

PROJECTO DE CODIGO PENAL BRASILEIRO

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS
SOBRE A PARTE GERAL**

POR

VIRGILIO DE SA PEREIRA

Juiz da Côrte de Appellação e professor da Faculdade de Direito
da Universidade do Rio de Janeiro

RIO DE JANEIRO – IMPRENSA NACIONAL – 1930

*A la Reven Penitentiaire, hommage
de l'auteur. Rio de Janeiro 4-4-1930.*

PROJECTO DE CODIGO PENAL BRASILEIRO

F8085

1207

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS
SOBRE A PARTE GERAL**

POR



VIRGILIO DE SA PEREIRA

Juiz da Corte de Appellação e professor da Faculdade de Direito
da Universidade do Rio de Janeiro



RIO DE JANEIRO – IMPRENSA NACIONAL – 1930

PROJECTO DE CODIGO PENAL BRASILEIRO

Exposição de motivos pelo Desembargador Virgilio de Sa Pereira

PARTE GERAL

LIVRO I

CAPITULO I

Applicação da lei penal

ARTIGOS 1 A 19

A lei penal *existe* no tempo, *impera* no espaço, e *aplica-se* ás pessoas.

Qual a duração de sua existencia, qual a extensão do seu imperio, quaes as pessoas a que é applicavel, eis o que cumpria dizer em primeiro logar. Todos os artigos deste capitulo se distribuem por estas tres categorias, ou por sua propria natureza ou pela attração de affinidades imperiosas. (1)

(1) Do precioso estudo que, na *Scuola Positiva*, fasc. 7-8, anno VIII. Tancredi Gatti consagrou á primitiva Parte Geral, transcrevo o seguinte: "Il capitolo I, con cui si apre il progetto, prevede, sotto la intitolazione *Applicazione delle legge penale*, una serie di disposizioni che disciplinano materie diverse, e forse eterogenee, in modo peraltro quanto mai preciso ed accurato."

O conceito emittido nas palavras finaes muito me lisonjeia e conforta, mas peço venia para dizer que não ha materia diversa, e não poderá, portanto, haver heterogeneidade, uma vez que esta seria necessariamente função da diversidade da materia.

Quaes os artigos que teriam tratado de materia insubordinavel á rubrica do capitulo?

O 7° (antigo 8°) que manda imputar a pena cumprida no estrangeiro?

Mas este artigo se liga á applicação da lei no espaço, e é sob o capitulo consagrado á *Applicação da lei penal* que os

ARTIGO 1º

Impõdo o elemento da legalidade á conceituação formal do crime e da pena, poderia este artigo ser desdobrado em dois e collocado respectivamente nas secções do crime e da pena.

O Projecto italiano de 1921, explica FERRI, "reúne a norma generica do art. 1º do Código em vigor (*nullum delictum sine lege*) com a primeira parte do art. 2º do dito Código, dando um conteúdo positivo á mesma norma".

O elemento formal da legalidade passa, porém, para plano inferior, se considerarmos que do preceito com maior intensidade irradiam os elementos da irretroactividade da lei penal e da inapplicabilidade da analogia.

Sob estes aspectos, o preceito formulado exerce a sua acção no espaço e no tempo e a sua collocação adequada deveria ser na secção destinada á applicação da lei.

O seu lugar haveria de ser necessariamente o primeiro, porque elle é, na verdade, como o diz GARÇON, "la pierre d'assises du droit pénal moderne, qu'on ne peut ébranler sans tout compromettre, car la liberté civile repose tout entière sur ce solide fondement".

A Revolução Franceza assim o comprehendeu, inserindo-o entre os dogmas da Declaração dos direitos do homem e do cidadão: — *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et publiée antérieurement au délit*, e a nossa Constituição a acompanhou dispondo no art. 72, § 15, que — "Ninguem será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fórmula por ella regulada".

Quanto á extensão do preceito legal, limito-me a transcrever as seguintes palavras dum discurso de VON LISZT: "A selecção artificial, em tanto que exclusão e adaptação, é um acto da *administração* governamental em nossa sociedade hodierna: um acto *legalmente regulamentado* desta, no Estado constitucional. As previsões que se devem realizar antes que se possa applical-o; o processo por seguir; os principios segundo os quaes elle é applicado; precipuamente, sua natureza e sua medida, tudo isto é determinado por uma lei do Estado.

melhores projectos o collocaram. Elle corresponde ao 8º do Projecto Ferri, ao 5º, alinea final, do suisso de 1918, ao § 7º do allemão de 1909.

O 8º, sobre os effeitos da sentença estrangeira? Corresponde ao 7º do Projecto Ferri e do suisso, e ao § 81 do austriaco de 1909.

O 11º, sobre a extradição? Corresponde ao 9º do Projecto Ferri, ao 6º do suisso, e ao § 8º do allemão.

Poderia multiplicar as citações. Tem razão Tancredi Gatti quando observa, linhas abaixo, que a materia poderia ter tido melhor distribuição. Isto não me havia escapado, o que me escapava era o tempo. Na Parte Geral, agora publicada, e que sahia da Imprensa Nacional ao mesmo tempo quasi que chegava ao Rio o fasciculo da *Scuola Positiva* com o referido estudo, antecipei-me á critica do illustre criminalista italiano, procurando melhor distribuir a materia.

A regra: *nullum crimen nulla poena sine lege* não se applica tão sómente á pena, mas a todos os actos da selecção querida pela sociedade". (*Bulletin de l'U. I. D. P.*, vol. 6º, 1909, p. 495).

ARTIGO 2º

A unidade do direito penal é um imperativo categorico da Constituição; só temos, e sómente podemos ter, um Código Penal, e é por isso que elle vigora *em todo* o territorio da Republica.

Proclama o texto o principio da territorialidade da lei penal e penso que não poderia adoptar outro.

Il ne peut exister aucune controverse sérieuse au sujet de l'autorité territoriale de la loi et de la juridiction pénale, si l'on veut dire, en employant ces mots, que la loi exerce un empire absolu sur tous les hommes qui résident sur le territoire de l'État, qu'ils soient nationaux ou étrangers (FIORE).

O direito penal é um ramo do direito publico, o qual tem por matriz a soberania, que se limita quasi sempre pelas fronteiras do paiz. Direito penal e territorio são idéas correlatas. A lei penal é, portanto, essencialmente territorial. *Ce serait soutenir un vrai paradoxe que de mettre en doute une semblable vérité* (FIORE). O principio é hoje em dia universal. Todos os codigos e projectos de reforma o consagram. O facto de alguns delles fazerem-no acompanhar de certas excepções não lhe contraria a universalidade. Discute-se, por exemplo, se o Código Penal allemão consagra o principio da territorialidade, o da nacionalidade ou o do direito natural, mas a opinião dominante, e que assenta sobre o texto e os motivos (VON LISZT, OSLHAUSEN), é que elle o reconhece como regra (SWINDEREN — *Esquisse*, vol. 1º, p. 63). Póde ter-se, portanto, como axiomática, a these de ZÜRCHER: *Le principe de la territorialité règne en maître*.

ARTIGO 3º

Não ha duvida que elle reina como senhor, porém não como senhor absoluto. Se assim fôra, interesses juridicos de maxima relevancia ficariam sem protecção. A existencia da nacionalidade e do Estado ou as condições essenciaes de sua organização politica, militar e economica podem ser vulneradas por crimes concebidos, planeados ou commettidos no estrangeiro, e o interesse do paiz, onde elles se commettam, em reprimil-os, não póde ser o mesmo do paiz por elles visado e offendido. Assim como o direito, que tem o individuo de defender a propria existencia, não se limita pela cerca de sua fazenda ou pela porta de sua casa, o do Estado não se limita pelas fronteiras do seu territorio.

Os ataques contra a integridade, a independencia, as instituições, a paz e o credito do Estado, tanto podem vir do seu proprio territorio como de territorio estranho. Contra elles

defende-se o Estado, com as armas, na guerra, e com a pena na paz.

A' protecção desses interesses vitaes attendeu o art. 3º, estendendo a efficiencia da lei penal além das fronteiras territoriaes, para comprehender crimes contra o Estado e a Patria commettidos no estrangeiro, qualquer que seja a nacionalidade do seu autor. A sua presença no paiz não podia constituir uma condição do seu julgamento, nem a sua revelia ter por consequencia a impunidade, pela prescripção. Seria escandaloso e deprimente para a Nação que os mais graves crimes, contra ella commettidos no estrangeiro, ficassem impunes, até que o seu autor se decidisse a vir espontaneamente apresentar-se á sua justiça. O artigo não deixa duvidas a respeito, e attende a uma observação de José HYGINO sobre o Projecto de 1893.

O paragrapho unico era de evidente necessidade.

Quem no estrangeiro estiver a serviço do Brasil, deve estar sujeito á lei brasileira, se commetter algum crime funcional. Se era estrangeiro, para á sua influencia eximir-se, devia ter visto que o era quando acceitou a investidura. A disposição seria ociosa, se todos os que exercessem no estrangeiro funções conferidas pelo Governo da Republica gosassem do privilegio da extraterritorialidade, mas este é restricto aos diplomatas. José HYGINO reclamou uma disposição expressa neste sentido, e, notando a lacuna do Projecto de 1893, lembrava disposição identica do Codigo hollandez. O Codigo Penal argentino (1921), art. 1, inciso 2, dispõe que elle se applicará:

“por delitos cometidos en el extranjero, por agentes e empleados de autoridades argentinas, en desempeño de su cargo”.

O DR. JOSÉ PECO censura a ambiguidade e imprecisão da linguagem, que, aliás, não foi corrigida. Quiz evitar censura igual e parece-me que, com a redacção que adoptei, o con-segui.

ARTIGO 4º

De certo tempo a esta parte, vem progressivamente accentuando-se, na consciencia universal, a necessidade de generalizar-se a repressão uniforme duma determinada classe de crimes, que se convencionou denominar internacionaes ou mundiaes. Porque assim elles se chamam? Por duas razões: pela universalidade da lesão e pela ubiquidade da execução. Embora a lesão objectiva só attinja determinada nação, todas as outras se resentem da offensa, como se a tivessem directamente recebido. São crimes que ameaçam as bases fundamentaes da sociedade civil, sem distincção de nacionalidades, ou a sua ordem economica, ou os sentimentos moraes sobre que repousa a sua organização. Quanto á execução, esses crimes são em geral continuados, e reclamam varios momentos da actividade individual para se consummar. O peor, porém, é que essa serie de actos não se realiza num só paiz, antes se desdobra por varios, differentes e, ás vezes, longinquos. Dahi difficuldades quasi invenciveis para a sua repressão, quer sob o ponto de vista do direito, quer sob o ponto de vista do facto.

O Projecto absteve-se duma regulamentação generica desses crimes, remetendo-se ás gestões diplomaticas, por meio das convenções e tratados. O Codigo Penal argentino nada dispoz a respeito e, por isso, o criticam HERRERA E PECO. Nada impede a Argentina de comprometter-se diplomaticamente a reprimir esses crimes, assim como não precisaria o Brasil que o seu Codigo Penal o autorizasse para que elle firmasse convenções semelhantes. O art. 4º não é mais, portanto, que a consolidação legislativa do que a respeito já tiver accordado a nossa chancellaria e a consolidação antecipada do que vier a fazer. O meu intuito foi deixar expressas todas as excepções ao principio da territorialidade da lei penal.

A critica feita ao Codigo argentino póde, portanto, ser igualmente feita ao Projecto brasileiro, porém não procederia.

Estou convencido de que os crimes internacionaes ainda não podem ser objecto de regulamentação legislativa satisfatoria.

Para demonstral-o, comecemos por definil-os.

O crime internacional, para FEUILLOLEY, é toda acção criminosa de direito commum, que tenha sido preparada, facilitada, consummada, ou que tenha produzido effeitos em differentes paizes, mesmo quando os diversos actos elementares da infracção se tenham realizado em paizes distinctos. (*Journal de Droit International Privé*, 1905, vol. 32.) Não analyso a definição, apenas lhe assigno a generalidade, a amplitude, dentro na qual, com um pouco de boa vontade, caberiam bem quasi todos os crimes commettidos no estrangeiro, por nacionaes ou estrangeiros, o que naturalmente transformaria em regra a extraterritorialidade da lei penal, que, no campo fechado da legislação positiva, onde a imaginação theorica não se aposenta, não é reconhecida por nenhum codigo senão como excepção.

Diz o DR. PECO que o Projecto suiso de 1915 acolheu, com *enthusiasmo*, a idéa da repressão dos crimes internacionaes. Realmente, no seu art. 7º, elle sujeita á lei suissa o estrangeiro que se encontra no territorio da confederação, tendo commettido noutro paiz o crime de trafico de mulheres, uso de explosivos e falsificação da moeda. Não houve, porém, enthusiasmo nenhum, antes frieza. Basta attender no modo por que, na commissão de peritos, se externou GAUTIER:

Esses crimes, qualificados de mundiaes, disse elle, são os que o Projecto quer punir na Suissa, mesmo quando commettidos no estrangeiro por estrangeiros.

A escolha dos crimes por classificar aqui é absolutamente arbitraria, e, com effeito, ora se nos propõe que augmentemos a lista (pirataria, trafico de negros, etc.), ora que a encurtemos (proposta LANG, emprego de explosivos e bombas). Esta circumstancia assignala-nos o lado fraco da disposição em debate, e podemos, com effeito, duvidar da oportunidade de introduzil-a no Codigo. (*Procès-verbal de la 2ème com. d'experts*, 1, 36.)

O certo é que, admittida com alguma hesitação no Projecto de 1915, no de 1918 ella já não apparece, eliminada que foi pela revisão dos peritos.

Que a classificação desses crimes é puramente arbitraria, como o diz GAUTIER, fácil é demonstrar. O citado Projecto suíço enumera o tráfico de mulheres, o uso de explosivos e a moeda falsa. Pelo mesmo teor, o Projecto austriaco de 1909. O allemão, do mesmo anno, silencia a respeito, mas o ultimo Projecto, cuja parte geral *La Scuola Positiva* inseriu no seu vol. v, 1925, dispõe sómente sobre o tráfico de mulheres e a falsificação da moeda. VON LISZT, porém, vai mais longe, e na rubrica — *crimes internacionaes* — comprehende os que entenderem com o commercio internacional, com as grandes vias de comunicação, com a segurança da circulação monetaria, os abusos da Cruz Vermelha, a defesa contra os inimigos das nações, — *hostes generis humanis* —, como os piratas, os traficantes de escravos, os anarchistas dynamitistas. (*Tratado*, vol. I, pag. 158, trad. bras.) E acrescenta: “Não é necessario nem conveniente ir mais longe”. O ultimo Projecto allemão achou que já era ir longe de mais, e excluiu os piratas e os anarchistas. Isto mostra como os principios, neste terreno, ainda são vacillantes, como as mutações politicas alteram fundamente as concepções doutrinarias, como o assumpto ainda não attingiu aquella phase de maturação theorica, que permite submeter as idéas á rigidez da regulamentação legislativa. E essa evolução, tudo o indica, será lenta e demorada. A característica precipua desses crimes é a sua internacionalidade, tanto que por ella é que elles se qualificam. Emquanto, portanto, as nações não accordarem sobre o seu conceito, será pretensão de máo gosto propôr-se a conceitual-os o código singular duma dellas.

Ora, só ha dois meios pacificos para se obter esse accordo: a adhesão espontanea, pela convergencia das opiniões, que só se obtem pelo processo lento, mas seguro, da evolução das idéas, ou pela adhesão politica, por meio do trato diplomatico. Este é o campo actualmente aberto á regulamentação penal de taes crimes, e a prova irrecusavel deste asserto quem a dá são os proprios projectos em que se insere a sua regulamentação, quando a estendem, numa clausula final, aos crimes previstos em convenções e tratados. Isto mostra que a especificação anterior é incompleta, e superflua, porque a clausula final generalizadora a comprehenderia.

Não ha disposição nos velhos codigos sobre o tráfico das brancas, nem poderia haver, porque o movimento a favor de sua punição internacional lhes é posterior; entretanto, elle é punido, apesar do principio da territorialidade, por nações que zelosamente o consagram. Por que meios? Mediante as convenções e tratados que se succederam á Conferencia de Paris, de 1902. Assim com as marcas de fabricas, com a propriedade litteraria, com a moeda falsa e varios outros institutos.

Este é o meu ponto de vista, e se as razões adduzidas não convencem, cobrir-me-ei com a grande autoridade de GARBAUD, que, depois de enumerar as difficuldades de direito e de facto que impedem a regulamentação legislativa da materia, reconhece que sómente por meio de convenções internacionaes será possível realizal-a (*Traité*, I, 391, 3ª edição)

ARTIGO 5º

O Código Penal italiano pune, no art. 6º, o estrangeiro que, em paiz estranho, commette crime contra estrangeiro.

O Projecto FERRI consagra o mesmo principio. O Projecto Rocco, deste anno, limita-o ao caso em que o lesado é o Estado ou um cidadão italiano.

No seu *Relatorio* assim o justifica ZANARDELLI:

Foi proposto que se limitasse o processo contra o estrangeiro, delinquente em paiz estranho, somente aos crimes que offendessem ao Estado ou algum cidadão italiano.

Mas á acceitação de tal proposta se oppunha, em primeiro logar, o reflexo de um voto explicito de rejeição quasi unanime da Camara electiva.

E não sem graves razões, porquanto é proprio do progresso da civilização o reconhecimento, cada vez maior, de um liame commum entre os povos, não obstante as differenças de nacionalidade que os separam, e esse liame, que já anteriormente a Italia reconhecera no proprio Código Civil, aconselha não se conceda a todo malfetor um direito de nacionalidade, renunciando, por completo, á protecção da ordem juridica, que é uma divida solidaria das sociedades civis, e expondo o nosso Estado a transformar-se em asylo de impunidade para qualquer estrangeiro. Então se propoz que, admittida a acção contra o estrangeiro, delinquente no estrangeiro, contra um estrangeiro, ella se subordinasse á inefficacia do offerecimento prévio da extradicação, quando não se pudesse expulsal-o, ou á expulsão elle se oppuzesse.

Não pude acceitar esta segunda condição. A expulsão tem logar mais apropriado em leis especiaes, que lhe estabelecem os limites e as garantias, e não me pareceu conformar-se com as peculiaridades estritamente juridicas do Código, nem se harmonizar com o direito internacional hodierno, que não consente o recambio de malfetores impunes, embora estrangeiros, e se inclina cada vez mais a equiparar o estrangeiro ao cidadão, até o ponto de reconhecer-lhe plena personalidade e capacidade juridica.

Estas razões não me convenceram. E' certo que o progresso da civilização de mais a mais aperta os laços da solidariedade internacional, mas ainda não chegou á consagração do principio da justiça universal, e, sem este, onde assentar a these de que um Estado tem o direito e o dever de punir o estrangeiro que no estrangeiro commetteu crime contra outro estrangeiro? O facto de se achar elle no seu territorio offerece-lhe apenas a oportunidade de punil-o, porém não pode constituir o principio mesmo da punição.

Este encontrar-se-ia na necessidade de evitar que o Estado se transformasse, como diz ZANARDELLI, num asylo de malfetores, ou no escandalo, por outros allegado, da convivencia social do criminoso impunido, affrontando, por assim dizer, com a sua insolente impunidade, a consciencia da gente honesta. FIORE responde com vantagem a estas razões.

Longe estamos, diz elle, com a theoria que admitimos, de chegar a fazer do Estado o asylo dos malfetores.

tores estrangeiros. Com effeito, quando um estrangeiro que, fóra do territorio, commetteu um crime contra outro estrangeiro, se mettesse entre nós, deveria o nosso Estado, como já o dissemos, offerecer a sua extradição ao Estado sobre o territorio do qual o crime se commetteu, não em homenagem a conveniencias diplomaticas, mas em obediencia ao dever internacional de todos os Estados, que se deveriam considerar solidariamente interessados em prevenir a impunidade dos crimes.

Se o offerecimento fosse rejeitado, o nosso poder judiciario não deveria ficar inactivo, nem proteger um individuo, cuja impunidade offenderia a consciencia publica do nosso paiz; elle deveria, ao contrario, ter o direito de expulsal-o, fazendo-o acompanhar á fronteira. Esta medida não teria por fim salvaguardar juridicamente a moral universal, mas fazer respeitar juridicamente os direitos da cidade, fazer observar as nossas proprias leis, violadas, se o culpado não fosse expulso, proteger a sociedade turbada pelo spectaculo immoral dum criminoso impunido, e garantir os bons cidadãos contra os riscos duma hospitalidade tão perigosa. (*Droit pén. intern.*, 1, n. 60, p. 60).

No numero anterior já havia elle dito:

Para impedir esse escandalo da impunidade, poderia ser util que se entregassem reciprocamente os malfetores, e nós accrescentaremos que se poderia mesmo offerecer a sua entrega sem se esperar por um pedido formal de extradição. Mas, se se quer dar tão grande importancia ao escandalo derivado da impunidade dum malfetor, escandalo que, segundo o nosso modo de ver, se poderia evitar, convem então que se tenha em maior conta o escandalo que acarretaria a repressão dum crime commettido em paiz longinquo, porque jamais poderíamos estar seguros de não punir um innocente. Parece-nos, com effeito, que á vista dum homem, sob o peso duma grave accusação, no meio de pessoas que lhe ignoram a honorabilidade, que não conheceram nem a victima, nem as circunstancias do attentado, que não puderam ouvir todos os depoimentos pró ou contra, o sentimento que deve geralmente prevalecer será antes a piedade que a indignação, porque ninguem poderia estar convencido de ser o condemnado verdadeiramente culpado.

Quem não sabe como é difficil a instrucção dum processo criminal em paiz afastado! Não se me venha dizer que por meio das commissões rogatorias se podem obter as provas, os actos de instrucção, as audições das testemunhas, porque responderemos que se não poderiam jamais transmittir as apreciações moraes dos factos e das circunstancias locaes.

Certo, como diz ZANARDELLI, a protecção da ordem juridica é uma divida solidaria das sociedades civis, e não está em mora de pagal-a o Estado que não se arroga o direito de punir o estrangeiro que, em paiz estranho, commetteu crime

contra outro estrangeiro. A questão que elle tem que resolver não é a da repressão universal dos crimes, porque esta já está ha muito resolvida, e todos estamos de accôrdo em que a solidariedade internacional a impõe a todas as sociedades civis, como divida commum. A questão a resolver, e eu a formulo concretamente para melhor clareza, é esta: qual a jurisdicção competente para julgar o italiano que commetteu na França crime contra um belga, e se refugiou no Brasil? O Projecto diz que não é a brasileira, e dil-o bem. Ninguem pode ser punido por uma lei que não violou, e a lei brasileira não foi violada. Não ha crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a commine. Mas, dir-se-á, o crime commettido é desses que todos os codigos definem e punem. Sim, mas quando nós emittimos essa regra, não nos esquecemos de dizer que o nosso Codigo vigorava em todo o territorio da Republica, demos-lhe, portanto, o valor, não dum principio universalmente obrigatorio, mas dum postulado do nosso direito publico, não duma verdade especulativa, mas duma regra pratica e positiva da vida do Estado, como o diria FIORE. Ella emana do exercicio normal da nossa soberania, e não dum hypothetico mandato que se nos haja conferido, em nome da justiça universal. A ordem juridica que nós garantimos é a que se processa e constitue dentro nas nosas fronteiras. A' que interessa á vida internacional nós efficazmente assistimos com a expulsão e a extradição, mas esta materia, como observou ZANARDELLI, tem a sua séde mais commoda nas leis especiaes, nas convenções e tratados.

São pertinentes ao caso as seguintes palavras de GARRAUD:

O Estado francez não tem um dever de *tutella universal*, elle não pode intervir sempre para o effeito de julgar e punir; seria intrometter-se em questões que lhe não competem; o seu unico direito, para fazer cessar a impunidade escandalosa dum culpado, que se põe em nosso paiz *fora* do alcance da justiça estrangeira, é extradital-o ou expulsal-o. (*Traité*, vol. 1, p. 399, 3ème éd.)

Criticando o velho Projecto de 1893, dizia José HYGINO:

Excederiam, porém, o circulo dos interesses immediatos dum Estado o dispensar a sua protecção, por meio de comminação de penas, a bens estranhos nas relações entre estrangeiros. Para isto, outros Estados é que são competentes e mais aptos. Com estas conclusões estão de accôrdo os codigos modernos. O Codigo Penal italiano é o que mais se adiantou a este respeito, sujeitando ás suas disposições o estrangeiro que em paiz estrangeiro commetter crime contra outro estrangeiro (art. 6°). Não seria preferivel, na falta da extradição, a medida da expulsão, como as leis de outros paizes admittem? O Projecto cingiu-se ás disposições do Codigo italiano, sem, todavia, acompanhal-o neste exaggero. (*Rev. de Jur.*, 1901, vol. 11, p. 36.).

Nelle também o Projecto actual não o acompanha, limitando-se a punir o estrangeiro, quando a victima do crime é um brasileiro. A idéa que se faz sentir aqui é menos a de punição do estrangeiro que a de protecção ao nacional. Todas as legislações a consagram, e a nossa intervenção ainda se reveste da forma mais delicada, porque a nossa jurisdicção se exerce subsidiariamente. Somente no caso de não ser o estrangeiro julgado no paiz onde commetteu o crime contra brasileiro, ou não ter cumprido a pena, é que nós o puniremos, se elle vem ao nosso paiz. Seria realmente menoscabar de nossa soberania vir affrontar, com a sua impunidade, em nosso proprio territorio, o nacional por elle criminosamente offendido, quando, muitas vezes, impomos ao condemnado, por crime aqui mesmo commettido, a residencia em logar differente daquelle em que reside o offendido, não só para prevenir novos crimes, como para que o não vexa ou humilhe a presença do offensor.

Por maior cautela, ainda subordinámos a acção da nossa justiça á provocação do nosso Governo, que, nas questões em que estrangeiros e brasileiros estão envolvidos, é o juiz supremo da conveniencia, da necessidade e da opportunidade.

Artigo 6°

Se protegemos o nacional quando victima de crime no estrangeiro, também o punimos quando elle é o seu autor, e volta á patria fugindo ao castigo, que mereceu. Mas se o crime autoriza a extradicação do estrangeiro, segundo a lei brasileira, é evidente que a impunidade, assim garantida ao estrangeiro, não póde deixar de abranger o nacional. Esses crimes, que as leis de extradicação excluem desta medida de assistencia internacional, são os politicos, os convencionaes, e os communs de pequena gravidade.

Pode dar-se o facto de ter sido adquirida a cidadania brasileira posteriormente ao crime, e adquirida justamente para evitar-se a lei do logar da sua commissão. Seria irrisorio que esta fraude nos enleasse. E', porém, necessario que, no paiz onde occorreu o facto, elle seja reprimido como crime. Se o não é, qual a razão de punir o brasileiro? Não ha nenhuma, porque a nossa lei é essencialmente territorial, e nós não reconhecemos a existencia dum estatuto pessoal em direito penal.

Artigo 7°

O principio aqui consagrado é justo, mas ainda é mais de equidade que de justiça. Os codigos vigentes e os projectos de reforma, em geral, o consignam, por uma fórma, porém, que me parece imperfeita. Elles mandam imputar a pena proferida no estrangeiro, mas como só se sommam quantidades homogeneas, também só se imputam penas identicas. Se a pena cumprida foi pecuniaria, como imputal-a na pena corporal? Se foi o exilio local, como imputal-a na prisão? Dada esta hypothese, a pena cumprida no estrangeiro só como circumstancia de attenuação pode ser considerada, e foi assim que dispoz o Projecto. Ella será imputada quando idéntica, e attenuará quando differente.

Artigo 8°

“Le Code pénal est la règle imposée au juge, et cette règle est exclusive. Le juge ne doit jamais appliquer la loi pénale de l'étranger.” (ZÜRCHER.)

A lei é um acto de soberania, e applicando a do estrangeiro, estaria o juiz reconhecendo a soberania estranha. A sentença estrangeira também está nas mesmas condições e o projecto austriaco de 1909, no seu § 88, peremptoriamente dispõe:

“Uma pena, pronunciada por tribunal estrangeiro, não pode ser executada sobre o territorio.”

A questão, portanto, que o artigo resolve pela affirmativa é esta: — Póde dar-se num paiz um certo effeito ás sentenças penaes proferidas no estrangeiro?

Ella foi submettida á discussão no Congresso Penitenciario de Paris, de 1895, sendo adoptadas as seguintes conclusões:

1) E' desejavel que as incapacidades decorrentes de sentenças soffridas no seu paiz, por crime commum, sigam de pleno direito o condemnado em todos os paizes.

2) E' desejavel que o nacional condemnado por crime de direito commum no estrangeiro, incorra na sua patria nas mesmas decadencias, incapacidades e interdicções em que teria incorrido se nella houvera sido condemnado.

A segunda conclusão, formulada como *desideratum*, visava estender e generalizar o que já consignava expressamente o Codigo Penal italiano, no art. 7, n. 2, alinea:

Nondimeno, se contro il cittadino, per un delitto commesso in territorio estero, diverso da quelli indicati nel numero 1° del presente articolo, sia stata pronunciata all'estero una condanna, che secondo la legge italiana importerebbe come pena o come effetto penale, l'interdizione dai pubblici uffici o altra incapacità, l'autorità giudiziaria, sull'istanza del Pubblico Ministero, può dichiarare che la sentenza pronunciata all'estero produce nel regno l'interdizione o incapacità suddetta; salvo al condannato il diritto di chiedere che, prima de provvedere sull'istanza del Pubblico Ministero, si rinnovi il giudizio seguito al estero.

O Projecto Suisso, de 1918, art. 7°, dispõe por esta fórma:

Todo o suisso condemnado no estrangeiro á reclusão ou a uma pena da mesma gravidade poderá, á requisicção do Ministerio Publico Federal, ser privado de seus direitos civicos pela duração de dois a dez annos.

A sentença é um acto de soberania, cuja força executoria se circumscreve ás fronteiras dentro nas quaes a soberania se exerce. Para que essa força se lhe reconheça em paiz estranho, é mistér que ella se cubra com a soberania desse paiz. E' o que se obtém com o processo de homologação pelo órgão judiciario da soberania nacional, que é o Supremo Tribunal, e dahi reclamar o texto a intervenção do respectivo Ministerio Publico. Mas o julgamento estrangeiro poderá ter sido injusto, e eu me reporto á passagem acima citada de FIORE, sobre as difficuldades da instrucção criminal no que concerne aos elementos pessoas, quando se trata de estrangeiro, e então aconselha a justiça que permittamos ao nacional reabrir a instancia no seu proprio paiz, e affrontar o pronunciamento dos seus juizes.

Com estas duas providencias, resguardamos ao mesmo tempo a nossa soberania e os direitos individuaes dos nossos patricios. O que não podia continuar era o escandalo de vermos entre nós, desassombradamente, exercendo certos direitos e prerogativas, individuos incapazes de exercel-os por sentença pronunciada no estrangeiro. Figuro a hypothese dum pae brasileiro condemnado no estrangeiro por ter abusado da propria filha, e, pergunto, não seria escandaloso que aqui elle continuasse no exercicio do patrio poder, quando a sentença, se houvera sido proferida por juiz brasileiro, necessariamente implicaria a sua interdicção?

ARTIGO 9°

Logo no seu art. 1°, n. 1, declara o Codigo Penal argentino que as suas disposições se applicam aos crimes

cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

Commentando o texto, assim se exprime o Dr. PECO:

Ya el Proyecto VILLEGAS, GARCIA, UGARRIZA, inspirándose en el art. 26 del Código Penal de Lusiania y en las decisiones de la jurisprudencia norteamericana, establecia en el art. 44 que: "las penas se aplicarán en la nación a todos los que en su territorio ejecuten un hecho previsto y penado por la ley", y "a los que ejecuten en el extranjero con el propósito de que los efectos del delito se realicen en la república". La exposición de motivos explica, con claridad, los fundamentos del Proyecto, razón por la cual la transcribiremos in extenso como el mejor apoyo que pudiera invocarse para fijar el alcance, y justificar la solución análoga del Proyecto de 1917. "La comisión piensa que la acción protectora de la ley ampare a todas las personas y a todos los intereses legítimos, comprendidos dentro del territorio, y que castigue los delitos cometidos contra esas personas y esos derechos, aunque los hechos punibles se cometan fuera del territorio. Los propósitos de justicia quedarían burlados se en tales casos fueran sólo castigados los coautores o cómplices

existentes en el territorio, asegurándose quizá la impunidad de los autores principales que habieran concurrido al hecho punible desde el extranjero, como también cuando el delito quedare totalmente impune, por no haber concurrido a él dentro del país sino agentes inocentes." (Dr. JOSÉ PECO, *La Reforma Penal Argentina*, p. 136.)

Estas mesmas razões foram as que dictaram as disposições do Projecto.

Nós não podemos ficar impassiveis deante de crimes que se tramam no estrangeiro, cuja execução se realiza ou inicia no estrangeiro, e que visam a ordem juridica do nosso paiz, e cujos efectos nelle se produzem.

O nosso direito de punir evidentemente resulta do facto de sermos nós os lesados, e de ser em nosso meio que o abalo social causado pelo crime tem a sua maior vibração.

Se quizerem obstinadamente que a cada dispositivo do Projecto corresponda um principio theorico, embora não seja nem deva ser o legislador paladino de ideologias, poderão assentar o deste artigo na theoria do resultado. Muito controversida é entre os autores a questão de saber onde o crime foi commetido, e este ponto tem grande importancia por causa dos conflictos de jurisdicção que suscita.

Diz VON LISZT que, para resolvel-a, devemos partir do facto incontestavel que, segundo o direito actualmente em vigor (elle se refere ao direito allemão), o character da acção é determinado pelo resultado produzido. Não é a remessa dum machina infernal, mas a mudança por esse facto operada no mundo exterior, que imprime á acção o cunho dum certo crime. Esta conclusão corresponde, sem duvida, melhor que qualquer prova, á missão do direito penal — a protecção de bens juridicos. Obtemos, pois, a seguinte these: *o autor age no lugar e na época em que produziu o resultado.* (*Tratado*, 1, p. 214, trad. bras.)

Mas a verdade é que não tem o Projecto o mínimo intuito de consagrar, na sua plenitude, a theoria do resultado. Se ao invés de explodir em nosso paiz a machina infernal remetida do estrangeiro, é do nosso paiz que a remettem para que rebente num outro, não nos sentimos menos obrigados a agir contra o criminoso, salva a opção pela sua extradição ou expulsão, como no caso melhor couber. Só affirmamos uma cousa, e é que, quando os efectos dum crime se produzirem no Brasil, nos arrogamos o direito de punir o seu autor, sem cogitar de sua nacionalidade, nem do lugar em que elle agiu.

O nosso texto approxima-se do suiso, embora com elle se não identifique. Com pequenas variantes de fórma, todos os Projectos suissos mantêm o mesmo dispositivo, que vem desde o primeiro, elaborado por CARLOS STOOSS. Diz o ultimo, de 1918:

Um crime tanto se reputa commetido no lugar em que foi perpetrado, como naquelle em que o resultado se produziu.

A sua grande vantagem, como releva ZÜRCHER na opulenta exposição de motivos ao Projecto de 1908, está no se evitarem conflictos intercantonaes de jurisdicção, sobretudo de character negativo. O seu perigo, a meu ver, está na

possibilidade do *bis in idem*, dos julgamentos duplos. Por si só, o artigo não evitaria os conflictos, tanto assim que o codificador suíço teve de acudir ao caso com certas regras especiaes. Uma dellas foi que, das duas jurisdicções, — a da acção e a do resultado — competente seria a que primeiro conhecesse do crime. Dada a nossa organização constitucional, tratando-se de materia de competencia, sómente nas leis de processo uma disposição semelhante terá sua séde propria, e aqui teriamos de enfrentar a competencia distincta da União e dos Estados.

ARTIGO 10º

Não diz o Projecto quaes são as pessoas que têm immuni- dades, nem define o territorio ficticio. Não é só em direito civil que *omnis definitio periculosa est*. Esta materia é regulada pelo direito internacional. Se a regulamentação do Codigo o repete, será ociosa; se o contraria, será perigosa, porque se erigiria em fonte permanente de conflictos, ataria os braços á nossa chancellaria na sua solução, para ser afinal postergada, porque taes conflictos não se resolvem por um dispositivo do Codigo Penal.

