecto desse direito. Effectivamente, definindo o que seja obra *literaria, scientifica* ou *artistica*, em sua forma externa ou apprehensivel, para os effeitos da garantia contra a contrafacção, o art. 2 diz que comprehende: livro, brochuras e em geral escriptos de qualquer natureza; obras dramaticas, musicaes ou dramatico-musicaes, composições de musica, com ou sem palavras; obras de pintura, esculptura, architectura; gravura; lithographia, photographia, illustração de qualquer especie, cartas, planos, esboços; *qualquer producção*, em summa, do dominio literario, scientifico ou artistico. Não ha enumeração taxativa, mas apenas exemplificativa;

b) uma obra não é susceptivel de apropriação exclusiva senão quando fôr *nova*, isto é, quando constitue uma criação, quer no ponto de vista de sua *composição*, quer no ponto de vista de sua *execução*, quando se distingue das

obras anteriores por caracteres determinados, que lhe imprimem um cunho mais ou menos accentuado de *originalidade* e, em consequencia, de *individualidade*.

A lei não julga as obras; não se preoccupa do seu merito, nem de sua importancia; protege todas, boas ou más, uteis ou funestas, quando são o fructo do trabalho ou da paciencia, e quando têm uma personalidade distincta.

c) uma obra que está no dominio publico, quer em razão de sua natureza, quer em razão do tempo decorrido, pertence a todos, cada qual pôde reproduzi-la. Mas desde que ha *execução nova*, sob qualquer forma que seja, de um typo já conhecido, de uma obra já cahida no dominio publico, ha creação, porque ha producção de uma coisa que não existia e que traz o cunho do trabalho pessoal do autor.

Estas duas regras, embora não venham expressas na lei, defluem do seu systema, que declara temporario o direito dos autores. Para a protecção legal, ou effectividade do direito assim caracterizado, é necessario o registro ou deposito, ou em forma directa, o que se dá com as obras que se corporisam num texto ou exemplar de producção com caracteres graphics definitivos, ou em forma indirecta, tratando-se de obras plasticas que não podem ser depositadas em especie, mas sómente em effigie ou retractadas em dimensões reduzidas, como pinturas, estatuas, etc. (lei citada, art. 13, codigo civil, art. 673). Assim, o criterio para o registro é a publicidade da obra; o direito do autor não pôde ter por objecto o inedito, que é como se não existisse. A publicidade dando assim origem a esse direito, antes disso não pôde haver contrafacção, senão o crime de furto (ARARIPE JUNIOR).

518. Carcterizado o direito autoral, o attentado fraudulento contra esse direito, ou a contrafacção pôde assumir as seguintes modalidades:

a) *reproduzir, sem consentimento do autor, qualquer obra literaria ou artistica, por meio da imprensa, gravura ou lithographia, ou qualquer processo mechanico ou chimico, enquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade, e até sessenta annos depois de sua morte, sem consentimento de seus herdeiros e successores, guardadas as disposições dos arts. 663, § 1.º e 665 paragrapho unico do codigo civil:*

**PENAS** — *de apprehensão e perda de todos os exemplares e multa igual ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor* (codigo penal, art. 345 combinado com o codigo civil, art. 649, § 1.º).

Para haver reproducção, que versa não sobre a idéa, que não pertence exclusivamente a ninguem, mas sobre o modo de expressão dado á idéa, não é necessario que haja identidade absoluta, perfeita, entre o original e a copia. Basta que a reproducção seja uma copia mais ou menos exacta do original, que o represente com suas formas principaes.

A não se admitir este principio toda a contrafacção escaparia a repressão penal (CHAUVEAU e HÉLIE, GARRAUD).

A reproducção pôde ser feita mediante *publicação*, synonymo de *impresão* ou *edição*, quer da obra original, quer da traduzida, ou mediante *publicação* por qualquer outro modo, nesta categoria se comprehendendo todos os recursos de reproducção que offerecem hoje as artes graphicas, a plastica e até a electricidade em suas applicações ao phonographo e ao kinetoscopio.

Cumpra distinguir a reproducção da *imitação*, quanto ás obras de arte, e do *plagiato*, quanto ás obras literarias ou scientificas.

A *imitação* resulta do facto de empregar um artista os processos de um concorrente, tratando de um outro assumpto, ou tratar do mesmo assumpto mediante processos differentes.

Ha nesta approximação entre duas obras, observa GARRAUD, a expressão de uma tendencia do espirito humano, que não se poderia encorajar de mais sob o ponto de vista do desenvolvimento literário e artistico. Proscrever a imitação de uma obra de arte, seria proscrever a troca incessante e fructuosa das idéas.

Mas ha na imitação uma medida difficil de fixar *a priori*; muito servil, a imitação é uma contrafacção; livre e independente, é certamente licita. Cabe aos tribunaes traçar, segundo as circumstancias, os limites entre uma e outra.

O *plagiato* outra coisa não é senão o *furto literario*. Consiste no acto de publicar alguém, como se fosse autor, obras ou porções de obras que foram compostas por outrem. Este facto é ora do dominio da critica literaria sómente, ora do dominio da lei penal: *a priori* não é possível distinguir o plagiato tolerado da contrafacção punivel. Effectivamente, não é sómente pela extensão e importancia dos emprestimos, pelo prejuizo causado ao autor que se caracteriza a differença: é necessario ter em conta um conjunto de circumstancias, que o julgador apreciará, examinando e comparando as duas obras, pesando as semilhanças, e se recordando de que o facto de aproveitar-se do trabalho de outrem, visando dispensar todo o esforço, é caracteristico do furto, isto é, da apropriação fraudulenta da coisa alheia, e que a contrafacção não é senão uma das formas dessa apropriação.

O plagiato é parente proximo da contrafacção; ha entre estes dois factos, um ar de familia tal que será mistér toda a sagacidade dos magistrados para distinguir um do outro.

A reproducção pôde ser *total*, reimpressão identica do escripto, copia pura e simples da obra: é sempre uma contrafacção, muito embora o contrafeitor tenha acompanhado de notas o escripto que reproduz, por isso que essas notas não alteram a identidade do texto; e *parcial*, e neste caso constitue ou não uma contrafacção, segundo as circumstancias, como a extensão mais ou menos consideravel da reproducção e sobretudo conforme a reproducção fôr ou não prejudicial ao autor da obra contrafeita.

Esta ultima consideração deve dominar todas as outras na apreciação dos factos, pois que o fim da lei é assegurar ao autor o beneficio de sua criação (BLANCHE, GARRAUD, CHAUCHEAU e HÉLIE).

b) *traduzir e expôr á venda qualquer escripto ou obra, sem licença do seu autor, guardada a disposição do art. 652 do código civil.*

PENAS — *as de apprehensão e perda dos exemplares e multa equal ao valor dos mesmos em favor do autor* (codigo penal, art. 347).

c) *no caso de representação ou exhibição não autorizada de obras dramaticas ou musicas, 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.*

*A importancia da indemnisação de perdas e damnos não será inferior a 50 % das receitas brutas* (lei n. 498, de 1898, art. 25).

d) *importar, vender, occultar ou receber para serem vendidas, obras literarias ou artisticas, sabendo que são contrafeitas.*

*Se estes actos se referirem a obras reproduzidas do original:*

PENAS — *de apprehensão e perda de todos os exemplares e multa equal ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor.*

*Se se referirem a obras e escriptos traduzidos:*

PENAS — *de apprehensão e perda dos exemplares e multa equal ao valor dos mesmos a favor do autor* (codigo penal, art. 349 combinado com o art. 19 da cit. lei n. 496 de 1898).

e) *reproduzir qualquer producção artistica, sem consentimento do dono; por imitação ou contrafacção, guardadas as disposições dos arts. 655, 656 e 658 do codigo civil:*

PENAS — *as de apprehensão e perda dos exemplares e multa equal ao dobro do valor dos mesmos a favor do dono ou autor* (codigo penal, art. 350). Sobre imitação e contrafacção, que o codigo, nesta disposição, não distingue devidamente, vide o que ficou dito supra, letra a.

f) *a applicação fraudulenta ou de má fé sobre uma obra literaria, 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 400\$000 a 1:000\$000, sendo tambem a obra apprehendida* (lei n. 496, art. 24). E' especie delictuosa não prevista pelo codigo.

Além das penas estabelecidas, a contrafacção será punida ainda com o confisco dos objectos contrafeitos e de todos os moldes, matrizes e quaesquer utensilios que tenham servido para a contrafacção (lei n. 496, art. 23). Afastando-se da regra do art. 64 do codigo penal, a citada lei, art. 20, pune os cúmplices com penas eguaes aos dos autores. Quanto á tentativa, por isso mesmo que nada estatue a respeito, prevalece a regra do codigo.

Nos termos ainda do alinea do art. 1 da lei, ella garante os direitos autoraes aos nacionaes e aos estrangeiros residentes no Brazil, nos termos do art. 72 da Constituição Federal, preenchidas as condições do art. 13.

Quanto aos estrangeiros *não residentes* no Brazil, o direito de autor é garantido só no caso de ajuste internacional.

Finalmente o decr. n. 4.790, de 2 de janeiro de 1924 dispõe, dentre outros pontos, sobre o registro das composições theatraes ou musicas de qualquer genero, e sobre o processo e julgamento da contrafacção dos direitos autoraes, mandando applicar o decr. n. 709 de 9 de outubro de 1850.

519. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

DISTRICTO FEDERAL

I. Não obstante o direito do autor ter um aspecto *real*, porque a obra literaria, scientifica ou artistica tem um valor pecuniario, entra para o acervo dos nossos bens, para a composição de nosso patrimonio, recahindo sobre uma coisa tangivel, comtudo tem sempre tambem um aspecto *peessoal*, porque, como diz BLUNSTCHLI: “a obra é uma expressão direita do espirito *peessoal* do autor, é um pedaço de sua personalidade (CLOVIS BEVILAQUA, *Legislação comparada*, p. 147). As proprias compilações de obras pertencentes ao dominio publico podem ser objecto de uma propriedade privada se denotam uma *concepção de espirito, um verdadeiro trabalho, uma criação* (CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code Penal*, n. 3.444). Assim, tratando-se mesmo de um almanack, de um annuario, de um guia ou indicador, em que a materia nelle contida é estranha ao autor da obra, ainda neste caso está, considerada no seu todo, *no seu conjuncto*, lhe pertence, porque é um producto do seu esforço pessoal manifestado na sua confecção, na organização e disposição dessas indicações e noticias. Entretanto, o mesmo direito não lhe assiste relativamente á propriedade dessas materias apreciadas *destacadamente*, desde que ellas em si não representam nenhum esforço intellectual proprio e como taes especificadamente não podem ser tidas como producção do dominio literario, scientifico ou artistico (*Ac. da 2.ª Cam. da Côte de Ap., de 21 de julho de 1908*).

II. O verdadeiro objecto do direito autoral, na phrase de CLOVIS BEVILAQUA, é a forma particular que cada autor dá ou empresta á idéa; entrando esta para o patrimonio commum da humanidade e aquella permanecendo no circulo traçado pela personalidade juridica do autor. O elemento primordial da contrafacção a que se refere o art. 1 da lei n. 496 e art. 345 do Cod. P., é a reproducção, isto é, não a reproducção da idéa, mas o modo de exprimir-a, não o trabalho em si, mas o modo de *executal-o*. A expressão “*obra literaria, scientifica ou artistica*” comprehende obras de gravura, lithographia, cartas, planos e esboças (art. 2.º da lei n. 496). A reproducção criminosa da planta ou carta de uma cidade não está na reproducção do assumpto da planta ou carta, o que qualquer pôde reproduzir, mas o modo original por que foram confeccionados, o cunho pessoal de quem as concebeu e executou, o traço material ou desenho da planta, a forma emprestada á idéa, que a lei garante e defende (*Dec. confir. por accordam da 3.ª Cam. da Côte de Ap., de 25 de janeiro de 1913*).

III. Attenta dolosa e fraudulentamente contra os direitos autoraes do respectivo proprietario, quem faz editar como propriedade propria um jornal áquelle pertencente, utilizando-se dos mesmos clichés (*Accord. da 3.ª Cam. da Côte de Ap., de 4 de setembro de 1915*).

IV. A inexistencia do registro da obra na repartição competente, considerada ella como artistica pelo queixoso, ora recorrente, foi justamente apreciada como *inobservancia de formalidade indispensavel*, nos termos do art. 673 do codigo civil, interpretado o seu texto, tendo em attenção os elementos historicos e doutrinarios, que tem entre nós preponderado sempre em materia de propriedade autoral. Na verdade, já a anterior lei de 1.º de agosto de 1908 subordinara o exercicio deste direito ao cumprimento da referida condição, determinada em seu art. 13, preceito este que prevaleceu em a elaboração do citado dispositivo do nosso codigo até sua 3.ª discussão no Senado, onde foi approvedo com a seguinte redacção: *para desfructar o seu direito o autor ou proprietarios da obra depositará.*

Entretanto, na redacção final do projecto foram, sem justificativa, alterados uns dizeres, substituidos pelos que se encontram no alludido artigo 373: para segurança do seu direito, o proprietario da obra... depositará... Nesta conformidade, claro como ficou o pensamento do legislador, não é licito ao interprete atear-se ao sentido grammatical do texto legal, que não reproduz com fidelidade o vencido na discussão, para dar-lhe sentido diverso do que havia sido formalmente expresso durante a elaboração do dispositivo, como pretende o recorrente, apoiando-se na exposição e argumentação do autor da monographia "A propriedade literaria estrangeira no Brazil" — reproduzida no impresso de fl. 330. Nem se diga que a exigencia dessa formalidade do registro fere o principio constitucional do art. 72, § 26 da nossa lei basica, sujeito como está o gozo de qualquer direito ás restricções impostas pelo interesse da ordem publica.

Demais a simples idealização de uma obra não basta para *positivar o direito* a sua propriedade, é necessario que o autor a concretizando, a objective n'alguma coisa, que dê logar ao seu conhecimento, isto é, á sua publicidade, a qual se obtem *pelo registro, por meio do deposito da obra*. Finalmente, toda propriedade, segundo o plano geral do nosso codigo civil está subordinada á condição do registro, como meio de prova, o que não escapou ao nosso legislador, com relação a hypothese dos autos, estabelecendo no *paragrapho unico do controvertido art. 673, que as certidões do registro induzem á propriedade da obra, salvo prova em contrario (Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 5 de novembro de 1919).*

## Secção II

Da violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas

**Art. 351.** Constitue violação dos direitos de patente de invenção e descoberta:

§ 1.º Fabricar, sem licença do concessionario, os productos que forem objectos de uma patente de invenção ou descoberta legitimamente concedida.

§ 2.º Empregar ou fazer applicação dos meios privilegiados pela patente

§ 3.º Importar, expôr á venda, occultar, ou receber para o fim de serem vendidos, productos contrafeitos de industria privilegiada, sabendo que o são:

Penas — de multa de 500\$ a 5:000\$, em favor da Nação, de 10 a 20 %, 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.

Parapho unico. Considera-se circumstancia aggravante da infracção:

1.º, ser, ou ter sido, o infractor empregado ou operario nos estabelecimentos do concessionario da patente;

2.º, 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, letreiros ou rotulos indicativos de privilegios que não tenha, sobre productos, ou objectos preparados para o commercio ou expostos á venda.

§ 1.º Continuar o inventor a exercer a industria como privilegiada, estando a patente suspensa, annullada ou caduca;

§ 2.º Fazer em prospectos, annuncios, letreiros, ou por qualquer modo de publicidade, menção da patente sem designar o objecto especial para que a tiver obtido:

Pena — de multa de 100\$000 a 500\$000 em favor da Nação.

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 accões criminaes ou civis que as leis permittirem.

520. Nesta secção trata o codigo da protecção penal concedida a outro grupo de direitos do autor (Vid. n. 315), isto é, a odireito de uso exclusivo de *invenções e descobertas no dominio industrial*. O codigo anterior não continha disposição alguma a respeito, isso sendo provido pela lei de 28 de agosto de 1830 que reconheceu aos inventores aquelle direito, impondo aos infractores as penas de perda dos instrumentos e productos e multa igual á decma parte dos productos fabricados e a indemnisação de perdas e damnos (arts. 1 e 7). Attendendo ao desenvolvimento industrial operado no paiz, foi a materia regulada em seus aspectos administrativo, penal e processual pela lei n. 3.129, de 14 de outubro de 1882 e respectivo regulamento, baixado com o décr. n. 8.820, de 30 de dezembro de 1882, inspirando-se esses actos legaes na lei franceza de 5 de julho de 1844.

A parte penal foi reproduzida nos arts. 351 e 352 do código vigente.

Filiando-se assim ao systema francez, a que fez algumas modificações, a nossa lei reconheceu ao inventor o uso exclusivo do invento ou descoberta pelo tempo de 15 annos, e como direito de propriedade sujeito á desapropriação se a necessidade ou utilidade publica exigisse a vulgarisação da invenção, ou o seu uso exclusivo pelo Estado, mediante as formalidades legais. E' tambem o que, em substancia reconhece o art. 72, § 25 da Constituição Federal. Para a concessão da patente não se exige, em regra, exame da invenção, o titulo sendo expedido com ressalva dos direitos de terceiro e da responsabilidade do Governo, quanto á novidade e utilidade da invenção.

Como excepção a essa regra, o exame previo e secreto é admissivel quando parecer que a materia da invenção é contraria á lei ou á moral, offensiva da segurança publica, nociva á saúde publica, ou não offerece resultado pratico industrial, ou ainda quando tem por objecto productos alimentares, chemicos ou pharmaceuticos (art. 3, §§ 2.º e 3.º, com referencia ao art. 1, § 2 da lei).

Justificou-se esse systema liberal por proporcionar vantagens que não offerece o systema opposto do previo exame, isto é, por não tolher o desenvolvimento industrial que a garantia das patentes de invenção procura estimular; por não entregar a apreciação decisiva do invento, cujo valor póde se não revelar desde logo a algumas pessoas, nem sempre capazes de realisala satisfactoriamente, quando não se organisem camarilhas burocraticas em detrimento de inventores pobres e desprotegidos, e especialmente porque a adopção do systema do previo exame demandava dispendios elevados com o pessoal tecnico e com o material necessarios para o exame e julgamento das diversas especialidades. Abusos innumerados, num crescendo contínuo, deu logar a pratica do systema, com a concessão de patentes a suppostos inventos, buscadas para verdadeiras *chantages*.

Accentuando os males assim originados, dizia ARAUJO CASTRO, em relatório ao governo: "Conceder patentes de invenção para coisas notoriamente conhecidas e mandar depois que os prejudicados recorram ao judiciario, sujeitos assim ao pagamento de advogados e custas, e, muitas vezes, a consideraveis prejuizos, é proceder que não encontra apoio nos sãos principios de justiça."

CARVALHO DE MENDONÇA notava que a lei resentia-se da lacuna de um correctivo efficaz contra aquelles que obtem privilegios de invenção versando sobre processos ou meios já no dominio commum e usados por muitos.

O alvitre a adoptar seria estender a esses piratas as penas com que se castigam estellionatarios, obrigando-os a pagar forte indemnisação á victima da fraude. Pretender cohibir o abuso, sacrificando-se o systema liberal da lei é dentre todos o expediente mais condemnavel. Que seria do inventor ante a incompetencia, a desidia, a má vontade e o capricho de muitos funcionarios publicos? a falta de responsabilidade e o *pistolão politico*, que resolve tudo no Brazil, sequestra direitos adquiridos e empana a justiça, destruiriam todo o merito da lei impotente. Nas legislações que adoptam o exame previo.



a repartição encarregada das patentes de invenção é o mecanismo essencial: da sua função depende o exito do regimen. Nos Estados Unidos e na Alemanha elle forma um organismo complexo cuja unidade apparente comprehende multiplas funções e grande numero de órgãos.”

Envez do alvitre suggerido assim pela observação de nosso meio e de nossas mazellas, se preferiu ir ao systema do exame prévio, adoptado em recente reforma, autorizada pelo poder legislativo ao Governo.

Creou-se uma repartição especial, a Directoria Geral de Propriedade Industrial, no Ministerio da Agricultura, com duas secções, uma para o serviço de patentes de invenção e outra para o serviço de marcas de industria e commercio. Como ponto capitaes de innovação, alguns bem inspirados, assigná-lam-se: o exame prévio, a dilatação do prazo de caducidade de tres para cinco annos, os premios aos inventores, a unidade do registro, a publicidade prévia, a competencia exclusiva da justiça federal como consequencia da nova organização, a regularisação do mandado de busca e apprehensão, a attribuição da ultima instancia ao ministro.

Taes os pontos principaes, no tocante ás patentes de invenção, que trouxe o decr. n. 16.264, de 19 de dezembro de 1923.

521. O dispositivo do art. 351 do codigo penal tem como fonte o art. 6 da lei n. 3.129, de 14 de outubro de 1882, por sua vez inspirado no art. 40 da lei franceza de 5 de julho de 1844.

Em face daquelle dispositivo, podemos definir, de um modo geral, a contrafacção, no assumpto, como *todo attentado aos direitos do proprietario de uma patente de invenção ou descoberta*.

São elementos do crime:

- 1) uma patente legitimamente concedida;
- 2) um attentado aos direitos resultantes da patente;
- 3) que o attentado se verifique por um dos modos previstos no art. 351.

Apreciemos cada um desses elementos.

522. I) Sendo necessaria uma *patente*, o crime não se verifica quando houver apenas um *titulo de garantia provisoria*, pois este tem só por effeito assegurar temporariamente a prioridade do invento, de sorte que a sua novidade não fique prejudicada pela experiencia em publico ou pela exhibição em exposição official ou reconhecida officialmente do invento, factos unicos que autorisam a expedição daquelle titulo (lei n. 3.129, de 1882, art. 2, § 2, reg. respectivo, arts. 6 e 46). E' o que tambem resulta da lei e decreto francezes de 13 de abril de 1908, art. 1, e de 17 de julho do mesmo anno, art. 3 (POUILLET, *Tr. de breveté d'invention*, n. 551).

No regimen do não exame prévio, como vigorava em nosso paiz, e vigora em França, Italia, Belgica, Portugal, Hespanha e Japão, a *patente* é um titulo apenas declaratorio da pretensão que o seu titular tem de ser inventor, assegurando-lhe os direitos que possa ter a partir de certo tempo e por prazo determinado. Como diz POUILLET, é como que o acto ou registro de nascimento

da invenção, e nada mais. No regimen do exame prévio, ora vigorante, outra é a sua feição: é prova do invento ou descoberta.

Para isso é preciso que se trate, nos termos da lei penal, de uma patente *legitimamente concedida*. Esta expressão tem sido interpretada diversamente. Como relator do accordam de 21 de junho de 1890, da Camara criminal do extinto Tribunal civil e criminal do Districto Federal, VIVEIROS DE CASTRO, acompanhado pelo illustrado juiz CAETANO MONTENEGRO, assim apreciou a questão:

“A patente de invenção tem por fim reconhecer e garantir os direitos de quem pela sua perseverança, esforços, estudos e trabalhos descobriu alguma coisa de novo, que melhore o bem estar da humanidade, ou um novo processo para a fabricação de objectos já conhecidos mais rapidos e mais baratos do que os meios até então empregados. Nestes casos, diz IHERING, 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 trabalho quem realmente inventou, quem descobriu um objecto ou um processo até então ignorado. Mas tambem a pretexto de invenção póde a fraude querer deter o monopolio de industrias exploradas e de ha muito no dominio do publico.

Simplees, insignificantes alterações, que não mudam a essencia, a materia do objecto, são allegadas como invenções e obtido o privilegio, procura-se suffocar a concorrencia monopolisando-se a industria. Duas condições são portanto essenciaes para que tenha valor juridico um privilegio: — 1.º que haja uma invenção, uma descoberta nova; 2.º que o privilegiado seja realmente o autor do privilegio.

A lei franceza de 5 de julho de 1844 definiu com felicidade o que seja descoberta. São ocnsiderados 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 obtenção de um resultado ou de um producto industrial. Commentando esta disposição, diz JORGE BRY: “A condição especial para assegurar a efficacia da patente é a *novidade* da invenção.”

Resalta ella dos termos e do fim da lei, que quer animar as investigações e os esforços individuaes e não diminuir o patrimonio commum, deixando confiscar em proveito de um só um producto ou processos já conhecidos de todos. A habilidade na confecção, cuidados mais minuciosos no preparo, uma mudança de forma ou de dimensão, de proporção ou de dosagem, não podem constituir uma applicação nova, si não obtem-se um resultado differente ou novo (*Legislação industrial*, ps. 515 e 519)... A doutrina e a jurisprudencia estão accordes em reconhecer no juiz o direito de apreciar si a patente foi legalmente concedida para os effeitos da lei penal. Certamente o juiz não póde declarar caduco um privilegio por falta de pagamento de annuidades, o que é da competencia do governo, nem decretar a nullidade, o que sómente póde ser obtido pela acção competentet perante a justiça fede-

ral. Mas, na especie, para os efeitos da lei penal, para julgar da criminalidade ou da innocencia do accusado, o juiz tem o direito de examinar si ha realmente um invento ou si a pretensa descoberta já era ha muito do dominio publico. Os tribunaes apreciam soberanamente a questão de saber: si um producto ou um processo privilegiado constituem ou não uma invenção e si a concessão da patente foi feita de conformidade com a lei (ADOLPHO BOURNEILLETTE, *Estudo sobre a propriedade literaria, artistica e industrial*, p. 152).

A Côrte de Cassação em accordam de 28 de abril de 1896, decidiu que os juizes têm attribuição soberana para julgar si a invenção ou processo, que foi objecto da patente é nova e por consequente privilegiavel — *Pand. franc.*, vol. XI, p. 295.

O Tribunal Supremo da Hespanha em accordam de 26 de novembro de 1896, declarou que apesar de pertencer aos tribunaes civis, nos termos do art. 13 da lei de 30 de julho de 1878, todas as questões referentes a nullidade ou violação da patente, o tribunal criminal, para os efeitos da lei penal, para a absolvição ou condemnação, tem competencia para na especie decidir se ha invenção, se era privilegiavel (VIADA Y VILASCA, *Cod. penal hespanhol*, suppl. 3.º, p. 506). Os adversarios da competencia do juiz para decidir do invento, da realidade da descoberta, invocaram como principal argumento a disposição do art. 64 do reg. n. 8.820, de 1882, determinando que não será attendida a defesa do infractor, fundada na nullidade ou na caducidade do privilegio.

Mas essa disposição não se achava consignada na lei, o regulamento não podia estabelecê-la, não tem, portanto, força obrigatoria. Hoje, é inquestionavel o direito do juiz recusando a sancção da justiça a esses regulamentos illegaes, onde o poder executivo exorbita de suas funcções assumindo indubitavelmente o papel de legislador. Com effeito, o art. 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 assim dispõe no § 10:

Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou a Constituição.”

No sentido exposto se pronunciou o Trib. de Justiça de São Paulo.

523. Divergindo das razões adduzidas no accordam, ora apreciado, entendendo não caber ao juiz entrar no exame da questão para resolver sobre a procedencia da acção, o juiz ENÉAS GALVÃO fundamentando seu voto, assim se externou: “O regulamento annexo ao decr. n. 8.820, de 30 de dezembro de 1882, acto do poder competente e sem os vicios que lhe attribue o accordão, veda em seu art. 64 a defesa fundada na nullidade ou caducidade do privilegio, salvo si constituir um caso julgado e a infracção não tiver sido praticada na constancia do privilegio. Semelhante disposição não é mais que a consagração do estatuido nos §§ 3.º e 4.º da lei n. 3.129, de 14 de outubro de 1882, nem é possivel duvida acerca da competencia exclusiva de outro juiz que não a Camara criminal para decidir os casos de nullidade da patente de

invenção, em face da terminante disposição contida no art. 12 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, conferindo aquella competencia aos juizes seccionaes, como já na antiga organização judiciaria se attribuia aos juizes commerciaes (cit. lei n. 3.129, art. 5, § 3). As leis de competencia são de ordem publica, não podem ser alteradas ao sabor dos juizes e litigantes, são leis tutelares da boa marcha da justiça. No caso vertente, a inversão da competencia jurisdiccional teve como consequencia proclamar-se a nullidade de uma patente fóra dos moldes processuaes que o legislador creou para exacta apreciação de factos que fazem objecto da nullidade. A prevalecer a doutrina do accordão, com ampla autoridade, que assignala a justiça criminal em completa independencia do juizo seccional quanto á questão da nullidade, quando é ella privativa competencia desse juizo, affectar-se-ia gravemente o regular funcionamento dos tribunaes, attentar-se-ia contra direitos legitimamente adquiridos de que os seus autores sómente podem ser privados por meios legaes. Si á justiça criminal assiste o direito de, em um processo de infracção de privilegio, concedido pelo poder competente, investigar sobre o resultado pratico do invento, annullando a patente sob fundamento da falta de objecto sem ter em conta o julgado da autoridade judiciaria a quem a lei deferiu essa attribuição, dar-se-ia a anomalia de ficar o autor do invento privilegiado e reconhecida judicialmente a legalidade da respectiva patente, privado da sancção penal que o codigo estabeleceu, sempre que se apartasse do conceito adoptado na jurisdicção civil.

Esta ultima consequencia dimana ainda dos proprios termos em que o accordão firma a plena autoridade da Camara criminal para resolver sobre os processos de natureza identica á da presente causa." No sentido deste voto se pronunciou o Supremo Tribunal, seguido pela 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Apelação, cumprindo destacar o accordam de 27 de novembro de 1918 daquelle tribunal.

O decr. n. 16.264, de 1923 veio trazer modificação sensivel ao direito então existente e jurisprudencia firmada. No art. 72, n. I, alterou a redacção do art. 351, § 1.<sup>o</sup> do codigo penal, por esta forma: "I, fabricar sem lisença do concessionario ou cessionario os productos que forem objecto do privilegio concedido."

Dispõe mais:

Art. 75. Poderá constituir materia de defesa na acção criminal a allegação da inobservancia dos arts. 33 e 34 deste regulamento. A absolvição do réo não importa, todavia, nullidade da patente."

Estes dispositivos correspondem ao art. 1, §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> da lei n. 3.129, de 1882, e arts. 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> do respectivo regulamento.

Assim, a novidade do invento póde ser apreciada na acção, exactamente como sustentava VIVEIROS DE CASTRO, doutrina sem duvida mais liberal e juridica. A legitimidade da patente póde, pois, ser encarada *intrinseca* e *extrinsecamente*.

524. II) E' necessario que haja um attentado aos direitos resultantes da patente. Nesta pesquisa, cumpre determinar primeiramente o que possa ser objecto da patente. Dil-o a lei, art. 1, fazendo consistir em qualquer *invenção* ou *descoberta*. "A descoberta, dizem PICARD e ODIN, suppõe sempre uma coisa já existente, emquanto que a invenção suppõe muitas vezes uma coisa que ainda não existe.

Dizemos muitas vezes que ha invenção quando mesmo a coisa exista, desde que seja ignorada pelo inventor. Neste caso, a invenção differe da descoberta por um outro ponto: é que a primeira exige sempre que o homem participe de sua confecção, de sua realisação, emquanto que basta para a segunda que o homem mostre um objecto que foi creado sem sua participação, por exemplo, por meio unicamente das forças da natureza."

Esta distincção, nota MONTESQUIEU, muito justa no ponto de vista grammatical, é sem interesse no ponto de vista juridico; com effeito, as duas palavras se empregam indifferentemente uma pela outra." Apesar da latitude do texto legal, fallando em *qualquer* invenção ou descoberta, sómente abrange as invenções *industriaes*, o que aliás mostra o § 1.º. Como taes não se entendem as invenções que se liguem mais ou menos directamente ao dominio da industria, mas que *produzem effeito material, tangivel, palpavel*, quaesquer que sejam os esforços empregados por seu autor, qualquer que seja sua importancia ou merito, aspectos estes só levados em conta para determinar a indemnisação devida pela infracção. E' o que evidenciam, entre outras, as decisões da Cassação de França, de 30 de dezembro de 1845 e de 24 de maio de 1881, e doutrinam POUILLET, HUARD, NOUGUIER, CALMELS, PICARD e ODIN, etc.

No cit. § 1.º determina a lei o que constitue invenção ou descoberta, disposição elucidada pelas definições que a respeito dá o regulamento, em seu art. 1.º. Assim, constituem invenções ou descobertas, para os effeitos legais:

1.º) a invenção de novos *productos industriaes*. Por producto, se entende o objecto material obtido, ou como definem PICARD e ODIN, um corpo certo e determinado que tem seu valor em si e não sómente como meio de alcançar um fim, de produzir um effeito."

Assim, uma nova materia corante, um guarda-chuva de systema differente dos anteriormente empregados, são productos novos susceptíveis de serem privilegiados. Não estaria nessas condições, um estofo por isso só que fosse ornado de desenhos novos, neste elemento se encontrando apenas um desenho de fabrica (POUILLET).

Não estão tambem na mesma categoria os productos *naturaes*, e sim os devidos á combinações da actividade humana.

2.º) a invenção de novos *meios* para se obter um producto ou resultado industrial. A lei define o *meio* como o processo, a combinação chimica ou mechanica, a materia de empregar os agentes naturaes ou artificiaes e as substancias ou materias conhecidas.

O *meio*, assim constitutivo do privilegio, pôde trazer como effeito um producto ou resultado industrial. Como vimos o producto é o objecto material; o *resultado*, na definição legal, é a vantagem obtida relativamente á qualidade, quantidade e economia de tempo ou dinheiro.

3.º) a invenção de nova *aplicação* de meios conhecidos para se obter um producto ou resultado industrial.

*Aplicação*, nos termos da lei, é o facto de dar-se qualquer agente, substancia ou materia conhecida, um uso novo.

Assim, applicar de uma maneira nova é pura e simplesmente empregar meios conhecidos. taes quaes são conhecidos, sem mesmo nada accrescentar, para dahi tirar um resultado differente do que tinham produzido até então. Não é necessario que o resultado, que se pretende, seja novo; basta que esses mesmos meios não tenham servido para obter o resultado que dão esta vez.

Por exemplo: o gaz de iluminação é um producto conhecido; a electricidade é um meio conhecido; todavia, aquelle que primeiro applicasse a electricidade para produzir o gaz de iluminação teria feito uma applicação nova, susceptivel de ser privilegiada (POUILLET).

4.º) o *melhoramento* de invenções já privilegiadas.

*Melhoramento*, nos termos da lei, é o que torna mais facil o fabrico do producto, ou o uso do invento privilegiado, ou lhe augmenta a utilidade. Tanto o *producto*, como os *meios*, como a *aplicação*, como o *melhoramento* se consideram novos, segundo ainda a lei, emquanto não empregados ou usados, dentro ou fóra do paiz, nem descriptos e publicados de modo que possam ser empregados.

Assim determinada a invenção, exige a lei que, no relatorio do pedido da patente, se designem com especificação e clareza os *caracteres constitutivos* do privilegio, pois, é por esses caracteres que se determinará a *extensão do direito da patente*, fazendo-se disso menção nesta (art. 3). Esta especificação ou reivindicação de caracteristicos, pelo proprio inventor, se faz mistér porque frequentemente, para melhor comprehensão do pensamento, é levado o inventor a consignar certos detalhes vulgares, conhecidos.

Muitas vezes mesmo, nota POUILLET, sobretudo no ponto em que se encontra hoje a industria, as descobertas não versam senão sobre conjunctos, cujos elementos tomados isoladamente, são do dominio publico. Que importa, neste caso, a imitação de tal ou tal elemento, de tal ou tal particularidade, se nisso não está o que constitue o direito privativo do privilegio?

Assim, para bem julgar de uma contrafacção, deve-se inquirir, não do que está na patente, mas do que é seu objecto.

Passemos agora a apreciar os casos de attentados aos direitos resultantes da patente, e esses são os que a lei especifica como crimes.

525. III) As figuras delictuosas do art. 351 podem ser distribuidos em dois grupos: um comprehendendo a contrafacção propriamente dita (§§ 1.º e 2.º), e outro factos que a lei assimila á contrafacção, mas que no fundo não passam de casos de cumplicidade da contrafacção (§ 3.º).

No § 1.º, a contrafacção está em *fabricar, sem licença do convessionario da patente, os productos que forem objecto desta.*

Em regra, a contrafacção, nesta modalidade, se integra com o facto de fabricar o producto privilegiado, independentemente de qualquer idéa de exploração commercial, porquanto a lei pune a fabricação do producto sem distincção do fim proposto pelo agente, e mesmo quando tivesse em vista o uso pessoal.

Todavia casos excepçoes podem ocorrer em que a fabricação não constitua contrafacção, e POUILLET cita o do inventor de um aperfeiçoamento de uma patente que se propõe executar o conjuncto, não para explorar, mas para mostrar suas vantagens ao autor da invenção principal.

No § 2.º ha dois casos, a saber: a) *empregar os meios privilegiados;* b) *fazer applicação dos meios privilegiados.* Se na hypothese do § 1.º, a contrafacção está em imitar um corpo certo, determinado, como uma machina, um objecto de toilette, um producto industrial, enfim, de fabrico privilegiado, nas hypotheses deste § 2.º, a contrafacção se refere a invenções que se traduzem por um processo, uma combinação chimica ou mechanica para obtenção de um producto ou resultado industrial, ou a invenções que se traduzem por uma nova applicação ou uso novo de meios conhecidos. Para que haja contrafacção não é necessaria cópia completa do objecto patentado, bastando cópia de suas partes essenciaes, constitutivas. De ordinario, as differenças que se observam entre o objecto privilegiado e o contrafeito só têm por fim mascarar ou dissimular a contrafacção, e assim assegurar a impunidade. Dahi a regra que para bem julgar a contrafacção, é ter em vista as semelhanças e não as differenças (POUILLET, que cita as decisões da Cassação de 25 de maio de 1897 e de 11 de janeiro de 1911).

No § 3.º, a lei tem como assimilados á contrafacção os factos de *importar*, isto é, introduzir no paiz, qualquer que seja o uso; *expor á venda*, ou ter em logar accessivel ao publico ; *occultar* ou *receber* para o fim de serem vendidos, productos de industria privilegiada, *sabendo que o são.* Se nos casos anteriores, o dolo está implicito, nos deste § 3.º, deve ser provado, por isso que pôde não ocorrer, e consiste no conhecimento que o importador, o vendedor, occultador ou recebedor tem de que os productos são contrafeitos de industria privilegiada.

BEDARRIDE, RENOARD, CALMELS, NOUGUIER, POUILLET, DUVERGIER e outros, em face dos antecedentes parlamentares da lei franceza de 5 de julho de 1844, fonte da nossa de 1882 e do codigo vigente, como já mostrámos, mostram que se tratando de fabricação, o dolo é *res ipsa*, não sendo, pois, admissivel a allegação de boa fé, não assim no caso de introduccção, venda, etc., onde é possivel a ignorancia da contrafacção, e, por isso, a lei exigindo expressamente a sciencia. Ao accusado, neste caso, é facultado allegar e justificar sua boa fé, e com isso sua irresponsabilidade.

Segundo o paragrapho unico do art. 351, a infracção torna-se aggravada pelas circumstancias ahi mencionadas, que importam em abuso de confiança do infractor.

526. O art. 352 teve como fonte o art. 6 § 6.º da lei n. 3.129, de 1882, que considerava as especies ahí contidas como crimes policiaes ou contravenções, e que no vigente codigo são consideradas como crimes.

Trata-se, no art. 352, da simulação da existencia de patente, e que, por não haver offensa de direito individual, mas de facto que compromette o interesse juridico, como nota LISZT, em relação á lei allemã de 7 de abril de 1891, por isso assume mais o character de contravenção, como exactamente o considerava a nossa lei de 1882.

No paragrapho unico trata-se da vulgarisação do segredo da invenção, por parte dos profissionaes ou peritos incumbidos do exame prévio do objecto da patente. E' figura já prevista no art. 192.

527. E' admissivel a tentativa punivel da contrafacção de uma patente, consoante a regra geral do art. 13 do codigo penal.

Para sua existencia, diz RAMELLA, não se faz mister que se verifique a fabricaçaõ, o commercio ou o uso da invenção, bastando todo acto tendente ao effectivo exercicio do privilegio, o que representa já um principio de execuçaõ, um ataque ao bem juridico de outrem. Não constitue tentativa a publicação ou o uso de objectos privilegiados, determinada por fins pessoas ou scientificos, ainda que plenamente livre.

Não preenche, pois, os extremos da tentativa o facto de procurar meios necessarios para a fabricaçaõ dos productos privilegiados, porque não se transpõe ainda o campo dos actos preparatorios, nem é consequentemente reprimido penalmente, embora já sufficiente para firmar o direito do privilegiado.

Para alguns escriptores a *fabricaçaõ iniciada* é punivel como contrafacção consummada, quando já sejam creadas e promptas para funcçionar, as partes essenciaes constitutivas do aparelho ou base, não assim quando o objecto seja apenas esboçado, e pois imperfeito, a vontade de contrafazer não equivalendo ao facto material, devendo-se antes attender ao estado actual do objecto.

Tal doutrina póde valer para a lei em que a tentativa do delicto, e logo da contrafacção, não é punivel, como acontece na legislaçaõ franceza e allemã, embora salva a responsabilidade civil segundo o grão de adiantamento da fabricaçaõ comprehendida e do ataque feito á patente.

Mas na nossa lei a tentativa de delicto é reprimida e isto quando se prove que as partes fabricadas eram destinadas certamente á completa fabricaçaõ do objecto contrafeito, ou que foi tirada cópia de modo illicito e fraudulento, de desenhos relativos á invenção com o fim de contrafazel-a, em cujos casos será admittido o inventor intervir em defesa de seu privilegio e fazer apprehensão ou sequestro das partes já concluidas. O expellido tem inteira applicaçaõ ao nosso direito.

528. Indaga-se se ha delicto de contrafacção, em qualquer de suas modalidades, quando tenha havido para a pratica do acto provocação ou incitamento por parte do dono da patente.



A solução não pôde ser senão pela negativa. Haveria, diz **POUILLET**, uma immoralidade em sustentar o contrario. Poderia haver contrafacção quando o objecto é executado sob as indicações, a direcção e por conta do dono da patente? E' possível contrafazer a si proprio? Não é o caso de applicar o adagio: *volenti non fit injuria?* Não sómente uma tal manobra, quando provada, torna o processo sem objecto, mas ainda dá á victima direito de reclamar por indemnisação por perdas e damnos.

529. O codigo estabelece como penas a multa de 500\$000 a 5:000\$000 em favor da Nação, a de 10 a 20 % e o confisco dos instrumentos ou appa-relhos em favor do concessionario da patente (art. 351).

O decr. n. 16.264, de 1923, trouxe modificações a essa parte sanciona-dora, estabelecendo no art. 72:

“§ 2.º O infractor do privilegio será punido com a multa de 500\$ a 5:000\$, em favor da União, quando a acção fôr proposta no Districto Federal, e, em favor dos Estados, quando proposta perante as respectivas justicas.

§ 3.º Os productos de que trata este artigo e os respectivos appa-relhos e instrumentos serão adjudicados ao concessionario da patente pela mesma sentença que condemnar os autores das infracções.”

**Dispõe mais:**

“Art. 74. Não haverá accumulção de penas por infracções reiteradas antes da iniciação do processo.

Paragapho unico. As infracções posteriores constituem rein-dencias e sujeitam a novo processo.”

## 530. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Competindo a queixa unicamente á parte offendida ou a quem tenha qualidade para represental-a (cod. pen., art. 407 § 1, cod. do proc. criminal, art. 72), nos crimes contra a propriedade, e a patente de invenção é uma propriedade, a parte offendida é evidentemente o proprietario. Assim, os concessionarios da patente são evidentemente os unicos que podem dizer-se of-fendidos por facto de outrem attentatorio daquella propriedade. Pelo que, os concessionarios individualmente é que podem dar queixa pelo crime impu-tado a terceiro pelo facto referido, e não a firma social de que fazem parte.

Não altera a questão a circumstancia de ser a dita firma composta ex-clusivamente dos alludidos concessionarios, porquanto, embora tivesse ella por fim a exploração do privilegio, entretanto, não tinha a acquisição do dominio

respectivo, que continuou a pertencer aos concessionarios, visto como a personalidade da sociedade é distincta e independente da dos seus membros (*Accords. de 17 de janeiro e de 18 de abril de 1906*).

## DISTRICTO FEDERAL

II. Os privilegios industriaes se provam com patentes expedidas pelo Ministerio da Agricultura, e as transferencias dessas patentes não surtem effectos para terceiros emquanto não registrados nesse departamento da administração, conforme dispõem os arts. 1 e 2, § 6.º, da lei n. 3.029 de 14 de outubro de 1882, e os arts. 12 e 19 do reg. baixado com o decr. n. 8.820, de 30 de dezembro de 1882.

O art. 19 deste regul. acrescenta que até a data do registro das transferencias a responsabilidade dos concessionarios, seus successores ou representantes continúa integralmente para o Estado e os terceiros. Em face dessas disposições, forçoso é reconhecer que, em relação a terceiros, a propriedade das patentes permanece aos referidos concessionarios, successores e representantes até o registro, e que os arguidos de contrafacção á patente cedida têm o direito de oppôr, como terceiros, a falta desse registro para repellir a acção movida contra elles pelo concessionario. No sentido exposto, interpretando disposições analogas da legislação franceza, doutrina ALTORE, na sua obra *Revue d'industrie*, n. 186, e POUILLET, no *Traité des brevets d'industrie*, n. 213. Observa este escriptor que o registro especial designado na lei não pôde ser supprido por outro, nem resolvido em logar diverso do determinado (ns. 222 e 224), se deduzindo ainda do texto legal que o acto do registro não cobre o procedimento criminal intentado antes d'elle pelo cessionario, como julgou a Côte de Cassação (n. 223) (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 18 de agosto de 1920*).

III. No mesmo sentido da decisão retro, considerando illegitima a parte-requerente de busca e apprehensão de productos contrafeitos, actos estes assim eivados de nullidade, e, pois illegal o constrangimento decorrente, por ter feita dita parte registro da cessão da patente adquirida muito posteriormente á data da realisação da mesma diligencia, o accord. da mesma Camara, de 25 de setembro de 1920.

### 531. JURISPRUDENCIA EXTRANGEIRA

#### \*FRANCEZA

I. Le droit de celui qui est breveté pour une machine porte, non seulement sur l'ensemble de l'appareil, mais encore sur les organes qui en sont les parties essentielles, et il y a, par suite, contrefaçon a copier un de ces organes (*Aix, 6 avr. 1867*).

No mesmo sentido: *Trib. civ. Seine, 20 mai 1908*.

II. Pour qu'il y ait contrefaçon, il n'est pas nécessaire que l'invention décrite au brevet soit entièrement et identiquement copiée; en conséquence, il y a délit de contrefaçon dans l'usurpation essentielle de l'idée d'un procédé breveté, quelles que soient d'ailleurs les différences de détail que le prévenu signale, si, d'ailleurs, ses produits sont semblables à ceux que protège le brevet (*Douai*, 30 mars 1846).

III. Il ne peut suffire, pour échapper à la contrefaçon, d'établir des appareils dans lesquels les organes secondaires du mécanisme seraient différents, si les appareils ont, en définitive, le même but et produisent le même résultat (*Colmar*, 29 nov. 1865).

IV. Lorsqu'on produit consiste dans un mélange, il y a contrefaçon à fabriquer un mélange analogue, dans lequel l'un des éléments (le charbon) est remplacé par une autre substance (la terre glaise) ayant la même propriété et produisant également le résultat de donner à la composition, destinée à combattre l'oidium, une propriété particulière d'adhérence à la plante (*Montpellier*, 17 nov. 1865).

V. Il y a délit de contrefaçon, lorsque d'on imite l'ensemble et les parties essentielles d'un système ou d'un appareil breveté; les différences qui peuvent exister dans le nombre ou la disposition de quelques organes n'effacent pas la contrefaçon (*Pariz*, 22 févr. 1882).

VI. La plainte ne saurait être accueillie quand la contrefaçon a été provoqué par le breveté lui-même et n'est que le résultat d'un piège tendu par lui ou prétendu contrefacteur (*Pariz*, 18 déc. 1857).

VII. La plainte en contrefaçon n'est pas recevable, lorsqu'il est établi que les objets saisis comme contrefaits n'ont été fabriqués par le prévenu que sur une commande insidieuse du breveté ou de ses agents (*Pariz*, 4 déc. 1862).

VIII. Celui qui a commis le délit en est toujours personnellement responsable; il importe peu que, mandataire, il l'ait commis dans l'intérêt de son mandant; en conséquence, les administrateurs d'une compagnie anonyme qui, par une délibération prise en conseil, ont autorisé et même commandé la contrefaçon sont responsables du délit; ils ne peuvent invoquer l'art. 32 du Code de commerce, ni se retrancher derrière leur qualité de mandataires (*Rouen*, 28 juill 1856).

IX. Le fait de vendre à la fois des objets contrefaits et des objets brevetés est caractéristique de la mauvaise foi (*Pariz*, 7 janv. 1897).

### Secção III

Da violação dos direitos de marcas de fabrica e de commercio:

**Art. 353.** Reproduzir sem licença do dono, ou seu legitimo representante, por qualquer meio, no todo ou parte, marca de industria ou de commercio devidamente registrada e publicada:

§ 1.º Usar de marca alheia, ou falsificar, nos termos supraditos;

§ 2.º Vender, ou expor á venda, objectos revestidos de marca alheia ou falsificada, no todo ou em parte;

§ 3.º Imitar marca de industria, ou commercio, de modo que possa illudir o comprador;

§ 4.º Usar da marca assim imitada;

§ 5.º Vender, ou expôr á venda, objectos revestidos de marca imitada;

§ 6.º Usar de nome, ou firma commercial, que lhe não pertença, faça ou não parte de marca registrada:

**Penas** — de multa de 500\$000 a 2:000\$000 a favor da Nação, e de 10 a 50 % 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 indicados, 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 das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou firma social, quer a reproducção seja integral, quer com accrescentamentos, omissões ou alterações, contanto 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.º Usar de marca que offenda o decoro publico;

§ 2.º Usar de marca que contiver indicação de localidade, ou estabelecimento, que não seja o da proveniencia da mercadoria ou producto, quer a esta indicação esteja junto nome supposto, quer não;

§ 3.º Vender, ou expôr á venda mercadoria ou producto nas condições referidas neste artigo:

**Pena** — de multa de 100\$000 a 500\$000 a favor da Nação.

**532.** Nesta secção trata o codigo da protecção penal concedida aos direitos de autor, quando referentes ás *marcas de fabrica e de commercio e ao*

*nome commercial*. Na rubrica da secção não se faz menção deste ultimo, mas é mera omissão, porquanto no texto elle é comprehendido. A marca de *fabrica* tem por fim indicar a proveniencia originaria do producto, a saber — o seu fabricante ou productor, o estabelecimento onde foi produzido, ou a localidade ou região da sua proveniencia; a marca de *commercio* assignalar a procedencia commercial da mercadoria, isto é, qual o commerciante que a vendeu; o *nome commercial*, sensu lato, serve para designar o nome individual do commerciante, a razão social ou razão commercial de uma sociedade ou associação, o nome do estabelecimento commercial ou o nome do logar, da situação do mesmo (ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JUNIOR).

Para designar esse direito de marca assegurado expressamente pela Const. Federal, art. 72 § 27, emprega a nossa legislação indistinctamente as expressões — *marcas de fabrica e de commercio, marcas de industria e de commercio*, e algumas vezes, em accepção generica, simplesmente — *marcas industriaes*, como tambem emprega a locução *nome commercial*, comprehendendo o *nome industrial*. A protecção penal foi primeiramente concedida pela lei n. 2.682 de 23 de outubro de 1875, que teve como fonte proxima a lei franceza de 23 de junho de 1857; seguiu-se, com disposições mais claras e completas, a lei n. 3.346 de 14 de outubro de 1887, fonte do codigo vigente, por sua vez derogado pela lei n. 1.236 de 24 de setembro de 1904, cujo regulamento baixou com o decr. n. 5.424 de 10 de janeiro de 1905. O decr. n. 2.380 de 31 de dezembro de 1910 trouxe comminações penaes em relação ao uso do emblema da Cruz Vermelha, como marca de industria ou commercio. O decr. n. 16.264 de 19 de dezembro de 1923, operando modificação sensivel, unificou o serviço do registro das marcas de industria e de commercio, a cargo da Directoria Geral de Propriedade Industrial.

No ponto de vista penal, pela legislação vigente, a contrafacção, sensu lato, como attentado contra a propriedade das marcas industriaes, assume as seguintes modalidades, classificadas pela ordem da procedencia chronologica:

- a) contrafacção ou falsificação (sensu stricto);
- b) imitação total ou parcial;
- c) uso de marca contrafeita ou imitada;
- d) uso illegitimo de marca alheia;
- e) venda ou offerta á venda de objectos revestidos de marca contrafeita ou imitada;
- f) venda ou offerta á venda de objectos revestidos de marca alheia, illicitamente applicada ou aproveitada.

Formando grupo distincto, embora com figuras analogas, temos as infracções referentes ao nome commercial e outras que apreciaremos desta-cadamente.

a) **Contrafacção ou falsificação, sensu stricto, (lei n. 1.236, art. 13. n. 5)**

533. E' a reproducção, sem licença do dono ou de seu legitimo representante, por qualquer meio, no todo ou em parte, de marca de industria

ou do commercio devidamente registrada e publicada (lei n. 1.236 de 1904, art. 13 n. 5).

O crime se verifica, dados os elementos da definição legal, abstracção feita do uso ou da subsequente applicação da marca a quaesquer productos ou mercadorias.

Pela definição se vê que a contrafacção pôde ser *total*, tambem chamada *servil*, *brutal*, quando é a exacta reproducção da marca, em todos os seus elementos, muito embora quaesquer imperfeições do trabalho graphico ou de outra natureza, sempre que se prove que ella não é *authentic*; *parcial*, quando é a reproducção sómente de um ou de alguns dos seus caracteres mais salientes. Se a primeira evidencia-se de per si, a segunda se aprecia, não tendo em vista elementos differenciaes, pois destes se vale o contrafactor como meio de defesa prévia, mas verificando se ha reproducção de elemntos caracteristicos da marca legitima. Como bem mostram ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JUNIOR, neste caso não é necessario que haja *semelhança* no aspecto de conjuncto entre a marca legitima e a contrafeita, de modo a induzir confusão antes de confronto ou attento exame.

E' tratádo da *imitação* que a lei exige esse requisito, e o silencio della sobre o ponto não pôde ser considerado omissão, pois nos mesmos textos e nos mesmos artigos ella dispõe sobre este objecto em relação a outras hypotheses. Este corollario decorre do art. 13 § 1.º, cuja disposição é a mesma, *ipsis verbis*, do art. 354 do codigo penal, e do art. 14 § 1.º da lei n. 3.346 de 1887.

Comprehende-se até certo ponto a differença estabelecida entre os dois casos pelo legislador, porquanto se na imitação não ha propriamente usurpação de propriedade alheia, não ha apropriação de marca registrada ou parte della, isto acontece no caso de contrafacção, mesmo parcial da marca, em algumas legislações, como na lei bulgara de 27 de janeiro de 1904, art. 53, n. 5, se definindo até a contrafacção como "a apropriação de marca alheia".

Assim, é perfeitamente concebivel que o direito assegure, a todo transe, a inviolabilidade da marca, reprimindo a usurpação della ou de parte della, ainda mesmo no caso de se differençar com alterações parciaes o aspecto geral, a physionomia do conjuncto, entre a marca legitima e a contrafeita.

**b) Imitação fraudulenta, total ou parcial (lei n. 1.236, art. 13, n. 6)**

534. Não se trata aqui da copia da marca, nem mesmo da fiel reproducção de alguma das suas partes, como se dá na contrafacção, mas de analogias ou semelhanças, quer na totalidade, quer em alguns dos seus elementos constitutivos, de modo a gerar a possibilidade de confusão entre a marca illegitima e a verdadeira, imitada por aquella.

E' nesta ultima condição que se encontra sobretudo o criterio para se caracterisar o crime, e nesse sentido estabelece á lei para se dar a imitação criminosa, "não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando, sejam quaes forem as differenças, a possibilidade de erro ou con-

fusão (art. 13 § 1.º). Como nota **POUILLET**, é impossível formular uma regra segundo a qual seja possível apreciar, de modo exacto, se existe ou não possibilidade de confusão entre a marca verdadeira e a contrafeita ou falsificada. É uma questão inteiramente de facto. Todavia, como regras accetáveis, firmadas em doutrina e em lei, devem ser lembradas as seguintes:

I) A marca deve ser apreciada no seu caracter de conjuncto, e não nos seus elementos. Como observa o citado escriptor, póde succeder que nenhum detalhe seja inteiramente reproduzido, e que, entretanto, a disposição, as combinações, a forma dos caracteres, a analogia das molduras sejam taes, que a confusão se torne inevitavel.

II) É preciso considerar a impressão produzida pela marca sobre a generalidade dos consumidores e não sobre peritos.

Effectivamente, á medida que estes, com olhos de lynce, discriminariam, á distancia, differenças, mesmo accessorias, entre as marcas mais conhecidas e as contrafacções ou imitações das mesmas, a maioria dos consumidores que compram do commercio a varejo, entre os quaes muitos illetrados e não poucos analfabetos, estão expostos a cahir nas ciladas da contrafacção, tomando por legitimas as marcas da imitação fraudulenta (**ALMEIDA NOGUEIRA** e **FISCHER JUNIOR**).

III) Não se exige exame attento sobre as marcas, mas como dizem estes escriptores patricios, o olhar distrahido do publico e a vaga recordação ou imagem d'elle resultante, e em segundo logar, não se deve fazer o confronto das marcas, mas vel-as uma e depois a outra, verificando se a impressão deixada pela segunda lembra a impressão produzida pela primeira.

É aliás o preceito da lei n. 1.236 de 1904, estatuinto no art. 8, n. 6, *in fine*: “Considerar-se-á verificada a possibilidade de erro ou confusão sempre que as differenças nas duas marcas não possam ser reconhecidas *sem exame attento ou confrontação*”.

c) **Uso de marca contrafeita ou imitada** (lei n. 1.236, art. 13, ns. 2 e 7)

535. Neste aspecto o delicto consiste em todo acto que, não sendo contrafacção propriamente dita, nem imitação, nem venda ou exposição á venda, é, no entanto, relativo ao emprego da marca contrafeita ou imitada, com fito de lucro, na mesma industria ou commercio e com publicidade.

Fica, pois, excluido o uso pessoal, de caracter privado ou em outra industria.

Como doutrina **BRAUN**, não é necessario o habito, a reiteração de actos, um só bastando para caracterisar o delicto.

Assim, entre outros casos, tem sido considerada integrada a acção delictuosa na reproducção ou simples menção da marca, ou na sua imitação em publicações pela imprensa ou por avulsos, inscripções muraes, em bancos ou mezas, pannos de theatro, bonds e em outros logares, em prospectos, facturas, cartões, enveloppes, cartazes, annuncios por luz electrica ou projecções cinematographicas, e bem assim pregões e preconicios oraes em leilões

ou por outra forma, por ordem ou com autorisação do accusado, etc. (ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JUNIOR).

Egualmente entra na categoria do *uso*, o facto de exhibir em uma exposição publica, productos revestidos de marca contrafeita (POUILLET).

d) **Uso illegítimo de marca alheia** (lei n. 1.236, art. 13, n. 1)

536. Não se trata aqui do uso de marca contrafeita ou imitada, como na hypothese anterior, mas de *usurpação* de marca ou uso illicito de marca verdadeira, de outrem.

Consiste o delicto, segundo definição dada por DUNANT, e que é adaptavel ao nosso direito, no facto de haver alguém a marca verdadeira de outrem e de utilisar-se della para marcar os seus productos.

Assim, commette o delicto o commerciante ou industrial que adquire por qualquer modo recipientes, vasos, garrafas, frascos ou envoltorios revestidos da marca alheia e nelles, com intuito fraudulento, colloca seus proprios productos congeneres e da mesma especie.

E' a *remplissage*, frequente especialmente em relação a bebidas, no commercio a retalho e na pequena industria.

E' o caso do individuo que se utiliza, por exemplo, de garrafas, que foram de agua de Vichy. com os rotulos legitimos. enchendo-as de um producto de qualidade inferior, e as introduz no commercio, como da procedencia indicada no rotulo.

Exigindo a lei, como requisito, *um producto de falsa procedencia*, deixa fóra de sua repressão casos, que a exigiriam energicamente, como por exemplo, do commerciante que, de posse de garrafas vacias com marcas legitimas de certa qualidade de bebida superior, as fizesse encher de bebida inferior, comprada em barris, mas da mesma proveniencia industrial ou mercantil. A forma do art. 353 § 1.º do codigo penal, como a do art. 14, n. 2, da lei de 1887, era mais ampla e comprehensiva.

e) **Venda e offerta á venda de productos revestidos de marca contrafeita ou imitada** (lei n. 1.236 de 1904, art. 13 ns. 4 e 8).

537. Com razão estes factos foram assimilados á contrafacção propriamente dita da marca, porquanto são elles que a tornam lucrativa e provocam sua pratica. A repressão vem assim influir nos factores do crime, illidindo sua efficacia.

Como já notamos, a proposito das patentes de invenção, no fundo se trata de actos de cumplicidade, por receptação, mas que a lei qualifica como delictos distinctos. A exemplo de legislador francez que substituiu, por estreita, a formula "*exposés en vente*", da lei de 5 de julho de 1844, pela mais ampla "*mis en vente*", da lei de 23 de junho de 1857, arts. 7 e 8, o nosso devia substituir a formula "*expôr á venda*" por outra mais comprehensiva. Em acceção propria, usual, *expôr* (do latim, *exponere*, formado



de *ex*, fóra de, e *ponere*, collocar), é *pôr á vista*, *mostrar*, *patentear*, e assim, *expôr á venda* é collocar o objecto em vitrinas, em prateleiras, de modo visível a todos. Nem se diga, nota DIDIMO DA VEIGA, que os productos sendo *postos á venda*, entende-se que estão *expostos á venda*, os casos não sendo os mesmos; nem se recorra ao meio, aliás sedição, de perscrutar o pensamento do legislador para provocar uma interpretação ampliativa de preceito criminal que deve ser entendido do modo mais restricto possível. Mas, como bem ponderam ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JUNIOR, a divergencia de interpretação, uma restricta, e outra ampliativa, é de reduzido alcance, sob o aspecto da criminologia, porque, se o réo pôde escapar através das malhas incautamente abertas no texto analysado, não deixará de ser colhido na rêde mais segura dos ns. 1, 2 e 7 do mesmo art. 13 da lei, que contemplam os delictos de *uso*. Nesta mesma categoria se inclue a exhibição em exposição industrial de objectos revestidos de marcas contrafeitas ou imitadas, no acto não se verificando precisamente uma *exposição á venda*.

Como caso de venda tem a jurisprudencia franceza considerado o emprego de materiaes ou quaesquer objectos revestidos daquellas marcas, nos serviços contractados pelo respectivo empreiteiro. Esta doutrina é juridica, mas preciso se torna uma restricção, como bem ponderam os citados juristas brasileiros, isto é, de não ter sido o constructor, e sim o dono da obra quem tenha fornecido, como frequentemente se estipula em taes contractos, os materiaes ou sómente os objectos inquinados da marca falsificada ou imitada. Em tal hypothese, não se dá o caso de *venda*, e, pois, o delicto que tenha esse factio como base.

f) Venda de objectos revestidos de marca alheia, illicitamente applicada ou aproveitada (lei n. 1.236, art. 13, n. 3)

538. Guardadas as naturaes differenças, tem applicação aqui o expellido quanto ao caso precedente. Caracterisa-se a especie, ora apreciada, pela venda de productos revestidos de marca alheia, e que não são de proveniencia do dono da marca.

A fraude está, pois, em dar como proveniente do dono da marca applicada, producto que não o é.

Como cumplice de tal delicto deve-se considerar o chamado *garrafeiro*, desde que forneça ao autor, o recipiente com a marca propositalmente conservada.

Nas modalidades apreciadas, o delicto se integra com o elemento intencional, o dolo, consoante a regra geral do art. 24 do codigo penal. Ao inverso, porém, de outros delictos, ao queixoso não cabe provar esse elemento, que *in est in re ipsa*. Pôde ser, porém, excluido, provando o réo que agiu de boa fé, do mesmo modo que na infracção de patente de invenção.

539. Formando um grupo distincto, mas de natureza analogá ás apreciadas anteriormente, temos as seguintes infracções:

1) Usar, sem autorisação competente, em marca de industria ou de commercio, de armas, brazões ou distinctivos publicos ou officiaes, nacionaes ou estrangeiros.

2) Usar de marca que offenda o decoro publico.

3) Vender ou expor á venda mercadoria ou producto revestido de marca nas condições retro mencionadas (lei n. 1.236 de 1904, art. 14, ns. 1, 2 e 4).

4) Usar de marca que contiver offensa pessoal, vender ou expôr a venda objectos della revestidos (lei cit., art. 15).

5) Usar como marca de industria ou de commercio o emblema da Cruz Vermelha, quer o signal seja identico, quer constitua imitação que não possa ser reconhecida sem exame attento ou confrontação (decr. n. 2.380 de 31 de dezembro de 1890, art. 3, § unico).

6) Usar de nome ou firma commercial que lhe não pertença, faça ou não faça parte de marca registrada (lei n. 1.236 de 1904, art. 13, n. 9). Já vimos o que constitua nome commercial, em accepção ampla (n. 532); aqui se toma nas duas primeiras modalidades, isto é, como synonymo de nome de commerciante ou industrial, ou firma commercial, ou designação de companhia ou sociedade anonyma. A figura está na usurpação do nome assim conceituado em marca da fabrica ou de commercio.

O uso de nome commercial, tomado nas duas outras modalidades, como nome de estabelecimento industrial ou commercial ou como nome de localidade, só constitue infracção penal quando apposto em marca de industria ou de commercio, como indicativo de falsa proveniencia de productos ou mercadorias. Neste caso não se trata propriamente de usurpação de nome commercial, mas de sua apposição em marca ou como marca de productos ou mercadorias.

Por esta forma são indirectamente amparados os nomes de localidade, os de estabelecimento e qualquer outra indicação de proveniencia contra a sua fraudulenta applicação em marcas de fabrica e de commercio. Por isso, constituem crimes previstos pela lei:

1) Importar e fabricar rotulos que se prestam á fabricação de bebidas e quaesquer outros productos nacionaes, com o fim de vender estes como se fossem estrangeiros (lei n. 452 de 3 de novembro de 1897, art. 1.º letra a e § 1.º)

2) Usar de marca de industria e de commercio que contiver indicação de localidade ou de estabelecimento que não seja o da proveniencia da mercadoria ou producto, quer a esta indicação esteja junto um nome supposto ou alheio, quer não.

3) Vender ou expôr á venda mercadoria ou producto nas condições supra mencionadas (lei n. 1.236 de 1904, art. 14, ns. 3 e 5). Por *indicação de procedencia* se deve entender, não só “a designação do nome geographico que corresponde ao logar da fabricação, elaboração ou extracção dos productos”, como estreitamente define o art. 11 do reg. da lei n. 1.236, mas tambem,

segundo o art. 14 n. 3 desta, a menção do estabelecimento da fabricação do producto ou da venda da mercadoria.

540. Questiona-se si é admissivel tentativa punivel nos delictos de marca de fabrica e de commercio.

Em França, a jurisprudencia se tem pronunciado peia negativa, e logicamente, porque só sendo punivel a tentativa de delicto quando fôr expressamente determinado, consoante o art. 3 do codigo penal, e não encontrando semelhante preceito nas disposições legaes sobre marca de fabrica, a conclusão não podia ser senão aquella (COUHN, POUILLET, BRUN, RENDU). Na Italia, consoante a respectiva legislação, chegam os autores á solução diversa.

Apreciando a questão, nota MOISE AMAR, com inteira applicação ao nosso direito, que a lei de 1868 nada dizia. Todavia já na sua applicação, e sob o imperio do codigo penal anterior sustentava-se punivel a tentativa, porque tendo as infracções nella contempladas o character do delicto, e tratando-se de derogação ás normas geraes da lei penal, nenhuma razão se encontra para subtrahir á pena a tentativa daquellas infracções. Nem convence a opinião opposta de COTTARELLI, de não ser punivel a tentativa, porque a lei não pune senão o delicto consummado. Concordamos que a lei de 1868 nada diz: mas é exactamente por isso que se levanta a questão. O motivo, logo, nos parece uma petição de principio. Mas se a lei especial não provê, não haveria motivo para negar applicação dos principios geraes estabelecidos no codigo penal para todos os delictos.

Ora, por ter o novo codigo repetido quasi completamente, nos arts. 296 e 297, as disposições penaes da lei de 1868, não se segue que deixem de ser applicadas aos factos contemplados naquelles artigos as normas sancionadas nos arts. 61 e 62 do mesmo, referentes á tentativa”.

Vide o que a respeito do mesmo assumpto dissemos, em relação ás patentes de invenção.

Quanto á cumplicidade, nos mesmos delictos, nada impede tambem a applicação das normas geraes do codigo penal, não procedendo, como bem mostram ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER, o argumento tirado por AFFONSO CELSO, de não ser reproduzido na lei de 1887, o dispositivo do art. 8 da lei de 1875, mandando applicar aos cumplices o art. 35 do codigo criminal, analogo ao art. 64 do vigente codigo, no silencio se vendo uma derogação. Primeiramente, desacertadamente andaria o legislador ordinario se, ao decretar qualquer lei ou instituição sobre material civil ou penal, reproduzisse na reforma todos os principios geraes já consagrados na legislação positiva; e assim, em direito repressivo, por exemplo, repetisse a parte geral do codigo sobre reincidencia, tentativa, cumplicidade, etc. Depois, o historico da elaboração da lei elucida a razão da inserção do preceito alludido na lei de 1876.

De facto, consignando-o, o legislador fel-o para que não surgissem na nossa jurisprudencia as divergencias que sobre o mesmo ponto nasceram do silencio da lei franceza de 1857.

Firmado assim definitivamente o direito patrio, desnecessario se fazia reproduzir-se na legislação posterior uma disposição anomala como aquella.

Pela punibilidade da cumplicidade se pronunciam DARRAS, POUILLET, CALMELS, COUHN, AMAR, DIDIMO DA VEIGA e outros e mesmo em França ares-tos assim têm decidido.

Ainda quanto ao concurso de agentes, a lei n. 1.236 contem a disposição do art. 32, que considera co-autores ou responsaveis *solidariamente* pelas infracções dos arts. 13, 14 e 15:

1.º O dono da officina onde se preparem marcas falsificadas ou imitadas;

2.º A pessoa que as tiver sob sua guarda;

3.º O vendedor das mesmas;

4.º O dono ou morador da casa ou local onde estiverem depositados os productos, desde que não possam mencionar quem o seu dono;

5.º Aquelle que houver comprado á pessoa desconhecida, ou não justificar a procedencia do artigo ou producto.

Uma tal disposição visa, pela intimidacção, difficultar ou embaraçar invencivelmente a contrafacção das marcas e mais delictos assimilados.

Finalmente, quanto á provocacção ou incitamento por parte do dono da marca para a perpetracção do delicto, é de distinguir, com POUILLET: se, de facto, foi o embuste do dono da marca que determinou a contrafacção, suggestionando-a ao réo, se este foi victima de uma cilada, sem a qual não praticaria o acto reprovado, não é criminoso; se, porém, o dono da marca recorreu a esse ardil para descobrir a defraudacção que sorratamente se fazia da sua propriedade industrial, então o seu acto é legitimo e, ainda que astucioso, é de boa guerra, e não pôde escusar a contrafacção ou imitacção.

541. O codigo penal comminava só penas pecuniarias em favor da Nação e do dono da marca, para os delictos em questção; a lei n. 1.236 veio comminar penalidade mais severa, additando a pena de prisção, como se vé dos arts. 13, 14 e 15.

Usando, no art. 13, envez do termo *Nação*, empregado pelo codigo, o de *Estado*, logar dava para que se supuzesse referir-se aos Estados federados e não á União, interpretação que encontraria apoio no art. 58 do codigo penal, que admite o caso de multa em favor dos Estados.

Elucidando o ponto, o decr. n. 16.264 de 1923, art. 119, estabelece que “as multas serão adjudicadas á União sempre que a acção fôr intentada no Districto Federal, e aos Estados, quando o fôr perante as respectivas justças”.

Para a applicacção das penas comminadas nesses dispositivos, é neces-sario o registro e a consequente publicacção da marca, consoante o preceito geral do art. 3.º da lei n. 1.236, ponto aliás assentado na doutrina e juris-prudencia universaes. Independe de registro ou deposito o nome commercial para a protecção, quer no fôro criminal, quer no civil (lei cit., art. 8, ns. 2 e 3, art. 10 n. 2, art. 13 n. 9, art. 14, ns. 3 e 5, art. 20 n. 4).

Quanto á penalidade comminada á *reincidencia*, e condições desta, desviando-se da doutrina do art. 40 do código penal, a cit. lei n. 1.236, reproduzindo disposição da lei de 1887, dispõe no art. 17 que “será punida com o dobro das penas dos arts. 13, 14 e 15, se não tiverem decorrido dez annos depois da anterior condemnação por algum dos delictos previstos nesta lei”

#### 542. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

I. O corpo de delicto, nos crimes de violação dos direitos de marca de fabrica e de commercio, é constituído pela apprehensão das respectivas marcas e pelo exame nestas procedido (*Accord. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, de 31 de março de 1897*).

II. Para a acção criminal por violação de marcas de fabricas ou de commercio é indispensavel a preexistencia de registro, deposito e publicação da marca. A publicidade deve ter sido feita pelo *Diario Official* da União e pelo jornal official do Estado onde se realisou o registro da marca. Se a marca tiver sido imitada ou contrafeita antes de preenchidas estas formalidades legais, não cabe acção penal por imitação ou contrafacção da mesma (*Accords. da mesma Camara, de 3 de setembro de 1898, e da Camara Criminal da Côte de Appellação, de 13 de junho de 1899*).

III. 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 possam ser reconhecidas *sem exame attento e confrontação*. 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* (AFFONSO CELSO, *Marcas industriaes*, n. 194). A *imitação* é uma contrafacção que *evitou ser integral*; o concurrente doloso, o artista que para ella trabalhou, procuráram a um tempo produzir a confusão e reservar-se uma defesa; tomáram da marca original os traços principais e variáram os secundarios, ou vice-versa; não lhe reproduzindo os elementos essenciaes, conseguiram 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* (AFFONSO CELSO, obr. cit., n. 192).

A esse respeito o juiz tem poder soberano de apreciação, mas o que deve guial-o é a impressão que elle sente vendo separadamente as duas marcas, afim de verificar si a impressão produzida pela segunda recorda a que deixou em seu espirito a primeira marca; e é preciso que tenha em vista sobretudo o *conjuncto em sua disposição e sua forma* (BRY, *Cons. de legislation industrielle* (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 30 de julho de 1903*)).

No mesmo sentido accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 19 de julho de 1907.

IV. Ha imitação (RENDU, *Codes de la propriété industrielle*, n. 139) quando *não obstante ser diferente a inscripção em cada marca, a forma, a côr e a disposição typographica induzem em erro o comprador; quando o conjuncto da marca é semelhante, tem a mesma forma e a mesma côr, ainda que as palavras e a assignatura sejam diferentes (mesma decisão retro)*.

V. O elemento moral do delicto de violação do direito de marca de fabrica decorre da circumstancia material do registro e de publicidade; essa infracção pertence ao genero de crimes em que o proprio facto envolve a existencia do dolo — *res ipse se dolum habet*. A lei de 1870 e o codigo penal omittiram propositalmente — para evitar confusão no espirito de interpretes — as expressões *dolosamente, subrepticamente, scientemente, em fraude*, que usava a lei de 1875 e usa a legislação de alguns paizes (*mesma decisão retro*). No mesmo sentido accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da mesma Côrte, de 8 de abril de 1922.

VI. Nos delictos referentes a marcas de fabrica e de commercio, a prova da boa fé incumbe ao indiciado, sendo que o acto material da infracção faz presumir a inteção dolosa. O registro assegura o uso exclusivo da marca; e, assim allegada, mas não provada, em defesa, por outrem, a prioridade da posse da mesma marca, a presunpção legal é de que os actos imputados foram praticados posteriormente ao registro da marca do querellante (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de Appellação, de 7 de abril de 1914*).

VII. O emprego da palavra “*Guaraná*” na marca dos querellados não oonstitue absolutamente contrafacção, porque essa palavra é de uso vulgar, assignala a *materia prima* que serve de base ao producto e não pôde, por si só, ser objecto de marca susceptivel de registro. Além disso, na hypothese a palavra “*Guaraná*”, em ambas as marcas não guarda a mesma disposição nem o mesmo arranjo, e se encontra additada de nomes diversos, que não podem gerar erro ou confusão no animo do consumidor (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 5 de janeiro de 1921*).

VIII. Nos delictos de contrafacção ou imitação de marcas, ou de seu uso e venda, não é necessario, para que seja procedente a accusação, que o autor produza a prova do dolo ou má fé do réo, pois a fraude *est in re ipsa*, correndo, pelo contrario, por conta do réo, a prova da sua boa fé (*Sent. confir. pela 3.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de Appellação, por accord. de 8 de abril de 1922*).

IX. A infracção não se apresenta impossivel por versarem as marcas sobre productos de natureza diversa. Certo a marca de fabrica ou de commercio foi creada para distinguir productos da mesma natureza, entre os quaes se pôde estabelecer confusão; certo a lei só reprime a contrafacção ou imitação de marcas relativamente a productos da mesma natureza, entre os quaes sómente se pôde estabelecer confusão; certo a lei só reprime a contrafacção ou

imitação de marcas relativamente a productos entre os quaes possa o consumidor ser induzido a engano, susceptiveis de se fazerem concorrência, dando lugar a que um industrial ou commerciante beneficie da actividade e da forma do rival; certo, no caso, o “*Eugynol*” é um medicamento de uso interno para senhoras, e o “*Eugeniol*” é um antiseptico de uso externo, mas taes productos promanaram da mesma industria; são ambos medicamentos, e o prospecto do Euginiol preconisa os benefícios da sua applicação uterina; podem assim ser confundidos até com perigo para o publico e taes circunstancias devem caracterisal-os, para os efeitos da repressão como similares e objecto de concorrência criminosa. O reconhecimento da similaridade dos productos, para o fim em questão, é materia que ha induzido a doutrina e a jurisprudencia a soluções varias, mas parece ser um methodo vantajoso. para oriental-o a consideração, ao comparar os productos, nos objectivos da lei com a criação e defesa das marcas (*Accord. da mesma Camara, de 6 de maio de 1922*).

X. A figura juridica do delicto de “*remplissage*”, conforme o disseram os tratadistas, pugnando pela necessidade da sua repressão, surge de modo preciso dos autos. De facto, as pericias effectuadas tornam patente que o recorrido apropriando-se dos recipientes de uso exclusivo dos recorrentes, revestidos de seu nome commercial — “*Houbigan*”, — procedencia — “*Pariz*”. delles se utilisou, nelles expondo á venda os seus productos similares.

E’ quanto basta para a constituição do delicto de usurpação de marca, facil como é a confusão do consumidor — lei n. 1.236 de 1904, art. 13, ns. 1 e 3 (*Accord. da mesma Camara, de 19 de maio de 1923*). No mesmo sentido, quanto a facto identico, *accord. de 15 de julho de 1922*.

XI. Incompleta a queixa, por não se achar compromissada, o que era imprescindivel, para os efeitos de direito, e decorridos que tinham sido mais de 30 dias, após o julgamento da busca e apprehensão, não póde ser considerada offerecida no prazo legal, e quando assim não fosse, prescindido o compromisso, como formalidade legal, ainda assim não mais era licito proseguir na acção, transcorridos como estavam mais de 30 dias após o julgamento da busca e apprehensão (*Accord. da mesma Camara, de 16 de dezembro de 1922*).

XII. Não póde ser tido como usurpador de marca, por ausencia de dolo, quem se utiliza, nos productos que fabrica e expõe á venda, de marca, embora não registrada, mas preexistente á do apprehensor, naquelles actos não podendo haver intuito de prejudicar, por concorrência desleal. Accresce já ter esta Camara, em diversos accordãos, entre elles o de 30 de dezembro de 1922, na acção penal relativa á marca “*Coração*”, para distinguir o producto *soda caustica* de um dos contendores naquella acção, resolvido que “o registro não dá a propriedade da marca, que é dada pela posse anterior da mesma, mas sim a declara e attribue-lhe exclusivamente pela prioridade até ser annullado, menos quanto ao referido possuidor; não se podendo attribuir

assim ao primeiro querellado uso de marca alheia contrafeita em os productos de sua fabricação e exposição á venda, apprehendidos, mas sim de marca propria de dono do producto, sem, porém, garantia de exclusividade, sem dolo, pois, pelos motivos expostos (*Accord. da mesma Camara. de 14 de abril de 1923*).

XIV. Nos delictos de contrafacção ou imitação de marcas, o seu exame pericial vale como corpo de delicto.

A bõa fé não se presume, mas a sua prova incumbe ao accusado (*Accord. da 4.<sup>a</sup> Cam. da Côte de Appellação, de 16 de maio de 1925*).





## TITULO XIII

**Dos crimes contra a pessoa e propriedade:**



## TITULO XIII

### DOS CRIMES CONTRA A PESSOA E PROPRIEDADE

#### CAPITULO I

##### DO ROUBO

**Art. 356.** Subtrahir, para si ou para outrem, coisa alheia movel, fazendo violencia á pessoa ou empregando força contra a coisa:

**Penas** — de prisão cellular por dois a oito annos.

**Art. 357.** Julgar-se-á feita violencia á pessoa todas as vezes que, por meio de lesões corporaes, ameaças ou outro qualquer modo, se reduzir alguém 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-á violencia feita ás coisas a destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime.

Constituem violencia contra as coisas 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.

**Art. 359.** Si para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se commetter morte:

**Penas** — de prisão cellular por doze a trinta annos.

§ 1.º Si commetter-se alguma lésão corporal das especificadas no art. 304:

**Penas** — de prisão cellular por quatro a doze annos.

Art. 360. A tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violencia, ainda que não se opere a tirada da coisa 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.

Art. 361. Fabricar gazias, chaves, instrumentos e appa-  
relhos proprios para roubar, tel-os ou trazel-os consigo, de dia  
ou de noite:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a tres annos.

543. O roubo, que em essencia nada mais é do que um furto qualifi-  
cado pela violencia, assim considerado em certas legislações; e em outras  
qualificado distinctamente, é uma das formas da chamada criminalidade sei-  
vagem, que pela sua quantidade politica, tem reclamado, em geral, severa  
repressão. Se em direito romano não assume forma autonómica na crimi-  
nalidade, designado primeiramente como furto *improbis*, segundo se vê em  
GAIO, foi-lhe applicada penalidade severa, como a pena privada do quadru-  
plo pela *actio vi bonorum raptorum* (D. 47, 8), para o caso de violenta ti-  
rada por parte de uma turba armada, e depois penas publicas, considerado  
ora como *vis* (*cum armis, ex incendio, naufragio*, em 1, 3, D., 48,6), ora  
como *crimen extraordinarium* (*latrones, grassatores*, nov. 1, 28, § 10, D.,  
48, 19). E' no direito allemão que o roubo assume configuração distincta  
do furto, este se caracterisando pela tirada clandestina (*diebstahl*), punido  
em geral com a corda, e aquelle pela tirada publica e violenta (*raub*), como  
crime contra a segurança geral, punido com a espada, e quando commetido  
em estrada real, com a pena de forca, mantendo-se esse character autonómico  
do roubo na subsequente legislação, como se vê no codigo prussiano e no  
vigente codigo penal onde o crime é qualificado "a tirada de coisa alheia  
movel para della apropriar-se illegalmente, por meio de violencia contra uma  
pessoa ou de ameaças que acarretem perigo actual para o corpo ou a vida  
(art. 249). No codigo penal francez, não ha qualificação autonómica para  
o roubo, pois sob a denominação generica de *vol*, se inclue a subtracção de  
coisas, simples ou qualificada, esta, entre outros casos, pela violencia (arti-  
gos 379 a 401). No codigo penal italiano, mantendo a orientação geral, dos  
anteriores codigos sardo e toscano, se qualificam distinctamente o furto  
(art. 402), a *rapina* (roubo, art. 406), a extorsão (art. 407) e o *ricatto* (res-  
gate, art. 410), estas tres ultimas figuras tendo de commum a violencia, como  
meio, o proveito illicito, como fim, e como notas differentes, as modalidades  
da violencia, que visa um effeito immediato na rapina e um effeito futuro  
na extorsão e no resgate, neste ainda se traduzindo pelo sequestro da pessoa.  
Na antiga legislação portugueza, continente da Ord. Phil., l. 5, t. 61, punia-  
se especialmente a tomada da coisa "per forca e contra vontade daquelle,  
que a tiver em seu poder, com a pena de morte, quando o crime era prati-  
cado em povoação, valendo a coisa tomada mais de mil réis, ou quando pra-

ticado em caminho, no campo ou em qualquer lugar fóra da povoação, valendo a coisa mais de cem réis. O nosso código criminal, de 1830, destacou no tit. IV, da parte III, o roubo e o latrocínio (arts. 269 e 271), como crimes contra a pessoa e contra a propriedade, punindo aquelles com a pena de galés por um a oito annos, e este com as do homicídio qualificado, isto é, morte no gráo maximo, e galés nos gráos medio e minimo. O vigente código, mantendo em geral a orientação do anterior código, fazendo este titulo comprehensivo tambem da figura da extorsão, trouxe modificações accentuadas na qualificação dos crimes, e como sempre, para peor, como vamos ver.

544. Segundo o art. 356 o roubo é o furto commettido com violencia á pessoa ou á coisa.

Estudados como foram os elementos do furto, só nos cabe agora apreciar os dispositivos legais sobre a violencia, caracteristico differencial unico das duas figuras delictuosas. Incide desde logo em censura o dispositivo do art. 356, pela diffusa dicção, quando emprega o termo tecnico *violencia*, e varia, para usar do de *força*, referindo-se ás coisas.

O código anterior dizia singelamente: "roubar, isto é, furtar, fazendo *violencia* á pessoa ou ás coisas (art. 269). Afastando-se, sem razão, deste modelo, o código vigente inspirou-se no hespanhol, que no art. 515, falla em "*violencia ó intimidación en las personas ó empleando fuerza en las cosas*", distincção que não assenta em base segura, incontestavel como é que no emprego da *força* ha tambem *violencia*. Isto mesmo vem a reconhecer o nosso legislador, quando, no art. 358, já não fala mais em *força*, e sim de *violencias* ás coisas e *contra* as coisas. Por essa diversidade de termos, para denotar, em ultima analyse, a mesma coisa, vê-se a insegurança de technica do código, o que em uma lei, especialmente penal, é o maior dos defeitos. Quanto ao conteúdo do art. 356, fazendo a figura do roubo comprehensiva do furto, commettido com violencia, quer ás pessoas, quer ás coisas, modalidades que podem occorrer tambem simultaneamente, mantem o código vigente a mesma orientação do anterior, que nesse particular se afastava dos códigos allemães, e da legislação portugueza, vigorante em nosso paiz, que só cogitavam, e com razão, da violencia ás pessoas. Passivel era ainda de censura o anterior código, e na mesma incorre o actual, de equiparar inteiramente as duas modalidades da violencia, isto é, ás pessoas e ás coisas, quando de muito maior gravidade é a primeira. Tal censura já vem nos commentadores do anterior código, como se pôde ver em THOMAZ ALVES e outros, e, assim advertencia já tinha o legislador de 1890, quando não era attender ao código hespanhol, que fazendo o roubo comprehender ambas as modalidades da violencia, as distingue, porém, na penalidade. Nos arts. 357 e 358, levado pelo costumeiro casuismo, o código contempla os casos de violencia, distinguindo a violencia á pessoa da violencia *contra a pessoa*, e a violencia á coisa da violencia *contra a coisa*.

545. Na primeira parte do art. 357, occupa-se o código da violencia á pessoa. E' reproducção, com alterações, do art. 270 do anterior código, que assim estatua: "Julgar-se-á violencia feita á pessoa, todas as vezes que por meio de offensas physicas, de ameaças, ou por *outro meio se reduzir* alguém a *não defender as suas coisas*." Como nota DURÃO, em sua critica incisiva, houve substituição da palavra *meio* pela palavra *modo*, menos propria, e com o accrescimento do verbo *poder*, que altera o pensamento do legislador de 1830, o qual bem comprehendeu a acção da violencia sobre o animo do aggreddido. O legislador, que deve conhecer a lingua em que escreve, quiz fazer estylo, substituindo a palavra *meio* pela palavra *modo* para não repetil-a, cuidando que conciliava a belleza da forma com a verdade da idéa que queria exprimir; e, sem attender ao effeito moral da violencia compulsiva, julgou que não bastava ficar o aggreddido reduzido a não defender os seus bens, era indispensavel que não o pudesse fazer, coisa difficil de se provar, porque o terror, exagerando a aggressão e a sua imminencia, não permite o calculo sobre o exito da repulsa, muitas vezes possivel." Aclarado assim o sentido do dispositivo, vê-se que ha violencia á pessoa, quando é feita directamente á pessoa do detentor da coisa, proprietario ou legitimo possuidor, qualidades estas que sobresaem do accrescimento feito pelo vigente código, neste ponto procedente, quando diz — bens *proprios* ou *alheios sob sua guarda*.

A violencia pôde ser *physica* ou *material* (*vis corporalis*), quando ha emprego de meios materiaes para a subtracção da coisa, v. g. quando se fazem lesões corporaes, caso exemplificado pelo código, ou pôde ser *moral* quando ha emprego de meios intimidativos, especialmente no caso de *ameaça*, isto é, na perspectiva de um mal que supprima ou restrinja a livre manifestação da vontade (*vis compulsiva*). No emprego da clausula — ou por *outro qual-quer meio*, deixa claro o código que a violencia pôde se traduzir por outros meios que não os que aponta, assim meramente exemplificativos. Haverá, pois, violencia physica, além das lesões corporaes, no emprego da força physica sómente, no de carcere privado, no do hypnotismo, do chloroformio, do ether, dos anesthesicos ou narcoticos, etc.

Quanto á violencia moral, cuja forma typica é a *ameaça*, não deixa explicito o código quaes os seus requisitos essenciaes para constituir o roubo, como faz o código allemão que exige que "acarrete perigo actual para o corpo ou a vida (art. 249); o italiano "ameaça de graves damnos imminentes á pessoa ou aos haveres (art. 406), etc., no requisito da *imminencia do mal* assentando-se o caracteristico differencial entre o roubo e a extorsão, nesta sendo futuro. Mas aquelles requisitos, isto é, *imminencia de um mal* e sua *gravidade*, estão implicitos na clausula "reduzir alguém a não poder defender os bens propios ou alheios sob sua guarda" do art. 357, effeito tambem exigido da violencia physica. Assim, tanto a violencia physica, como a moral, para integrarem a figura do roubo, devem ter essa intensidade, que só em concreto se pôde aquilatar, consideradas as condições pessoaes e sociaes da victima e outras circumstancias. .

Por ahí se vê que tanto uma, como outra, hão de estar em relação *preordenada e causal*, ou na relação de *meio* para a subtracção da coisa, de sorte que se a violencia não *anteceder preordenadamente* á subtracção, e antes *acompanhal-a*, ou *seguil-a*, para manter a coisa, para assegurar a impunidade propria ou de participante, não haverá roubo, e sim furto com outro crime resultante da violencia.

O codigo italiano previdentemente contempla tambem esses casos como constitutivos da rapina (art. 406, segunda parte).

Falando exemplificativamente o codigo de *lesões corporaes*, como taes sómente se podem considerar as prefiguradas no art. 303, pois se assumirem qualquer das modalidades do art. 304, o delicto passa á especie de latrocínio. prevista no art. 359, paragrapho unico. Quanto á ameaça é de notar ainda que pôde ser *expressa* ou *tacita*, esta quando dos gestos ou da attitude do delinquente se collige que é seu intento infligir um mal immediato ao detentor da coisa, se se oppuzer a sua tirada, e ainda se verifica, quando as palavras, que profere, contém não explicita, mas implicitamente, uma ameaça. Questionam os escriptores se a violencia *presumida* possa ser equiparada á violencia *tacita*. Pela negativa se pronuncia CARRARA, seguido por PUGLIA. Assim no caso do porte de armas, deste facto sómente não se pôde inferir que o agente tivesse intento de incutir temor á victima, e só pelo exame das circumstancias é que se poderia chegar á esta conclusão, mas, então, teriamos a hypothese da violencia *tacita*, e não da *presumida*. Eguamente no caso do menor de nove annos de quem é subtrahida a coisa, que trazia ás costas, notando BINI que a presumpção pôde ser destruida pela realidade e, PUGLIA que a idade menor da victima é circumstancia que não entra no designio do delinquente, mas é circumstancia casual. Vid. n. 124.

546. Cumpre destacar, por sua frequente pratica em nossos grandes centros, o caso de intima afinidade com o roubo mediante violencia á pessoa, do furto com destreza, o bater de carteiras, o arrebatamento de bolsas com valores. Entre outros casos, que julguei, destaco o seguinte. O réo era accusado, e ficou devidamente demonstrado, de ter seguido uma senhora, desde Madureira, viajando no mesmo trem e carro, e quando iam pela rua Ceres, em Bangú, sorrateiramente, por detraz tirou-lhe da mão uma pequena bolsa de couro, com dinheiro, pondo-se em fuga, sendo, porém, preso adiante, perseguido pela offendida e outras pessoas. Assim me externei, desclassificando o facto de roubo para o de furto:

“Considerando que, segundo refere a propria offendida, quando tomou do réo a bolsa, foi que se rompeu a alça desse objecto, por isso opinando o Dr. Promotor Publico pela desclassificação do delicto para o de furto;

Considerando que effectivamente a configuração do facto delictuoso é a de furto com destreza, ou como dizem os italianos, o *borseggio*, qualificado no respectivo codigo



penal, art. 403, n. 4, como furto commettido “*con destrezza sulla persona in luogo pubblico o aperto al pubblico.*”

Considerando que a classificação assim feita, mais precedente se torna, tendo em vista o criterio para distinguir o furto com destreza do roubo com violencia á pessoa. Nota GIURATI que se a destreza requer um certo gráo de força, o furto assim commettido se destaca da rapina (roubo no nosso codigo), quando, não despertada a attenção da victima no momento da tirada, se tenha em vista o modo de agir do delinquente, e, então, “se questi non si sará punto preoccupato di compiere inosservato il delitto, si avrá rapina; se questi invece avrá usato tutte le cautele, tutta la circospezione di cui é capace per non destare l’attenzione del danneggiato si avrá il borseggio (*Delitti contro la proprietà*, p. 175). Ora, no caso, o réo não procurou haver a bolsa, accommettendo de frente a frente a victima, mas sorrateiramente se aproveitar de sua desattenção, e dest’arte conseguir apossar-se dos valores que conduzia, o que foi feito.”

547. Na segunda parte do art. 357, enumera taxativamente o codigo os casos de violencia *contra a pessoa*, isto é, de violencia feita não directamente á incolumidade pessoal da victima, mas indirectamente, creando uma situação de perigo immediato á essa incolumidadé pessoal. Segundo o dispositivo legal se considera violencia contra a pessoa a entrada á *noite* na casa por meio: 1.º da escalada; 2.º de gazúas, chaves falsas ou verdadeiras, fortuita ou subrepticamente obtidas pelo criminoso, ou com auxilio de algum domestico, que tenha sido subornado; 3.º fingindo-se o delinquente autoridade publica, ou autorizado a tomar a propriedade alheia. Cada um desses casos presuppõe como condições essenciaes a *noite* e a *casa habitada*, embora accidentalmente não se encontre alguem nella, na occasião do crime. Esta ultima condição não vem expressa, como devêra, no art. 357, segunda parte, mas é imprescindivel, do contrario não ha que distinguir a escalada, como violencia *contra a pessoa*, da escalada, prevista como violencia *contra as coisas*, no art. 358, segunda parte, e que pôde se verificar tambem á *noite*, isto é, da introducção dentro da casa por conducto subterraneo, por cima dos telhados ou por qualquer caminho que não seja destinado a servir de entrada ao edificio e a qualquer de suas dependencias.” E’ por se tratar mesmo de *casa habitada*, que a entrada nella, nos casos apontados no art. 357, segunda parte, pôde ser considerada violencia *contra a pessoa*. Vide o que a respeito dissemos nos ns. 352 e 353 do 1.º volume, e quanto á *noite*, o expendido no n. 303. Quanto ás *gazúas* e *chaves falsas*, vid. n. 354. Quanto aos dois ultimos casos enumerados, vemos tambem previstos, com differenças accentuadas, no art. 273 do codigo anterior, que “reputava tambem roubo, e como tal punido, o furto feito por aquelle que se fingir empregado publico, e auto-

risado para tomar a propriedade alheia.” A fonte commum é o art. 381 do codigo penal francez, modificado pelo nosso codigo anterior para uma maneira generica por não exigir a circumstancia da *noite*, nem que a *simulação seja meio para entrada em casa habitada ou servindo de habitação*. O nosso codigo vigente cingiu-se ao codigo francez. Se no caso não ha emprego de violencia, mas de fraude, notam CHAUVEAU e HÉLIE, ha o mesmo effeito, a simulação servindo igualmente para a consummação do crime, fornecendo um meio de introdução no logar de sua perpetração. Para que a simulação constitua violencia contra a pessoa, nos termos do art. 357 do nosso codigo, é preciso: 1.º) que seja empregada á *noite* e como *meio* de entrada na casa habitada ou destinada á habitação; 2.º) que o delinquente se finja autoridade publica, isto é, funcionario com poder de determinação propria (vid. n. 70), ou autorisado a tomar a propriedade alheia. De constituir a simulação *meio de entrada na casa* para commetter o crime, está a differença entre o roubo, assim praticado, e o estellionato previsto no art. 381, segunda parte, em que o fingimento ou simulação se faz, não para a *entrada*, mas para a *entrega* da coisa pela propria victima.

548. Em seu art. 270, segunda e terceira alineas, definia o nosso codigo anterior a violencia feita *á coisa*, dizendo se verificar “todas as vezes que se destruisssem os obstaculos á perpetração dos roubos, ou se fizessem arrombamentos exteriores, ou interiores.

Os arrombamentos se considerariam feitos, todas as vezes que se empregasse a força, ou quaesquer instrumentos, ou aparelhos para vencer os obstaculos.” Criticava-se o codigo pela generalidade da disposição desse primeiro alinea, abrindo assim a porta a multiplicados abusos na applicação da pena, tornando *roubo* o que não passava de simples *furto*, e no entanto que deixava em duvida se a *escalada* é ou não elemento de classificação para o roubo, e tambem se o emprego de chaves *falsas*, podia ser capitulado na generalidade, porquanto no rigor da letra do codigo não se podia dizer que com estes meios se *destruiam obstaculos*, o que de certo se evitaria se a lei dissesse — *vencer obstaculos*. Destruir importa aniquilamento, ruina, — *vencer* é acção que se pôde dar sem destruição, ou aniquilamento (THOMAZ ALVES). O codigo vigente procurou dissipar as duvidas, incluindo a *escalada* na violencia contra a pessoa, e distinguindo a violencia *á coisa* da violencia *contra a coisa*, alvo, porém, não attingido satisfactoriamente, pela imprecisão de redacção, como já vimos, apreciando o art. 357, e mostra ainda o art. 358. Como nota CARVALHO DURÃO, o legislador copiou sem attenção os codigos portuguez e da Republica Argentina, esquecendo-se até de traduzir a palavra domestico.” Não se encontra, effectivamente, segundo o texto do art. 358, uma distincção precisa entre a violencia *á coisa* e a violencia *contra a coisa*, em ambos casos havendo destruição ou vencimentos de obstaculos para o commettimento do roubo. MACEDO SOARES entende que ha violencia á coisa, quando esta é *movel*, e violencia *contra a coisa*, quando esta é *immovel*. Esta intelligencia só pôde ter cabida, se a coisa *movel* fechada

(caixas, cofres, armarios, secretarias, etc.) continente da que o ladrão quer subtrahir, fôr destruída ou rompida fóra do predio, porque no interior deste, sua destruição ou rompimento constitue arrombamento nterior (cods. francez, art. 396, belga, art. 484, hespanhol, art. 521, n. 4), que pelo nosso é previsto como *violencia contra a coisa*. O codigo portuguez, art. 412, paragrapho unico, estatue até que é ainda arrombamento a circumstancia notada, ou quando o movel fechado, que serve á segurança dos effeitos que contém, é aberto ou arrombado em outro logar. Discriminando os casos de violencia contra a coisa menciona primeiramente o nosso codigo os *arrombamentos internos e externos* (vid. noção respectiva em o n. 351 do 1.º vol.), e em seguida a *perfuração de paredes*, quando não passa de caso de arrombamento, *a introdução dentro da casa por conducto subterraneo* (galeria de exgotto ou qualquer outra trabalhada ou não pelo ladrão), *por cima dos telhados*, ou *por qualquer caminho que não seja destinado a servir de entrada do edificio e a qualquer das suas dependencias*. Como se vê, nota DURÃO, a definição de violencia contra as coisas é mais deficiente que a do antigo codigo, porque, sendo mais casuistica, deixa de comprehender meios analogos aos descriptos; assim, é enumerada a entrada em casa do offendido por cima dos telhados, e não a entrada pela janella, que certamente não é *caminho* não destinado a dar-lhe ingresso. Será escalada? E': mas a escalada, conforme a segunda parte do art. 357 sómente qualifica o furto concorrendo a noite." Não obstante o emprego do termo *caminho*, tem sido considerada a entrada pela janella como comprehendida no art. 358, por isso que não é meio de ingresso no predio, e é a entrada por semelhante meio que visa a lei.