O Codigo Criminal do Imperio não definiu o territorio ficticio, como também não o definem o francez, o hespanhol, o italiano, nem os projectos actuaes, ou codigos mais recentes, excepção dum ou outro da America latina, como o do Perú, e o Projecto cubano. Define-o, entretanto, o nosso Codigo Penal vigente, mas a sua definição é incompleta, como o demonstrou o meu illustre collega, Dr. GALDINO DE SIQUEIRA, na introdução do seu projecto, onde procurou completal-a. Mesmo que o tenha conseguido, tenho o esforço por malbaratado. As divergencias dos Codigos Penaes dos paizes cultos são grandes e irreductiveis, nesta materia, e, por isso, inevitaveis os conflictos, que só por via diplomatica se resolvem, mas para a sua solução não invocam os paizes, que nelles estão envolvidos, as regras hirtas e duras dos seus respectivos codigos penaes, mas as ducteis e flexiveis do direito internacional publico ou privado.

Quando o Projecto argentino, approvado pela Camara dos Deputados, foi remettido ao Senado, assim se exprimia o seu art. 1º:

Este Código se aplicará:

1.º *Por delitos y faltas cometidas, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, en buques que leven su bandera, o en buques mercantes de bandera extranjera, que se allen en aguas jurisdiccionales;*

2.º *Por delitos y faltas cometidas nel extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas, en des- empeño de su cargo;*

3.º *Por delitos de piratería, cuando los responsables cayeren bajo el poder de la Nación.*

No se aplicará por delitos cometidos a bordo de buques mercantes de bandera argentina, en aguas jurisdiccionales de otro Estado, si fueren reprimidos por éste.

O mallogrado Senador ANGEL ROJAS, relator da Commis- são, assim se externava sobre este artigo:

— *Pensamos que lo que está regido por el derecho de gentes no debe ser objeto de las leyes internas de un país. Si lo que éstas disponen se encuentra ya arreglado por aquél, esas leyes son superfluas; si contraria el derecho de gentes, no son acceptables; si omiten casos previstos por la ley de las Naciones, la omisión no importa subtraer esos casos al imperio de dicha ley. De acuerdo con estos conceptos, encontraríamos inoficio- soso el inc. 1 del artículo 1º del proyecto y como tal creemos que debería suprimirse. (Código Penal de la Nación Argentina, ed. off., p. 498).*

HERRERA e PECO emittem a mesma opinião. Diz o pri- meiro:

La aplicación de la ley penal a los delitos come- tidos en los buques de guerra o mercantes, en las aguas jurisdiccionales, está regido por la ley internacional, cuya prelación, respecto a las leyes particulares de cada país, es indiscutible. Ahora bien de dos cosas, la una: lo legislado por el inciso que discutimos está de acuerdo con lo que establece el derecho internacional, entonces es inútil o no lo está, y, en tal caso, las disposiciones de éste prevalecerán, con evidente desprestigio de aquella. (La Reforma Penal, p. 2).

O segundo traz á colação o art. 1º do Codigo Penal Ja- ponez, que estende a sua jurisdicção a todos os crimes com- mettidos em navio japonéz, sem distinguir a qualidade do navio, nem a sua situação.

O nosso Projecto de 1896, no seu art. 4º, sujeitava ás suas disposições todos os que se encontrassem a bordo de na- vios brasileiros, sem cogitar da natureza delles, nem do lugar onde estivessem. O Projecto do Dr. GALDINO DE SIQUEIRA dis- tinguiu: 1) os navios brasileiros, privados ou da União, em alto mar; 2) os navios da União em porto estrangeiro.

A França e a Belgica sujeitam ás suas leis os crimes com- mettidos por tripulantes de embarcações estrangeiras nos seus portos, quando elles repercutem sobre a ordem publica.

“A lei hollandeza, inutil é dizel-o, escreve SWINDEREN, applica-se ás infracções commettidas a bordo de um navio em territorio hollandez, seja qual for a sua nacionalidade. O ar- tigo 3º consagra a regra, reconhecida pelo direito das gentes, que o navio é considerado como integrante do territorio. Mas a faculdade de iniciar um processo perante um juiz hollandez não poderia ser considerada como uma obrigação, pois que interesses ou convenções internacionaes podem exigir que nos afastemos da regra formulada no art. 2º” (*Esquisse*, vol. I, p. 60.)

Se prevalecesse o principio do Projecto de 1896, os con- flictos com as nações que o não consagram, ao menos com tal amplitude, seriam inevitaveis; se o do Projecto do Dr. GAL- DINO DE SIQUEIRA, inevitaveis elles seriam com as que consa- grassem principio contrario.

Esses conflictos só o Direito Internacional os dirime, e SWINDEREN reconhece que, afinal, temos de pôr á margem a

lei territorial para recorrer ás suas soluções. Para que então estabelecer a regra na lei particular, se sobre ella prevalece, como lembra HERRERA, a lei internacional?

E quando as nossas tropas occuparem territorio estrangeiro? As razões acima expostas tambem aqui igualmente procedem. A occupação seria sempre provisoria, que, se fosse definitiva, importaria em conquista, o que a nossa Constituição prohibe. Verificada a hypothese, nada impediria que a lei penal da região occupada continuasse em vigor, salvo as restricções que o commando militar impuzesse. Este, afinal, é quem diz, segundo as instrucções do seu governo, qual a lei que vigorará e é evidente que neste terreno são ainda os principios do direito das gentes que têm a primazia.

ARTIGO 11°

Varias legislações estrangeiras não admittem a extradição do nacional, assim como varios autores defendem esta limitação. As razões allegadas são especiosas. Vejamos algumas dellas.

1) *Repugna ao sentimento nacional entregar o filho do paiz á justiça estrangeira.*

As nacionalidades moças têm o melindre nacional muito á flor da pelle. E' curioso que o delinquente invoque a honra nacional para subtrahir-se ás leis do paiz, cuja hospitalidade trahiu, e della se não tenha lembrado para não trahil-a, arastando o bom nome de sua patria na publicidade escandalosa do crime. "Parmi les arguments futiles, je rangerai d'abord ceux tirés de la dignité du pays requis que ne lui permettrait pas de livrer à une justice étrangère l'individu lui appartenant par sa nationalité et soumis à ses lois. Non, à coup sur, l'honneur national n'est pas intéressé dans une pareille controverse. Ce qui lui importe au contraire c'est de ne point protéger directement ou indirectement celui qui s'est rendu coupable d'un crime. Cet argument est celui qui a longtemps fait refuser toute extradition." (GARÇON — *Actes du Congrès de Bruxelles* de 1900, vol. II, p. 195). O nosso Código Penal, no § 4° do seu art. 21, estabelece que incorre em cumplicidade todo aquelle que der asylo a criminosos. A honra nacional o que exige é que, baseando-se neste principio da propria lei brasileira, não se cumplicie a Nação nos crimes dos seus subditos pelo asylo que lhes dê. A Inglaterra e os Estados-Unidos admittem a extradição dos nacionaes e, por um decreto de Napoleão, a França tambem a admittiu, e francezes foram extraditados.

2) *A justiça natural do delinquente é a do seu paiz de origem.*

E' um aferro injustificado ao principio do estatuto pessoal, que aqui se estende, não para proteger direitos da pessoa, mas o seu crime.

O juiz natural do delinquente é o do logar em que commetteu o crime. E' ahi que o abalo social teve a sua maior intensidade, é ahi que a ordem juridica foi directa e profundamente lesada. Como um terremoto, o crime causa o damno maior no seu centro de subversão, e a onda sismica que se propaga já chega á periphéria enfraquecida e inocua.

En matière criminelle, escreve GARRAUD, le juge naturel du prévenu est, avant tout autre, le juge du

lieu de l'infraction. C'est là que s'est fait sentir le mal du délit qui en nécessite la répression. C'est là que les éléments de l'instruction seront le plus facilement réunis et que la découverte de la vérité aura le plus de chance de se produire.

Pourquoi donc refuser à l'Etat, sur le territoire duquel la loi pénale a été enfreinte, l'extradition du malfaiteur? C'est que nous défions de la justice étrangère. Cette défiance n'est-elle pas exagérée? De deux choses l'une, en effet: ou nous sommes ou nous ne sommes pas liés par un traité avec l'Etat qui requiert l'extradition. Dans le premier cas, en concluant un traité d'extradition avec cette puissance, n'avons-nous pas rendu hommage à son organisation administrative et judiciaire? N'est-ce pas parce que cette organisation offre des garanties de justice et d'impartialité, que nous livrons à cette puissance les malfaiteurs, même étrangers, qui viennent chercher un refuge sur notre territoire? Dans le second cas, nous devons, puisque l'extradition demandée est facultative, examiner si elle peut compromettre la condition de nos nationaux, et la refuser si le fonctionnement de la justice étrangère nous paraît irregulier. Ainsi, nos nationaux auront toujours les garanties d'un examen de l'autorité française; et en bonne justice, ils ne devraient pas pouvoir demander davantage. En effet, fonder le refus d'extradition des nationaux sur un prétendu *droit au séjour* qui ne permettrait pas de les expulser par mesure simplement administrative, c'est confondre deux choses bien distincts: le droit des nationaux de ne pas être livrés à des juges étrangers s'ils sont justiciables des tribunaux français, et le droit de tout gouvernement de se débarrasser administrativement de tous les éléments étrangers indésirables. (GARRAUD, *Traité théor. et prat. de droit pénal français*, 3ème éd., vol. I, p. 453.)

No seu relatório ao Congresso Penitenciario de Bruxellas, de 1900, GARÇON escrevia o seguinte:

Il est aujourd'hui de principe incontesté, aussi bien en droit interne qu'en droit international, que le coupable est soumis aux lois de police et de sûreté du territoire où il se trouve et qu'il est justiciable des tribunaux de ce pays. Ce droit dérive du principe même de la souveraineté, et un Etat qui l'abandonne renonce par cela même à un des attributs essentiels de cette souveraineté. (*Actes du Congrès Pénitenciaire International de Bruxelles*, 1900, vol. II, p. 191.)

3) *Aquella que comparece perante um tribunal estrangeiro não teria as mesmas garantias que o nacional.*

Este argumento, diz GARÇON, merece serio exame.

Souvent il ignorera ou connaîtra mal la langue du pays où il sera jugé. Peut-être même ne trouvera-t-il pas sur terre qui n'est pas sa patrie une justice absolument impartiale. S'il comparait surtout devant une

jurisdiction populaire, jurés ou échevins, n'aura-t-il pas à lutter contre certains préjugés qui s'attachent à sa qualité même d'étranger? Lorsqu'un individu, qui n'est encore qu'un accusé, qui peut-être innocent, s'est réfugié dans son pays d'origine, lorsqu'il vient se mettre sous la protection de ses lois, il y a là un fait nouveau et considérable qui légitime une dérogation au principe de la territorialité de la loi pénale. Il n'a pas droit sans doute à l'impunité: mais il peut demander au moins à être jugé d'après ses propres lois par des tribunaux qui donnent une garantie complète à la liberté de sa défense. L'Etat manque au devoir de protection dont il est tenu envers ses nationaux en les livrant à des juges étrangers.

Rationnellement, cet argument n'est point encore irréfutable. La commission anglaise de 1878 a répondu: "Quand nous invitons d'autres nations à organiser, de concert avec nous, un système d'extradition, il est tout-à-fait inconséquent d'admettre toute restriction impliquant un doute sur la compétence ou la justice de leurs tribunaux. L'extradition suppose une confiance mutuelle dans la manière dont la justice est rendue par les tribunaux des deux pays; si cette confiance n'existe pas, il ne peut livrer personne, pas plus un étranger qu'un national. C'est faire injure à une nation que de supposer que ses tribunaux ne seront pas impartiaux, parce que ce ne sera pas un de leurs nationaux que sera traduit devant eux.

On a même ajouté qu'il était de l'intérêt de l'accusé lui-même de comparaître devant le juge du lieu: "Devant la juridiction étrangère, disait JULES FAVRE en 1866, l'accusé sera sur les lieux; il pourra produire des preuves, faire entendre des témoins; il aura tous les moyens d'information qui sont si précieux dans une affaire criminelle. Si tout lui manque à la fois, il lui sera impossible de trouver dans la loi des garanties qu'il rencontrerait devant le juge du pays où il serait renvoyé."

GARÇON admitte a competencia subsidiaria do juiz nacional e assim a justifica:

Si l'Etat sur le territoire duquel le crime a été pétré se désintéresse de la répression et ne réclame pas l'extradition, le pays auquel appartient le délinquant doit pouvoir le saisir et le punir. Il importe, en effet, à sa propre sûreté de ne point laisser sans châtement un criminel qui habite son territoire et qu'il ne peut expulser. Ainsi, même si on admet l'extradition du national, on devra conserver dans les codes pénaux les dispositions qui punissent les crimes et les délits commis à l'étranger. (*Actes du Congrès de Bruxelles*, vol. II, p. 191.)

O Congresso de Bruxellas adoptou a seguinte conclusão:

Entre paizes, cuja legislação criminal repouse sobre bases analogas, e que confiem reciprocamente em

suas instituições judiciais, a extradição de nacionaes seria um meio de assegurar a boa administração da justiça penal, porquanto se deve considerar como um *desideratum* da sciencia que a jurisdicção territorial seja, tanto quanto possivel, chamada a julgar.

Esta fórmula é a mesma que o Instituto de Direito Internacional havia proposto em sua sessão de Oxford.

NA AMERICA DO SUL

O exemplo argentino é eloquente.

No Congresso de Montevidéo, dizia SAENZ PEÑA:

Este raro privilegio de nacionalidade, subtrahindo o culpado ao fóro do delicto, perturba toda a ordem das jurisdicções, com menoscabo da soberania, e, embora seja certo que se allega o interesse do reinicola para fundar esta excepção perturbadora, elle não póde levar-nos até incorrer nessas consequencias lamentaveis, maxime se se recorda que não é propriamente o interesse do nacional que se defende, mas a vantagem do culpado, que, aos olhos da lei penal, não deve ter nacionalidade. (*Actas do Congresso de Montevidéo*, p. 239.)

Outros autores argentinos enunciam o mesmo parecer. Os Projectos de 1891 e 1906 não tinham disposição expressa a respeito. (*Concordancias del Proyecto de Cód. Pen. de 1917, trabajos del curso de Seminario de Derecho Penal, 1919-1920*, tomo I, ps. 12-13), mas o Dr. JOSÉ PECO no seu livro *La Reforma Penal Argentina*, p. 142, entende que elles applicavam implicitamente a lei territorial.

O Projecto de MORENO, de 1917, convertido no Codigo Penal argentino, de 1921, dispunha no artigo 1º, inciso 4º:

Este Código se aplicará:

Por delitos cometidos en el extranjero por argentinos nativos, cuando fueren aprehendidos por las autoridades nacionales y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención.

Como precedentes legislativos, havia o Projecto de TEJEDOR (Art. 3, tit. I, livro II) e a lei de 1885, que prohibia a extradição dos nacionaes.

Como precedente doutrinario, havia a obra magnifica de HERRERA — *La Reforma Penal*, que muito influiu na elaboração do Projecto, e na qual a defesa da lei nacional sobre a do lugar do crime é feita com tenacidade e valor.

Isto não obstante, o Senado eliminou este inciso, attendendo, assim, ao que é de presumir, á critica que o combateu, e que, na sua obra citada, o Dr. JOSÉ PECO recapitula e desenvolve com proficiencia e brilho.

O Projecto Cubano de 1926, elaborado pelo Dr. FERNANDO ORTIZ, presidente da Secção Penal da Commissão Codificadora.

sob a directa inspiração do Projecto de FERRI, no seu art. 44, § 3º, admite a extradição excepcional do cubano, por crime commum commettido no estrangeiro, se ha tratado com a clausula de reciprocidade.

Entre nós, temos lei expressa, a de n. 2.416. de 28 de junho de 1911, cujo art. 1º dispõe:

E' permittida a extradição de nacionaes e estrangeiros.

ARTIGO 12º

A não extradição dos criminosos politicos, diz LAMMASCH, ha muito que se incorporou ao Direito das gentes, como um dos seus principios tutelares.

Em 1815, elle é emittido na Inglaterra, por JAMES MACKINTOSH, num discurso famoso nos annaes da eloquencia parlamentar. Em 1829, Provó KLUIT o proclamava no seu tratado *De deditone profugorum*. Depois da queda de NAPOLEÃO, SCHMALZ o faz reviver na Alemanha, mas é a França, continúa o celebre professor austriaco, que estava reservado fazer descer o principio do dominio da theoria ao da pratica. Após o lamentavel incidente com o Governo napoleonico, a proposito do extraditado Galloti, a França resolveu não mais pedir nem conceder a extradição dos criminosos politicos.

Em 1833, a Belgica promulgava uma lei que subordinava a extradição á seguinte clausula:

Será expressamente estipulado que o estrangeiro não poderá ser processado ou punido por nenhum crime politico anterior á extradição, nem por nenhum factó connexo a um semelhante crime.

Esta clausula correu mundo, e impoz-se a todas as legislações. Inutil é acompanhar-lhe a evolução, está ao alcance de todos em tratados geraes e monographias especiaes. Esta situação juridica foi profundamente perturbada pelo surto anarchista.

Encarando o problema sob este aspecto, assim se pronunciou JOSÉ HYGINO em 1901:

Ao mesmo tempo que o Projecto se mostra nesta parte soffrego reformador, repete — e é esta a sua segunda regra — a velha fórmula de que a extradição não é permittida “por crimes politicos e pelos connexos com este”.

Ora, esta fórmula é muito ampla em face das proporções que tem tomado o movimento anarchista, dos repetidos attentados contra os chefes de Estado, a propriedade publica e particular, e por isso mesmo nas leis e nos tratados de extradição mais recentes se tem procurado restringil-a com maior ou menor felicidade.

O Instituto de Direito Internacional propõe que “não se considerem crimes politicos os actos delictuosos que attentam não simplesmente contra um Estado determinado ou determinada fórmula de governo, mas contra as bases de qualquer ordem social”.

O art. 10 da lei suissa sobre a extradição declara que “a extradição é permittida, ainda quando o agente allegue motivo ou fim politico, se o acto em virtude do qual a extradição fôr pedida apresentar de modo preponderante o caracter de algum crime ou delicto commum”.

F. VON LISTZ pondera:

A experiencia das ultimas dezenas de annos tem mostrado que a excessiva amplitude dada ao direito de asylo, nos crimes politicos, não se compadece com a consciencia juridica da nossa época. O movimento reaccionario, que vai crescendo em extensão e em energia, reclama a limitação do direito de asylo, sem que até o presente tenha achado, para a sua exigencia, uma fórmula juridica e pratica”.

Repetimos, a materia é da maior relevancia e não deve ser tratada de passagem em um artigo do projecto do Codigo Penal. (*Rev. de Jur.* vol. XI, p. 109).

Consagrei ao assumpto a maxima attenção. Em primeiro lugar, exclui da regra os attentados contra os chefes de Estado e os seus ministros. A palavra *attentado* indica que aqui se não trata de crime commum. Não basta que o crime seja commettido contra um soberano para que elle seja politico; são os moveis e os fins que lhe dão este caracter. A exclusão traduz, portanto, uma excepção manifesta ao principio consagrado no artigo. Em these, ella não se justifica senão por motivos de ordem internacional, mas estes são tão relevantes que bastam para fazer calar, em nosso coração, o sentimento benevolo que o criminoso, em circumstancias especiaes, possa inspirar. Justamente porque especiaes, não podem essas circumstancias nos levar á emissão duma regra, que as transformaria em geraes, quando a verdade é que a eliminação violenta dos chefes de Estado, como meio para a mudança dum regimen politico, é sempre um assassinio, que a lei de Deus condemna, que a consciencia humana repelle, e que o estado actual da civilização já não exculpa, dados os meios que, salvo restricções temporarias, todos têm para communicar as suas idéas e defendel-as.

Em todos os tratados, aliás, sempre as partes se reservam o direito de conceder ou denegar afinal a extradição. Casos haverá em que entregar o estrangeiro seria como que um desafio á consciencia do paiz, cuja rebelião nenhum governo constitucional ousaria affrontar. Casos haverá em que garantil-o poderá ser para nós questão de honra nacional, e então todos os perigos deverão ser corridos, antes que sacrificall-o á conveniencia de qualquer ordem.

E' na previsão de taes eventualidades que os governos, embora se amarrem as mãos por convenções e tratados, nelles sempre inserem uma resalva previdente que as desata.

Em segundo lugar, exclui os actos que visem damnificar ou destruir monumentos e estabelecimentos que constituem o thesouro commum da civilização universal, e que não escapam á sanha da maldade humana quando a inspira a estupidez sectaria.

Em terceiro, os que representem perigo commum. Nem todos os actos que exprimem perigo colectivo estão compre-

hendidos na excepção anterior, muitos lhe escapam. Os attentados a dynamite, os incendios, as inundações, em certos casos, podem ter característica politica, se attendermos a seus moveis, sem visarem intencionalmente algum monumento publico, algum estabelecimento de utilidade geral.

Estas observações completam-se com as que, mais adiante, serão feitas a proposito da definição do crime politico.

ARTIGO 13°

No concurso de leis, temos de attender a dous momentos: o da commissão do crime e o do julgamento.

O principio de legalidade, impedindo o effeito retroactivo dos textos penaes, impõe como regra que a lei por applicar é a do momento do crime. Se este se não caracterizasse pela sua anti-juridicidade, e se admittisse em direito publico o conceito dos direitos adquiridos, poder-se-ia dizer que, para o delinquente, o seu crime é um acto juridico, perfeito, contra o qual, como ensina o Codigo Civil, a retroactividade não opera.

Esta regra prima sobre a que regula a revogação das leis — lei posterior revoga a anterior. O criminoso tem o direito de ser julgado segundo a lei que infringiu, quando commetteu o crime.

Ella soffre, porém, uma excepção. Se a lei em vigor por occasião do julgamento é mais branda que a do momento do crime, é aquella que se applica, e não esta.

Não seria justo que se applicasse a mais severa, quando é o proprio legislador que reconhece a desnecessidade da punição que havia dictado, decretando outra menos severa.

ARTIGO 14°

Enfrentamos aqui um arduo problema, porque á sua solução natural e justa se oppõe o respeito devido á cousa julgada. Uma rapida resenha do que se passou noutros paizes seria instructiva.

Na Italia, o Projecto DE FALCO, de 1866, consagrava a retroactividade da lei mais branda em todos os casos. Vozes autorizadas se fizeram ouvir em sentido contrario. Consagrar-se-ia permittir uma revisão de todos os processos, e a Cassação de Napoles advertia que a magistratura não poderia arcar com esta tarefa colossal.

As portas das prisões iriam abrir-se aos mais temiveis criminosos, que investiriam como uma horda invasora contra as cidades.

A primeira commissão não se impressionou com estes clamores, mas a segunda lhe deu ouvidos complacentes. No seu segundo Projecto de 1873, DE FALCO manteve o principio, mas o Projecto VIGLIANI de 1874, fez concessões, admittindo a retroactividade apenas para substituir a pena perpetua pela temporal, remettendo os outros casos á graça do soberano, o que obteve a approvação do Senado. Entrementes, a Camara dos Deputados consagrava a retroactividade benigna sem restricções, como se continha no Projecto MANCINI, mantido neste ponto pelos Projectos posteriores de ZANARDELLI, de SAVELLI e de PESSINA. ZANARDELLI depois recuou, e as razões por que o fez veremos ao tratar do artigo 17.

Afinal, o principio assim ficou parcialmente formulado no art. 2, al. 2, do Codigo Penal italiano: — *Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato: e, se vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.* O Projecto FERRI, de 1921, manda applicar a lei mais branda, exceptuando os criminosos habituaes, e na ultima alinea do art. 1° assim dispõe:

Si tiver havido condemnação por um facto, que não constitua crime, segundo uma lei posterior, a execução e os seus effeitos penaes cessam.

O projecto governamental de agosto de 1927 dispõe na terceira alinea do art. 2°:

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e la posteriore siano diverse, si applica quella, le cui disposizione siano più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Vejamos o que occorreu na Suissa.

O Ante-Projecto de Stoooss sujeitava ás suas disposições "quem quer que, tendo commettido um crime antes, é julgado depois de entrar em vigor este codigo, se as suas disposições são mais brandas que as da lei vigente no momento do acto".

Como se vê, ahi não ha nenhuma referencia á cousa julgada, que parece excluida, porquanto do que o texto cogita é de um processo em curso.

Quando, na commissão de peritos, se discutiu a materia, assim se pronunciou GAUTIER:

E' aqui que se deveria collocar a regra da não-retroactividade da lei penal, se, como os demais codigos até hoje, o nosso quizesse consagrar este principio como regra geral. Mas, na realidade, a não-retroactividade não existe mais como principio; ao contrario, é a retroactividade que é a regra, regra que comporta, é verdade, numerosas excepções. (*Procès-verbal*, vol. 1°, ps. 15 e 16).

GABUZZI, porém, encarà de frente a questão, propondo que se dê effeito retroactivo á lei posterior mais branda, mesmo se já existe sentença passada em julgado. Apoiado por outros collegas, elle assim formula a sua proposição:

Cessam as penas pronunciadas segundo a lei anterior que ainda não tenham sido executadas, si o presente codigo não pune o acto sobre o qual versa a condemnação.

Era um passo adiante, mais somente um passo. O Projecto Stoooss mandava applicar no julgamento a lei posterior ao crime, quando mais branda; a emenda GABUZZI mandava applicar ao já condemnado a lei, não apenas posterior ao crime, mas á sentença, quando o facto imputado não era por ella considerado mais como crime.

Isto se passava em 1912. No Projecto de 1918, 2ª al., do art. 2, a redacção é esta:

Será julgada segundo o presente código toda a pessoa submettida a julgamento, depois de sua entrada em vigor por um crime anteriormente commettido, se o presente código lhe é mais favoravel que a lei vigente no momento do crime.

Presuppõe-se ahi um crime commettido *antes* do código, e julgado *depois* d'elle ter entrado em vigor; applicar-se-á o código, se for mais benigno. A disposição não alcança, portanto, a cousa julgada.

O Ante-Projecto allemão de 1909 dispõe por este teôr:

§ 2.º Quando a lei for modificada antes da sentença, applicar-se-á a lei mais favoravel ao autor. Haverá impunidade, quando a lei for supprimida.

O projecto official, do qual publicou a *Scuola Positiva* a parte geral em 1925, assim dispõe no § 2º:

Se a lei em vigor no momento do facto é mudada antes da condemnação, deve applicar-se a lei mais favoravel ao imputado.

Ambos, assim, conformam com o Código Penal do Império, cujo art. 2º, alinea 2ª, dispõe que:

Se, desde a época em que a infracção foi commettida até á época do respectivo julgamento, a lei penal for alterada, applicar-se-á a disposição mais branda.

O Código Penal argentino regula a materia por esta maneira:

Art. 2.º *Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, si aplicará siempre la más benigna. Si, durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.*

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

O nosso Código Criminal de 1830 prescrevia:

Art. 309. Todos os crimes commettidos antes da promulgação deste código, que tiverem de ser sentenciados em primeira ou segunda instancia, ou em virtude de revista concedida, serão punidos com as penas

estabelecidas nas leis anteriores, quando forem menores; no caso, porém, de serem mais graves, poderão os delinquentes reclamar a imposição das que se estabelecem no presente código.

Art. 310. Todas as acções ou omissões que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como taes consideradas no presente código, não sujeitarão a pena alguma que já não esteja imposta por sentença, que se tenha tornado irrevogavel, ou de que se não conceda revista.

O Código Penal vigente dispõe por este teôr:

A lei penal não tem effeito retroactivo; todavia, o facto anterior será regido pela lei nova: a) se não for considerado passivel de pena; b) se for punido com pena menos rigorosa.

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

O Projecto de 1893, do Deputado JOÃO VIEIRA, de saudosa memoria, assim dispunha:

Art. 2.º Quaesquer acções ou omissões que constituam crime ou contravenção por leis anteriores, mas não punidos como taes por leis posteriores, não sujeitarão seus autores a pena alguma, cessando a execução dos effeitos penaes das sentenças condemnatorias já proferidas. Se entre a época do facto punivel e o seu julgamento vigorarem duas ou mais leis, será applicada ao réo a disposição menos rigorosa.

Na segunda discussão do Projecto, este dispositivo foi impugnado, e a Commissão encarregada de melhor arranjar-o para a terceira, assim o redigiu:

As leis penaes não têm effeito retroactivo. Contudo, o facto anterior será regido pela lei nova, sempre que esta for mais favoravel ao delinquente, mesmo quando já tiver havido condemnação.

Confrontando os dois textos, assim se exprimia a Commissão:

Comparando-se esse artigo com o segundo do Projecto n. 176, se verifica ser identica a doutrina de ambos, que apenas differem na redacção.

Esta affirmação é filha dum equivoco manifesto. O primeiro Projecto só conferia á lei posterior effeito retroactivo contra a cousa julgada, se ella não mais considerava

crime o facto pelo qual havia sido o réo condemnado, ao passo que o segundo Projecto não fazia esta restricção. Este ponto é capital. Sobre a retroactividade, quando a lei nova descriminaliza o facto, póde dizer-se que o tratado de paz está assignado. A pena legitima-se porque é necessaria á defesa social. Se é o proprio Estado que, por uma lei nova, vem declarar que ella não é mais necessaria, qualificando de innocente o facto que anteriormente havia qualificado de criminoso, qual a razão de se conservar no cumprimento da pena o condemnado?

Só ha uma — o respeito á cousa julgada, mas este não resiste á analyse. O principio da sua invulnerabilidade não póde ter nos dias que passam a mesma rigidez, que outr'ora teve. Noutros tempos, elle constituiu um baluarte dos direitos individuaes e da estabilidade da situação juridica definida pela sentença. Sob o primeiro aspecto, cohibia o arbitrio e evitava o perigo de julgamentos successivos; sob o segundo, interessa mais propriamente ao Direito Civil. Depois que o parlamentarismo, por toda a parte, installou o principio de MONTESQUIEU, da separação dos poderes, apparece como garantia da independencia do Poder Judiciario. A situação politico-social mudou, mas as velhas concepções, que se crystallizaram na mentalidade duma época, não se varrem instantaneamente do cerebro á queda das instituições que as condicionavam.

E' lento o trabalho de adaptação das idéas aos factos, e ainda mais lento o de ajustar aos novos principios as consequencias que elles logicamente comportam.

Os que pugnam pelo respeito religioso á cousa julgada não advertem que a nossa propria Constituição os contradiz, quando submete as sentenças criminaes á revisão e ao recurso extraordinario as civis. A infracção do respeito liturgico á cousa julgada naquellas, ainda é mais grave do que nestas, porque a revisão, como o *habeas-corpus*, se póde indefinidamente repetir, o que não se dá com o recurso extraordinario. Quando hoje no civil falamos em cousa julgada, necessariamente nos referimos a uma sentença executivel, a uma sentença cuja execução nenhum recurso ordinario póde obstar. No crime, aquella que marca o inicio do cumprimento da pena e lhe regula a prescripção. A antiga distincção dos praxistas, de cousa julgada e cousa soberanamente julgada, poderá agora, com melhores titulos, acreditar-se.

Mas porque, com a revisão, assim exautorou o nosso legislador constituinte a cousa julgada? Dil-o a Constituição no seu art. 81, porque era preciso attender ao "beneficio dos condemnados". Aos olhos do legislador constituinte, esse beneficio prima sobre o respeito á cousa julgada. Tiremos então do principio a consequencia logica que elle comporta. Quando o juiz impõe uma pena é que reconhece a existencia dum facto, que o legislador quer seja punido. Interprete da sua vontade, o juiz a cumpre. Quando é, porém, o proprio legislador quem declara numa lei nova que o facto já não é mais criminoso, ou a pena já não deve ser tão severa, cumpre-lhe egualmente o juiz a vontade reajustando a sentença á sua ultima manifestação. Porque o faz? Porque é em beneficio do condemnado, e a Constituição consagra o principio de que esse beneficio prima sobre a cousa julgada.

Muito a proposito cita PECO a observação de NOCITO, quando da discussão do Codice Penal italiano:

A cousa julgada, dizia elle, é ao mesmo tempo uma presumpção de facto e uma presumpção de direito. A primeira fica intacta, porquanto o facto não se modifica pela lei nova; a segunda tem de desaparecer, porquanto o legislador reconhece a injustiça ou a severidade da lei anterior.

Escandalizaria, penso eu, a consciencia humana, que alguém estivesse a cumprir pena por um crime, quando já não existe nem crime nem pena.

ARTIGO 15

A restricção aqui imposta á retroactividade da lei mais benigna não assenta na intangibilidade da cousa julgada, como do proprio texto resulta, mas em razões bem differentes.

Na sua monumental *Relazione sul Codice Penale*, justificando a suppressão do dispositivo que no Projecto a consagrava, ZANARDELLI dizia:

A razão principal desta suppressão está na difficuldade, que se transforma depois numa impossibilidade pratica, de conformar a configuração juridica do facto, segundo a lei antiga, á que lhe é dada pela nova lei, e de precisar os criterios segundo os quaes se applicou a medida da pena infligida, criterios que seria mister conhecer para substituil-a pela nova pena, a qual, muitas vezes, por especie, por latitude e pela variada influencia que recebe do concurso das circunstancias geraes ou particulares, subjectivas ou objectivas, não é comparavel com a antiga. Não é de esquecer, a proposito, que nenhum codigo estrangeiro, nenhum codigo italiano anterior ao presente, acreditou possivel e sabio acolher as disposições contidas nos referidos textos.

Não daria grande fructo a curiosidade de investigar até que ponto é exacta a affirmação absoluta de ZANARDELLI contida na phrase "nenhum codigo estrangeiro". Creio que o de TESSINO é anterior ao italiano, o que não posso agora verificar, e nelle se contêm estas disposições:

Art. 8, § 5°. As penas em parte executadas, por força de uma sentença irrecorrivel, serão substituidas pelas penas menos fortes correspondentes, se, por uma lei posterior, a especie de pena é mudada.

§ 6°. Os effeitos penaes das condemnações precedentes serão simplesmente reduzidos ou mitigados segundo a lei posterior.

Não faço, porém, cabedal deste ponto. A questão é muito importante, e seria dar provas de pequenez intellectual querer

puerilmente reduzil-a ás proporções duma questiuncula de erudição livresca.

ZANARDELLI havia antes proclamado que o principio "abstractamente" era "exacto e justo". Ora, quando o legislador reconhece que um principio é exacto e justo, mas que difficuldades praticas lhe embaraçam a execução, o que lhe impõe o dever não é sacrificar o principio, mas resolver as difficuldades. A retroactividade da lei mais benigna decorre logicamente do principio, que a fez retroagir, quando elimina a figura do crime. Se o individuo não deve continuar preso, porque a lei nova não considera crime o acto por elle practicado, tambem não deve cumprir uma pena, que a lei nova considera excessiva ou inadequada ao crime que elle commetteu. A razão é a mesma.

Dizer que o principio deve ser mantido, apezar das difficuldades que o embaraçam na pratica, não quer dizer, é evidente, que essas difficuldades não existam. ZANARDELLI tinha toda a razão em assignalal-as, e não me era licito desatenderdel-as, quando, dado o systema do Projecto, maior completude ellas têm hoje.

Nos codigos de modelo classico, em que a pena se mede objectivamente pela gravidade do crime, e se gradúa automaticamente pelo jogo dosimetrico das attenuantes e das aggravantes fixas, as difficuldades que a execução do principio acarreta são menores que num codigo, como o que projectei, em que predomina o criterio subjectivo, e na applicação da pena já se não olha exclusivamente para o crime como entidade juridica carrareana, mas tambem e principalmente para o criminoso, para os moveis que o determinaram, a finalidade que visou, os meios de que se serviu, os sentimentos que revelou, para a sua temibilidade, enfim. Por assim dizer, não temos mais, para a "entidade juridica" A, que é o crime, uma outra "entidade juridica" B, que é a pena. Teremos para o individuo A, que é o criminoso, uma pena que não podemos designar *a priori* sob um signo algebrico qualquer de abstracção, salvo pela incognita X, porque ella resultará concretamente da conjugação desses dois elementos — a gravidade do crime e a personalidade do delinquente, sendo que aquelle muitas vezes concorrerá apenas como um dos indices reveladores dessa personalidade.