549. Operada a subtracção da coisa alheia, ou commettido o furto, com o emprego da violencia, em qualquer de suas modalidades, previstas nos arts. 357 e 358, está consummado o roubo. Quanto á tentativa, ella se verifica desde que, com o emprego da violencia, sejam praticados actos tendentes a subtracção da coisa, para isso convergindo a intenção do agente, exactamente como no caso da tentativa de furto. Segundo a jurisprudencia franceza e beiga, a tentativa pôde se verificar só com o emprego da escalada ou do arrombamento, desde que a intenção de subtrahir a coisa se constate devidamente. Nesse sentido, tenho julgado, com aprovação do tribunal superior.

Em sentença de 31 de maio de 1923, assim me externei:

"Considerando que o factio apurado preenche os extremos de uma tentativa de roubo, porquanto: 1.º) a *intenção* directa de commetter esse crime se traduziu inequivocamente pela confissão em consenancia com os actos externos; 2.º) o *começo de execução*, nos termos do art. 13 do Cod. Penal, por actos relacionados directamente com o factio de roubar, isto é, pela escalada e pela entrada em um dos quartos; 3.º) a *suspensão da execução por circumstancias independentes da vontade do réo*, por ter sido surprehendido e preso pelos moradores.

Não procede o argumento de que não ficou provada a existencia de utilidade que pudesse ser conduzida, já por que se trata de casa occupada por varias familias, onde, pelo menos, objectos de uso necessario existiriam, e a qualquer utilidade se propunha o réo, já por que, para a existencia da tentativa de roubo ou de furto, não é necessario que o agente ponha a mão na coisa, que tenciona tirar, bastando a escalada ou o arrombamento com o *animus furandi*, para se caracterisar a tentativa de roubo, segundo doutrina de escriptores belgas e francezes, inspiradora de nosso codigo, no caracterisar a tentativa em geral, e segundo a jurisprudencia dos respectivos paizes. “Un individu, pergunta GARRAUD, s’introduit avec escalade et effraction, dans un appartement; il est surpris et arrêté avant tout autre acte; est-il coupable d’une tentative de vol avec escalade et effraction? Les juges rechercheront, pour résoudre cette question, si l’agent avait l’intention de voler; et, cette intention constatée en fait, ils devront, à notre avis, reconnaître dans l’escalade et effraction le commencement d’exécution du vol, puisque l’infraction prévue et punie par l’art. 381, § 4, est exécutée au moyen de l’escalade et de l’effraction (*Précis de droit criminel*, 4.<sup>a</sup> edic., p. 131, e no mesmo sentido HAUS, *Princ. gén. de droit pénal belge*, 3.<sup>a</sup> edic., vol. I, p. 339, VIDAL, *Cours de droit criminel*, 4.<sup>a</sup> edic., p. 151, citando decisões da Cassação de França, de 1.<sup>o</sup> de maio de 1879, de 19 de dezembro de 1879, de 16 de julho de 1885).

O argumento adduzido só tem relevancia quanto á applicação da pena de multa, inexequivel por faltar determinação do valor”. O nosso codigo anterior, prescrevia no art. 271: “A tentativa de roubo, quando se tiver verificado a violencia, ainda que não haja a tirada da coisa alheia, será punida como o mesmo crime.” Equiparava assim o roubo consummado ao tentado para o effeito da pena, attendendo á gravidade do caso. Da disposição resalta que, imprescindivel para a caracterisação da tentativa, é a violencia, não assim a tirada da coisa alheia.

O codigo vigente foi menos rigoroso, deixando a applicação da pena sujeita á regra geral do art. 63, e só a respeito do latrocínio é que apenas o crime e a tentativa com a mesma pena.

550. No art. 359 destaca o codigo como forma mais grave do roubo, a que tradicionalmente se tem chamado de crime de *latrocínio*, isto é, o crime de matar para roubar ou roubar matando, forma criminosa que desde as mais antigas legislações tem sido punida com rigor attendendo á gravidade que assume, á requintada perversidade e cupidez reveladas pelo agente. Pela antiga legislação portugueza, impunha-se a pena de forca a taes criminosos (alv. de 20 de outubro de 1763).

O nosso anterior codigo, estabelecendo modalidades, como tambem faz o vigente que lhe tomou como fonte, punia a mais grave com a pena do homicidio qualificado (arts. 271 e 272).

Têm sido censurados os nossos codigos, quanto á classificacão, por isso que deviam incluir o crime em questão na classe dos homicidios, attenta a

relevancia e prevalencia do crime meio (homicidio) sobre o crime fim (roubo). No codigo italiano, art. 364, se prevêm, em forma geral, os casos em que o homicidio seja commettido para preparar, facilitar ou consummar um outro crime, embora este não seja realisado (n. 5), ou immediatamente depois de ter commettido um outro crime para assegurar o proveito ou por não ter conseguido o intento proposto, ou para occultar o crime ou supprimir os vestigios e as provas ou de outro modo para procurar a impunidade para si ou para outrem (n. 6). A critica teria procedencia se o latrocinio fosse incluído no titulo dos *crimes contra a propriedade*, mas os codigos tai não fazem, abrindo um titulo especial, que é este, sob a rubrica de crimes *contra a pessoa e a propriedade*. Preferivel seria, porém, a orientação do codigo italiano, por mais comprehensiva.

No art. 359 se qualifica a modalidade mais grave do latrocinio, a que tradicionalmente lhe tem sido dada como caracteristica, isto é, do homicidio para roubar ou do roubo com homicidio. Na primeira destas sub-especies, a morte é commettida como *meio de realisar* a tirada da coisa; na segunda, é commettida accidentalmente no *momento*, no acto da tirada da coisa, ou quando são praticadas outras violencias para essa tirada, como a escalada, o arrombamento, etc. Assim, se o homicidio for commettido, não antes ou no momento da tirada, mas quando esta já estiver consummada, não haverá latrocinio, mas *furto* ou mesmo *roubo*, se fôr commettida outra violencia, seguida de *homicidio* ou concurso de crimes distinctos, e não a figura de unidade complexa do art. 359. Dado o caso de haver apenas tentativa de homicidio, fica ainda configurado o latrocinio? THOMAZ ALVES é pela affirmativa, porque comparando-se a modalidade do latrocinio, em que ha morte, com a em que ha offensa physica sómente, previstas no anterior codigo, artigos 271 e 272, como no vigente, art. 359 e seu paragrapho unico, não póde o facto da tentativa deixar de ser comprehendido na primeira modalidade do art. 271 (359 do vigente), sob pena de apparecer contradicção ou grave lacuna. Demais, accrescenta, desde que o legislador não distingue, para a penalidade, a tentativa do crime consummado de roubo, não ha razão para se dizer que a tentativa do homicidio no furto não esteja comprehendida no art. 271." Entendemos egualmente que o caso está virtualmente comprehendido na disposição legal. No paragrapho unico do art. 359, contempla-se a outra modalidade do latrocinio, que só diversifica da primeira em que em vez de morte, ha lesão, e precisamente alguma das especificadas no art. 304. O codigo anterior, coherente com o principio da proporcionalidade das penas, distinguia, no caso, as especies de lesão grave e gravissima, para comminar as penas, o que não faz o vigente, considerando indistinctamente as lesões do art. 304 e de seu paragrapho.

551. A disposição do art. 360, por sua confusa redacção, tem dado logar a diversas interpretações. Procurando firmar o seu sentido, assim se externa EDUARDO DURÃO: "Parece, á vista do art. 359, que a pena do latrocinio é a mais grave do novo codigo, como pede a justiça, isto é, a prisão

cellular de 12 a 30 annos; entretanto, a simples leitura do artigo seguinte, 360, prova que de facto ella é muito mais branda, é unicamente a do roubo, prisão cellular de 2 a 8 annos! De feito, estabelecendo este artigo, que quando resultar morte da tentativa de roubo, ainda que não haja tirada de coisa alheia, hypothese em que se desenha a figura do latrocinio, a pena será a do roubo consummado, é obvio que a disposição do art. 359 é letra morta, e que a um crime hediondo e execravel como é o latrocinio inflige-se pena menos severa do que a qualquer outro homicidio! Dir-se-á que o art. 359 suppõe a consummação do roubo. Não é da essencia do latrocinio que o furto ou roubo se consumme, ou seja conseguido o lucro a que visou o criminoso; mas, se o autor do codigo cogitou dessa distincção, que aliás não decorre da letra dos artigos citados, não lhe era licito, sem offensa aos principios de justiça e ao interesse social, punir menos rigorosamente do que a qualquer outro homicidio o que mata para roubar, quando não consegue por qualquer circumstancia apossar-se da coisa alheia.

Quer se consumme o roubo, quer não, ha sempre o homicidio qualificado, cujas penas não podem certamente ser as do roubo. O novo codigo, portanto, eleva á categoria de attenuante ou escusa do homicidio o motivo reprovado ou o fito de lucro, talvez commiserado de não ter o criminoso conseguido o que tinha em mira! Estas observações procedem tambem com relação ás offensas phisicas praticadas no acto do roubo, que tem duas ordens de penalidade á escolha do juiz, conforme fôr mais rigoroso ou mais passivo para com o ladrão violento. Comparando-se o art. 360 com o antecedente, pergunta-se: a que pessoa offendida se refere o legislador? á morta? á victima da tentativa do roubo?" JOÃO VIEIRA subscreve esta critica, mas diverge na parte em que EDUARDO DURÃO considera que o art. 360 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: 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. 359 e § 1.º, e não com as penas do art. 356.

MACEDO SOARES subscreve a opinião de JOÃO VIEIRA, mas para maior clareza, nota que "quando o codigo diz com as penas do *crime*, refere-se ao *crime de latrocinio*, definido no art. 359 e § 1.º, e não ao crime de roubo refinado no art. 356, porque só no *latrocinio* é que existe a figura do roubo com assassinato ou lesão corporal grave. Improcede nesta parte a critica de DURÃO."

Tal a intelligencia que tambem se nos afigura unica admissivel.

552. A fonte do art. 361 é o art. 300 do codigo anterior, com o acrescimo — *chaves e apparelhos*, sendo fonte commum aos dois codigos o art. 396 do codigo penal francez, com modificações.

O nosso vigente codigo trouxe ainda alteração e sensivel, em relação ao anterior, em considerar a figura em questão, não como contravenção, e sim como crime especial, *sui generis*.

Não se justifica esta alteração, desde que se attenda a que a comminação de pena, no caso, é de ordem inteiramente preventiva, para evitar a excitação ou favorecimento de crimes contra a propriedade, a que especialmente levam taes objectos. No codigo italiano se considera o caso como contravenção, e em condições taes que, visando o fim collimado, não põem em perigo a liberdade individual, escolho não evitado pelo nosso codigo, diante da latitude da disposição do art. 361. Dispõe o codigo italiano, no art. 492:

“Chiunque essendo stato condannato per mendicita, ovvero per furto, rapina, estorsione, ricatto, truffa o ricettazione, é trovato in possesso di denaro ed oggetti non confacenti alla sua condizione, dei quali non giustifichi la legittima provenienza, é punito con l’arresto sino a due mesi.

Se sia colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte o di strumenti atti ad aprire o sforzare serrature, dei quali non giustifichi la legitima attuale destinazione, é punito con l’arresto sino a due mesi, e da due a sei mesi se il fatto avvenga di notte. Il denaro e gli oggetti si confiscano.” E no art. 496:

“Il fabbro-ferraio, chiavaiuolo od altro artifice, che vende o consegna a chichessia grimaldelli, o fabbrica per chi non sia il proprietario del luogo o dell’oggetto cui sono destinate, o il rappresentante di lui, da esso conosciuto, chiavi di qualsiasi specie sopra improna di cera, o di altri stampi o modelli, é punito con l’arresto sino a due mesi e con l’ammenda da lire dieci a cento.” Segundo o art. 361 de nosso codivo, são elementos do crime:

1.º) o fabrico (no que se comprehende a altetração, imitação e contrafacção) de gazúas, chaves, instrumentos e apparatus proprios para roubar, isto é, para abrir fechaduras, portas ou remofer obstaculos postos como segurança da propriedade. No n. 354 do 1.º fol. se mostrou o que sejam gazúas e chaves falsas.

2.º) o facto de possuir taes objectos;

3.º) ou trazel-os comsigo, de dia ou de noite;

4.º) o dolo especifico, isto é, conhecimento da falsidade do fabrico ou illicita procedencia de taes objectos, e previsão de seu uso illicito. Assim, não basta o simples fabrico, ou a posse de taes objectos, para caracterisar o crime em questão, imprescindivel é a sciencia de sua falsidade e previsão de uso tambem illicito. Vae sobretudo nesse ultimo elemento, de ordem moral, a razão da incriminação do facto.

Como nota JOÃO VIEIRA, todas essas coisas podem ter uma applicação licita e muito diversa em diferentes profissionaes. O serralheiro fabrica chaves e póde fabricar outros instrumentos para um fim licito: Assim, tambem o carpinteiro ou marceneiro podem ter mesmo gazúas para abrir, sem estragar, moveis, cujas chaves o dono perdeu, e tem instrumentos e apparatus de sua profissão que podem ser empregados tanto num trabalho licito, como para realisar um crime.” A intenção criminosa presume-se, porém, no ladrão e no vagabundo, conhecidos e incorrigíveis.

E' de notar que tanto o fabrico, como a posse de taes objectos podem se verificar visando um crime determinado, e, em tal situação, não occorre o crime em questão, mas acto de participação neste crime.

### 553. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. O que caracteriza o roubo é a violencia, que é considerada feita á pessoa todas as vezes que, por meio de lesões corporaes, ameaças ou outro qualquer modo se reduzir alguém a não poder defender os bens proprios ou alheios sob sua guarda (cod. penal, art. 357). Na hypothese, imputa-se ao réo ter arrancado da victima, por traz e por cima do hombro, um embrulho contendo dinheiro, e fugido em seguida. O que houve, pois, não foi uma violencia, mas um movimento brusco, a que na giria se dá o nome de *gravata*. Ha furto, e não roubo (*Accord. de 30 de outubro de 1922*).

#### DISTRICTO FEDERAL

II. A escalada, como o arrombamento exterior, é um meio de execução do roubo, é uma das modalidades da violencia, essencial a esse crime, mas unicamente por si, não é indicativo certo da intenção de roubar (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 21 de agosto de 1897*).

III. Nos crimes de roubo com violencia consistente em ter havido entrada á noite na casa do offendido por meio de gazúa, é indispensavel que se proceda a corpo de delicto para a verificação da idoneidade desse instrumento. Nessa figura delictuosa é essencial que, além dos demais elementos constitutivos, tenha havido a referida entrada *durante* a noite, como é expresso no art. 357 do cod. penal (*Accord. da Camara Criminal da Côte de Appellação, de 10 de maio de 1898*).

IV. Não commette o crime de roubo, mas o de furto, aquelle que arromba a porta de um galinheiro para apropriar-se de animaes miudos nelle existentes. Na especie, o arrombamento constatado constitue a aggravante do art. 39, § 11 do cod. penal (*Accord. da mesma Camara, de 30 de agosto de 1901*).

Criticando este e o accordão inserto adiante, n. XII, nota muito bem MACEDO SOARES que a doutrina delles continente não é de acceitar, em face do art. 358 do cod. penal, que considera violencia feita á coisa a destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime. Não se póde negar que a coisa movei 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 coisa subtrahida 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. 357 e 358 em que consiste a violencia.

V. O delicto do art. 361 do cod. penal é, pela sua natureza de defesa restricta e difficil, e por isso deve o juiz examinar com rigor a prova produzida, só applicando pena ao réo quando não houver duvidas sobre a existencia do delicto e de sua autoria. (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appel-lação, de 30 de outubro de 1912*).

VI. Consummado como estava o crime de furto na hypothese dos autos pela subtracção, isto é, pela tirada do logar com a apropriação da coisa apprehendida contra a vontade do seu possuidor pelo recorrido, que já a tinha removido para o seu poder, quando se poz em fuga, é bem de ver-se que a lesão soffrida pela victima, quando alcançou o recorrido, que com elle lutou, constitue um outro crime concorrente com o primeiro e não elemento constitutivo do crime de roubo definido no art. 356 do cod. penal, combinado com o art. 357.

Em face da propria doutrina, decorrente do accordão citado pelo recorrente, e do conceito juridico do furto, segundo a sua fonte, o crime do art. 330 do nosso codigo penal, integrada, portanto, sua figura juridica (*Accord. da mesma Camara, de 17 de abril de 1920*).

Esta decisão não levou em devida conta a doutrina da apprehensão, unica que se adapta ao nosso codigo, como firmou o invocado accordão do Supr. Tribunal Federal, e que inserimos em o n. 474, I. Effectivamente, para se dizer consummada a subtracção da coisa, preciso era que fosse essa removida da esphera de vigilancia do dono ou legitimo detentor, mas tal não se deu na hypothese, pois della se apossando o réo e pondo-se em fuga, ao seu encalço sahiu logo o dono, seguindo-se a luta entre ambos, o ladrão para não se desaposar da mesma coisa, e o dono para rehavê-la, ficando este ferido. Assim, não consummada a subtracção, e desde que para ser effectivada houve emprego de lesão corporal contra o possuidor, o crime não era simplesmente de furto, mas de roubo. Aliás, a propria Camara tem reconhecido como consummada a subtracção sómente nos termos apontados (vid. n. 474, VII e IX).

VII. Tendo a entrada no predio sido feita pela janella que foi *escalada de dia*, a duvida é de saber se o factio criminoso constitue o crime de *furto* ou de *roubo*, uma vez que o codigo penal, definindo a violencia contra a pessoa, só considerou a *escalada* como *violencia* quando a *entrada* se der á *noite*, e no art. 358 declara constituir *violencia* contra a coisa a introdução na casa *por cima do telhado ou qualquer caminho que não seja destinado a servir de entrada ás edificações em qualquer de suas dependencias*. O illustre criminalista patrio, JOÃO VIEIRA, no seu *Commentario ao Codigo penal*, vol. 2, p. 327,

explica que o código depois de definir a violência feita á *pessoa*, na segunda parte considera do mesmo género a especie de violência feita á *coisa* e que ao contrario do art. 357, o dado exemplo do art. 358 é um caso de elemento de violência á coisa sem a condição da noite ou outra qualquer. E acrescenta: “Mas como a lei não tem vontade de destruir a natureza das coisas, tanto é *violencia feita á coisa* os casos enumerados no art. 358, como os enumerados no art. 357, menos nos dois ultimos casos deste artigo”. Aceita como verdadeira a interpretação dada pelo projecto criminalista, vê-se que, se o agente do delicto entra no predio *de dia* por um *caminho* que não seja destinado a sua entrada, como escalando uma janella que estava aberta, commette uma *violencia contra a coisa*, de accordo com o exemplo do art. 358, segunda parte, do cod. penal (*Accord. da mesma Camara, de 19 de abril de 1922, confirmando decisão do Juiz da 5.ª Vara Criminal*).

VIII. Constituindo a escalada uma modalidade do crime de roubo, deve ser provada sufficientemente para que nelle possa o facto ser capitulado. feita a desclassificação para furto, o accusado, condemnado anteriormente pela primeira especie, não incorre em reincidencia por ser elemento essencial desta a pratica de outro crime de igual natureza, assim entendia, no conceito restricto, uma nova violação do mesmo artigo do código (*Accord. da mesma Camara, de 2 de setembro de 1922, confirmando decisão do Juiz da 4.ª Vara Criminal*).

IX. Configura-se a tentativa do roubo quando a intenção de commetel-o se traduz por circumstancias concludentes e devidamente provadas; ha pratica de actos que, pela sua relação directa com o facto de roubar, constituam começo de execução (na especie servia-se o réo de uma escada, pela qual procuraav entrar, por uma janella, no predio, occupado por varios moradores); e finalmente a execução não se complete por circumstancias independentes da vontade do agente (no caso, ser presentido o réo e preso). Não se individualisando as coisas, cuja subtracção visava o agente, não ha logar applicação da pena de multa, e tão sómente a de prisão celllular. (*Accord. da mesma Camara, de 18 de abril de 1923, confirmando decisão do juiz da 4.ª Vara Criminal*).

X. Para que os actos de violencia possam ser considerados como capazes de, na subtracção, dar ao furto o character de roubo, é preciso, assignala PESSINA, que tenham um nexo psychológico com o crime. Dahi por que a violencia, nota CARRARA, deve ser exercida sobre a coisa destinada á defesa da propriedade, e ainda que o objecto violentado seja destinado á defesa da coisa subtrahida. Assim, não existe o *furto con effrazione*, quando o ladrão quebra o aro de um anel para subtrahir a gemma que nelle se engasta. No nōsso direito configura-se o roubo logo que se emprega força contra a coisa, julgando-se feita a violencia com a *destruição e rompimento dos obstaculos á*

*perpetração do crime.* E' preciso, pois, que haja effracção, que é um acto de força, de ruptura; ella suppõe, como diz CHAUVEAU, que a fechadura é forçada e aberta por meios violentos e que não são aquelles que se empregam habitualmente para abri-la. Não ha effracção, accrescenta, se o ladrão surpreendeu a chave e della se serviu. A nossa jurisprudencia tem-se rumado no mesmo sentido.

“A violencia ás coisas, nos termos do art. 358 do Cod. Penal, não se admite senão no caso de produzir a violencia *destruição e rompimento de obstaculos á perpetração do crime* (SORIANO DE SOUZA FILHO, *Fas. de decisões*, p. 592). Ao contrario de outros codigos, exige o nosso que esses actos de violencia constituam o meio de lograr a subtracção e sejam praticados no proprio lugar onde se encontra o objecto violentado. Assim, não constitue crime de roubo e sim de furto, o facto do delinquento subtrahir uma coisa movel para, fóra do local da subtracção, arrombal-a e apropriar-se do seu conteudo. “Os actos que constituem a violencia ás coisas devem ter por fim facilitar a perpetração do crime, destruir os obstáculos que a essa perpetração se oppõem; são, portanto, anteriores e entendem-se praticados no edificio, dentro do qual existe o movel. E' o que diz o art. 358 do Cod. Penal (S. T. de Just. do Maranhão, ac. de 19 de out. de 1900). Não comprehendeu o nosso Codigo, como violencia caracterisada do roubo, a tirada do movel fechado, em que se encontram valores ou outros quaesquer objectos, para serem arrombados posteriormente. Ao contrario, dispõe o Cod. Penal Francez: — *bien que l'effraction n'ait fait sur le lieu* (art. 396); assim como o italiano: — *ancorché la rottura non segua nel luogo del fatto* (art. 404, n. 4.), e mais minudente, o Cod. Hespanhol: — *con fracturas de puertas, armarios, arcos o outra classe di muebles cerrados o sellados a subtración para ser fracturados o violentados fuera del lugar del roubo*, art. 521, n. 5 (*Accord. da 1.ª Camara da Côte de Appellação, de 4 de maio de 1928*).

## ESTADOS FEDERADOS

XI. O emprego da chave falsa constitue violencia, e feita a pessoa, apenas no caso em que por ella se realiza a entrada na casa e á noite, art. 357, segunda parte, do cod. penal.

O dispositivo da primeira parte do cit. art. 357 é attinente ao caso de violencias feitas directamente e de qualquer modo á pessoa, uma vez que, sob o immediato imperio dellas, fique esta impossibilitada de defender os bens proprios ou alheios confiados á sua guarda (*Accord. do Trib. da Relação de Minas, de 6 de junho de 1896*).

XII. Já decidiu este Tribunal que o uso da chave falsa para abertura de cofre, para subtrahir dinheiro, não é elemento do crime de roubo, constituindo a subtracção assim praticada, o crime de furto previsto no art. 330 do cod. penal. E outra não podia ser a decisão, desde que a lei criminal não soffre interpretação extensiva, fóra de seus termos formaes, regra de hermeneutica que ficou consignada expressamente no art. 1.º do codigo penal, e o

art. 356 do mesmo código tornou necessaria para a existencia do crime de roubo a violencia contra a pessoa, ou o emprego da força contra a coisa, e nos arts. 357 e 358 disse no que consistiam essas violencias, mencionando a chave falsa como meio de violencia contra a pessoa quando é ella empregada para entrada á noite na casa, excluiu-a dos casos mencionados no ultimo artigo, e não pôde ser ella comprehendida nas hypotheses de destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime, que suppõem o emprego da força, conforme o art. 356.

Sem violencia á regra da hermeneutica, firmada no art. 1.º, não se pôde considerar o uso da chave falsa, para a abertura do movel, como caracteristico do crime de roubo por emprego de força contra coisa; incidindo a subtracção feita por esse meio, dados os outros elementos, na sancção penal do art. 330 do cod. penal, desde que não acompanhou elle alguns codigos modernos, que, considerando crime de roubo sómente quando ha violencia ou ameaça de violencia á pessoa, fazem da subtracção com violencia á coisa, do uso ou emprego da chave falsa, e outros meios, *furtos qualificados*, punidos com pena maior que o *furto simples*.

Que perante o nosso código não constitue violencia, caracteristica do crime de roubo, a abertura de um movel com chave falsa, tambem já julgou o Superior Tribunal de Justiça de Minas, por accordão que se vê no *Direito*, vol. 70, p. 412 (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 23 de agosto de 1899*).

XIII. Os actos que constituem a violencia feita ás coisas devem ter por fim facilitar a perpetração do crime, destruir os obstaculos. que a essa perpetração se oppõem; são, portanto, anteriores e entendem-se praticados no edificio, dentro do qual existe o movel alheio. E' o que diz o art. 358.

O código penal não cogitou de arrombamento posterior.

O art. 358 fala de arrombamentos externos e internos: *externos* são aquelles com o auxilio dos quaes pôde alguém introduzir-se nas casas, pateos, quintaes, muros ou dependencias, ou nos aposentos e quartos particulares; e *internos* aquelles que, depois da introducção nos logares mencionados, são feitos nas portas e recintos de dentro, assim como nos armarios e outros moveis fechados. O código penal brasileiro não comprehendeu na classe dos arrombamentos internos a simples tirada do movel fechado, que encerra valores ou outros quaesquer objectos para ser arrombado posteriormente em logar differente, como fez o código penal francez, art. 396, o italiano no art. 404, n. 4, e mais frisantemente ainda o hespanhol, no art. 521, n. 4, que trata do roubo.

Os projectos de código penal, que têm sido apresentados e discutidos no Congresso Nacional, reconheceram a necessidade de definir melhor os delictos contra a propriedade, tão mal esboçados nos codigos de 1830 e 1890; e todos elles, tratando do furto, estabelecem o caso da violencia feita á coisa, fóra do logar do crime, da mesma fórmula por que o fazem os codigos estrangeiros citados, excepto o hespanhol (*Accord. do Trib. de Justiça do Maranhão, de 18 de setembro de 1900*).

XIV. Na expressão *moveis* do art. 356 do código penal se comprehendem os semoventes, querendo apenas o legislador excluir da definição os bens de raiz, que não podem ser objecto de roubo, pois a divisão geral das coisas corpóreas é em *moveis* e *immoveis*, comprehendendo-se nos primeiros os semoventes, e nesse sentido é empregado pelo legislador criminal que, para não comprehender na expressão — *moveis* do art. 356 os semoventes, teria necessidade de expressamente declarar-o (*Accord. do Trib. de Justiça da Parahyba, de 27 de abril de 1906*).

## CAPITULO II

### DA EXTORSÃO

**Art. 362.** Sequestrar uma pessoa para obter della ou de outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, coisa ou acto que importe qualquer effeito juridico:

§ 1.º Extorquir de alguém vantagem illicita, pelo temor de grave damno á sua pessoa ou bens; constringer 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, coisa ou acto que importe effeito juridico;

§ 2.º 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:

**Pnea** — de prisão celllular por dois a oito annos.

**Art. 363.** Em todos os casos comprehendidos nos dois capitulos deste titulo se adicionará á pena corporal imposta ao criminoso a multa de 5 a 20 % do valor do objecto roubado ou extorquido.

554. Como sub-especie do mesmo typo de criminalidade contra a pessoa e contra a propriedade, qualifica o código, neste capitulo, o crime de *extorsão*, por uma forma complexa, comprehendendo diversas modalidades. O código anterior não qualificava esse crime. Para sua configuração, recorreu o vigente, como fonte principal, ao código italiano, que reproduz quasi literalmente, enfeichando na qualificação, em ordem differente, figuras que naquelle código vemos distinctamente definidas nos arts. 407, 409 e 410, com penas differentes, attenta á diversidade de intensidade criminosa, mas pelo nosso código extranhavelmente sujeitas a mesma penalidade de dois a oito annos de prisão celllular e multa de 5 a 20 % (arts. 362 e 363). Segundo o art. 362 são modalidades do crime de extorsão as seguintes:

1.<sup>a</sup>) o *sequestro*, definido no corpo do artigo pelos termos: “sequestrar uma pessoa para obter della ou de outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, coisa ou acto que importe qualquer effeito juridico.”

2.<sup>a</sup>) a *extorsão* propriamente dita, nas figuras: a) extorquir de alguém vantagem illicita, pelo temor de grave damno á sua pessoa ou bens; b) constringer 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, coisa ou acto que importe effeito juridico (§ 1.<sup>o</sup>).

3.<sup>a</sup>) a *pseudo extorsão*, ou como dizem os allemães *rauberische Erpressung*, extorsão equiparada ao roubo, ou como dizem os italianos *estorsione grassatoria*, na figura: “obrigar alguém, com violencia ou ameaça de grave damno á sua pessoa ou bem, a assignar, escrever ou aniquilar em prejuizo seu, ou de outrem, um acto que importe effeito juridico (§ 2.<sup>o</sup>).

Examinemos cada uma dessas modalidades.

555. O sequestro é uma das formas da chamada criminalidade selvagem mais frequentemente empregada pelos mais temiveis salteadores, como se tem observado em certas regiões meridionaes da Italia e em outros paizes, mas hoje de pratica menos reiterada.

No fundo, scientificamente considerado, não passa de uma forma da extorsão, mas assumindo uma configuração especial, com a maior intensidade criminosa, pela offensa, como meio, de um direito mais importane (supressão completa, embora transitoria, da liberdade de locomoção), do que o direito visado (direito de propriedade). Attendendo a isso, a que só com a offensa do direito de locomoção, se crêa uma situação de coacção de effeitos damnosos, não só presentes, como futuros, nestes aspectos ainda mais accentuados pelo indefinido de proporções, que podem assumir, é que, em doutrina, com reflexo em legislação, se tem considerado como consummado o crime, ainda que o agente não tenha conseguido seu fim. Isso mesmo notou ZANARDELLI, em seu relatório ao Parlamento italiano, dando a razão da qualificação especial do sequestro, como figura distincta da extorsão, no projecto do codigo penal, que elaborou, orientação que se manteve. Qualificando o crime, diz o art. 410 do codigo penal italiano: “*Chiunque sequestra una persona per ottenere da essa o da altri, come prezzo della liberazione, danaro cose o alti che importino qualsiasi effeto giuridico a favore proprio o di altri da lui indicati, ancorché non consegna l'intento é punito con la reclusione da cinque a quindici anni.*” Reproduzindo esta disposição, o nosso legislador eliminou as clausulas finaes “*a favore proprio o di altri da lui indicati*”, e “*ancorché non consegna l'intento*”, a primeira por desnecessaria, visto como não accrescentava idéa modificativa ou declaratoria da proposição anterior, a segunda tambem por desnecessaria, sendo da propria natureza da especie delictuosa, e ainda, como nota JOÃO VIEIRA, por vir até certo ponto, embora de modo não muito claro, do proprio art. 362, quando diz: “*para obter della, etc.*” Assim definindo o se-

questro, o legislador apresenta-o sob duas figuras: 1.<sup>a</sup>) quando o sequestro tem por fim obter da *propria pessoa sequestrada* o preço de sua libertação, dinheiro, coisa ou acto que importe qualquer effeito juridico; 2.<sup>a</sup>) quando o sequestrado tem por fim obter de *outrem*, que se interessa pela pessoa sequestrada, aquellas utilidades. Em qualquerdessas figuras, são elementos do crime:

1.<sup>o</sup>) a *segregação e isolamento* da pessoa (vid. ns. 130-31), por qualquer meio: violencia, engano, blandicias, etc., collocada em verdadeira condição de escravidão, sem esperança de libertação senão o beneplacito dos molfeitores;

2.<sup>o</sup>) o fim, isto é, a obtenção, como preço da libertação, de *dinheiro, coisa ou acto que importe qualquer effeito juridico*. Estas palavras da lei assignalam ao mesmo tempo um aspecto objectivo e um aspecto subjectivo da acção criminosa, neste estando o dolo especifico, que distingue o crime em questão da de violencia privada previsto no art. 181. Assim, sequestrada a pessoa, e revelada a intenção do delinquente de só lhe conceder a libertação mediante a obtenção de qualquer daquellas utilidades, o que envolve uma ameaça á propriedade, está consummado o crime.

**556.** A extorsão, como crime independente, só vem qualificada nas legislações modernas. Mas, como nota LISTZ, o germen da idéa desse crime encontra-se no direito romano ulterior. Como tornára-se antiquado o *crimen repetundarum* e mostrava-se insufficiente a *actio quod metus causa*, surgiu no periodo imperial o *crimen extraordinario* especial denominado *concussio* (D. 47, 13), que dava-se, quando alguém extorquia vantagens patrimoniales, simulando o exercicio de uma função publica (*concussio publica*), ou intimidação com uma acção criminal (*concussio privata, crimen minari*). O conceito romano foi seguido pelos antigos praticos, sendo por CARPZOVIVS e BOHEMERO ampliado á toda *vis compulsiva* causadora de temor para obter a consignação de qualquer coisa. Pouco a pouco, na legislação moderna, foi sendo formulada a definição da extorsão, que se procurou discriminar dos crimes congeneres, principalmente do roubo. O codigo penal francez, art. 400, modificado pela lei de 13 de maio de 1863, assim qualifica o crime: “Quiconque aura extorqué par force, violence ou contrainte, la signature ou la remise d’un écrit, d’un acte, d’un titre, d’une pièce quelconque contenant ou operant obligation, disposition ou décharge, sera puni de la peine des travaux forcés á temps.”

No § 2.<sup>o</sup>, completado pela lei de 16 de novembro de 1912, contempla a modalidade, que na pratica recebeu a denominação de *chantage*:

“Quiconque á l’aide de la menace, écrite ou verbale, de révélation ou d’imputations diffamatoires, aura extorqué ou tenté d’extorquer, soit la remise de fonds ou valeurs, soit la signature ou remise des écrits énumérés ci-dessus. sera puni d’un emprisonnement d’un an á cinq ans et d’une amende de 50 francs á 3000 francs.” O codigo pneal allemão, art. 253, considera extorsão quando “alguem, com o fim de obter para si ou para um terceiro um

proveito patrimonial illegal, constringe outrem por meio de violencia ou de ameaças á praticar, tolerar ou deixar de praticar alguma acção.” Distingue a extorsão *simples*, a *qualificada* por ameaça de morte, incendio ou inundação, e *equiparada ao roubo* (arts. 235, 254 e 255). O codigo italiano, como já vimos, qualifica distinctamente a chamada pseudo *extorsão* (art. 407), a *extorsão propriamente dita* (art. 409) e o *sequestro* (art. 410).

O nosso codigo vigente, qualificando o *sequestro* no corpo do art. 362, como vimos, no § 1.º qualifica a *extorsão propriamente dita*, nas duas figuras que ahi se vêem, tomando como fonte principal, o codigo italiano, art. 409, intercalado da disposição do art. 400, § 2.º do codigo penal francez.

Effectivamente, as figuras do § 1.º, expressas por: “Extorquir de alguém vantagem illicita, pelo temor de grave damno á sua pessoa ou bens”, e “constringer 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, coisa ou acto que importe effeito juridico”, são tiradas do codigo italiano, art. 409, que estatue: “Chiunque, incutendo in qualsiasi modo timore di gravi danni alla persona, all'onore o agli averi; o simulando l'ordine di un autorità, costringe alcuno a mandare, depositare o metere a disposizione del colpevole danaro, cose, o atti che importino qualsiasi effetto giuridico, é punito, etc.”, disposição modificada, traduzindo-se o termo — *mandare*, expedir, por mandar no sentido de *ordenar*, substituindo-se a expressão “all'onore”, pela de “ameaça de publicações infamantes e falsas denuncias”, que constitue a *chantage*, do codigo penal francez, e incluindo-se a figura do “fingimento de autoridade”, não contemplada pelo codigo italiano.

Apreciemos detalhadamente as duas figuras da extorsão do nosso codigo, segundo suas fontes, e modificações notadas.

557. São elementos do crime de extorsão definido na primeira parte do art. 362:

1.º a violencia moral, na forma de intimidação coercitiva, qualificada por *grave damno á pessoa ou bens da victima*;

2.º a entrega da *vantagem illicita*.

A intimidação, que pôde ser feita por qualquer modo, é circumscripta pela lei, a um *grave damno á integridade physica*, ou aos *bens* da victima. Se a intimidação se referir a *integridade moral* desta, poderá haver extorsão, dados os requisitos da segunda parte do § 1.º, ora apreciááo.

O temor deve ser de *grave damno*, e se avalia considerado em si mesmo e subjectivamente, isto é, relativamente á pessoa da victima e circumstancias occurrentes. Como decidiu a Cassação de Turim, em sentença de abril de 1886, não é necessario que os actos sejam de tal natureza a incutir temor ao homem forte, bastando que a qualidade pessoal do prejudicado, e as circumstancias de tempo e lugar, determinem coactivamente o sujeito passivo á entrega de vantagem illicita. Suffragando esta decisão, o Conselho do Tribunal Civil e Criminal, do Districto Federal, bem accentuou que “o temor



de grave damno á pessoa ou aos bens, não precisa revestir o caracter de força irresistivel, que é circumstancia dirimente da criminalidade, basta que impressione um espirito commum e lhe inspire o receio de expôr 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 (vid. n. 562, II). Nessa mesma decisão se firmou um dos requisitos differenciaes da extorsão e do roubo, notando-se que se neste as ameaças devem ser de grave *damno imminente* e a subtração da coisa tambem *immediata*, na extorsão, porém, a ameaça não é de um mal immediato, inevitavel, e sim de um *mal futuro*, como futura é a esperança gananciosa do culpado.” CARRARA, seguido por MARCIANO e PUGLIA, sustenta que é requisito essencial a injustiça do mal ameaçado, porquanto se fôr justo, isto faria suppôr a subsistencia de um direito que eliminaria ou mudaria a figura delictuosa. Assim, no caso em que o marido ameaça de morte o adúltero, se não satisfizer a indemnisação, haverá responsabilidade por fazer justiça por si proprio, mas não extorsão. Mas, como nota GIURATI, com inteira applicação ao nosso codigo, essa theoria não encontra fundamento na lei, cujo espirito se revela logo, comparando o art. 362 com o art. 184, onde se requer expressamente a injustiça do mal. Incisivamente IMPALLOMENE escreve que já a injuria do proveito visado torna injusta a acção, e MANZINI soluciona igualmente a questão, fazendo a opportuna distincção entre *damno* injusto e *lucro* injusto. O *damno* ameaçado pôde ser justíssimo (por exemplo se, tendo a prova de um delicto de que sou victima, ameaço denunciar o culpado) sem que, por isso, cesse de ser injusto o lucro. Bem decidiu á Cassação italiana que “para integrar o delicto de extorsão basta a gravidade do *damno* ameaçado, não se requerendo que ainda concorra a sua injustiça (8 de maio de 1907). O nosso codigo só faz menção da *vantagem illicita*. E’ com a entrega desta que se consumma o delicto.

Quanto ao dolo, é de applicar a regra geral do art. 24.

558. São elementos do crime de extorsão definido na segunda parte do § 1.º do art. 362:

1.º) a violencia moral, na forma de ameaça de *publicações infamantes* e *falsas denuncias*, ou na forma da intimidação, *simulando* o agente *ordem de autoridade*, ou  *fingindo esta qualidade*;

2.º) o fim de obter por qualquer desses meios, que a victima *mande depositar*, ou *pôr á disposição do agente, dinheiro, coisa, ou acto que importe effeito juridico*. Attendendo a que frequentemente a extorsão se pratica, aproveitando-se o agente do cuidadoso resguardo com que o homem honesto procura cercar o proprio patrimonio moral, definiu a lei especialmente a extorsão por essa forma commettida. E’ a *chantage*, como vulgarmente se chama em França, o delicto previsto no art. 400, § 2.º do respectivo codigo penal, e que tem particularmente como agentes os jornalistas e os *claqueurs*.

Acolhendo essa especie delictuosa, o nosso codigo restringiu a hypothese da extorsão, como vem definida no codigo italiano, que fal-a consistir na intimidacão *por qualquer modo, de grave damno a honra* para obtencão de vantagem illicita, quando para o nosso codigo os modos são apenas *as publicacões infamantes e falsas denuncias*.

Outro meio é a intimidacão resultante da *simulacão de ordem de autoridade*, ou de  *fingir o agente esta qualidade*. Como já vimos, só a primeira destas modalidades é contemplada pelo codigo italiano, e GIURATI apreciando a disposicão respectiva, do art. 409, e apoiando-se em julgados, especialmente o da Cassacão, de 15 de fevereiro de 1905, diz que não é necessario demonstrar a intimidacão soffrida pela victima, porquanto a violencia é implicita. O mesmo sustentava PUCCIONI, commentando o art. 393, letra *b*, do codigo toscano. Mas como bem observa PUGLIA, não se trata de regra absoluta, porquanto casos ha em que a simulacão não implica uma violencia moral, mas constitue antes um artificio para obter a coisa, como aliás prevê o nosso código no art. 381, segunda parte.

Para que a simulacão constitúa elemento essencial da extorsão, é necessario que se manifeste de modo a exercer coacção no animo da victima, e por isso mesmo a lei requer o constrangimento, como condiçãõ necessaria, dizendo —  *simulando ordem de uma autoridade, constrange alguem, etc.*

Como notam GIURATI e MANZINI, necessario é que entre a communicacão da ordem e a obtencão da coisa occorra intervallo de tempo apreciavel, porquanto se a accão tendesse a uma immediata obtencão, a figura criminosa seria a do roubo. A qualidade de autoridade deve ser simulada, porque quando é o proprio funcionario que, abusando de seu poder, exige ou obriga alguem a consignar dinheiro, surge o crime de concussão (art. 219). A intimidacão deve ter por fim  *mandar depositar ou pôr á disposicão dinheiro, coisa ou acto que importe effeito juridico*. Neste elemento do crime, exactamente como notamos em relação ao sequestro, ha um aspecto objectivo, e um aspecto subjectivo, este constituindo o dolo especifico. Assim, deve haver uma relação de coordenação e preordenada entre a intimidacão, como meio, e o injusto proveito, expresso naquella clausula legal, como fim. Resalta que a intimidacão não opera immediatamente, pois o deposito ou consignacão da coisa ou acto não pôde ser immediatamente realisado. Não requer a lei que o deposito seja effectuado pelo mesmo intimidado, pois diz genericamente *alguem*, pelo que o prejudicado no seu patrimonio pôde ser pessoa diversa da que soffreu a violencia, desde que haja um nexo de causalidade entre a violencia e a tomada da coisa.

Quanto á consummacão, a *opinio communis* entre os commentadores do codigo italiano, é que se verifica quando a coisa chega ás mãos do delinquente, por isso que só com o espolio é que ha offensa á propriedade, accrescendo notar, diz GIURATI, que admittir-se a consummacão com o deposito da coisa, seria reduzir o delicto á ameaça, pois tanto importa fazer depender a consummacão de delicto, de actos da propria victima, quando é o agente, que

deve percorrer todos os grãos do *iter criminis* (MANZINI, MARCIANO, PUGLIA, etc.).

Questiona-se si subsiste o crime quando o offendido ou sujeito passivo deposita no lugar indicado, coisa de nenhum valor, ou, em geral, coisa diversa, por essencia ou pela qualidade. GIURATI entende que, havendo material apprehensão, não se pôde falar, na hypothese, senão de tentativa, porquanto se a coisa não tem valor algum, falta um dos extremos essenciaes do crime-base, isto é, do furto, e se a coisa fôr diversa da querida pelo delinquente, desaparecerá o nexó que deve interceder entre a intenção e o apossamento, effectuado pelo agente, ignorando a essencia verdadeira da escusa.

559. No § 2.º do art. 362, se qualifica, como já vimos, a figura delictuosa conhecida por *pseudo extorsão*, como diz MANZINI, e no código italiano, fonte do nosso, definida no art. 407. O código allemão, art. 253, contempla semelhante figura, que LISZT, considera um crime de natureza especial, que se forma pela combinação dos meios adequados ao roubo com os objectos da extorsão, e que de melhor modo se pôde conceber como uma ampliação do roubo, em virtude da qual este se converte de crime *real* em crime *patrimonial*.

Do mesmo sentir é GIURATI, apreciando a figura do art. 407 do código italiano, dizendo que do roubo teria a intimidação da violencia, não se podendo, porém, negar que o código supprimiu o termo *imminente* com que, para o roubo, precisou o character urgente da ameaça, nem que tenha omittido o requisito da presença no lugar, admittindo assim implicitamente que o effecto da violencia pôde ser também não immediato.

Da extorsão teria, na intenção do legislador, o nome (no índice da edição official do código, com esse nome se designa o crime, o que também faz o nosso código, mas no texto), e a finalidade, mas desse delicto diversifica pela gravidade caracteristica da ameaça.

Encarando o conteúdo do crime, ainda nota o jurista italiano, e especialmente na modalidade da destruição do acto ou documento, que não se pôde considerá-lo como furto violento, a disparidade sendo evidente entre as duas figuras.

Segundo o § 2.º do art. 362 do nosso código, são elementos do crime:

1.º) a *violencia* ou *ameaça de grave damno á pessoa de alguém ou a seus bens*. Ao contrario das outras figuras do § 1.º do art. 369, admittte-se aqui também a violencia physica;

2.º) o fim, isto é, *assignar, escrever ou aniquilar em prejuizo do constrangido, ou de outrem, um acto* (ou documento) *que importe effecto juridico* (dolo específico). Por isso mesmo que se trata de crime contra a propriedade, o documento, cuja factura ou destruição visa o agente, deve ter effectos patrimoniaes, equipollentemente enuñciados pelo código, pela expressão — *effectos juridicos*. Quanto á validade de tal documento, é de distinguir, com a maioria dos escriptores, o caso de nullidade absoluta, na forma ou na substancia, da nullidade relativa.

No primeiro caso, não ha o crime apreciado, por isso mesmo que se trata de documento privado de *efeito juridico*.

No segundo caso, subsiste o crime. Não se comprehendem as possiveis excepções de nullidade que derivem da violencia pela qual foi viciado o consentimento, pois, verdadeiro absurdo seria que a prova da violencia para excluir a validade do acto ou documento devesse ao mesmo tempo valer para excluir o crime de extorsão (MANZINI, GIURATI, PUGLIA, IMPALLOMENI, MAGRI, CRIVELLARI-SUMAN, etc.).

O crime se consumma quando alcançado fôr o fim visado pelo agente, isto é, a obtenção ou destruição do documento. Quanto á pena, é a mesma imposta ao roubo (arts. 356, 362 e 363). Como nota JOÃO VIEIRA, no caso de sequestro (art. 362, pr.) se não chegar á extorsão, não haverá multa, por se referir, segundo mesmo a letra da disposição, ao valor do objecto *roubado* ou *extorquido*.

560. O expendido, em cotejo com o referente ao roubo, deixa patente o que ha de semelhante e de differente entre este crime e o de extorsão. Para o nosso codigo, são figuras do mesmo genero de criminalidade, porquanto são contrarias á pessoa e á propriedade, e, por isso, fazendo objecto do mesmo capitulo. Têm a mesma *intensidade*, e, por isso, passiveis da mesma penalidade. Divergem, porém, quanto á *acção*, aos *meios*, e ao *objecto*.

Quanto á *acção*, pois, no roubo, como no furto, ha uma *apprehensão*, que precede a *ablatio*, ao passo que na extorsão ha uma *traditio*, da parte do detentor, embora não livre como no contracto fiduciario, e sim necessitada pelo constrangimento. Não é o *carpire* do defraudador, porque ahi se junta a insidia, mas é o *extorquere*, o *adsequi per vim*, obtendo-se a coisa mediante violencia moral (PESSINA). Quanto aos *meios*, excepção feita do sequestro e da pseudo-extorsão, se nas outras figuras desta, o meio é a violencia moral, nas formas da intimidação ou da ameaça directamente á pessoa, no roubo os meios são mais amplos, pois podem ser a violencia á ou contra a pessoa, e a violencia á ou contra a coisa (arts. 357 e 358). Ha ainda differença quanto á potencialidade da ameaça, pois no roubo, a ameaça ha de ser de mal *grave* e *immediato*, á pessoa, o que o art. 357, primeira parte, deixa explicito, na clausula “se reduzir alguém a não defender os bens proprios ou alheios sob sua guarda”; na extorsão propriamente dita, esse mal póde ser *futuro*, sem necessidade de revestir o caracter de força irresistivel, bastando que impressione um espirito *commum* e lhe inspire o receio de expôr sua pessoa ou sua fortuna a grave damno (n. 562, II). Quanto ao *objecto*, se no roubo é a coisa material, por isso se dizendo crime real, na extorsão, póde ser tambem *acto* ou *documento*, referente a direitos obrigatorios, por isso se dizendo crime patrimonial (LISZT).

561. Questiona-se si é possivel a extorsão por meio de actos judicia-rios. Esta hypothese ventilou-se em um feito da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal do Districto Federal, sendo denunciado um individuo, que agindo de concerto com

seu advogado, falsificára a marca de producto medicinal proprio, conseguindo distribuir por diversas pharmacias, a titulo de propaganda, diversos frascos desse producto, e dias depois, promovendo judicialmente a busca e apprehensão respectiva, e assim, á sombra de um mandado judicial, logrando receber dinheiro e letras promissórias de varios dos depositarios que intimidados de prisão e processo, submeteram-se a pagar o que lhes foi exigido, para desistência pelo advogado, que acompanhava a diligencia. A denuncia capitulava o facto no art. 362, § 1.º do codigo penal. Para furtar-se á prisão preventiva decretada, impetrou aquelle individuo uma ordem de “habeas-corpus”, e negada, recorreu ao Supr. Tribunal Federal, que, por accordam de 15 de maio de 1920, a concedeu, por seis votos contra cinco, por entender a maioria não estar demonstrada a necessidade da medida, reconhecendo, porém, por unanimidade de votos, que o facto revestia todos os requisitos do crime de extorsão, assim se externando o accordam: “a denuncia expõe com clareza um facto que reúne os elementos constitutivos do crime de extorsão definido no art. 362, § 1.º do codigo penal — *intimidação coercitiva* qualificada por *damno grave, e entrega de vantagem illicita*”. Pronunciados os dois réos, como co-autores desse crime, ante a prova colhida, confirmativa e reforçada da obtida no inquerito policial, valeu-se o advogado do recurso de habeas-corpus, e em gráo de recurso, a obteve do Supr. Tribunal Federal, que, por cinco votos contra cinco, considerou o facto, antes tido como criminoso, enquadrado exactamente na lei penal, e não alterado no decorrer do processo, como coisa muito licita! Assim se externou o accordam, que é de 17 de dezembro do mesmo anno do anterior: “que o *facto* attribuido ao paciente absolutamente não pôde ser incluído no art. 362, § 1.º do codigo penal, porquanto não pôde commetter o crime de extorsão o advogado que presta serviços profissionaes a um industrial, que no *uso de um direito* requer busca e apprehensão de um producto pharmaceutico que effectivamente estava exposto á venda, em contrafacção da marca industrial devidamente registrada na Junta Commercial desta cidade, e gozando, portanto, da protecção assegurada pela lei.” Realmente, enigmatica é semelhante mutação de decisões, um facto fraudulentamente engendrado e intimidativamente usado, assim expressamente considerado, em face de dados concludentes, ser depois, e esses mesmos dados, considerado *uso legitimo de um direito*!

Buscando, para elucidação, o que foi invocado pelo impetrante, encontramos uma dissertação, habilmente conduzida, no sentido de demonstrar que “actos judicarios, quaesquer que sejam os vicios de seus promoventes e requerentes, não podem constituir, no direito criminal dos povos cultos, como o do brasileiro, crime de roubo ou de extorsão, se não eivados de simulação da ordem de autoridade ou de fingimento dessa qualidade.” Parte-se do presupposto de que ha *identidade* completa entre o roubo e a extorsão, e, então, tendo como extremo essencial commum gráo potencial de violencia tal que torne indefensavel a propriedade, e como semelhante situação não se verifica nos actos processuaes, quando praticados consoante as prescripções leaes, assegurada como fica a defesa, dahi não ser admissivel conceder-se a

prática do roubo ou da extorsão por via judiciaria. Essa indefensabilidade pôde ser concebida em se tratando de ordens simuladas, que são todas as antedatadas ou posdatadas, as que contiverem declaração, condição ou clausula não verdadeira, ou apparentarem conferir ou transmittir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmittem (cod. civil, art. 102 e numeros), por isso que são de molde a produzir aquelle effeito, e dahi expressamente considerados pela lei penal como meio do crime de extorsão, o que, pela regra — *inclusio unius est exclusio alterius* — importa na exclusão de ordens verdadeiras. Noutros grupos, porém, de actos politicos e coactivos do Estado, e não judiciarios, como os de taxaçaõ e arrecadaçaõ de impostos excessivos, e os politicos em tempo de guerra ou commoçaõ intestina, as palavras *roubo* e *extorsão* são empregadas na linguagem da critica e da opposiçaõ, em razãõ da *falta de defesa popular* contra elles.

Mas quando a *defesa* natural do homem, a *defesa* judiciaria do demandado, ou a *defesa* politica do cidadão ou do individuo participante de sociedade politica, estão previamente *asseguradas* e são guardadas na execuçaõ, acto algum de *força* natural, judiciaria ou politica poderá ser classificado como de *extorsão* ou de *roubo*. Nestes crimes a *força* que se desenvolve e opera é sempre a *vis naturalis*, ou toda acçaõ particular, individual e natural do homem, conduzida por suas proprias inspiraçaões pessoas e que, por isso mesmo, pôde chegar a resultados imprevisiveis e de temer-se. Ao passo que a *vis politica* ou a *vis juridica* não são do *individuo*, mas do poder publico e do *Estado*, agindo seus orgãos e representaes em condiçaões e formas geralmente *definidas*, em ordem a que se lhes possam *prever* os *fins*, os *resultados*, como a propria *marcha* regulada e *rythmica*, nos *processos* politicos, administrativos e, sobretudo, *judiciarios*, todos com *defesa* apropriada. Os elementos intrinsecos e constitutivos dessa *força*, como os de exteriorisaçaõ della na execuçaõ e na pratica, escapam ao individuo e aos seus interesses particulares, porque a *deliberaçaõ* é *legislativa*, com todos os processos parlamentares, como de critica e publicidade da vida publica contemporânea; e a *execuçaõ* é administrativa ou judiciaria, com uma serie complexa de elementos de *defesa* ou recursos, numa vasta organizaçaõ administrativa ou judiciaria.

Os proprios *excessos* dos representantes do poder publico estão todos *previstos* e coarctados por toda uma complexa *defesa repressiva*, como por toda uma complexa *defesa preventiva*.

As acçaões particulares e postas em *juizo* de modo temerario, doloso, culposo, fraudulento, simulado, imtempetivo, falso, ou injusto, todas ellas são prevenidas ou reprimidas por *sanções especiaes*, de ordem criminal, ou civil, previstas e definidas nas leis para cada typo e caso particular, sem analogia possivel com o roubo ou com a extorsão. Na *rêde judiciaria*, cujas malhas são de uma urdidura alheia ao individuo e aos seus interesses particulares, não ha como pensar possivel a *passagem* de qualquer roubo ou extorsão, não se justificando, sem injuria ao proprio poder judiciario, a idéa de sua conversão em *instrumento* de taes crimes." Toda esta argumentaçaõ não passa de uma miragem. Parte-se do falso presupposto da *identidade*

*completa* entre o roubo e a extorsão, quando já vimos que, em doutrina, e especialmente em nosso código penal, essas duas figuras delictuosas, embora pertençam ao mesmo genero de criminalidade, por lesivas da pessoa e da propriedade, e, por isso, comprehendidas no mesmo titulo, se distinguem por differenças assignalaveis (n. 560). Houvesse *identidade completa*, e logar não haveria evidentemente para qualificação distincta, como é feita em nosso código, a exemplo de outros, designando ainda com diverso *nomen juris* as duas figuras (arts. 356 e 362). O roubo, por definição legal, assenta na *subtração violenta* da coisa; é a *vis privata*, a força particular, que quando visa directamente a pessoa da victima, supera a sua resisctncia, a *apprehensio immediata* da coisa propria ou de outrem, em seu poder. Na extorsão não ha *subtracção da coisa*, e sim *traditio* desta pelo detentor, embora necessitada pelo constrangimento; este não se exerce physicamente, mas moralmente, pela ameaça ou intimidação, com *efeito futuro*, e, por isso, sem necessidade, como no roubo, de reduzir a pessoa a não poder defender desde logo sua propriedade; por outra, no roubo, por ameaça á pessoa, esta violencia moral ha de atingir a sua modalidade mais grave, isto é, a ameaça de um perigo *actual* para a pessoa, ao passo que, na extorsão, em que o efeito é futuro, bastante é que a ameaça impressione um espirito commum e lhe inspire o receio de expôr sua pessoa ou sua fortuna a grave damno.

O agente pôde valer-se, como meio intimidativo, de *vis privata* ou da *vis judiciaria*, neste caso, sem injuria ao proprio poder judiciario, o admittir-se uma tal possibilidade, por isso que age enganado pelo agente. E' certo que nos actos judiciarios é assegurada a defesa, traçando a lei previamente a *ordem e numero* desses actos, visando um fim proximo, que é o *juulgamento*, e o fim remoto que é a *segurança constitucional*; mas, se a previsão geral é essa, a que toca directamente á causa ajuizada não pôde, na maioria dos casos ser estabelecida com segurança, pois o julgamento assenta na prova produzida, e esta, especialmente quando *casual* e não *preconstituída*, como sóe ser a regra em processo criminal, pelas vicissitudes por que pôde passar, na sua producção, e efeitos que pôde produzir, indeterminaveis á priori, não proporciona ao demandado uma situação de calma e confiança, mas de fundado temor, como sóe acontecer no emprego da *vis privata*. Acresce notar, encarando a questão pelo lado pratico, como mostra a realidade das coisas, que a segurança da defesa, que poderia encontrar o demandado torna-se ás mais das vezes illusoria, e para os não afortunados, diante dos dispendios que acarreta uma controversia judiciaria, e nos quaes o fisco toma saliente posição, com o sello e taxas elevadas como se verifica tristemente em nosso paiz. Dahi ainda a força intimidativa que os actos judiciarios mais adquirem, sobrepujando-se até á *vis privata*, de modo a levar a victima a ceder ás injunções do agente, como se verificou no caso concreto apreciado, conseguindo o advogado, com o emprego da intimidacção de levar avante o processo, iniciado com a busca e apprehensão, assim já com força coercitiva relevante, pela perspectiva de prisão, se não lhe pagassem o exigido, logrando receber, em poucas horas, de varios pharmaceuticos, cinco contos, em dinheiro e em notas

promissórias. Não colhe o argumento de cogitar só o código da simulação de ordem ou de autoridade, o que implica, diz-se, a exclusão de ordem verdadeira ou de legitima autoridade, porquanto a ordem pôde ser verdadeira, pela sua conformidade exterior com a lei, e por dimanar e ser executada regularmente de e por funcionario legitimo, e, entretanto, intrinsicamente, no conteúdo dessa ordem se envolver uma pretensão criminosa, como vimos, integrando-se assim a figura da extorsão, sem necessidade de menção do caso, por já estar incluído na formula geral do crime, não assim o especialmente previsto, por assumir feição diversa.

## 562. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

I. São elementos da primeira especie do crime de extorsão definido no art. 362, § 1.º, “extorquir de alguém vantagem illicita pelo temor de grave damno á sua pessoa ou bens”:

1.º a intimidação coercitiva qualificada por um *damno grave*;

2.º a entrega da vantagem illicita.

Para existir a gravidade do damno, que se pôde referir á integridade physica ou moral, ou ainda aos direitos patrimoniaes, basta que a qualidade pessoal do prejudicado, e as circumstancias de tempo e lugar, determinem *coactivamente* o sujeito passivo a entrega de vantagem illicita.

Esse delicto se consumma quando a entrega se torna effectiva, isto é, quando a vantagem illicita está em poder do agente. A’ vista do sentido do verbo — *extorquir* — que encerra a idéa de *violencia, coacção* ou *ameaça*, e attento o momento consummativo do crime, a tentativa só existe quando o meio intimativo é *efficaz*. A *ameaça* recebida com *indifferença*, não constitue extorsão (PESSINA — *Elem. di dir. pen.*, VII, pag. 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 á disposição dinheiro, coisa 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 incutire timore, anche per circostanza speciale il minacciato non se ne via preoccupato — G. MARCIANO — II, *Tit. X, del Cod. Pen. ital.*, pag. 179; *Acc. do Trib. Civ. e Crim.* de 11 de agosto de 1898; *Revista de Jurisprudencia*, vol. 5, pag. 89 (*Accord. do Trib. Civil e Criminal*, de 11 de agosto de 1898).

II. O crime de extorsão consiste no facto do agente obter um proveito pela intimidação, pelo terror inspirado á victima, por meio de coacção moral que lhe impõe e das ameaças que se lhe fez, pouco importando para a integração do delicto que as ameaças sejam ou não seguidas de execução (*Acc.*



do Trib. Correccional do Sena, de 27 de maio de 1895, *Pasicrijsie belge*, 1895. *Jurisprudencia estrangeira*, pag. 105). 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 diffamatorias, da revelação de um segredo, de um escandalo, de uma denuncia falsa, de um processo judiciario, etc., a simulação de uma ordem de autoridade;

2.º o fim perverso do agente, obter para si um lucro illicito á custa da victima;

3.º o resultado da operação, o lucro illicito assim obtido havendo apenas tentativa se o agente não chegar a obter o proveito illicito que esperava, por uma circumstancia independente da sua vontade. O delicto de extorsão, 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 (LISZT — *Boletim da União Internacional do Direito Penal*, vol. 7, pag. 148). O legislador não póde dar uma definição precisa e rigorosa do crime de extorsão como dá para os crimes que tem um caracter fixo, taes, por exemplo, o assassinato, a falsidade, pois a extorsão é um Protheu, transforma-se de mil modos differentes, assignalando-se o delicto por estes dois 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*). O recorrente allega não ser o querellante a victima no caso do crime consummado e sim o Banco Allemão; pois a quantia de 61:000\$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 por queixa da parte offendida, nos termos do art. 407, do codigo penal, nullo é todo o processo, pois o querellante não foi a victima, não a parte offendida, e sim o Banco Allemão. Não é procedente essa allegação, pois está provado pelo depoimento de fls. 192, que a Directoria do Banco Allemão deu a quantia de 61:000\$000 ao recorrente, mas sob a responsabilidade do querellante, e que está por carta obrigado a pagar a referida quantia, caso não seja approvada pela administração superior do Banco essa deliberação da Directoria. O delicto de extorsão se caracteriza juridicamente, como bem decidiu a Côte de Cassação de Turim, em accordam, que PINCHERLI cita, quando ha a potencialidade do damno para a victima e a potencialidade do lucro para o agente. Não é necessario para a integração do delicto, que o prejuizo seja soffrido pela pessoa ameaçada, pois succede muitas vezes que maridos, ascendentes, descendentes, -amigos, paguem, forneçam o dinheiro,

para libertar pessoas que lhe 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 (*Acc. da Côte de Cassação, de 6 de janeiro de 1854*). 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 á pessoa ou aos bens a que se refere o art. 362, § 1.º, do codigo penal, é o constrangimento, a força irresistivel definida no § 5, do artigo 27 do mesmo codigo, o que não occorreu na especie. No roubo as ameaças devem ser de graves danos iminentes e a subtracção da coisa 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 Codice penal italiano*). 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 factio, objecto da revelação ou da imputação, seja claramente precisado ou enunciado na ameaça, basta que a ameaça alluda ao mesmo factio e exclua todo o equivoco quanto ás suas consequencias eventuaes (*Côte de Appellação de Gand, de 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; Pasicrisie, Belge, 1896; Jurisprudencia estrangeira, pag. 63*). Na extorsão, a ameaça, o temor de grave damno á pessoa ou aos bens, não precisa revestir o caracter de força irresistivel, que é circumstancia dirimente da criminalidade, basta que ella impressione um espirito commum e lhe inspire o receio de expôr sua pessoa ou a 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*, pags. 75-81; GARRAUD — *Direito Penal francez*, tomo 5, n. 206, pag. 199). 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 quanto tem por fim a obtenção de um lucro illicito atacam á propriedade (RIVAROLA — *Codigo Penal argentino*, volume 2, n. 772, pag. 219). A ameaça tem 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 avides de um proveito, de um lucro illicito não é de sua essencia e foi por isso que o codigo a classificou entre os crimes contra ás 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 1863, que reformou o Código Penal. (Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 22 de agosto de 1901).

III. A própria natureza da infracção — extorsão ou chantage — definida no art. 363, § 1.º do código penal — “constranger alguém por meio de ameaças de publicações infamantes e falsas denúncias a mandar depositar ou pôr á disposição dinheiro, coisa ou acto que importe effeito juridico”. bem demonstra a não instantaneidade dessa entidade criminal, a qual, segundo o dizer de CARRARA, *Prog.* § 2.129 — *nel senso giuridico odierno tra i caratteri della sua specialità da uno intervallo di tempo que debba trascorrere* (sia pur breve) *fra la minacia di un male e la sua esecuzione, oppune fra la minacia del male e lo impossessamento della cosa*”, ou conforme P. TUOZZI, vol. 2, p. 354, do *Diritto penale* — *que la consegna della cosa deve seguire mediatamente*.

Admitte, pois, tentativa, que se integra, á vista do sentido do verbo “constranger”, logo que se dá a ameaça, seja inefficaz, uma vez que a inidoneidade do meio empregado seja apenas relativa (Accord. do Trib. Civil e Criminal, na *Rev. de Juris.*, de janeiro de 1899, p. 89, GIURATI, *Dei delitti contro la proprietà*, p. 254). Na especie nenhuma duvida podia haver sobre a idoneidade da ameaça, pois nenhuma firma commercial pôde ser indifferente aos ataques feitos ao seu credito, antes, é isto coisa que seriamente as impressiona, sabida, como é a facilidade com que se recebe como certo e provado o que se publica pela imprensa. A jurisprudencia tem assentado que não são transpostos os limites da tentativa, quando, apezar de paga a somma, não consegue o agente uma verdadeira e effectiva posse sobre ella, dada a intervenção da policia, préviamente avisada (GIURATI, obr. cit., not. 4, p. 251).

Em tal hypothese, a tentativa não se torna impossivel, porquanto a intervenção policial apenas prejudica a consummação, “se lo intimato non s'imponga della minacia, e malgrado quella si ostini a non dar niente e ricorra alla giustizia, si applica il titolo di estorsione tentata (CARRARA, obr. cit., § 2.131), e, em nota diz: “Le Corti di Toscana hanno sempre applicato il titolo di estorsione tentata anche quand il minacciato aveva fatto il deposito al luogo ordinato dopo avere avvertito la polizia, qui aveva procurato l'arresto dei malfattori primo che potessero impadronirsi del denaro. Così fu giudicato dalla Corte di Appello di Firenze il 13 novembre 1863, e sempre.” Depois, em face da nossa lei penal, que configura a tentativa de accôrdo com a doutrina objectiva, ella se integrava desde que praticados estavam actos visinhos do delicto, como a intimidação, visando lucro illicito. Assim, insubsistente é a arguição da defesa sobre as consequencias da intervenção da autoridade policial, a qual não podia, como é corrente na jurisprudencia, invalidar os actos anteriormente praticados (Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 19 de julho de 1922 confirmando decisão do Juiz da 1.ª Vara Criminal).

LIVRO III

Das contravenções em espécies



## LIVRO III

### DAS CONTRAÇÕES EM ESPECIE

#### CONSIDERAÇÕES GERAES

563. No 1.º volume desta obra, mostramos o criterio differencial entre crime e contração, como vem firmado em boa doutrina, a razão por que, em diversos codigos, inclusive o nosso, vêm comprehendidas taes especies de infracção em um mesmo corpo de leis, e finalmente qual a orientação de nossa legislação a respeito (ns. 23 a 26). Criticando a definição de contração, do art. 8, tivemos occasião de assignalar que o legislador não se manteve fiel ao criterio adoptado, porquanto qualificando neste livro as contrações em especie, em uns casos, faz depender sua existencia da intenção malefica, que é peculiar ao crime, como nos arts. 365, 373 e 381; em outros casos requer a lesão effectiva dos bens juridicos, requisitos tambem peculiar ao crime, como nos arts. 366, 380, 381 e 390 (ns. 81 e 82).

Passando a qualificar as contrações em especie, não as distribue em ordem ou classificação alguma.

Paradigma não lhe faltava a respeito, e bastante era recorrer ao codigo italiano, que contemplando só as contrações referentes aos interesses fundamentaes, e deixando as demais para as leis especiaes, attenta sua variabilidade, distribue aquellas em quatro grupos, segundo se referem á *ordem publica*, á *incolumidade publica*, á *moral publica* e a tutela da *propriedade*. Carente assim de ordem, seguiremos as disposições do codigo, como vêm em capitulos, e segundo a collocação destes.

## 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-os para fóra do cemiterio, salvo o caso de exhumação competentemente autorisada:

**Pena** — de prisão cellular por um a seis mezes.

**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\$000 a 200\$000 e privação do exercicio da profissão por um anno.

**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 dois mezes a um anno.

**Art. 366.** Damnificar de qualquer modo os mausoléos, lousas, inscripções e emblemas funerarios:

**Pena** — de prisão cellullar por um a tres mezes.

564. A disposição do art. 364, que não se encontra no código anterior, tem como fonte o art. 246 do código penal portuguez.

Tres figuras distinctas se vêm no art. 364, a saber:

a) inhumação em contravenção dos regulamentos sanitarios e dos do poder local;

b) transporte para fóra do cemiterio de cadaver alli depositado ou destinado a ser inhumado;

c) exhumação de cadaver sem autorisação de autoridade competente. Trata-se, pois, de inobservancia de disposições regulamentares importantissimas, referentes ao tempo, ao logar e a outros requisitos da inhumação ou exhumação, commettidas aos municipios, desde o decr. n. 789, de 29 de setembro de 1890, que estabeleceu a laicidade dos cemiterios, como por igual foi firmado no art. 72, § 5 da Const. Federal. Quanto á figura do parographo unico, ha contravenção se o facultativo voluntariamente, isto é, sem coacção, passar a certidão (mais technico é attestado) de obito de individuo que depois se reconheça que estava vivo, e haverá crime de homicidio se houver designio de enterrar pessoa ainda viva, ainda que moribunda, e o facultativo seria co-autor ou cumplice, conforme as circumstancias do caso.

O dispositivo do art. 365 tem como fonte o art. 247 do código penal portuguez, que por sua vez se inspirou no código francez, art. 360, modificando-lhe a formula synthetica (violação de tumulos ou sepulturas). Não se encontra semelhante infracção em nosso código anterior. O vigente a qualifica erroneamente como contravenção, porquanto é um delicto, como tal considerado pelos demais códigos, por offender o direito social de piedade, de respeito aos mortos, senão também a religião, cuja dogma da immoralidade da alma se acha geralmente traduzido nesse acatamento que todos os povos têm sempre guardado para com os mortos e sua morada. No art. 365 se encontram tres figuras:

a) profanação de cadaver;

b) desacato tendente a quebrantar o respeito aos mortos;

c) violação ou conspurcação de sepulturas.

Profanação é a irreverencia escandalosa para com as coisas sagradas, e se pôde traduzir por diversos modos, por palavras e actos.

No caso, o código toma a palavra *profanação* em sentido mais restricto, porquanto se a offensa fôr constituída por acto immediatamente dirigido ao cadaver, teremos a segunda figura do art. 365. Por *cadaver* se entende o corpo humano privado de vida, emquanto a connexão das partes não cessa de todo; e portanto a mumia, mas não o são as cinzas resultantes da cremação do corpo (LISZT). Mais previdente, o código italiano, qualificando o delicto em questão, menciona também as cinzas, como objecto da offensa (art. 144). O recém-nascido é cadaver só emquanto o corpo attingiu completo desenvolvimento, excluído ficando o *feto*, que não representa um individuo autónomo, mas parte do organismo materno, *portio mulieris, pars viscerum* (LISZT, MERKEL, CRUSEN, FLORIAN). Sendo necessario e sufficiente, para caracterisar o cadaver, a forma humana, não se incluem também nesse termo os ossos. A lei não distingue o cadaver sepulto do insepulto, nem tampouco o lugar.

Na segunda figura do art. 365, trata-se de qualquer desacato praticado sobre o cadaver, antes ou depois da inhumação, tendente á quebrantar o respeito devido aos mortos. Estão neste caso, entre outros: 1.º despojar o cadaver de quaesquer vestidos ou roupas em que fôr envolvido, ou de quaesquer objectos que o ornem; 2.º espancal-o, feril-o, ou cortar-lhe algum membro; 3.º praticar sobre o cadaver actos de libidinagem; 4.º subtrahil-o, no todo ou em parte. Quando o cadaver, por venda a um amphitheatro de anatomia, torna-se objecto de commercio, converte-se em *coisa*, é susceptivel, então, de furto, apropriação indebita, damno, crimes, que configurados, excluem o do art. 365. Por se tratar mesmo de crime, embora incluído na classe das contravenções, é de indagar do dolo, que ha de revestir a finalidade de quebrantar o respeito devido aos mortos. Na terceira figura do art. 365, trata-se da *violatio sepulchri*, crime já punido no direito romano (D. 47, 12, C. 9, 19). O código o qualifica em duas modalidades: 1.ª) *violar* sepulturas, isto é, abrir ou escavar sepultura, sem autorisação da autoridade competente; 2.ª) *conspurcar* sepultura, isto é, sujar-a, infeccionar-a.

Por *sepultura* se entende o lugar em que de um modo característico é inhumado o cadaver. Como sepultura considera-se o monticulo de terra que se eleva sobre a cova, o cercado, a plantação (não as grinaldas depositadas sobre a sepultura), o ataúde com o corpo, e também os tumulos ou mausoléos (LISZT).

Mas o damno feito a estes, e por qualquer modo, bem como ás lousas, inscrições e emblemas funerarios, constitue a contravenção do art. 366.

## CAPITULO II

### DAS LOTERIAS E RIFAS

**Art. 367.** Fazer loterias e rifas, de qualquer especie, não autorisadas por lei, ainda que corram annexas a qualquer outra autorisada:



**Penas** — de perda, para a Nação, de todos os bens e valores sobre que versarem, e multa de 200\$000 a 500\$000.

§ 1.º 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.

§ 2.º Incurrerão em pena:

1.º, os autores, emprehendedores ou agentes de loterias ou rifas;

2.º, os que distribuïrem ou venderem bilhetes;

3.º, os que promoverem o seu curso e extracção.

**Art. 368.** Recber 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.

Na mesma pena incorrerão os que passarem bilhetes, ou offerecerem á venda, ou de qualquer modo disfarçado, fizerem delles objecto de mercancia.

#### LEI N. 2.321, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1910

**Art. 31** Constitue jogo prohibido a loteria ou rifa de qualquer especie não autorizada em lei.

§ 1.º Considera-se loteria ou rifa:

I — Qualquer operação, sob qualquer denominação, em que se faça depender da sorte, qualquer que seja o processo de sorteio, a obtenção de um primeio em dinheiro ou em bens moveis ou immoveis.

II — A venda de bens, mercadorias ou objectos de qualquer natureza, por meio de sorte, qualquer que seja o processo de sorteio, ainda que por successivas extracções todos os jogadores, mediante pagamentos totaes ou parciaes, possam receber identico ou diverso premio.

§ 2.º Entre os processos de sorteio a que se refere o n. 1 do paragrapho antecedente, estão comprehendidos os symbolos, as figuras, e as vistas cinematographicas.

§ 3.º E' tambem jogo prohibido qualquer loteria ou rifa que extra annexa a outra loteria autorizada.

§ 4.º Serão punidos:

I. Com as penas de dois a seis mezes de prisão celllular e multa de 500\$ a 2:000\$000, além da inutilisação dos bilhetes, registros e apparatus de sorteio, e de perda em favor da Nação de todos os bens e valores sobre que versar a loteria ou rifa não autorisada.

a) os autores, emprehendedores ou agentes de loterias ou rifas;

b) os que distribuirem ou venderem bilhetes ou por qualquer outro modo tomarem parte em qualquer operação de taes loterias ou rifas, salvo o disposto no n. II;

c) os que promoverem seu curso ou extracção.

II — Com as penas de multa de 200\$ a 500\$000:

a) os que intervierem em taes loterias ou rifas sómente com o intuito de obter o premio promettido;

b) os gerentes ou administradores de jornaes ou officinas typographicas, os impressores de listas avulsas e os que por qualquer outra forma publicarem ou fizerem publicar programmas e avisos de loterias ou rifas, não permittidas, resultados de sua extracção ou logares onde se realisam as respectivas operações.

§ 5. Em caso de reincidencia as penas deste artigo serão applicadas em dobro.

§ 6.º E' prohibida a introducção ou venda de bilhetes de loteria de concessão estadual, fóra do territorio dos Estados que tiverem feito as concessões ou contractos.

Aos infractores applicar-se-á a pena do n. 1, § 4.º deste artigo.

§ 7. A prohibição de venda de bilhetes de loterias esta-does só se tornará effectiva quando ficarem extinctas as loterias federaes, continuando até então em vigor a legislação fiscal vigente.

§ 8.º Não se comprehendem na disposição deste artigo as operações praticadas para resgate de titulos de companhias que funcionarem de accôrdo com a lei, nem para cumprimento annual ou semestral de obrigações pelas mesmas contrahidas.

§ 9.º São nulas de pleno direito quaesquer obrigações resultantes de loteria ou rifa, não autorisadas.

Art. 32. Comprehendem-se na disposição do art. 4.º da Lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, as empresas e agencias de loterias actualmente autorisadas, as casas commerciaes, as

de espectáculos e diversões e as sociedades civis que, sob qualquer pretexto, explorarem jogos de azar, loterias ou rifas, salvo o disposto no artigo antecedente.

Parapho unico. Os proprietarios e prepostos de taes agencias, emprezas e casas, os representantes e os prepostos de taes sociedades, incorrerão nas penas do artigo antecedente.

Art. 33. Ficam revogados os arts. 367 e 368 do Cod. Penal e o art. 3.º da Lei n. 628, de 28 de outubro de 1899.

DECR. N. 21.143, DE 10 DE MARÇO DE 1932

Art. 15. E' inafiançavel a contravenção, denominada "jogo do bicho", praticada mediante a venda de cautelas, bilhetes, papeis avulsos, com ou sem dizeres, ou ainda sob quaesquer outras modalidades.

§ 1.º Incorrerão em pena:

- a) os emprehendedores ou banqueiros do jogo;
- b) os que comprarem, distribuirem ou venderem os bilhetes ou papeis;
- c) os que directa ou indirectamente promoverem ou facilitarem o seu curso.

§ 2.º Penas: de seis mezes a um anno de prisão cellular e multa de dez a cincoenta contos de réis aos emprehendedores ou banqueiros e de dez a trinta dias de prisão cellular e multa de duzentos mil réis a um conto de réis, aos demais infractores.

§ 3.º Se os infractores forem estrangeiros, as penas serão accrescidas da expulsão do territorio nacional.

§ 4.º Não haverá suspensão de execução de pena imposta por motivo de infracção deste decreto.

565. A loteria e a rifa comprehendem-se na idéa do jogo de azar, o que aliás torna claro a lei n. 2.321, de 1910, art. 31, transcripto no texto, dizendo que "constitue jogo prohibido a loteria ou rifa de qualquer especie não autorisada em lei."

Têm sido, porém, destacadas ou individualisadas, não só em nossa, como em outras legislações, a loteria e a rifa, por uma razão historica. Desde o seculo XVI, abriu-se uma excepção á punibilidade das loterias, desde que fossem autorisadas legalmente. O Estado, diz LISZT, quer explorar para os seus fins a ganancia dos subditos; e por isso protege o cidadão contra a exploração por parte de emprezas estrangeiras ou de emprezas nacionaes privadas (monopolio protegido pela pena).

Não prohibe que se exponha ao jogo o patrimonio, mas reclama para si o lucro que a loteria proporciona ao emprezario."

Se é essa a razão da individualisação da loteria, se na sua punibilidade, quando não autorisada, se encontra accentuadamente um motivo fiscal, interesses de ordem moral e economica, os mesmos que legitimam a punibilidade do jogo de azar, em geral (vid. n. 569), são também contemplados, pelas legislações modernas, na sua repressão. O nosso código anterior só punia o facto de ter casa publica de taboagem para jogos prohibidos (artigo 281), mas supprindo-lhe a lacuna, veio a 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*”. Essa lei foi inspirada na lei franceza de 21 de maio de 1836, de que é quasi que reproducção textual, em suas principaes disposições, lei também motivada pela necessidade de eliminar as loterias particulares, que começaram a proliferar, especulando com a credulidade e a avidez do publico, desde que pela lei de 21 de abril de 1832, se declarou abolida a loteria real, e a partir de 1º de janeiro de 1836. O art. 410 do código penal, restricto em seus termos e em suas previsões, era evidentemente insufficiente para reprimir essas especulações perigosas.

A citada lei de 1836 trouxe modificações importantes á legislação existente, entre outras, prohibindo absoluta e não relativamente as loterias, de qualquer especie, extirpando assim o monopolio do Estado, ponderando o legislador, dizem CHAUVEAU e HÉLIE, as desastrosas consequencias desse jogo, a corrupção que produz, os meios multiplices e que fornece a *escroquerie*, supprimindo-o, enfim, não por ser um instrumento de fraude contra o Estado, e sim de immoralidade para a sociedade; definindo expressamente o que fosse loteria, que fez consistir não mais, pela accepção vulgar, nas alternativas de ganho ou de perda, mas em toda operação que offerecesse a esperança de um lucro adquirido por meio da sorte. A nossa lei citada de 1860, serviu de fonte aos arts. 367 e 368 do código, inspirado também, neste ultimo artigo, nas leis n. 3.140, de 30 de outubro de 1882, e n. 3.329, de 3 de setembro de 1884. Como nota JOÃO VIEIRA, a materia deste capitulo e do seguinte avultou de importancia desde que surgiu no Districto Federal e propagou-se pelos Estados a epidemia da *rifa*, *jogo* ou que melhor classificação tenha, denominado *jogo do bicho*.

Digam muito embora que nasceu no jardim zoologico, observa MACEDO SOARES, é producto genuino do *ensilhamento*, da *jogatina da bolsa*, fructo do *meio e do tempo*, em grande parte devido as idéas pregadas pelos estadistas visionarios que dominavam a situação.

Proliferou e criou raizes tão profundas que não será extirpado dos nossos costumes, emquanto existirem a *loteria*, de que é irmão gêmeo, e as condições de vida precaria, que chegou ás raias da miseria moral e material. Na vigencia do código, vacillantes se mostráram juizes e tribunaes no encarar essa nova modalidade do jogo, ora considerado como incluído no art. 367, ora no art. 369, ora não passível de pena. A lei n. 638, de 28 de outubro de 1899, art. 3, visando semilhante jogo, augmentou a repressão,

estabelecendo também a pena de prisão, e ampliando a categoria de agentes da contravenção. Mas foi com a lei n. 2.231, de 1910, art. 31, que se dissipou toda a duvida sobre a punibilidade do jogo de bicho.

Modificações lhe trouxe o art. 15, do decr. n. 21.143, expedido pelo actual Governo Provisorio, acto esse inserto no texto, bem como decisões a respeito de algum de seus dispositivos (n. 568, XIII e XIV), da primeira tendo sido relator, e da segunda também julgador, com voto destacado para desenvolver aspecto, antes encarado de modo geral.

566. Se vulgarmente, a loteria e a rifa consistem em sorteio de premios, distinguindo-se os dois jogos em offerecer aquelle, como premio ou lucro, certa quantia em dinheiro, e este um objecto qualquer, e em operar-se aquelle sempre por meio de bilhetes numerados, que são opportunamente sorteados, e este por qualquer outra combinação; a lei citada, n. 2.321, de 1910, art. 31, inspirada ainda, como o código, na lei franceza de 21 de maio de 1836, considera indistinctamente como loteria ou rifa, em geral, “toda operação, sob qualquer que seja o processo de sorteio; a obtenção de um premio em dinheiro ou em bens moveis ou immoveis.” Reportando-se á lei franceza, e, pois, com inteira applicação do nosso direito, nota GARRAUD que “o que caracteriza, com effeito, antes de tudo, a loteria é o *meio* empregado para determinar o ganho ou a perda. Se toda a loteria constitue um jogo de azar não constitue uma loteria. O jogo de zar é aquelle cujo exito, bom ou máo, depende exclusivamente da felicidade (*chance*) dos jogadores; mas se esse resultado é realisado *por meio de sorteio*, o jogo de azar torna-se uma loteria. Pouco importa o *processo material* pelo qual a sorte foi ou será consultada; pouco importa que cada entrada dê ou não dinheiro a um valor igual; o que é prohibido é o emprego desse meio particular, dessa maneira de conhecer um resultado pelo azar, desta “maneira de eleger que a ninguem afflige”, porque dá a cada um a mesma esperanza.” Além da formula geral do art. 31, § 1.º, n. 1, a nossa lei particularisa no n. 2, um caso, que em rigor não se ajustaria naquella formula, e, por isso mesmo assinalado, entendendo o legislador que podia ser assimilado á loteria, e não se ajustaria por não se tratar de adjudicação de um ganho reservado sómente a alguns, é formado pela reunião das entradas de um grande numero de jogadores, um dos caracteristicos da loteria.

No § 2, comprehende a lei outro caso, visando especialmente o jogo do bicho, sabido como é que consiste na operação em que se faz depender da sorte a obtenção de um premio em dinheiro, sendo o processo de sorteio a extracção annexa á loteria federal, que é autorisada por lei.

No § 6 se qualifica ainda como contravenção a introducção ou venda de bilhetes de loteria ou rifa estrangeira, bem como a venda de bilhetes de loterias de concessão estadual, fóra do territorio dos Estados que tiverem feito as concessões ou contractos.

Neste ultimo caso, a contravenção só se verificará quando ficarem extinctas as loterias federaes, continuando até então em vigor a legislação vi-

gente. Para a contravenção a pena é a do n. 1 do § 4. Pelo disposto no § 3.º, não se comprehendem na qualificação de loteria ou rifa não autorisada, as operações praticadas para resgate de titulos de companhias que funcionarem de accôrdo com a lei, nem para cumprimento annual ou semestral de obrigações pelas mesmas contrahidas. Pelo decr. n. 12.475, de 23 de maio de 1917, foi permittido aos estabelecimentos commerciaes, a venda de mercadorias, bens moveis e immoveis, mediante sorteio, desde que sejam satisfeitas as exigencias determinadas no mesmo decreto.

Por se tratar mesmo de contravenção, isto é, de acto reprimido independente de effeito prejudicial, mas pela sua efficiencia corruptora ou de immoralidade para a sociedade, em geral, que vem a ser assim o sujeito passivo, “se consumma no momento em que é permittido a qualquer pessoa tomar parte na loteria (LISZT). No mesmo sentido FRÈREJOUAN DU SAINT, em face da lei franceza de 1836, dizendo que a infracção se commette desde que o projecto da loteria recebeu um começo de execução por um appello feito ao publico.

Pouco importa que os bilhetes tenham ou não sido subscriptos e que o preço tenha sido dado.” Nos termos da nossa lei, art. 31, § 1.º, bastante é uma simples operação, que constitua loteria ou rifa, para que a contravenção se considere integrada.

567. Attendendo ao processo da loteria ou rifa, diversos agentes podem intervir em sua producção, apreciando-se a sua responsabilidade destacadamente, inapplicavel sendo a doutrina da cumplicidade, sensu lato, consubstanciada nos arts. 18 e 21, por se tratar de contravenção (vid. 1.º vol., n. 118).

A lei distribue esses agentes em duas categorias distinctas, em face da efficiencia dos actos respectivos e interesse impulsionador, a saber:

I. Passiveis das penas mais graves, isto é, de prisão cellular por dois a seis mezes e multa de 500\$ a 2:000\$, além da inutilisação dos bilhetes, registros e apparatus de sorteio, e de perda em favor da Nação de todos os bens e valores sobre que versar a loteria ou rifa não autorisada:

a) os *autores*, os que preparam e formam a empreza, fornecendo os capitales, retirando os lucros, mesmo que não se colloquem á testa do jogo, fazendo explorar a empreza por outrem.

b) os *emprehendedores*, os que estabelecem ou exploram a loteria ou rifa, funcionando como *banqueiros*.

c) os *agentes*, que são os administradores das casas matrizes e gerentes das succursaes destas casas (GARRAUD, F. DU SAINT, ARMANDO VIDAL, A. DE REZENDE).

d) os que *distribuirem* ou *venderem bilhetes* ou por qualquer *outro modo* tomarem parte em qualquer operação da loteria ou rifa.

Por esta clausula ampla ficam comprehendidos, como contraventores, os individuos que por conta dos *emprehendedores* copiam listas, organisam-

nas; fazem a chamada *apuração*, com a organização dos *mappas*, contendo a relação de todos os *jogos feitos*, para ser effectuado o pagamento aos que *acertaram*; os que effectuam o pagamento; os que fornecem aos jogadores material de escripta, e instrucções para a organização das *listas de jogo*, etc. (ARMANDO VIDAL).

e) os que *promoverem o curso ou extracção* da loteria ou rifa.

II. Passiveis da multa de 200\$ a 500\$000:

a) os que intervierem na loteria ou rifa *sómente com o intuito de obter o premio prometido*. São os *jogadores*, os que *compram o jogo*.

b) os *gerentes ou administradores de jornaes ou officinas typographicas*, os *impressores de listas avulsas*, e os que por *qualquer outra forma publicarem* ou fizerem publicar programmas e avisos de loterias ou rifas, não permittidas, resultados de sua extracção ou logares onde se realisam as respectivas operações. As penas estabelecidas para essas duas classes de agentes serão applicadas em dobro, no caso de reincidencia. Na conformidade do que estatue o art. 60 da lei n. 4.440, de 31 de dezembro de 1921, na repressão se applica tambem o disposto na parte final da alinea do art. 369 do codigo penal.

## 568 JURISPRUDÊNCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. O denominado jogo de bicho é contravenção punida pelo art. 367 do codigo penal (*Accords. de 12 de maio de 1905, de 30 de janeiro de 1907, de 23 de setembro de 1908, de 25 de setembro de 1913*).

II. A casa onde se consumma a infracção do *jogo do bicho*, embora não tenha todos os caracteristicos inherentes ás casas de *tavolagem*, propriamente ditas, contudo lhes é semelhante. Assim, póde a autoridade policial penetrar nella sem licença, estando aberta, e proceder á busca (*Accord. de 30 de janeiro de 1907, confirmando decisão do Juiz da comarca de Porto Alegre*).

III. Satisfaz as exigencias legais, valendo como auto de corpo de delicto, na contravenção do denominado jogo do bicho, o laudo do exame das *listas, mappas, etc.*, apprehendidas, lavrado pelos peritos nomeados pela autoridade processante (*Accords. nos habeas-corporus ns. 8.875, 9.310, 9.330, 9.463, 9.536 e 9.543 de 1923*).

### DISTRICTO FEDERAL

IV. O jogo do gicho acha-se comprehendido na contravenção de loteria ou rifa prohibida (*Accords. da Camara Criminal do Trib. Civil e Crimi-*

nal, de 16 de junho de 1900 e de 15 de junho de 1904, do Cons. Supremo da Côte de Appellação, de 26 de agosto de 1908, da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, n. 906, de 1914, ns. 1.194 e 1.366 de 1915).

V. Os dados probantes colligidos no feito apenas fazem suppôr que o réo pretendia comprar o jogo do bicho, não tendo realisado o seu intento por circumstancias independentes de sua vontade. Trata-se, portanto, de uma simples tentativa, e sabido é que, em materia de contravenção, só se pune a infracção consummada, como está expresso no art. 16 do nosso código penal (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 14 de outubro de 1922*).

VI. Os agentes, vendedores ou banqueiros de rifas ou loterias não autorizadas, como é o jogo chamado dos *bichos*, enquanto não cessam a sua actividade criminosa, são considerados em permanente estado de flagrancia (*Accord. da mesma Camara, confirmando decisão do Juiz da 2.<sup>a</sup> Pretoria Criminal*).

VII. Em certos crimes, como por exemplo no do homicidio, em que é impossivel fazer acompanhar o processo da prova material do crime, do corpo de delicto ou conjuncto dos elementos materiaes da infracção commetida, procede-se ao competente exame do elemento material do crime afim de, a todo o tempo, se provar a materialidade da infracção, e esse é o *exame de corpo de delicto*. Desde que, porém, é possivel o processo offerecer o proprio corpo de delicto, o exame nada mais é do que um esclarecimento util ao julgador, e nada mais do que isso; assim são aquelles exames que se fazem nos instrumentos do crime, no local do delicto, etc. Esse exame, porém, não é formalidade cuja omissão ou nullidade acarreta a do processo. As listas, mappas, etc., constituindo o proprio corpo de delicto da contravenção do jogo do bicho, improcede, pois, a allegação quanto á nullidade que decorre da sua pretetndida ausencia pela imprestabilidade do-laudo de exame (*mesma decisão*).

VIII O simples facto de serem encontradas em poder de alguém listas e documentos de jogo, não basta para autorisar imposição de pena, porque essa circumstancia sómente méras presumpções pode gerar (*Acc. da 3.<sup>a</sup> Cam. da Côte de App., de 3 de agosto de 1918*).

IX. Não faz prova sufficiente para condemnar a declaração das testemunhas do auto de prisão em flagrante de que o accusado agenciava o jogo dos bichos, sem referirem qualquer acto praticado pelo mesmo accusado como vendedor, agenciador ou banqueiro do referido jogo. A simples posse das listas não basta para deterrinar a condemnação como contraventor (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côte de App., de 12 de junho de 1928*).



X. Segundo dizem as testemunhas, o appellado, no momento em que foi preso, estava parado, inactivo, no cruzamento das ruas General Sampaio e General Gurjão e só mediante revista passada pela autoridade foram achadas em seu poder, em um dos bolsos da calça, as relações de pagamento de apostas do jogo, que instruem o processo. Dois actos illegaes foram assim praticados por deliberação da autoridade que dirigia a diligencia: a prisão sem que o appellado se mostrasse na pratica da contravenção e a revista passada, estando elle nessa situação. Taes actos, violentos e arbitrarios, depondo, como depõem, contra a autoridade que as praticou e seus auxiliares — unicas pessoas inquiridas no processo — demonstrando a sua inidoneidade, como testemunhas, pelo seu incorrecto procedimento revelado, não podem conduzir á condemnação, desacompanhadas como estão de qualquer elemento elucidativo de prova contra o appellado (*Acc. da 1.ª Cam. da Côte de App., de 19 de junho de 1928*).

XI. As autoridades policiaes praticam violencia quando revistam o cidadão em procura de provas da contravenção definida na lei n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910 e, como tem decidido esta Camara, as autoridades que taes violencias praticam são inidoneas para depôr como testemunhas, não podendo as suas declarações servir de prova contra o accusado, desacompanhadas de qualquer elemento elucidativo (*Acc. da 1.ª Cam. da Côte de App., de 26 de junho de 1928*).

XII. Absolve-se o accusado porque as testemunhas não dizem em que operação do denominado jogo do bicho tomava parte o appellante, referindo apenas vagamente que elle agenciava, sem indicar junto a que pessoas exercia elle essa actividade. As mesmas testemunhas affirmam terem sido as copias junto aos autos encontradas nos bolsos do appellante, onde foram apprehendidas, o que desde logo torna patente a pratica de uma violencia, já por vezes condemnada por esta Côte, em decisões repetidas. Além disso, semelhante procedimento retrata os seus autores como ignorando dos seus deveres, tirando-lhes a fé que precisam merecer como testemunhas (*Acc. da 1.ª Cam. da Côte de App., de 4 de janeiro de 1929*).

XIII. O appellante foi preso e autuado em flagrante, como contraven-tor, na conformidade do art. 15, § 1.º, letra *a* do dec. n. 21.143, de 10 de março do corrente anno, e pelas declarações das testemunhas inquiridas, constantes do auto, se vê que fôra encontrado, quando acabava de receber, de um individuo que logrou fugir, uma lista do jogo do bicho, acompanhada da quantia de tres mil réis, correspondente á sua aposta, sendo, então, preso pelo commissario, que lhe apprehendeu esses objectos, bem como 41 listas do mesmo jogo, atrás da porta, junto da qual se achava o appellante.

Essa narração encontra apoio no auto de apprehensão e no exame pericial procedido nas listas, reconhecidas pelos peritos como destinadas ao alludido jogo. Pelo officio de fls. 22, o appellante não tem antecedentes judi-

ciarios, e em sua defesa, diz não ser contraventor, admittida como provada a materialidade da contravenção, quando muito podia ser considerado como “vendedor” do jogo, e não como “banqueiro”, como foi classificado, sabido que nenhum banqueiro ou empresario do jogo vem para as ruas apanhar de “compradores” as listas de apostas, e no caso nem comprador apparece. Ouvidas as duas testemunhas que apresentou para prova de defesa, foi proferida a sentença, que condemnou o appellante, segundo o dispositivo impugnado, como banqueiro do jogo do bicho.

A these formulada pela sentença, em face do facto questionado, foi esta: — provado que o réo vendeu jogo prohibido, e por “conta propria”, de vez que “não ha nos autos a mais ligeira allusão ao banqueiro ou reprehendedor do jogo por elle vendido”, a sua situação se determinava: ou a destruição total da prova accusatoria, e neste caso a sua absolvição seria acto de justiça; ou parcial, demonstrando a sua qualidade de méro agenciador do jogo e fatal seria a desclassificação do seu acto ante-social para á hypothese mais benevola. A sentença parte assim, e para effeito penal, de uma presumpção, por isso que tem como certo que o réo vendera o jogo, por conta propria, porque não ha nos autos a mais ligeira allusão do banqueiro ou reprehendedor do jogo por elle vendido, e como essa presumpção não foi illidida, foi imposta condemnação mais gravosa.

Viola-se dest’arte o que ha de mais assegurado da liberdade individual, e que o nosso Codigo Penal, em seu art. 67, reduziu a este incisivo preceito: “Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará logar á imposição de pena.”

Depois, faz reverter ao réo o onus da prova de elemento essencial da contravenção: a sua qualidade de méro preposto, vendedor do jogo, “para obter pena mais mitigada..”

Ora, é principio tambem assento em processualistica penal que á accusação cabe o onus da prova, porque a lei presume a innocencia e a bôa fé nas acções humanas.

A’ accusação cabe a prova “plena” e “completa” da infracção arguida, em todos os seus elementos constitutivos, moraes e materiaes, e de ser imputavel ao réo, physica e moralmente. Desde que semelhante prova não é offerecida, prevalece a presumpção da innocencia, e o réo deve ser absolvido.

Rememoradas essas normas, cumpre verificar se a figura de participante, como banqueiro ou reprehendedor, caracterizada pela doutrina e admittida pela lei, foi realmente assumida pelo appellante.

Creação indigena, no tocante ao seu mecanismo, o “jogo do bicho” teve a sua qualificação posta fóra de toda a duvida, como loteria clandestina, que corre annexa á loteria autorisada, pela lei n. 2.321, de 1910, que em diversos pontos, especialmente na determinação dos agentes da contravenção, cingiu-se á lei franceza de 21 de maio de 1896, donde a relevancia, para a devida elucidação, dos subsidios que ministram a jurisprudencia e autores francezes.

No que toca aos agentes desse nefasto jogo, ponto que cumpre apreciar particularmente, sobresae, como um dos principaes o “emprehendedor ou banqueiro”, destacado como tal, pela efficiencia dos actos respectivos e interesse impulsionador, e, por isso, passivel de penalidade mais grave.

E’ o organisador do jogo, o responsavel pelo sorteio, ou o individuo que estabelece, mantêm e explora a loteria prohibida, assim provendo as necessidades de sua administração. (GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE, etc.).

Dados o capital e credito que dispõe, e, de outro lado, para a maior ampliação da exploração do jogo, cujo mecanismo requer diversas actividades, serve-se, por isso, de diversos prepostos, como o distribuidor ou vendedor do jogo, que entrando em contacto directo com o publico, é por isso mesmo, o que mais frequentemente cae nas malhas da policia; o “copista” ou organisador de listas, os que fazem a chamada “apuração”, etc. Dada a sua situação, agindo por de trás de seus prepostos, dahi por que o banqueiro se põe a salvo da repressão penal, que, entretanto, lhe devia attingir principalmente, impunidade que não teria essa latitude, se a policia, mediante orientada investigação, agisse, como lhe permite a lei, por portaria, instaurado o devido processo. O vicio teria estancado na sua fonte principal, se houvesse suppressão absoluta das loterias.

As falhas notadas não autorisam, é bem de ver, ir ao arbitrio, imperativo sendo que não se pôde punir senão deante de prova das acções praticadas, previamente qualificadas pela lei. O art. 1.º do Codice Penal, estatuindo que — “ninguem poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, nem com penas que não estejam préviamente estabelecidas” — crystalisou nesses preceitos os canones fundamentaes do direito penal moderno “nullum crimen sine lege”, “nulla poena sine lege”, “nulla poena sine crime” como o preceito constitucional do art. 72, § 15 — “que ninguem será sentenciado senão por autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada” — encerra providencia maxima asseguradora da liberdade individual.