Por este processo é que poderemos individualizar a pena, mas é intuitivo que, quanto mais conseguimos individualizar-a, mais difficil se nos torna remontar o caminho percorrido e recompor os criterios subjectivos, que nos levaram a applicar ao condemnado a pena que elle está cumprindo. Mudal-a pela que a nova lei commina obrigar á reconstituição de todo o processo, se queremos ficar nos limites do que é justo.

A benignidade da lei não póde ir ao ponto de permittir aos definitivamente condemnados a reinstauração do juizo, sob a allegação, que só podemos aceitar mediante caução, de que a nova lei lhes é mais favoravel.

O problema não se apresenta sob este aspecto, que importaria uma negativa peremptoria, mas nos seguintes termos: com os elementos que constam do processo, e sómente com elles, se o condemnado houvera sido julgado na vigencia da lei nova, uma pena menor, ou de execução mais suave, lhe seria applicavel?

Ora, para dar resposta a esta questão não é mistér reabrir a instancia e refazer o processo; basta compulsal-o e verificar se delle constam as circunstancias favoraveis que, perante a nova lei, condicionariam uma pena menor, de especie differente, ou de mais branda execução.

Assim, somos coherentes com o principio da retroactividade, que reconhecemos, como ZANARDELLI, exacto e justo, e vencemos as difficuldades praticas que egoisticamente o levaram a sacrificar-o.

Cheguei á conclusão expressa neste artigo depois de ler a critica do joven e brilhante criminalista argentino Dr. José PECO, que passo a transcrever:

El Proyecto de 1917 está modelado bajo el imperio de principios distintos al del código en vigencia, sustituyendo la enumeración inflexible y fija de las circunstancias atenuantes y agravantes, por un sistema más compatible con los cánones de la defensa social, ya que acuerda al juez cierta amplitud en la interpretación.

Por consiguiente, no es posible retrotraer los tiempos en que fuera cometido el hecho delictuoso y examinar prolijamente todas las circunstancias que pudieran favorecer al condenado.

El Proyecto introduce dos clases de modificaciones a la legislación penal actual: unas se refieren a las circunstancias esenciales del delito, las otras a las circunstancias accesorias. Las primeras dan fisionomía propia al delito, puesto que se refieren a sus elementos constitutivos; las otras son modificaciones de hecho tendientes a disminuir o aumentar las condiciones de imputabilidad. Las primeras son permanentes e inalterables, las segundas tornadizas y variables. Aquellas constan en el proceso y son de fácil verificación; éstas a buen seguro no figurarán siempre en el expediente.

Habrá que reabrir el proceso, iniciar nuevas investigaciones, citar testigos, escuchar el testimonio del condenado, en una palabra, proceder a la reapertura del proceso? No implica sobrellevar una tarea abrumadora, erizada de dificultades por el trascurso del tiempo y capaz de agobiar al juez más paciente por la considerable revisión de expedientes?

Cuando las circunstancias constan en autos, la labor con ser intensa y árdua, no cobra caracteres insuperables: basta la lectura del proceso y el estudio de la nueva ley para zanjar las dificultades.

Los elementos constitutivos del delito no sufren sensibles alteraciones. El homicidio se caracteriza por la muerte de una persona, la estafa por el engaño de la víctima, el robo por la fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, la violación de domicilio por entrar en morada ajena a despecho de la voluntad del morador; el rapto por sustraer o retener a una mujer mediante la fuerza, intimidación o fraude, movido por designios pecaminosos.

La estructura jurídica de los hechos delictuosos no ha cambiado, y las ligeras innovaciones que pudiera encontrarse en le Proyecto hallarán fácil solución en las constancias del proceso.

Pero en las circunstancias que alteran la impatabilidad y por ende la medida de la pena, el cambio es profundo. El Proyecto tiende a espiritualizar la legislación penal argentina. Acuerda suma importancia a los móviles del delito, a las costumbres, a la conducta, a todos los elementos susceptibles de descubrir la perversidad del autor (art. 41, párrafo final).

Quando un condenado alegara circunstancias capaces de atenuar la pena sin constar en el proceso, habría que proceder a nuevas indagaciones para dar cumplimiento a la disposición que estudiamos, empresa, huelga advertirlo, harto difícil.

Con arreglo a las ideas expuestas, la retroactividad de la ley a la cosa juzgada debiera establecerse en los siguientes términos: "Si durante la condena se dictara una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley, siempre que las circunstancias favorables constaren en el proceso.

Es más amplia que la del Proyecto de 1906, y más circumscripta que la del Proyecto de 1917.

ARTIGO 16°

No concurso ou conflicto de leis, a missão do juiz continúa a ser a de applicar uma lei ao caso concreto, que o processo lhe apresenta.

Não lhe é licito tomar das varias leis concorrentes as disposições mais benignas, e applicar á especie de textos que mais favoreçam o inculpado. Desses textos, assim ajustados, resultaria uma lei nova, e o juiz não legisla.

Elle tem de tomar cada uma das leis de per si, consideral-a em seu conjuncto, e applicar ao inculpado a que lhe parecer mais favoravel. Em geral, os casos mais difficeis de resolver são aquelles em que o conflicto se pronuncia entre a quantidade e a qualidade das penas. A lei no momento do crime edictará uma penalidade maior, a do momento da sentença uma penalidade menor, mas de execução mais severa. O que ha então a cotejar será a quantidade e a intensidade. Os criterios, que o devem guiar nesta opção, a sciencia os fornece, e quando o juiz a possui, a sua consciencia seguramente os encontra.

ARTIGO 17°

Eu não podia deixar á ignorancia dos condemnados, na sua maioria analphabetos, segregados do mundo exterior pela prisão, a effectividade pratica do effeito retroactivo da lei posterior mais branda. Seria preciso que elles, em primeiro logar, soubessem ler, e, em segundo logar, que acompanhassem *pari passu* a evolução legislativa do nosso direito penal, para estar sempre ao corrente das innovações sobrevindas.

Se esses effeitos resultam da lei, justo é que elles operem *pleno jure*. Desde o momento, portanto, em que a lei nova entra em vigor, adquirido está ao condemnado o direito á punição mais branda. Para que a ignorancia o não sacri-

fique, é preciso que entre ella e a benignidade superveniente se interponha um órgão social, cuja vigilancia, tutelando aquella, a esta permittirá exercer toda a sua influencia. Esse órgão a lei já creou — é o Ministerio Publico.

ARTIGO 18°

O principio de legalidade dos crimes e das penas tem, como consequencia directa, que ao juiz não é licito crear crimes ou applicar penas por analogia.

A redundancia da clausula primeira do art. 14 explica-se pela necessidade, não de enunciar o principio, mas de fixar-lhe a limitação.

A amplitude que se deu ao principio de que a analogia é vedada na interpretação da lei penal prejudica a individualização da pena, enerva a repressão, e limita a defesa social. O principio é verdadeiro, necessario e util, mas a pratica é erronea e, se tem por si o prestigio do tempo, não tem o da razão. Combatam-se os preconceitos, que é o melhor modo de revigorar e fortalecer o principio em torno do qual elles cresceram como vegetação parasitaria. O culto dos preconceitos, escreve VON LISZT, empana o brilho da sciencia.

Quem primeiro combateu no Brasil o que se refere á analogia foi TOBIAS BARRETO:

Declaro alto e bom som que não tenho, como os criminalistas francezes e seus epigonos, um *santo horror* á analogia. Não conheço no genero maior extravagancia.

Como se a analogia (acrescentava em nota) não fosse uma operação logica, tão competente, como qualquer outra. O ridiculo desta especie de *analogophobia* sóbe de ponto entre nós, que temos um Codigo no qual a analogia representa importante papel. Por exemplo: não ha artigo de lei que ordene expressamente a punição do mandante; quando, pois, *verbi gratia*, o mandante de um homicidio vai acabar seus dias na cadeia, é só em virtude de um raciocinio analogico. Sendo assim, para que tanto medo da analogia? (*Estudos de Direito*, p. 284.)

O direito penal romano admittia a punição por analogia e os codigos penaes germanicos em geral a consagram (Saxe, Wuttenberg, Saxe-Altenburgo, Turingia, Brusnwick).

E', portanto, sómente vedada, escreve BINDING (e por modo mui pouco opportuno), a penalização por analogia de acção que a lei expressamente não submeteu a uma pena. Para todos os outros fins, a analogia é, no campo do Direito Penal, tão indispensavel quanto, conforme o § 2° do Codigo, admissivel. (CARLO BINDING, *Compendio*, trad. ital., p. 126.)

Nos mesmos limites conservava-se TOBIAS BARRETO, quando dizia:

E' uma verdade que o raciocinio analogico não deve ser empregado abusivamente no Direito Criminal, isto

é, no sentido de multiplicar os delictos, pois a estes se póde adaptar o pensamento do philosopho medieval; *non sunt multiplicanda præter necessitatem.*

Não ia mais longe BACON, quando assentava que *non placet extendi leges pœnales ad delicta novo*, porque então teria o juiz a faculdade de crear crimes. Esta funcção creadora é a característica da analogia, e o seu exercicio pelo juiz é que constituiria perigo para a liberdade individual. Mas isto ninguem pleiteia, nem disto ninguem cogita. O que se quer é que o juiz não deixe de ler, por exemplo, a palavra *lei*, porque o legislador não pingou o ponto sobre o *i*, o que se quer é que elle possa, na interpretação do texto, subir da letra ao espirito, e esgotar-lhe o conteúdo, e não se chumbar de tal modo á letra que mande, livre de culpa e pena, uma criminosa, sómente porque a lei, que se refere a seu crime, usa, por exemplo, da palavra *homem*, e ella é *mulher*.

O véto parcial da interpretação analogica assenta positivamente no véto geral á interpretação da lei pelo juiz.

Não quiz outra cousa BECCARIA:

Nemmeno — diz elle — l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudice criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori. (*Dei delitti e delle pene*, § vi.)

Desta razão o que se deveria concluir seria que lhes não é licito interpretar nenhuma lei, porque todo o direito é hoje escripto e legislado.

O que neste terreno se me afigura certo é que ao juiz criminal não se permite a largueza de interpretação que se permite ao juiz civil. Ao passo que este não póde allegar o silencio da lei para eximir-se de julgar, e neste caso a propria lei lhe ordena que recorra á analogia e aos principios geraes de direito (*Cod. Civ. Introd.*, art. 7º), o mesmo já não póde fazer aquelle, a quem é vedado, no silencio da lei, o recurso á analogia, isto é, a criação de um crime, porque existe crime analogo.

Mas quando a lei fala, qualquer juiz, seja civil ou criminal, tem de ouvir-lhe a voz e comprehender o que ella diz, para poder cumprir o que ella ordena. As palavras, como o diz SILVIO LONGHI, não são o pensamento, mas apenas signaes do pensamento, e por isso é muitas vezes necessario integrar o conceito legislativo, indo mesmo além da interpretação literal, isto é, recorrendo ao methodo logico. (*Repressione e prevenzione*, p. 74.)

BECCARIA, prohibindo ao juiz a interpretação da lei penal, dá-me a idéa de um proprietario rural que ordenasse ao lenhador a derrubada de uma arvore e lhe atasse as mãos. O seu ponto de vista passou e ninguem mais hoje em dia a elle recorre, senão como reminiscencia historica.

A interpretação, com todos os seus processos, segundo a conhecida distincção em grammatical, logica, systematica e historica, — escreve JOSÉ HYGINO — é applicavel ao Direito Penal do mesmo modo que o é a qualquer outro ramo do Direito, podendo dahi resultar

uma interpretação restrictiva ou extensiva para quem se colloca no ponto de vista da letra da lei. Uma e outra resultam do mesmo methodo. (Nota c ao *Tratado de LISZT*, vol. 1, p. 134.)

“A interpretação judiciaria, — escreve GARRAUD — é a investigação do sentido da lei feita por um tribunal em um processo e sómente para o processo que lhe é submettido. Esta interpretação é vedada a um tribunal de repressão? Absolutamente, não. No caso em que o texto da lei é obscuro, esse tribunal póde, como um tribunal civil, investigar qual foi a intenção do legislador e recorrer, nesta investigação, a todos os processos de interpretação *logica, como da grammatical*; elle tanto póde *estender* como *restringir* o alcance legal dos textos. Mas, desde que o sentido da lei penal é claro, ou que a interpretação o fixou, deve o juiz applicar o texto a todos os casos comprehendidos nos seus termos, mas sómente a esses casos: não lhe é permittido crear, por analogia, por interpretação ou por inducção, nem *crime* nem *pena*. (*Traité*, vol. 1, p. 302, n. 146, 3ª ed.)

Este é o sentido do nosso artigo. A analogia é vedada, isto é, o juiz não póde a ella recorrer para crear crimes ou penas. O juiz applicará, porém, a lei penal em toda a comprehensão do seu preceito, isto é, elle exaurirá o pensamento juridico do Estado, porque *preceito*, como o conceitua BINDING (op. cit., n. 122) é o pensamento juridico expresso pela palavra ou, como diz GARRAUD, elle o applicará a todos os casos comprehendidos nos seus termos. Para ver quaes são esses casos, recorrerá á interpretação, e a ella recorrendo, não estará adstricto exclusivamente á letra da lei.

O nosso Codigo vigente, estatuinto que “a interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissivel para qualificar crimes, ou applicar-lhe penas”, quiz prohibir a funcção creadora da analogia em materia criminal, o que era certo e justo, embora redundante, mas o fez em termos taes que não só confundiu as idéas sobre a interpretação, como vedou que esta se estendesse além da letra morta do texto, com grave damno á defesa social, pelo enervamento da repressão. Era preciso repôr as cousas no seu verdadeiro pé.

ARTIGO 19º

O Projecto de 1896 dispunha no art. 3º:

Este codigo não comprehende os crimes e contravenções punidos por leis e regulamentos especiaes.

Desta declaração, em termos absolutos, dizia JOSÉ HYGINO, infere-se que aos crimes e ás contravenções previstos por leis e regulamentos especiaes não têm applicação a parte geral do Codigo, os seus principios sobre a responsabilidade criminal, ainda quando em taes leis ou regulamentos não haja disposição em contrario.

Não é isto absurdo?

O louco que violar uma postura municipal ou um regulamento sanitario, ou quem o fizer num caso de

legítima defesa ou de extrema necessidade, incorrerá em pena?

Se as contravenções previstas no Código estão sujeitas ás disposições da parte geral, porque serão tratadas de modo diverso as contravenções qualificadas por leis ou regulamentos especiaes?

Outra é a disposição do art. 10 do Código Italiano: "Le disposizioni del presente Codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste diversamente stabilito".

Deve, pois, ser corrigido o art. 3º do projecto neste sentido:

As disposições penaes contidas em leis ou regulamentos especiaes entendem-se subordinadas á parte geral deste Código, salvas as excepções estabelecidas por lei.

Nesta disposição está implicitamente dito que o Código não revoga as leis militares e as demais leis penaes accessorias.

Parece-me que estas palavras bastam á justificação do texto.

A unidade da legislação dum povo resulta da sua subordinação a principios geraes uniformes. Essa unidade a Constituição assegurou, attribuindo á União Federal a competência para legislar sobre o direito penal, mas não ha exemplo de povo nenhum cujo Direito Penal se contenha por inteiro nos artigos dum código. Necessidades imprevistas impõem a todo momento a promulgação de leis especiaes, a expedição de regulamentos de administração e de policia em materia contravencional.

E' indispensavel que toda esta regulamentação juridica se subordine aos principios geraes consagrados no Código; ao contrario, ao invés duma legislação penal unitaria, como prescreve a Constituição, tel-a-emos fragmentaria e multiforme.

Estas verdades parecem intuitivas, não é mistér insistir.

CAPITULO II

Do crime

ARTIGOS 20 A 24

Código Criminal do Imperio (1830):

Art. 2.º Julgar-se-á crime ou delicto:

§ 1.º Toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes.

Código Penal da Republica (1890):

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

Projecto de 1893:

Art. 11. Constitue crime ou contravenção toda acção ou omissão, contraria á lei penal.

Criticando esta definição, diz JOSÉ HYGINO:

Porque razão o Projecto reproduz este conceito do crime do Código de 1830, mutilando-o na parte referente ao elemento moral, não menos essencial que o elemento material, e isto justamente no titulo em que trata da *responsabilidade criminal*? E' difficil explicar. (*Rev. de Jurisp.*, v. 11, p. 115.)

Commetto a mesma falta, mas a explicação não é difficil, como se afigurava ao pranteado mestre pernambucano.

Os Projectos suissos, no texto francez, empregam as palavras "acto" ou "acção", sem adjectival-as. A redacção original desses projectos fazia-se em allemão, vertido depois para o francez.

O texto allemão, dizia GAUTIER na segunda commissão de peritos, distingue systematicamente entre "Tat" e "Hand-lung", sendo a primeira expressão generica, emquanto que a segunda se reserva para os actos que são uma manifestação da vontade. E' preciso verificar se uma distincção analoga póde ser feita em francez, traduzindo-se, por exemplo, "Tat" por "facto" e "Hand-lung" por "acto". (*Procès verbal de la deuxième commission d'experts*, v. I, p. 14.)

A' pagina 46 da exposição de motivos do Projecto de 1908, assim se exprimia ZÜRCHER:

O ante-projecto designa pelo termo "facto" o movimento muscular e as modificações que elle imprime ás cousas exteriores (resultado), quer este phenomeno provenha ou não duma volição. Dá o nome de "acto", ao contrario, á manifestação duma vontade, ao movimento muscular produzido por um querer.

Em consequencia, todo delicto é um acto; o que realiza uma creança, um adolescente ou um irresponsavel (isto é, um incapaz, penalmente falando) é um simples facto.

Assim que, no texto allemão, se lê a palavra "Handlung", e no francez a palavra "action", e nós ficamos sabendo que em ambos o elemento moral da vontade está subentendido. Esta significação, aliás, conforma com o ensinamento da sciencia psychologica. Realmente, em psychologia a palavra "acto" traduz, num ser vivo, o movimento de conjuncto sufficientemente rapido para ser como tal perceptivel e adaptado a um fim. *Sans épithète, designe plus spécialement l'exécution d'une volition*. Sob a expressão *actus humani* comprehendiam os antigos as acções que o homem commette sabendo e que-

reando. (*Vocabulaire techn. et crit. de la philosophie, v. "Actes"*.)

No dispositivo acima, quiz designar a execução duma volição e nada mais; empreguei a palavra apropriada á expressão da idéa concebida e creio que fielmente a exprimi.

Parece-me que ha uma certa contradicção na critica do pranteado mestre pernambucano. Elle proprio havia escripto:

De accôrdo com o psychologia experimental, a escola positiva considera a vontade, não como uma faculdade *in abstracto*, mas simplesmente como *volição*. (Loc. cit., p. 116.)

Que é volição? *C'est l'acte de la volonté dans un cas déterminé. La volition est l'acte de l'esprit qui aboutit immédiatement à l'exécution.* (Vocab. cit., v. "Volition".)

Que é acto? *L'exécution d'une volition.*

Se se considera a vontade, não uma faculdade *in abstracto*, mas uma volição, como o fez JOSÉ HYGINO, e fel-o bem, não é contradictorio censurar, por silenciar sobre o elemento da vontade, uma definição onde se vê a palavra que contém em si implicito o sentido de volição?

O Codigo de 1830 falava da "acção ou amissão". O de 1890 assim se enuncia no seu art. 2º:

A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitúe crime ou contravenção.

E' uma construcção elegante, mas defeituosa. O proprio rythmo do texto nos leva a pensar que o primeiro termo da segunda proposição, isto é, o crime, se liga exclusivamente ao termo inicial da primeira, isto é, á acção, o que excluiria de plano todos os crimes commissivos por omissão: e que o segundo termo da segunda, isto é, a contravenção, naturalmente se liga ao segundo termo da primeira, isto é, á omissão, o que excluiria do raio da acção todas as contravencões commissivas. O Codigo Penal da Noruega, no paragrapho das Disposições preliminares, assim dispõe:

No espirito da presente lei, a palavra *acto* comprehende igualmente as *omissões*, salvo se expressamente se determinou o contrario, ou isto resulta do texto no seu conjuncto considerado.

O Codigo Penal de Sião prescreve no art. 6º, n. 1º:

Entende-se por "facto" não sómente a acção propriamente dita, mas tambem a omissão de fazer o que a lei prescreve, e o effeito dessa omissão.

O Projecto suisso de 1896, no seu artigo primeiro, declarava que — *L'omission est assimilée à l'action.*

O Ante-projecto allemão de 1909 dispõe no § 90:

O que a lei determina em geral para os actos do autor é tambem applicavel ás omissões.

Neste Projecto nada se lê sobre o caso. Nas leis, o que não é necessario prejudica. Não é quando se as elabora que esse defeito avulta sob a fórmula duma hypothese concreta, mas quando se as executa e os casos surgem, enredando e difficultando a solução.

Não havia necessidade de consignar a palavra omissão nem definir a palavra *acto*, de fórmula que elle a comprehendesse.

Quer na linguagem scientifica, quer na juridica, a palavra "acção" comprehende a "omissão".

Un acte peut ne pas être un mouvement perceptible, mais au contraire un arrêt, une inhibition. (Vocab. cit., v. "Acte".)

A commissão e a omissão, escreve VON LISZT, são as duas formas fundamentaes da acção e consequentemente do crime. (*Tratado*, v. 1, p. 193, § 27.)

Quando empregamos a palavra acções, diz MERKEL, comprehendemos tambem as omissões. (*Derecho Penal*, t. 1, p. 18.)

Le terme *acte*, diz GAUTIER, doit être entendu comme embrassant aussi l'omission. (*Pro. Verb.*, 1, 14.)

Nos Projectos suissos posteriores, a fórmula do de 1896 foi eliminada. Como explica ZÜRCHER, na exposição de motivos de 1908, pareceu preferivel não se fazer menção expressa da omissão, tanto mais que, na lingua juridica, agir é tomado no sentido de manifestar uma vontade; ora, em direito civil como em direito penal, essa manifestação póde consistir tanto numa omissão como numa actividade positiva. (*Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, p. 47.)

CARMIGNANI affirmava que a mais segura definição do crime era esta:

"Um facto humano contrario á lei." E' a mais obvia definição, observa FLORIAN, pois que, á primeira vista, o crime se apresenta como a violação da lei penal, como um acto punido com uma pena. (*Tratado*, v. 1, p. 87.)

Elle a considera em seguida a mais imperfeita, porque só deixa ver o lado formal do conceito. De accôrdo, mas este é o lado porque, num Codigo, devemos de preferencia consideral-o.

Vêm a proposito as seguintes palavras de TOBIAS BARRETO:

Costumava-se definir o crime como uma acção offensiva do direito, ameaçada com a pena publica, ou, segundo o nosso codigo, que aliás estabelece quatro formas de criminalidade — *toda acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes*. A definição é exacta, a unica exacta na esphera da lei. O juiz, o advogado, o jurista pratico, em geral, não sabem. não carecem de outra. Ella fornece o criterio exterior, e tanto lhes basta, por meio do qual o delicto se dá a conhecer: nenhum outro póde substituil-o, seja qual fôr o facto questionado.

Mas é preciso notar: essa definição é de natureza *formal*; e ella nos põe em estado de podermos classificar as acções humanas, segundo a medida de um direito positivo determinado, como criminosas ou não, porém nada nos diz sobre o que seja crime em geral, nem porque razão a lei o ameaça com penas. Dá-nos o característico, mas não a essência do crime. A indagação deste elemento essencial não incumbe propriamente ao criminalista; porém, não é superflua nem deixa de contribuir para uma elevação de vistas na esphera do direito. (*Estudos de direito*, p. 150.)

Neste Projecto, as definições são escassas e limitei-me ás indispensaveis, porque um código não é um compendio. Esta assim me pareceu, não só pela necessidade de caracterizar o crime pelo seu elemento formal, integrando-o no conceito de legalidade anteriormente expresso na paremia *nulum crimen sine lege*, como pela conveniencia de nella entroncar a definição do crime consummado.

O texto referente á tentativa é identico ao do Projecto de FERRI. A redacção é clara, a doutrina é boa, como, porém, da justificação do grande mestre italiano resultam conclusões que não adopto, cumpre precisar esses pontos de divergencia.

Dada a orientação ferriana, o Projecto de 1921 não podia deixar de se acolher, em materia de tentativa, á sombra da theoria subjectiva. Não perde o venerado criminalista occasião propicia á affirmacção de que elle poderosamente concorre para espiritalizar a Justiça, e é com prazer que nos chama a attenção, sempre que o pode, para a concordancia de alguma de suas normas com a do *Codex juris canonici*.

Ora, a these dos canonistas, em se tratando de tentativa, era que “la peine doit viser surtout la volonté coupable”. A identidade da pena, na tentativa e no crime consummado, era uma consequencia desse principio.

Cette théorie subjective, diz SALEILLES, peut se concevoir à deux points de vue. Tout d'abord il y a le point de vue ancien et traditionnel de la réparation due pour toute résolution criminelle devenue irrévocable et se réalisant en acte; puis il y a un point de vue très moderne qui est celui de la défense sociale, pour laquelle il faut atteindre non pas l'acte en lui même, puisque ce qui est fait est fait, mais l'agent dont l'acte a révélé ainsi les instincts pervers et qui, lui, constitue le vrai danger social pour l'avenir. C'est sur le criminel qu'il faut agir, si l'on veut prévenir le renouvellement du crime; et ce criminel, il faut l'atteindre dès qu'un acte extérieur irrévocable l'a révélé comme un élément de trouble et de danger pour la société.

C'est ainsi que l'Ecole positive moderne se rencontre avec la théorie spiritualiste des canonistes. (Revue Penitentiaire, 1897, p. 62.)

Mas aqui FERRI se desvia da linha recta que elle mesmo se havia traçado. Não acceita a theoria objectiva, que “ma-

terializa a justiça penal, dando valor tyrannico aos resultados materiaes e exteriores da acção humana, fazendo, assim, beneficiar os criminosos, ainda os mais temiveis, dos accidentes que lhes são favoraveis”.

Tambem não acceita a subjectiva, que “espiritualiza unilateralmente a justiça penal, dando valor tyrannico á méra intenção do criminoso e separando-o da sua actividade exterior”.

Repellidas as duas theorias, isoladamente consideradas, elle as acceita parcial e simultaneamente, confundidas numa theoria mixta, numa especie de compromisso theorico, que assim se define:

Permanecendo, porém, na consideração da objectividade juridica do crime, póde, inversamente, dar-se maior relevo ao elemento intencional e chegar então ás conclusões da theoria subjectiva, especialmente seguida pelos criminalistas allemães.

O eclectismo nem sempre é evitavel num código, que é um instrumento de politica social manejado pelo Estado, e cuja efficiencia depende do gráo da sua adaptabilidade ás condições do povo a que se tem de applicar. Mas aqui, esse eclectismo encerra uma contradicção irreductivel com os principios fundamentaes da escola, que intellectualmente *financia* (deixem passar a palavra) a empresa juridica de FERRI.

Como não ha duas biologias, uma para os homens e outra para os irracionaes, tambem não ha duas responsabilidades, uma para a tentativa e outra para o crime consummado.

Numa como noutra, o elemento subjectivo não varia, o dolo é o mesmo em ambas. Somente varia o elemento objectivo, porquanto numa o resultado não se produz, e no outro elle é obtido.

Porque o Projecto austriaco de 1909 dispuzesse no artigo 43 que “a pena deve ser proporcionada á culpa e á temibilidade do autor”, FERRI o censura por este “consorcio incompativel dos dois criterios oppostos da culpa moral abstracta e da temibilidade concreta”.

A mesma censura se lhe pode irrogar neste passo. A temibilidade concreta do individuo tanto se revela na tentativa como no crime consummado, e, ás vezes, se patenteia mais accentuadamente naquella que neste. O proprio crime, materialmente considerado, não será, em certos casos, senão um indice objectivo de subjectividade, isto é, da virtual predisposição criminosa do seu autor. E' por esta razão que ao criminoso occasional se applica, no systema ferriano, sancção menos dura que ao habitual, embora, objectivamente considerados, o crime do primeiro seja muito mais grave que o do segundo.

A idéa dominante na responsabilidade criminal, como a conceitúa FERRI, é a do perigo social, a *temibilidade* do delinquente, como o quer GAROFALO, ou a sua *periculosidade*, como GRISPIGNI prefere.

Ha muitas maneiras, diz SALEILLES, de apreciar e de conceber a idéa de perigo: podemos conceber um

perigo individualizado, e um perigo generico, que existe de certa forma *in rem*, como os romanos diriam. O primeiro é o que não visa senão o individuo que devia ser a victima do crime, quer na sua pessoa, quer nos seus bens. O segundo é o que resulta dum instincto criminal susceptivel de inspirar nova tentativa analoga, e que então constitúe ameaça para todo mundo.

E' sobre esta base que assenta a escola positiva a sua distincção entre os criminosos de occasião e os habituaes ou de instincto.

Em se tratando de crime consummado, o seu criterio da responsabilidade é individualistico e subjectivo; não se comprehende que o não seja, em se tratando de tentativa.

Não sei como conceber que no crime consummado se abandone "a objectividade juridica do crime", pela sua subjectividade, isto é, "pelos fins individuaes anti-sociaes que determinam a acção criminosa", e, na tentativa, ao revés, não só "se permaneça naquella objectividade", como, o que é mais grave, nella permanecendo, se possa dar "maior relevo ás conclusões da theoria subjectiva".

Parece-me, e não o digo sem temor, tratando-se dum espirito da genialidade de FERRI, que ha em tudo isto uma confusão inicial, um desvio de comprehensão nos proprios termos em que o problema se colloca, e como me esforço o mais possivel porque o meu pensamento seja claro, passo a analysar o art. 22 do Projecto nos seus elementos verbaes, para bem precisar o conceito que elle exprime.

Execução já iniciada... Quem fala em execução, concebe necessariamente uma passagem da cogitação ao acto, o *processus ad actum* dos canonistas. Se peccamos por pensamento, só por palavras e actos commetemos crimes. Podemos conceber os crimes mais atrozes, sem que incorramos em nenhuma pena por isso: *cogitationis poenam nemo patitur*.

Ao legislador não importa que o individuo seja capaz de pensar o crime, mas de *executal-o*. Não é o seu pensamento, é o seu acto que provoca e justifica a pena.

Parece-me que é na comprehensão desta exigencia que reside o erro inicial.

Em geral, nella querem ver um criterio puramente objectivo, e realmente no texto deste Projecto, como no de FERRI, sómente na clausula inicial da phrase se poderá situar a objectividade de seu conceito, porque a outra, "circumstancias accidentaes", referindo-se ás que são alheias á vontade do delinquente, tem character subjectivo, e, a final, "se não consumma", presuppõe a inexistencia duma circumstancia de character objectivo, é certo, mas que, se existisse, eliminaria a tentativa para dar logar ao crime consummado.

Para que essa opinião se generalizasse muito concorreram a doutrina e a jurisprudencia elaboradas em torno do art. 2º do Codigo Penal francez, que assim resava:

Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, etc.

Em 1832, eliminaram, por superfluas, as palavras *par des actes extérieurs*, e o texto assim ficou redigido: *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution*, etc.

A exigencia dum *começo de execução*, para caracterizar a tentativa, foi que fez que varios autores a definissem como a execução parcial do crime. FLORIAN assim pensa: — *Il tentativo è la esecuzione incompleta del delitto*.

Não posso affazer-me a esta idéa, ao contrario, estou de pleno accordo com JOSÉ HYGINO, quando affirma:

O crime é uma unidade indivisivel; não pode ser executado por partes. Ou se dá, ou não se dá. Não se concebe meio furto ou meio homicidio. Na tentativa nada ha ainda do crime consummado, embora tenham sido realizadas algumas de suas circumstancias elementares. *Começo de execução* não quer, pois, dizer realização parcial do delicto; designa o acto ou a série de actos tendentes á producção do resultado que constitúe o crime. (*Rev. de jurisprud.*, 1901, vol. 11, p. 243).

Foi o que, baseando-se sobre o texto do Codigo francez, MITTERMAIER já havia visto na Allemanha, se não me equivoco, sobre as referencias que lhe faz SALEILLES.

Que sentido então dou á phrase "execução já iniciada" do Projecto?

Ella não tem outro que a que JOSÉ HYGINO deu ao *começo de execução*, sua synonyma.

Não recuo deante das palavras — o que procuro na tentativa é a intenção, é a vontade criminosa. Nem é possivel procurar-se outra cousa. Mas, dir-se-á, a repressão penal só attinge os actos; ella estaca impotente deante da consciencia e do pensamento. De pleno accordo, se nos entendemos sobre o sentido dessas expressões.

Quando falaes em actos, o que entendeis objectivamente por isso é a exteriorização concreta da vontade, que viola uma disposição de lei e lesa um bem juridico por ella protegido com a pena. Na tentativa, esses actos não se encontram, porque, como taes, não podem ser considerados aquelles que têm individuação autonoma. Os que temos que considerar são aquelles que atam, entre a intenção criminosa e a finalidade visada, a cadeia de causalidade, mas se os extremos dessa cadeia se amarram áquelles dois postes, a tentativa desapparece para dar logar ao crime consummado.

Se a repressão criminal só attinge os actos, a consequencia é que toda tentativa é impunivel, ou melhor, não ha tentativa, solução desesperada a que chegava BUCCELLATI, como lembra FERRI.

Não é, portanto, a essa especie de actos que vos referis, mas se não são estes, serão necessariamente aquelles que revelam a irrevocabilidade da intenção criminosa, e então estaremos de accordo.

Na theoria subjectiva, pune-se a intenção, mas, para nuni-la, se exigem actos. Que actos? Aquelles que deixam fóra de qualquer duvida a resolução criminosa. É preciso que a vontade do agente seja inequivoca e firme, e esta convicção só a podemos ter mediante a sua manifestação exterior,

por actos que inequivocamente tendam á realização do crime. Na theoria subjectiva não se pune a simples intenção pela razão muito simples da mesma não se revelar exteriormente de maneira inequivoca. A enche a bocca de ameaças atrozes contra *B*. Teremos o crime especifico de ameaças.

A compra um revólver ou um punhal. Teremos a contravenção de trazer armas. Até aqui, os actos praticados por *A* não são inequivocos da resolução de matar *B*. E' por isso que os actos preparatorios, *conatus remotus*, não se punem na tentativa.

Já não podemos dizer a mesma cousa se *A* transpõe a fronteira dos actos preparatorios e penetra no territorio dos actos de execução, o *processus ad actum* dos canonistas. Posso ameaçar de morte e não executar a ameaça; posso comprar um revólver para matar *B* e mudar de resolução. Se, porém, vou atalaiar *B*, dirijo contra elle o revólver, e dou do gatilho ou da mola, esses actos lançam instantaneamente sobre a minha resolução a luz que espanca todo equivoco possível.

Quando a theoria subjectiva reclama, portanto, esses actos para punir a tentativa, não é porque, como vós, exija a execução parcial do crime, o que seria pueril, mas porque exige que a intenção se manifeste inequivocamente, e por esses actos ella assim se manifesta.

Si l'on ne punit pas la simple intention, diz SALEILLES, c'est pour trois raisons qui ne se retrouvent plus en matière de tentative, même impossible:

La première, parce que la volonté qui reste à l'état interne ne peut jamais être considérée comme irrévocable; ce qui n'est plus, lorsqu'elle c'est manifestée par un commencement d'exécution.

La seconde, parce que restant cachée, elle ne cause aucun trouble dont la société ait à exiger réparation. ce qui n'est plus le cas lorsqu'elle s'objective dans un acte qui fasse scandale et soulève la conscience publique.

La troisième, à cause des difficultés de preuve, difficultés qui sont supprimées lorsque le criminel, en passant à l'exécution, a fait la preuve même de son intention criminelle. (*Rev. Pén.*, 1897, p. 355.)

Para mim, tentativa e subjectividade são termos que necessariamente se justapõem; tentativa e objectividade, termos que necessariamente se repellem.

Não estou longe de fazer minha a affirmacão que SALEILLES deduzia da argumentação de VON BURI: *Il en résulte qu'il n'y a pas, en réalité, de théorie objective de la tentative.*

A outra conclusão não chega JOSÉ HYGINO quando afirma que "toda a theoria da tentativa é, essencialmente, subjectiva, pois na tentativa *spectatur voluntas non exitus*" nem GARRAUD, advertindo que, "en matière de tentative, il faut répéter, avec le jurisconsulte romain, *voluntas spectatur non exitus*".

Ou os actos, que concorrem para que a execução do crime se tenha por iniciada, não nos autorizam a concluir que na intenção do autor existe, entre elles e o crime concebido, uma relação causal, e, neste caso, ou não os puno, ou os punirei como crimes diferentes, ou elles, pela sua inequivoci-

dade, autorizam-nos a estabelecer essa relação, e, neste caso, eu os puno como puniria o proprio crime. Mas, porque assim os puno? O que o corpo de delicto comprova são offensas physicas, por exemplo. Ora, ninguem póde dizer que offensa physica é morte, que lesão corporal é assassinio, e se o juiz condemna por morte ou assassinio quem só commetteu offensas physicas ou lesões, elle passa por cima da realidade dos factos e a sua sentença será injusta e arbitraria. Ella, porém, não é uma cousa nem outra. Porque? Porque aquellas offensas e lesões, ligadas a outras circumstancias do caso, o convenceram de que a intenção do autor foi dar a morte á sua victima. Se elle condemnasse os actos, applicaria a pena especifica da lesão corporal. Se applica a do homicidio, é que pune a intenção e a pune com toda a justiça, porque os actos de execução a revelaram resoluta a matar e não somente a malferir.

E quando não ha lesões e o corpo de delicto é negativo? (Porque póde haver tentativa de morte sem que a epiderme da victima accuse o minimo arranhão). Como punir por morte, quando a victima está viva, sã e de perfeita saúde? Qual é o acto punido neste caso? E' o alçar do braço com o punhal, que se quebra de encontro a uma carteira de cigarros? E' o accionar o revólver, que mente fogo? Não é nada disto, porque nada disto é morte. O que se pune é a intenção de matar, que o gesto revelou.

A tentativa, portanto, só é susceptivel duma theoria, e esta theoria é a subjectiva.

Resumirei, agora, o ponto de divergencia entre o obscuro autor deste Projecto e o grande mestre italiano.

Execução já iniciada... FERRI vê ahi um elemento de objectividade; eu vejo ahi um indice de subjectividade, e quando elle crê ter permanecido no criterio objectivo, eu penso, ao contrario, que, sem o querer, fez bello e bom subjectivismo.

Não é verdade, como diz FERRI, que na theoria subjectiva se dê valor tyrannico á *mera intenção*; ao contrario, a *nuda intentio* não é punida. "Os glosadores, escreve SALEILLES, caracterizavam a tentativa por esta definição latina que visa os diferentes grãos da accção criminosa no autor do crime: *Cogitat et agit, sed non perficit.*

"Houve intenção criminosa e acto criminoso: mas o acto não teve ainda a sua plena execução. Assim, o agente quiz: *cogitat*; agiu materialmente: *agit*; mas não chegou á execução final: *non perficit.*

"Desde o começo, o que valoriza, o que occupa o lugar preponderante, é a intenção: *cogitat et agit.*"

Nunca se teve em vista, portanto, nem mesmo entre os glosadores, a *mera intenção* em materia de tentativa. A *cogitatio* especifica do instituto não é a *nuda intentio*, a que allude FERRI, mas a *intentio* qualificada, a *cogitatio* exteriorizada na *actio*. Se a phase da intenção não é transposta e a da accção determinada attingida, ficamos no *conatus remotus*, nos actos preparatorios, vagos, incaracteristicos e equivocos, que não offerecem base objectiva á definição da vontade e, consequentemente, á sua punição. *Cogitationis poenam nemo patitur.*

Surprehede, portanto a affirmativa de FERRI de que, na theoria subjectiva, se separa a intenção da sua actividade

exterior, quando justamente ella condiciona a existencia da intenção criminosa á actividade exterior, que a revela.

Passemos adiante.

Por circumstancias accidentaes se não consumma... Se o crime se consumma, *tollitur quæstio*, a idéa de tentativa desaparece. Se elle não se consumma por circumstancias dependentes da vontade do autor, haverá arrependimento, e a necessidade da punição se elimina. Se elle se não consumma por circumstancias accidentaes, isto é, por circumstancias que não têm a sua matriz directa na vontade do autor, a tentativa se caracteriza e a punição se impõe.

FERRI assim justifica o uso dessa expressão:

No tocante á noção de tentativa, preferiu-se a expressão "circumstancias accidentaes" á do Código actual (arts. 61-62) "circumstancias independentes da sua vontade", e á menos incompleta do Código toscano (art. 46) por causas independentes da vontade e do modo de operar do agente. Com effeito, a expressão — circumstancias accidentaes, ainda que confirme que essas circumstancias devem depender dum accidente e, por consequencia, da não intenção do agente, não exclue a dependencia do modo de operar, que é sempre um elemento de diagnostico importante no julgamento da temibilidade, e não merece o ostracismo absoluto a que foi votada no projecto do código em vigor, por causa das razões conhecidas, referentes especialmente á theoria objectiva da tentativa. (*Relatorio sobre o Projecto Preliminar do Código Penal italiano*, trad. port., p. 57.)

Pune o art. 21 a tentativa com as mesmas penas do crime consummado. A questão é controvertida na doutrina, e, nos códigos e projectos, ora se consagra a identidade penal, ora a differenciação.

Uma vez, porém, que se tenha adoptado a theoria subjectiva, a solução do Projecto impõe-se como necessidade logica.

"Cette règle (l'assimilation, au point de vue de la peine, de la tentative à l'infraction consommée) s'explique dans la théorie *subjective dont elle est l'extrême corollaire*. Que l'on se place au point de vue ancien et traditionnel de l'expiation due pour toute résolution criminelle devenue irrévocable et se réalisant en acte, que l'on se place au point de vue plus moderne de la défense sociale, pour laquelle il faut atteindre, non pas l'acte lui-même, mais l'agent dont l'acte a révélé les instincts pervers, on est naturellement conduit à ne pas se préoccuper de l'imperfection du délit, alors que l'agent a fait tous ses efforts pour le consommer. Celui-ci est aussi *coupable*, il est aussi *dangereux*, qu'il ait réalisé son dessein criminel ou qu'il ait été arrêté en cours d'exécution, par une circonstance indépendante de sa volonté. C'est ainsi que l'école positiviste moderne et l'école spiritualiste, bien que par-

tant de points de vue opposés, se rencontrent pour approuver le Code pénal français." (GARRAUD — *Traité*, v. I, p. 524, n. 248).

A tendencia para a diminuição da pena na tentativa traduz uma concepção que VON LISZT considerava "muito duvidosa, sob o ponto de vista da politica criminal". (*Traçado*, trad. bras., v. I, p. 327), e GAROFALO victoriosamente combatia em paginas inesqueciveis da *Criminologia*. (Ver a edição de que se serviu o traductor portuguez JULIO DE MATTOS, em que se refuta a contradicta de TARDE.)

Eis, sobre o caso, a opinião de ADOLPHE PRINS:

"239. La question de la quotité de la peine en matière de tentative met de nouveau deux tendances en présence:

"L'indulgence du législateur a sa source dans des raisonnements abstraits et parfois peu justes; ils sont toujours fondés sur l'unique considération de l'absence de dommage.

"On invoque la conscience publique, moins alarmée par la tentative que par l'acte consommé, et faisant la distinction entre le délinquant qui a échoué et celui qui a réussi.

"On invoque la conscience individuelle du coupable et la différence d'intensité du remords de celui qui a failli être l'auteur du crime et celui qui l'a effectivement été.

"On invoque la proportionnalité qui doit exister entre l'expiation et la jouissance indue que le coupable s'est procurée. Celui qui n'a pas profité de son action criminelle, doit être moins puni et peut bénéficier de la bonne fortune qui a protégé la victime. (ROSSI — *Traité*, Bruxelles, 1829, p. 375 e 376.)

"240. Cette théorie a contribué à énerver la répression: en ne se préoccupant que du fait externe, elle ne tient pas compte de l'ensemble du problème; en voulant saisir de subtiles nuances de psychologie morale dans l'âme du délinquant, suivant qu'il a réussi ou non, elle lui prête des sentiments que l'honnête homme seul peut éprouver; elle oublie que la société doit se défendre contre un phénomène social: la volonté rebelle des criminels, les impulsions des classes criminelles.

"Il est même erroné de croire que la conscience populaire distingue toujours entre la tentative et la consommation.

"Quand un bandit, s'acharnant sur sa victime, l'accable de coups de couteau ou décharge sur elle plusieurs balles de son revolver, et que, grâce à une force extraordinaire de résistance ou à des prodiges de l'art médical, la victime guérit, tout en restant parfois estropiée ou infirme, il n'est personne qui ne voie dans ce coupable qui échoue un assassin ordinaire et qui n'approuve, en pareil cas, l'assimilation que faisait le code français de 1810 de la tentative à la consommation.

"242. Le choix de ces exceptions (refere-se ás do Cod. belga, indicadas no n. 241) est évidemment arbitraire et l'assimilation pourrait être étendue à toutes les infractions les plus graves, au moins pour le second degré de la tentative, le délit manqué.

"Il est certain encore que, quand il s'agit de délinquants professionnels, la distinction entre la tentative et la consommation quant à la pénalité n'a pas de raison d'être.

"Le système des circonstances atténuantes répond à toutes les nécessités." (*Science Pénale*, p. 146.)

Na sessão de 17 de abril de 1904, da *Société Générale des Prisons*, PRINS, VON LIST e VON HAMEL energeticamente se pronunciaram contra a reforma do Código Penal francez, na parte em que estabelece uma pena atenuada para a tentativa.

Justificando a reforma, diz CHAMPCOMMUNAL:

"Notre Code punit la tentative de la peine de l'infraction consommée. Cette règle, qui condamne la science juridique, a disparu de tous les autres Codes."

Gryphei a palavra sciencia, como um protesto contra a sua invocação.

Si CHAMPCOMMUNAL estivesse presente áquella importante sessão, elle teria ouvido a palavra da sciencia pela voz dos seus mais autorizados representantes estrangeiros.

Eis como se exprimia PRINS:

Nous pensons donc que, lorsqu'il s'agit de tentative et de complicité, la question de la volonté est essentielle. Je ne dis pas qu'elle est exclusive, qu'il faille s'en préoccuper uniquement; mais je dis qu'il fut s'en préoccuper autant qu'on se préoccupe de la conséquence matérielle. Et cella revient à tenir compte du délinquant lui-même plus que de la formule juridique du délit. Tout le mouvement scientifique du XIX^e siècle, tous les travaux remarquables qui ont été faits, seraient complètement inutiles s'ils ne devaient pas aboutir à déclarer au juge dans des cas déterminés: — Ne vous préoccupez pas tant des résultats matériels. Vous avez devant vous un homme nuisible: occupez-vous de cet homme. Il a fait ce qu'il a pu; il y a là un délinquant professionnel, dangereux, condamnez-le absolument comme s'il avait réussi, ou, dans tous les cas, ne faites pas une différence aussi grande que celle que vous faites aujourd'hui entre le complice et le coauteur, entre l'auteur d'une tentative et l'auteur d'une infraction consommée —.

"Nous disons en somme à l'étranger: — Retournez à la législation française."

VON LISZT, o representante allemão, assim se exprimia:

"C'est une situation un peu singulière, un peu embarrassant pour nous autres étrangers, de venir dé-

fendre devant vous le principe français: toute tentative doit être punie comme le crime même.

"Dans votre nouveau projet de Code pénal, vous avez abandonné ce principe, je ne sais trop pourquoi; je ne pas trouvé un motif suffisant de ce changement, alors que tous, à l'étranger, nous disons: — Il faut accepter le principe français; il faut punir la tentative comme le crime lui-même."

VAN HAMEL manifestou-se no mesmo sentido.

O mais interessante, porém, seria que a propria sciencia franceza, pela voz autorizada de GARÇON, *viria* advertir CHAMPCOMMUNAL do seu equívoco.

Eis as suas palavras:

"Les idées qui viennent d'être ici développées comme nouvelles sont très anciennes; elles datent de 1810. On a cru accomplir un grand progrès, au milieu du siècle, en punissant la tentative moins que le crime consommé; on a cru faire une grande conquête en punissant moins le complice que l'auteur principal, — et il se trouve qu'aujourd'hui l'Ecole nouvelle arrive justement à nos conclusions, parce que nous les avons gardées.

"Maintenant, je sais bien que nous avons un projet de Code pénal qui ne punit pas la tentative comme le crime même. Ce projet, mon Dieu! je ne veux pas en dire de mal, il contient de bonnes choses; mais il en édite qui ne sont pas excellentes, — et il me semble que les auteurs se sont inspirés des doctrines d'aujourd'hui précisément parce qu'ils n'étaient pas au courant de la marche des idées. Eh bien! Être au courant, aujourd'hui, c'est être de 1810. Je demande donc qu'on conserve le Code de 1810, et, sur ce point, j'espère et je crois que tous les criminalistes français aujourd'hui seront d'accord."

Começarei as observações sobre o art. 22 com as seguintes palavras de VON LISZT: "No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os actos preparatorios impunes e o começo de execução punivel, incorre na pena cominada contra a tentativa. Póde, porém, a lei, por considerações de politica criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passivel de pena e o faz, convertendo em *causa extinctiva da pena a desistencia voluntaria*." Não penso que somente por conveniencias da politica criminal tenha construido o legislador essa *ponte de ouro*. Pelo seu empirismo, seria base muito estreita para tamanha superstructura metallica. Se, como diz VON LISZT, HERZOG terminantemente demonstrou que é insustentavel a opinião dos que ao arrependimento attribuem effeito retroactivo aniquilador da vontade, isto não impede que o phenomeno psychologico do arrependimento seja, na sua realidade subjectiva, uma solução de continuidade, não entre a *vontade* e o *crime*, mas entre este e a intenção. Não basta a vontade para que haja tentativa, tanto assim que ella não se concebe nos crimes culposos, em que existe a *vontade*, mas fal-

lece a *intenção*, nem nos preterintencionaes, em que existe a *intenção*, mas o resultado a ultrapassa; é mister o *dolo*, que aqui toma a forma da *intenção*.

Que é *intenção*?

Define-a José HYGINO como "designio pelo qual se tende a um fim".

Está certo. A *intenção* pode ser então encarada:

1º) em opposição aos esforços feitos por attingir aquelle fim;

2º) em opposição aos resultados effectivos da acção.

No arrependimento, temos de consideral-a sob o primeiro aspecto, e ver que todos os esforços feitos, ao invés de collimarem o fim a que tende a *intenção*, procuram impedir que elle seja alcançado. E' que uma segunda *intenção* — a do arrependimento, se substitue á primeira — a do crime. A cadeia causal psychologica está partida, e inutil é procurar o ponto de ruptura na *vontade inicial*, com o fez HERZOG, porque ella se encontra na *intenção posterior*, que o arrependimento revela.

Seja qual for, entretanto, o fundamento theorico que se attribua ao dispositivo pratico, o certo é que todos concordam na impunibilidade da tentativa, se sobrevém o arrependimento. Este, porém, relaciona-se exclusivamente com o acto, ou a serie de actos, cuja execução consummatoria o crime. O arrependimento interrompe a execução, quebra o nexos causal objectivo entre os actos executados e o crime, mas não quebra o nexos causal subjectivo entre a *intenção* e esses mesmos actos. Elles já pertencem á esphera do succedido, já constituem outros tantos *factos*, e não ha arrependimento capaz de eliminar um *facto*. Se estes actos são innocuos, delles não temos de cogitar; se, porém, elles são por si mesmos criminosos, podemos e devemos isoladamente consideral-os na sua identidade individual e punil-os, conforme a lei o determinar. Pouco importa que elles se colloquem entre os preparatorios, uma vez que estes não se punem na tentativa, porque, por si mesmos especificamente inexpressivos, só revelam a *intenção* criminosa quando a execução advem para caracterizal-os, mas se punem quando affirmam, independentemente do crime tentado, individualidade criminal propria e autonoma.

De que especie deve ser o arrependimento para que á pena se exima o arrependido?

VON LISZT escreve a respeito: "O melhor modo de assignalal a voluntariedade é contrapol-a ao seu contrario: o impedimento real ou o *facto* opposto á consummação do crime. A desistencia não se pode fundar em circumstancias externas; deve resultar de resolução espontaneamente tomada pelo agente, pouco importando que tal resolução tenha sido suscitada pelo medo, pelo arrependimento, ou ainda pelos motivos mais vis."

Esta opinião, sustentavel e talvez mesmo logica perante o direito penal allemão, cujo Codigo baseia o arrependimento na voluntariedade, não se coaduna com a concepção subjectiva da tentativa, como neste Projecto se consagra.

Voluntariedade é uma cousa e intencionalidade é outra. E' voluntaria a desistencia desde que o autor, podendo proseguir na execução do crime, nella não prosegue. Porque não proseguiu? Porque viu que os meios não eram sufficientes,

porque comprehendeu que, naquelle logar e naquelle momento, seria logo descoberto, porque receou attingir tambem outra pessoa que, com a victima, caminhava, porque, ao invés do ouro, que esperava encontrar, só encontrou cobre, por outros varios motivos enfim. Todos elles cabem perfeitamente na categoria da *vontade*, não, porém, na da *intenção*. O essencial, neste caso, é que se possa ao menos presumir que a *intenção* criminosa se modificou e que, entre ella e o crime, o nexos causal se interrompeu. Se a victima viesse sózinha, elle teria disparado a arma, se o cofre contivesse ouro, elle o teria roubado. Não me parece que uma sã politica criminal possa fazer depender a repressão dessa eventualidade desse mero accidente.

E' necessario, portanto, descer até aos motivos da desistencia e ver se ella exprime arrependimento ou adiamento. E' intuitivo que, no primeiro caso, a temibilidade desapparece, e que no segundo ella augmenta.

A este proposito, escrevia FLORIAN:

Geralmente se diz ser sufficiente que a desistencia seja somente voluntaria, para tornar-se impunivel, e se considera a indagação sobre os moveis, as razões, os impulsos da desistencia como causa estranha e inconcludente. Nós, ao contrario, obedientes á doutrina dos motivos determinantes, cremos que ella tenha, em materia de desistencia, notabilissima applicação. A desistencia sómente é prova da não temibilidade do agente, quando demonstra que a *vontade* criminosa está paralyzada, ou, por assim dizer, tornou atrás e reentrou em si mesma, somente quando surja a certeza que o agente não quer mais commetter o crime.

O Projecto não vai tão longe, não exige essa certeza de que fala FLORIAN, mas, apenas, elementos sufficientes de presumpção.

Annotando VON LISZT, escreveu José HYGINO:

E' discutida a questão de saber si a desistencia voluntaria suppõe o completo abandono do empreendimento delictuoso em opposição ao simples adiamento da execução. Alguns entendem que não é bastante o adiamento para a isenção da pena; pois só a renuncia supplanta a *vontade* malevola, que no adiamento fica inalteravel — o adiamento não se refere ao crime em si, mas somente ao tempo e ao modo da execução.

SCHWARZE pondera, porém, que esta distincção suscita difficuldades na pratica; de ordinario o agente, quando recua deante de um obstaculo, não tem clara consciencia de seu procedimento ulterior, e em regra a sua resolução a este respeito é tomada depois da desistencia da tentativa. A opinião predominante é que o agente deve ter completamente abandonado o empreendimento para a execução do crime, porém, não considera necessario o abandono da resolução criminosa. (Tratado, v. 1, p. 344, n. a.)

Nem o Projecto tampouco. Consequente com a regra romana — *cogitationis poenam nemo patitur* —, assim como não considera a *nuda intentio* na tentativa, também não a considera na desistência. Mas assim como na tentativa punimos a intenção quando, por actos exteriores inequívocos, a sua criminalidade se manifesta, também na desistência a punimos quando esta não se confunde com o arrependimento, isto é, quando os motivos de desistir não traduzem a victoria dos bons impulsos sobre os máos, antes exprimem o predomínio destes.

Com os actos exteriores inequívocos a intenção criminosa já se revelou na tentativa e o seu autor já incorreu em pena. E' um facto já adquirido para a sanção. Para que esta se não exerça, exigimos outros factos, não que nos dêem a certeza de que a criminalidade foi varrida da intenção do autor, porque nenhuma seria infallível nos dominios defesos de sua consciencia, mas, apenas, a presumpção dessa certeza.

Um elemento dessa presumpção é a espontaneidade da desistência. Não se deixa de punir o autor da tentativa porque elle desistiu, porquanto a desistência pode até ser o indicador de temibilidade maior, mas porque se arrependeu, e uma vez que o arrependimento exclue a temibilidade. Nenhum meio temos para verificar se esse arrependimento realmente occorreu, mas o presumimos da desistência. Esta, porém, só por si, é mero acto, cuja interpretação de fórma nenhuma autoriza a convicção do arrependimento, logo que podemos interpretal-o de varias fórmas. Elle é sempre voluntario, sem que esta característica exerça a minima influencia sobre o sentido que se lhe deve dar. Por isso, não nos contentamos com a *voluntariedade*, exigimos a *espontaneidade*. Só então poderei legitimamente presumir que a desistência é arrependimento e não adiamento, isto é, que ella obedece a impulso interno e espontâneo da consciencia do proprio autor da tentativa. Uma analyse dos motivos muito nos póde ajudar neste passo para firmar a presumpção favoravel ou desfavoravel. E a defesa social exige-o, porque, sem essa analyse, impossivel é affirmar que a temibilidade já desapareceu e razão não ha para a pena.

Como movimento intimo da consciencia, o arrependimento é de character necessariamente pessoal, e não pode retrahir, innocentando-a, senão sobre a intenção daquelle em cuja consciencia esse movimento espontaneo se produziu. Na cóautoria, portanto, os demais participes não beneficiam dessa viravolta psychologica. Se é possivel dizer-se que o crime é uma divida que o criminoso solve com a pena, na participação ella será divida solidaria, em que a desoneração dum devedor não desobriga os demais corresponsaveis.

Neste ponto, ampara o Projecto a opinião de VON LISZT. (*Tratado*, trad. bras., I, p. 346, n. b.)

Com o art. 23, tocámos a *vexata questio* da tentativa impossivel, que tem solução diversa consoante as escolas, e muitas vezes, dentro na mesma escola, consoante os autores. "A escola classica, escreve PRINS, concentrando de preferencia a sua attenção sobre as consequencias materiaes da infracção, é levada a basear a pena principalmente sobre a gravidade do mal material produzido e a ser indulgente quando elle é nullo. Chega então a formular distincções subteis que antes se inspiram no formalismo juridico do que nos dictames de uma

politica experimental de preservação social. A escola moderna, na preocupação de combater sobretudo as impulsões antisociaes, é levada a basear a pena no gráo de perigo que a vontade culpada representa, e mostra-se muito mais rigorosa na apreciação dos actos que não causaram damno material. Seguramente, é preciso ter o cuidado de não exagerar esta doutrina, que poderia levar-nos a reprimir a só intenção. Reconheçamos, todavia, o que ella tem de justo: todo código penal, punindo a tentativa, pune actos que são perigosos, apesar da ausencia de resultados damnosos; não são, pois, tanto as consequencias do acto que nos devem preoccupar, como o perigo do acto executado pelo delinquente nas condições em que elle agiu. Sua vontade perversa fórma com o acto consummado um todo perigoso. Este perigo é questão de facto, mas se encontra, ás vezes, mesmo no caso em que a impossibilidade de conseguir o resultado é absoluta." (*Science pénale et droit positif*, p. 141.)

Na doutrina do Projecto sobre a tentativa, o exagero, a que se refere o pranteado criminalista belga, foi cuidadosamente evitado. Não se attinge a intenção senão (*si et in quantum*) quando a mesma se revela por actos inequívocos, de fórma que a condição, exigida por PRINS, de que a vontade e o acto se confundam numa unidade perigosa, se acha plenamente realizada. Examinemos mais de perto essa noção do perigo.

Elle resultava da relação de causalidade entre os actos de execução e o fim visado, que era o crime. Exige então a escola classica perigo objectivo. Onde este não existia, a tentativa ficava impune, para que se não punisse a simples intenção, duende obsessivo dos classicos. Para justificar a pena, dizia FEUERBACH, é necessario um perigo objectivo.

"Concluia-se, então, acrescenta SALEILLES, que esse perigo e, por consequencia, essa relação de causalidade não existia senão quando os elementos comprehendidos na execução eram por si mesmos de natureza a produzir resultado definitivo, portanto, de desfechar no crime."

Alguns exemplos deixarão melhor perceber as consequencias desta doutrina. A atira sobre B com a sua espingarda de caça grossa, que horas antes elle mesmo havia carregado, mas da qual C, sem que elle o soubesse, retirara a carga; um gatuno mette a mão na algibeira dum transeunte, mas o dinheiro estava na outra; um criado tenta envenenar o patrão com arsenico, mas, ao invés de veneno, o pharmaceutico lhe deu uma substancia inoffensiva.

Não se mata a bala com uma arma descarregada; não se furta a carteira dum bolso vazio; não se envenena com assucar.

Em todos esses casos, os meios de que lançou mão o agente continham em si a impossibilidade de obter-se o fim visado; a relação causal entre os actos de execução e o crime se não estabelecia, o perigo objectivo não se verificava e a tentativa ficava impune.

E' neste ponto que surge a intervenção de VON BURI, cuja argumentação assim é resumida por SALEILLES, na magistral monographia a que me tenho referido.

Ou essa relação de causalidade existiu sempre, independentemente de toda e qualquer possibilidade de execução, e neste caso será puramente intellectual, ou nunca existiu, e, neste caso, se insistimos na existencia duma relação de causalidade material e objectiva, logicamente teremos de sub-

trahir toda tentativa á repressão, porque, objectivamente falando, e considerada a execução em si mesma, não ha execução parcial, não ha, nem póde haver, relação de causa e effeito antes que este se tenha produzido.

Entendamo-nos bem, adverte SALEILLES; se nos collocamos no ponto de vista da intenção que concebe, quer, prepara, dispõe e entra em scena para executar o que projectou, haverá uma série de actos que tendem ao crime e que se apresentam áquelle que os realiza como devendo produzi-lo, que no seu espirito deverão por consequencia ser a causa do effeito projectado. Intellectualmente falando e sob ponto de vista todo subjectivo, elles estão em relação de causa e effeito com o crime que se quer executar. Se, porém, se trata de relação objectiva, existindo em si, e de perigo necessario e forçado, nada disto existe em materia de tentativa.

O perigo existe, não ha duvida, mas na vontade do agente, na sua temibilidade, como diriam os positivistas, não nos seus actos, que só o revelam quando a realização do crime demonstra que os meios eram proporcionados á execução e que o objecto era apto a constituir-se em sujeito passivo do crime.

E' justamente neste ponto que a distincção da impossibilidade em absoluta e relativa se patenteia inadmissivel.

Tendo-se em vista a relação causal objectiva, a idéa de perigo é tão inconcebivel no caso, por exemplo, do individuo que, no momento do disparo da arma do seu aggressor, não se achava no leito em que habitualmente repousava áquella hora, mas havia passado á peça contigua, como no caso em que, por defeito da arma ou por impericia do aggressor, a bala não poderá attingil-o, ou necessariamente passará a certa distancia de seu corpo.

O vulgo acredita que o homem, que passou cinco minutos antes do muro cair, correu maior perigo que o que passou uma hora antes; que áquella a quem a bala, na sua trajetoria, varou o chapéu, correu maior perigo que áquella que dessa trajetoria esteve distanciado por metros.

Mas uma pessoa intelligente não se póde ater a esta analyse grosseira.

Sabe-se que um dos nossos mais eminentes homens publicos derruba a tiro uma laranja sobre o penteado de sua esposa, Prestabelecida a firmeza dos seus nervos, a segurança da sua visão e a perfeição da sua arma, o perigo que corre a virtuosa dama é quantitativamente o mesmo que correria se a visassem, a duzentos metros de distancia, com uma carabina do alcance de cincoenta.

A impossibilidade é uma dessas idéas absolutas que não admittem partilha nem graduação. E' ou não é, existe ou não existe. Não podemos fraccional-a para apurar a metade, um quarto, um decimo de impossibilidade.

Por não poderem estabelecer a relação causal objectiva entre os actos da execução e o crime, é que os classicos a conceberam entre os actos e o perigo individual corrido pela victima, para justificar a pena. Mas a analyse pereuciente de VON BURI desmantelou todo o seu raciocínio, mostrando que, ou esse perigo tanto existe na tentativa possivel como na impossivel, e então será puramente subjectivo, ou não existe em nenhuma, e toda tentativa deverá ser isenta de punição.

E' nesta abertura do caminho que se dá a intervenção de KOHLER, cujo pensamento SALEILLES assim resume. Elle re-

toma a formula: — é o perigo que justifica a pena; mas, que perigo? Todo o mundo fala em perigo individual e nisto é que está o equivoco.

O perigo, de que a lei penal cogita, é o perigo social. Se a lei não tivesse em vista senão o mal, que ameaçou o individuo, ter-se-ia contentado com a reparação civil, e voltaríamos então á lei salica. Desde que ha pena, é que a sociedade se defende. Defende-se de um ataque dirigido contra ella, ou ao menos contra as leis que a salvaguardam. Desde então, desde que o ataque se realizou, porque esperar a violação do direito individual? A violação do direito social já está consummada. O que justifica a pena é o alarma social resultante da revelação, em meio pacifico, dum elemento de perturbação publica, resultante, além disto, do esforço material realizado para infringir o direito e ameaçar os outros.

O alarma social, uma vez que é o que justifica a pena, reclama analyse mais detida. Elle compõe-se de dous elementos: a reprovação da consciencia publica e o receio do futuro. Ora, é menor a revolta da consciencia publica quando o crime se não consumma por carencia dos meios idoneos, do que quando elle se realiza? Esperar, para punir, a realização do facto é assimilar a pena ao pagamento duma divida — dou e recebo, tanto para este delicto, tanto para áquella outro, é um *wergeld* doutro genero. Mas a educação da consciencia popular largamente se desenvolveu depois da lei salica. A pena não é mais para ella a lei do talião, mas um meio de preservação e ao mesmo tempo um modo de reparação. A idéa de justiça exige satisfação, e esta é devida, qualquer que seja o resultado attingido, desde que o culpado se apresenta como criminoso, que lança a perturbação e semeia o alarma na sociedade.

Por mais forte razão deve ser assim, se nos collocamos no ponto de vista do futuro e do perigo que a existencia dum elemento morbido no meio social revela para o porvir.

Em resumo, segundo KOHLER, póde dizer-se que o fundamento de toda repressão é menos a objectividade do facto que a turbação social que d'elle resulta, e esta turbação social é simultaneamente constituida pelo character material do facto, que bastou a provocar a reacção publica, e pelo perigo que elle representa para o futuro. Ora, em toda a tentativa, desde que a execução é começada, pouco importando a effi-ciencia dos meios, ha, se podemos falar assim, um facto dirigido para o crime, mesmo quando por si mesmo elle seja impotente para realizal-o, e todo o facto dirigido para o crime fere o sentimento geral, subleva a consciencia publica e produz, com effeito, a reacção popular. Em segundo logar, todo o facto deste genero revela, pelo estado subjectivo do agente, que por elle se manifesta, um perigo que persiste e ameaça *todo mundo*. Isto basta para justificar a repressão publica.

A partir de 1880, a theoria subjectiva foi acolhida pela jurisprudencia constante do Tribunal Supremo do Imperio allemão.

O character essencial da tentativa, escreve VON LISZT, está na manifestação da vontade tendente a uma lesão; mas essa manifestação se encontra do mesmo modo na chamada tentativa impossivel.

E se toda tentativa assenta em um erro sobre a causalidade do acto, esse erro não pode servir de fundamento, para que deixem de ser punidos certos casos de tentativa.

Esta ultima opinião obteve a franca adhesão do Tribunal do Imperio, que, com toda a firmeza, se collocou no ponto de vista representado especialmente e muitas vezes por VON BURI, e em uma série de decisões, sobretudo na celebre sentença das Camaras Criminaes reunidas, de 24 de Maio de 1880. (*Tratado*, trad. bras., I, p. 338.).

A' pagina 342 da *Criminologia* de GAROFALO (trad. de JULIO DE MATTOS) vê-se a motivação dessa famosa sentença, na parte que nos interessa, e convem transcrevel-a.

Considerando que ha muitos actos precedentes de uma determinação criminosa e que, todavia, objectivamente, não implicam maior perigo para a ordem juridica do que o proprio pensamento do delinquente; considerando ainda que, sem esse perigo objectivo, não ha direito de punir, pretende uma doutrina muito acceita que é necessario, para declarar possivel uma tentativa, uma relação de causalidade entre a acção e o fim que o agente se propoz, de sorte que só seriam puniveis as acções que tivessem produzido o resultado desejado, se lhes não puzessem impedimento circumstancias alheias á vontade do agente. A sciencia demonstrou a falsidade de uma tal theoria.

A relação de causalidade entre um acto e um fim previsto não depende exclusivamente da existencia ou da falta de uma circumstancia eventual; o facto que influe sobre o resultado final fornece apenas probabilidade, mas nunca certeza, do exito ou do insuccesso. Declarar não puniveis os actos insusceptiveis de exito não daria como consequencia limitar a punibilidade da tentativa ás acções parcialmente realizadas, mas deixar impune *toda a tentativa*. Pois que uma acção não é causa de um effeito não realizado, a não realização do effeito mostra a não existencia de uma relação de causalidade. Pode, além disto, dizer-se, de um modo geral, que não existem na realidade acções inidoneas á produção do effeito desejado; na especialidade, pelo contrario, *todas* as acções que não produzem esse effeito se mostram absolutamente inadeguadas á realização d'elle. A punibilidade ou impunibilidade da tentativa não pode fundar-se na distincção entre acções com meios absolutamente ou relativamente inidoneos; e se não quizermos decretar a impunibilidade de todas as acções com meios inidoneos, nenhuma razão valida ha para o fazer em relação ás acções cujos nomes são de uma inidoneidade absoluta.

Para realizar estas ultimas, o agente fez tudo quanto lhe pareceu necessario á consecução de um fim criminoso e actuou, por isso, contra a ordem juridica. O seu erro sobre a idoneidade do meio não pode influir na punibilidade. A consecução do fim depende

em todos os casos de uma illusão do agente, que, no seu projecto, não examinou de um modo exacto as circumstancias impeditivas.

Deve, pois, ser indifferente que o erro resida na eficacia de uma ou de outra parte do plano a executar; importa pouco que o obstaculo tenha apparecido no curso da acção ou que existisse desde o principio della, como não importa que os factores postos de parte pelo agente lhe sejam estranhos, que elle se tenha enganado sobre a efficacia dos proprios actos ou dos meios empregados, em relação á especie, á quantidade ou á applicação ou ainda em quanto á natureza do objecto mesmo usado como meio.

Não errou, portanto, o tribunal da primeira instancia em não exigir para a punibilidade da tentativa outra condição além da idéa que o agente tinha de poder, com o meio empregado, conseguir o fim.

Na sentença de 10 de Junho do mesmo anno, depois de referir-se aos principios firmados na sua decisão anterior, da mesma forma se pronunciou o Tribunal, num caso de inidoneidade absoluta do sujeito passivo do crime. "Se se considera, dizia elle num *considerandum*, o crime tentado em contraposição ao crime consummado, o que é decisivo é somente a intenção do agente — que elle dê execução ao seu proposito, emquanto que resulta de facto inconcludente andar procurando na capacidade objectiva do sujeito passivo do crime, se a consummação seria possivel ou impossivel."

Na sentença de 15 de Outubro de 1888, declarava o mesmo Tribunal que subsiste o suborno da testemunha falsa ainda quando o depoimento, que o subornador acreditava falso, seria objectivamente verdadeiro. E justificava:

Não ha razão nenhuma por que se deva excluir a punibilidade da tentativa sobre objecto inidoneo, tratando-se de perjurio.

Noutra sentença, assim se exprimia:

Resta a ver se, mesmo sem um só momento constitutivo do crime, a vontade criminosa de tal forma se imprimiu no facto, que se possa dizer ter sido o crime concebido e a sua execução começada. (FLORIAN, v. I, p. 269.).

Esta jurisprudencia attende de maneira mais efficaz que qualquer outra ás exigencias da defesa social, e é por isto certamente que a doutrina, em que ella se esteia, se afigura a GAROFALO muito mais susceptivel de accordar com as suas idéas do que a classica.

Vejamos se é justa. Já vimos com KOHLER que dois elementos concorrem para definir o alarma social que o crime provoca: 1º, a reprovação da consciencia publica; 2º, o receio pelo porvir.

O primeiro elemento dimana da idéa de justiça; o segundo da idéa de defesa social.