Apreciando o que foi colhido no processo, duvida alguma pode pairar que a contravenção imputada ao réo, em sua materialidade, está devidamente provada, em face das listas apprehendidas, cuja natureza e destinação o exame pericial põe em relevo e pelos informes das testemunhas. Duvida tambem não ha quanto á participação do appellante da contravenção, em face do que declaram as testemunhas, no auto de prisão em flagrante, corroboradas pelo conductor e apprehensão das listas e exame destas, e em diversos pontos pelas testemunhas de defesa. Essa participação é a do méro “vendedor” do jogo e nada mais. Assim, se o individuo só pode ser punido pelo que realmente fez, pela acção commetida, devidamente constatada, o réo é passivel da pena imposta ao vendedor do jogo prohibido (*Accord. da 1.ª Camara da Côte de Appelação, de 18 de julho de 1932*).

XIV. A situação do requerente, que foi processado, desde o inicio, e condemnado como incurso na letra b do decr. n. 2.321, de 30 de dezembro

de 1910, por vender apostas do “jogo do bicho” é identica á situação, prevista na letra *b* do decr. n. 21.143, de 10 de março de 1932 — e excluído, lá, da situação de autor, emprehendedor ou agente da letra *a* e, aqui, da situação de *emprehendedor* ou *banqueiro*.

A penalidade prescripta na actual letra *b* é mais branda que a anterior, e, assim, na forma do paragrapho unico do art. 3.º do Codigo Penal, e em face do seu requerimento, lhe cabe a applicação da lei nova:

Accórdão os Juizes da Primeira Camara da Côrte de Appelação deferir o pedido para reduzir, como reduzem, a penalidade imposta a F. a trinta dias de prisão cellular, convertida em prisão com trabalho e multa de um conto de réis Rs. 1:000\$000, gráu maximo da penalidade prevista na letra *b* (§ 1.º) do art: 15 do decr. n. 21.143, de 10 de março de 1932, combinado com o disposto no § 2.º. Custas “ex-lege”. Rio de Janeiro, 4 de agosto de 1932. — *Cesario Pereira*, Presidente. — *Francisco Cesario Alvim*. — *Moraes Sarmento*. — *Galdino Siqueira*. — Outra solução não podia ser dada ao caso senão a do accórdão. Pretender o contrario, erigindo o agente da contravenção em *banqueiro*, porque encontrado com instrumento ou apparelho do jogo (duas listas), muito embora agindo no sentido da venda, e, assim, negar-se-lhe a mitigação da pena, trazida pela nova lei para o vendedor, eis que não provou *vender por conta de banqueiro certo*, é o que não se compadece com as normas do direito. Primeiramente não ha que discutir se o réo é *vendedor* ou *banqueiro*, desde que condemnado por accórdão de fls. 57, como *vendedor*; depois, na nova lei, os agentes da contravenção têm a mesma caracterização da que vinha sendo admittida, firmada pela doutrina e jurisprudencia, o que resalta desde logo da ausencia de norma definidora em contrario. .

Em accórdão de 18 do mez de julho p. findo, em feito onde era appellante F. e appellada a Justiça, e de que fui relator, foi apreciado o caso em face da nova lei, mostrando-se que era contravir normas elementares de lei substantiva e processualistica condemnar alguém como banqueiro, por presumpção, por não ter o agente provado vender por conta de outrem, precisamente delatado, e invertendo posições, impôr ao accusado o onus da prova.

Salientado foi que, quanto ao *mechanismo*, o jogo do bicho era uma criação indigena, e *juridicamente*, era uma loteria clandestina que corre annexa a uma loteria autorisada.

Neste ultimo aspecto, para a exacta determinação de seus agentes, era de approximar a nossa lei de sua fonte, incontestavelmente a lei franceza de 21 de maio de 1836, e naturalmente recorrer aos seus mais autorizados interpretes, como GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE, FREREJOUAN, SAINT, etc., e outra orientação não era apontada pela hermeneutica, e por isso, seguida pelos nossos autores e julgados dos tribunaes. A citada lei franceza visou esclarecer o dispositivo do art. 410 do *Code pénal*, de sorte a tornar certo que punivel era não só quem tivesse estabelecimento para o jogo ou se entregasse a uma serie de suas operações, como tambem quem praticasse uma

única operação (GARRAUD, *Tr. de Droit Pénal*, n. 2.410, CHAUVEAU e HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, vol. V, ps. 416 e 417). A definição que dá da loteria prohibida, em seu art. 2, foi reproduzida pela nossa lei n. 1.099, de 18 de setembro de 1860, por sua vez reproduzida no art. 367 do vigente Código Penal. No art. 4, § 1.º discrimina a lei franceza, como agentes principaes do delicto, “*les auteurs, entrepreneurs ou agents des loteries françaises ou étrangères, ou des opérations qui leur sont assimilées.*”

No § 2.º, considera como agentes secundarios, além dos cumplices do art. 60 do *Code Pénal*: “*Ceux qui auront colporté ou distribué les billets, ceux qui, par des avis, annonces, affiches, ou par tout autre moyen de publication, auront fait connaître l'existence des loteries, ou facilité l'émission des billets*”, agentes estes punidos com pena inferior á da participação directa na organização da loteria.

Conceituando os agentes principaes, diz GARRAUD:

“*Ainsi, tout d'abord, ce ne sont pas seulement les entrepreneurs, ceux que ont établi ou tenu des loteries, et leurs agents, c'est-à-dire les administrateurs et les préposés, que la loi de 1836 déclare punissables; plus extensive, dans ses prévisions, que l'article 410 du Code Pénal, elle punit les auteurs, c'est-à-dire ceux qui ont préparé et formé l'entreprise, lors même qu'ils la feraient exploiter par autrui*” (obr. cit., vol. 6, n. 2.415).

No mesmo sentido CHAUVEAU e HÉLIE, obr. cit., pag. 418.

A nossa lei n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910, visando derimir as duvidas reinantes sobre a incriminação do jogo do bicho, conceituou o que fosse loteria prohibida ou rifa, deixando claro se comprehender na qualificação “*qualquer loteria ou rifa que corresse annexa a outra loteria autorizada*” (art. 31, §§ 1.º e 3.º), e, assim, se incluindo o jogo do bicho

Discriminando os contraventores em duas cathogorias, a primeira com penas mais graves, de prisão e de multa, e a segunda com a de multa apenas, reproduz textualmente o § 1.º, do art. 4.º, da citada lei franceza, considerando, em primeiro logar, como uns dos principaes contraventores: “*Os autores, emprehendedores ou agentes de loterias ou rifas*” (art. 31, § 4.º).

Buscando nos autores francezes a conceituação de cada um desses infractores e reproduzindo a feita por GARRAUD, acima citada, diz ARMANDO VIDAL:

“O jogo do bicho, como todos o sabem, não é uma loteria explorada por uma empreza. Centenas de individuos o exploram, funcionando como “banqueiros”. Como tal são *emprehendedores da loteria*.

“Se, porém, em vez de collocar-se á testa do jogo, o explorador monta o estabelecimento, “prepara e forma a empresa”, fornece os capitaes, retira os lucros, fazendo no emtanto exploral-os por outrem, é elle, como mostra GARRAUD, o *autor da loteria*. *Agentes* serão os administradores das casas matrizes e gerentes das succursaes destas casas. Os demais prepostos, taes como os vendedores da

loteria, os pagadores dos premios, os conferentes das listas, etc., estão comprehendidos no grupo de contraventores enumerados na letra *b* do art. 31, § 4.º, da lei (*Annaes da Conferencia Judiciario-Policial*, these V, vol. I, pag. 239). ”

Tambem ASTOLPHO DE REZENDE, citando GARRAUD, CHAUVEAU e HÉLIE, FREREJOUAN, SAINT, conceitua os *autores, emprehendedores e agentes* da contravenção, como fazem esses tratadistas, accentuando, pelo que toca á responsabilidade:

“Todos esses individuos são *solidariamente responsaveis*, e punidos com penas iguaes, porque qualquer delles, figurando como autor, emprehendedor ou agente, conjunta ou separadamente, está *nessa qualidade*, praticando uma contravenção. Dá-se aqui a figura de *autoria collateral*, segundo a phrase feliz de VON LISZT, *Tr. de Direito Penal*, vol. I, pag. 362, IV (*Os processos por jogo do bicho*, na *Revista de Direito*, vol. 10, pag. 465). ”

O vigente decreto n. 21.143, de 10 de março deste anno, não trouxe nenhuma innovação a respeito da conceituação dos contraventores, apenas discriminando como principaes os *emprehendedores ou banqueiros*, termos que, antes, na doutrina e na pratica, já eram considerados como equipollentes (art. 15, § 1.º, letra *a*), e como infractores secundarios:

- b) os que comprarem, distribuirem ou venderem os bilhetes ou papeis;
- c) os que directa ou indirectamente promoverem ou facilitarem o seu curso.

Nesta clausula ampla se comprehendem todos os mais infractores não discriminados, clausula ampla tambem existente na lei anterior, *in verbis*: “por qualquer outro modo tomarem parte em qualquer operação de taes loterias (art. 31, § 4.º, I, B). ”

Por considerar de mór efficiencia na contravenção, pune os emprehendedores ou banqueiros, no gráo maximo, com as penas de prisão por um anno e multa de 50 contos.

Esta pena elevadissima de multa já mostra que não se pode arvorar em banqueiro, como pretende a accusação, e o que, mais é, por presumpção e inversão do onus da prova, qualquer vendedor do jogo, esses que ordinariamente são colhidos nas malhas da policia, e que usufruem determinada percentagem ou têm pingues salarios. Seria simplesmente uma irrisão estabelecer a lei tal multa para os que *a priori* não podem pagal-a. Visando a situação e participação desses vendedores, a lei os pune distinctamente, com penas muito menores (prisão por 10 a 30 dias e multa de 200\$ a 1:000\$000).

Na verdade, não se compadece com o direito moderno, pretender a condemnación, maximé mais gravosa, por presumpção e collocar o accusadó,

para della escapar, na contingencia de confessar sua participação na contra-venção, como vendedor, e delatar quem seja o banqueiro, ou que “*é simples vendedor por conta de banqueiro certo.*” A delação vem a ser consagrada como muito legitima, muito moral, e tem como premio uma minoração de pena!

Em summa, mantida a conceituação tradicional, firmada pela doutrina e pela jurisprudencia, do que seja *emprehendedor* ou *banqueiro*, este é o que estabelece ou explora o jogo, assim fornecendo capitaes, retirando lucros.

Nessa situação, e conforme o desenvolvimento ou extensão de sua industria, serve-se de prepostos, que são os *agentes* ou administradores da casa matriz e gerentes das succursaes, os *vendedores* do jogo, os *distribuidores*, os *organiadores de listas*, os *conferentes* ou *apuradores* destas, os *encarregados do pagamento dos premios*, etc., comprehendidos nas letras *b* e *c* do § 1.º do art. 15, da nova lei ou decreto. .

Não havendo no processo prova de que o réo seja banqueiro ou emprehendedor do jogo, e pela colhida só podendo ser considerado como simples *vendedor*, bem decidiram o accórdão de fls. 57, punindo-o, como tal, e o actual applicando-lhe, mediante pedido seu, a pena mais mitigada da lei nova, no gráo correspondente ao firmado na anterior decisão.

## CAPITULO III

### DO JOGO E APOSTAS

Art. 369. Ter casa de tavolagem, onde habitualmente se reunam pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar, ou estabelecel-os em logar frequentado pelo publico:

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes; de perda para a fazenda publica de todos os apparatus e instrumentos de jogo, dos utensilios, moveis e decorações da sala de jogo, e multa de 200\$000 a 500\$000.

Parapho unico. Incorrerão na pena de multa de 50\$000 a 100\$000 os individuos que forem achados jogando.

Art. 370. Consideram-se jogos de azar aquelles em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte:

Parapho unico. Não se comprehendem na prohibição dos jogos de azar as apostas de corridas a pé ou a cavallo, ou outras semelhantes.

Art. 371. Jogar com menores de 21 annos ou excital-os a jogarem:

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 50\$000 a 100\$000.

Art. 372. Usar de violencia para constringer alguém a jogar, ou manter jogo:

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 200\$000, além das mais em que incorrer pela violencia.

Art. 373. Usar de meios fraudulentos para assegurar a sorte no jogo ou o ganho na aposta:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 374. Será julgado e punido como vadio todo aquelle que se sustentar de jogo, além de incorrer na pena do paragrapho unico do art. 369.

#### LEI N. 628, DE 28 DE OUTUBRO DE 1899

Art. 4.º Todo o logar em que é permittido o accesso de qualquer pessoa, mediante pagamento de entrada ou sem ella, para o fim de jogo, é considerado logar frequentado pelo publico para o effeito da lei penal.

#### DECR. N. 3.987, DE 2 DE JANEIRO DE 1920

Art. 14 Aos clubs e casinos das estações balnearias, thermaes e climatericas, poderá ser concedida autorisação temporaria para a realisação dos jogos de azar em locaes proprios e separados, mediante as seguintes condições:

§ 1.º Prévia licença da autoridade respectiva;

§ 2.º Na autorisação deverão ser discriminados o prazo da concessão, a natureza dos jogos de azar permittidos, as medidas de localisação por parte dos agentes da autoridade, condições de admissão nas salas de jogo, as horas da abertura e encerramento, o imposto de 4 % sobre as quantias em gyro nos jogos autorisados e a maneira de cobral-o;

§ 3.º Nas salas de jogo só poderão ter entrada pessoas maiores;

§ 4.º A autorisação poderá ser cassada em caso de inobservancia das clausulas preestabelecidas, a pedido justificado do Conselho Municipal, ou quando assim o entender o poder publico, sem que aos concessionarios assista direito a qualquer indemnisação;

§ 5.º Cada club ou casino que obtiver autorisação, seja ou não organizado em sociedade, terá como responsaveis um gerente e um director;



§ 6.º Uma vez licenciados e sujeitos ao imposto de 4 % referido, os clubs e casinos poderão funcionar sem que incidam nas disposições das leis penaes relativas ao jogo.

LEI N. 4.440, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1921

Art. 59. As autorisações para a exploração de jogos de azar a que se refere o art. 14 do decr. n. 3.897, de 2 de janeiro de 1920, só poderão ser concedidas a partir de 31 de dezembro de 1921, aos clubs e casinos das estações hydromineraes e thermaes do interior do paiz, frequentadas em periodos limitados do anno, para o uso de aguas medicinaes e afastadas dos grandes centros de população.

§ 1.º As concessões dadas que contrariam este artigo, são consideradas de nenhum effeito da data de 31 de dezembro de 1921, e sem direito a qualquer indemnisação nos termos do § 4.º do art. do decr. n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920.

DECR. N. 17.943 — A, DE 12 DE OUTUBRO DE 1927

CODIGO DE MENORES

Art. 143. Permittir que menor de 18 annos, sujeito a seu poder ou confiado á sua guarda ou a seu cuidado:

a) frequente casa de jogo prohibido ou mal afamada, ou ande em companhia de gente viciosa ou de má vida...

.....  
Pena — de prisão celular de quinze dias a dois mezes, ou multa de 20\$000 a 200\$000, ou ambas.

569. Está no conhecimento de todos os males sensiveis que advem do uso abusivo do jogo, quando convertido em instrumento de ganho ou meio de vida. Distrahindo dos trabalhos necessarios, dos quaes separa a idéa do ganho, para ligal-a a factos aleatorios, assim favorece a ociosidade, e com esta todos os vicios, levando frequentemente ao crime, quando dissipados os bens, nos lances feitos, outros não possui o jogador, e ao suicidio, se o fundo honesto afasta-o do maleficio.

Fonte copiosa assim da corrupção dos bons costumes, e da criminalidade, dahi porque a sua repressão se encontra em todas as legislações, desde as mais antigas, e supprindo sua inefficacia, o emprego de meios que, pelo menos, attenuem os perniciosos effeitos desse verdadeiro flagello. Mas não é todo jogo que causa taes males, e, pois, a repressão encontra uma natural limitação.

Excluem-se os jogos que dependem da força ou da habilidade ou calculo, por isso denominados *jogos de arte* ou de *habilidade*, como o jogo da pella, da bola, o xadrez, o de damas, etc. Têm sido reprimidos os *jogos de*

*azar* ou *da fortuna*, e quanto á sua caracterisação, scindem-se as legislações em tres systemas: umas fazem a enumeração dos jogos como taes considerados ou prohibidos, como a ingleza; outras definem, com mais ou menos amplitude o que sejam jogos de azar, como os cods. italianos, art. 487, hungaro, art. 91, tessino, art. 195, o nosso vigente, art. 370, etc.; outras não trazem enumeração, nem definição, como o cod. francez, art. 410, hespanhol, liv. II, t. VI, o nosso, de 1830, art. 281, etc., deixando á jurisprudencia elucidar o assumpto.

Por esses systemas, o jogo de azar, em conceito restricto, é aquelle em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte (nosso código, art. 370), ou, mais amplamente, comprehendendo os jogos mixtos, isto é, aquelles em que o ganho ou a perda depende exclusivamente ou quasi exclusivamente de sorte (código italiano, art. 487, etc.). Em França, a Côte de Cassação adoptou o primeiro criterio até 1877, e dahi em diante o segundo (BLANCHE, GARRAUD). Diversificam ainda as legislações, em que umas punem tanto os simples jogadores, como os que do jogo fazem profissão (cods. allemão, arts. 284 e 285, austriaco, art. 522, hungaro, arts. 87 e 88, hollandez, arts. 456 e 457, italiano, art. 485, o nosso vigente, etc.); outras só punem a segunda categoria de jogadores, como as legislações franceza, belga, o nosso anterior código, etc.

570. O código torna equipollentes o *jogo* e a *aposta* para a repressão. Extremando-os, em concisas definições, diz CLOVIS BEVILAQUA que, juridicamente apreciado, “o *jogo* é o contracto aleatorio em que duas ou mais pessoas promettem certa somma áquella, dentre as contrahentes, a quem fôr favoravel certo azar.

*Aposta* é o contracto, igualmente aleatorio, em que duas ou mais pessoas de opinião differente, sobre qualquer assumpto, concordam em perder certa somma em favor daquella, dentre as contrahentes, cuja opinião se verificar ser a verdadeira.”

Para a punição, preciso é que a aposta se confunda com o jogo de azar, ou o disfarce. Adoptando o criterio restricto (vid. n. 569), o código só considera jogo de azar “aquelle em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte”, excluindo expressamente dessa categoria “as apostas de corridas a pẽ ou a cavallo, ou outras semelhantes (art. 370).

Como bem pondera LACERDA DE ALMEIDA, referindo-se especialmente ás corridas de cavallos, “a permissão e legalidade das corridas entende-se entre os donos ou interessados nos cavallos, pois a razão da legalidade de taes jogos é a animação que convem dar ao melhoramento da raça cavallar; o jogo entre os espectadores, que não raro assume proporções assombrosas, é uma verdadeira immoralidade, que a lei não póde sancionar.”

Entretanto, é o que se vê como pratica licita.

A jurisprudencia, porém, tem considerado jogo de azar as apostas feitas nos book-makers, sobre corridas a cavallo, e considerado os estabelecimentos desses, casas de tavolagem.

571. O critério da exclusividade adoptado pelo nosso código para qualificar o jogo de azar, embora restricto, é simples e não deixa tanto arbitrio, como o do *predomínio*, adoptado pelo código italiano e pela jurisprudencia franceza, segundo o qual, como nota GARRAUD, “os tribunaes são chamados a examinar e analysar as regras do jogo, para fazer uma sorte de ventilação do que é devido ás combinações da intelligencia e do que é devido ao acaso”. Entretanto, os tribunaes e juizes devem apreciar a natureza do jogo, em questão, cuja descripção no processo se torna necessaria, em se tratando de especie nova e desconhecida. Em obras especiaes se encontra a descripção dos jogos prohibidos, como em BONNEVEINE, *Academie des jeux* e outros. Com applicação á nossa legislação, e reportando-se a FRÈRE JUAN e á decisões judiciarias, faz ARMANDO VIDAL a seguinte enumeração de jogos prohibidos: les petits chevaux; a roleta e as diversas combinações ás quaes esta serve de base; o lansquenet; o trente et quarente; o trente en un; os dados, seja de passe dix, la raffle, le creps, l’oie e outras variedades; le derby steeple-chase; le pharaon; o loto ou vispora; o biribi ou biribisso; a bassette, a barbaccle, a hoca, variedades do pharaon; a campista; a vermelhinha; o monte; o jaburú; o pinguelin; a machina fichet la petite-roulette; o negocio de book-makers; o dominó; as loterias ou rifas não autorisadas; as machinas “caça-nikeis”; o caipira; a ronda. Consideram-se permittidos, por não serem exclusivamente de azar, os seguintes jogos: xadrez; damas; bilhar; boston; poker; solo; bridge; voltarete; whist; bouillote; manilha; sete e meio; brellan; baccará (double tableau); l’ecarté; o piquet; o besigue; la bête ombré; la mouche; o tric-trac; le jeu de paume; le jeu de bouchon; le palet; le jeu de boules; le jeu de quilles; as apostas de corrida a pé ou a cavallo ou outras semelhantes; os jogos sportivos, como o foot-ball, o lawn-tennis, cricket, regatas, tiro ao alvo, natação, etc.

572. Apreciemos a contravenção do art. 369 filiando o dispositivo ás suas fontes. A Ord., liv. V, t. 82, § 4.º, punia com a multa de 50 crusados e degredo por 10 annos para o Brasil, e sendo peão, mais cem açoutes, “aquelle que *levasse dinheiro de tabolagem*, por jogarem em sua casa”, determinando aos julgadores “tirassem devassa dos que *dessem tabolagem*”. CANDIDO MENDES commentando esse texto, explica que *dinheiro de tabolagem* é o premio que cobram os donos de casas de jogo, vulgarmente chamado — *barato*, dos que frequentam essas casa e jogam; que *dar tabolagem* é ter casa de jogo, assim chamada da palavra *tabola*, peça redonda de osso, marfim, ou madeira, que se usa nos jogos de gamão, damas, etc., e que outr’ora essas casas abriam-se sob o pretexto de taes jogos, que eram permittidos e autorisados”. O nosso código criminal, de 1830, mantendo essa orientação, limitando, porém, o conceito, punia com prisão por 15 a 60 dias, e multa correspondente á metade do tempo, “ter casa *publica* de tabolagem para jogos que forem prohibidos pelas posturas das camaras municipaes”.

O aviso de 13 de janeiro de 1875 approvou uma postura da Camara Municipal da Côte, em que se fixa o sentido penal, postura assim concebida:

1º. São prohibidos, em casa publica de tabolagem, todos os jogos de parada ou aposta, por meio de cartas, dados, roleta, ou qualquer outro aparelho, destinado ao mesmo fim; 2º. Considerar-se-ha jogo em casa publica de tabolagem, o que tiver logar em casas, cujos donos, locatarios, ou emprezarios percebam dos jogadores qualquer interesse ; o que tiver logar em casas de meretrizes, em casas de bailes, ou reuniões publicas, hotéis, botequins e baracas, armazens, tabernas, cortiços e outros logares que estão no mesmo caso. Pelo aviso de 11 de abril de 1876 expedido em virtude de duvidas do chefe de policia da Côrte, se declarou que a mencionada postura devia ser entendida de accordo com a generica disposição do art. 281 do codigo criminal, a qual indicando os caracteristicos da casa de tabolagem, não distinguuiu a qualidade do interesse auferido pelo dono, locatario ou emprezario”.

O codigo vigente, tirando á autoridade administrativa o arbitrio de qualificar o objecto da infracção, no que andou bem avisado, definindo o que se deva entender por jogos prohibidos, trouxe á contravenção do anterior codigo, que contemplou no art. 369, juntamente com outra hypothese, modificações apreciaveis.

Mostrando a orientação que presidiu á elaboração desse dispositivo, e que veio romper a tradição de nosso direito, sem que se apercebesse, seguindo autores estrangeiros, diz o autor do codigo: “hoje, como *dantes*, a tavolagem se caracteriza por um extremo elementar. Dar tavolagem ou ter casa de tavolagem significa o mesmo que admittir 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 (DALLGZ, *Rép.*, verb. *jeu e pari*).

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 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 pullula, as casas particulares, que não reúnem as condições de tavolagem, cahem debaixo da acção penal.”

573. Assim, para o codigo vigente, para constituir casa de tavolagem não é necessario que se trate de casa publica, como hotéis, botequins, etc., segundo preceituava o anterior codigo, pois uma casa particular póde assumir tambem esse caracter; tampouco, é necessario que se verifique a percentagem geral sobre o lucro da banca, que o banqueiro paga á casa, como *tavolagem*, como contribuição para sua manutenção e gastos, ou se tratando de jogó pequeno, o *barato*, isto é um tanto tirado do lucro que a banca tem nos lances em que ganha, requisito que assignalou antes, o objecto; a casa de tavolagem se caracteriza desde que ahi sejam admittidas indistinctamente pessoas para jogar jogos prohibidos, e desde que a reunião para tal fim se faça habitualmente, ou com permanencia.

E' com essa reiteração que se facilita o desenvolvimento do jogo, que a lei quiz evitar especialmente. Não é necessario, nota GARRAUD, que a casa, isto é, o estabelecimento fixo, seja especialmente destinada á exploração do jogo de azar, já porque não o exige a lei, já porque tal exploração pôde ter logar mesmo quando o estabelecimento não seja organizado exclusivamente para esse uso, o que se vê frequentemente, dando-se apparencia de fim licito, para na realidade explorar o jogo. Depois, *ter* casa de tavolagem não é o mesmo que *exploral-a*, e sim simplesmente franquear a casa a pessoas quaesquer para jogarem jogos prohibidos, não exigindo ainda a lei determinado proveito pecuniario por parte do contraventor. Se é exacto que a lei estabelece, além das penas de prisão e de multa, a do confisco, para a fazenda publica, "de todos os apparatus e instrumentos de jogo, dos utensilios, moveis e decoração da sala de jogo", suppondo assim a casa de jogo como um estabelecimento especial, provido de taes objectos, notam CHAUVEAU e HÉLIE, estes differentes elementos não são todos igualmente essenciaes á existencia da casa; a lei suppõe que a casa teria aquelles elementos, mas não ligou a estas circumstancias accessorias a existencia do delicto. O confisco, neste caso, nota GARRAUD, tem por fim prevenir a renovação do factio delictuoso.

Dahi por que deve versar exclusivamente sobre objectos, que sirvam de meio ao jogo, ou constituam um accessorio da sala de jogo, guarnecendo-a ou decorando-a, mesmo que não pertençam ao dono da casa de jogo, salvo ao proprietario o direito de reclamar indemnisação do delinquente.

Pelo exposto se vê que a contravenção em questão é uma infracção collectiva, na modalidade de infracção habitual (Vid. 1.º vol., n. 451). Como infracção habitual, o estado de flagrante delicto é permanente, só cessando quando o delinquente deixe de ter a casa de tavolagem.

Tem-se discutido se os estabelecimentos onde habitualmente se explora o jogo de bicho, como as agencias de loteria federal, casas de cartões postaes, de sellos usados, etc., podem ser considerados casas de tavolagem e sujeitos ao art. 369 do codigo penal. Opinamos, com VIDAL, pela affirmativa, attendendo a que a loteria não autorisada, a cuja categoria pertence aquella modalidade, é jogo prohibido (art. 31 da lei n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910); a que nesses estabelecimentos o publico é admittido livremente, sem pagamento de entrada, e ahi se reúne habitualmente para a pratica do referido jogo de azar. Assim, todos os elementos essenciaes da contravenção do art. 369 ahi se encontram. Nesse sentido, vide julgado de n. 568.

De outro lado, pondera VIDAL, a lei n. 2.321 pune os individuos, que enumera, que por qualquer das fórmulas que especifica, tomem parte em qualquer operação que a mesma lei considera loteria.

Mas se se provar que o individuo (na hypothese — o banqueiro) pratica tal acto nas condições do art. 369, não se vê por que deixar de applicar a pena propria, para se preferir a que se destina a um acto isolado. Na hypothese do jogo do bicho, mais perfeita se considerará esta conclusão, attendendo-se a que não existe sociedade ou empresa como, v. g., a loteria de S. Paulo, Bahia, etc., que o explore. Centenas de individuos, isoladamente, permanente

ou eventualmente, o “emprehendem”, o “bancam”, isto é, accitam o jogo dos que pretendem obter o premio.

Este acto, que pôde ser praticado um só dia, em relação a uma só pessoa, é que constitue o individuo “emprehendedor” da loteria na technica da lei n. 2.321, art. 31, § 4, n. I, letra a.

Este vocabulo não contem assim a noção de habitualidade, de reiteração de actos.”

574. Na segunda parte do art. 369, a contravenção está em :estabelecer jogos de azar em logar frequentado pelo publico”.

A hypothese, como se vê, é differente, porquanto não se trata de *casa especial*, com o fim exclusivo ou principal de habitualmente se jogarem jogos de azar, mas se *estabelecer taes jogos* em qualquer logar, desde que sejam *frequentados* pelo publico. No codigo penal francez, a primeira hypothese é prevista como delicto (art. 410), e a segunda como contravenção (art. 475 § 5).

Para o nosso codigo, não obstante a diversidade de gravidade, são equiparadas as duas hypotheses para o effeito penal.

Completando o dispositivo apreciado com o definir o que seja *logar frequentado pelo publico*, o art. 4.º da lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, estabeleceu que, como tal, para o effetio penal, se deve entender “todo o logar em que é permittido o acesso de qualquer pessoa, mediante pagamento de entrada, ou sem elle, para o fim de jogo”. Finalmente, o paragrapho unico do art. 369 declara tambem passiveis de pena, que é a de multa de 50\$ a 100\$000, os individuos que forem achados jogando.

A contravenção do ar. 371, cuja fonte é o art. 266 do codigo penal portuguez, apresenta duas modalidades: 1.ª) *jogar* com menores de 21 annos; 2.ª) *excital-os* a jogar. São fórmias da excitação o *convite*, a *seducção* ou qualquer *engodo* destinado a attrahir o menor ao jogo. MACEDO SOARES entende que o dispositivo se refere a todo e qualquer jogo., não incorrendo assim o nosso codigo na censura que faz SILVA FERRÃO ao codigo portuguez, que só cogita do jogo de azar. Não procede a opinião daquelle jurista, porquanto, com razão, restricta é a repressão a esta especie de jogo, como se vê nas diversas legislações. inclusive a nossa, como já se demonstrou (n. 569).

No mesmo intuito de protecção aos menores, foi qualificada pelo Codigo de menores, art. 143, letra a, transcripto no texto, outra figura contravencional, relativa ao jogo.

A figura do art. 372, emprego da violencia, isto é, da força physica, para constringer alguem a jogar, ou manter jogo, já vem qualificada pela Ord., liv. V, t. 82, § 7, e pelo codigo portuguez, art. 268, mais comprehensivo do que o nosso, pois se refere tambem á ameaça. Ainda ao codigo portuguez, art. 269, recorreu o nosso legislador para qualificar a contravenção do art. 373, que só tem essa classificação nominalmente, pois requer elemento peculiar ao crime, isto é, a fraude. SILVA FERRÃO entende que branda é a penalidade imposta pelo codigo portuguez, isto é, as penas do furto, porquanto a fraude

no jogo, sendo mesmo *commum*, 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 *estellionario* e do *gatuno*.

Por isso, o nosso código estabeleceu a pena do *estellionato*.

A Ord ., liv. 5, t. 82 § 3, também punia o jogo fraudulento, quando fossem usados dados ou cartas falsas.

No art. 374, cuja fonte é o art. 264 do código penal portuguez, o código equipara ao *vadio*, e como tal manda punir, todo aquelle que se sustentar do jogo, além de incorrer na peanlidade do art. 369 § unico. Tem em vista o dispositivo o jogador de profissão, explorando casa de taviagem, ou sómente jogando e que se sustenta exclusivamente do jogo. Independe de justificação a equiparação do jogador de profissão ao *vadio*, em face da qualificação deste (vid. n. 594).

575. Como meio mais efficaz para cohibir os males do jogo, pensou-se em regulamental-o, sujeitando-o a um imposto ,ou mesmo tornando-o monopolio do Estado. Em França a idéa veio a se concretisar na lei de 16 de junho de 1907, cujo art. 1.º dispõe que “par dérogation á l'article 410 du code pénal, il pourra être accordé aux cercles et casinos des stations balnéaires, thermales et climatériques, sous quelque noms que ces établissements soient designés, l'autorisation temporaire limité á la saison des étrangers, d'ouvrir au public des locaux spécieux, distincts, et séparés ou seront pratiqués certains jeux de hasard, sous les articles suivants”. Sob a mesma orientação, foi em nosso paiz tratado o assumpto pelo decr. legislativo n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, art. 14, inserto no texto, mas que, por abusiva applicação, de encontro ao seu intuito, foi ampliado, de sorte a conceder-se autorisação para a realisação de jogos de azar fóra dos locais discriminados pela lei.

Com isto, se proventos tirava o fisco, precaria se tornava a moralidade publica, já alvejada por tantos factores dissolventes.

O abuso só cessou com o dispositivo do art. 59 e § 1.º da lei n. 4.440, de 31 de dezembro de 1921, transcripto também no texto.

## 576. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. O facto de ter sido um aparelho objecto de uma patente de invenção pelo Ministerio da Agricultura não legalisa o jogo feito por esse meio (*Accord. de 14 de abril de 1915*).

### DISTRICTO FEDERAL

II. As apostas de corridas a pé ou a cavallo ou outras semelhantes, a que se refere a alinea do art. 370 do cod. penal, são aquellas que têm por objecto o desenvolvimento das forças physicas do homem ou o aperfeiçoa-

mento da raça cavallar — *quod virtutis causa fiat*, segundo o conceito da lei romana (Dig. de aleat., frag. 2.º, § 1.º). Tratando-se de corridas a cavallo, as apostas feitas pelos estabelecimentos denominados *book-makers* constituem jogos de azar, todas as vezes que em taes estabelecimentos o publico é, em geral, admittido a apostar, e se tem por objecto a paixão do jogo explorado com o fim de lucro — *sentença da Côrte de Cassação de França, em 18 de junho de 1875, 5 de janeiro de 1877, 1 de dezembro de 1887 e 8 de dezembro de 1888; da Belgica, em 8 de novembro de 1886 (Accord. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, de 6 de maio de 1896).*

III. Os jogos podem ser divididos em tres classes: 1.ª, os jogos *intellectuales*, ou os jogos de sciencia, isto é, aquelles onde a experiencia, o talento, a calma, a reflexão do jogador valem mais do que os caprichos da fortuna, onde ainda mesmo infeliz pôde o jogador ganhar a partida, aproveitando-se habilmente dos erros dos adversarios, aquelles emfim que necessitam de aprendizagem; exemplos: o xadrez, o voltarete, as damas; 2.ª, os jogos *sportivos*, os que dependem da força, da agilidade, da pericia e da destreza dos lutadores, que são tambem exercicios de hygiene e de gymnastica, exemplos: a natção, a luta romana, o bilhar, a esgrima, as regatas, as corridas a pé, a cavallo, em bicyclettes, o jogo-da pella, etc.; 3.ª, os jogos *de azar* onde o exito depende unicamente dos caprichos da sorte, onde nada vale a sciencia do jogador, exemplos: o roleta, os dados, as rifas, as loterias, o lasquet, o écarté, etc. — JANOLY, *Du jeu et du pari*, p. 27; LAURENT, *Prin. de direito civil*, tom. 27, p. 217; TROPONG, *Contractos aleatorios*, p. 255.

A lei não pôde descer á classificação e discriminação dos jogos, sendo a natureza e especie de cada jogo uma questão de facto deixada á apreciação criteriosa dos tribunaes — EVARISTO HUC, *Le jeu et le pari en droit français*, p. 106; EDMOND PICARD, *Les jeux de hasard et les cercles privés*, n. 53 (*Accord. da mesma Camara, de 20 de dezembro de 1899*).

IV. As machinas *caça-nieis*, assim denominadas na gyria popular, sempre tão precisa nas suas expressões, constituem aparelho de jogo de azar, pois ha promessa de premio subordinada á sorte, e, conforme estipula o codigo penal, toda e qualquer operação em que houver promessa de premio ou beneficio, dependente de sorte; será reputada loteria ou rifa, incorrendo em pena autores, apprehendedores e agentes.

Havendo nas peores especies de jogo de azar probabilidades desfavoraveis a ambos os parceiros, tal circumstancia jamais se verificará em se tratando de jogos por meio de machinas *caça-nikeis*, porquanto não é licito imaginar que o mais perdulario dos individuos expuzesse ao publico um instrumento de sua propria ruina; em taes machinas ganha pela certa o proprietario e pela certa ganha tambem o individuo que as acceita em seu estabelecimento mediante porcentagem relativa ao lucro auferido pelo proprio; se tal não se verificasse, o dono não a exporia, e o proprietario do estabelecimento não n'a queria nelle installada. Taes machinas são precisamente construidas



para o enriquecimento de individuos inescrupulosos, arredios do trabalho, os quaes, na exploração de expedientes illicitos, nem ao menos se expõem ás vicissitudes a que se sujeita o dono do estabelecimento que as acolhe e o jogador que nellas depõe e arrisca o seu dinheiro.

Os peritos no laudo de fls. declaram que o objecto apprehendido é instrumento de jogo de azar, e da peor especie, porque, pelo funcionamento do seu mecanismo, tal como é composto, os pontos só terão o premio de 2\$000 no maximo, e isto depois do aparelho conter no seu bojo quantia dez vezes maior, sendo a combinação de côres feita de tal maneira que o beneficio sómente decorre para os exploradores do aparelho.

Além de constituirem, pelo plano a que se subordina o seu fabrico, torpe exploração, ha a notar, no que toca á machina examinada, a existencia nella, de um parafuso, prendendo determinada peça, de modo a impedir a distribuição de premios; não se contentaram, pois, os exploradores com o lucro certo, mecanicamente garantido, proporcionado pelo aparelho e, ainda por cima, o viciaram, para, pela fraude, ganharem quantos mil tostões nelle depositassem os parceiros.

Assim sendo, a contravenção imputada aos réos é tambem o manto em que se occultam delictos contra a propriedade, desde o furto até as ardilosas combinações do estellionato; constituindo as operações descriptas jogos de azar, sendo este estabelecido em logar frequentado pelo publico, onde qualquer pessoa pôde ter acesso, como de facto é o botequim, onde se praticava a contravenção pela qual foram os réos processados (*Acc. da 3ª Camara da Côte de Appellação, de 4 de abril de 1914, confirmando decisão do Juiz da 1ª Pretoria Criminal*).

V. Nas campanhas ultimamente levadas a effeito pela policia contra o pernicioso jogo de apostas feitas nos *book-makers*, bem patente ficou que “as apostas feitas pelos estabelecimentos denominados *book-makers*, mediante poules, embora tratando-se de corridas a cavallo, constituem jogos de azar (arts. 369 e 370 do cod. penal), todas as vezes que em taes estabelecimentos o publico é em geral admittido a apostar, e que se tem por objecto a paixão do jogo, explorado com o fim de lucro. E’ deste modo que a jurisprudencia patria se tem manifestado, por varios de seus mais autorisados órgãos, adoptando o criterio juridico do accordão do Trib. Civil e Criminal, transcripto em sua ementa (*Rev. de Jurispr.*, p. 108 do 4.º vol., e n. II retro).

Decidindo, como fez o mencionado accordão, teve em mira não só as necessidades sociaes da repressão dos vicios e dos crimes que os jogos, como consequencia, acarretam, quando feitos habitualmente e com o character de profissão, como tambem os proprios termos dos dispositivos legaes, encarados em frente da doutrina geralmente adoptada. O nosso legislador, considerando jogos de azar (os unicos prohibidos pelo cod. penal), aquelles em que o ganho e a perda dependem, da sorte, exclusivamente, delles exceptuou, no paragrapho unico do cit. art. 370, as corridas a pé ou a cavallo, ou outras

semelhantes, tendo em vista o aperfeiçoamento e desenvolvimento das forças físicas do homem ou da raça cavallar, *quod virtutis causa fiat*.

Não seria consentaneo como o intuito do legislador dar uma tal amplitude á excepção desse artigo de fôrma a poder comprehender os alludidos estabelecimentos, onde o jogo é feito com o fim de, exclusivamente, em proveito dos seus donos, explorar publicamente a aposta, por meio de poules, sem ter em vista absolutamente o aperfeiçoamento da raça cavallar, na hypothese, e sem o qual não se comprehenderia a excepção legal, por immoral, incidindo, como incide, a especie juridica, na contravenção do art. 369, onde se denomina casa de tavalagem aquella onde habitualmente se reúnem pessoas, embora não paguem entrada, para jogos de azar, ou estabelecel-os em logar frequentado pelo publico. E' evidente, portanto, que o legislador patrio teve em mira permittir o jogo da poule — *pari mutuel*, como em França, unicamente nos logares onde correm os cavallos, isto é, nos centros sportivos, para cuja manutenção concorrem, applicando os lucros do jogo no aperfeiçoamento da raça, incitando-a, por meio de premios instituidos em favor dos proprietarios, favorecendo finalmente a criação.

Permittir os *book-makers*, logares em que o publico em geral é admitido a apostar, sem conhecimento dos cavallos, subtrahidos á sua vista e onde se tem por objecto unicamente a paixão do jogo com o fim de lucro, melhor seria riscar do cod. penal o capitolo 3.º — *Do jogo e aposta*.

Nem de outro modo se entendeu em França, ao ser promulgada a lei de 3 de junho de 1891, interpretando o art. 410 do cod. penal francez — GARRAUD, *Droit pénal français*, vol. 5, ns. 386 e seguintes (*Accord. da mesma Camara, de 11 de maio de 1921, relatado pelo desembargador MACHADO GUIMARÃES*).

No mesmo sentido. accord. de 3 de junho de 1922.

## ESTADOS FEDERADOS

VI. O jogo de frontão é licito e permittido, e as respectivas apostas constituem industria igualmente licita (*Accords. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 23 de setembro de 1896 e de 15 de dezembro de 1897*).

VII. Os jogos dos frontões, que participam da natureza dos jogos athleticos. em os quaes a agilidade, destreza, pericia e robustez dos jogadores asseguram o seu exito (*quibus ars dominatur ac de virtute certamen est*), não podem estar comprehendidos na classe dos jogos de azar, onde a sorte é o unico factor determinante do lucro e da perda. A duvida levantada sobre o sentido grammatical e logico das palavras — *ou outros semelhantes* usadas no paragrapho unico do art. 370, com relação ás corridas ou apostas, nenhum alcance tem, pois, quer se refiram a estas, quer áquellas, o resultado juridico é o mesmo, desde que o legislador equiparou as apostas ao jogo, ou melhor. desde que o que elle prohibiu não foi o jogo de azar simplesmente, mas o jogo de azar em que se possa dar o ganho ou a perda.

Ora, o que permite o ganho e a perda são as apostas, e se o jogo é lícito, porque o ganho e a perda não dependem exclusivamente da sorte, as apostas também são lícitas, porque participam da natureza do jogo, a que o legislador as associou, e porque são ellas que constituem propriamente o jogo (*Accordão da Relação do Estado do Rio de Janeiro, de 22 de agosto de 1898*).

## CAPITULO IV

### DAS CASAS DE EMPRESTIMOS SOBRE PENHORES

**Art. 375.** Estabelecer casa de empréstimos sobre penhores sem autorização, ou, tendo obtido esta, não manter escripturação regular na fórmula determinada nas leis e regulamentos do Governo:

**Pena** — de multa de 500\$ a 2:000\$000, sem prejuizo de outras em que incorrer.

577. Uma das feições mais salientes do contracto de mutuo, nos tempos modernos, é a que vem adjectivada da segurança pignoratícia. Materia da lei civil, mas pela insufficiencia desta e sua inapplicabilidade ás casas de empréstimo, sobre penhores, tornava-se necessario regulamentação especial, com sanção penal, no intuito de proteger especialmente as classes pobres e desvalidas, muitas vezes seduzidas pelas facilidades dessa especie de mutuo, mas sem attenderem ás condições onerosas com que obtêm o empréstimo. Proveu-se a respeito, já para lhes facilitar o pagamento, já para lhes conservar o penhor em poder do mutuante, impedindo que este o destrúa. No intuito de obviar a usura, desde o seculo XV apparece na Italia a instituição dos *montes de soccorro*, e em França estabelecidos pelas cartas patentes de 9 de dezembro de 1777, sendo dois annos depois prohibidas por um edicto de 10 de agosto todas as casas particulares de empréstimos sobre penhores. Com a revolução, aboliu-se o edicto, desenvolvendo-se desde então accentuadamente taes casas, mas taes os abusos verificados, que providencias legaes se impuzeram, sobresahindo a do art. 411 do codigo penal, reproduzido com ampliações no codigo penal belga, arts. 306 a 308, e textualmente no codigo penal portuguez, atr. 274.

Em nosso paiz cogitou do assumpto primeiramente a lei de 22 de agosto de 1860, fonte proxima do vigente codigo, como primitiva é o codigo penal francez.

578. Na disposição do art. 375, ha duas figuras contravencionaes distinctas: 1.<sup>a</sup>) estabelecimento illegal, isto é, sem autorização, de casa de empréstimo sobre penhores; 2.<sup>a</sup>) não manter a casa de penhor autorizada a sua escripturação na fórmula determinada nas leis e regulamentos.

São elementos da primeira figura:

1.º) Um estabelecimento ou casa de empréstimos, o que suppõe uma instituição permanente, ou pelo menos, a instituição de uma casa com destino

habitual de fazer empréstimos. Assim, um facto isolado é licito; mas um conjunto de factos, um habito de emprestar sobre penhor, não o é. Cabe aos tribunaes, aqui como em todos os outros casos, decidir sobre o numero de factos constitutivos do *habito*, e, por conseguinte, declarar quando ha estabelecimento ou mantença de casa de penhores.

2.º) Que esses empréstimos tenham sido feitos sobre penhor, pois se não o forem, escapariam á previsão da lei; mas não se segue daqui que se evita a pena por meio de uma convenção simulada; logo que a simulação seja conhecida, os tribunaes, restituindo á convenção o seu verdadeiro character, podem applicar a pena.

3.º) Que a casa ou estabelecimento não tenha sido autorizado a funcionar pelo poder competente, e a razão está em que a autorisação dá mais garantias aos mutuarios (CHAUVEAU e HÉLIE, GARRAUD, RAUTER).

Quanto á segunda figura do art. 375, a contravenção se verifica constatado que a casa de penhores não mantem escripturação regular na fórmula determinada nas leis e regulamentos, e com maioria de razão se não tiver escripturação.

O legislador quiz dar uma sanção a formalidades que visam garantir o mutuario contra a fraude ou a negligencia dos administradores da casa.

## CAPITULO V

### DO FABRICO E USO DE ARMAS

**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.

**Art. 377.** Usar de armas offensivas sem licença da autoridade policial:

**Pena** — de prisão celluar por quinze a sessenta dias.

**Parapho unico.** São isentos de pena:

1.º, os agentes da autoridade publica, em diligencia ou serviço;

2.º, os officiaes e praças do exercito, da armada e da guarda nacional, na conformidade dos seus regulamentos.

579. Importantissimo é o assumpto de que trata este capitulo, por envolver medidas preventivas attinentes á segurança publica, e ao mesmo tempo de extrema delicadeza, por tocar de muito perto com a liberdade individual e com a liberdade de commercio. O legislador, porém, não se houve com a precisa previdencia, editando apenas, e assim mesmo lacunosamente, as disposições dos arts. 376 e 377, deixando em completo olvido muita coisa de essencial. Excusa alguma pôde ter, encontrando, como encontrava para-

digma em legislações estrangeiras, especialmente no código penal italiano, que providentemente regulou a materia, acautelando a vida e a propriedade, fonte aliás a que recorreu em outros pontos.

Defendendo-se da censura de imprevidente, o DR. BAPTISTA PEREIRA, autor do projecto convertido no código vigente, explica que culpa não teve e que procurou ser o mais minucioso, sendo, entretanto, a maioria das disposições de seu projecto eliminadas pela commissão revisora.

Sob a epigraphie *Fabrico e uso de armas e materias explosivas*, no cap. V das contravenções, diz que o seu projecto continha seis artigos, e que só dois foram adoptados e esses com modificação.

A epigraphie do capitulo foi substituida pela actual — *Do fabrico e uso de armas*. O projecto estabelecia um systema de medidas concernentes á segurança publica.

Esse systema foi mutilado, porquanto as providencias preventivas das diferentes especies de contravenção foram reduzidas a uma só de modo incompleto e deficiente.

Foi pensamento do projecto sujeitar á sanção penal os factos que por qualquer modo fazem surgir o perigo de damno á pessoa ou ás coisas, perturbam o socego publico ou privado e sobressaltam o repouso do cidadão e que a legislação italiana, mais provida de outras, excedendo mesmo o código de contravenções da Hungria, qualificou como contravenções concernentes á incolumidade publica.

Mutilado o systema do projecto, nos mostramos menos previdentes que outras legislações que prestaram ao assumpto a devida attenção e cuidaram de garantir a segurança publica contra os perigos a que a expõem estas varias especies de infracção.

580. No art. 376 cogita o código, como contravenção, do *estabelecimento*, sem licença do Governo, de fabrica de armas ou de polvora. Nada dispõe, porém, sobre o *fabrico* de taes objectos, o que é coisa differente e de mais relevancia, e, por isso tratado o assumpto distinctamente pelo código italiano, nos arts. 460-61.

E' improprio, por ser restricto, o termo — *polvora*, empregado no art. 376, mais comprehensivo e, por isso devendo ser usado, o de *materias explosivas*, que abrange a dynamite, a melinite e outros productos mais perigosos do que a polvora. Chegámos assim a este contrasenso: que o emprego daquellas substancias não é contravenção, ao passo que o desta, que crêa uma situação de menor perigo á vida e á propriedade, é contravenção!

No art. 377 se qualifica, como contravenção o *uso de armas offensivas sem licença da autoridade policial*.

Como nota PEREIRA E SOUZA, o trazer armas nas cidades foi sempre prohibido nos paizes em que a liberdade civil e a segurança dos cidadãos foi mais respeitada. Tal prohibição já se verificava em *uma lei de SOLON*, na Grecia e em Roma, no tempo da Republica, onde até os soldados não traziam armas fóra do campo. Permittido era, porém, trazel-as, a quem viajava pelas

estradas como meio de defesa. Tratando-se de armas curtas, brancas ou de fogo, foram sempre, e em todo o tempo prohibidas. Em Portugal, regulou minuciosamente o assumpto, a Ord. liv. V, t. 80, seguindo-se diversos alvarás e cartas de lei, nos seculos XVII e XVIII.

Em nosso paiz, dispoz a respeito o codigo criminal, de 1830, arts. 297 a 299, fonte, embora modificada, do vigente codigo.

Segundo o art. 377, a acção punivel está em *usar* de arma offensiva. Com mais propriedade a citada Ord. liv. V, t. 80, empregava o termo *trazer*, em que consiste exactamente a contravenção. E' o *porte* da arma, do art. 314 do codigo penal francez, o facto de *trazê-la*, e não a *simples posse*, ou o possivel *uso* ou *emprego*.