Uma mulher é presa por haver estrangulado o filhinho recém-nado. A consciencia publica revolta-se. Vem a autopsia e affirma que a criança nasceu morta. A revolta da consciencia publica abaixa de diapasão, mas, embora diminuida, não deixa de manifestar-se. Porque? Porque a mulher não sabia dessa circumstancia, e a mãe revelou-se capaz de matar o proprio filho. Se vital houvera elle nascido, ella tel-o-ia asphyxiado. Quanto ao perigo futuro, elle é o mesmo num caso como noutro.

Um assassino alveja o viandante e dá do gatilho, mas a espingarda, nega fogo. E' preso e a arma apprehendida, a pericia, porém, declara que ella era absolutamente impracticavel para realizar um só disparo. E' que momentos antes a mãe do assassino a tinha desfalcado de uma peça essencial para o seu regular funcionamento. A consciencia publica não se revolta deante desse facto? O perigo futuro, que o criminoso representa, diminue de intensidade, porque a arma lhe não obedeceu á intenção? Poder-se-á dizer que a defesa social está sufficientemente assegurada por uma legislação que deixa taes individuos na fruição da mais absoluta impunidade?

Creio que ninguem o dirá.

Punindo a tentativa impossivel, procurei todavia attender ás restricções que o senso da realidade em taes casos impõe.

Em primeiro logar, tal qual o fizera o Dr. GALDINO DE SIQUEIRA no seu Projecto, fiz depender a punibilidade da condição de ignorar o autor da tentativa, no momento de iniciarlhe a execução, as circumstancias que necessariamente a destinavam a completo fracasso.

A mulher que, sabendo não estar gravida, ingere uma droga abortiva, não é passivel de pena.

Não o é tão pouco o individuo que, sabendo que a espingarda só contém polvora, a dispara contra alguém, salvo o damno que dahi resultar.

Em segundo logar, autorizei a attenuação livre da pena, de modo a habilitar o juiz a gradual-a de accôrdo com as circumstancias, que, na realidade da vida social, de tal modo variam e se complicam, que impossivel seria elaborar disposições casuisticas completas e justas.

Assim havia entendido o codificador suiso, no Projecto de 1918, cujo art. 20 dispõe:

O juiz poderá attenuar livremente a pena daquelle que tiver tentato commetter algum crime por meio ou contra objecto de natureza tal que a commissão desse crime se tornava absolutamente impossivel.

O art. 24 dispensa commentarios, apenas observarei que a differente linguagem dos seus dous incisos obedece á exigencia technica.

Nos crimes sem dolo e naquelles em que o resultado produzido o excede, a idéa de tentativa não se concebe, porque nesta o dolo é elementar. Nas contravenções, porém, que

podem indifferentemente ser dolosas ou culposas, não ha incompatibilidade conceitual com a tentativa, e se esta não se pune é por considerações de outra ordem.

ARTIGOS 25 E 26

A formula verbal "politico-sociales" para designar os crimes até aqui apenas notados pelo epitheto de "políticos", é do Projecto FERRI. Ella corresponde mais exactamente á realidade actual da vida collectiva. Antes do surto da grande industria e do socialismo, que é fructo seu, os crimes que visavam a organização social tinham feição exclusivamente politica. Esta, porém, passou para o segundo plano. Na sua estrutura economica é que ella é hoje principalmente atacada. A expressão "políticos" já não convem para definir o phenomeno na sua integridade, porque deixa á margem justamente o elemento de maior relevancia.

Adversarios intransigentes das idéas ferrianas deram bom agasalho á innovação. *La formula "delitti politico-sociali", escreve GIULIO PAOLI, rende perfettamenteemente l'idea complessa di "delitti politici" e "delitti economico-sociali". (La Scuola Positiva, v. IV, p. 358, 1924.)*

Ardua empresa é definir taes crimes, e o grande CARRARA della recuou. Era seu intento coroar a obra admiravel, a que devotara toda existencia, com o estudo dessa especie criminologica. Varias razões demoveram-no deste proposito. As que entendem com a reforma universitaria não foram evidentemente as decisivas, mas elle não escondeu a que devia tel-o irrevogavelmente determinado.

Dirò la ultima parola; io sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato, così interna come esterna non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al criminalista, così nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere. (Programma, v. 7, p. 674, § 3.939, 9ª ed.)

Estou de accôrdo com PAOLI quando affirma que *in realtà il Maestro ebbe torto*. A mutabilidade do conceito objectivo do crime politico, em contraste com a relativa immobibilidade dos crimes communs, que tanto feriu o senso especulativo e abstracto de CARRARA, deixa sempre intacta a noção de Estado, de soberania, de obediencia dos particulares, de poder publico, e, accrescentarei, d'uma base economica estructural da sociedade civil politicamente organizada.

Una cosa dunque è certissima, escreve PAOLI, che il delitto politico esiste como realtà, esiste como dato d'esperienza, e per quanto si possa riconoscere l'estrema variabilità dei criteri onde determinati fatti, considerati in tutti loro elementi obbiettivi e subbiettivi, vengano appresi nel campo della politica (ieri como

azioni pregevoli, oggi como delitti, e domani magari como eroismi), questo non significa punto che anche debba riconoscersi la stessa variabilità nei riguardi della nozione razionale di delitto politico: e questa il criminalista ha l'obbligo imprescindibile di studiare e de definire. (La Scuola Positiva, v. iv, 1924, Parte prima, p. 357.)

Dois criterios ainda aqui se defrontam — o objectivo e o subjectivo, resultando a noção do crime politico, no primeiro, da qualificação do crime, no segundo, do motivo determinante. O Projecto adoptou o segundo, cuja justificação assim é feita por FERRI: "A distincção entre crimes communs e crimes politico-sociaes não consiste na differença objectiva do facto, mas, sim, num elemento secundario e accessorio. Que assim é, vê-se até em face da lei escripta, pois os factos incriminados no Titulo I do Livro II, do Código actual, como "crimes contra a segurança do Estado" deixam de ser considerados como politicos, desde que se commettam por motivos egoisticos de cobiça, por exemplo, (como a traição na mira de lucro), ou de vingança (*v. g. c* regicidio com o fim de satisfação de vingança privada); e ainda porque os crimes communs podem considerar-se como politico-sociaes, desde que sejam exclusivamente determinados por motivos politicos, em conexão ou não com um crime politico principal.

O elemento decisivo é sempre o psychologico e pessoal dos objectivos que determinam o autor do crime." (*Relatorio sobre o Projecto preliminar*, trad. port., pag. 40.).

Accresce ainda que o proprio legislador, em todos os paizes, é o primeiro a mostrar que o criterio objectivo não figura nos codigos senão como uma prescripção sem finalidade pratica, tanto assim que elle mesmo della não faz caso, quando decreta a amnistia. Se submettessemos os nossos decretos que a concedem ao mesmo exame a que PAOLI submetteu os italianos, chegaríamos á conclusão a que elle chegou, isto é, que — *in tema di reati politico-sociali, per quanto riguarda i decreti di amnistia e indulto, il criterio obbiettivo ha fatto bancarotta nella pratica legislativa*. Perguntar-se-á talvez — mas então, o facto em si, o crime como tal, a qualidade da pessoa contra a qual elle se commetteu, nada dizem nem indicam sobre a sua natureza politica?

Certo que sim. Se lemos a noticia de que um chefe de Estado foi assassinado, a primeira idéa que fazemos do acontecimento é que se trata dum crime politico.

Mesmo nos crimes communs não prescinde o criterio subjectivo, quando trata de afferir a responsabilidade do delinquente, do elemento objectivo do crime que, pela extensão do damno causado e pelo modo por que foi executado, poderá ser por si só indice expressivo de temibilidade.

Se assim não fôra, nós iríamos rotular como criminosos politicos os responsaveis por actos que a consciencia publica soberanamente consideraria, e com toda a razão, como crimes communs atrocissimos.

As precauções que tomei, para evitar este excesso de subjectivismo, foram tão minudentes que me permittiram eliminar do texto o adverbio "exclusivamente" do Projecto de FERRI.

Na letra do dispositivo legal, a sua função é restrictiva, na pratica, porém, elle iria ter applicação muito differente, porque todo o debate perante o jury ou os tribunaes se concentraria na demonstração de que todas as demais interpretações do movel criminoso deveriam ser excluidas, para só se admittir a que o caracterizasse como politico.

Preferi excluir antecipadamente da definição:

1º) os crimes em que sobre a criminalidade politico-social avulta a criminalidade commum. Isto ainda não me satisfiz. Era preciso dizer quando e como este sobrepuja aquella, e entendi que isto occurria toda a vez que se tornava evidente a desproporção entre os motivos e o resultado. Aqui, será um anarchista que, para instaurar a dictadura do proletariado, lança uma bomba numa festa de caridade. Allí, um outro que, para socializar a propriedade privada, apunhala um soberano, abre as comportas dum dique, toca fogo a uma floresta;

2º) os crimes que não são extremes de egoismo. A característica especifica da delinquencia politico-social é ser marcada pelo sello da mais incontestavel abnegação, do altruismo mais puro e idealistico. Desde que algum movel pessoal, directo ou indirecto, immediato ou mediato, a eiva de interesse, a criminalidade politico-social some-se e a commum accentua-se e affirma-se.

Ainda não me satisfiz e procurei dar o criterio por onde facilmente reconhecer a existencia de movel pessoal.

Este criterio é, não podia deixar de ser, uma presumpção legal relativa, que cederá, portanto, á prova em contrario.

E' legitima a presumpção de que o autor do crime politico-social se determinou a commettel-o por algum movel pessoal, quando proveito apreciavel resulta ou póde resultar do crime para algum parente proximo. Pensei que devíamos ir um pouco mais longe, e presumil-o quando o crime aproveite ao chefe social de uma familia. E' um ponto de vista que a observação da vida social a todos facilita. Numa familia, mesmo numerosa, o destaque na vida publica quasi sempre só a um dos seus membros foi partilhado. E' o morgadio da sorte, quando o não explica um conjuncto de predicados superiores, que a vida publica reclama, e que só num dos membros dessa familia se encontra. Em volta delle agrupam-se tanto os parentes proximos como os longinquos, tanto os directos como os affins. Se o crime, praticado por um destes, vem offerecer ao chefe social da familia a oportunidade feliz de ascender a alguma posição dominante, donde a todos os seus possa beneficiar, não sei porque razão não haveríamos de presumir que a este movel obedeceu o criminoso. Livre elle é de dar-nos a prova em contrario, mas, até que nol-a dê, a presumpção legal fica de pé, e como criminoso commum é que será tratado.

ARTIGO 27

No caso do art. 27, já não temos uma presumpção legal relativa, mas absoluta, isto é, que não admittre prova em contrario.

Defini uma vez a guerra como o codigo penal em marcha. Todos os seus artigos foram mobilizados e todos os instinctos animaes acudiram ao toque de rebate. Ao lado dos

heroes do dever, dos martyres do patriotismo, que avançam serenos para a morte em defesa dos mais altos ideaes, tambem marcham, espreitando a occasião e farejando a presa, as paixões que aviltam a especie, os instinctos que a animalizam.

Nas tristes guerras civis, os odios são ainda mais acirrados e implacaveis. Quando a amnistia indefectivel chega com a magnanimidade do seu perdão, póde dizer-se que ao lado duma minoria de criminosos verdadeiramente politicos, sob o seu manto se procura abrigar immensa maioria de criminosos communs, réos conhecidos e desconhecidos de assassinios, de estupros e de roubos, dos mais monstruosos attentados contra a vida, a propriedade e a honra dos seus concidadãos.

Era como se houvessem aberto de par em par as portas das prisões. Assim como a embriaguez não dá novo caracter ao individuo, tambem não o dá a guerra. Ambas não têm outro poder que rasgar o véo da hypocrisia que escondia certo temperamento, para revelar-lhe uma de suas características insuspeitadas, ou de todo despil-o das roupagens de emprestimo com que a rotina da vida domestica e civil o disfarçavam.

Se não fôra assim, na guerra, quer estrangeira, quer civil, todos assassinariam, violentariam e saqueariam. Mas a nossa historia guarda numerosos exemplos de homens que se revoltaram contra as autoridades do seu paiz ou contra as suas instituições, e que dessas luctas sangrentas emergiram de mãos limpas e consciencia pura.

O que se póde dizer é que, por um lado, o ambiente que então se cria actua sobre os individuos fracos, quebrantando no seu espirito os freios de inibição psychologica, e que, por outro lado, actua sobre as naturezas perversas, intimidadas na paz civil pela ameaça da pena, e agora seguras da impunidade, offerecendo-lhes o momento propicio á satisfacção dos seus máos instinctos.

Innocentando todos esses criminosos communs á sombra da amnistia politica, realiza o Estado obra contradictoria e malefica. Contradictoria, porque é justamente para punir os autores de crimes taes que elle lança impostos sobre a collectividade, afim de que seja mantida essa aparelhagem complicada e dispendiosa de prevenção e repressão criminal, com a sua policia, a sua justiça, as suas penitenciarias, e o seu pessoal administrativo; malefica, porque, contrariando o processo de selecção social pela pena, elle se esforça por conseguir a *à rebours*, isto é, reemittindo na circulação da vida civil esses elementos avariados e contagiosos de degeneração, perversão e perigo. Distinguindo, tão rigorosamente quanto é possivel fazel-o, os crimes politicos dos communs, não atalhamos ao mal, é certo, mas concorremos para limitar-lhe as consequencias.

Accentuando a necessidade duma regra juridica formulada pelo legislador, que nos fizesse saber se os crimes conexos aos crimes politicos devem ou não ser excluidos da extradicação, FIORE conclue suggerindo a seguinte formula:

Todas as vias de facto e todos os attentados contra as pessoas e as propriedades, commettidos durante uma guerra civil, são comprehendidos entre os crimes conexos aos crimes politicos, e, como taes, não passíveis

de extradicação sómente no caso em que não seriam elles puniveis nos termos do Codigo Penal, se tivessem sido commettidos por exercitos regulares ou por pessoas que delles fizessem parte em tempo de guerra.

A prioridade da idéa, como o demonstra LAMMASCH (*Droit d'extradition*, p. 69), pertence, porém, a outros.

A Associação para a reforma e a codificação do direito das gentes decidiu, na sessão de Haya, em 1875, contrariamente ás conclusões do relator CONINCK LIEFSTING, que "A extradicação não se concederá por um facto commettido numa commoção ou lucta politica interior, se esse facto, commettido numa guerra, pudesse ser justificado segundo o direito das gentes."

Mais tarde, WESTLAKE adheriu a esta opinião no seu relatório á *National Association for the promotion of social science*, e é elle que, em 1880, no Congresso de Oxford do *Instituto de direito internacional*, de accordo com BLUNTSCHLI e MARTENS, apresenta a seguinte proposição, que é adoptada por doze votos contra nove:

Para apreciar os factos commettidos durante uma rebellião politica, uma insurreição ou guerra civil, é preciso verificar se elles seriam ou não excusados pelos usos da guerra.

Depois de salientar a vivissima opposição que a esta regra haviam feito MOUNTAGUE, BERNARD e PIERANTONI, accrescenta LAMMASCH que, desde então, ella foi objecto das criticas de muitos criminalistas e jurisconsultos, ás quaes, póde dizer-se, não resistiu.

O notavel criminalista austriaco recusa a sua adhesão á formula de FIORE, cujo sophisma, no seu entender, consiste numa assimilação arbitraria e inexacta entre as insurreições civis e a guerra externa. Reconhece, porém, que é applicavel, dadas certas circumstancias. Vejamos quaes ellas sejam.

A formula do *Instituto de direito internacional* não é applicavel senão ás hypotheses presentes ao espirito daquelle que a propoz.

O americano Dudley Field, que a concebeu, tinha sem duvida deante dos olhos a imagem da guerra civil que, dez annos antes, desolara a sua patria. Mas a guerra entre as duas Americas se distinguia profundamente das guerras civis e das sublevações que tiveram varias vezes, a Europa por scenario, neste ponto: que o governo legal dos Estados do Norte, desde o começo das operações, se recusara a tratar como criminosos os combatentes dos Estados do Sul. Estamos em presença, ao serviço de dois governos, de tropas igualmente regulares, tendo ambas a qualidade de belligerantes. A egualdade era, assim, completa entre as tropas do governo legal e dos insurrectos; é esta justamente a hypothese que a formula do Instituto prevê.

Em todos os casos em que apparece uma semelhante egualdade, por exemplo, no duma revolução militar, dum pronunciamento organizado por um chefe de exercito contra o governo legal e que, por consequen-

cia, oppõe, desde o primeiro embate, uma á outra, forças cuja organização e disciplina se equilibram, esta formula recebe sua applicação, mas não quando é a massa popular que se subleva contra o Governo regular dum Estado.

Gryphei nesta passagem o que mais interessa ao nosso assumpto.

O texto do Projecto, se alargou um pouco a adhesão restricta de LAMMASCH, não se afastou do seu espirito, e tem em vista as circumstancias peculiares a nosso paiz, sobre as quaes seria penoso insistir.

Tres hypotheses nelle são previstas.

1.º Trata-se duma insurreição militar. A adhesão de LAMMASCH á formula de FIORE é plena e cabal;

2.º Trata-se duma insurreição civil que se apoia em forças militares.

E' claro que o apoio dessas forças de nada valeria, se não tendesse a dois fins: primeiro, dar aos elementos civis uma organização militar; segundo, oppôr ás forças regulares do governo legal outras que lhes sejam eguaes em disciplina e instrucção, ou que dessa egualdade se approximem. Por isso, desde que as forças insurrectas tenham organização militar, embora incipiente, os crimes commettidos contra as pessoas ou as cousas não poderão deixar de ser considerados communs perante o Codigo Penal, porque communs os consideraria o direito das gentes, se commettidos numa guerra externa.

A exigencia duma organização militar tira á restricção de LAMMASCH a sua principal razão de ser, e attendemos ao que nella era attendivel no ambiente brasileiro, tendo em vista, por um lado, que era ir muito longe exigir os requisitos da belligerancia, como na guerra de secessão, e, por outro, que as nossas insurreições politicas sempre se apoiaram em elementos militares, sem os quaes certamente teriam morrido no nascedouro, e algumas até se caracterizaram desde o começo como verdadeiros pronunciamentos militares.

E' preciso, portanto, que se estabeleça uma linha divisoria, tão nitida quanto possível, entre os crimes politicos e os communs. A connexão entre elles só duma relação de causa e effeito poderá resultar, e esta relação, desde que ha forças militarmente organizadas em campo, ha de apurar-se consoante o criterio do direito das gentes.

Acredito ter conseguido subordinar esta materia, tão controversa e confusa, á orientação juridica que a defesa social reclama e que o meio brasileiro comporta. Ha espiritos para os quaes o legislador deve sempre partir dum principio geral abstracto e rigorosamente deduzil-o, como se desce uma escada, até o derradeiro degráo. Isto é bom de fazer-se no gabinete, sobre o papel, de penna na mão e a logica aristotelica na cabeça. Quando, porém, se elabora um Codigo, é na carne viva do povo que se está cortando, e o *bistouri* da logica não basta para o suécesso da intervenção legislativa. Entretanto, as disposições que architectei nesta materia são congruentes e, entre si, umas e outras logicamente se mantêm. Parti da necessidade duma organização militar, e, se não fui até á belligerancia de LAMMASCH, é que tive de attender á realidade das cousas, como o meio brasileiro a patenteava.

CAPITULO III

Da imputabilidade

ARTIGOS 28 A 33

A imputabilidade, em direito penal, presuppõe uma relação subjectiva de causa e effeito. Reconhecemos a existencia de relação desta natureza, toda a vez que o acto resulta de uma vontade consciente, e então dizemos que o seu autor é imputavel. Se a relação não existe, diremos que elle é inimputavel.

Sob o ponto de vista da defesa social, a razão que ha para sujeitar á repressão os imputaveis é a mesma que impõe a prevenção aos inimputaveis. Será mesmo maior, porque trabalhando o espirito do criminoso normal no terreno da realidade, tem necessariamente, para determinar-se, um numero menor de motivos que o do anormal ou alienado, trabalhando no espaço illimitado da phantasia morbida.

A necessidade de defesa é a mesma nos dous casos, os meios de executal-a é que variam. Para uns, a repressão, para outros, a prevenção, mas, ambas, dentro no direito penal, porque a função preventiva não repugna á natureza da pena. Que ella lhe é inherente sob o aspecto da intimidacão geral, todos o proclamam. Os que, embora o proclamando, lhe recusam função especifica, parece-me incorrerem em séria inconsequencia. Se condemno o individuo imputavel B, para que os demais membros da collectividade se intimidem, e, não se deixem arrastar á pratica do acto que elle praticou, estou usando de B como de um instrumento para influir sobre os outros, estou infligindo-lhe um mal — a pena, para proporcionar um bem — a ausencia da pena, a todos os intimidaveis pelo seu exemplo. E' discutivel, no terreno philosophico, a legitimidade deste processo, mas, se o admittimos, não sei qual a razão por que não infligiríamos a B, quando inimputavel, um mal — o internamento, para que os membros da collectividade não estejam expostos ás manifestações damnosas do seu estado pathologico. Intimidacão em um caso, preservação no outro, mas em ambos a utilização do individuo como instrumento para obtenção de um fim, que nelle mesmo não se objectiva, mas na collectividade. Dizer que o alienado não sente o mal do internamento preventivo, como o criminoso normal sente o da prisão repressiva, é um erro que VAN HAMEL, se a memoria não me trahe, já relevou. Visite-se um hospicio, e de todos os alienados, talvez, se ouvirá uma supplica só — a da sua liberdade. O internamento para elles é uma pena, tal qual o é a prisão para o criminoso normal. A differença está em que elles não ligam o mal, que soffrem, como effeito, ao mal, que fizeram, como causa, mas têm a noção perfeita de que um mal lhes foi imposto, e a elle se querem furtar, obedecendo ao instincto animal que a todos nos impelle a evitar o soffrimento e a fugir á dor.

Sómente dous motivos podem autorizar o Estado a fazer internar um louco — o da caridade e o da defesa social. O primeiro, quando elle é inoffensivo, e então a sua finalidade se limita ao proprio louco; o segundo, quando constitue um

perigo para a sociedade, e então a sua finalidade tem por alvo a preservação social, beneficiando embora o autor do acto que provoca esse movimento de defesa. Mas, quer se trate de imputaveis ou de inimputaveis, de repressão ou de prevenção, para que o Estado intervenha é preciso que algum crime tenha sido commettido. Quando, porém, um crime se commette, o unico poder do Estado autorizado a intervir é o judiciario, pelos órgãos especializados de sua justiça penal. Esse momento do crime é, portanto, o decisivo e não se póde contestar que elle imprime certa unidade penal ás medidas de repressão e de prevenção.

ARTIGO 29

Ha neste artigo duas clausulas que precisam ser analysadas separadamente.

Diz a primeira: "Carecem de imputabilidade os que se encontram em estado de alienação mental, idiotia ou inconsciencia..."

Não dei uma definição da imputabilidade; preferi determinar os estados que a excluem ou restringem.

VON LISZT applaude o Código allemão por havel-a omitido. "Com razão, diz elle, a legislação penal do imperio absteve-se de fixar a idéa da imputabilidade. Deixou a solução do problema aos esforços da psychologia e da sciencia do direito, limitando-se a indicar á administração da justiça alguns pontos de vista directores." (*Tratado*, trad. bras., 1.259.)

Esses pontos de vista directores, a que se refere o grande mestre, serão principalmente encontrados na conceituação da inimputabilidade.

Para determiná-la, adoptou o Projecto o criterio biologico, seguindo o exemplo de alguns projectos e do Código holandez, art. 37:

"Quem quer que commetta um facto que lhe não possa ser imputado, por causa do desenvolvimento incompleto ou da turbação morbida de sua intelligencia, não é punivel. (Ver em SWINDEREN, *Esquisse*, I, 135-138, a discussão a respeito, e a opinião de MODDERMAN, ministro da Justiça, que prevaleceu.)

O Projecto suisso de CARLOS STOOS dispunha no art. 8º:

N'est pas punissable, quiconque au moment de l'acte était dans un état d'alienation mentale, d'idiotie ou d'inconscience.

Esta fórmula manteve-se na revisão de 1896, mas, na de 1903, tem esta redacção:

Art. 16 — *Celui qui, au moment de l'acte, était hors d'état d'agir conformément à la raison, celui notamment dont la santé mentale ou la conscience était à ce moment gravement altérée, n'est pas punissable.*

Não se poderá dizer que seja a mesma cousa. A phrase — *hors d'état d'agir conformément à la raison* — tem evidentemente uma significação psychologica. Já não se trata de verificar a existencia de certos estados pathologicos, mas de apreciar se o criminoso se encontrava em determinado estado subjectivo que lhe permittia ou não conformar os proprios actos aos dictames da razão. Esta será o padrão por onde se aferirá a natureza do acto, e, quando se toma a razão por criterio, não é dentro na biologia que nos achamos, mas no territorio indisputado da psychologia.

No texto de 1908, a formula primitiva é restaurada, apenas, com a seguinte modificação: onde se lia "inconscience" se lê esta phrase "ou d'une grave altération de la conscience". O texto integral é este:

Art. 14 — *Celui qui, au moment d'agir, était atteint d'une maladie mentale, d'idiotie, ou d'une grave altération de la conscience, n'est pas punissable.*

Na commissão de peritos, na sessão de 13 de abril de 1912, este ponto veio novamente a debate, provocado por uma emenda de THORMANN assim concebida:

"Não é punivel aquelle que, no momento de agir, por causa duma doença mental, de idiotia, ou de grave alteração da consciencia, não podia comprehender a criminalidade do seu acto, ou proceder de accôrdo com esta comprehensão."

O combate que lhe deu GAUTIER foi muito vivo.

"*Cet article*, dizia o notavel criminalista genebrense, *traite un des points les plus ardues que le législateur ait à trancher quand il élabore un code pénal. A côté des questions de principe, il doit se préoccuper de faciliter la tâche du juge, lui épargner la nécessité de se prononcer sur des questions extrêmement délicates qui ne sont point de son ressort et lui permettre de s'effacer devant le psychologue et le médecin aliéniste.*

Le projet adopte le système dit biologique, c'est-à-dire qu'il fait dépendre la responsabilité et l'irresponsabilité uniquement de certains états de santé physique et mentale. Dès que l'un des états dont la loi fait découler l'irresponsabilité absolue ou la responsabilité restreinte, est constaté comme existant au moment du délit, le prévenu échappe à la peine ou n'encourt qu'une peine atténuée, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il y a eu entre l'état de santé constaté et le délit commis un rapport de cause à effet, et surtout sans que le juge ait à dire de quelle façon l'état du prévenu a influé sur sa faculté d'apprécier la criminalité de son acte et de se déterminer suivant cette appréciation.

D'après le projet, l'irresponsabilité repose soit sur un état permanent (maladie mentale, idiotie), soit sur un état passager (grave altération de la conscience). Au nombre des états passagers visés par le projet, il faut comprendre l'ivresse et l'on a soulevé à ce sujet une objection consistant à prétendre qu'il faut exclure des

cas d'irresponsabilité absolue ou relative celui où le prévenu se serait enivré à dessein pour commettre l'infraction. Cela est évidemment exact, mais il n'est pas nécessaire, pour en arriver à cette solution, d'inscrire au Code une disposition spéciale. La solution découle de la règle universellement admise que celui qui se sert de lui-même comme instrument (celui par exemple qui s'enivre pour se donner le courage de commettre un délit) est punissable au même titre que l'auteur médiat.

La plupart des codes actuels, et notamment des codes cantonaux, ont adopté un autre système, le système appelé "des critères psychologiques". Dans ce système, le juge ne peut se contenter de constater un état physique ou mental, il faut encore qu'il apprécie en quoi et comment cet état est devenu l'origine de l'infraction poursuivie. Devant de telles questions, le psychiatre éprouvé et consciencieux reste lui-même perplexe, et les codes actuels obligent le juge, les jurés même à les résoudre!

Non, ce système des critères psychologiques ne peut trouver place dans notre code. Il en est du même du système mixte, préconisé par Mr. THORMANN, qui fonde bien l'irresponsabilité sur un état de maladie physique ou de trouble mental, qui énumère ces états exactement comme notre projet, mais qui, en outre, impose au juge le devoir de constater le rapport de causalité existant entre l'état constaté et l'infraction commise, puis qu'il oblige le juge à dire si l'état constaté a empêché l'inculpé d'apprécier le caractère délictueux de son acte, ou de se déterminer d'après cette appréciation, Mr. THORMANN a formulé sa théorie avec beaucoup d'habileté. Mais il n'a pu enlever le défaut essentiel inhérent au système des critères psychologiques, le défaut de placer le juge devant une question insoluble.

Le système biologique est donc le seul que l'orateur puisse accepter, et il insiste énergiquement pour que l'assemblée l'admette sans compromission. (Procès-verbal de la 2^{ème} com. d'experts, 1912, v. I, p. 112).

Na sessão de 15 de abril, a discussão se generalizou, triumphando afinal o criterio mixto.

O valor numerico de cada grupo de votantes é quasi igual, e o doutrinario do voto vencedor é nenhum, dadas as razões expressas de alguns que concorreram para que vingasse a emenda THORMANN.

A formula do Projecto de Strooss foi então substituida no Projecto de 1915 pela seguinte:

Art. 12. Celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave altération de la conscience, ne possédait pas au moment d'agir la faculté d'apprécier le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer suivant cette appréciation, n'est pas punissable.

Não se pôde dizer que seja uma formula que satisfaça as exigencias dos meios scientificos nesta materia, e criminalistas eminentes têm-na profligado.

"Como resultado das discussões e das votações, escreveu JIMENEZ DE ASÚA, aceito o criterio eclectico, o artigo concernente a esta materia se contruiu doutro modo, desvirtuando-se a sua clareza e profundo sentido" (*La unificación del derecho penal en Suiza*, p. 169).

No prefacio á *Reforma Penal* do Dr. PECO, contestando a affirmação deste, de que o Projecto argentino de 1917, no dispor sobre a imputabilidade, havia airoosamente transposto o Rubicon do direito penal, escreve o Dr. JUAN RAMOS: "O meu dissentimento surge, talvez, dum differente conceito determinante da não imputabilidade." (Resume aqui o que se passou com os projectos suissos, e assim prosegue.)

"O texto de 1908 assignala o criterio biologico; o de THORMANN o criterio psicologico. Pelo primeiro, a responsabilidade e a irresponsabilidade dependem de uma causa de facto, que vem a ser um estado de saude physica ou mental. Commette-se um crime. A estudo pericial submete-se o seu autor. Comprova-se que elle padece de alguma enfermidade mental, ou que é idiota, ou que a sua consciencia accusa grave alteração. Immediatamente, sem mais averiguações, é considerado irresponsavel, sómente porque se comprovou a existencia de um estado permanente (enfermidade mental, idiotia) ou de um estado transitorio (grave alteração da consciencia). O juiz encontra-se deante dum facto que não implica nenhuma outra consequencia. Nada tem que averiguar sobre o ponto de saber se o estado permanente ou transitorio do autor do crime, é ou não causa directa deste, ou se elle podia ou não comprehender o injusto de sua acção para determinar-se a realizal-a ou não. O estado existe e basta: este ser não é um responsavel. Não pôde sel-o, porque é um idiota ou um enfermo mental.

"Para o criterio psicologico, isto não é sufficiente. Pela proposição THORMANN, de 1912, aceita pelo projecto suissso de 1916, em seu artigo 12, "n'est pas punissable celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave altération de la conscience, ne possédait pas, au moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer suivant cette appréciation." Quer dizer, que onde o projecto de 1908 exigia uma só circumstancia, de caracter puramente biologico, o de 1916, exige duas: 1^a) o estado biologico de enfermidade, idiotia, alteração transitoria; 2^a) a falta de apreciação psicologica do facto." (*La Reforma Penal*, do Dr. JOSÉ PECO, ps. xx a xxii).

Um homem, como Strooss, não se determina, na solução de problemas desta gravidade, senão por sérios motivos. Eis como elle os expõe:

"As prescripções concernentes á responsabilidade offerecem difficuldades particulares, e serão sem valor, se não atenderem simultaneamente ás exigencias do direito e ás da psychiatria.

"Assim que, feliz foi a idéa da Sociedade Suissa dos Alienistas fazendo figurar no programma de sua reunião annual (Coire, 22 maio, 1893) a questão da responsabilidade num codigo penal suisso. O autor do presente Projecto havia sido convidado a tomar parte na deliberação e desta é que saíram as presentes disposições. E' importante verificar-se que os representantes da sciencia psychiatrica na Suissa, aquelles que ensinam em nossas universidades e que dirigem os nossos asylos, se encontraram de accôrdo com os criminalistas sobre

uma redacção que, após profunda discussão no seio da comissão e na assembléa, foi adoptada por unanimidade." (*Exposé de motifs*, p. 20.)

Esta unanimidade é tanto mais eloquente, se attendermos a que as legislações cantonaes se dividiam em dois grupos distintos na solução de tão grave problema. Os codigos da Suíça allemã faziam depender a responsabilidade do discernimento e da livre determinação da vontade: os da suíça latina enumeravam os estados que excluem a responsabilidade. Encontrámos, aliás, aquelle criterio em todos os projectos de orientação germanica.

Projecto allemão de 1909:

§ 63. Não é punivel aquelle que era alienado, idiota ou inconsciente no momento de praticar o acto, de fórma que por esta causa a determinação livre de sua vontade era excluida.

Projecto allemão de 1925:

§ 17. Não é imputavel aquelle que, no momento do facto, por turvação da consciencia, enfermidade mental ou fraqueza da mente é incapaz de conhecer o character illicito do acto ou de agir na conformidade desse conhecimento.

Projecto austriaco de 1909:

§ 3.º Não é punivel aquelle que no momento da perpetração do acto não tinha a faculdade de comprehender a illegitimidade do seu acto ou a de determinar a sua vontade de accôrdo com essa comprehensão, por causa de alienação mental, fraqueza de espirito ou turvação da consciencia.

Ora, "como já o havia salientado no seu parecer a deputação prussiana pela sciencia medica, decidindo sobre algumas questões de medicina judiciaria, propostas quando da confecção do codigo penal para a confederação da Allemanha do Norte, não é sem perigo escolher-se a livre disposição da vontade como criterio legal da responsabilidade. Esta noção da liberdade de querer é, com effeito, susceptivel de interpretações muito diversas. O determinista convencido (e os medicos legistas os mais eminentes professam o determinismo) desco-nhece em principio essa liberdade de querer: elle se verá, portanto, obrigado, ou de presuppól-a com o codigo, mas contrariamente ás suas convicções scientificas, ou de negar-lhe a existencia em cada caso: estas duas soluções são igualmente pouco satisfactorias." (*Strooss, Exposé*, p. 21.)

Referindo-se ao projecto de 1908, dizia ZÜRCHER: "O methodo do projecto, enumeração dos estados que supprimem a pena, foi combatido, sob um outro ponto de vista, por aquelles que reclamam a menção na lei de *criterios psychologicos*, os unicos que permitem, affirmam elles, determinar com exactidão o ponto a partir do qual os estados pathologicos (alie-

nação mental ou idiotia) devem produzir um effeito de justificação. Sem duvida, entre o senso commum e a idiotia, entre a saude mental e a doença, existem numerosas transições, e a questão de saber se esses estados intermedios devem ser collocados no dominio da doença, ou da saude, é das mais duvidosas. Mas, para resolver-a, que se ganharia adoptando o systema do criterio psychologico, systema que, segundo os nossos codigos actuaes, colloca o juiz ou os jurados deante desta questão: *No momento de agir, possuia o accusado a faculdade de se determinar livremente?* Ou ainda: *possuia elle o discernimento necessario para apreciar a criminalidade do seu acto?*"

"Estas questões, e outras semelhantes, são theoreticamente falsas, porque não é a liberdade de querer que distingue o homem normal do homem doente. Ao contrario, o doente, tomando suas resoluções fóra de toda reflexão, é mais livre que o homem são, ao qual a razão e a consciencia traçam o caminho por seguir. Do que seria preciso falar, é antes da faculdade de se determinar por motivos razoaveis. As questões acima são além disso incompletas, porque não têm na minima conta todas as principaes defeituosidades intellectuaes. O psychiatra escrupuloso se vê embaraçado deante duma questão deste genero, e se quer que os jurados a resolvam!"

"No fundo, tudo se cifra em saber se o delinquente deve ser internado no asylo ou na penitenciaria. E' sobre este ponto que o perito é ouvido, e o juiz decide." (*Exposé de motifs*, p. 41.)

O criterio psychologico, como se vê, tem o grande inconveniente de reintrometer na solução do problema da imputabilidade a questão do livre arbitrio, que a sciencia penal havia conseguido, *post tantos tantosque labores*, levar até a porta da rua, e agora lhe pula pela janella.

Sob este ponto de vista, o criterio que combato não merece o nome de psychologico, mas o de metaphysico, e é a mais intrincada e difficil questão de metaphysica que se propõe, quando perguntamos aos jurados se o delinquente, no momento de agir, dispunha da livre determinação da sua vontade. A questão em si já envolve uma *contradictio in adjecto*, porque *determinação* e *liberdade* são termos que se repellem.

E' a questão que o Codice penal francez no seu artigo 67 mandava propôr quando o inculpado era menor entre treze e dezeseis annos: *S'il est décidé qu'un mineur de plus de treize ans et de moins de seize ans a agi avec discernement...*

A que resultado chegaram? Emquanto se acreditou na efficacia da pena repressiva applicada aos menores, os juizes e jurados foram uniformemente declarando que, em geral, os menores delinquentes haviam agido com discernimento, e os remetliam ás prisões communs. Depois, porém, que uma dolorosa experiencia veio demonstrar que elles eram refractarios á acção da pena, os tribunaes, para evital-a, passaram a declarar com a mesma unanimidade que elles agiram sem discernimento. Este facto mesmo, escreve GARRAUD (*Traité*, I, 759), é a prova que a questão de discernimento não é mais do que um *meio commodo* para adaptar a solução do processo ao interesse do menor. Póde, pois, affirmar-se que o *juiz não toma tal decisão porque tenha reconhecido ou não o discernimento, mas que elle o reconhece ou não para tomar tal decisão.* (Formula de CUCHE.)

O mesmo ou peor ocorreria no Brasil. Ao envés do famoso quesito sobre a *privação dos sentidos*, teríamos outro equivalente, que a defesa não deixaria de formular, sobre a livre determinação da vontade, e este ainda mais perigoso, porque o campo por elle dominado seria mais vasto.

Porque, no criterio psychologico, se fala em estados morbidos definidos, como a alienação mental, a idiotia, a inconsciencia? Não ha de ser para garantir a *livre* determinação da vontade, porque no louco ella é mais livre do que no homem são. Seria então para garantir a normalidade da determinação, para deixar intacta a faculdade de determinar-se por motivos *normaes*. Essa normalidade implica o conhecimento da illegalidade da acção, porque como poderá determinar-se segundo a *norma* o individuo que, por um estado morbido transitorio ou permanente, é incapaz de conhecê-la?

Este é o segundo elemento constitucional do criterio psychologico: "é incapaz de conhecer o character illicito do acto ou de agir de conformidade com esse conhecimento" — diz o projecto allemão: "não tinha a faculdade de comprehender a illegitimidade do seu acto ou a de determinar a sua vontade de accôrdo com essa comprehensão", diz o projecto austriaco.

Desenvolvendo conceitos de LISZT, assim se exprime José HYGINO: "Não é exacto que o dolo supponha o conhecimento da *criminalidade* da acção.

"Para que pudessemos considerar esse conhecimento da essencia do dolo, fôra mistér que o agente devesse ter consciencia: 1º, ou da pena que a lei commina para o caso em questão; 2º, ou do preceito juridico que infringiu; 3º, ou do character immoral do seu acto. Ora, a lei penal não exige, pelo menos em regra, nenhum desses requisitos para que o delicto seja imputavel e dê logar a imposição da pena.

"O juiz não inquire se o delinquente conhecia a lei penal em cuja sanção incorreu, ou a existencia do preceito juridico assegurado pela lei penal, nem pôde tomar em consideração o juizo do delinquente sobre o character moral do seu acto, a não ser para graduar a pena. A illegalidade da acção é verificada objectivamente, e o accusado é punido, não porque conhecia a criminalidade de sua acção, mas porque fez ou deixou de fazer o que a lei prohibe ou ordena.

"Nem se diga que o legislador presuppõe da parte do delinquente o conhecimento da lei ou da immoralidade de seu acto, estabelecendo a este respeito uma presumpção irrefragavel; pois isto seria pôr a ficção no logar da verdade, e o direito penal não se pôde pagar de ficções.

"Consequentemente não é no conhecimento da *criminalidade da acção* que está o centro de gravidade da doutrina do dolo, e sim no conhecimento da *causalidade* do acto de que resultou o facto delictuoso. (*Rev. de Jurisp.* v, 11, 1901, ps. 111-112).

"E' fôra de duvida, escreve von LISZT, que a idéa do dolo não comprehende a consciencia da illegalidade. Tambem não se pôde, em geral, exigir, além do dolo, a consciencia da illegalidade, como um requisito independente que a este se accrescenta. Uma tal exigencia, que no ponto de vista da theoria da coacção psychologica tem cabimento, paralyzaria — e esta é a razão decisiva — a administração da justiça, impondo-lhe o encargo de provar, em cada caso occorrente, que o agente conhecia o preceito violado. Este requisito é tanto mais inadmissivel quanto nenhum apoio encontra na

lei, e está em formal opposição á opinião commum de todos os tempos. (*Tratado*, trad. bras. p. 285, v. 1.)

Reaffirma então von LISZT a regra, já anteriormente exposta, de que o requisito da illegalidade deve ser examinado de modo *rigorosamente objectivo*.

Segundo o criterio psychologico, elle é examinado de modo *exclusivamente subjectivo*, para constituir um dos elementos do conceito da imputabilidade. Se, restringindo-o sómente ao dolo, a sua consequencia seria a paralyzação da justiça, o que não seria quando fizéssemos delle depender a propria imputabilidade? Porque a questão do dolo só apparece quando, affirmada a *imputabilidade*, queremos apurar a *responsabilidade*. A que resultados não chegaríamos se, logo na primeira phase da imputação, exigíssemos do agente a consciencia da illegalidade do seu acto?

Como então, perguntar-se-á, naquelles paizes de tão vasta e intensa cultura, nos quaes a sciencia do direito adquiriu tamanho esplendor e solidez, disposições semelhantes foram concebidas?

Por um lado — o philosophico, isto se explica, pelo predominio de concepções metaphysicas. Por outro — o criminalistico, o perigo limita-se não só por outras normas, como tambem pela interpretação que o texto comporta.

Entre aquellas, figura em primeiro logar a idéa do livre arbitrio, e entre estas temos logo a regra de que ninguem se excusa com a ignorancia da lei. E' claro que este preceito se refere aos normaes, mas permite entender-se que a anormalidade psychica ou mental só influe na imputabilidade quando ella é obstaculo á distincção entre o licito e o illicito, ou, genericamente, entre o bem e o mal, e assim caímos na questão do *discernimento* do art. 67 doCodigo Penal francez.

Estabelece-se então uma relação de causalidade, que se poderia dizer *legal*, entre a vontade e o facto, porque se exige da parte do autor a capacidade de avaliar psychologicamente o acto, sob o ponto de vista de sua juridicidade. Ainda mais: como sanidade e insanidade mental são pontos extremos, entre os quaes se desdobra toda uma numerosa gama de degradações psychicas, não se exige sómente que o autor seja capaz daquelle conhecimento, mas tambem de determinar-se por elle. Isto será, entretanto, superfluo, porque, no paragrapho seguinte, aquelles projectos dispõem sobre a imputabilidade restricta, mandando attenuar a pena. O que é logico, segundo o ponto de vista metaphysico em que se collocaram, mas é um erro segundo o ponto de vista da defesa social.

Seja, porém, como fôr, o que é certo é que a mais grave e difficil questão metaphysica, que até hoje tem embaraçado os philosophos de todos os seculos, terá de ser proposta aos nossos bons burguezes, caipiras e matutos que concorrem, como jurados, ao exercicio da soberania popular por este Brasil afóra, e elles terão de resolvel-a.

O criterio biologico é simples, seguro e logico.

Temos um individuo que se diz ter commettido o crime, num estado morbido exclusivo da normal determinação dos proprios actos. Que estados são esses? O Projecto os enumera. Primeiro, a *alienação mental*, em seguida a *idiotia*, por fim a *inconsciencia*. Os alienistas suissos opinaram que a linguagem tolerava que se desse á expressão "alienação mental" sentido amplo, comprehendendo não só os estados adquiridos como os congenitos, mas Strooss ponderou que a linguagem

popular distingue o louco do idiota. ZÜRCHER, por sua vez, explicou: "Empregando os dous termos de *alienação mental* e de *idiotia*, crê o projecto ter feito a enumeração completa dos estados duradouros que excluem a culpabilidade e a pena. Depois desses, temos os estados transitorios — como o delirio febril, a embriaguez, o somno, a suggestão hypnotica, etc." *Ce sont états d'inconscience*, diz STOOSS.

Bem, o criminoso ahí está, e dizem que elle se encontra numa dessas situações. O juiz não tem competência para verificar-o, e pede o parecer dum perito. Qual é a questão que este tem que resolver? Ella se formula num quesito: Na occasião de commetter o crime. A encontrava-se em estado de alienação mental, idiotia ou inconsciencia? Elle responde *sim* ou *não*. Na primeira hypothese, o juiz afasta a pena, e recorre á medida de defesa social, se esta é necessaria; no segundo, applica tranquillamente a pena. Não ha nenhuma questão *metaphysica* a resolver, nem pedimos a nossos jurados a sua opinião, de autoridade duvidosa, sobre o problema do livre arbitrio.

A segunda clausula por analysar no art. 29 é esta: "... ou restricta ella será nos que apenas tiverem diminuida a faculdade de normalmente determinar os proprios actos, embora por causa morbida que daquelles estados os approxime."

A integridade mental compromette-se numa serie de degradações successivas entre a saúde e a alienação, a idiotia e a inconsciencia. Só o perito alienista tem competencia para discernil-as. Ha, portanto, uma zona intermedia, occupada por numerosos individuos, nos quaes a determinação normal da vontade está diminuida, mas não abolida, e que não podem ser diplomados como legitimos representantes daquelles estados. Elles são, portanto, imputaveis, e a questão da responsabilidade tem de ser resolvida. Com esses individuos occorrem duas circumstancias de summa gravidade. Em primeiro lugar, elles são os mais perigosos, sob o ponto de vista da defesa social. Em segundo lugar, elles são menos sensiveis que os normaes á repressão penal commum. Estes dous pontos são conquistas definitivas da sciencia, e sobre elles posso tranquillamente apoiar as minhas deducções.

A primeira conclusão impõe a segregação desses individuos; a segunda impõe uma repressão especial, e sobre esta prevê o § 3º, determinando que elles cumprirão a pena em estabelecimentos adequados a seu estado, e, quanto aos ebrios accidentaes, autoriza diminuil-a. Se esse projecto for approved, terá o Estado, para executal-o, de crear taes estabelecimentos

Afastei-me aqti de varios projectos, inclusive os suissos, que todos decretam em taes casos a attenuação da pena. Procurarei justificar-me.

No seu relatorio ao Congresso Penitenciario de Washington (1910), assignalava o Dr. Gustavo Beck a necessidade para a solução de certos problemas criminaes, de se ter uma idéa clara sobre dous termos, de distincção aliás muito nitida, mas que a linguagem commum facilmente confunde.

Esses dous termos são *imputabilidade* e *responsabilidade*.

"Imputar um facto a alguém, escreve GARRAUD, é com effeito pol-o á sua conta para que lhe soffra as consequencias, isto é, para que por elle seja responsavel, porque sua é a culpa.

A *culpabilidade* e a *responsabilidade* são consequencias tão directas da *imputabilidade*, que as tres idéas se consideram muitas vezes como equivalentes e as tres palavras como synonymas.

Quem reflectir sobre as disposições do Projecto em que esses conceitos intervêm, verá que elles accusam, na sua gradação schematica, tres matizes differentes. A imputabilidade assenta sobre uma base *biologica*; a culpabilidade sobre uma base *psychologica*; e a responsabilidade sobre uma base *juridica*.

Nos alienados, idiotas e inconscientes não se pode cogitar de imputabilidade, porque a base biologica da saúde fallece. (Refiro-me, é claro, á saúde ou integridade mental, e tomo essas palavras no seu sentido relativo). Se nesta categoria incluíssemos os que apenas têm diminuida a faculdade de determinar-se por motivos normaes, poderíamos mandar fechar dous terços talvez das prisões e diminuir na mesma proporção a respectiva verba orçamentaria, mas tambem teríamos decretado, ao mesmo tempo, a fallencia da defesa social.

Os individuos que nenhum alienista dirá que são alienados, e muito menos que são normaes, constituem a legião daquelles criminosos, dos quaes, dizia o *batonnier* BARBOUX, que são loucos tanto quanto baste para escapar á prisão, e ajuizados tanto quanto baste para escapar ao hospicio.

Muitas vezes, a causa pathologica da anormalidade approxima-os daquelles estados que, segundo o Projecto, excluem a imputabilidade, o que, á primeira vista, pode illudir, e levar o observador a collocal-os sob uma daquellas rubricas. A verdade, porém, é que elles são imputaveis. Não o são os loucos, os idiotas e os inconscientes, porque, da vida exterior, das situações que ella cria, das relações que ella engendra, não podem ter representação fiel e verdadeira. E' o que não occorre em geral com os simplesmente anormaes. O seu mal não está no cerebro; as suas representações mentaes são exactas; está na vontade; as suas volições não correspondem á normalidade daquellas representações. Nelles, o que se nota é o relaxamento dos freios de inibição *psychologica*. A causa deste phenomeno poderá ser morbida, congenita algumas vezes, quasi sempre adquirida, mas não é tanto a causa que nos interessa, e sim os seus effeitos, isto é, o phenomeno em si, o facto concreto, o crime, o criminoso.

Esta limitação da deficiencia *psychica* á zona restricta da vontade, liquidaria, desde logo, pela affirmativa a questão da imputabilidade se, em taes delinquentes, ella não se originasse duma causa morbida, o que os approxima dos estados que a excluem. Approxima somente, nelles não os immitte.

Entre a saúde e a doença, ha uma serie tamanha de degradações, que a cada um desses delinquentes se poderá applicar a phrase do Padre Vieira: "estou mais sem molestia do que verdadeiramente com saúde".

Bem sei que para os extremistas não ha meio termo, ou é oito ou oitenta, pólo norte ou pólo sul, imputavel ou in-imputavel, mas os psychiatras são doutro aviso, e raramente a verdade está nos extremos.

E' perfeitamente comprehensivel uma imputabilidade condicionada pela doença, por ella enfraquecida, debilitada, diminuida.

Esta concepção ajusta-se muito bem ao criterio biologico da imputabilidade, como a proposito observava Strooss na critica ao projecto austriaco, assim resumida pelo professor Roux. *L'apparition de ces degrés intermédiaires peut être légitime, lorsqu'on s'attache, comme dans le projet suisse, aux méthodes biologiques pour déterminer la responsabilité pénale; ce sont des degrés d'intensité de l'état de maladie ou de santé du délinquant. Mais l'établissement de ces demi-responsabilités est-elle logique, lorsque, comme dans le projet autrichien, on rattache la responsabilité à la fois à des facteurs biologiques ou à des facteurs psychologiques? Car, enfin, ou le délinquant a compris ce qu'il a fait, et alors il est pleinement responsable, ou il n'a pas compris son acte, et alors il est pleinement irresponsable; il n'y a pas de milieu.*

Ao projecto brasileiro não se pode fazer a mesma critica, porque, ao revés do austriaco, o seu criterio da imputabilidade é puramente biologico, tem por base a saúde, como o da imputabilidade tem por base a doença.

Como, porém, entre saúde e doença se desenrola vasta série de situações secundarias, o Projecto devidamente as considera, não para excluir a imputabilidade, mas para reconhecer que alguma influencia morbida a condiciona. A uma imputabilidade condicionada pela doença deve corresponder uma responsabilidade condicionada pela justiça. Veremos depois o que, neste passo, a justiça nos sugere; por ora, seja-me permitido relevar que esta delicada construcção se mantém firmemente de pé, solidamente amarrada pelo fio de ferro da logica que, partindo do principio geral que lhe serve de base, envolve todas as consequencias delle deduzidas. Quanto a esse principio geral, elle é do dominio da sciencia, porque, se não podemos realizar individualmente a concepção abstracta da saúde absoluta, não é menos verdade que a clinica medica se exerce dentro no criterio relativo de — menos saúde e mais doença, ou — menos doença e mais saúde. Sob o ponto de vista estrictamente juridico, elle conforma exactamente com o que domina no direito civil, cujo codigo, nos arts. 451 e 453, limita a curatela consoante a saúde mental do interdito. Da mesma forma, quanto á responsabilidade, cujo conceito é puramente juridico, a sua limitação encontra-se a cada passo no direito civil, bastando lembrar que o herdeiro que responde *intra vires hereditatis* está em situação analogá á do delinquente anormal que responde dentro nas forças da sua personalidade morbida. Assim bem definidas as posições, vejamos o que neste passo será justo fazer-se. Da proposição logica acima formulada — *a uma imputabilidade condicionada deve corresponder uma responsabilidade restricta* — deduziu-se como consequencia necessaria este outro principio — *a uma responsabilidade restricta deve corresponder uma pena diminuida*. Esta injunção apparente da logica dominou as legislações, mas os maiores psychiatras a combatem e condemnam.

Partout c'est la diminution de la peine, escreve o Dr. Mathé. Si telle est la conséquence de la reconnaissance légale de la responsabilité atténuée qu'elle entraîne une réduction de peine, nous n'hésitons pas à dire qu'il ne pouvait y en avoir de plus néfaste ni de plus irrationnelle.

Irrationnelle, parce que, dans cette manière de procéder, la sanction n'est pas proportionnelle à l'état psychique du coupable; elle ne peut être exemplaire, non plus que répressive et elle n'est nullement médicatrice. Elle est mauvaise pour le sujet, elle est en outre néfaste et dangereuse pour la société. (La responsabilité atténuée, p. 83.)

Garraud assim se pronuncia:

Quant au procédé qui consiste, sous prétexte de responsabilité atténuée, à atténuer la répression, il est aussi déplorable pour celui qui paraît en bénéficier, qu'il est dangereux pour la sécurité et la moralité des autres. (Rev. Penit., 1905, p. 494).

Cito somente esses dous autores, mas poderia citar uma centena. Posso dizer, que, entre psychiatras e criminalistas, o accordo é geral contra a diminuição da pena, e se entre estes algumas raras discordancias surgem, explicar-se-ão por preconceitos de escola e nada mais.

E' verdade que LISZT e OETKER têm projectos em que se consagra a diminuição da pena no caso de responsabilidade restricta, mas este exemplo não é de seguir-se deante da explicação que passo a dar.

O systema allemão é este: o delinquente cumpre em primeiro logar uma pena diminuida e, depois de cumpril-a, é submettido a uma medida de segurança. A autoridade scientifica de LISZT não cobre este systema, porque, como elle proprio explicou perante a Société Générales des Prisons, em 1905, o que tal systema exprime não é a conclusão da sciencia, mas o resultado de uma transacção. Nessa assembléa. HENRI ROBERT assim se manifestava: "Não admitto dous grãos successivos na repressão. Repillo a idéa de infligir ao delinquente especial um estagio injusto na prisão, e em seguida a este estagio, que nada justifica, transferil-o para um hospital."

Como LISZT aparava este golpe? Com duas observações, das quaes tomo por ora em consideração somente a segunda.

"Tratava-se para nós, na Allemanha, dum movimento legislativo. Queriamos uma lei especial, não desejavamos esperar pela reforma geral do nosso Codigo, e essa lei especial sobre os alienados de responsabilidade restricta queriamol-a o mais depressa possivel. Ora, cada vez que propunhamos neste sentido uma modificação da nossa legislação penal, se nos obtemperava: — São somente algumas individualidades entre os criminalistas que fazem a proposta, enquanto que a outra metade — a maior ou a menor, é difficil precisar — se lhe oppõe. O governo, portanto, não tem que apresentar nenhum projecto; elle espera que os criminalistas das duas Escolas estejam de accôrdo. Deveis recordar-vos que não foi somente o grupo allemão da União Internacional de Direito Penal, mas tambem a Assembléa dos juristas allemães que se pronunciou no mesmo sentido. Ora, na Assembléa dos juristas allemães, a Escola classica, o partido conservador domina completamente; pois bem, ella adoptou as proposições do seu relator, o professor KAHL, de Berlin, que é um dos adherentes mais convencidos da Escola classica. Para reclamar essa lei, estão, portanto, de accôrdo, na Allemanha, a Escola classica e a Escola moderna. Mas, comprehendéis que,

para se chegar a este accordo, foi preciso fazer concessões. A que a Escola classica nos fez foi o asylo de segurança; a que nós fizemos foi a pena diminuida”.

Não resulta, portanto, o systema allemão duma victoria de principio nos conselhos serenos da sciencia, mas duma transacção, dum compromisso entre escolas rivaes no campo tumultuario da discussão.

E' assim, por esta forma, que explica o grande criminalista tedesco a consagração da pena diminuida no projecto de lei que elaborou; quanto a seu valor scientifico, como idéa, como principio, elle confessa que a tem em muito pouco apreço.

Nessa famosa sessão da *Société Générale des prisons*, LISZT havia dito (e esta é a outra observação a que antes me referi): *Plusieurs orateurs, dans vos séances antérieures, vous ont dit: parmi ces individus à responsabilité limitée, il en est beaucoup pour lesquels une condamnation et l'exécution de la peine serviront d'utile leçon; la peine aura une influence éducatrice préventive. Pour ma part je ne voudrais pas renoncer à cette influence préservative.*

Entre outros, o Dr. ROUBINOVITCH havia reconhecido que a pena exercia uma acção salutar sobre os delinquentes de responsabilidade restricta, principalmente como preservativo contra a reincidencia.

Não se póde dizer desses delinquentes que elles sejam de todo refractarios á acção da pena; alguns lhe opporão uma sensibilidade quasi embotada; outros, uma sensibilidade muito viva. Não devemos, portanto, renunciar á pena, nem diminuil-a, porque a questão não é de quantidade, mas de qualidade. Seria um contrasenso diminuil-a quando todos reconhecem tratar-se, justamente, sob o ponto de vista da defesa social, dos delinquentes mais perigosos. Nem seria justo fazel-o em attenção á sua anormalidade, porque esta não os priva da faculdade de determinar-se por motivos razoaveis, apenas a diminue ou debilita; nem os inibe de realizar o processo mental de associação das idéas segundo o qual, a seu crime, como causa, se ligará a pena, como effeito.

Elles devem, portanto, ser tratados, até ao julgamento, como os delinquentes normaes e a elles, como a estes, é a pena commum que deve ser imposta. As penas, porém, não valem pelo nome que se lhes dá nos artigos dum Código, mas pelo modo por que são executadas, e aqui é de toda justiça que haja certa differenciação no modo de cumpril-as. Manda o Projecto que taes delinquentes as cumpram em estabelecimentos especiaes, onde se possa convenientemente attender a seu estado. A' administração incumbe crial-os, de modo que o juiz possa desempenhar a sua missão individualizadora da pena, distribuindo os delinquentes pelos estabelecimentos apropriados.

A inconsciencia, de que se occupa o § 1º, é o estado morbido, duradouro ou passageiro. O primeiro assenta naturalmente em fundo pathologico, o segundo em alteração momentanea da normalidade psychica e mental.

Na inconsciencia, ha que distinguir a que se produz durante o somno e a que se produz no estado de vigilia.

Quer se trate do somno normal, quer do somno morbido ou do somno hypnotico, o individuo é inconsciente dos seus actos e, portanto, inimputavel.

No estado de vigilia, porém, era mistér attender áquelles casos em que o individuo, pela exacerbação de suas proprias paixões, instinctos e sentimentos, age em um estado de excitação tal que se diria ser inconsciente. O povo traduz esta situação perfeitamente, quando diz que tal individuo “estava fóra de si”.

E' claro que semelhante exacerbação outro effeito não teve, qualquer que tenha sido a sua causa, senão revelar uma personalidade, porque é nella propria, no seu fundo psychico, que a acção anti-social do delinquente foi haurir toda a sua seiva dinamica.

Que o individuo em tal situação pareça um inconsciente, não se contesta, o que se contesta é que realmente o seja. Que no momento em que agiu nelle se produzisse certo desarranjo mental, é possivel, será mesmo provavel mas, como diz von LISZT, “assim como toda a perturbação da saude perfeita do corpo não póde ser qualificada de enfermidade, tambem qualquer desarranjo da actividade mental não exclue a imputabilidade”. (*Tratado*, I, 268.)

A difficuldade em computar a influencia das paixões, não só no crime, como nas acções humanas, em geral, é quasi insuperavel, mas o senso ethico social as distingue perfeitamente em nobres e ignobeis. Sem recorrer ao quesito fatal sobre a inconsciencia, que poderia vir substituir entre nós o celeberrimo quesito de defesa da privação dos sentidos, ha no código o elasterio sufficiente para que o juiz, reconhecendo embora que o delinquente agiu conscientemente, tenha na devida conta a natureza das paixões que o dominaram ao commetter o crime.

A questão da embriaguez é complexa, mesmo se ficamos, como devemos ficar, dentro nas fronteiras do direito penal, e á margem deixamos tudo o que se entenda com o problema social do alcoolismo.

O Projecto não cogitou do grão da embriaguez, porque não se poderá razoavelmente invocar, como exclusiva da imputabilidade, ligeira excitação alcoolica, que, se é capaz de exacerbar instinctos, paixões e sentimentos, não tira, entretanto, ao individuo a consciencia dos seus actos. A gradacão da embriaguez encontra-se em todos os tratados de psiquiatria ou medicina legal e o juiz não terá difficuldade em distinguir-lhe as phases successivas.

Parece-me preferivel attentar precipuamente na vontade do delinquente e considerar a embriaguez proposita, ou preordenada ao crime, e a accidental, espontanea ou provocada.

Se o delinquente procurou embriagar-se para se collocar em situação mais favoravel á pratica do crime, ou para eximir-se por este meio á responsabilidade penal, evidente é que, seja qual fôr o seu grão, não lhe poderá a embriaguez influir sobre a imputabilidade, ao contrario, deverá pesar-lhe sobre a responsabilidade porque a resolução criminosa se esboçou, constituiu e consolidou quando o alcool, porque ainda não ingerido, nenhuma influencia podia exercer sobre a sua vontade. Esta circumstancia é considerada, no n. III do art. 133, como aggravante.

Na accidental, cumpre distinguir. O individuo sabe que commette desatinos toda a vez que se embriaga. Nenhuma resolução criminosa se formou no seu espirito, mas, accidentalmente embriagado, elle commette um crime. Esta consequen-

cia devia ser prevista, o delinquente tinha a obrigação de prevê-la, e se não queria commetter o crime, quiz, entretanto, collocar-se naquella situação já conhecida, em que é levado á pratica de actos criminosos. A sua culpa é patente e não poderá invocar em seu favor a attenuante do art. 130, n. v.

Sómente a embriaguez devida a caso fortuito ou força maior exclue ou diminue a imputabilidade.

Excluirá quando attingir um gráo que colloque o delinquente entre os inimputaveis, de que trata o art. 29, isto é, quando puder ser equiparavel a uma das causas pathologicas, exclusivas da imputabilidade.

Diminuirá quando a faculdade de determinação normal apenas estiver enfraquecida.

“O art. 51 do Código Penal, escreve LISZT, assignalando apenas um lado da imputabilidade, exige um estado que exclua “o livre exercicio da vontade” do agente. Tambem aqui isto não significa mais do que a regular aptidão do agente para determinar-se por meio de representações.” (*Tratado*, I, pagina 268).

Occupando-se da embriaguez, escreve ZÜRCHER: “O direito penal, para sua applicação, presuppõe sempre uma culpabilidade, isto é, a existencia, ou, ao menos, a possibilidade, de representações e de volições normaes. Consequentemente, em todos esses casos de grave alteração da consciencia, o exame aprofundado da questão de culpabilidade deverá conduzir á rejeição da accusação.” (*Exposé des motifs*, p. 42.)

Estas disposições do Projecto que se inspiram na idéa de justiça e dentro nella procuram attender á defesa social, não bastariam para assegurar-a, se não houvesse a disposição do artigo 171, mandando internar os que forem absolvidos por inimputaveis, quando perigosos á sociedade. Habilitada estará, portanto, a justiça criminal para prover sufficientemente á essa defesa.

CAPITULO IV

Da responsabilidade

ARTIGOS 34 A 48

A responsabilidade tem por fundamento a vontade, sob os dois aspectos da intenção ou da negligencia. Liga-se á primeira o dolo, á segunda a culpa. Porque um seja a regra e a outra a excepção, somente nos casos expressos impune ficará o dolo e punida será a culpa. Desta punibilidade excepcional da culpa poderia vir a soffrer a repressão, porque, na pratica, nem sempre é coisa facil estremal-a do dolo. Negado este e não estando expressa a punição para aquella no caso *sub judice*, seguir-se-ia naturalmente a absolvição, que poderia ser injusta. Era myster, portanto, precisar a noção dessas duas categorias por que se reparte a responsabilidade criminal, o que procurei fazer nos arts. 35 a 37.

Não fôra principalmente este motivo e poderia ter-me abstido de definil-os. “Les codes modernes, escreve ZÜRCHER, emploient ces termes sans les définir, s'en remettant, pour leur interprétation à la science juridique et au langage usuel.

Mais ce langage ne leur attribue pas un sens suffisamment précis et quant à la science, *outré que nous ne pouvons pas la supposer familier à tous nos juges*, elle est loin d'être unanime sur ce point. Voilà pourquoi l'Avant-project a pose des règles destinées à indiquer au juge ce qu'il doit comprendre sous ces termes d'intention et de négligence”.

Não temos juizes populares, como a Suissa, e a nossa magistratura é recrutada dentre os que cursaram as faculdades juridicas e, na cadeira de direito penal, como primeiras noções, receberam as do dolo e da culpa.

No art. 35 comprehendem-se o dolo directo e o eventual.

Do primeiro a noção deduz-se da phrase — “quiz produzir a lesão ou o perigo resultantes do acto”.

Conheço a critica de JOSÉ HYGINO, quer nos artigos insertos na *Revista de Jurisprudencia* sobre o Projecto JOÃO VIEIRA, quer nas notas com que enriqueceu a traducção do *Tratado* de LISZT, sobre o emprego do verbo *querer*, nesta hypothese.

Elle não fez mais que insistir sobre a seguinte nota do grande mestre allemão; “Linguagem vacillante: *querer*, ora significa desejar o resultado (representação do resultado como motivo) ora a méra previsão delle. BINDING pretendeu, mesmo, aproveitar para a doutrina juridica a *vontade inconsciente* de E. VON HARTMAN, mas não encontrou quem o seguisse. O melhor é evitar absolutamente a expressão *querer o resultado*, e empregar o vocabulo *querer* ou *vontade* para designar somente o acto psycho-physico pelo qual se opéra a tensão dos musculos. Segundo esta linguagem, querido é pois, somente, o movimento corporeo, nunca o resultado”. (*Tratado*, v. I, p. 200, nota, 3.)

Não ha unanimidade nesta opinião, e o proprio LISZT cita autores que discrepam.

Eu quiz approximar o mais possivel a noção do dolo da comprehensão popular, e no espirito do povo aquelle que mata uma pessoa, sobre a qual descarregou o revolver, *quiz* matar essa pessoa.

Se disserem que o assassino o que *quiz* foi exteriorizar num movimento muscular uma impulsão psychica, esta linguagem corre o risco de não ser entendida por quem não se tenha iniciado em psychologia.

Aconselha JOSÉ HYGINO que, ao revés de *querido*, digamos *desejado*, *tencionado*, *acquiescido* pelo delinquente.

Acquiescer, tratando-se do dolo directo, seria manifestamente improprio. E' synonymo de *annuir* e serve para designar a theoria da *annuencia*, em se tratando do dolo eventual.

Tencionar é fazer tenção de; planear, projectar. *Tenção* é resolução, intento, plano. Quem *tenciona* toma uma resolução e ninguém deixará de ligar o resultado dessa resolução, como effeito, á vontade de quem a executou, como causa.

Desejar é ter appetite, ambicionar, querer. Só no terceiro sentido poderia ser usado. Seria inexcusavel, porém, recorrer a uma sinonimia de menor expressão com desprezo da palavra propria, cujo sentido se já firmou na consciencia popular, do que é testemunho o proverbio — quem *quer* o fim, *quer* os meios.

Os projectos mais recentes é ao verbo *querer* que recorrem quando definem o dolo.

Proj. Aust. de 1909, § 7º: "Age voluntariamente aquelle que quiz causar a lesão ou o perigo que constituem o facto punivel".

Proj. Italiano de 1927, art. 46: "Il reato è doloso, o intenzionale quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato della azione o omissão, e da cui la legge fa dipendere a existencia del reato, è dal agente prevveduto e voluto come consequenza della propria azione o omissão".

A forma typica do dolo é a intenção.

"Ha intenção, escreve ZÜRCHER, quando a infracção é realizada com consciencia e vontade. A consciencia deve abraçar, no infractor, a representação de sua actividade propria e a do resultado. Assim que não deve incidir a vontade sobre a actividade só, mas o resultado deve tambem ser querido. E' absolutamente conforme á linguagem usual, considerar-se como querido o resultado que se desejou ou que se esperou produzir com a propria actividade, ou que se teve por certo. Dahi não se segue que o resultado que o delinquente se representou seja necessariamente o *ressort* ou o movel que o impelliu a agir. Bem poderá ligar-se o movel a um fim muito mais afastado (*dessein*); sómente, a producção do resultado delictuoso é o unico meio de attingir esse fim. Quem quer o fim, quer os meios, diz o proverbio, é verdade que em sentido um pouco differente." (*Exposé*, p. 47).

A intenção, porém, não esgota o conteúdo do dolo.

Como muito bem o diz José HYGINO, "o dolo não é um simples acto de intelligencia, a pura previsão do resultado, mas envolve a resolução de agir ou *para* a producção do resultado ou *ainda que* este se produza. O dolo é essencialmente um acto de vontade — a resolução de praticar um acto com a consciencia ou apesar da consciencia do seu resultado."

Podemos representar o dolo como um circulo, cujo centro está na vontade do delinquente e cuja circumferencia é traçada pela sua actividade consciente. Tudo o que, irradiando desse centro, não ultrapassar a periphéria, se conterà no seu dolo. Se elle age de uma *certa* maneira para produzir um certo resultado, a representação é integral, abrange na consciencia do delinquente, não só a sua actividade propria, como tambem o resultado que esta produzirá: é a fórmula typica do dolo. Se, para obter este resultado, outros se produzirão, necessaria ou provavelmente, e apesar dessa necessidade ou probabilidade se lhe terem representado na consciencia, o delinquente agiu para obter o resultado principal, os resultados secundarios comprehendem-se no circulo de sua actividade e, portanto, no seu dolo.

Ao dolo directo equiparou, portanto, o Projecto o dolo eventual, na segunda clausula do art. 35: "ou não se deteve ante a previsão das consequencias necessarias ou provaveis do mesmo".

Das palavras acima transcriptas de ZÜRCHER, parece-me que á mesma equiparação deveria ter chegado o Projecto suiso. Isto, porém, não se verifica. Os casos de dolo eventual comprehendem-se, de regra, na negligencia.

Adstringil-os exclusivamente á culpa era na verdade benefical-os com a impunidade. Realmente, em se tratando de crimes contra a propriedade, no systema do Projecto

suisso, o dolo eventual não se pune, solução que attende, talvez, com excesso, ao sentimento popular *vivement blessé par plusieurs arrêts du tribunal impérial allemand, qui admettaient le dol éventuel, notamment à propos des délits contre la propriété.* (ZÜRCHER.)

Essa impunidade, porém, não podia ser estendida aos crimes contra a vida, não só porque, em taes casos, nenhum escrupulo provoca a equiparação do dolo eventual ao directo, como tambem porque um tal regime deixaria a vida sem protecção.

Para obviar a esta consequencia, diz ZÜRCHER, criaram-se, no Projecto de 1908, duas figuras criminaes de periclitación da vida e da saude (arts. 72 e 79), esta ultima eliminada no Projecto de 1918.