Assim, pondera GARRAUD, o facto para um *viajante* de ter em uma mala ou em um sacco, pistola de aligeira ou punhaes não entra nos termos da incriminação. A arma deve se achar em poder da *pessoa* do indiciado."

No mesmo sentido, distinguindo o porte do *transporte*, diz NEGRI que aquelle indica um facto por natureza continuado, e este ao envez um facto momentaneo." Pouco importa que a arma seja usada, ou melhor, trazida, em um lugar publico ou em lugar particular, e igualmente a innocencia da intenção do agente, ou sua boa fé, tratando-se de contravenção, que se integra com a voluntariedade apenas da acção, isto é, ausencia de coacção material ou psychica. Como notam CHAUVEAU e HÉLIE, esse caracter da infracção resulta sem razão de duvidar, de se tratar de uma medida preventiva.

Se a lei intervem para punir o porte de armas não é em vista do uso actual que é feito pelo agente da arma, de que é portador, mas em vista do uso ou emprego que póde fazer della, da facilidade que lhe proporciona para cometer um delicto."

Se o porte da arma se liga a um projecto criminoso, a contravenção fica absorvida por esse crime, quer tentado, quer consummado. O nosso codigo não declara, como faz o italiano, art. 464, que a contravenção abrange sómente o porte de armas sem licença, *fóra da propria habitação* ou de *suas dependencias*, mas assim se deve entender o dispositivo legal, pois que esse é o criterio dominante no assumpto desde a nossa legislação colonial, com argumento no Cod. L. 5, t. 80, fr. § 1º (vid FERREIRA, *Prat. Criminal*, tom. I, cap I). Mostrando a razão da limitação, diz ZARNADELLI que a posse de arma, na propria casa não é considerada como infracção punivel, porquanto o domicilio do cidadão, como o consideram os inglezes, é o seu reino e seria vexatorio que o simples facto de ter armas fosse elevado á infracção, autorizando buscar e apprehensões. Tratando-se, porém, de armas que por sua qualidade ou quantidade podem constituir um perigo permanente, essas circumstancias podem justificar a conveniencia de ampliar ao caso a mesma incriminação (*Relaz.* p. 457). Dahi o dispositivo do art. 468 do codigo italiano, que considera contravenção o facto de quem, clandestinamente ou contra a prohibição da lei ou da autoridade competente, mantem em casa ou em outro lugar deposito de armas não inferior a vinte, ou uma ou mais peças

de artilheria ou outras machinas semelhantes, ou materias explosivas ou inflammaveis perigosos por sua qualidade ou quantidade.

581. Não define o nosso codigo o que seja *arma offensiva*, cujo uso sem licença da autoridade policial constitua contravenção, como fez o codigo penal da Italia; e de outro lado não confere expressamente, como fazia o nosso codigo criminal de 1830, a determinadas autoridades ou corporações administrativas a attribuição de definir ou especificar o que seja arma offensiva para os effeitos penaes e casos de uso licito.

De sorte que, para a devida intelligência do texto legal, se faz mistér recorrer aos principios de doutrina juridica, aferidos por sua applicação pela jurisprudencia e legislação de outros paizes. Genericamente pode-se dizer que arma é todo o objecto ou instrumento apto a offender, e nesse sentido é que vemol-a conceituada na lei romana: *Arma sunt omnia tela, hoc et fustes et lapides; non solum gladiæ hastæ, fræmæ, id este romphece* (L. 3, § 2, Dig. de vi et de vi armata) — *Teli appellatione, et ferrum, et fustis et lapis et denique omne quod nocendi causa habetur* (L. 5A § 2, Dig. de furtis).

Uma distincção se operou em tão amplo conceito, e assim vemol-o diferenciado entre *armas proprias* e *armas improprias*.

São *armas proprias* aquellas cuja destinação ordinaria e principal é de causar, aggressiva ou defensivamente, offensas physicas.

São *armas improprias* os instrumentos que, não tendo aquella destinação ordinaria e principal, servem, entretanto, para offender, como uma pedra, uma bengala, etc.

Distinguiram-se ainda as armas proprias em *apparentes* e *defensivas*, que se tornam offensivas por accidente, e em *occultas* e *secretas*, offensivas por presumpção legal.

E' evidente que, como contravenção, por arma só se pôde entender a arma propria e especialmente a secreta, que o codigo italiano chama *insidiosa*, fazendo uma especificação, no art. 470 (vid. 1º vol. desta obra, n. 327), e que, em França, a declaração de 25 de março de 1728 enumera exemplificativamente, com "*poignards, couteaux en forme de poignards, soit de poche, soit de fusil, des baionnetets, pistoles de poche, épées en batons a ferremens, autre que ceux qui sont ferrés par le bout, e autres armes offensives, cachées et secrètes*". Em nosso paiz, a *Nova consolidação das leis de alfandegas* considera expressamente como *armas defesas*, no art. 445 §§ 1 a 7, os punhaes, os canivetes-punhaes, as espingardas ou pistolas de vento, guarda-chuva ou quaesquer outros objectos que contenham espadas, estoques, punhaes ou espingardas, assim visando as armas secretas.

A Cassação em França resolveu que a declaração de 1728 não prohibe sómente as armas que alli são especialmente designadas, mas tambem, de uma maneira geral e absoluta, todas as armas offensivas secretas e occultas (avi. 18 de junho de 1835). Cabe aos juizes, pois, procurar em cada arma os

caracteres que a constituem em arma prohibida, caracter que devem ser constatados necessariamente no julgamento (CHAUVEAU e HÉLIE).

No mesmo sentido, diz NYPELS: “Para determinar se um objecto constitue uma arma offensiva, occulta e secreta, prohibida nos termos das disposições referidas, é preciso considerar se a arma em si mesma é offensiva, occulta e secreta, e não se ella foi, na especie, empregada como tal pelo indiciado.”

582. A contravenção se integra com falta de licença da autoridade policial para o uso da arma offensiva.

Conferindo o codigo á autoridade policial a attribuição de conceder licença para tal fim, implicitamente lhe outorgou a attribuição de determinar os casos e condições de semelhante uso, já que de outra autoridade ou corporação não cogita, como fazia o codigo anterior. Assim, á autoridade policial compete regulamentar o uso das armas offensivas, especificando-as e prescrevendo as regras necessarias para concessão. A insenção de pena comprehende os agentes da autoridade publica, judiciaria, policial ou administrativa, em *diligencia* ou *serviço* de sua competencia. Comprehende ainda os officiaes e praças 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 (MACEDO SOARES).

## 583. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### DISTRICTO FEDERAL

I. Nas contravenções sendo admissivel a justificativa da boa fé, da falta de intenção criminosa, menos quando se funda na ignorancia da lei, por isso, o portador de arma prohibida, sem precedentes judiciais, e que deu razoavel explicação do uso da dita arma, a necessidade de defender-se de assaltos que reproduziam-se frequentemente no logar em que residia, deve ser absolvido (*Accords. da Camara Criminal do Trib. Civil e Criminal, de 28 de julho e 24 de novembro de 1897*).

Estas decisões collidem com a doutrina suffragada pelo codigo, relativamente ás contravenções. Demonstrámos que, para caracterisação destas, não se tem em conta a intenção, mas tão sómente a voluntariedade da acção ou omissão (vid. 1º vol., n. 81). Adiante inserimos um julgado em sentido contrario aos supra apreciados. Essas oscillações bem demonstram que a *mens legis* não tem sido bem apprehendida.



## ESTADOS FEDERADOS

II. A contravenção do art. 377 do cod. penal é constituída pelo uso ostensivo de arma offensiva, sem licença da autoridade policial, porquanto nenhuma lei autorisa que os cidadãos sejam revistados pela policia, para verificar se trazem comsigo armas dessa natureza (*Accord. do Tribunal de Relação do Piauhy, de 28 de novembro de 1912*).

III. Como as demais contravenções, a do art. 377 é constituída pelo facto material da desobediencia ás prescripções, independente da intenção criminosa (*Accord. do Tribunal de Relação de Minas, de 20 de julho de 1915, confirmando decisão do Juiz da comarca de Ubá*).

### CAPITULO VI

#### DAS CONTRAVENÇÕES DE PERIGO COMMUM

**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 á autoridade competente, para os fazer recolher;

Receber em casa particular, sem aviso prévio á autoridade, ou sem autorisação legal, pessoas affectadas de alienação mental;

Deixar o medico clinico de denunciar a existencia de doente de molestia infeciosa 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** — de multa de 50\$000 a 100\$000.

584. Ha neste artigo diversas figuras de contravenção de perigo commum, sujeitas, porém, á mesma penalidade.

A fonte desses dispositivos é o codigo italiano, em varios de seus capitulos, como veremos detalhadamnte, modificados pelo nosso, e na forma habitual, para peor.

O nosso codigo anterior não continha taes qualificações.

A primeira alinea do art. 378 correspondente ao art. 480 do codigo italiano, comprehendendo tres factos distinctos:

a) Conservar soltos animaes bravios, perigosos ou suspeitos de hydrophobia. A expressão animaes *bravios* é impropria, porquanto, technicamente, denota os animaes que, supposto possam ser domesticados, *por natureza repellent o jugo humano e vagam livres* (LAFAYETTE). É bem de ver que nesse estado, não poderia haver contração. O código italiano emprega a expressão— *animaes ferozes* ou *perigosos*, que melhor caracteriza o caso, pois, o que se tem em vista são os animaes sujeitos ao poder de alguém, por isso responsavel, dono ou guarda, sejam *bravios*, *domesticos* ou *domesticados* que, por sua natureza ou pelo máo instincto ou criação, offerecem perigo. A lei não distingue se o animal é deixado em logar publico ou franqueado ao publico, ou tambem em recinto particular accessivel a varias pessoas.

b) Guardar sem cautela taes animaes. O código italiano faz referencia a *cautelae prescriptas pelos regulamentos*, clausula não reproduzida pelo nosso. que assim teve em vista as cautelas dictadas pela prudencia.

c) Deixar, a respeito dos suspeitos de hydrophobia, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir.

Se em qualquer dessas hypotheses, o animal mata ou fere, o dono ou guarda responderá por homicidio ou lesão por culpa, absorvida a contração pelo crime.

A segunda e a terceira alineas do art. 378 têm como fontes os arts. 477 e 478 do código italiano, naquella se tratando de loucos, e nesta de pessoas affectadas de alienação mental em geral.

Commendando o art. 477 do código italiano, nota MAJNO que quando o artigo fala em loucos *confiados á guarda*, refere-se aos confiados pela familia a um hospicio, asylo ou casa de saúde, ou cuja entrega tenha sido feita pela autoridade, ou por outro modo confiados.

Os commentadores do código italiano notam, em relação ao art. 478, fonte da terceira alinéa do art. 378 do nosso, que o aviso á autoridade é sómente para o caso em que não se exija autorisação legal, pois, se esta fôr necessaria, o aviso sómente á autoridade não exime o contraventor da pena. Reorganizando a assistencia a alienados do Brazil, o decr. n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, art. 3 dispõe que o enfermo de alienação mental poderá ser tratado em domicilio sempre que lhe forem subministrados os cuidados necessarios; mas se a molestia mental exceder o periodo de dois mezes, a pessoa que tenha á sua guarda o enfermo, communicará o facto á autoridade competente, com todas as occorrencias relativas á molestia e ao tratamento empregado.

Como bem nota JOÃO VIEIRA, a alinea quarta do art. 378 do código seria mais propria de regulanto sanitario, uma vez que pune o facto apenas com a multa de 50\$ a 100\$000.

A fonte da quinta alinea do mesmo artigo foi ainda o código italiano, arts. 473 e 474, muito mais minucioso, consagrando neste ultimo artigo uma norma geral mais comprehensiva que a do nosso código.

Quanto a ultima alinea, o engano ou o zelo de evitar o perigo deve desculpar o contraventor (JOÃO VIEIRA).

## 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;  
Usurpar 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 quinze a sessenta dias.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a mulher que, condemnada em acção de divorcio, continuar a usar do nome do marido.

Art. 380. Se 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.

Se por esse meio conseguir obter de outrem dinheiro, ou utilidade:

Penas — as do art. 338.

585. A fonte destas disposições, com modificações, foram os arts. 256, 301 e 302 do codigo anterior, e os arts. 234, 235 e 237 do codigo portuguez. Elucidando-as, mostrando as alterações que soffreu o projecto, que elaborou, e incongruencias resultantes, diz o Dr. BAPTISTA PEREIRA: “O simples uso do nome, ou titulo 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 possivel lesão de direito.

Mas o uso do titulo, ou nome indevido *cum animo lucrandi*, opera como meio para perpetração do crime; representa de sujeito secundario do crime. Fingir-se alguém ministro ou sacerdote de uma confissão qualquer, e exercer as respectivas funcções, 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, porque ha lesão de um direito determinado, e não méra possibilidade um mal indistincto. O fingimento entra na categoria das burlas, ou manobras fraudulentas, para haver lucro illicito; conseguintemente, o seu logar proprio é no titulo 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 titulo de autoridade, que o inculpado se arroga, ou usurpa, para por esse meio fazer pressão sobre a victima e mais facilmente exercer a extorção. Resultou dessa incoherencia que a circumstancia do fingimento tem dupla significação, conforme o momento do tempo em que se desenvolve a acção delictuosa.

E' 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 lugar.

Assim, dada qualquer das modalidas do art. 379 e seu paragrapho unico, ou a do art. 381, ha contravenção, sujeita á penalidade de 15 a 60 dias de prisão celular neste ultimo.

Se, porém, por qualquer dos factos ahi previstos, o agente obtiver de outrem dinheiro ou utilidade, desaparece a contravenção, e fica configurado o estellionato, convertidos como ficam dolosamente taes factos em meios para obtenção de lucro illegitimo.

Relativamente ao caso do art. 381, o fingimento de empregado publico constituirá artificio se não fôr praticado á noite e para a entrada na casa da victima, hypothese que é configurada como roubo (art. 357), nem se o fingimento se realisar nas condições do art. 362 § 1.º, hypothese qualificada como extorsão.

Tem-se entendido que a segunda modalidade do art. 379, isto é, a da usurpação de titulo de nobreza ou de brazão de armas que o agente não tenha, não subsiste mais como contravenção em face da Const. Federal, art. 72 § 2º. Disposição correspondente é a do art. 237 do codigo penal portuguez.

A primeira modalidade tem como fontes o art. 301 de nosso codigo anterior, e art. 235, segunda parte, do codigo penal portuguez, e a terceira modalidade a primeira parte deste ultimo dispositivo.

Dispunha o art. 301 do nosso anterior codigo: "Usar de nome supposto ou mudado, ou de algum titulo, distinctivo ou condecoração que não tenha..." Não fallava em *nome trocado*, que aliás não passa de *nome mudado*, nem de *uniforme*, a que se refere o codigo portuguez. Estatue este, no art. 235:

"Aquelle que se vestir e andar em *trajos proprios de diferente sexo, publicamente*, e com *intenção de fazer crêr que lhe pertencem*, ou que do mesmo modo trazer *uniforme proprio de um emprego publico*, ou alguma *condecoração* que lhe não pertença, etc." Esses textos elucidam, com uma simples leitura, o nosso codigo, que não prima pela mesma clareza.

A disposição do paragrapho unico do art. 379 do nosso codigo é reprodução do art. 92 do decr. n. 181 de 24 de janeiro de 1890, disposição que o cod. civil, art. 324, mantem.

Como se vê a disposição presuppõe sómente o divorcio litigioso e quando houver sentença condemnatoria da mulher.

## CAPITULO VIII

### DAS SOCIEDADES SECRETAS

Art. 382. Considera-se sociedade secreta a reunião, em dias certos e determinado logar, de mais de sete pessoas que, sob juramento ou sem elle, se impuzerem á 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.

§ 1.º Não terá logar a imposição da pena, si se fizer á autoridade policial a declaração do fim e dos intuitos da reunião.

§ 2.º Se 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.

#### DECR. N. 4.269, DE 17 DE JANEIRO DE 1921

Art. 9. Nos crimes definidos no Codigno Penal, arts. 204 e 382 e no decreto n. 1.162, de 12 de setembro de 1890, art. 1.º ns. 1 e 2, as penas serão de prisão cellular por tres mezes a um anno.

Paragrapho unico. Se forem falsas as declarações a que se refere o § 1.º do art. 382 do Cod. Penal, e a sociedade tiver fins oppostos á ordem social, a autoridade policial fará dispersar a reunião e os chefes e directores soffrerão a pena de um a dois annos de prisão cellular.

Art. 12. O governo poderá ordenar o fechamento, por tempo determinado, de associações, syndicatos e sociedades civis quando incorram em actos nocivos ao bem publico.

§ 1.º Ao Poder Judiciario compete, porem, decretar a dissolução em acção propria, de forma summaria, promovida pelo Ministerio Publico.

§ 2.º O acto do Governo será fundamentado e expedido pelo Ministerio da Justiça e Negocios Interiores se a sociedade, associação, ou syndicato funcionar no Districto Federal ou no Territorio do Acre.

586. Desde os mais remotos tempos se assignala a existencia de sociedades ou associações secretas, primeiramente com fins religiosos ou philosophicos, e depois, preponderantemente com fins politicos. O regimen politico, então dominante, sem a consagração da liberdade, em suas manifestações superiores do pensamento e da consciencia, explicava o facto, e ao mesmo tempo a concepção da repressão estabelecida para taes associações, como dirigida a attentados de lesa magestade. Vigorantes outros principios nos modernos tempos, não ha mais razão para essas associações, e as medidas de prevenção e de repressão das que tiverem character secreto só se justificam diante de circumstancias que façam dellas temer perigo de ordem social ou politica.

E' por isso que, em nosso paiz, assegurada amplamente, desde o regimen monarchico, a liberdade de reunião, se vedou a existencia de associações secretas em determinadas e justificadas circumstancias. O codigo criminal extincto, estabelecia que "a reunião de mais de dez pessoas em uma casa em certos e determinados dias, sómente se julgaria criminosa, quando fosse para fim de se exigir segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se communicasse em forma legal ao juiz de paz do districto em que se fizessem as reuniões." As penas eram de prisão por 5 a 15 dias ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa, e pelo dobro em caso de reincidencia (art. 282). Precisando ainda as condições da repressão, estabelecia mais que "a comunicação ao juiz de paz deveria ser feita com declaração do fim geral da reunião, com o protesto de que se não oppõe á ordem social, dos logares e tempo da reunião, dos nomes dos que dirigirem o governo da sociedade. Seria assignada pelos declarantes, e apresentada no espaço de quinze dias, depois da primeira reunião (art. 283). Se fossem falsas as declarações que se fizessem, e as reuniões tivessem fins oppostos á ordem social, o juiz de paz além de dispersar a sociedade, formaria culpa aos associados (art. 284). Como se vê, a incriminação visa um facto, que não é em si mesmo immoral, mas pelas circumstancias de que se cerca, trazendo a possibilidade do perigo á ordem publica. Toda associação que se esconde ao publico, que receia se divulguem seus estatutos, está por isso mesmo indicando que o seu fim é máo e tendente a subverter a ordem social. O codigo vigente manteve a mesma orientação do anterior.

Segundo o art. 382, não se trata de simples e transitorias reuniões de mais de sete pessoas, por isso que sendo casuaes não offerecem perigo tal que exija repressão penal, e sómente a acção da policia preventiva, e sim de uma sociedade propriamente dita, com fim determinado e permanente, e constituição organica, cujos membros "*se imponham a obrigação, com ou sem juramento, de occultar á autoridade publica o objecto da reunião, sua*

*organização interna, e o pessoal de sua administração*”, neste requisito estando exactamente o caracter secreto e illicito da sociedade.

Para prompta efficacia da repressão, esta é dirigida sómente contra quem chefiar ou dirigir a reunião e a quem lhe prestar assistencia, pelo fornecimento da casa, isto é, o dono ou administrador desta. O codigo não trata dos requisitos que deve satisfazer a declaração de fim e intuitos da reunião, nem do tempo em que deve ser feita, como fazia ao anterior, deixando ao prudente arbitrio da autoridade.

Modifica ainda o anterior quando não pune de modo especial a reincidencia, e quando estabelece o dobro da pena para o caso de falsas declarações. As penas estabelecidas foram elevadas pelo rt. 9 do decr. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, transcripto no texto, visando uma repressão mais energica, especialmente contra a propaganda de facto do anarchismo.

No art. 12, trata dos casos de *fechamento* de associações, syndicatos e sociedades civis, quando incorram em actos nocivos ao bem publico, medida que cabe ao Governo Federal decretar, e da *dissolução* dessas sociedades ou associações, que será promovida pelo Ministerio Publico, em acção summaria. O exposito mostra desde logo não se tratar de *associação de malfeitores*, de *associação para delinquir*, figuras delictuosas previstas nos codigos portuguez, italiano e outros, pois o objecto da sociedade, de que se trata, póde ser licito e até moral; a contravenção está propriamente na occultação da sociedade, que procura furtar-se á fiscalisação da autoridade encarregada da segurança publica, e tanto é assim, nota muito bem MACEDO SOARES, que não terá logar a imposição da pena, si se fizer á autoridade policial a declaração do fim e dos intuitos da reunião. Na categoria de sociedade secreta e illicita não se incluem as lojas maçonicas, que se regem pela lei geral da maçonaria, tendo a sua constituição geral devidamente inscripta no registro publico.

## 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 mechanicos 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 logar para onde fór transferida depois de estabelecida:

**Pena** — de multa de 100\$000 a 200\$000.

**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\$000 a 100\$000.

**Art. 385.** Imprimir, lithographar, ou gravar, com falsidade, as declarações do artigo antecedente:

**Penas** — de perda, para a Nação, de todos os exemplares apprehendidos e multa de 100\$000 a 200\$000.

**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\$000 a 100\$000.

**Art. 387.** Affixar em logares publicos, nas paredes e muros das casas, sem licença da autoridade competente, cartazes, estampas, desenhos, manuscriptos ou escrever disticos ou leitreiros:

**Pena** — de multa de 50\$000 a 100\$000.

**DECR. N. 1.825, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1907**

**Art. 1.º** Os administradores de officinas de typographia, lithographia, photographia ou gravura, situadas no Districto Federal e nos Estados são obrigados a remetterem á Bibliotheca Nacional do Rio de Janeiro, um exemplar de cada trabalho que executarem.

§ 1.º Estão comprehendidos na disposição legal não só livros, folhetos, revistas e jornaes, mas tambem obras musicas, mappas, plantas, planos e estampas.

§ 2.º Applicar-se-á a mesma disposição aos sellos, medallhas e outras especies numismaticas, quando cunhadas por conta do Governo.

§ 3.º Consideram-se como obras differentes as re-impressões, novas edições, ensaios e variantes de qualquer ordem.

§ 4.º Quando nos objectos não estiver declarada a sua significação, o seu preço de venda e o numero de exemplares de que a edição constar, todas essas indicações os deverão acompanhar por occasião de sua remessa.

§ 5.º No Districto Federal a remessa deve effectuar-se no dia em que a obra fór 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 de tal fim destinados.



Art. 2.º No caso de inobservancia das disposições do artigo 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 § 5º, a effectuar a remessa em um segundo prazo, egual ao primeiro, sob pena de apprehensão do exemplar ou exemplares devidos.

Ao procurador seccional do logar communicará o director da Bibliotheca Nacional a infracção occorrida, afim de tornar-effectiva 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 Brazil.

#### DECR. N. 4.743, DE 31 DE OUTUBRO DE 1923

Art. 4.º E' prohibido, sob pena de multa de 200\$000 a 4:000\$000, affixar ou expôr ao publico em qualquer logar e por qualquer meio, inclusive fitas cinematographicas, cartaz, estampa, gravura, desenho, e em geral, impresso, manuscrito ou figura onde haja offensa a alguma nação estrangeira.

Paragrapho unico. Fica sujeito á pena de prisão cellular por dois a seis mezes quem apregoar, em logares publicos, a venda de gazetas, papeis e impressos, ou manuscriptos de modo offensivo a pessoa ou nacionalidade certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia.

#### DA MATRICULA

Art. 20. A matricula das officinas impressoras e dos jornaes e outros periodicos, a que se refere o art. 383 do Codigo Penal, é obrigatoria e será feita em cartorio do Registro de Titulos e Documentos do Districto Federal, do Territorio do Acre e dos Estados; e, em sua falta, nas notas de qualquer tabellião local.

§ 1.º O registro será feito em virtude de despacho proferido pela autoridade judiciaria a que estiver subordinado o serventuário que o deva fazer.

§ 2.º A matricula conterá as declarações seguintes:

1.º, nome, residencia, nacionalidade e folha corrida do dono da officina, séde da respectiva administração, o logar, rua e casa onde é estabelecida;

2.º, nome, residencia, naturalidade e folha corrida do gerente e, tratando-se de jornal ou outro escripto periodico, tambem o nome, a residencia, a nacionalidade e folha corrida do director ou redactor principal, sendo que sempre que se tratar de sociedade deve ficar archivado o respectivo contracto. As alterações supervenientes serão immediatamente averbadas.

§ 3.º A falta da matricula ou das declarações exigidas neste artigo e a das alterações supervenientes, bem como as falsas declarações, serão punidas com a multa de 500\$000 a 10:000\$000, applicavel pela autoridade judiciaria, mediante o processo estabelecido nesta lei e promovido por qualquer interessado ou pelo Ministerio Publico.

§ 4.º A respectiva sentença determinará o prazo de cinco dias para a matricula ou rectificação das declarações.

§ 5.º De cada vez que não fôr cumprida essa determinação, o infractor responderá a novo processo, no qual lhe será imposta nova multa pecuniaria, podendo o juiz agravar-a até 50 por cento.

587. Os arts. 383 a 386 do codigo têm como fontes os arts. 303 a 307 do codigo anterior, que por sua vez encontra antecedentes nos arts. 8 e 10 da lei de 20 de setembro de 1830. O art. 387 do vigente codigo é materia nova, mas não conducente com a rubrica do capitulo, que é referente ao *uso illegal da arte typographica*.

Tendo-se occupado do abuso da liberdade de communicação de pensamento pela imprensa, qualificando os crimes respectivos nos arts. 126, 315 e 317, como tambem o fez o decr. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, arts. 1, 2 e 3, o codigo, neste capitulo, se occupa da policia administrativa da imprensa, regulando o estabelecimento de typographias e estabelecimentos semelhantes e publicação de jornaes e outros impressos, editando penas para as respectivas infracções.

São disposições complementares dos arts. 22 e 23. O que se visa é impedir a *imprensa clandestina*, que procura especular á sombra da irresponsabilidade.

O art. 383 foi modificado pelo art. 20 do decr. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, transcripto no texto.

A contravenção se verifica desde que occurram estes elementos:

1.º) Estabelecer officina de impressão, lithographia, gravura, ou qualquer outra arte de reproducção de exemplares por meios mecanicos ou chimicos;

2.º) Falta de prévia matricula nas condições do art. 20 §§ 1.º e 2.º do citado decreto legislativo.

A pena de multa é de 500\$ a 10:000\$000.

Verifica-se tambem contravenção, com a mesma pena, se não houver declarações sobre alterações supervenientes á matricula, ou se falsas forem.

as declarações para a matricula ou para alterações supervenientes. Se o infractor, convencido judicialmente, não proceder á matricula ou á rectificação das declarações, no prazo de cinco dias, determinado pela sentença, responderá a novo processo, sujeito a nova multa, que poderá ser aggravada até 50 %.

Por isso mesmo que se trata de exercicio da arte typographica ou affim, ou de estabelecimento respectivo, sem as condições legaes, não incorrerá em contravenção quem tiver em casa, para uso exclusivo, machina typographica (VIAZZI, CHIARAPPA).

O art. 384 do codigo, como bem nota JOÃO VIEIRA, é uma exigencia consequente do art. 383. Se o dono da imprensa satisfizesse o preceito deste artigo, e deixasse de fazer nos impressos sahidos da sua casa as declarações que ahi são exigidas, seria inutil e inefficaz a mesma disposição. Portanto, ambas as disposições têm a mesma justificação.

O art. 385 pune o caso de serem lançadas falsamente as declarações do art. 383, modificado como já vimos pela citada lei, em impressos, lithographias ou gravuras. E' de notar a desproporção de penas estabelecidas pelo codigo e pela lei para factos analogos.

Consequencia de toda legislação de retalhos.

O art. 386 foi substituido pelos arts. 1, 2 e 3 do decr. n. 1.825, de 20 de dezembro de 1907, transcriptos no texto.

Finalmente, quanto ao art. 387 do codigo, é de notar a ampliação, com character de crime e com pena especial, para o caso de offensa a alguma nação estrangeira, segundo o disposto no art. 4º do citado decr. n. 4.743.

## 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\$000 a 20\$000, elevada ao duplo no caso de reincidencia.

588. Esta disposição é reproducção *ipsis verbis* do art. 50 do regulamento do registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos, baixado com o decr. n. 8.886, de 7 de março de 1888, com supressão dos termos — *casamento ou obito*, suppressão injustificavel com relação a este ultimo termo, já que o registro do casamento é parte integrante do acto de sua celebração, e regido por lei diversa. Incluída a disposição regulamentar na lei penal em relação ao registro de nascimento, aquella continúa vigorando quanto ao registro de obito.

O citado regulamento, ainda em vigor, trata do registro de nascimentos nos arts. 53 a 68.

Diversifica a disposição do art. 388 da do art. 286, primeira parte, do código, como aliás salientámos no commentario respectivo, em comprehender esta a clausula — *para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro*. clausula commum a outra parte do mesmo art. 286.

## CAPITULO XI

### DO DAMNO AS COISAS PUBLICAS

**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 inflamaveis na proximidade das linhas; atar animaes aos postes; collocar sobre os fios objecto que pôssa causar damnificação, ou impedir o transito dos guardas pelas linhas:

**Pena** — de multa de 50\$000 a 100\$000, além da obrigação de reparar o damno causado e de remover os obstaculos creados nas linhas.

Paraphographo unico. Em igual pena incorrerão os donos ou consignatarios de navios que fundearem, ou largarem ferro na direcção de alguém cabo telegraphico immerso, indicado pelas boias.

Se o ferro agarrar o cabo immenso 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.

589. As contravenções previstas neste capitulo ficariam melhor em leis e regulamentos especiaes, o que aliás já vêm qualificadas nos regulamentos dos telegraphos e das capitánias dos portos e em posturas municipaes.

O proprio código, nos arts. 153 a 155, já previu damnos no material e serviço dos telegraphos e telephones, especificando hypotheses muitos semelhantes a figuras contempladas no art. 389, punidas com penas muito maiores, mesmo quando commettidas por simples culpa. Essas repetições de figuras, nota JOÃO VIEIRA, mal caracterisadas quando o caso surgir na pratica, suscitarão duvidas na applicação da lei sobre distinguir o crime da contravenção.

## CAPITULO XII

### DOS MENDIGOS E EBRIOS

Art. 391. Mendigar, tendo saude a aptidão para trabalhar:  
Pena — de prisão cellular por oito a trinta dias.

Art. 392. Mendigar, sendo inhabil para trabalhar, nos lo-  
gares onde existem hospitaes e asylos para mendigos:

Pena — de prisão cellular por cinco a quinze dias.

Art. 393. Mendigar, fingindo enfermidade, simulando mo-  
tivo para armar á commiseração, ou usando de modo ameaça-  
dor e vexatorio:

Pena — de prisão cellular por um a dois mezes.

Art. 394. Mendigar aos bandos, ou em ajuntamentos, não  
sendo pae ou mãe e seus filhos impuberes, marido ou mulher,  
cego ou aleijado e seu condutor:

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

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 prisão cellular por um a tres mezes.

Art. 396. Embriagar-se por habito, ou apresentar-se em  
publico em estado de embriaguez manifesta:

Pena — prisão cellular por quinze a trinta dias.

Art. 397. Fornecer a alguem, em logar frequentado pelo  
publico, bebidas, com o fim de embriagal-o ou de augmentar-lhe  
a embriaguez:

Pena — de prisão cellular por quinze a trinta dias.

Parapho unico. Se o facto fôr praticado com alguma  
pessoa menor, ou que se ache manifestamente em estado anor-  
mal por fraqueza ou alteração da intelligencia:

Pena — de prisão cellular por dois a quatro mezes.

Art. 398. Se o infractor fôr de casa de vender bebidas, ou  
substancias inebriantes:

Penas — de prisão cellular por um a quatro mezes e multa  
de 50\$000 a 100\$000.

DECR. N. 4.294, DE 6 DE JULHO DE 1921

**Art. 2.º** Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez que cause escândalo, desordem ou ponha em risco a segurança própria ou alheia:

**Pena** — de multa de 20\$000 a 200\$000. O dobro em cada reincidência.

**Art. 3.º** Embriagar-se por habito, de tal modo que por actos inequívocos se torne perigoso ou nocivo a si proprio, a outrem, ou a ordem publica:

**Pena** — internação por tres mezes a um anno em estabelecimento correccional adequado.

**Art. 4.º** Fornecer a qualquer pessoa em logar frequentado pelo publico, bebida ou substancia inebriante com o fim de embriagal-a, ou a que já estiver embriagada:

**Pena** — multa de 100\$000 a 500\$000.

**Parapho unico.** Si o infractor fór o dono da casa commercial de que provier a bebida ou substancia inebriante:

**Pena** — a estabelecida anteriormente, accrescida da interdicção ao commercio de bebida ou substancia inebriante, por um a seis mezes.

**Art. 5.º** Será punido com multa de 100\$000 a 500\$000 ou dobro da ultima que lhe houver sido imposta, o dono da casa que, fazendo o commercio de bebidas ou substancias inebriantes, as fornecer ao publico, fóra das horas fixadas nas posturas municipaes, ou consentir que a qualquer hora, seja alguma bebida ou substancia inebriante fornecida a pessoa menor de 21 annos, ainda que destinada ao consumo de outrem.

DECR. N. 17.943-A, DE 12 DE OUTUBRO DE 1927

(CODIGO DE MENORES)

**Art. 142.** Mendigar em companhia de menor de 18 annos, ainda que seja filho, ou permitir que menor sujeito a seu poder ou confiado a sua guarda ou cuidado, ande a mendigar, francamente, ou sob pretexto de cantar, tocar qualquer instrumento, representar, offerecer qualquer objecto á venda, ou coisa semelhante, ou servir-se desse menor com o fim de excitar commiseração publica:

**Pena** — de prisão cellular por um a tres mezes, com a inibição do patrio poder, se fór o pae, ou a mãe.

590. Neste caitulo se occupa o codigo das contravenções referentes á *mendicidade* e á *embriaguez*, como se tivessem intima correlação, quando diversificam pelo bem juridico a que se dirigem, na mendicidade havendo uma contravenção contra a ordem publica, e na embriaguez uma contravenção contra a moralidade publica, como vêm exactamente classificadas no codigo penal italiano. Relação intima existe, sim, entre a mendicidade e a vagabundagem, aquella não passando de uma forma desta, e, entretanto, scindidas pelo codigo neste e no subseguente capitulo.

Mendigar, nota GARRAUD, é appellar para a caridade publica, sob qualquer forma que seja, em seu interesse pessoal.

Como a vagabundagem, tem como fonte o pauperismo, facto que vêm se manifestando em todas as phases da evolução sovial, e para cuja eliminação ou minoração de effeitos têm convergido a attenção do poder publico, e a actividade privada, recorrendo á medidas preventivas (protecção da infancia, seguros operarios, mutualidades, uniões profissionaes, etc.), ou a assistencia, pela caridade publica ou privada, especialmente pelos asylos, os patronatos, as sociedades privadas de beneficencia, etc.), finalmente, a medidas repressivas, e neste aspecto, quando a mendicidade constitue um perigo eminente ao regimen do trabalho e ás normas reguladoras da acquisição da propriedade individual. Mas não é toda a mendicidade que leva a este estado, reclamando repressão; esta só se justifica quando o individuo que explora a caridade publica: a) ou está em condições de alcançar pelo trabalho os meios de substancia; b) ou, tendo á sua disposição estabelecimentos publicos onde possa satisfazer as necessidaes mais urgentes da vida, prefere mendigar para viver; c) ou serve-se de meios reprovados para tornar mais rendoso o seu mistér de mendigar.

Dahi a distincção que desde a legislação romana se tem feito entre *mendigos validos*, que são os individuos aptos para o trabalho e que, habituados á ociosidade, pedem esmolos sob pretexto de enfermidade ou invalidez, e *mendigos invalidos*, aquelles a quem a molestia ou idade impossibilita de trabalhar.

Se estes inspiram piedade e devem ser corridos pela sociedade, aquelles constituem causa de fundado perigo á ordem social, pois não tendo o necessario para viver e não querendo buscal-o no trabalho honesto, collocam-se na preciação de servirem-se do crime para subsistirem. A mendicidade assume assim o aspecto de uma contravenção contra a ordem publica, caracter esse contravençional reconhecido nas modernas legislações, como o codigo italiano, a lei belga de 27 de novembro de 1891, inspiranda pelo ministro de Estado, LE JEUNE, uma das mais perfectas, por encarar o problema da vagabundagem e da mendicidade no ponto de vista eminentemente preventivo e de repressão adequada.

591. Em nosso paiz, já o codigo criminal de 1830, muito embora inspirando-se no codigo penal francez, arts. 274 a 276, delle divorciára-se em configurar a mendicidade como contravenção ou crime policial, para usar

de sua technica, e não como delicto, de que não tem mesmo os extremos (art. 296). O código penal vigente tomou-o como fonte, distribuindo as diversas modalidades contempladas no seu art. 296, em figuras distinctas, com penalidades diversas, nos arts. 391 a 394, e inspirando-se no código penal italiano, art. 456 na qualificação da figura do art. 395, não contemplada no anterior código. O decr. legislativo n. 145 de 11 de julho de 1893, lei n. 947 de 29 de dezembro de 1902 e respectivo regulamento, baixando com o decr. n. 6.994 de 19 de junho de 1908, trouxeram modificações accentuadas ao código, em relação ás contravenções da mendicidade e de vadiagem.

Pelo que respeita á mendicidade, suas figuras ficam sendo:

1) *Mendigar tendo aptidão para trabalhar*. Não se contemplam mais as figuras dos arts. 393 e 394 do código penal.

A contravenção mencionada, correspondente ao art. 391 do código, tem como elementos:

a) a acção de mendigar, isto, é, de *appellar* para a caridade publica, sob qualquer forma, no *interesse pessoal* do agente. Com essa invocação se se consumma a infracção, embora não se siga o resultado.

*Não mendigam* as pessoas que se interpõem entre a caridade publica e os indigentes, solicitando esmolas para a pobreza, ou que *pedem* para as victimas de um accidente ou de um desastre. Em taes hypotheses, os actos são destituídos não só do *interesse pessoal*, como do caracter de *officio* ou *profissão*, que deve assumir a contravenção (GARRAUD).

b) que o agente tenha aptidão para o trabalho. Embora apto para o trabalho, não é contraventor quem agir compellido pela necessidade absoluta da propria nutrição, por ter procurado trabalho, mas não o tendo encontrado (VIAZZI). Já vimos que a ociosidade do mendigo é um dos presupostos da contravenção. Divergem os escriptores francezes quanto á necessidade da flagrança para caracterisar a contravenção, opinando CHAUVEAU e HÉLIE e GARRAUD pela affirmativa, em face do art. 274 do código penal, e pela negativa BLANCHE, com apoio em arestos. O nosso código e lei que o modificaram não exigem a flagrança como elemento da contravenção. Pela primeira infracção o mendigo fica sujeito á pena de prisão cellular por quinze a trinta dias.

Pela mesma sentença que condemnar o infractor, será elle obrigado a assignar o termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.

A pena ficará extincta, se o condemnado provar superveniente aquisição de renda bastante para sua subsistencia, ou prestar fiança, que nos termos da lei, é a pessoal ou fidejussoria. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.

Na reincidencia, ficará sujeito á pena de um a tres annos de reclusão em colonia, ou a deportação se fôr estrangeiro e residente no Brazil por menos de cinco annos (decr. n. 145 de 1893, arts. 2, §3º e 3, § unico, lei n. 947 de 1902, arts. 1.º, n. IV, e 9, decr. n. 6.964 de 1908, arts. 51 §§ 3.º e



4.º, 53 § 1.º, 54 e 57, decr. n. 4.247 de 6 de janeiro de 1921, art. 3.º, cod. penal, arts. 399, 400 e 401).

2) *Mendigar, sendo inhabil para trabalhar, nos logares onde existem hospícios e asylos para mendigos.*

E' a contravenção do art. 392 do código penal, passível da pena de 5 a 15 dias de prisão celllular.

As considerações feitas anteriormente mostram a razão dessa incriminação.

3) *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.*

E' a contravenção do art. 395 do código penal, passível da pena de 1 a 3 mezes de prisão celllular. Como nota CRIVELLARI, o legislador italiano editando o dispositivo do art. 456 do código penal, fonte do art. 395 do nosso, tutelou a infancia contra aquelles que, tendo obrigação de protegê-la e guardá-la, a impellem á mendicidade, encorajando-a assim ao ocio e á preguiça. São elementos da contravenção:

1.º) que se trate de uma pessoa que ainda não completou 14 annos;

2.º) que se lhe permitta mendigar, ou se deixe que outrem della se valha com esse fim;

3.º) que quem isto tolera ou permite, seja pessoa que, pelo patrio poder ou em razão de guarda ou vigilancia, tenha o menor sob sua sujeição.

E' necessario a permissão, e logo a vontade deliberada do facto.

Portanto, provado que o facto do menor era desconhecido do pae ou da pessoa que por elle deve responder, estes ficarão isentos da pena. O Código de menores, art. 142, transcripto supra, definiu a contravenção em apreço com mais latitude.

592. Nos arts. 396 a 398 trata o código da contravenção da embriaguez, sob diversas modalidades. A fonte dessas disposições foi o código italiano, arts. 488 e 489, alterados sem criterio pelo nosso legislador. O código de 1830 não qualificava taes figuras contravencionaes.

Por leis especiaes conferia-se, porém, aos juizes de paz e ás autoridades policiaes a attribuição de obrigar os bebados a assignar termo de bem viver (código do proc. criminal, art. 12 § 3, lei de 3 de dezembro de 1841, art. 4 § 1, decr. n. 4.824 de 1871, art. 19 § 2), a de "pôr em custodia o bebado durante a bebedice" e a de "corrigir os bebados, por vicio turbulento (reg. n. 120 de 1842, art. 65, §§ 1 e 4).

Corrigindo o código, deu melhor qualificação ás contravenções nelle contempladas (arts. 396 a 398) e mais adequado tratamento penal, o decr. legislativo n. 4.294 de 6 de julho de 1921, arts. 2, 3 e 4, comprehendendo ainda, no art. 5, figura contravencional, antes apenas prevista em disposições de lei especial ao Districto Federal.

A Comissão de Constituição e Justiça da Camara dos Deputados justificando a derrogação trazida ao código penal, pelos artigos 2 e 3 do decr. n. 4.294, assim se externou:

“O código penal em o art. 396 pune com a pena de 15 a 30 dias de prisão celllular, o individuo que:

- a) embriagar-se por habito;
- b) apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesta.

Pelo código, pois, até a propria embriaguez accidental ou involuntaria é punida com prisão, sendo apenas necessario á existencia da contravenção que o individuo apresente-se em publico em estado de embriaguez manifesta. Ora, não se justifica a necessidade da intervenção do poder publico em caso tal, sendo necessario que o embriagado fique em uma situação que comprometta a segurança publica ou a sua propria, provocando tambem desordem, causando escandalo, etc. De modo que a Comissão redigiu o art. 3.º da emenda substitutiva de modo diverso do estabelecido no código penal, ficando assim revogado o art. 396 do dito código. Tambem redigiu o art. 4.º — embriaguez habitual — de modo differente do estabelecido no código penal, concretisando-se a contravenção quando o individuo:

- a) habitualmente embriagar-se;
- b) por actos inequívocos tornar-se nocivo ou perigoso a si proprio, a outrem ou á ordem publica.

Mas como se trata no caso de um verdadeiro doente, reclamando um tratamento especial, que não pôde ser dado na cadeia, o art. 3 manda que elle seja internado por um determinado tempo, em um estabelecimento apropriado, cuja criação o projecto faz”.

São elementos da contravenção prevista no art. 2.º:

a) o estado de embriaguez do agente, que deve ser voluntario e resultante quer do alcool, quer de outra bebida ou substancia inebriante (n. 593).

b) que nesse estado o agente se apresente publicamente, isto é, de modo que possa ser observado indeterminadamente por muitas pessoas, e não somente por um circulo limitado de determinadas pessoas, o que se pôde verificar não só em ruas e praças de uma cidade, mas tambem em cafés, restaurants, theatros, etc.

c) que a embriaguez cause escandalo, isto é, offensa do sentimento moral, desordem ou ponha em risco a segurança propria ou aheia.

São elementos da contravenção do art. 3.º:

- a) que o agente se embriague por habito;
- b) que, por actos inequívocos se torne nocivo ou perigoso a si proprio, a outrem, ou á ordem publica.

No projecto n. 121, apresentado á Camara dos Deputados, em meados de 1908, alterando as penas da embriaguez e creando um asylo de bebedores, o Dr. MELLO MATTOS, adoptando o conceito que do ebrio habitual dava o projecto allemão de 1881, de que trata VIDAL, na *Revue pénitentiaire*, de 1896, p. 14, assim o reproduzia, no art. 2: “Entende-se por ebrio habitual o individuo que notoriamente se entrega á embriaguez de modo continuo, ou

periodico, de tal sorte que perdeu, mais ou menos, o imperio de si mesmo e a capacidade de administrar sua pessoa e bens, ou cuidar dos seus negocios, tornando-se perigoso para si mesmo e para as pessoas com quem vive e para a ordem publica.” Como se vê, é o conceito que adoptou tambem a lei, definindo a contravenção, no art. 3º.

593. A figura do art. 4 da lei apresenta duas modalidaes:

a) Fornecer a qualquer pessoa em logar frequentado pelo publico bebida ou substancia inebriante com o fim de embriagá-la.

É um caso de embriaguez provocada, e, pois, de necessidade que se prove que o agente tinha o fim ou proposito de embriagar a pessoa, qualquer que seja, a quem fornece a bebida ou substancia inebriante. Trata-se de um verdadeiro delicto, embora classificada a figura como contravenção, e naquelle aspecto devendo ser apreciado. A lei eliminou a aggravante prevista no art. 397, § unico do codigo, isto é, de ser o paciente de menor idade, ou, quando maior, se achar manifestamente em estado anormal por fraqueza ou alteração da intelligencia, aggravante prevista no art. 439 do codigo penal italiano, fonte commum, e cuja razão de ser é obvia, attenta a menor resistencia que offerece o paciente em tal estado.

b) Fornecer bebida ou substancia inebriante, em logar frequentado pelo publico, a pessoa que já estiver embriagada. É o caso de superintoxicação.

Integra-se a figura com o simples fornecimento da bebida ou substancia inebriante, presupposto sendo que o agente tinha conhecimento do estado de embriaguez, em que se achava o paciente. Não se requer, tratando-se de alcoolismo, que a pessoa tenha chegado ao ultimo periodo (vid. 1º vol., n. 242), uma vez que a lei não distingue; por equal, se a embriaguez provem de outro toxico. O individuo que já está sob a acção de um desses venenos e a quem se admistra outra dose do mesmo ou de outro toxico, fica em estado de superintoxicação; o damno á saúde pôde ser grave e imminente o perigo de morte (CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO e PORTO CARREIRO).

Por *substancia inebriante*, neste e nos outros casos da lei, se entende a que, introduzida no organismo, produz embriaguez, e taes são as que contêm alcool, opio e seus alcaloides, cocaina e seus congeneres, ether ordinario, hachiche, etc. Quanto ás *bebidas alcoolicas*, são geralmente divididas em tres classes: *fermentadas* (vinho, cerveja, etc.), *distilladas* (aguardente, cognac, rhum, whiskey, etc.), e *essencias*, cujo typo é o absintho e a cuja classe se filiam os licores, o vermouh, o bitter, os aperitivos em geral (autores supra citados).

O codigo italiano fala em *logar publico* ou *franqueado ao publico*, casos distinctos, aquelle por natureza tendo o caracter publico, este quando effectivamente frequentado por indefinido numero de pessoas. O nosso codigo e a lei restringiram a contravenção ao segundo caso.

Como aggravante de qualquer das modalidades do art. 4, da lei, cogita esta do caso de ser o agente dono da casa commercial de que provier a bebida

ou substancia inebriante, e com razão, pois, além da perversidade, ha o interesse do ganho, da venda da bebida ou substancia inebriante, em prejuizo do paciente.

A figura do art. 5 tem como fonte o art. 10 do decr. legislativo n. 1.631 de 9 de janeiro de 1907, e art. 247 do respectivo regulamento, baixado com o decr. n. 6.440 de 30 de março de 1907, que reformou o serviço policial do Districto Federal. Visa-se restringir o alcoolismo, protegendo especialmente os menores de seus effeitos damnosos. Adoptando o que já dispunha o projecto MELLO MATTOS, com as modificações suggeridas por EVARISTO DE MORAES, o projecto, depois convertido no decr. legislativo n. 4.294 de 1921, creou um estabelecimento especial, no Districto Federal, para a internação de toxicomanos, quer infractores, quer não, cuja organização, funcionamento, condições de internação e de retirada dos intoxicados vêm determinados no respectivo regulamento, baixado com o decr. n. 14.696 de 3 de setembro de 1921.

## CAPITULO XIII

### DOS VADIOS E CAPOEIRAS

**Art. 399.** Deixar de exercitar profissão, officio ou qualquer mistér em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover á subsistencia por meio de occupação p̄hibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bon̄s costumes:

Pena — de prisão cellullar por quinze a trinta dias.

§ 1.º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.

§ 2.º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos industriaes, onde poderão ser conservados até a idade de 21 annos.

**Art. 400.** Se 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. Se o infractor fôr estrangeiro, será deportado.

**Art. 401.** A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta si o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua

subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigar.

Paragpho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.

**Art. 402.** Fazer nas ruas e praças publicas exercicio de agilidade e destreza corporal, conhecidos pela denominação — capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, amehaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal.

**Pena** — de prisão cellular por dois a seis mezes.

Paragpho 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 gráo maximo, a pena do art. 400.

Paragpho unico. Se fôr estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

**Art. 404.** Se nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, e perturbar a ordem, a tranquillidade ou segurança publica, ou fôr encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

#### DECR. N. 145, DE 11 DE JULHO DE 1893

**Art. 1.º** O Governo fundará uma colonia correccional no proprio nacional, "Fazenda da Boa Vista", existente na Parahyba do Sul, ou onde melhor lhe parecer, devendo aproveitar, além daquella fazenda, as colonias militares actuaes que a isso se prestarem, para correccão, pelo trabalho, dos vadios, vagabundos e capoeiras que forem encontrados, e como taes processados na Capital Federal.