Da discussão travada no seio da commissão de peritos, vê-se, porém, que a introducção de uma figura especial de periclitación da vida (art. 72), não obedeceu ao pensamento de supprir a lacuna sobre o dolo eventual, como se verá das seguintes palavras de GAUTIER.

"Póde contestar-se a necessidade desta disposição. Contestam-na os motivos do Projecto allemão, mas não me convenceram, e creio que bem andariamos mantendo o art. 72 do nosso Projecto. Elle nos permitirá reprimir perigosas omissões, graves falhas contra o dever social, que, se supprimida fóra esta disposição, ficariam impunes.

"O crime aqui previsto não comporta uma intenção do autor. Elle commette-se por negligencia, no sentido que damos a esta palavra, isto é, especialmente por imprudencia e pela inobservancia dos regulamentos (ou das precauções technicas necessarias em certos trabalhos e estrictamente observadas pelos patrões conscienciosos).

"Em resumo, concede que este artigo não pareça ser duma utilidade primordial. Todavia, preenche uma lacuna, que viriamos a resentir desagradavelmente em nosso systema penal, quando vissemos escapar á repressão individuos que, por imprudencia e levianamente, expuzeram pessoas a graves accidentes." (*Procès-verbal*, V. II, p. 217).

A estas razões me rendi e no art. 206 consignei esta nova figura criminal, que justamente por constituir um crime culposo, não se enquadra na formula do art. 35.

O receio, que alarmou ZÜRCHER, de decisões reconhecendo o dolo eventual em delictos contra a propriedade, que ferissem o sentimento popular, está afastado pelo arbitrio deixado aos juizes, pela elasticidade de que se reveste a applicação da pena, a sua benignidade, e o jogo natural das atenuantes.

Em caso nenhum, porém, poderia motivar a mutilação do conceito do dolo eventual, para reconhecel-o, unilateralmente, nos crimes contra a vida, e desconhecel-o nos crimes contra a propriedade.

Em materia de codelinquencia, o Codigo Penal de 1890 segue a rota batida pelo de 1830 e similares estrangeiros (artigos 17 a 21). Entre as fórmulas indirectas de cumplicidade, figuram a *receptação* e o *asylo* (art. 21, §§ 3º e 4º).

Sobre estes dous pontos, a ultima palavra já foi dita. Se, para a existencia do crime, é necessario que haja uma relação de causa e effeito, reconhecê-la nesses dous casos seria admittir um effeito anterior á causa. A receptação e o asylo não são fórmulas do concurso de pessoas no crime, mas figuras delictuaes autonomas, cuja situação adequada será na parte especial do Codigo.

Era preciso, entretanto, levar o espirito de reforma muito mais longe e varrer da nossa legislação penal o proprio instituto da cumplicidade.

Ha quasi um seculo CARRARA sentira a necessidade dessa reforma e energicamente a exprimia por estas palavras: "Nel mio modo di vedere, la dottrina della complicità dovrebbe essere radicalmente rifiuta. Io non l'ho osato per non essere troppo novatore e per non andar contra la dottrina universale. Ma per opinione mia la formula *complicità* dovrebbe abolirsi affatto, senza pregiudizio della giustizia e con utile grande della scienza e della pratica. Ogni uomo risponde del *fatto proprio*. Il fatto del cosi detto autore principale è *l'evento violatore del diritto* che si porta a carico del cosi detto *complice*, perchè è conseguenza anche del fatto suo. Egli fu causa *coefficiente* di questo evento antiggiuridico: egli ne fu causa *voluntaria*. Dunque è giusto che ne risponda, e non vi è bisogno di immaginare una alleanza fra la sua *persona* con la *persona* del cosi detto autore principale....."

"Ognuno risponde del fatto proprio secondo ciò che a *voluto* e secondo *l'effetto* che a prodotto, avute riguardo al nesso ideologico ed ontologico tra il fatto suo ed il fatto violatore del diritto. (*Programma, Parte Speciale, I, 1*).

A União Internacional de Direito Penal reclamou, por vezes, como these do seu programma, a reforma radical do instituto.

Na Assembléa geral de Linz, em 1895, assim se exprimia VON LISZT: "A doutrina classica fazia repousar a questão da participação sobre noções subtis que, na maioria dos casos, são destituidas de valor theorico, e, de facto, inapreciaveis. A cooperação e a cumplicidade, por exemplo, são duas noções que, até agora, não puderam ser distinguidas. A sua distincção acarreta difficuldades praticas. Ora, se nos interrogamos sobre o seu valor real, devemos confessar que ella não tem nenhum; mesmo para medir a pena, é desnecessaria. A influencia de nossas idéas (as que a União propugna) se faz aqui sentir logo de principio no facto de não ligarmos mais nenhuma importancia a essas distincções frequentemente feitas, que consideramos como superfluas e sem alcance". (*Bulletin, 6º vol. fasc. 1º, p. 121.*)

Tratando especialmente da legislação positiva, eis como se exprime o grande mestre allemão: "A parte geral de nossos codigos comporta, em **larga medida, simplificações**. Menciono a complicita theoria da participação. Admittindo a simples phrase — aquelle que interferiu com uma condição para que um resultado se obtivesse por este responderá —, afastariamos todo um amontoado de controversias, e tornaríamos superflua uma quantidade innumeravel de mono-

graphias escriptas em todas as linguas civilizadas". (GARRAUD, *Traité de Droit Pénal Fr.*, v. III, p. 16, nota.)

Na sessão de 17 de abril de 1901, da *Société Générale des Prisons*, assim interpellava VON HAMELL os seus confrades francezes: "Si vous avez la même peine légale pour l'auteur et le complice, pourquoi n'abolissez-vous pas tout à fait la distinction entre l'idée de complicité et d'action principale? Pourquoi ennuyez-vous encore vos juges, vos avocats et vous-mêmes en étudiant cette question absolument stérile?"

Esta simplificação, sob o ponto de vista philosophico, plenamente se justifica. O crime é um acto humano, um phenomeno que se produz no mundo exterior, e ha de ter por causa real, como qualquer outro phenomeno, o concurso de todos os antecedentes que o tornaram necessario, e, philosophicamente fallando, não temos o direito de dar o nome de causa a um delles com exclusão dos outros. (STUART MILL, *Systema de Logica*, v. I, cap. V, cit. por JOSÉ HYGINO.)

"Não tomamos a idéa de causa, escreve VON LISZT, no sentido estricto, segundo o qual causa significa a situação a que uma outra segue de modo absolutamente necessario e rigorosamente geral, pois neste sentido (causa como conjuncto das condições do resultado), a acção humana de nenhum modo póde ser causa. Em todos os casos e sem excepção alguma, a efficacia da acção humana com relação ao resultado depende do concurso de uma serie de circumstancias externas, que não se póde mentalmente supprimir, sem que se nos apresente tambem mudado o curso das cousas. 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 ao resultado."

Esta noção de causa, applicada ao direito penal, elimina a distincção entre causa e condição, e consequentemente solidariza, na codelinquencia, todos os participantes com o resultado obtido, que é o crime.

Não é, porém, o principio, oriundo da idéa de causa, segundo o qual não somente o autor, senão tambem todos os individuos que tomam parte na pratica de uma acção criminosa devem ser responsabilizados pelo resultado que a acção produz, que offerece difficuldade, porque tem elle sido reconhecido em todos os tempos e todos os systemas juridicos o têm admittido. (VON LISZT, *Tratado*, I, p. 348.)

A difficuldade está na applicação da pena, na sua justa distribuição pelos varios praticipantes do crime.

Como se deve fazer para que, em um systema penal, se tenha na devida conta o perigo que a associação só por si representa? Quando se trata de concurso permanente de vontades, como nas associações de malfeitores, o problema é resolvido na parte especial, mediante a constituição de figuras delictuaes autonomas.

Quando se trata, porém, do concurso transitorio, da participação criminal propriamente dita, a solução mais generalizada é de se erigir o proprio concurso em aggravante generica.

(FERRI e SIGHELE, na escola positiva, são os coripeus desta opinião, que FLORIAN e ANGIOLINI combatem.)

Varios codigos consideram a cumplicidade como aggravante.

As razões contrarias de FLORIAN calaram-me no espirito. "E' certo, diz elle, che allorquando si pone la regola, che il fatto del concorso debba sempre costituire una circostanza aggravante, si viene a stabilire con ciò una presunzione di maggiore perversità, costante ed inflessibile, per tutti i partecipanti; mentre è evidente, e l'osservazione psicologica dimostra, che l'energia criminosa può essere diversa in ognuno di essi. Noi crediamo, quindi, che lungi dal contentarci d'una presunzione, convenga fare una larga indagine subiectiva; che il fecondo principio dei motivi determinanti sia da applicare anche nei diversi e molteplici casi del concurso di persone nel medesimo reato." (*Tratato Dei reati e delle pene in gen.*, v. I, p. 295).

O projecto repelle a doutrina do concurso como agravante generica, mas a aceita como agravante especifica em certos crimes, como, por exemplo, no homicidio (art. 187, n. 3) e no furto (art. 216, n. 1).

Attendeu, assim, ao perigo que a associação por si mesma exprime justamente nos casos em que a actividade collectiva é mais frequente, nos crimes contra a vida e nos crimes contra a propriedade.

Tendo visto a floresta, passemos a ver as arvores.

Em nenhuma sociedade, a acção dos associados mede-se pela mesma bitola. Cada socio tem a sua personalidade propria, o seu character e temperamento inconfundiveis, e é por elles que a acção de cada um se define. A uns, a direcção, a decisão e o commando; a outros os actos de execução, de vigilancia ou resistencia.

A participação se explica pela unidade do fim, pluralidade dos esforços e divisão do trabalho. A união faz a força, e é na força resultante dessa união de vontades criminosas que está o perigo social.

Nem sempre os actos de execução bastam a assignalar a importancia da participação e algumas vezes mesmo serão indício fallaz.

CARRARA nos diz: — *Ognuno risponde del proprio fatto.* Mas, como responde? *Secondo ciò che ha voluto e secondo l'effetto che ha prodotto.* Ahi temos a vontade, e o resultado. Que nos resta então por fazer, para encontrar a pena justa applicavel ao codeficiente? Procurar *il nesso ideologico ed ontologico tra il fatto suo ed il fatto violatore del diritto.*

Não faltará ahi alguma cousa, e essa alguma cousa que falta não será talvez a principal?

Falta justamente o criminoso, isto é, uma personalidade humana accusando um indice maior ou menor de temibilidade social. Sem considerar este elemento, impossivel será individualizar a repressão, e sem esta possibilidade não se valerá a pena elaborar-se neste momento um Código Penal.

O nexó ideologico e ontologico entre a acção e a infracção é sufficiente para egualar todos os participantes sob a mesma responsabilidade, mas não bastará para que a todos se applique a mesma penalidade.

Como autor, estará o participante, na applicação da pena, submettido aos criterios do art. 129, ns. 1, 2, 3 e 4; mas, porque não seja autor unico, porque o crime resulte de um concurso de vontades, era preciso dar o devido valor a esta circumstancia, acrescentando aquelles criterios o do n. 5, a que faz especial referencia o art. 38, isto é, — a importancia da participação de cada um no crime de todos.

Na alinea do art. 38 trata-se das circumstancias que podem influir na applicação da pena. Ellas são de duas naturas — *peessoas ou materiaes.*

Se, para individualizar a pena, tomamos em consideração a personalidade do delinquente, é evidente que não na podemos isolar das circumstancias especiaes que lhe são concernentes, e é justamente porque concorrem para definir uma personalidade que taes circumstancias se denominam *peessoas*, isto é, proprias de determinada pessoa. Estas circumstancias não se communicam. Das segundas, não era necessario tratar, a sua communicabilidade está implicita no silencio.

Acredito que esta materia está bem tratada e nesta crença robustece-me o juizo de uma autoridade como ASÚA, quando diz ter o Projecto legislado sobre a cumplicidade *con un criterio moderno y certero* (*Un viaje al Brasil*, p. 111).

O principio de que a ignorancia da lei a ninguem aproveita é um dos alicerces da ordem juridica, que, sem elle, se subverteria, mas assenta na presumpção de que todos a conhecem, ou, na melhor hypothese, de que todos a podem conhecer. A realidade nos diz que, em qualquer das hypotheses, a presumpção é falsa, mas na segunda a falsidade é mais clamorosa, porque resulta da impossibilidade para o analfabeto de ler uma lei que só vigora depois de publicada, e que é publicada para que seja conhecida pela leitura, afim de que possam os cidadãos obedecer ás suas prescripções.

No proprio campo do direito civil já se accentúa a reacção contra a inflexibilidade do principio, mas é no do direito penal que essa reacção fala mais alto, porque é justamente nelle que as injustiças resultantes do seu rigor maior attenção despertam.

Nem a ordem juridica nem a repressão penal soffreriam, porém, se, mantendo, como é de necessidade, o principio, nós lhe permeassemos o rigor com as excepções de pura equidade que elle comporta.

Este é o sentido do art. 39, que eu não poderia justificar melhor do que transcrevendo as palavras de FERRI, sobre artigo similar do seu projecto.

"No referente á ignorancia da lei, domina, na justiça social, o principio dogmatico da obrigatoriedade da lei, principio perfeitamente admissivel na ordem juridica geral, e que, levado para o campo da justiça penal, vai de encontro á realidade humana, que proclama como absolutamente impossivel que todo o cidadão, mesmo excluindo aquella *rusticitas*, que o senso pratico dos jurisconsultos romanos avaliava justamente em relação á ignorancia da lei — conheça todas as leis em geral e, ainda menos, cada uma das leis penaes especiaes que vigoram no momento do seu acto.

"A complicação progressiva das relações sociaes e a mania de legislar, reprimindo superficialmente os factos symptomaticos, ao invés de prevenir ou attenuar as suas causas geraes ou profundas, têm tornado as leis tão numerosas e tão ephemeras, que se torna impossivel a sua completa e simples enumeração; sabe-se, aliás, que a jurisprudencia hesita por vezes em dizer se uma lei ou parte de uma lei está ainda ou não está em vigor, por implicita revogação de leis successivas.

“E”, pois, pretensão inadmissível querer que o cidadão conheça todas as leis penaes do seu paiz; mas, apesar disso, o art. 44 do código em vigor proclama que “ninguém pôde invocar como escusa a ignorancia da lei penal”: a formula “lei penal” representa a concessão unica feita ás censuras desta presumpção archaica, porquanto admite na justiça penal a faculdade de invocar como escusa a ignorancia duma lei civil, commercial ou administrativa, etc.”.

O Projecto allemão de 1909, no § 61, mandava punir por culpa, quando a ignorancia versava sobre “regras juridicas não penaes”.

Interpretando o art. 59 do Cod. Penal allemão que assim dispõe: “Quando o autor de uma acção punivel não conhecia, ao tempo em que a praticou, a existencia de circumstancias que a lei inclúe na qualificação do crime ou que aggravam a criminalidade, essas circumstancias não lhe serão imputadas” —, numerosos julgados do Tribunal do Imperio reconheceram que a ignorancia de uma norma não pertencente ao direito penal estava comprehendida no art. 59. (José HYGINO, nota b, á p. 282 da trad. do tratado de LISZT.)

Começa o art. 41 pelas palavras — “Não se tratando de tentativa...”

Houve quem as estranhasse por “não perceber a verdadeira razão para se exceptuar o autor de uma tentativa do tratamento que se permite ao autor do crime consummado”. Vae perceber agora. Toda a tentativa assenta num erro de facto; se este não existisse, o crime se consummaria, e nenhuma tentativa seria punida, se a excusa do erro lhe fosse applicavel.

“L’erreur sur l’intention, escreve ZÜRCHER, est toujours une erreur de fait. La règle selon laquelle l’erreur doit être interprétée dans le sens favorable au délinquant ne veut donc pas dire qu’en matière de tentative le tribunal ne puisse pas apprécier l’acte en se basant sur les faits tels que l’agent se les est représentés, même si cette interprétation doit lui être défavorable. Car en matière de tentative, l’erreur porte toujours ou sur le moyen employé, ou sur les effets de l’acte, ou bien sur la vulnérabilité de l’objet.”

Os artigos finais deste capitulo (43 a 48) são consagrados ás causas justificativas.

Poder-se-ia eliminar o art. 43 em que se comprehendem o caso fortuito e o constrangimento insuperavel.

Quanto ao primeiro, assentando a culpabilidade no dolo ou na culpa, propriamente dita, e ambos sendo excluidos pelo *casus*, onde este occorrer toda culpabilidade será illidida. Uma disposição expressa para afirmar esta consequencia implicita e fatal é, portanto, desnecessaria.

Quanto ao constrangimento insuperavel, cumpre observar que dous systemas ha por escolher. O primeiro caracteriza-se por uma definição restrictiva do estado de necessidade, que é completada com a inserção do constrangimento ou força irresistivel. Foi o adoptado pelo projecto e tem o defeito de quebrar o conceito unitario do instituto juridico, sem que a este sacrificio ideologico corresponda uma vantagem pratica evidente. O segundo consiste em silenciar sobre o constrangimento ou força irresistivel, que é absorvido pelo estado de necessidade, sobre o qual unicamente se dispõe.

Entre os dous systemas, escolherá o Congresso.

Se optar pelo segundo, terá então de alterar a definição do estado de necessidade adoptada pelo projecto, dando-lhe maior amplitude.

“On peut demander, escreve GARRAUD na sua critica ao projecto polonez, s’il est nécessaire de prévoir à la fois la contrainte et l’état de nécessité, surtout si l’on donne une définition compréhensive de l’état de nécessité. Ainsi le Code italien et le Code russe ne prévoient que l’état de nécessité.”

A observação é justa, as disposições, porém, dos dous códigos citados não se harmonizam. O n. 3 do art. 49 do Código italiano restringe exclusivamente á pessoa o estado de necessidade, ao passo que o russo, art. 46, o estende á saúde, á liberdade, ao pudor, aos bens pessoas ou propriedades do proprio necessitado ou de outrem.

Não constando do art. 44 do projecto a referencia á pessoa, com que no código italiano se restringe o conceito do estado de necessidade, nada impediria que, nos tribunales, se interpretasse com largueza. Melhor será, porém, eliminando o constrangimento insuperavel como caso especial, dar outra redacção ao texto.

Offereço a seguir alguns specimens que nos podem servir de modelos.

Código Penal da Noruega, § 47:

“Ninguém poderá ser punido por acto que haja praticado com o fim de salvar a pessoa ou os bens de outrem de algum perigo que por outra maneira não podia afastar, se este perigo lhe parecia particularmente grande em relação ao damno que a sua acção podia causar.

As circumstancias decidirão até que ponto esta disposição será applicavel áquelle que, por sua propria culpa, se collocou neste estado de necessidade.”

Código russo:

“Não se reputará infracção o facto commettido para salvar a propria vida ou a de outrem do perigo resultante de alguma ameaça, de algum constrangimento injusto ou de outras causas, e que, no momento da acção, não podiam ser conjurados por nenhum outro meio.

Não se reputará infracção o facto commettido para salvar a saúde, a liberdade, o pudor, os bens pessoas ou as propriedades, propios ou de outrem, do perigo proveniente de alguma ameaça, de algum constrangimento injusto ou de outras causas que, no momento da acção, por nenhum outro meio podiam ser conjurados, se o seu autor tinha razão sufficiente para considerar o prejuizo, que causava, de pouca importancia em comparação do bem, que salvaguardava.

As disposições enunciadas não se applicam aos casos em que o facto de evitar o perigo já constitue uma infracção.”

Projecto austriaco (formula preconizada por von LISZT):

“Não é applicavel a lei penal a actos praticados em alguma situação de extrema necessidade, que se não

possa de outra maneira remediar, se o agente tem por fim afastar de si ou de outrem damno imminente e desproporcional que ameaçasse o corpo, a liberdade ou os bens.”

José Hygino prefere á formula austriaca a seguinte de um dos projectos suíços:

“Aquelle que para livrar-se, a si ou a outrem, de perigo imminente, que de outra maneira se não possa evitar, e que ameace a vida, a integridade corporea, a liberdade, a honra, a propriedade ou algum outro bem, praticar algum acto qualificado pela lei penal, não incorrerá em pena, se cumpriu um dever ou cedeu ao instinto de conservação, ou se o valor do bem salvado era muito superior ao do sacrificado.

Nos outros casos, poderá o juiz attenuar livremente a pena.”

(Esta formula foi posteriormente melhorada quanto á technica, pela intervenção de GAUTIER, revestindo-se, como devia revestir-se, do character de justificativa e não de uma excusa absolutoria. (procès-verbal. II, p. 86.)”

Trata o art. 45 da legitima defesa, que presuppõe alguma aggressão actual, illegal e gratuita (espontanea, não provocada).

Embora a aggressão se revestisse destes requisitos, não se legitimará a defesa, se a aggressão era evitavel. Na maioria dos casos, toda aggressão póde ser evitada, mas não é isto o que se exige.

A lei não póde impôr a covardia e a fuga como meios de evitar-se a aggressão injusta. Toda a ordem juridica aluiria se tal concepção assentasse em texto de lei, porque a organização social repousa principalmente sobre a presuppção de que o titular de um direito é obrigado a defendel-o. Esta defesa é, ao mesmo tempo, o exercicio de um direito proprio e o cumprimento de um dever para com a sociedade.

RUDOLPH VON IHERING, em uma dissertação genial, já demonstrou, de maneira exhaustiva, a verdade desta sentença, da qual não ha recurso admissivel pela razão.

Todo homem normal lamentará a existencia inteira ter-se visto na contingencia de tirar a vida a seu semelhante; se, porém, agiu em estado de legitima defesa, não pedirá á Justiça commiseração nem favor, mas o simples reconhecimento de que exerceu um direito.

E' porque ao individuo confiou este direito, que a lei tão rigorosamente discrimina os requisitos da legitima defesa. Se todos concorrem, o exercicio do direito patenteia-se; se um só fallece, não se exerce o direito, commette-se um crime.

A concepção do projecto é a mesma do similar suíço, sobre o qual assim se exprímia GAUTIER: “Le projet ne considère pas le droit à la défense comme subsidiaire. Il est absolu. L'attaqué n'est pas obligé de fuir, s'il le peut. Il a le droit de se défendre.”

Adopta o projecto o principio da proporção, isto é, torna o que se defende responsavel pelo excesso, e subordina a idoneidade dos meios de repulsa ás circumstancias do caso concreto.

Toda a reacção deve ser proporcional á aggressão, mas proporção não quer dizer egualdade. Ainda não se descobriu a balança psychologica em que, ouro e fio, se pesem a acção e a reacção.

Mandando, no § 1º, medir a legitimidade da defesa pelo perigo inherente ao acto, pela natureza da lesão imminente e pelo modo de agir do aggressor, attendeu o Projecto ás circumstancias objectivas e subjectivas que possam concorrer, na hypothese, para caracterizar aquella proporcionalidade.

Mas, é claro, que estas circumstancias agirão sobre o agredido, podendo leval-o a excessos.

Não é justo que por estes o inculpemos, se a situação que o levou a exceder-se teve como causa a propria aggressão ou ao modo por que ella se realizou.

Este ponto de vista, hoje em dia, não é mais discutivel e do consenso geral dos autores passou para o terreno do direito positivo. Citarei somente alguns exemplos.

Codigo da Noruega, § 48, alinea final:

“Não poderá ser inculpado aquelle que ultrapassou os direitos da defesa propria em razão da perturbação de espirito ou do terror que a aggressão lhe causou.”

Projecto suíço de 1918, art. 32:

“Se quem repelle um ataque excedeu os limites da sua legitima defesa, attenuará o juiz livremente a pena; se este excesso provém de um estado excusavel de excitação ou de emoção (*saisissement*) causado pelo ataque, em nenhuma pena incorrerá.”

Projecto allemão de 1913, § 27:

“Ultrapassados os limites da legitima defesa, poder-se-á mitigar a pena segundo o artigo 115; tratando-se de um arrebatamento ou medo excusaveis, não haverá punição.”

A legitima defesa não se restringe á protecção da vida. O Codigo actual, no art. 32, alinea, declara que “ella comprehendendo todos os direitos que podem ser lesados”. Esta extensão da legitima defesa vivamente accentúa a funcção social desempenhada por quem a exerce. Ao Estado incumbe defender contra a injustiça os direitos assegurados aos membros da collectividade. Ante o cumprimento desse dever ergue-se a impossibilidade. A acção do Estado manifestar-se-á posteriormente, punindo e reparando.

Preciso é, então, confiar ao proprio individuo a defesa de seus direitos. Restringil-a á vida seria deixar ao desamparo os demais direitos.

A questão de saber se a honra é susceptível de legitima defesa provoca duas outras, como premissas: 1ª) a honra é susceptível de uma aggressão actual e injusta? 2ª) a honra é um bem juridico? A affirmativa, quanto á primeira, é de simples intenção. Quanto á segunda, não ha desaccordo se se trata da honra sexual. As restricções apparecem quando se encara a honra como consideração social dispensada á pessoa. Teremos então de formular a seguinte pergunta: a honra, como consideração social, é um bem juridico? A resposta affirmativa é dada pelo proprio Codigo, quando a protege contra a calumnia, a diffamação e a injuria. Se, sob este aspecto, a honra é protegida pelo direito positivo, é que ella constitue um bem juridico. A legitima defesa estende-se a todos os bens juridicos; logo, estende-se á honra.

Deverá transpor-se o art. 47, que trata de modalidade da defesa do domicilio e assim o seu logar será logo após o art. 45, que sobre a mesma dispõe genericamente.

Por sua vez, o art. 46 antecederá o 48, com o qual tem affinidades.

A disposição do paragrapho unico do art. 48 era necessaria para evitar que, á sombra da defesa do domicilio, clamorosos abusos se perpetrassem, assim como attendeu a esta proposito o disposto no § 2º do art. 48. A obediencia é exigida não só na ordem civil, como na militar; nesta, porém, a disciplina exige a passividade, o que não é inherente áquella.

Comprehende-se perfeitamente que, em casos graves, seja licito ao funcionario civil exigir do seu superior uma ordem por escripto, sem incorrer por isto em desobediencia.

Neste ponto, equivocou-se TANCREDO GATTI, pensando que o dispositivo abrangia os militares, que estão expressamente excluidos e se comprehende bem por que o estão.

CAPITULO V

Infracções por meio da imprensa

O systema do Projecto neste particular assim se delinea:

1, a responsabilidade é successiva — em primeiro logar, o autor, e depois, na sua falta, o editor;

2, como autor, tratando-se de jornaes, responde o director ou redactor principal pelas publicações não assignadas da parte edictorial, e, como editor, o gerente, pelas da parte ineditorial.

Quanto á reparação civil, a responsabilidade do dono da officina ou typographia é solidaria, com acção regressiva contra os correspondentes.

Como autor tambem responderá aquelle que, sem autorização do autor verdadeiro, promove a reproducção dum escripto.

Este systema é bem coordenado, tem na devida conta a realidade da vida jornalística em que nitidamente se des-

tacam duas figuras principaes — a do redactor principal — responsavel pelo que se publica na parte editorial — e a do gerente — responsavel pela parte ineditorial.

Quanto á reparação civil, ella é pedida ao patrimonio, que, neste caso, é quasi sempre representado pela propria officina impressora ou typographia, mas ao dono desta se assegura o regresso contra os co-responsaveis.

As infracções por meio da imprensa caracterizam-se principalmente como calumnia ou injuria, mas, dadas as definições da Parte Especial, é impossivel que numa dellas não se comprehenda a figura delictual que no decreto n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, se nomeava como *offensa*, razão pela qual della não cogitei.

Tratando-se de calumnia ou de injuria, as penas por applicar são a multa e a detenção, sendo que o maximo desta ultima é de dois annos (arts. 241 e 249) e o minimo, respectivamente, de seis e dois mezes. A publicidade (arts. 242 e 243) não intervem senão como aggravante.

Abolindo a pena de prisão nos chamados delictos de imprensa e reduzindo a detenção aos limites acima especificados, largamente mitiguei o regimen da legislação anterior, mas a isto fui levado por considerações de politica criminal, que me pareceram relevantes.

Na repressão dessas infracções de nada nos serve a prisão, porque não temos em vista obter nenhum dos resultados que normalmente costumamos pedir a semelhante pena.

O infractor terá a penalidade adequada á sua culpa, mas como tal entenderemos aquella que, na qualidade e quantidade, for sufficiente para a obtenção dos fins visados pelo legislador.

Uma pena privativa de liberdade e que não seja des-honrosa, combinada com a pena pecuniaria, será bastante como repressão.

Nessas infracções, porém, de character quasi sempre pessoal, o que mais interessa é a victima, a quem o Estado, tem de assegurar a devida reparação moral e, muitas vezes, tambem a material.

E' indifferente a quantidade da pena, no primeiro caso. A victima de alguma calumnia, cujo autor foi condemnado a uma semana de detenção ou á multa de vinte mil réis, obteve da justiça tão cabal reparação como aquelle que viu o seu calumniador condemnado a penas muito maiores. O que repara é a condemnação em si, e não a pena por ella infligida. Justamente porque a privação da liberdade é curta e a detenção é pena de execução suave, associa-se-lhe a pena pecuniaria, uma vez qua a infracção é, de regra, commettida por quem se utiliza da imprensa como industria e profissão. Onde ha lucro por obter, deve haver pena pecuniaria a impor.

Quanto á reparação material devida ao offendido, a solidariedade passiva do dono da officina impressora ou da typographia, plenamente a garante. Esta solidariedade não é innovação da lei penal, porque, em varios passos do Codigo Civil nós vamos encontral-a, baseada no mesmo fundamento.

Este regime completa-se com a disposição do art. 156, alinea, estabelecendo prescripção de curto prazo para a detenção.

CAPITULO VI

Da acção penal

A acção penal exerce-se em dois campos — o publico e o privado.

No primeiro, exerce-a o Ministerio Publico, e, salvos os casos reservados á acção privada (art. 60), comprehende todos os crimes.

Em alguns, porém (art. 56), para que o Ministerio Publico possa intervir, podem occorrer circunstancias que tornem desnecessaria a representação (arts. 58 e 59).

Livre é sempre á parte dispensar a representação, e dar queixa (art. 61).

Esta limitação da iniciativa do Ministerio Publico ora attende á insignificante gravidade da infracção, ora a interesses que a parte offendida ou quem a represente. Mesmo nesses, superiores e delicados, que a intervenção official precipitada ou indiscreta, ao invés de assegurar, sacrificaria.

Os crimes de acção privada estão especificados no art. 60, e punem-se mediante queixa. Dada contra um dos partes, o Ministerio Publico promova a punição do culpado, é preciso que o provocador seja obrigado ao processo de todos. O particular tem o direito de queixa, não ha duvida; o que, porém, se lhe não póde reconhecer é o direito de escolher, entre os participes de um crime, aquelle que a Justiça deva punir.

Este privilegio transformaria a Justiça em instrumento da vingança privada, e desmentiria o principio, proclamado no art. 55, da punibilidade de todos os delinquentes. E como se não possam impedir as preferencias do querellante, o Ministerio Publico lhe burla os effeitos reconduzindo á queixa os participantes por ella indevidamente esquecidos.

Antes que a Justiça se tenha pronunciado, antes que alguma sentença tenha sido proferida, ao querellante é licito desistir da queixa, se o querellado acquiesce, licito, porém, lhe não é uma desistencia parcial, o que attentaria contra o principio da indivisibilidade da queixa. Pouco importa ter sido esta retirada sómente a favor de um dos querellados; por força da lei, tel-o-á sido tambem quanto aos demais, salvo aquelle que á desistencia se oppoz. O consentimento do queixoso é garantia para a justiça, e cautela contra a precipitação e a temeridade.

E' justo que aquelle que foi levianamente arrastado aos tribunaes por uma queixa temeraria, tenha o direito de impedir que o provocador abandone a liça antes que a sentença, que da imputação o absolve, tenha sido proferida.

Estes dispositivos abonam-se com os seguintes antecedentes:

Proj. allemão de 1909, trad. de SWINDEREN:

§ 73. La poursuite pénale est intentée contre tous les participants au fait, même lorsque la plainte n'est portée que contre l'un d'eux.

§ 74. Le désistement de la plainte ne peut avoir lieu que dans les cas spécialement prévus par la loi et jusqu'au prononcé d'une sentence condamnant à une peine.

Le désistement de la plainte contre un des participants à l'acte a pour suite sa suppression contre les autres.

Proj. allemão de 1913:

§ 47. Tous les participants à l'acte sont poursuivis, même lorsque la plainte est dirigée contre un seul.

§ 48. Il ne peut être désisté de la plainte que dans les cas prévus par la loi. Le désistement de la plainte est permis aussi longtemps qu'une sentence condamnant à une peine n'a pas encore été prononcée. Il fonctionne en faveur de tous les participants à l'acte.

Une plainte, de laquelle il a été désisté ne peut pas être portée de nouveau par celui qui en a désisté.

Proj. suisse de 1918:

Art. 29. Lorsqu'un ayant droit aura porté plainte contre un des participants à l'infraction, tous les participants devront être poursuivis.

Art. 30. La plainte pourra être retirée, tant que le jugement du tribunal de première instance n'aura pas été prononcé.

Le retrait de la plainte à l'égard d'un des inculpés profitera à tous les autres.

Le retrait de la plainte n'aura pas d'effet à l'égard de l'inculpé qui s'opposera à ce retrait.

Das penas

Tomos aqui uma secção destacada pela sua generalidade, como o teria indicado o relevo da epigraphe, se um descuido typographico não me houvera escapado na revisão.

Ha, no projecto, cinco penas principaes: — a multa, o exilio local, a detenção, a prisão e a relegação, e quatro accessorias, — a interdicção de direitos, a publicação da sentença, o confisco de certos objectos e a expulsão do estrangeiro.

Das penas principaes

Em todo systema ha duas finalidades por distinguir — a generica, do todo, e a especifica, de cada uma das partes que o constituem.

Em um systema penal, toda pena tem a sua finalidade propria, e é á custa dos esforços isolados, mas convergentes, de cada uma para obtel-a, que a do systema poderá ser obtida.

O systema repressivo do projecto repousa sobre duas penas extremas: uma, visando o patrimonio — é a multa; outra, visando a liberdade — é a relegação.

A MULTA — A applicação da multa conjuga-se com o problema das curtas penas. Em todos os tratados, encontrar-se-á a exposição das grandes vantagens e dos pequenos defeitos da pena pecuniaria. Em quasi todos os Congressos, e tomo sómente dous dos mais importantes — o de

Budapest, em 1905, e o de Londres, em 1925, reconheceu-se a necessidade de larga applicação da multa.

Isto só não foi reconhecido onde da questão não se tratou.

No primeiro daquelles congressos recommendou-se a applicação da multa, como pena complementar, em todos os crimes cujo movel fosse a cobiça, indicando-se na parte especial aquelles que, abstracção feita do espirito de lucro, poderiam ser tambem pecuniariamente punidos.

No segundo, recommendou-se não só o uso extensivo da multa, deixando-se ao juiz a faculdade de decretal-a, ao invés da prisão, quando as circunstancias o permitissem, como que se lhe facilitasse o pagamento.

Na sessão de Christiania da União Internacional de Direito Penal, adoptou-se, por unanimidade, o seguinte texto:

I. Moyennant une organisation satisfaisante de la peine pécuniaire, il y a lieu d'en recommander à la législation et à la jurisprudence un usage plus étendu de l'amende spécialement:

a) dans les cas moins graves, comme peine principale facultative;

b) dans tous les cas, comme peine accessoire facultative.

II. En fixant le taux de l'amende il y a lieu de tenir compte, en dehors des autres bases de détermination de la peine, des conditions de fortune du coupable.

III. Dans les législations contemporaines il y a lieu d'augmenter le maximum de l'amende et de fixer le minimum aussi bas que possible.

IV. Il y a lieu de recommander vivement aux législations de faciliter autant que possible le payement de l'amende, notamment en autorisant des payements partiels (délais de payement).

V. Il faut autant que possible exclure la transformation de l'amende irrécouvrable en peine privative de liberté."

Este programma originava-se de proposições de von Listz, que as havia justificado na sessão anterior. Extrato dessa justificação as passagens mais relevantes.