**Art. 2.º** São comprehendidos nessas classes:

§ 1.º Os individuos de qualquer sexo e qualquer idade que, não estando sujeitos ao poder paterno ou sob a direcção de tutores ou curadores, sem meios de subsistencia por fortuna propria, ou profissão, arte, officio, occupação legal e honesta em que ganhem a vida, vagaram pela cidade na ociosidade.

§ 2.º Os que, por habito, andarem armados, em correrias, provocando tumultos e incutindo terror, quer aproveitando o movimento da população em festas e solemnidades publicas, quer em manifestações de regosijo e reuniões populares ou outras quaesquer circumstancias.

594. Já vimos a ligação intima entre a mendicidade e a vagabundagem, aquella não passando de uma forma desta, e que no ponto de vista da repressão era de se distinguir entre mendigos validos e invalidos, os primeiros sómente podendo incorrer na sancção penal (n. 390). Esta mesma distincção deve ser feita entre os vagabundos, distribuidos assim em voluntarios e involuntarios, ou em forma mais analytica, consoante a classificação adoptada pelo Congresso penitenciario de Pariz, de 1895, vagabundos *invalidos e enfermos*; vagabundos *accidentaes* e vagabundos *professionaes*. Os primeiros são os *insufficientes physicos* e *insufficientes psychicos*, formando o maior numero, e comprehendendo os velhos, as crianças abandonadas, os doentes de certas molestias chronicas ou affectados de molestias nervosas, destacando-se os que CHARCOT qualificou de *automatos ambulatorios*. Abundante é a literatura respectiva, trazendo um manancial fertil de observações, bem orientando a administração publica em varios paizes no sentido de prevenir o mal e de prestar a necessaria assistencia a esses infelizes, fóra como se acham da orbita do direito penal. Os segundos são os que não podem trabalhar por circumstancias independentes de sua vontade, como e principalmente por falta de occupação ou emprego (*chomage*, como dizem os francezes), entre os quaes se incluem os egressos das prisões, pela permanencia nestas, pela difficuldade ou impossibilidade de collocação, cercados de desconfiança, sem amparo de patronatos, e o que mais é, em grande numero de casos, em nosso meio pela acção da propria policia, por funcionarios inescrupulosos, preparando os processos de vadiagem, e perseguindo os infelizes que lhes cahem no desagrado, como bem salientou EVARISTO DE MORAES no seu bello trabalho — *Ensaio de pathologia social*.

Os terceiros são os que não querem trabalhar, embora aptos e não tendo meios de subsistencia. São estes que reclamam energica repressão, por formarem, como bem diz ADOLPHO PRINS, o estagio da criminalidade, exactamente como os mendigos validos. São os *parasitas sociaes*, na theoria de FLORIAN e CAVAGLIERI, pois vivem á custa da sociedade, sem lhe prestar o menor serviço, antes prejudicando-lhe o desenvolvimento, perturbando sua existencia. Caracterizando esta classe de individuos, os antigos jurisconsultos JULIUS CLARUS, FARINACIUS e outros diziam: *Vagabundus proprie dicitur qui per mundum vagatur nec certum habet domicilium in quo habitat*.

Assim, do simples *vadio*, do que vive em ociosidade, se distinguia o *vagabundo* por não ter domicilio e pela vida errante ou de *vaguear*, donde a denominação. O codigo penal francez, art. 270, define a infracção por estes termos: "Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier

ni profession.” Criticando esta qualificação, nota GARRAUD que “o legislador desta maneira confunde duas categorias de gente, que nossas antigas leis sempre distinguiam: os vadios e os vagabundos.” O conceito foi ampliado pela lei de 27 de maio de 1885. O nosso código de 1830, art. 295, cogitava da *vadiagem*, que fazia consistir em “não tomar qualquer pessoa uma occupação honesta e util de que pudesse subsistir, depois de advertido pelo juiz de paz, não tendo rendas sufficientes.” A pena era de prisão com trabalho por 8 a 24 dias, elevada para 1 a 6 mezes de prisão com trabalho e ao duplo na reincidencia, pelo art. 4 da Lei de 26 de outubro de 1831. Revogada esta lei pela de 1.º de setembro de 1869, art. 3, voltou a prevalecer a disposição do código.

O vigente código, inspirado no código francez e lei de 27 de maio de 1885, que o modificou, fundiu, como diz JOÃO VIEIRA, a vadiagem e a vagabundagem, na primeira parte do art. 399, e na segunda, reputando também como da mesma figura contravencional. o facto de “prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva á moral e aos bons costumes.”

Segundo o art. 399, primeira parte, são elementos da contravenção:

- a) falta de profissão, officio ou qualquer mister em que ganhe a vida;
- b) falta de meio de subsistencia;
- c) falta de domicilio certo, isto é, de residencia certa, fixa ou não.

São elementos da contravenção da segunda parte do art. 399:

- a) que o agente se entregue á occupação prohibida por lei ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes.
- b) que faça disso um meio de vida.

Vejamos agora as modificações trazidas a esse dispositivo pelas leis especiaes.

595. O decr. legislativo n. 145 de 11 de julho de 1893. art. 2, § 1.º transcripto no texto, veio modificar accentuadamente o dispositivo do art. 399 do código, quer em relação aos elementos da contravenção, cuja qualificação restringiu, quer em relação á penalidade. A contravenção ficou restricta á primeira parte do art. 399, e assim mesmo bem modificada, sancionando o legislador o conceito da vagabundagem propriamente dita.

São elementos da contravenção:

- 1) que o agente, homem ou mulher, maior de 14 annos, não esteja sujeito ao poder paterno, ou sob direcção de tutores ou curadores;
- 2) que não tenha meios de subsistencia por fortuna propria ou profissão, arte, officio, occupação legal e honesta em que ganhe a vida;
- 3) que vagueie pela cidade na ociosidade.

Quanto ao primeiro desses elementos, si bem que a lei diga — *de qualquer idade*, deve haver a restricção notada, isto é, de ser o agente maior de 14 annos, porquanto os menores desta idade, maiores de 9 annos, sem assistencia e vagantes, entram a formar a categoria dos *menores abandonados*, sujeitos apenas á providencias administrativas, nos termos do art. 7, n. II

da lei n. 947 de 29 de dezembro de 1902. A restrição já vinha do código, art. 399 § 2.º. Pela letra do art. 52 § 1.º do reg. baixado com o decr. n. 6.994 de 19 de junho de 1908, sómente os maiores podem ser considerados vadios, mas além de ir de encontro ás leis regulamentadas, contradiz-se formalmente, porquanto no § 5 do mesmo art. 52 inclue na classe dos internandos na Colônia o menor de 21 annos, condemnado nos termos do art. 399 § 2.º do código penal, isto é, como vadio, e no art. 56 diz que os maiores de 14 annos alli poderão ser conservados até a idade de 21 annos, reportando-se ao mesmo dispositivo da lei penal. Seria para desejar que só os maiores ficassem sujeitos á sanção penal como vagabundos, os menores só reclamando assistencia publica e privada.

Quanto ao segundo elemento, é preciso para excluir a contravenção, que o agente tenha *meios sufficientes de subsistencia*, pois só assim deixa de ser temivel, necessidade não tendo de apropriar-se do alheio.

Nesta indagação, questão de facto, deixada ao criterio do juiz se o agente tem *fortuna propria*, não cabe investigar a origem desta: se tem *profissão, arte, officio* ou *occupação*, é preciso que seja *honeste e legal* e além disso exercida *habitualmente*. Não estaria neste caso, por *illegal*, a occupação do jogador, do proxeneta ou caften, etc.: por *deshonesta*, a da prostituta, etc.

Dizendo-se *exercício habitual de profissão*, não se quer dizer seu *exercício continuo*, mas a *habitualidade do trabalho*, pois é a ociosidade que a lei véda (GARRAUD, NYPELS e SERVAIS).

Quanto ao terceiro elemento, requer a lei que o agente ande *vagando pela cidade na ociosidade*. Como vimos, é essa vida errante e ociosa que tem caracterisado a vagabundagem.

Della cogita o código penal allemão, art. 361 n. 3, e LISZT apreciando-o, diz que “o que caracteriza essencialmente á vagabundagem é o facto de vaguear-se, mendigando, de um logar para outro.

Não está pois neste caso o vadio das grandes cidades.”

A nossa lei, afastando-se desse conceito tradicional, entende sufficiente que o *vaguear* ociosamente se verifique na mesma cidade. A vagabundagem não é incompativel com a posse de um domicilio, e, por isso, deste não cogita a lei, pois como nota OLSHAUSEN, o vagueiar punivel é o feito á custa alheia e como meio de vida, ou, segundo o nosso direito, que destacou a mendicidade como *contravenção especial*, o vagueiar é o feito ociosamente, desprovido o agente de meios de subsistencia.

Como as demais contravenções, a da vagabundagem exige como requisito moral a voluntariedade, o que convem lembrar para distingui-la da involuntaria, que escapa á repressão penal. E' a adopção espontanea e livre de um meio de vida socialmente perigoso o que a lei pune (GARRAUD, BOITARD). E' preciso, pois, que na instrucção processual fique demonstrado que o estado de vagabundagem não foi determinado por insufficiencia physica ou psychica nem por causas accidentaes, mas voluntariamente.



A pena é a de internação na Colonia Correccional, entre os limites do minimo e maximo de seis mezes a dois annos, tendo-se em consideração a idade e o sexo do processado.

Na reincidencia, a pena é tambem de internação ou reclusão no mesmo estabelecimento por um a tres annos, ou a deportação se fôr estrangeiro e residente no Brazil por menos de cinco annos. O estrangeiro expulso que voltar ao paiz antes de revogada a expulsão, ficará pela simples verificação do facto, sujeito a pena de dois annos de prisão, após o cumprimento da qual, será novamente expulso (decr. cit. n. 145, art. 3, paragrapho unico, lei n. 917 de 1902, art. I, n. IV, decr. n. 4.247 de 6 de janeiro de 1921, arts. 3 e 6).

596. A figura contravencional do art. 402 do codigo penal é a da *capoeiragem*, não prevista no codigo anterior, e de criação *indigena*. Como se vê de sua qualificação, assume duas modalidades, uma consistente em fazer nas ruas e praças publicas exercicio de agilidade e destreza corporal; outra, mais perigosa para a segurança publica e individual, mas não obstante punida com a mesma pena, consistente em 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.

O cit. decr. legislativo n. 145 de 1893, art. 2 § 2, modificou essa qualificação, reduzindo-a á segunda modalidade, e com alteração, como se vê do texto. Trouxe tambem modificação á penalidade, quer para a primeira infracção, quer para a reincidencia, e que é a mesma da vagabundagem (n. 595), derogando assim os arts. 402 e 403 do codigo penal.

Subsiste o art. 404.

## 597. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I. Não ha como confundir o termo de bem viver com o termo de tomar occupação: este é um complemento da pena corporal e decorre da sentença que condemna o contraventor (art. 399 § 1.º do cod. penal); aquelle é uma medida preventiva applicavel a todos os individuos mencionados no art. 12 § 2.º do cod. do proc. criminal, embora possam alguns delles incorrer em contravencção, caso se verifiquem os respectivos elementos, o que não importa dupla punição por um mesmo facto, attenta a diversidade das hypotheses (*Accordam de 30 de agosto de 1899*).

II. O art. 27 § 1.º da lei n. 2.110 de 1899, autorizando, mesmo nos crimes afiançaveis a prisão preventiva do vagabundo, sem profissão licita, ou domicilio certo, e tambem do que já tenha cumprido pena por effeito de sentença proferida por tribunal competente, revogou implicitamente as leis anteriores, que permittiam se livrassem soltos, mediante fiança, os réos vagabundos e reincidentes (*Accordam de 17 de outubro de 1919*).

A este accordam se referem, applicando-o ás especies, os da 3.a Camara da Côrte de Appellação, ambos de 15 de outubro de 1921, cassando fianças concedidas pelo juiz *a quo* a réos já condemnados por vagabundos.

III. A hypothese em que o condemnado pela contravenção do art. 399 do cod. penal, tem a pena suspensa por apresentar fiador idoneo, e depois continúa a não ter domicilio, nem profissão, nem meio de subsistencia, não se confunde com a do parágrafo unico do art. 401 do mesmo código, em que a requerimento do fiador, se julga quebrada a fiança.

Não é possível que o condemnado, prestada a fiança, continue a infringir o art. 399 do código, sem que se torne effectiva a condemnação. Bem, pois, interpretou a Côrte de Appellação os arts. 399, 400 e 401 do referido código, mandando fosse cumprida a pena suspensa (*Accordam de 22 de novembro de 1919*).

IV. A condemnação suspensa por força do art. 401 do cod. penal não é a verdadeira e propria condemnação condicional, porque nesta se verifica a suspensão do cumprimento da pena já pronunciada, ou a abolição da propria pena se, em certo prazo, o condemnado proceder correctamente; ha, portanto, um periodo fixo, em que a lei não admite a prescripção, ao passo que o art. 401 não marca o praso da suspensão.

O código estabelece nos arts. 71 e 72, sem restricção ou distincção, que a pena se extingue pela prescripção e, pois, não se pôde dizer que, em consequencia do art. 401, ella é applicavel 40, 50 ou mais annos depois de ter sido pronunciada. Ainda nos termos do art. 80 do mesmo código, é unicamente a prisão em execução da pena que interrompe a prescripção da condemnação, cujo praso começa a correr, segundo o cit. art. 80, do dia em que passar em julgado a sentença ou daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Assim, tendo sido suspensa a execução da pena imposta ao paciente em 29 de dezembro de 1916, e tendo começado a correr desta data o novo praso para a prescripção, terminou elle antes de ser proferido o accordam da 3.a Camara da Côrte de Appellação, quer se applique ao caso a 1.ª alinea do art. 85, quer a 2.a alinea (*Accord. de 18 de julho de 1921*).

V. A disposição do art. 401 do cod. penal é taxativa, não admite excepção, nem dá margem a que o juiz possa recusar a fiança, desde que idoneo seja o fiador; portanto, esteja o vadio ou vagabundo sujeito ou não a outra pena, não se lhe pôde negar a suspensão da que lhe foi imposta pela contravenção, desde que o fiador por elle se obrigue (*Accordam de 18 de janeiro de 1922*).

VI. A disposição do art. 263 do decr. n. 9.263 de 28 de dezembro de 1911 não é inconstitucional. Estabelece-se nesse artigo que a fiança especial do art. 401 do cod. penal é de 15 dias. Se, findo este praso, fôr verificada a

continuação da ociosidade do afiançado, é a fiança declarada sem efeito e executada a pena”.

O art. 401 do código penal não estatue a fiança, regula apenas a forma de resolver sobre a respectiva cobrança. O Congresso Nacional, demais, no exercício da atribuição que lhe confere a Const. Federal, podia delegar ao Executivo, como delegou, a faculdade de expedir o decr. n. 9.263 citado, que reorganizou a Justiça local deste Districto, e assim já foi resolvido por este Tribunal, declarando o mesmo decreto perfeitamente legal.

Além disso, a fiança, nos termos do art. 72 § 14 da Constituição, está subordinada ao caso em que a Constituição a admitiu no referido texto, não impedindo, portanto, a disposição constitucional referida que o legislador, nos processos de contravenção por vadiagem, altere o dispositivo dos arts. 399 e 401 do Código penal, limitando o prazo da fiança e dando á autoridade judiciaria competencia para declarar a mesma fiança sem efeito, e executar a pena, independentemente da intervenção do fiador (*Accordam no habeas-corpus n. 8.998 de 1923*).

## DISTRICTO FEDERAL

VII. O simples facto do individuo não ter profissão nem meios de onde tirar a subsistencia é o elemento material da vagabundagem, mas não basta para caracterisal-a legalmente. O que a lei reprime na vagabundagem é a *adopção voluntaria* de um genero de vida socialmente perigoso (GARRAUD, *Tr. de droit pén.*, n. 1.459, vol. 4). É mistér, pois, verificar se tal situação é ou não consequencia da vontade livre e consciente do agente, para na affirmativa ter-se como integrada a figura delictuosa (*Decisão do Juiz da 3.ª Vara Criminal, reformando decisão do Juiz da 8.ª Pretoria, em 7 de abril de 1909, accord. da 1.ª Cam. da Côte de Ap., de 25 de maio de 1927*).

VIII. Sendo a vadiagem uma contravenção de natureza continua e permanente no individuo que a ella se entrega, constitue um estado, um genero de vida, que se não interrompe senão por uma condemnação e consequente reclusão em cumprimento de pena. Antes do julgamento não ha criminoso nem se pôde affirmar que alguém seja um vagabundo. Desde, portanto, que o paciente foi mandado aguardar em liberdade o julgamento do seu processo inicial, em que ficaria apurado o seu estado de vadiagem ou a sua innocencia, não é curial que elle, com desrespeito ao julgado, seja mettido no carcere pelo mesmo estado de facto, que é apenas a continuação do estado anterior (*Accord. da 1.ª Cam. da Côte de Ap., de 27 de setembro de 1929*).

IX. Não pôde a autoridade policial formar novo processo por contravenção de vadiagem enquanto não fôr definitivamente julgado pela autoridade judiciaria o processo anterior, movido contra o accusado por contravenção da mesma natureza (*Accord. da 1.ª Cam. da Côte de Ap., de 21 de março de 1930*).

X. O acusado que está sendo processado pela contravenção de vadiagem, não póde ser novamente preso e processado pelo mesmo motivo enquanto não fôr julgado o primeiro processo (*Accord. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côte de Ap., de 10 de junho de 1930*).



LIVRO IV  
**Disposições gerais**



## 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.º, para regular a fiança provisoria, pela autoridade a quem competir concedel-a, conforme as circumstancias do caso;

2.º, para regular a pronuncia, pelo juiz da causa, mediante arbitramento feito por dois peritos de sua nomeação.

§ 1.º O arbitramento assentará na avaliação do objecto, ou em falta deste, na prova documental, ou testemunhal, e poderá ser corrigido pelo juiz.

§ 2.º 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.

**Art. 406.** A fiança não será concedida nos crimes, cujo maximo de pena fôr prisão celllular, ou reclusão por quatro annos.

Paragrapho unico. Para os effeitos de fiança provisoria, a pena de prisão celllular será considerada equivalente á de prisão com trabalho e a de reclusão á de degredo, sendo alterada a tabella vigente.

**Art. 407.** Haverá logar a acção penal:

§ 1.º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a;

§ 2.º Por denuncia do ministerio publico em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se:

1.º Os crimes de furto e de damno, não tendo havido prisão em flagrante;

2.º Os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, caluñnia e injuria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvo os casos do art. 274.

§ 3.º Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inafiançaveis, 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 auxilial-a.

**Art. 409.** Emquanto não entrar em inteira execucao o systema penitenciario, a pena de prisao cellular será cumprida, como a de prisao com trabalho, nos estabelecimentos penitenciarios existentes, segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisao simples com augmento da sexta parte do tempo.

§ 1.º A pena de prisao simples, em que fôr convertida a de prisao cellular, poderá ser cumprida fóra do logar do crime, ou do domicilio do condemnado, si nelle não existirem casas de prisao commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena terá de ser cumprida.

§ 2.º O cumprimento dessa pena, embora penda recurso voluntario, começará a cõntar-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 regimento dos auditorios que decretam penas pecuniarias e disciplinares, continuarão a ser observadas na parte em que não tiverem sido especialmente revogadas por este codigo.

**Art. 411.** Este codigo começará a ser executado em todo o territorio da Republica seis mezes depois de sua publicação na Capital Federal.

**Art. 412.** Ficam revogadas todas as leis em contrario.

598. As disposições deste livro melhor se denominariam *finaes*, e não *geraes*, por isso que, as deste character são as continentes do livro I. Além disto, constituem materia do *Direito judiciario* a mór parte dellas, isto é, as do art. 405 ao art. 408, e, por isso, melhor enquadraveis em lei especial, não obstante a ligação intima que tem com o direito penal. Sua inclusão no codigo explica-se pela circumstancia de ser este posto em vigor quando, innovando em varios pontos a legislação anterior, attinentes ao direito de acção e ao processo, na ausencia de dispositivos leaes respectivos, ser necessario prover a respeito. Não procede o argumento adduzido de se tratar de materia de *direito substantivo* e não *formal*, porquanto admittindo mesmo essa distincção meramente analogica, devida a BENTHAM, mas mal comprehendida, isso não implica que devesse deixar o assumpto de tocar á lei distincta, ainda da competencia da União Federal.

O Direito judiciário, que é um ramo do direito publico interno, encarado doutrinaria ou scientificamente, e como direito positivo ou legislação, comprehende: 1.º a doutrina e legislação de *organização judiciaria*, tratando da criação e competencia das autoridades judicarias, dos órgãos do ministerio publico e auxiliares; 2.º a doutrina e legislação das *acções*, tomadas na accepção objectiva, como remedios de direito, determinando as condições de sua applicação, explicando quem pôde agir, contra quem, para que, o que deve ser allegado pelo autor ou réo, onde podem ser propostas, emquanto e até que tempo devem ser propostas, qual a indole do respectivo processo; 3.º a doutrina e legislação das *provas*, determinam os casos em que uma forma probante é da substancia do contracto, os casos de simples necessidade de prova formal preconstituída, as provas casuaes, a força probante dos actos, o modo e a forma de produzir a prova em juizo; 4.º a doutrina e a legislação do *processo*, relacionando-se com as classes anteriores, determinando os actos necessarios para chegar ao fim proximo, que é o *judgamento*, como ao fim remoto, que é a *segurança constitucional dos direitos*, actos que, encarados intrinsecamente, são da *causa* e do *juizo*, formando o *processo* propriamente dito, e encarados em sua forma extrinseca, ou em sua manifestação sensível, quer natural, quer artificial, pelos gestos, symbolos ou palavras falladas ou escriptas, formando o *procedimento judicial* (vid. 1.º vol., p. 69). Ora, as disposições dos arts. 405 são referentes ao *arbitramento* e á *avaliação* do objecto sobre que versar o furto ou estellionato, e as do art. 406 aos casos da *fiança* ou *caução criminal*, actos do juizo, e, pois, da doutrina e legislação do *processo* (vid. 1.º vol., loco citado); as disposições do art. 407 são referentes á *doutrina das acções*, especificando quem pôde agir e em que casos, e ao do art. 408, por se prenderem ao movimento processual e ao direito de intervenção judicial, são pertencentes á essas duas classes do direito judiciário.

O assumpto foi devidamente esplanado no meu *Curso de processo criminal*, 2.ª edic., ps. 68 e seguintes.

Assim, nos limitamos a registrar o estado da legislação e arestos a respeito.

599. A fiança (que melhor se diria *caução*, por consistir em garantia real) não pôde ser concedida:

a) Attendendo ao *quantum* da penalidade, nos crimes cujo maximo de pena fôr prisão cellular, ou reclusão por quatro annos (cod. penall, art. 406), e bem assim nos de furto de valor igual ou excedente de 200\$000 (lei n. 628 de 28 de outubro de 1899, art. 2, n. I). Por decisões recentes, o Supr. Tribunal Federal tem considerado como affiançaveis os crimes de furto por apropriação, qualquer que seja o valor da cousa (vid. n. 475, IV).

2) Attendendo á *natureza* do crime, nos seguintes casos:

a) furto de animaes nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura, e os capitulados nos arts. 141 e 142 do cod. penal (lei cit. n. 628, art. 2, ns. II e III);

b) de moeda falsa e de contrabando (lei n. 515 de 3 de novembro de 1898, art. 13);

c) lenocínio qualificado na lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915 (decr. n. 4.269 de 17 de janeiro de 1921, art. 70);

d) contra o exercício dos direitos políticos definidos nos arts. 165 e 172 do cod. penal, e nos arts. 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56 § 9.º e 57 § da lei n. 3.208 de 27 de dezembro de 1916, e art. 32, da lei n. 3.139 de 2 de agosto de 1916, nos decrs, ns. 4.215 de 20 de dezembro e 4.226 de 30 de dezembro de 1920, e os de falsificação ou alteração de substâncias alimentícias definidos nos arts. 163 e 164 do cod. penal (decr. n. 3.987 de 2 de janeiro de 1920, art. 13 § 3.º).

A tabella de fiança, que é sempre definitiva, acompanha o decr. n. 3.475 de 1899.

600. A acção penal tem lugar por *queixa*, por *denuncia* ou mediante procedimento *ex-officio*.

1.º) Por *queixa*, como forma de proposição da acção penal, privada ou como exposição do facto criminoso, feita pelo *proprio offendido* ou *por quem tiver qualidade para represental-o*, concluindo pelo pedido da condemnação do delinquente como incurso em determinada disposição da lei penal (cod. penal, art. 407 § 1.º).

2.º) Por *denuncia*, como fórma da proposição da acção penal publica ou como exposição do facto criminoso, feita por *qualquer pessoa*, ou por *eleitores* ou pelo *orgam do ministerio publico*, pedindo ao juiz competente que declare o delinquente incurso em determinado artigo da lei penal.

A denuncia póde ser offerecida por *qualquer pessoa*:

a) nos crimes politicos e nos de responsabilidade dos funcionarios federaes (Const. Federal, art. 72 § 9, decr. n. 3.084 de 5 de novembro de 1898, art. 39, parte 2.ª);

b) nos crimes de lenocínio (lei n. 2.992 de 25 de setembro de 1915, art. 1.º, § 3.º, letra c);

c) nos crimes de que trata a lei n. 496 de 1.º de agosto de 1898, arts. 21 e 24, em face do que estatuem a mesma lei, art. 26 e decr. n. 3.836 de 24 de novembro de 1900.

A denuncia póde ser offerecida por *cinco eleitores*, em uma só petição, nos crimes politicos definidos nos arts. 165 a 172 do cod. penal, e nos arts. 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56 § 3.º e 57 § 6.º da lei n. 3.208 de 27 de dezembro de 1916, em face do que estatue esta no art. 56 § 1.º e nos decrs, ns. 4.215 de 20 de dezembro e 4.886 de 30 de dezembro de 1920.

A denuncia póde ser offerecida pelo *ministerio publico* em todos crimes e contravenções.

Exceptuam-se:

a) o crime de damno que não fôr praticado em coisas do dominio ou uso publico da União, dos Estados e Municipios, ou em livros de notas, actas e termos, autos e actos originaes de autoridade publica, não tendo havido prisão em flagrante (cod. penal, art. 407 § 2.º, n. 1, combinado com a lei n. 628 de 28 de outubro de 1899, art. 1.º, n. II);

b) os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, le-nocinio do marido contra a mulher, calunnia e injuria contra particulares, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos dos arts. 274 e 278 do cod. penal, e bem assim os de violencia e attentados ao pudor praticados nas pessoas dos alienados (cod. penal, arts. 277, paragra-pho unico e 407 § 2.º lei n. 2.992 de 25 de setembro de 1915, art. 1.º, § 3.º, letra a, decr. n. 1.132 de 22 de dezembro de 1903, art. 1.º, decr. n. 4.743 de 31 de outubro de 1923, arts. 21 e 22);

c) os crimes contra a propriedade literaria e artistica não comprehendidos nos arts. 21, n. 1 e 24 da lei n. 496 de 1.º de agosto de 1898; segundo o disposto no seu art. 26 e no decr. n. 3.836, de 24 de novembro de 1900.

3) Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inafiançaveis, quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos da lei, excepto nos crimes de fallencia culposa ou fraudulenta, em que não caberá tal procedimento (cod. penal, art. 407 § 3.º, lei n. 2.024 de 17 de dezembro de 1908, art. 173).

Justificando esta excepção em a nota 16 de sua *Consolidação das leis penaes*, diz o Dr. EUGENIO FERREIRA DA CUNHA que ella decorre da lei n. 2.024 de 17 de dezembro de 1908, que não adoptou o systema da qualificação obrigatoria da fallencia, seguido pelo cod. commercial, pelo decr. 917 de 24 de outubro de 1890, pela lei n. 859 de 16 de agosto de 1902 e seu reg. n. 4.855 de 2 de junho de 1903. A acção penal contra o fallido, seus cumplices e demais pessoas, que commetteram os crimes definidos na mesma lei, está confiada á livre iniciativa do ministerio publico, dos liquidatarios, ou de qual-quer credor.

601. Quanto á disposição do art. 409 do cod. penal, de natureza transi-tória, mas que ainda continúa em vigor em quasi todo o paiz, por falta de estabelecimentos penitenciarios adequados, vide o que expendemos no 1.º vol. n. 423, e quanto ao art. 410, o que dissemos no n. 71. Finalmente quanto ao art. 411, ficou revogado pelo decr. n. 1.127 de 6 de dezembro de 1890, que em vez de um prazo unico, estabeleceu diversos, em attenção á facilidade de communicação, para execução do cod. penal.

Segundo o art. 1 desse decreto, o codigo penal entraria em plena exe-ção:

- 1.º No Districto Federal, em 20 de dezembro de 1890;
- 2.º Em todos os Estados do littoral, desde o Rio Grande do Sul até o Pará, e em Minas Geraes, no dia 1 de fevereiro de 1891;
- 3.º Nos Estados do Amazonas, Goyaz e Matto Grosso, no dia 1 de março de 1891.

## 602. JURISPRUDENCIA BRAZILEIRA.

### a) Arbitramento e avaliação

#### DISTRICTO FEDERAL

I. O arbitramento procedido perante a autoridade policial, quando feito de accôrdo com as regras estabelecidas no cod. penal, produz seus juridicos e legaes effectos, tendo o benefico effecto de permittir que seja promptamente restituído ao dono o objecto que lhe foi subtrahido, de evitar a perda ou desvio do mesmo objecto, o que difficultaria o arbitramento, as despezas do deposito, até que fosse feita a avaliação no summario de culpa; as deteriorações produzidas pelo tempo conforme a natureza do objecto.

A disposição do art. 405 n. 2 do cod. penal é facultativa e não obrigatoria; o juiz da instrucção criminal pôde decretar novo arbitramento, *ex-officio* ou a requerimento das partes, si o arbitramento procedido perante a autoridade policial não foi feito de accôrdo com as regras estabelecidas no cod. penal, si o valor dado aos objectos subtrahidos parecer excessivamente alto ou excessivamente benigno (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal, de 2 de agosto de 1902*).

No mesmo sentido accord. da 1ª Camara da Côrte de Appellação de 10 de junho de 1907.

### b) Fiança

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

II. Mandando o art. 264 do cod. penal punir com a mesma pena do crime imputado a denuncia calumniosa, e sendo, na hypothese, o do art. 330 § 4, punido no maximo com a pena de prisão celllular por 3 annos, é manifestamente afiançavel, no caso, aquelle delicto. E' incapaz de autorizar a conclusão em contrario o disposto na lei n. 628 de 1899, que, tendo por motivos especiaes, tornado inafiançavel o crime do art. 330 § 4 do codigo, não pôde, sem offensa das regras da interpretação em materia penal, estender-se ao art. 264 do mesmo codigo, que sómente pune o autor com a pena do crime imputado; sem sujeital-o a qualquer outra pronunciação de direito (*Accord. de 11 de outubro de 1911*).

III. Afiançabilidade do crime de apropriação indebita (vid. n. 475).

IV).

#### DISTRICTO FEDERAL

IV. Tres são os criterios da fiança: a) o gráo de pena (art. 406 do cod. penal); b) a natureza do delicto e valor do seu objecto (art. 2.º, n. I,

da lei n. 628 de 1899); c) a natureza do delicto unicamente (lei e art. citados, n. 2 com referencia ao decr. n. 121). A tentativa e a cumplicidade do crime especialmente declarado inafiançavel tambem são inafiançaveis, salvo tratando-se da hypothese do art. 21 § 3.º do cod. penal, em que o valor dos objectos receptados pôde não ser o dos furtados, por não representar a totalidade destes (*Accord. da 2.ª Camara da Côte de Appellação, de 12 de julho de 1907, confirmando decisão do Juiz da 1.ª Vara Criminal*).

V. Vid. mais 1.º vol., n. 37, I e II.

c) Acção penal

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

VI. Ao poder legislativo do Estado cabe sómente legislar sobre o direito processual e não sobre as materias de direito criminal, propriamente dito, as quaes foram privativamente reservadas ao poder legislativo da União (Const. Federal, art. 34, § 23). Se a acção, como demanda, pertence ao direito processual, como direito de demandar em juizo (*jus persequendi*) pertence ao direito denominado substantivo (direito material em contraposição ao formal), segundo a distincção classica igualmente admittida, que o legislador constituinte não podia ignorar nem deixar de ter em vista ao traçar a linha divisoria entre a competencia legislativa da União e a dos Estados em materia juridica. Com essa distincção se harmonisam as disposições do art. 407 do cod. penal referentes ao direito de agitar a acção penal; taes disposições, portanto, não podem ser alteradas por leis estaduaes (*Accord. de 31 de março de 1897*).

No meszno sentido accord| de 3 de julho de 1910.

Vide meu *Curso de processo criminal*, ns. 93-97 e 139-150.

DISTRICTO FEDERAL

VII. O ascendente do offendido, embora seja este *maior*, pôde dar queixa por elle. O cod. penal, art. 407 § 1.º, não faz distincção alguma entre o offendido menor e o offendido maior, dizendo simplesmente que a queixa compete á parte offendida, ou a quem tiver qualidade para represental-a (*Accord. da 2.ª Camara da Côte de Appellação, de 11 de setembro de 1906*).

VIII. Na impossibilidade do queixoso ou denunciante comparecer em juizo, é necessario que ao seu procurador sejam outorgados poderes especiaes e expressos para represental-o.

Essa exigencia legal é imposta não só porque trata-se de um acto em que é imprescindivel o juramento, ou compromisso, senão tambem porque, implicando responsabilidade penal para o queixoso a accusação intentada, quando se provasse ser esta calumniosa, ou de má fé, jámais se poderia tor-

nar effectiva a pena contra o queixoso, sem que se patenteasse ter o procurador agido nos restrictos termos da procuração. (*Accord. da 1.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 14 de janeiro de 1907*).

## ESTADOS FEDERADOS

IX. O filho não é competente para promover accusação por delicto commettido contra seu pae (*Accord. da Relação de Ouro Preto, de 13 de janeiro de 1896*).

X. Forma parte integrante dos poderes especiaes necessarios para offerer queixa por procurador a indicação do nome da pessoa contra quem a queixa deve ser dada, bem como a declaração do delicto que se lhe attribue, sem o que falta exactamente a determinação da causa para que é constituída, porque importando responsabilidade criminal para o queixoso a accusação proposta em juizo, quando se prova ser calumniosa ou intentada de má fé, jámais se conseguiria fazer effectiva contra o mesmo, sem que se mostrasse ter o procurador obrado nos restrictos termos da respectiva procuração (*Accord. da Relação do Estado do Rio de Janeiro, de 13 de julho de 1897*).

XI. A disposição da lei processual de um Estado na parte em que amplia a acção publica, estaria em desaccordo com o cod. penal (art. 407), viria modificar o systema de repressão exigido pelo mesmo codigo, e estabeleceria as seguintes modificações que são mais alguma coisa do que simples novidades processuaes: a) crear uma acção nova, qual a acção publica que pelo codigo só apparece havendo flagrante delicto, isto é, alarma social; b) alterar profundamente a acção da parte lesada, que não teria, nas condições da nova lei, a faculdade de guardar silencio, e ainda mais — de perdoar — ou tacitamente( deixando de promover a acção, ou expressamente, na forma do art. 77 do cod. penal; c) modificar o cit. art. 77 do codigo e consequentemente supprimir a faculdade, que têm o offensor e o offendido, de composição e transacção, implicitamente comprehendidas no systema do codigo (*Accord. da Relação do mesmo Estado, de 17 de fevereiro de 1899*).

XII. Não é direito exclusivo do pae legitimo dar queixa pelo filho offendido. Igual direito tambem tem o pae natural que reconheceu o filho por escriptura publica, uma vez que não lhe seja contestada a qualidade de pae (*Accord. do Trib. de Justiça, do Maranhão, de 5 de maio de 1899*).

XIII. Não tem o genro qualidade para auxiliar a justiça publica, no processo em que o sogro foi o offendido (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 9 de setembro de 1909*).

XIV. O genro e a filha são partes illegitimas para darem queixa, e promoverem o processo como partes activas e principaes na causa, contra o

mandante do assassinato de seu sogro e pae, visto que o direito de queixa é restrictamente conferido pelo art. 72 do cod. do proc. criminal, ao offendido. seu pae ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, e ao conjuge, sendo que a disposição do art. 407 § 1.º do cod. penal é uma synthese do disposto no cit. art. 72 sem amplial-o (*Accord. do Trib. de Reação de Minas, de 5 de agosto de 1899*).

XV. A intervenção da parte offendida, nos termos do art. 408 do cod. penal, na acção como auxiliar da justiça é de character limitado, não lhe sendo licito produzir testemunhas, fazer recusações nem interpor os recursos legaes (*Accord. do Trib. de Justiça do Amazonas, de 3 de outubro de 1900*).

XVI. O auxilio que o art. 408 do cod. penal permite ao offendido consiste unicamente em fornecer instrucções, esclarecimentos, documentos e provas, mas não comprehende o direito de recurso, que só é facultado á propria parte accusadora (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 10 de abril de 1902*). No mesmo sentido, os accords. do alludido Tribunal, de 30 de março, 13 de outubro e 5 de novembro de 1903, 27 de outubro e 15 de dezembro de 1904.

XVII. Sendo dado á parte offendida o direito de auxiliar o Ministerio Publico, é claro que ao mesmo direito não póde deixar de corresponder um recurso para que se torne elle effectivo quando injustamente negado. O recurso adequado a este caso é o estabelecido no § 2.º do art. 17 da lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871.

Sendo parte offendida, uma Camara Municipal não se lhe póde negar o direito de auxiliar, a que refere o art. 408 do cod. penal (*Accord. do mesmo Trib. de 16 de julho de 1903*).





BIBLIOGRAPHIA.



## BIBLIOGRAPHIA

### A

- AFFONSO CELSO (Visconde de Ouro Preto) — *Marcas de fabrica e nome commercial*, Rio de Janeiro, 1888.
- AFRANIO PEIXOTO — *Elementos de medicina legal*, Rio de Janeiro, 1910.
- Psycho-pathologia forense*, Rio de Janeiro, 1916.
- ALCANTARA MACHADO — *A embriaguez e a responsabilidade criminal*, São Paulo, 1893.
- O hypnotismo, ensaio medico-legal sobre o art. 269 do Codigo Penal Brasileiro*, São Paulo, 1895.
- A deformidade nas lesões pessoases*, São Paulo, 1901.
- ALIMENA — *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894-1899.
- ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JUNIOR — *Marcas industriaes e nome commercial*, São Paulo, 1910.
- ALFREDO RUSSEL — *As penas de intimidacão e as legislações dos povos cultos e especialmente a brasileira*, Rio de Janeiro, 1914.
- ALTAVILLA — *Delitti contro la persona*, no *Trattato di diritto*, de E. FLORIAN, Milano, 1921.
- ANGIOLINI — *Dei delitti colposi*, Torino, 1901.
- ANTENOR COSTA — *Conceito medico-legal da deformidade*, Rio de Janeiro, 1916.
- ANTONIO DA COSTA E SILVA — *A tentativa nas lesões pessoases*, na *Revista de Direito*, do Rio de Janeiro, vol. IV.
- ASTOLPHO DE REZENDE — *A figura juridica do jogo do bicho*, na *Revista de Direito*, do Rio de Janeiro, vol. IV.
- AURELIANO COUTINHO — *Segredo profissional*, na *Revista da Faculdade de Direito*, de São Paulo, vols. III e IV.

### B

- BABBONI — *Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, no *Trat.*, de FLORIAN, 2ª edição.
- BAPTISTA PEREIRA — *Notas historicas*, na *Revista de Jurisprudencia*, Rio.
- BARBALHO — *Constituição Federal Brasileira*.
- BARBIER — *Code expliqué de la presse*, Pariz, 1887.
- BARSANTI — *Del reato politico*, no *Trat. de Cognito*, II.
- BERNARD — *Traité theorique et pratique de l'extradiction*, Pariz, 1883.
- BENTHAM — *Traité de législation civile et penale*, trad. por Dumont, Genève, 1802 a 1811.

- BERNER — Trattato di dir. pe., trad. em ita., Milano, 1885.  
BINDING — Die Normen und ihre Uebertretung, Leipzig.  
BOITARD e HELIE — Leçons de droit criminel, Pariz, 1874.  
BONFILS — Droit international public, 4ª edição.  
BORCIANI — Delitti contro lo stato, no Trat. de COGLIOLO, II.  
BLANCHE — Etudes pratiques sur le droit penal, Pariz, 1889.  
BLUNTSCHLI — Droit inter. codifié, Pariz, 1870.  
BRAZ FLORENTINO — Lições de direito criminal, Recife, 1872.  
BRIAND e CHAUDE' — Manuel de médecine légale, Pariz.  
BRUSA — Del delitto politico in rapporto con la estradizione, no Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche, Milano, 1881.  
Prolegomeni al diritto penale, Torino, 1888.  
BURI — Zur Lehre vonder Theilname and dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860.

C

- CALOGERO — Dei delitti contro il buon costume o contro l'ordine delle famiglie, no Trat. de COGLIOLO.  
CALVO — Le droit international théorique et pratique, Pariz, 1880.  
CAMPOS MAIA — Delictos da linguagem contra a honra, São Paulo, 1921.  
CANDIDO FILHO e JULIO PORTO CARREIRO — Venenos sociaes, Rio, 1922.  
CANONICO — Del reato e della pena, Torino, 1872.  
CARLOS PERDIGÃO — Manual do Código Penal Brasileiro, Rio, 1892.  
CARFORA — Frodi nella fabbricazione e nel commercio delle sostane alimentari, no Digesto Italiano.  
CARRARA — Prog. del corso di diritto criminale, Firenze, 1907 — Opuscoli di diritto criminale, Firenze, 1909.  
CARNOT — Comment. sur le code pénal.  
CASTORI — Concurso di reati e di pene, no Trat. de COGLIOLO.  
CHASSAN — Traité des délits et contraventions de la parole, l'écriture et la presse, Pariz, 1846.  
CHAUVEAU e HELIE — Théorie du cod pénal, Pariz, 1852.  
CIVOLI — Manuale di diritto penale, Milano, 1900.  
CLOVIS BEVILAQUA — Direito publico internacional, 1911.  
COGLIOLO — Completo trattato teorico e pratico di diritto penale, Milano, 188-1890.  
CHRYSOLITO DE GUSMÃO — Dos crimes sexnaes, Rio, 1921.  
CUCHE — Science et législation pénitentiaire.  
CRESCHIO — Il codice pénale per il regno d'Italia interpretato, Torino, 1890-1898.

D

- DALLOZ — Rép. de jurisp.  
DEGOIS — Traité élémentaire de droit criminel, Pariz, 1911.

- DIAS DE TOLEDO — Lições académicas sobre artigos do Código Criminal, Rio 1878.  
DORIGNY — Théorie du délit d'escroquerie.  
DRUMMOND — Estudos de direito criminal, Rio, 1898, Prelecções de direito criminal, 1908.  
DUBOIS — Les psychonévroses, Pariz, 1909.  
DUCHE — Le crime d'incendie, Pariz, 1913.

E

- ESCOREL — Cod. penal brasileiro, São Paulo, 3.<sup>a</sup> edic., 1905.  
EDUARDO DURÃO — O novo Código penal, no Direito, vol. 55, Rio.  
ESMERALDINO BANDEIRA — Política criminal, Rio 1912 — Direito, Justiça e Processo Militar, Rio, 1919.  
EMANUEL LASSERE — LES delinquents passionnels et le criminalise Impallomeni, Pariz, 1908.  
EVARISTO DE MORAES — Criminalidade da infancia e da adolescencia, Rio, 1919. Ensaio de pathologia social, 1921, Problemas de direito penal e de psychologia criminal, 1920.

F

- FABREGUETTES — Traité des delits politiques et des infractions par la parole. l'écriture et la presse, Pariz, 1901.  
FANTI — Dei delitti contro l'incolumità publica, no Trat. de COGLIOLO.  
FERRÃO — Theoria do direito penal, Lisboa, 1857.  
FERRI — Sociologia criminal, 4.<sup>a</sup> edic., 1900. L'omicidio, Torino, 1895.  
FIORETTI e ZERBOGLIO — Sulla legittima difesa, Torino, 1894.  
FLORIAN — La teoria psicologica della diffamazione, Torino, 1893 — Dei riati e delle pene, Delitti contro la sicurezza dello Stato, Delitti contro la libertà, no Trattato di diritto penale, 2.<sup>a</sup> edição.  
FLORIAN e CAVAGLIERI — I vagabondi, Torino, 1900.  
FOUCHER — Observations sur le Code du Brésil, 1831.  
FRANCISCO LUIZ — Código criminal annotado, Maceió 1885.  
FRANCO DA ROCHA — Esboço de psychiatria forense, São Paulo, 1904.  
FREREJOUAN DU SAINT — Jen et pari, Pariz, 1893.  
FROLA — Delle injurie o diffamazioni, Torino, 1900.

G

- GARÇON — Code pénal annoté, Pariz, 1901.  
GAROFALO — Criminologia, Torino, 1891.  
GARRAUD — Traité de droit penal, Pariz, 1898 — Précis de droit criminel, Pariz, 1892.  
GAVAZZI — Dei delitti contro la publica amministrazione, no Trat. de FLORIAN, 2.<sup>a</sup> edic.

- GEYER — Note al progetto del Codice austriaco.  
GILBERT BALLEZ — *Traité de Pathologie mentale*, Pariz, 1903.  
GIURATI — *Delitti contro la proprietà*, no *Trat. de FLOBIAN*, 2ª edic.  
GRASSET — *Demifous et demiresponsables*, Pariz, 1914.  
GUIZOT — *De la peine de mort en matiere politique*, Pariz, 1822.

H

- HALSCHNER — *Das gemeine dent, Strafrecht*, Bon.  
HAMEL — *Revue penitenttaire*, sessão de 19 de Abril de 1890, da *Sociedade Geral das Prisões*.  
HAUS — *Droit pénal belge*, Pariz, 1879.  
HEFFTER — *Le droit international de l'Europe*, 1873.  
HOFFMANN — *Trat. de med. leg. trad. de SENTION*.

I

- IMPALLOMINI — *L'omicidio nel diritto penale*, Turim, 1899.  
IHERING — *Der Zweck im Recht*.

J

- JOAO FROES — *Embriaguez e responsabilidade*.  
JOÃO VIEIRA — *Código penal commentado*, Rio, 1896 — *Código penal interpretado, parte especial*, Rio, 1901.  
JOSE HYGINO — *Introdução á trad. do Trat. de dir. penal, de LISZT, e escriptos na Rev. de Jurisp. do Rio*.  
JULIO DE MATTOS — *Elementos de psychiatria*, Porto, 1911.

K

- KRAFFT-EBING — *Medecine légale du aliénés*, Pariz, 1911.  
KROEPELIN — *Trattato di psichiatria*, Milano.  
KLUEBER — *Droit des gents*.

L

- LABRAND — *Le droit public de l'empire allemand*, Pariz, 1903.  
LAFAYETTE — *Principios de direito internacional*, Rio, 1902.  
LACASSAGNE — *Précis de médecine légale*, Pariz, 1878.  
LEGRAND DU SAULLE — *La folie devant les tribunaux — Etude medico-légale sur les épileptiques*.  
LETO — *Il reato colposo*, Palermo.  
LEVY MARIA JORDÃO — *Commentario ao código penal portuguez*, Lisboa, 1854.  
LIBERATO BARROSO — *Questões praticas de direito criminal*, Rio, 1866.

- LISZT — *Direito penal alemão*, trad. de JOSE HYGINO, Rio, 1899, e 21ª edição, alemã.
- LOMBARDI — *Delitti contro la fede publica*, no *Trat. de FLORIAN*, 2ª edic.
- LOMBROSO — *L'uomo delinquente*, Torino, 1897.
- LOMBROSO e LASCHI — *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto al'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Torino, 1890.
- LONGHI — *La legittimità della resistenza*, Milano.
- LONGO — *Commento al codice italiano*, Milano-Roma, 1911.
- LUCCHINI — *Corso di diritto penale*, Siena, 1878.
- LUIGI D'ANTONIO — *Inundazione, sommersione e incendio di navi e naufragio*, no *Dig. Ital.*
- LOUIS DAVID — *Délit d'escroquerie*, Pariz, 1833.

### M

- MACEDO SOARES (Oscar) — *Codigo penal da Rep. dos Est. U. do Brazil*, commentado, Rio, 1908.
- MAJINO — *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890-1802.
- MANFREDINI — *Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, no *Trat. de FLORIAN*, 2ª edic.
- MANDUCA — *Il delitto anarchico e il diritto penale italiano*, na *Giust. Penale*, V, *Dei delitti contro la publica amministrazione*, no *Trat. de COGLIOLO*.
- MARCIANO — *Il titolo X dal codice penale*, Napoli, 1890.
- MASUCCI — *Intorno alla criminalità delle frodi contrattuali*, na *Rev. Penale*, XXVIII, 1888.
- MAZZINI — *Trattato ai dir. penale*, Torino, 1908
- MENDES DA CUNHA — *Codigo criminal*, Recife, 1851.
- MEYER — *Der Kausalzusammenhang zwischen Kandung und Erfolg in Strafrecht*, 1899.
- MITTERMAYER — no *Annalen d. deutsch und ausland, Kriminalrechtspflege*, VI, 1838, pags. 9 e segs.
- MOISE AMAR — *Dei nomi, dei marchi e degli altri signi*.
- MORAES MELLO JUNIOR — *Questionario do jury*, São Paulo.
- MOURA LACERDA — *Instituições de medicina legal brasileira*, São Paulo, 1833.

### N

- NAPODANO — *I delitti contro la sicurezza dello stato*, em *PESSINA Enciclopedia*, VI — *Il diritto penale italiano*, Pisa, 1902.
- NEGRI — *Dei reati contro la fede publica*, no *Trat. de COGLIOLO*.
- NINA RODRIGUES — *A medicina legal no Brazil*, 1905.
- NOCITO — *Corso di diritto penale col commento delle relative leggi*.
- NOTARISTEFANI — *La frode punibile*, no *Faro penale*, V, 1897 e VI, 1898.
- NOUGUIER — *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 1858.
- NYPELS e SERVAIS — *Le code pénal belge interprété*, Bruxelles, 1897.



O

- OLIVEIRA FREITAS — Elementos de direito internacional marítimo, Rio, 1884.  
ORTOLAN — Elements de droit penal, Pariz, 1886.

P

- PACHECO — El Código penal español.  
PAUL AUBRY — La contagion du meurtre, Pariz, 1896.  
PAULA PESSOA — Código criminal anotado, Rio, 1877.  
PEREIRA E SOUZA — Classe dos crimes, Lisboa, 1830.  
PERRONI FERRANTI — Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, no  
Trat. de COGLIOLO.  
PESSINA — Elementi di diritto penale, Napoles, 1883.  
FINCHERLI — Il Codice penale italiano anotado, Torino, 1890.  
PONCIANO CABRAL — Estudo completo das concausas em face do Cod. penal Braz.,  
São Paulo, 1912.  
POUILLET — Traité theorique et pratique des brevets d'invention, Pariz, 1915.  
POZZOLINI — Dei delitti contro il buon costume, no Trat. de FLORIAN, 1ª edic.  
PRINS — Science penale et droit positive, Bruxelles-Pariz, 1899.  
FROAL — La criminalité politique, Pariz, 1895, Le crime et le suicide passionnels,  
1909, Le crime et la peine, 1911.  
PUCCIONI — Il codice penale toscano illustrato, Pistoia, 1855.  
PUGLIA — Delitti cinto la proprietá, no Trat. de COGLIOLO — Delitti contro la  
persona, no Trat. de FLORIAN, 1ª edic.

R

- RANELLETTI — Principi di diritto amministrativo, Napoli, 1913.  
REGIS — Tratado da psiquiatria, edic. hesp., Madrid. — Les régicides, Lyon-Pariz,  
1890.  
RIBOT — Essai sur le passions, Pariz, 1910.  
RIVAROLA — Exposicion y critica del codigo penal de la Republica Argentina,  
1890.  
ROCCO — L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Milano, 1913.  
ROMEIRO (João Marcondes de Moura) — Dicionario de direito penal, Rio, 1905.  
ROSSI — Traité de droit pénal.

S

- SALEILLES — L'individualisation de la peine, Pariz, 1903.  
SEIDL — Prelecções de medicina publica, Rio, 1921.  
SETTI — Dell'imputabilitá, Roma-Firenza, 1892.  
SORIANO DE SOUZA — Ensaio medico-legal sobre os ferimentos e outras offensas  
physicas, Recife, 1870.

SOUZA LIMA — Tratado de medicina legal, Rio, 1909.

STOPPATO — Evento punibile, Padova, 1898.

T

TANZI — Psichiatria forense, Milano.

TAYLOR — Traité de médecine legale.

TARDIEU — Etude medico-légale sur l'infanticide, Pariz, 1880.

THOMAZ ALVES — Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Rio, 1864-1883.

THONISSEN — Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens, Bruxelles, 1869.

TINOCO — Codigo criminal do Imperio do Brazil, Rio, 1886.

TISSOT — Le droit pénal étudié dans ses principes, Pariz, 1860.

TOBIAS BARRETO — Estudos de direito, Rio, 1892, Menores e loucos, Rio, 1884.

TOLOMEI — Della truffa e di altre froidi, Roma, 1915.

TOSTI — La colpa penale, Roma-Milano, 1907 — Delle contravvenzioni, Milona, 1912.

TREBUTIEN — Cours de droit criminel, 2<sup>a</sup> edic.

TUAZZI — Corso di diritto penale, Napoli, 1891.

V

VATTEL — Droit des gens.

VIADA Y VILASECA — El Codigo penal espanhol.

VIAZZI — Delle contravvenzioni, no Trat. de FLORIAN, 2<sup>a</sup> edic.

VICENTE PIRAGIBE — Diccionario de jurisprudencia penal do Brazil, 1931.

VIDAL (Georges) — Cours de droit criminel, 4<sup>a</sup> edic., Pariz, 1910.

VIDAL (Armando) — A questão do jogo, nos Annaes da Conferencia Judiciaria-Policia, Rio, 1918.

VIVEIROS DE CASTRO (A. O.) — O contrabando, Rio, 1899.

VIVEIROS DE CASTRO (J.) — A nova escola penal, Rio, 1894, Attentados ao pudor (1895), Sentenças e decisões em materia criminal (1896), Os delictos contra a honra da mulher (1897), Jurisprudencia criminal, (1901), Questões de direito penal (1902).

W

WHITAKER, Jury, 3<sup>a</sup> edição, São Paulo, 1910.

Z

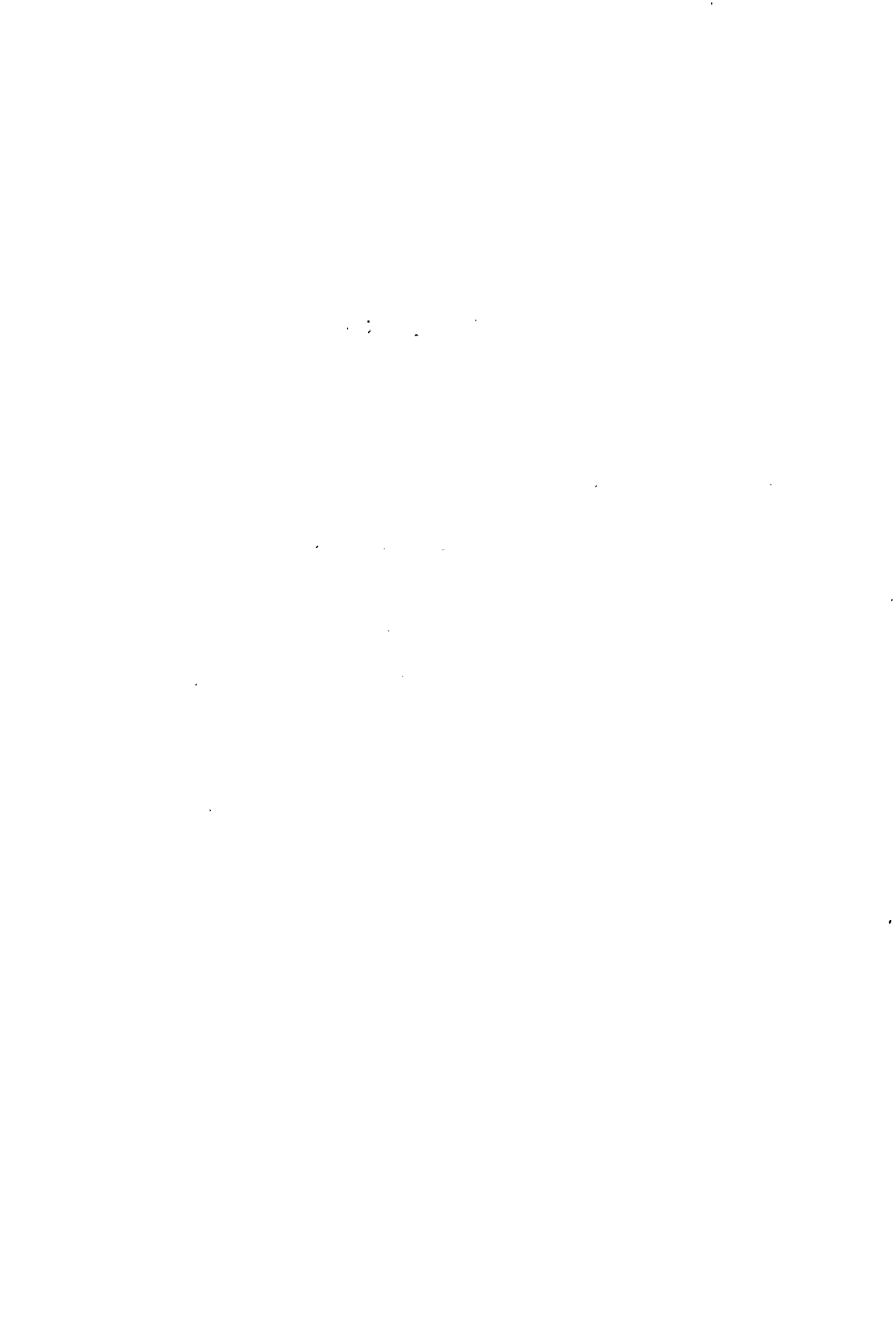
ZERBOGLIO — Delitti contro la pubblica incolumità e Delitti contro l'ordine pubblico, no Trat. de FLORIANI, 2<sup>a</sup> edic.

ZANARDELLI — Relazione ministeriale, Torino, 1888.

REVISTAS

**Bulletin de la société générale des prisons, que tomou o nome de Revue pénitentiaire, de 1894, Pariz — Bulletin de l'Union international de droit pénal — Revista di diritto e proc. penale, sob a direcção de FLORIAN, GAROFALO, BERENNINI e ZERBOGLIO, Milano — La Scuola positiva, que substituiu a precedente — O Direito, Revista de Jurisprudencia, Revista de Direito e Revista do Supremo Tribunal Federal, editadas no Rio de Janeiro — Gazeta Juridica, de São Paulo, São Paulo Judiciario — Revista Forense, de Bello Horizonte, etc.**

# INDICE ANALYTICO



# Indice Analytico

## Introdução

1 — Importancia da parte especial do codigo penal, seu caracter pratico — Marchas evolutivas das legislações no tocante a distribuição ou classificação dos factos puniveis: dupla face do problema. — 2 — Necessidade doutrinaria e legislativa da classificação das especies delictuosas — Criterios de classificação. — 3 — Os tres typos de classificação adoptados nas legislações: *synthetic*, *analytico* e *mixto* — Pontos de vista da ordem da qualificação das infracções. — 4 — A classificação dos crimes e contravenções no codigo penal brasileiro, critica geral ..... pag. 5

## LIVRO II

### Dos crimes e das penas

#### TITULO I

##### DOS CRIMES CONTRA A EXISTENCIA POLITICA DA REPUBLICA

##### CONSIDERAÇÕES GERAES

##### I

*O crime contra o Estado, o crime politico e o crime social, segundo a doutrina e as legislações*

5 — Conteúdo do titulo: crimes contra o Estado, sua distincção dos outros crimes publicos — Interesses juridicos do Estado protegidos pela lei penal brasileira: independencia, integridade, dignidade, constituição e fórmula de governo e poderes politicos — Ordem de distribuição dos codigos penaes francez, belga, allemão e italiano — Critica da lei penal brasileira. — 6 — Equipollencia ou não equipollencia entre os crimes contra o Estado e os crimes politicos, retrospecto historico e doutrinal — O crime politico proprio ou directo é o improprio ou indirecto; os crimes politicos relativos, os concurrentes, os complexos ou connexos. — 7 — A questão no direito penal brasileiro. — 8 — O crime social ..... pag. 13

II

*A repressão do anarchismo no Brazil*

- 9 — O projecto de lei de repressão do anarchismo, sua marcha no Senado e na Camara dos Deputados, critica — A integra do decreto legislativo. —  
10 — Jurisprudencia brazileira . . . . . pag. 20

CAPITULO I

DOS CRIMES CONTRA A INDEPENDENCIA, INTEGRIDADE E DIGNIDADE DA PATRIA

ARTS. 87 — 106

- 11 — Modalidades delictuosas contra as condições existenciaes do Estado — Seus elementos essenciaes: sujeito activo, dolo, aspecto objectivo; momento consummativo. — 12 — Orientação do codigo, critica — Grupamento das figuras delictuosas deste capitulo . . . . . pag. 33

1) *Attentado contra a integridade e independencia da patria*

- 13 — Figuras delictuosas do art. 87. — 14 — Figura delictuosa do art. 97 § 1.º . . . . . pag. 37

2) *Traição militar*

- 15 — 21 — Modalidades delictuosas que formam este grupo, e comprehendidas no art. 87 §§ 2, 4, art. 88, arts. 89, 90, 91, 92, 93, 95 e 97 pag. 39

3) *Traição diplomatica*

- 22 — Revelação de segredos do Estado. — 23 — Infidelidade do mandatario diplomatico . . . . . pag. 48

4) *Crimes contra os Estados estrangeiros*

- 24 — Critica ao codigo. — 25 — Figura delictuosa do art. 98. — 26 — Violação da immuidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros. — 27 — Crime contra a bandeira ou outro symbolo de nacionalidade. — 28 — Entrada jurisdiccional em paiz estrangeiro, sem autoridade legitima. — 29 — Demonstração da inapplicabilidade do preceito do art. 103 . . . . . pag. 52

5) *Pira aria*

- 30 — Conceito, systemas legislativos de repressão . . . . . pag. 58

## CAPITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA E FORMA DE SEU GOVERNO

#### ARTS. 107 E 108

31 — Crimes componentes deste grupo, elementos essenciaes. — 32 — Jurisprudencia brasileira. — 33 — Distincção entre os crimes dos arts. 107 e 108, limittações ao conceito do ultimo ..... pag. 60

## CAPITULO III

### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCÍCIO DOS PODERES POLITICOS

#### ARTS. 109 E 114

34 — Razão da incriminação, denominação de *rebellião* aos delictos do grupo, differença da *insurreição*. — 35 — Critica, discriminação e apreciação das figuras delictuosas. — 36 — Fonte da disposição do art. 110, elementos do crime ahí previsto. — 37 — Modalidades do crime previsto no art. 111, critica. — 38 — Jurisprudencia brasileira. — 39 — Fonte das disposições dos artigos 112 e 113, elementos dos crimes ahí previstos. — 40 — Fonte do art. 114, razão e extensão da incriminação ..... pag. 69

#### *Da offensa ao Presidente da Republica*

41 — Razão da incriminação. — 42 — Elementos do crime, pag. 77

## TITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA INTERNA DA REPUBLICA

#### 43 — *Considerações geraes*

## CAPITULO I

### CONSPIRAÇÃO

#### ARTS. 115 A 117

44 — A incriminação da conspiração no terreno doutrinal. — 45 — Elementos do crime em face do art. 115 do codigo. — 46 — Desistencia collectiva e singular. — 47 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 84



## CAPITULO II

### SEDIÇÃO E AJUNTAMENTO ILICITO

#### ARTS. 118 A 123

48 — Retrospecto historico-legislativo. — 49 — Elementos essenciaes da sedição. — 50 — Elementos essenciaes do ajuntamento ilicito. — 51 — Jurisprudencia brasileira. — 52 — Jurisprudencia estrangeira .. pag. 90

## CAPITULO III

### RESISTENCIA

#### ARTS. 124 A 126

53 — O crime de resistencia ante o anterior codigo de 1830, razão da incriminação, elementos essenciaes. — 54 — Como se caracteriza a violencia. — 55 — Execução de ordem legal. — 56 — Qualidade do sujeito passivo. — 57 — O dolo — 58 — Caracter formal do crime, consideração dos effeitos da acção para a pena. — 59 — A justificativa do art. 125. — 60 — 61 — Provocação collectiva e apologia. — 62 — Jurisprudencia brasileira. — 63 — Jursprudencia estrangeira ..... pag. 96

## CAPITULO IV

### TIRADA OU FUGIDA DE PRESOS DO PODER DA JUSTIÇA E ARROMBAMENTO DAS CADEIAS

#### ARTS. 127 A 133

64 — Retrospecto historico-legislativo. — 65 — Os crimes deste capitulo no codigo anterior, critica geral do vigente na sua qualificação. — 66 — Conceitos preliminares. — 67 — Tirada de presos. — 68 — Fugida de presos. — 69 — Arrombamento de cadeias. — 70 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 110

## CAPITULO V

### DESACATO E DESOBEEDIENCIA A'S AUTORIDADES

#### ARTS. 134 E 135

71 — Retrospecto historico-legislativo. — 72 — Elementos essenciaes do crime de desacato. — 73 — Qualidade do sujeito passivo — Conceito de autoridade e funcionario publico. — 74 — Momento do crime. — 75 — Sua

manifestação, bem juridico offendido. — 76 — DoLo. — 77 — Questão — 78 — Prescripção da *exceptio veritatis*, inadmissibilidade do crime quando ao respectivo factó dêr causa o funcionario por actos arbitrarios. — 79 — Jurisprudencia brasileira. — 80 — Jursprudencia estrangeira. 81 — Elementos do crime de desobediencia. — 82 — Jurisprudencia brasileira. — 83 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 117

### TITULO III

#### DOS CRIMES CONTRA A TRANQUILLIDADE PUBLICA

84 — 85 — Considerações geraes . . . . . pag. 137

#### CAPITULO I

##### DO INCENDIO E OUTROS CRIMES DE PERIGO COMMUM

ARTS. 136 a 148

##### a) *Incendio*

86 — Retrospecto historico-legislativo. — 87 — O perigo commum, considerado em abstracto, como caracteristico do crime de incendio, assignando-lhe a natureza e classifiação; nomento consummativo. — 88 — Admissibilidade da tentativa. — 89 — Especies de crime de incendio: 1º) caso simples. — 90 — Caso qualificado. — 91 — 2º) Incendio doloso com perigo commum para a propriedade ou a vida. — 92 — 3º) Incendio culposo. — 93 — 4º) — Destruição por meio de minas, torpedos, machinas ou instrumentos explosivos . . . . . pag. 143

##### b) *inundação e outros accidentes de perigo commum*

94 — Retrospecto historico-legislativo. — 95 — Conceito de inundação. — 96 — 97 — Especies. — 98 — Falsos pharoes ou falsos signaes. — 99 — Submersão. — 100 — Naufragio. — 101 — Jurisprudencia brasileira. — 102 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 152

#### CAPITULO II

##### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE TRANSPORTE OU COMMUNICAÇÃO

ARTS. 149 A 155

103 — O perigo commum como caracteristico dos crimes deste capitulo; outro aspectó: a função social dos meios de transporte, como bem

lesado; nossa legislação a respeito. — 104 — Modalidades criminosas do art. 149, critica. — 105 — Desastre culposo. — 106 — Modalidades criminosas do art. 152. — 107 — Interrupção do serviço telegraphico. — 108 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 160

### CAPITULO III

#### DOS CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA

##### ARTS. 156 A 164

109 — Concepção dos crimes contra a saude publica. — 110 — Classificação dos factos attentatorios da saude publica, insufficiencia das disposições do codigo, legislação complementar. — 111 — Modalidades criminosas do art. 156. — 112 — Elementos dessas figuras criminosas. — 113 — Incriminação do espiritismo, da magia ou da cartomancia, quando praticados fraudulentamente. — 114 — Incriminação do officio de curandeiro. — 115 — O crime do art. 159 e alterações de sua qualificação e repressão pelo decreto n. 4.294, de 1911 — Tabella das substancias toxicas e anestheticsas. — 116 — Modalidades criminosas do art. 160. — 117 — O crime do art. 161. — 118 — Corrupção e conspiração de agua potavel. — 119 — Alteração e falsificação de substancias destinadas á publica alimentação. — 120 — Exposição á venda de substancias alimenticias alteradas ou falsificadas. — 121 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 169

### TITULO IV

#### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE GOZO E EXERCICIO DOS DIREITOS INDIVIDUAES

122 a 124 — Considerações geraes ..... pag. 212

#### CAPITULO I

##### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS DIREITOS POLITICOS

##### ARTS. 165 A 178

125 — Crimes contra o direito eleitoral, sua classificação. — 126 — Legislação sobre o processo do alistamento eleitoral e fraudes relativas. — 127 — Distribuição dos crimes contra o processo eleitoral, segundo se referem á violencia, á corrupção ou á fraude empregadas contra aquelle processo . . . . . pag. 219

## CAPITULO II

### DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

#### ARTS. 179 A 184

128 — Fonte e critica da disposição do art. 179, fim da incriminação: a acção e o dolo. — 129 — 130 — O crime de violencia privada ou de ameaça coercitiva, seus elementos constitutivos. — 131 — Questões. — 132 — 133 — O crime de carcere privado e seus elementos. — 134 — Conceito de carcere privado e de sequestro. — 135 — Illegalidade da acção. — 136 — Sujeito passivo. — 137 — Dolo. — 138 — Aggravantes especiaes. — 139 — 140 — O crime de ameaça e suas modalidades. — 141 — Jurisprudencia brasileira. — 142 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 222

## CAPITULO III

### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS CULTOS

#### ARTS. 185 A 188

143 — Variantes do conceito do crime contra a crença religiosa, sua qualificação segundo o codigo brasileiro. — 144 — O ultrage a acto ou objecto do culto de confissão religiosa ou a seus symbolos. — 145 — Impedimento ou perturbação de ceremonias e solemnidades religiosas. — 146 — O crime do art. 187 . . . . . pag. 233

## CAPITULO IV

### DOS CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DOS SEGREDOS

#### ARTS. 189 A 195

147 — Razão da protecção penal, conceituação que dos crimes deste capitulo fazem os nossos codigos. — 148 — 149 — Modalidades criminosas do art. 189. — 150 — Suppressão de correspondencia. — 151 — Abusiva publicação de correspondencia. — 152 — Violação de correspondencia por funcionario publico. — 153 — 157 — Violação do segredo profissional, seus elementos. — 158 — Jurisprudencia brasileira. — 159 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 237

## CAPITULO V

### DOS CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DO DOMICILIO

#### ARTS. 196 A 203

160 — Objecto do crime, sua qualificação pelo codigo. — 161 — 164 — O crime do art. 196 e paragrapho unico. — 165 — O crime do art. 198. — 166 — Razão da disposição do art. 203. — 167 — Jurisprudencia brasileira. — 168 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 249

CAPITULO VI

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE DE TRABALHO

ARTS. 204 A 206

169 -- O crime do art. 204. — 170 — 171 — A grève violenta pag. 256

TITULO V

DOS CRIMES CONTRA A BOA ORDEM E ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

172 — Considerações geraes . . . . . pag. 263

CAPITULO UNICO

DAS MALVERSAÇÕES, ABUSOS E OMISSÕES DOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Secção I

*Prevaricação*

ARTS. 207 A 209

173 — Accepções do termo prevaricação, sua qualificação em nossos codigos. — 174 — O crime do art. 207. — 175 — O crime do art. 208. — 176 — Infidelidade do procurador judicial — 177 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 267

Secção II

*falta de exacção no cumprimento do dever*

ARTS. 210 A 213

178 — Razão da incriminação da falta funcional, sua qualificação em nossos codigos. — 179 — O crime do art. 211. — 180 — Intelligencia do art. 212. — 181 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 276

Secção III

*Peita ou suborno*

ARTS. 214 A 218

182 — Retrospecto historico-legislativo. — 183 — 184 — O crime de peita. — 185 — Consummação e tentativa. — 186 — Propriedade do di-

nheiro ou utilidade recebidos ou promettidos, systemas legislativos. — 187 —  
O crime de suborno. — 188 — A peita e o suborno quando referentes a juiz  
de direito, de facto ou arbitro. — 189 — Pena. — 190 — Impropriedade da  
disposição do art. 218. — 191 — Jurisprudencia brasileira .... pag. 280

#### Secção IV

##### *Concussão*

ARTS. 219 A 220

192 — Retrospecto historico-legislativo. — 193 — Concussão propria e  
impropria. — 194 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 289

#### Secção V

##### *Peculato*

ARTS. 221 A 223

195 — Retrospecto historico-legislativo. — 196 — O crime de peculato  
segundo o codigo. — 197 — O elemento intencional, o resarcimento, a ten-  
tativa. — 198 — Jurisprudencia brasileira. — 199 — Jurisprudencia ex-  
trangeira . . . . . pag. 294

#### Secção VI

##### *Excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funcções publicas*

ARTS. 224 A 237

200 — Distribuição das figuras criminosas. — 201 — Usurpação de  
funcções publicas. — 202 — 203 — Excesso ou abuso de autoridade. —  
204 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 303

#### Secção VII

##### *Irregularidade de comportamento*

ART. 238

205 — Razão da disposição do art. 238 ..... pag. 313

## TITULO VI

### DOS CRIMES CONTRA A FE' PUBLICA

206 — 209 — Considerações gerais ..... pag. 317

#### CAPITULO I

##### DA MOEDA FALSA

ARTS. 239 A 244 ..

210 — Razão da incriminação, classificação — 211 — Concepção do crime nas legislações e na doutrina. — 212 — Concepção segundo o direito brasileiro. — 213 — Modalidades do crime: 1) falsificação propriamente dita. — 214 — 2) — Emissão, passagem ou introdução de moeda falsa na circulação. — 215 — Delictos *sui generis*. — 216 — Jurisprudencia brasileira. .... pag. 325

#### CAPITULO II

##### DAS FALSIDADES

###### Secção I

*Da falsidade dos titulos e papeis de credito do governo federal, dos Estados e dos bancos*

ARTS 245 A 250

217 — Distribuição da materia, critica. — 218 — Derogação da secção 1ª pelo Decr. n. 4.780, de 1923, arts. 14 a 20. — 219 — Jurisprudencia brasileira. .... pag. 336

###### Secção II

*Da falsidade de certificados, documentos e actos publicos*

ARTS. 251 A 257

220 — Concerto e especies do instrumento escripto, razão da incriminação, critica da legislação brasileira. — 221 — Elementos geraes e especies do crime, suas fórmãs. — 222 — A figura delictuosa do art. 251. — 223 — As figuras delictuosas dos arts 252, 253 e 254. — 224 — A figura delictuosa do art. 255. — 225 — As figuras delictuosas dos arts. 256 e 257.. pag. 342

Secção III

*Da falsidade de documentos e papéis particulares*

ARTS. 258 A 260

226 -- Fonte do art. 258, critica e intelligencia. -- 227 -- Hypotheses do art. 259. -- 228 -- 229 -- Continuação. -- 230 -- Suppressão de escriptura ou papel verdadeiro. -- 231 -- Consummação, tentativa e penalidade. -- 232 -- Intelligencia do art. 260. -- 233 -- Jurisprudencia brasileira. -- 234 -- Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 349

Secção IV

*Do testemunho falso, das declarações, das queixas e denuncias falsas em juizo*

ARTS. 261 A 264

235 -- Considerações geraes. -- 236 -- 243 -- Do falso testemunho. -- 244 -- Consummação e tentativa. -- 245 -- Pena. -- 246 -- Declarações ou informações falsas. -- 247 -- Suborno de testemunha. -- 248 -- Retractação -- 249 -- 252 -- Accusação calumniosa, seus elementos. -- 253 Jurisprudencia brasileira. -- 254 -- Jurisprudencia estrangeira... pag. 368

TITULO VII

**DOS CRIMES CONTRA A FAZENDA PUBLICA**

255 -- 256 -- Considerações geraes ..... pag. 407

CAPITULO UNICO

DO CONTRABANDO

ART. 265

257 -- Contrabando e descaminho. -- 258 -- 260 -- As duas correntes de interpretação do art. 265. -- 261 -- Jurisprudencia brasileira, pag. 410

TITULO VIII

**DA CORRUPÇÃO DE MENORES; DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA E HONESTIDADE DAS FAMILIAS E DO ULTRAGE PUBLICO AO PUDOR**

262 -- 263 -- Considerações geraes ..... pag. 421



## CAPITULO I

### DA VIOLENCIA CARNAL

#### ARTS. 266 A 269

264 — 267 — Attentado violento ao pudor, seus elementos. — 268 — Seu caracter formal, inadmissibilidade da tentativa. — 269 — Questão. — 270 — Jurisprudencia brasileira. — 271 — Jurisprudencia estrangeira. — 272 — A corrupção de menores como crime autonomico, sua qualificação nas legislações franceza e brasileira. — 273 — 274 — Excitação á corrupção de menores. — 275 — Corrupção de menores. — 276 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 425

277 — Defloramento: retrospecto historico-legislativo. — 278 — 284 — Elementos do crime de defloramento. — 285 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 437

286 — 289 — Estupro, seus elementos. — 290 — Prova da violencia. — 291 — Estado de inação ou de inconsciencia da victima. — 292 — o estupro em mulher publica. — 293 — Aggravação do crime pelo concurso de dois ou mais agentes. — 294 — Tentativa. — 295 — Jurisprudencia brasileira. — 296 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 456

## CAPITULO II

### DO RAPTO

#### ARTS. 270 A 276

297 — Retrospecto historico-legislativo. — 298 — 302 — Rapto, seus elementos. — 303 — Rapto *in parentes*. — 304 — Rapto com defloramento ou estupro. — 305 — Restitutio in integrum da mulher raptada. — 306 — Retenção ou occultação da raptada. — 307 — Violencia presumida. — 308 — 309 — Elementos de aggravação. — 310 — Procedimento official da justiça. — 311 — O casamento como causa excludente da pena. — 312 — Jurisprudencia brasileira. — 313 — Jurisprudencia estrangeira.. pag. 468

## CAPITULO III

### DO LENOCINIO

#### ARTS. 277 A 278

314 — 315 — Retrospecto historico-legislativo. — 316 — 318 — Lenocinio simples e aggravado. — 319 — 320 — *Captismo* ou exploração da prostituição como occupação. — 321 — 324 — Modalidades delictuosas. —

325 — O lenocínio em sua face internacional e competência para sua repressão. — 326 — Consumação, tentativa, concurso com outros crimes, forma continuada. — 327 — Jurisprudência estrangeira ..... pag. 491

#### CAPITULO IV

##### DO ADULTERIO OU INFIDELIDADE CONJUGAL

###### ARTS. 279 A 281

328 -- 329 — Conceito e retrospecto historico-legislativo. — 330 — 332 — Ponto de vista doutrinal. — 332 — Adulterio da mulher. — 333 — Adulterio do homem. — 334 — As disposições do art. 279 § 2º e dos arts. 280 e 281 . . . . . pag. 509

#### CAPITULO V

##### DO ULTRAGE PUBLICO AO PUDOR

###### ART. 282

335 — Razão da incriminação, aspecto legislativo. — 336 — Elementos do crime. — 337 — Jurisprudência estrangeira ..... pag. 521

#### TITULO IX

##### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DO ESTADO CIVIL

338 — Considerações geraes ..... pag. 527

#### CAPITULO I

##### DA POLYGAMIA

###### ART. 283

339 — Denominação preferível, a incriminação. — 340 — Retrospecto historico-legislativo. — 341 — 343 — Elementos do crime. — 344 — Jurisprudência brasileira . . . . . pag. 528

#### CAPITULO II

##### DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO CONTRA A LEI

###### ART. 284

345 — Fonte da disposição, sua causa, sua inapplicabilidade, pag. 533

### CAPITULO III

#### DO PARTO SUPPOSTO E OUTROS FINGIMENTOS

##### ARTS. 285 A 288

346 -- Supposição de parto e supposição de filho, os co-autores do crime. — 347 -- Modalidades criminosas do art. 286. — 348 — Recolhimento a asylo de beneficencia ou estabelecimento congenere do filho legitimo ou reconhecido para prejudicar direitos resultantes de su estado civil. — 349 — Usurpação do estado civil de outrem ..... pag. 534

### CAPITULO IV

#### DA SUBTRACÇÃO, OCCULTAÇÃO E ABANDONO DE MENORES

##### ARTS. 289 A 293

350 — Objecto da subtracção de menores. — 351 — Configuração do crime. — 352 — Sonegação ou substituição do infante. — 353 — 354 — Exposição e abandono de menor. — 355 — Figuras delictuosas do art. 293. — 356 — Jurisprudencia brasileira. — 357 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 539

### TITULO X

#### DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA PESSOA E VIDA

358 — Considerações geraes ..... pag. 551

### CAPITULO I

#### DO HOMICIDIO

##### ARTS. 294 A 297

359 — 360 — Definição, gravidade do crime, retrospecto historico-legislativo. — 361 — Homicídio voluntario, qualificado e simples. — 362 — Elementos do homicidio voluntario: I) o sujeito passivo. — 363 — II) A acção, commissiva ou omissiva; elementos da acção: acto e resultado; os meios materiaes ou moraes, admissibilidade destes ante o nosso codigo; a omissão, quando equivalente da acção. — 364 — A relação de causalidade entre o acto do agente e a morte do offendido, controversias doutrinarias; a concepção mais exacta de *causa*, como uma das muitas condições necessarias do resultado; quando têm importancia os grãos de lethalidade das lesões; distincções dos

praticos; a figura intermedia e especial do fermento seguido da morte nos codigos toscano e italiano, justificativa de ZANARDELLI, critica de DURÃO. — 365 — O art. 295 do nosso codigo, sua intelligencia. — 366 — Os casos de lesão mortal *per se*, segundo o nosso codigo — por sua natureza e séde, pela constituição ou estado morbido anterior do *offendido*. — 367 — O que se deva entender por *concausa* e suas modalidades (preexistentes ou supervenientes), mediatas ou immediatas; o que sejam *condições personalissimas*, segundo as duas correntes interpretativas do art. 295 § 1.º — 368 — Continuação — A explicação pelo phenomeno da inibição. — 369 — Aspecto juridico da questão. — 370 — a *concausa* do § 2.º do art. 295, critica da disposição, hypotheses de sua occurrencia. — 371 — Os quesitos do *Formulario official*, e quando devem ser formulados. — 372 — Diferença entre a morte por *concausas* e homicidio preter-intencional. — 373 — III) O dolo no homicidio consummado e no tentado. — 374 — Concepção do homicidio culposo, seus elementos. — 375 — Continuação. — 376 — Jurisprudencia brasileira. — 377 — Jurisprudencia estrangeira. . . . . pag. 552

## CAPITULO II

### DO INFANTICIDIO

#### ART. 298

378 — Definição do infanticidio, sua incriminação segundo a doutrina e as legislações. — 379 — A qualificação do crime segundo os nossos codigos, critica. — 380 — 383 — Modalidades do infanticidio, seus elementos. — 384 — Infanticidio *honoris causa* . . . . . pag. 582

## CAPITULO III

### DO SUICIDIO

#### ART. 299

385 — Retrospecto historico-legislativo, razão da impunidade do suicidio na maioria das actuaes legislações; a participação no suicidio e o homicidio a pedido da victima ou homicidio consensual. — 386 — Modalidades e elementos da figura delictuosa do art. 299 . . . . . pag. 588

## CAPITULO IV

### DO ABORTO

#### ARTS. 300 A 302

387 — Origem e significação do termo *aborto*, denominação preferivel, retrospecto historico-legislativo, razão da incriminação. — 388 — As duas

concepções do crime. — 389 — Como os nossos codigos qualificam o crime, seus elementos, impunibilidade do aborto culposo. — 390 — Os casos de aborto sem consentimento da gestante (art. 300). — 391 — A figura delictuosa do art. 301. — 392 — As figuras delictuosas dos arts. 301 paragrapho unico e 302. — 393 — Jurisprudencia brazileira ..... pag. 592

## CAPITULO V

### DAS LESÕES CORPORAES

#### ARTS. 303 A 306

394 — 395, — A protecção penal á integridade physica e mental da pessoa nas diversas legislações. — 396 — Orientação dos nossos codigos, critica ao vigente, classificação das lesões em dolosas e culposas, e aquellas em permanentes e transitorias, leves e graves ..... pag. 602

#### *Lesões corporaes dolosas*

397 — Critica da disposição do art. 303, elementos do crimeahi previsto, sua materialidade objectiva. — 398 — Elemento moral, consentimento do offendido. — 399 — O crime do ar. 304 paragrapho unico, seus elementos constitutivos. — 400 — Lesões corporaes permanentes — seus elementos, suas modalidades de mutilação, ou destruição de membro ou órgão, e privação permanente do uso de um ou de outro, critica á disposição do art. 304. — 401 — A deformidade, accepções, caracteristicos. — 402 — A tentativa nas lesões corporaes. — 403 — A figura delictuosa do art. 305, fonte e critica da disposição..... pag. 605

#### *Lesões corporaes culposas*

404 — A disposição do art. 306, critica. — 405 — Jurisprudencia brazileira. — 406 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 615

## CAPITULO VI

### DO DUELLO

#### ARTS. 307 A 314

407 — Admissibilidade da figura delictuosa do duello em nosso paiz, refutação dos argumentos em contrario, razão de ser da incriminação, sua classificação. — 408 — Conceito tradicional do duello, em que se inspirou o nosso legislador ; distincção do assalto, do pugilato, do *box* inglêz, do duello americano; consummação e tentativa. — 409 — Punibilidade de certos actos preparatorios como crimes *sui generis*; os casos de duello e a exclusão das regras de excepção do duello de morte; a figura do art. 314..... pag. 628

## TITULO XI

### DOS CRIMES CONTRA A HONRA E A BOA FAMA

410 — 414 — Considerações geraes ..... pag. 635

#### CAPITULO UNICO

#### DA CALUMNIA E DA INJURIA

#### ARTS. 315 A 325

##### *Calumnia*

415 — O conceito de calumnia nos nossos codigos, critica do vigente. — 416 — Elementos de calumnia; sujeito passivo — pessoa physica ou juridica; a questão da offensa a incapazes ou mortos; o facto imputado. — 417 — Determinação do facto imputado, de modo a poder ser objecto de uma prova directa e contraria. — 418 — Falsidade da imputação; o dolo, sua presumpção até prova em contrario. — 419 — Gradação da pena, modificações trazidas pelo decreto n. 4.743, de 1923; a offensa em carta missiva dirigida ao offendido. — 420 — Questão referente á distribuição do papel manuscripto, impresso ou lithographado..... pag. 647

##### *Injuri.*

421 — Difficuldade de conceituar-se, em formula synthetica, a injuria; imperfeição da formula das leis francezas, e codigo italiano e superioridade da do nosso anterior codigo, deturpado pelo vigente. — 422 — Elementos essenciaes da injuria, segundo o código vigente. — 423 — O dolo, sua prova. — 424 — Injuria qualificada e simples e penas respectivas. — 425 — Modalidades delictuosas do art. 320 ..... pag. 654

##### *Disposições communs á calumnia e á injuria*

426 — A *exceptio veritatis*: critica dos arts. 315 paragrapho unico e 318. — 427 — Admissibilidade da *exceptio veritatis*: as tres doutrinas a respeito. — 428 — Orientação de nossos codigos e outras legislações. — 429. — A *exceptio veritatis* em caso de calumnia, hypotheses que podem occorrer. — 430 — A mesma escusa em caso de injuria. — 431 — 434 — Outras causas excludentes da criminalidade — *animus retorquendi, defendendi, narrandi, corrigendi, jocandi*. — 435 — Explicações em juizo. — 436 — O offensor mercenario. — 437 — Modificações trazidas á penalidade pelo decreto n. 4.743, de 1923. — 438 — O direito de resposta, suas condições e processo. — 439 — Jurisprudencia brasileira. — 440. — Jurisprudencia estrangeira.. pag. 659

## TITULO XII

### DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE PUBLICA E PARTICULAR

441 a 443 — Considerações geraes . . . . . pag. 694

#### CAPITULO I

##### DO DAMNO

###### ARTS. 326 A 329

444 — Retrospecto historico-legislativo. — 445 — O crime do art. 326, seus elementos constitutivos. — 446 — Os crimes dos arts. 327 e 328. — 447 — 449 — O crime do art. 329. — 450 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 697

#### CAPITULO II

##### DO FURTO

###### ARTS. 330 A 335

451 — O furto como figura mais elementar e commum dos delictos patri-  
moniaes; accepção vulgar e juridica. — 452 — 453 — Retrospecto historico-  
legislativo. — 454 — Furto por subtracção, seus elementos; a subtracção,  
quando se reputa consummada segundo as doutrinas da *comotio*, da *illatio* e da  
*apprehensio*. — 455 — O desenvolvimento desta ultima doutrina pelos autores  
allemaes e italianos. — 456 — A concepção segundo os autores francezes;  
orientação do nosso codigo, critica. — 457 — As coisas materiaes como objecto  
do furto; a subtracção da agua, da energia electrica e genetica. — 458 —  
Obejectos ou documentos representativos de valores. — 459 — Accpção do  
termo movel, critica ao codigo. — 460 — Conceitos do termo *alheio*; o caso  
do thesouro. — 461 — A figura delictuosa do art. 332. — 462 — O furto  
de coisas de condominio. — 463 — O requisito *invicto domino*. — 464 — O  
dolo, concepções a respeito, orientação dos nossos codigos. — 465 — Casos de  
exclusão de criminalidade. — 466 — Caracteres do furto, sua tentativa. —  
467 — Penas, critica do codigo. — 468 — Apropriação indebita, retrospecto  
historico-legislativo; differenças entre esse crime e o do furto, orientação do  
codigo, critica. — 469 — Apropriação por erro, engano ou caso furtuito. —  
470 — Apropriação de coisa dada em confiança. — 471 — Apropriação de  
coisa achada. — 472 — Apropriação de animaes e de productos da lavoura  
ou de estabelecimentos de salga. — 473 — Furto de coisas de fôro judicial  
e extra judicial (art. 333); immuidade penal do furto entre parentes (art.  
335). — 474 — Jurisprudencia brasileira. — 475 — Arestos sobre apropriação  
indebita. — 476 — Jurisprudencia estrangeira . . . . . pag. 704

### CAPITULO III

#### DA FALLENCIA

ARTS. 336 E 337

477 — As denominações de *fallencia*, da *quebra* e de *bancarota* e as modalidades desse estado em outras e na nossa legislação. — 478 — Os direitos creditorios como objecto do crime em questão; como é qualificado pelas diversas legislações. — 479 — Elementos da *fallencia fraudulenta* e *culposa*. — 480 — *Insolvencia dolosa* . . . . . pag. 741

### CAPITULO IV

#### DO ESTELLIONATO. ABUSO DE CONFIANÇA E OUTRAS FRAUDES

ARTS. 338 A 341

481 — Acepções do termo *fraudc*, difficuldades no conceituar a fraude penal. — 482 — Origem do termo *estellionato*, sua configuração no direito romano e medievo. — 483 — A doutrina moderna sobre o *estellionato*, seus elementos essenciaes; os dois typos das legislações vigentes quanto á sua qualificação: o francez e o allemão. — 484 — A nossa legislação a respeito. — 485 — Apreciação geral do codigo vigente. — 486 — Alheiação de coisa alheia como propria, ou troca de coisa, que se devêra entregar, por outra. — 487 — Alheiação, locação ou aforamento de coisa propria já alheia, locada ou aforada. — 488 — Caução, penhor ou hypothese de bens que não podem ser alienados, ou que estão gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles. — 489 — Alheiação ou desvio de objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou defraudação por qualquer modo da garantia pignoraticia. — 490 a 502 — Uso de artificios para sorprehender a boa-fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o a erro ou engano, por esse e outros astuciosos, procurar para si lucro ou proveito. — 503 — Razão da apreciação conjuncta das disposições dos ns. 6, 7 e 9 do art. 338 do codigo. — 504 — Abuso 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 ou prejuizo daquelle que o firmou. — 505 — Abusar em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdicto ou incapaz, e fazel-o subscrever acto que importe effeito juridico, em damno delle ou de outrem, não obs-



tante á nullidade do acto emanado da incapacidade pessoal. — 506 a 508 — Razão da apreciação conjuncta das disposições dos ns. 8 e 10 do art. 338 do código; modalidades e elementos da figura delictuosa do n. 8. — 509 — A figura delictuosa do n. 11. — 510 — A tentativa do estellionato em geral e especialmente em face do nosso código. — 511 — Momento consummativo do estellionato. — 512 — Penalidade; outras fraudes. — 513 — Jurisprudencia brasileira. — 514 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 747

## CAPITULO V

### DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE LITERARIA, ARTISTICA, INDUSTRIAL E COMMERCIAL

#### Secção I

##### *Da violação dos direitos da propriedade literaria e scientifica*

#### ARTS. 342 A 350

515 — Como se caracteriza o grupo de infracções deste capítulo, sua distribuição. — 516 — Contrafacção contra a Nação ou os Estados federados e contra particulares: alterações trazidas pela lei n. 496, de 1º de Agosto de 1898. — 517 — Contrafacção dos direitos de autor, caracteres desses direitos. — 518 — Modalidades dessa contrafacção. — 519 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 792

#### Secção II

##### *Da violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas*

#### ARTS. 351 A 352

520 — A protecção ao direito de uso exclusivo de invenções e descobertas no dominio industrial; systemas imperantes em nossa legislação. — 521 a 525 — Definição da contrafacção deste grupo de direitos do autor; seus elementos e modalidades. — 526 — As figuras delictuosas do art. 352 do código. — 527 — A tentativa. — 528 — Questão referente á provocação. — 529 — Penas. — 530 — Jurisprudencia — brasileira. — 531 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 800

Secção III

*Da violação dos direitos de marcas de fabrica e de commercio*

ARTS. 353 A 355

532 — Nossa legislação sobre marcas industriaes; a contrafacção destas e suas modalidades. — 533 — Contrafacção ou falsificação, sensu stricto. — 534 — Imitação fraudulenta, total ou parcial. — 535 — Uso de marca contrafeita ou imitada. — 536 — Uso illegitimo de marca alheia. — 537 — Venda e offerta á venda de productos revestidos de marca contrafeita ou imitada. — 538 — Venda de objectos revestidos de marca alheia, illicitamente applicada ou aproveitada. — 539 — Infracções de natureza analoga. — 540 — Tentativa e cumplicidade. — 541 — Pena. — 542 — Jurisprudencia brasileira. . . . . pag. 813

TITULO XIII

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA E A PROPRIEDADE

CAPITULO I

DO ROUBO

ARTS. 356 A 361

543 — O roubo como fórma da criminalidade selvagem; retrospecto historico-legislativo. — 544 — A disposição do art. 356, sua critica. — 545 — A violencia á pessoa e contra a pessoa. — 546 — O caso de furto com destreza. — 547 — Casos de violencia contra a pessoa. — 548 — A disposição do art. 358, sua critica. — 549 — Consumação e tentativa do roubo. — 550 — Latrocínio. — 551 — A figura delictuosa do art. 360. — 552 — A figura delictuosa do art. 361. — 553 — Jurisprudencia brasileira. . . . . pag. 830

CAPITULO II

DAS EXTORÇÕES

ARTS. 362 E 363

554 — As modalidades da extorção. — 555 — O sequestro. — 556 e 558 — A extorção propriamente dita. — 559 — A pseudo extorsão. — 560 — Semelhanças e differenças entre a extorção e o roubo. — 561 — A extorção por meio de actos judiciaes. — 562 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 846

## LIVRO III

### Das contravenções em especie

563 — Considerações geraes . . . . . pag. 863

#### CAPITULO I

##### DA VIOLAÇÃO DAS LEIS DE INHUMAÇÃO E DA PROFANAÇÃO DOS TUMULOS E CEMITERIOS

ARTS. 364 A 366

564 — As figuras contravencionaes dos arts 364, 365 e 366, seus  
elementos . . . . . pag. 864

#### CAPITULO II

##### DAS LOTERIAS E RIFAS

ARTS. 367 E 368

565 — loteria e a rifa, retrospecto historico-legislativo. — 566 — A  
loteria e o jogo de azar, como é qualificada aquella pela nossa legislação. —  
567 — Categorias de agentes da loteria ou rifa, sua punibilidade. — 568 —  
Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 868

#### CAPITULO III

##### DO JOGO E APOSTAS

ARTS. 369 A 374

569 — Fundamentos da repressão penal dos jogos de azar, caracterisação  
destes pelas legislações. — 570 — O jogo de azar e aposta. — 571 — Enu-  
meração de jogos de azar e de jogos permittidos. — 572 — Retrospecto  
historico-legislativo. — 573 — Como se caracteriza a casa de tavolagem; natu-  
reza da infracção em questão. — 574 — Modalidades diversas da contraven-  
ção, previstas nos arts. 369, segunda parte, a 374. — 575 — Regulamentação  
do jogo. — 576 — Jurisprudencia brasileira . . . . . pag. 882

CAPITULO IV

DAS CASAS DE EMPRESTIMOS SOBRE PENHORES

ART. 375

577 — Retrospecto historico legislativo. — 578 — Figuras contraven-  
cionaes do art. 375 . . . . . pag. 892

CAPITULO V

DO FABRICO E USO DE ARMAS

ARTS. 376 E 377

579 — Importancia do assumpto, má regulamentação pelo codigo e expli-  
cações do seu autor. — 580 — As contravenções dos arts. 376 e 377 — 581  
— Definição de armas, suas especies, e qual a defesa. — 582 — Regula-  
mentação do uso de armas offensivas; agentes da autoridade publica e outros a  
quem é permittido o seu uso e quando. — 583 — Jurisprudencia brazi-  
leira . . . . . pag. 893

CAPITULO VI

DAS CONTRAVENÇÕES DE PERIGO COMMUM

ART. 378

584 — Figuras contraventuaes do art. 378 . . . . . pag. 898

CAPITULO VII

DO USO DE NOME SUPPOSTO, TITULOS INDEVIDOS E  
OUTROS DISFARCES

ARTS. 379 A 381

585 — Figuras contraventuaes dos arts. 379 a 381 . . . . . pag. 900

CAPITULO VIII

DAS SOCIEDADES SECRETAS

ART. 382

586 — Razão das sociedades secretas em épocas passadas; razão da in-  
criminação das que não satisfizerem determinados requisitos; nossa legis-  
lação a respeito . . . . . pag. 903

CAPITULO IX

DO USO ILLEGAL DA ARTE TYPOGRAPHICA

ARTS. 383 A 387

587 — Policia administrativa da imprensa; modificações trazidas ao código pela lei de imprensa . . . . . pag. 907

CAPITULO X

DA OMISSÃO DE DECLARAÇÕES NO REGISTRO CIVIL

ART. 388

588 — Analyse e critica ao art. 388; diferença entre este dispositivo e o do art. 186, primeira parte . . . . . pag. 908

CAPITULO XI

DO DAMNO A'S COISAS PUBLICAS

ARTS. 389 E 390

589 — Critica ao código . . . . . pag. 909

CAPITULO XII

DOS MENDIGOS E EBRIOS

ARTS. 391 A 398

590 — A mendicidade como contravenção. — 591 — Retrospecto historico-legislativo; as figuras contravencionaes da mendicidade. — 592 — A contravenção da embriaguez. — 593 — Fornecimento de bebida alcoolica ou substancia inebriante a qualquer pessoa, em logar frequentado pelo publico, com o fim de embriagal-a, ou á que já estiver embriagada; a figura contravencional do art. 5º do decreto n. 4.294 de 1921 . . . . . pag. 912

CAPITULO XIII

DOS VADIOS E CAPOEIRAS

ARTS. 399 a 404

594 — A vagabundagem que reclama repressão; retrospecto historico legislativo; os elementos da contravenção do art. 399 do código. — 595 —

Modificações trazidas ao código, no configurar a contravenção da vagabundagem, pelo decreto n. 145 de 11 de Julho de 1893. — 596 — A capoeiragem. — 597 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 919

## LIVRO IV

### Disposições geraes

ARTS. 405 A 412

598 — Critica ao Código, mostrando-se especialmente que as disposições dos arts. 405 a 408 lhe são extranhas, por serem do minimo do Direito judiciario, cujo conceito e divisões se rememoram; limitação consequente da apreciação do assumpto ao registro da legislação a arestos a respeito. — 599 — Os casos de fiança. — 600 A quem cabe o direito de acção e seu exercicio. — 601 — Apreciação dos arts. 409 a 412. — 602 — Jurisprudencia brasileira. .... pag. 930



*Direito Penal Brasileiro – Volume II* (edição fac-similar), de Galdino Siqueira, foi impresso em papel vergê areia 85g/m<sup>2</sup>, nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em fevereiro de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal* (Volume 4).





# Coleção

História do Direito  
Brasileiro



## Direito Penal

**ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA**

Código Penal dos Estados Unidos do Brasil  
comentado

**JOÃO VIEIRA DE ARAUJO**

Código Penal comentado, theorica e  
praticamente

**ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO**

Código Criminal do Imperio do Brazil  
annotado

**OSCAR DE MACEDO SOARES**

Código Penal da Republica dos Estados  
Unidos do Brasil

**BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA**

Lições de Direito Criminal

**THOMAZ ALVES JUNIOR**

Anotações theoricas e praticas ao Código  
Criminal

**FRANZ VON LISZT**

Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e  
tradução de José Hygino Duarte Pereira

**TOBIAS BARRETO**

Estudos de Direito

**GALDINO SIQUEIRA**

Direito Penal brasileiro (segundo o 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)

**TOBIAS BARRETO**

Menores e loucos em Direito Criminal