"Il est certain que l'amende peut, mieux organisée, devenir un mode de répression indépendant et autonome, de nature à suppléer la prison. Ses avantages sont multiples: elle ne trouble pas, comme la prison cellulaire, entraînant le travail des détenus, l'organisation économique de la société; elle ne brise pas l'énergie du condamné, elle ne flétrit pas sa famille. Elle est aussi flexible, aussi divisible, aussi facile à graduer que la peine d'emprisonnement, et elle a sur celle-ci l'avantage de pouvoir frapper directement l'intention criminelle, spécialement dans les délits inspirés par le désir du gain. Elle est également très efficace pour les infractions par imprudence. Enfin, le système des payements par acomptes, en

rappelant à chaque payement partiel, au coupable la peine encourue, augmenterait considérablement la valeur éducative de l'amende."

"Le grand problème pratique est de percevoir les amendes prononcées. Facilitons d'une part le payement; permettons, dans le jugement même, des payements partiels; et le condamné peu solvable pourra s'acquitter, absolument comme il parvient à dépenser par petites fractions des sommes importantes pour la politique, le plaisir, le luxe. Si alors, d'autre part, on exécute énergiquement les récalcitrants, la plupart des amendes en apparence irrécouvrables, rentreront."

"Mais jamais l'amende irrécouvrable ne doit se transformer en prison. Mieux vaut des prestations de travail, sans réclusion. Les cas seront rares; dès-lors, il sera facile de trouver du travail. Celui qui ne veut pas travailler, sera enfermé et soumis à un régime sévère. Si l'on revient par là à la peine privative de liberté, il ne faut pas oublier qu'elle serait appliquée non pas par le fait délictueux mais pour refus de travail et qu'elle ne le serait que fort rarement."

Na mesma sessão, dizia VAN HAMEL: "L'amende ne doit jamais se transformer en peine d'emprisonnement. *Ce principe est absolu*".

Esta orientação é a dominante em todos os projectos actuaes, e o nosso os acompanha.

Como pena principal, ver-se-á, na Parte Especial, a que infracções a multa é applicavel. Quasi sempre acompanha a pena privativa da liberdade, caso em que poderá o juiz cumulal-as, ou sómente applicar uma dellas. A accumulacção, que reveste excepcionalmente a multa do caracter de pena complementar, será obrigatoria, quando o delinquente tiver agido por espirito de ganancia, cobiça ou avareza, mesmo se, para o crime, a multa não tiver sido prevista. "En pareil cas, diz DEMOGUE, la peine pécuniaire est véritablement la peine *topique*: elle atteint le délinquant par son côté sensible, la passion du gain". Se, applicando pena privativa da liberdade, ha de o juiz attender não só ao criterio objectivo da gravidade do crime, como ao subjectivo da personalidade do delinquente, applicando pena pecuniaria, elle aferirá essa personalidade pela sua capacidade economica. Elle não lhe attinge a pessoa physica nem a liberdade, mas o patrimonio.

E' preciso que a multa atinja efficaamente o patrimonio do delinquente, mas, para attingil-o com justiça, não é menos preciso que a esse patrimonio se proporcione.

A proporcionalidade da multa tem constituído até hoje o maior obstaculo á sua expansão. Todos estão de accordo em que a multa deve ser proporcionada ás condições economicas do delinquente: a difficuldade está em descobrir o meio pratico de chegar-se a essa proporção, isto é, de conhecer tão exactamente quanto possivel as condições economicas daquelle a quem temos de applicar a multa.

O Código Criminal de 1830, no art. 35, mandava regular-a "pelo que os condemnados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a lei especificadamente o não designar doutro modo".

No projecto de CLEMENTE PEREIRA, resalvada a fixação excepcional em quantia certa, determinava-se que a multa seria sempre da decima parte do rendimento liquido annual dos réos, no gráo minimo, da sexta, no médio, e da terça, no maximo.

Recorria-se ainda, na impossibilidade de verificação directa, ao juizo de arbitros, e cogitava-se do pagamento mediante o trabalho compulsorio nas prisões. (Ver GALDINO DE SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, p. 606 e seguintes.)

O Código vigente, no art. 58, manda regular-a pela mesma forma estabelecida no Código do Imperio, mas, como observa o SR. GALDINO DE SIQUEIRA, não ha, na Parte Especial, nenhum caso em que semelhante criterio seja adoptado.

Os nossos antecessores estavam, porém, no bom caminho e em varios pontos, anteciparam-se ás conclusões da penologia moderna.

A solução do problema estava reservada ao Professor THYRÉN que, no Ante-projecto sueco, parece-me ter encontrado a formula definitiva, que é a seguinte:

"Art. 20. Lorsqu'une amende sera prononcée, le juge fixera une somme d'argent qui sera regardée, pour ce condamné, comme l'unité d'amende (*journal-amende*), fixée en considération du patrimoine, du revenu net, du devoir d'alimentation du condamné ainsi que des autres circonstances modifiant ses pouvoirs économiques. L'amende sera prononcée par multiples de ces unités, depuis une jusqu'à deux cents, selon la gravité de l'infraction."

O Professor JIMENEZ DE ASÚA qualifica de *original e admiravel* este modo de regular a multa, porquanto assim "se concilian la individualización de la multa y el criterio de igualdad de la pena para delitos análogos", censura o Código argentino por não havel-o adoptado, e elogia o Projecto brasileiro porque o adoptou.

Houve quem acoisasse de complicado o processo da multa no Projecto brasileiro; elle, porém, é de simplicidade *elementar*, porque, realmente, não exige do juiz senão duas operações *elementares* de arithmetica — *dividir* e *multiplicar*, ccusas que elle aprendeu, não na Academia, mas na escola primaria.

Tem o juiz deante de si certo individuo ao qual vai applicar a multa; vê qual é a sua renda liquida, por mez, ou por anno, e divide a somma encontrada por 30 ou por 365 dias e o quociente será o *dia-multa*. Ahi temos a unidade artificial de que necessitamos para fixar a multa. Tomamos então em linha de conta a gravidade objectiva da infracção e, para medil-a, estabelecemos uma escala de 1 a 200. Essa gravidade o juiz a estimou, digamos, em 5, e para o dia multa elle achou a cifra 20\$; que lhe resta fazer? Multiplicar um numero pelo outro e terá — 100. Fixará então a multa em 100\$000. Onde a complicação?

Mas, ao invés daquelle delinquente, cujo dia-multa era de 20, se lhe apresentam outros, respondendo pela mesma infracção, cujo dia-multa é de 50\$ ou 100\$; como o criterio objectivo não varia, procedemos á mesma operação e teremos — 250\$ e 500\$000.

Verificaremos, então, que o primeiro desses tres delinquentes foi condemnado em 100\$, porque ganhava mensalmente 600\$; o segundo, em 250\$, porque ganhava 1:500\$; o terceiro em 500\$, porque ganhava 3:000\$000. Obteve-se o que se exigia da pena, isto é, que o condemnado a sentisse, e que a sentissem com a mesma intensidade os que pagaram mais ou pagaram menos, porque a proporção se estabelece, não entre a pena e o delinquente, mas entre a pena e o patrimonio.

No Congresso de Budapest, como na Société Générale des Prisons, vozes levantaram-se contra o poder conferido ao juiz de estabelecer o estado de fortuna do infractor. Temia-se invasão indiscreta da autoridade nos negocios particulares de cada um, a projecção de publicidade lesiva de interesses legitimos e respeitaveis, que a propria dei civil resguarda sob sigillo. Atendeu o Projecto a este ponto, prohibindo, no parographo 5º do art. 63, que se desse ás diligencias judiciais o cunho de devassa. Evidentemente, como taes, não se poderão qualificar as informações das repartições publicas, as dos registros de immoveis, de titulos e documentos e de contractos civis e commerciaes.

Todos os negocios, transacções ou factos que transitam ou se registram nessas repartições ou officios, tomam o cunho da publicidade official. Qualquer particular, mediante simples requerimento, póde obter a respeito os dados que entender; seria curioso que, a bem da Justiça, não o pudesse o juiz.

Resolvida a questão da proporcionalidade da multa, enfrentamos outra não menos séria — a do seu pagamento.

Se não ha meios de fazer pagar a multa, será irrisorio impol-a. Esses meios existem, e delles cogitam os paragrafos 1, 2 e 3 do art. 65 do Projecto, estabelecendo o pagamento por prestações em especie, ou de trabalho livre, e autorizando o juiz a rectificar a sentença, já diminuindo a multa, já espaçando ou suavizando as prestações, de accordo com a situação de insolvabilidade relativa superveniente á sentença.

O trabalho será livre, porque o coacto redundaria em prisão, o que burlaria o principio da inconversibilidade da multa.

Aquelle que, por ociosidade, não na paga, commette contravenção especial, punida no art. 587 com o internamento numa casa de trabalho, por um a tres mezes. Não ha conversão, não ha resgate da multa pelo trabalho compulsorio. O não pagamento é apenas a causa occasional que nos permite verificar a ociosidade do delinquente, o flagrante, por assim dizer, de contravenção de vadiagem, e elle é internado, não para que resgate sua divida, mas para que adquira habitos de trabalho.

Esta cuidadosa regulamentação da multa foi um dos elementos de que lancei mão para enfrentar o grave e momentoso problema das curtas penas de prisão.

O PROBLEMA DAS CURTAS PENAS — Sómente quem não tiver lido com attenção o Projecto ou do assumpto não possuir noção exacta e completa, se abalançaria a affirmar que nelle se *insiste no erro da pena curta*.

Não é muito, porém, exigir que conheça o problema quem lhe critica a solução.

Justamente porque a repulsa das curtas penas é geral, das mesmas fala-se, sem maior reflexão, a proposito de um Projecto que, neste como noutros pontos, radicalmente differe dos codigos que, por as consagrarem, provocaram reacção.

Que é que nestes se entende por pena curta?

Tomo apenas tres, com exemplo, — o francez, de 1810; o hollandez, de 1881, e o italiano, de 1889, e vejo que, no primeiro, a prisão será por seis dias a cinco annos; no segundo, por um dia a quinze annos, e, no terceiro, por tres dias a vinte e quatro annos (reclusão).

Que entendem os criminalistas por curta pena de prisão? GAROFALO fixava-lhe o minimo em *quatro* mezes, NOCITO em *tres* (Congresso de Roma, 1885, v. 1, p. 200).

No Projecto brasileiro, o minimo da prisão é de *um anno*; nelle não ha, portanto, curtas penas de *prisão* e affirmar o contrario é não tel-o lido, ou tel-o feito ás pressas.

Ha, sim, no Projecto curta pena privativa da liberdade — a *detenção*, mas *detenção* é uma cousa e *prisão* é outra muito differente. Ambas pertencem ao mesmo genero, mas constituem especies diversas. Antes, porém, de demonstrar que, mesmo limitada á *detenção*, a critica seria insubsistente, ou, para melhor demonstral-o, comecemos por collocar o problema das curtas penas nos seus devidos termos.

Dos seus inconvenientes assim discorreu PRINS:

“As penas de curto prazo são onerosas, porque, em todos os paizes, manter alguem na prisão custa dinheiro ao thesouro publico.

“São inuteis, porque a estada rapida numa prisão, por mais perfeito que seja o regime penitenciario, jámais será meio de emenda ou de regeneração.

“Nenhum effeito intimidativo terão sobre os criminosos endurecidos que, em geral, e quando a *detenção* é curta, se sentem melhor na prisão que em suas casas.

“São, emfim, prejudiciaes aos individuos ainda dotados de sentimentos de honra, porque degradam, desencorajam o detido, rebaixam-no aos olhos de sua familia e de seus companheiros, enfraquecem nelle a noção da dignidade pessoal, e, em muitos casos, tiram ao infeliz o seu logar ou os seus clientes e o impellem á embriaguez ou á vagabundagem.” (*Science Pénale et Droit Positif*, ps. 466 e 467.)

“As pequenas penas de prisão, escreve VON LISZT, como são actualmente applicadas, não corrigem, não intimidam nem põem o delinquente fóra do estado de prejudicar, pelo contrario, muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente noviço.” (*Tratado*, 1, 113.)

De todos os inconvenientes da curta pena de prisão, qual o mais nocivo e contra o qual mais vehementemente reclamam os criminalistas e reformadores? O contacto do delinquente primario ou de occasião com os titulares da grande criminalidade aposentados nas penitenciarias, e o contagio inevitavel que dahi resultaria.

Poder-se-ia dizer que, com semelhante pratica, o Estado desfaz inconscientemente com os pés aquillo que tão laboriosamente andou fazendo com as mãos. Com estas, attendendo á necessidade de prevenir a reincidencia, inflige longas penas aos criminosos temiveis, e com aquelles empurra para a companhia de taes criminosos, que os educarão para o crime e os predisporão para a reincidencia, delinquentes primarios, que respondem por faltas leves e descontam curtas penas.

Accresce que estas pequenas penas são as mais numerosas. No seu relatorio perante a Société Générale des Prisons (*Révue Pénit.*, n. 6, junho, 1893, p. 707), BOULLAIRE apresentava a seguinte estatistica: 1889, prisões de simples policia de um a cinco dias — 48.761; 1888, penas correccionaes, pelo mesmo prazo — 15.142; pelo prazo de seis dias a um anno, estimativa — 40.000.

Isto quer dizer que, nesses dous annos, 103.903 individuos, que respondiam por infracções leves, e provavelmente primarios, porque a reincidencia acarretaria penalidade mais alta, foram remettidos á prisão para conviver com os reincidentes e habituaes da grande criminalidade durante algum tempo, o necessario para que, pela pratica diaria e pelos exemplos dos companheiros, definitivamente se arrolem nas fileiras do crime e vão engrossar a caudal da reincidencia.

Era preciso encontrar, com urgencia, o meio de atalhar a tão grande mal. Só existem dous — fazer cumprir as pequenas penas em cellula, ou substituil-as por outros *surrogati penali*, como dizem os italianos.

Não preciso apontar os defeitos do regime cellular (ver em PRINS, obra cit., p. 466, n. 785); basta-me perguntar de quantas cellulas precisaríamos para enclausurar os 103.903 condemnados da estatistica accusada por BOULLAIRE, se ha orçamento que comporte semelhante despesa, e se a utilidade auferida poderia justifical-a. Só nos resta, portanto, o segundo recurso — a substituição, da qual depois tratarei.

A DETENÇÃO E O PROBLEMA DAS CURTAS PENAS — Na Parte Geral, publicada em 1927, tinha a *detenção* por minimo um dia e por maximo um anno, e, na actual, tem por minimo oito dias e por maximo tres annos:

“A pena de *detenção*, diz o art. 70 do Projecto, especialmente se applicará aos delinquentes primarios e de occasião, que não revelarem temibilidade, nem se tenham movido de sentimentos vis ao commetter o crime.”

“Cumprir-se-á a pena de *detenção*, diz o art. 71, em estabelecimento especial, e sómente na sua falta, nalguma secção da penitenciaria, exclusivamente destinada a seu cumprimento. Nesta hypothese, observar-se-á a mais rigorosa separação entre os detentos e os sentenciados á prisão.”

Ora, se a razão capital por que proscovemos as curtas penas de prisão é o perigo de contagio acima assignado, illogico seria proscovcr, pela mesma razão, outra pena privativa da liberdade em que tal perigo não existisse.

Mesmo assim, a detenção, por ser pena privativa da liberdade, está comprehendida na disposição do art. 110, que autoriza a suspensão de qualquer pena desta natureza que não exceder de um anno, verificadas as condições nelle estabelecidas.

Na Parte Especial, verificar-se-á que, de regra, nas infracções reprimidas com detenção, figura tambem paralelamente a multa.

Tem assim o juiz á sua disposição a pena privativa da liberdade e a pena pecuniaria. Attento ao principio de individualização, elle applicará aquella que melhor se ajustar ao caso sujeito. Limitar-se-á, por esta maneira, a applicação da curta pena privativa da liberdade, porque, é evidente, sempre que fôr possível recorrer á multa, será esta a pena preferida:

“Attenuando a pena, diz o art. 131, poderá o juiz diminuir-a ou substituir-a.”

“Substituindo-a, limitar-se-á:

.....
“V. a impôr a de multa, ao invés da detenção até seis mezes.”

Em todos os casos, portanto, em que, attenuando a pena, o juiz tiver de attender-lhe á qualidade, substituindo-a, e não á quantidade, diminuindo-a, a curta pena de detenção não poderá ser imposta.

Não é tudo, porém. Na attenuação livre, nem ao genero nem ao minimo especifico da pena estará adstricto o juiz, e nos casos levissimos, punidos apenas com multa ou com detenção por menos de um mez, poderá abster-se de qualquer pena.

Depois disto, pergunto: qual o terreno que resta ás curtas penas privativas da liberdade? Uma nesga tão escassa que dous dedos abertos em compasso a medirão.

Ainda não é tudo.

Pelo art. 110 do Projecto, se as condições nelle estabelecidas se verificam, qualquer pena privativa da liberdade por menos de um anno é susceptivel da suspensão condicional ou *sursis*.

Que restará, depois disto, ás curtas penas? Quasi nada, mas esse quasi nada é o residuo obrigatorio de que nenhum codigo e nenhum projecto ainda se pôde libertar.

Casos ha, embora rarissimos, em que, inapplicavel a multa, inadmissivel a suspensão condicional, forcoso é recorrer á curta pena privativa da liberdade, que será necessariamente a detenção, porque a prisão tem por minimo um anno.

Nestes casos, a substituição é impossivel, e como só se destróe o que se substitue, temos de manter as curtas penas, que já reduzimos a minimo quasi imperceptivel.

O mais perfeito dos projectos europeus, o suisso, não as dispensa, e o mais interessante é que, estabelecendo-se nelle, como no brasileiro, o minimo da detenção em oito dias, com isto pensa o relator parlamentar ter dado combate efficaz ás curtas penas, e contra isto reclamam outros por entenderem que o minimo deveria descer a um dia, ou não se fixar minimo nenhum.

Eis como se exprime Logoz no seu parecer do anno passado:

“Huit jours au moins. Guerre aux peines courtes ! Si le délinquant ne mérite pas d'être incarcéré pendant huit jours, l'amende devrait suffire, surtout avec les nouveaux moyens de coercition que le projet prévoit contre le récalcitrant.”

Da tribuna parlamentar replica-lhe VALLOTTON:

“Monsieur le professeur ! J'ai vu dans ma carrière d'avocat de nombreux prévenus pour qui la sanction d'un seul jour d'emprisonnement était peine très lourde et, pourtant, très efficace ! J'en appelle au témoignage de mes nombreux confrères du Barreau que siègent ici. Je suis certain qu'ils ont fait les mêmes expériences que moi. Eux aussi vous diront que, suivant l'individu, la peine légère d'emprisonnement est expiatoire, préventive, satisfaisante.

.....
“Nous entendons que le juge puisse appliquer 1, 2, 3 jours d'emprisonnement s'il juge que ce sont bien là et l'espèce de la peine et la qualité constituant la sanction efficace et nous ne comprenons pas que, partant d'une affirmation purement doctrinale, l'on refuse au juge parce que des théoriciens, que nous respectons infiniment d'ailleurs, ont décrété, du haut de l'Olympe scientifique où plane leur esprit, que toute peine courte, en toute circonstance, quel que soit l'individu, est inefficace.”

Accentuemos bem os dous pontos capitaes desta discussão. Em plena actualidade, no anno de 1928, no Conselho Nacional Suisso, o relator da commissão parlamentar proclama haver feito guerra ás penas curtas, fixando para o *emprisonnement* (corresponde á *detenção* no projecto brasileiro) o minimo de oito dias.

O seu oppositor combate a proscricção das penas de menos de oito dias, reclama a curta pena por um, dous ou tres dias, porque casos ha em que esta não sómente será a pena efficaz como tambem a unica applicavel. Na sessão de Christiania da União Internacional de Direito Penal (1891, *Bulletin*, v. 3, p. 310), o relator norueguez HAGERUP oppõe-se á extenção da multa, dizendo:

“Tout d'abord, il répugne au sentiment populaire de voir racheter un délit par une somme d'argent. Ensuite, l'impression morale de l'emprisonnement est

bien plus forte. Il est vrai que cela nous ramène aux courtes peines de prison. Mais on peut les améliorer; du moins en Norvège."

Quando se diz, portanto, que *todos* os tratadistas condemnam as penas curtas, não se diz uma verdade, e menos ainda esta é respeitada quando se afirma *persistir no erro das curtas penas* o projecto em que a de prisão tem por minimo um anno, e a de detenção, cujo minimo é de oito dias, tem a sua applicação extraordinariamente reduzida:

- a) pela pena alternativa da multa;
- b) pela applicação obrigatoria desta, quando existem attenuantes;
- c) pela attenuação livre, em que o juiz não está obrigado ao genero da pena, nem ao minimo especifico;
- d) pela abstenção de qualquer pena, nos casos levissimos, punidos com detenção por menos de um mez;
- e) pela suspensão condicional da pena (*sursis*);
- f) pela custodia domestica (art. 71, § 2º).

Coroando esta construcção, temos a impossibilidade do contagio carcerario, que é a razão principal da offensiva contra as curtas penas.

Ninguém, com o senso pratico das cousas, ainda pretendeu eliminar por completo dos Codigos as curtas penas privativas da liberdade.

Do programma da União Internacional de Direito Penal consta, sob o n. 7, o seguinte postulado:

"No que concerne ás penas de prisão de curto prazo, a União considera que a substituição da prisão por medidas de uma efficacia equivalente é possível e desejavel."

Mas, no seu *Tratado* (1, p. 113, v. II), VON LISTZ, seu presidente, assim se exprime:

"Dahi resulta a exigencia de que o legislador substitua, *tanto quanto for possível*, as pequenas penas de prisão por outras medidas adequadas."

Tanto quanto possível, escreve LISTZ, o que importa reconhecer a impossibilidade de em absoluto proscreevel-as.

Nenhum codigo, nenhum projecto as reduziu mais do que o projecto brasileiro, e, se o approvarem, vêr-se-á de sua applicação que, praticamente, as curtas penas serão como se não existissem.

A RELEGAÇÃO E O PROBLEMA DAS PENAS ELIMINATORIAS — Em todo codigo ha de haver, ao menos, uma pena eliminatoria. Da unica que realmente o é — a de morte — não temos que cogitar, porque a Constituição nol-o veda. Restariam as penas perpetuas.

Num systema, como o do projecto, em que se tenha na devida conta a personalidade do delinquente, sómente aos *incorrigiveis* taes penas poderiam ser impostas. Quaes os que assim podem ser qualificados? Citemos os *reincidentes*. Duas cousas occorrem quando temos deante de nós algum delinquente desta especie: 1) adquirimos uma certeza — a da

reincidencia, 2) e desta certeza tiramos uma inferencia — a da sua *incorrigibilidade*. Sobre a primeira podemos construir, porque é um *facto*; não o podemos sobre a segunda, porque é uma *hypothese*. Só no terreno da especulação, o espirito trabalha sobre semelhante base. Se, porque seja a incorrigibilidade uma presumpção, sobre a mesma não podemos assentar determinado systema repressivo, podemos, entretanto, e devemos, ter em linha de conta, no graduar a pena, o *facto* de que se origina. A *reincidencia* influirá então como modificadora da pena, aggravando-a.

Afastadas as penas perpetuas, era preciso ir procurar em outro terreno aquillo de que precisavamos — uma pena eliminatoria.

Penso tel-a encontrado na relegação, pena relativamente indeterminada, que se integra na de prisão, não se applica aos crimes politicos, e é duplamente condicional.

Quando se applica alguma pena de prisão por mais de cinco annos, é que se trata de infracção grave. Só por si a quantidade da pena é indicio da sua gravidade objectiva.

Se da natureza do crime, das condições em que elle se commetteu, e da personalidade do delinquente se patenteia a sua temibilidade, o juiz togado, na mesma sentença, em que o condemnar á prisão por mais de cinco annos, tambem o condemnará á relegação condicional. Este limite de tempo é desnecessario, tratando-se de reincidentes ou habituaes. Contra os abusos, as seguintes precauções foram tomadas. Quer a sentença que decreta a relegação, quer a que manda executar-a são de recurso obrigatorio, de modo que, em ambas as phases, os delinquentes estão resguardados pela intervenção da segunda instancia.

Disse que a relegação era duplamente condicional. Ella o é na primeira phase, porque depende de varias condições, objectivas umas, subjectivas outras. Ella o é na segunda phase, porque depende de processo, de inquerito judicial em que intervêm o Ministerio Publico e o advogado do delinquente. Tem esse inquerito por fim verificar a influencia exercida pela pena sobre a pessoa do condemnado. Se este se revela refractario á sua influencia benefica, a relegação executa-se; se a pena, porém, sobre elle influiu de maneira que se possa razoavelmente presumir a sua readaptabilidade ao meio social, neste é reintegrado pela liberdade, sob a protecção de algum patronato. Dá-se-lhe então certo tempo de prova para que, pelo procedimento, transforme aquella presumpção em certeza. Se, durante este, se mantém honesto, a relegação é perempta; se volta ao crime, a relegação executa-se.

Na concepção desta modalidade penal, parti, a favor da sociedade, do mesmo ponto de onde partimos, a favor do individuo, no livramento condicional.

Por que o liberamos? Porque a experiencia carceraria nos autoriza a presumir que o delinquente, antes de descontada a pena, já está em condições de readaptar-se á sociedade. Concluimos então que a pena foi excessiva, e deste excesso a reduzimos.

Porque o relegamos? Porque a experiencia carceraria nos autoriza a afirmar que o delinquente ainda não é readaptavel ao meio social. Concluimos, então, que se lhe applicou pena insufficiente.

Neste caso, que exige a defesa social? Que se restitua á pena aquella quantidade de que a sentença indevidamente a desfaleceu, com esta differença, porém: ao passo que, no livramento, voltamos sobre a cousa julgada para reduzir a pena, na relegaçoão executamos a sentença naquella parte em que a sua execuçoão ficou dependente de condiçoão só verificavel *a posteriori*. A retroactividade da condiçoão mantém a intangibilidade da cousa julgada. Ainda mais. Em se tratando do individuo, partimos de uma presumpçoão, infelizmente muitas vezes desmentida no periodo de prova, ao passo que, tratando-se da sociedade, partimos de uma certeza, a que nos fornece a vida carceraria do condemnado, rigorosamente apurada em processo cercado de garantias. Reconhecida a sua inadaptabilidade, o que a defesa social reclama é a segregação prolongada, o que obtemos com a relegaçoão, que póde attingir á metade da pena generica, isto é, quinze annos.

Bem sei que, algumas vezes, este limite será insufficiente; mas, em primeiro lugar, forçoso era fixar limite, se não queriamos cair no regime das penas perpetuas ou no das penas absolutamente indeterminadas; em segundo lugar, a relegaçoão não se reduz a questào de tempo.

Quando fallamos em readaptaçoão social, encaramos quasi sempre o problema por um só dos seus aspectos — o do criminoso inadaptable, deixando na sombra o outro — o do meio a que queremos readaptal-o. Que importa o esforço que o condemnado faça para readaptar-se, se o meio social em que reingressa, ao sair do carcere, se lhe mostra desconfiado e hostil?

Quantas reincidencias não poderào ser attribuidas a essa hostilidade instinctiva e perfeitamente comprehensivel do meio? Pensei que seria possivel crear para o sentenciado meio social relativamente honesto, a que elle mais facilmente se adaptasse.

Na colonia penal, o trabalho educa-o, a instrucçoão reergue-o, e a religiào poder-lhe-á rasgar na consciencia sulcos luminosos, por onde ascenda e se firme o senso moral embotado. O seu trabalho será duro, mas será remunerado, e aquelle trecho de terra, que o seu esforço desbrava, ara e alqueiva, um dia poderá ser cousa *sua, exclusivamente sua*. Alli poderá erguer a *sua casa*, e nella abrigar a companheira e a prole. Todos os incentivos o impellem á regeneração. Nenhuma idéa de decadencia lhe abate o animo, porque elle se encontra no mesmo nivel do meio social em que labuta. Quando se tornar proprietario da gleba, tendo, sob o mesmo tecto, a mulher e os filhos, que mais ha de querer? Voltar ao meio social de onde o crime o expulsou e que, para readmittil-o, lhe exigirá os sacrificios, que sagram os heroes ou os santos, ou permanecer naquelle em que, para viver tranquillo e ascender na consideração de todos, lhe bastarào os esforços que, normalmente, se podem exigir de um homem? O individuo prende-se á terra que cultivou, ao meio em que é alguém.

Tenho grande confiança na relegaçoão, salvo se as colonias não se organizarem como devem ser organizadas e, sobretudo, se a sua administração for entregue a incompetentes.

A escolha do homem capaz e do pessoal habilitado é tudo em instituições deste genero.

O director de penitenciaria ou de colonia penal ha de ser homem de preparo tecnico e de excepcionaes qualidades de intelligencia e caracter, sobre o qual nenhuma influencia deverá exercer a politica. A sua remuneração deve corresponder aos sacrificios que se lhe exigem, e da utilidade que, dos seus esforços, tiram o Estado e a sociedade.

Assim como não se comprehenderia a relegaçoão em pequenos paizes superpovoados, como a Belgica, ella está especialmente indicada para paizes como o nosso, de vasto territorio, innumeradas ilhas e escassa população.

O que se tem escripto sobre a relegaçoão na Inglaterra e na França ou não corresponde á verdade historica ou não nos é applicavel.

Não é exacto que a relegaçoão tenha fracassado na Australia, e, se contra ella se ergueram os protestos de Benjamin Franklin e a Inglaterra extinguiu-a, foi porque o meio social, de que acima falei, e ao qual deve o sentenciado poder adaptar-se, foi bruscamente transformado pelo descobrimento das minas de ouro e a caudal de gente honesta da metropole que demandou a America para exploral-as. O conflicto entre a população criminosa e sedentaria e a população honesta e adventicia era inevitavel.

Na França, para explicar tudo que se disser contra a relegaçoão, basta a distancia entre um porto francez e Cayena, por exemplo. O transporte será onerosissimo, e a distancia e raridade das communicações impedirá toda a fiscalizaçoão do centro sobre a colonia. O que esses dous factores representam como despesa, desorganizaçoão, despotismo e até mesmo deshumanidade, é inapreciavel.

LIVRAMENTO CONDICIONAL E SUSPENSÃO DA PENA — Sobre estes dous institutos direi poucas palavras, apenas as necessarias para completar as observaçoões que, linhas atrás, já externei.

Presuppõe o livramento condicional correcçoão que se antecipa ao cumprimento da pena, e, assim, só o podemos admittir naquelles casos em que a pena tem por fim a emenda. Quando temos em vista emendar, entra necessariamente em linha de conta este factor — o tempo. Isto nos obriga a excluir *de plano* do livramento condicional as penas de prazo curto. Pelo projecto, elle só se applica ás penas de mais de dous annos.

Devemos combater, com todo o esforço, a estranha concepçoão que, deste instituto de politica criminal, se vai affirmando na pratica. Elle não corresponde a um postulado da sensibilidade humana, nem é tampouco o expediente administrativo, mediante o qual alliviamos de hospedes os carceres superhabitados.

Obtida a correcçoão, cessa a funcçoão da pena que tinha por fim obtel-a. Está bem que se prenda o criminoso para que elle se corrija; seria insensato, porém, conserval-o preso depois de corrigido.

O livramento é condicional justamente porque essa correcçoão é presumpçoão; se fôra a certeza, deveria o livramento ser puro e simples.

A sua concessão subordina-se, por isso, ás exigencias da defesa social, e não ás suggestões de injustificavel e perigosa piedade. Umás tantas precauçoões têm então de ser tomadas,

umas tantas garantias exigidas, umas tantas condições impostas.

Se a correção é presumpção, não podemos presumil-a antes de cumprida certa parte da pena, que o projecto fixa em metade para o delinquente primario e em dous terços para o reincidente, mais lenta devendo ser a acção da pena sobre este que sobre aquelle. Seria leviandade criminosa conceder o beneficio a quem não offerece garantias do bom uso que irá fazer da liberdade. O conjuncto da vida carceraria não basta para tranquillizar-nos sobre este ponto, porque são justamente os criminosos mais temiveis os que, de regra, melhor se comportam na prisão. A capacidade de manter, por longo tempo, attitude hypocrita, que illudirá os mais argutos, concorre, por vezes, para accentuar-lhes a temibilidade. Outros existem cujos instinctos máos hibernam na prisão, para despertar revigorados ao ar livre, ao contacto da vida social.

E' preciso, portanto, para conceder o livramento, estudar a indole do sentenciado e repassar-lhe, em revista, os antecedentes.

Seria tambem incongruente concedel-a áquelle que ainda se não apresenta apto a ganhar a vida pelo trabalho, que se institue nas penitenciarias, entre outros motivos, principalmente porque nelle se encontra o maior elemento de regeneração.

Sobretudo quando a ociosidade se conta entre os factores do crime, seria incomprehensivel conceder o livramento áquelle que ainda não adquiriu habitos de trabalho. Se o liberamos, continuará a ser peso morto na economia social; que o seja então no carcere, onde será innocuo, e não em liberdade, porque exprimirá perigo.

O livramento condicional é favor, e quem faz favor póde impor-lhe condições. O juiz, que é quem tem do caso concreto o conhecimento mais exacto, imporá aquellas que as circunstancias indicarem.

Todas essas cautelas seriam vãs se, ao sair da prisão, não encontrasse o liberado alguém para amparal-o e servir, por assim dizer, de mediador plastico entre elle e a sociedade em que reingressa.

A concessão do livramento presuppõe a existencia de algum patronato (art. 97), e, onde elle não existir, a falta será supprida pela intervenção de um homem bom do logar.

O livramento não se concede, diz o art. 100, áquelle que, podendo reparar o damno, não o reparou, ou não se esforçou por fazel-o na medida de suas posses.

E' disposição que por si mesma se justifica. Muito nos preocupamos com o criminoso, mas é preciso pensar tambem um pouco nas suas victimas. Seria dellas escarnecer, restituir á liberdade, antes de cumprida a pena, o sentenciado solvente, que não repara o damno porque não quer. Esta attitude affrontosa desmentiria o arrependimento, sem o qual não se comprehende a correção, que a concessão do livramento presuppõe.

Nem o livramento condicional (art. 101), nem a suspensão da pena (art. 112) desoneram o beneficiado das penas accessorias e das consequencias materiaes da condemnação.

Houve quem, querendo dar ao brocardo de direito civil — o accessorio segue o principal — extensão inadequada, es-

tranhasse essa disposição. Não estranharia, se reflectisse um pouco, porque então veria que a pena subsiste, e que, apenas, *sub conditione*, se lhe susta a execução, ou se interrompe a mesma. Seria desmoralizador que, antes do implemento da condição, se restituisse ao exercicio de funcções civicas ou ao de certas funcções delicadas na familia, aquelle que das mesmas decaiu pela sentença que continúa de pé.

“Não se mostra evidente a necessidade, pergunta Florian, de reintegrar na plenitude dos direitos civis e politicos, proprios de todo cidadão honesto, sómente aquelles que estejam na verdade emendados e sejam capazes de taes direitos?” (*Trattato*, n. 1, p. 143).

Neste passo, nada mais fez o Projecto que reproduzir a legislação vigente (decs. ns. 16.588 e 16.665, de 1924, respectivamente arts. 2º, § 2º, e 10), que se inspirou na lei Branger (26 de março de 1891), cujo art. 2º assim dispõe:

“La suspension de la peine ne comprend pas le payement des frais du procès et des dommages-intérêts.

Elle ne comprend pas non plus les peines accessoires et les incapacités résultant de la condamnation.”

Outros monumentos legislativos dispõem pelo mesmo teor.

Lei espanhola n. 233, de 17 de março de 1908:

Art. 4º, § 1º:

“La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio, cargo de jurado o otro de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades subsidiarias enumeradas en el artículo 49 del Código Penal.”

O Codigo Penal espanhol de 1928 reproduz este dispositivo no seu art. 189.

Projecto italiano de 1927:

Art. 169. *“La sospensione condizionale della pena non si estende alle pene accessorie e agli altri effetti penali della condanna, nè alle obbligazione civili derivanti del reato.”*

Especialmente quanto á suspensão da pena (*sursis*), cumpre destruir a crença, que na clientela do crime se vai firmando, de ser esse instituto nada mais nada menos do que a permissão para commetter impunemente o primeiro crime.

Elle é um dos melhores elementos de combate ás curtas penas, porque não debilita a repressão, visto que a ameaça da pena persiste imminente sobre a cabeça do beneficiado, evita o contagio das prisões ao delinquente primario, e previne, em muitos casos, a reincidencia.

Pelo Projecto, o limite da pena está fixado em um anno e só excepcionalmente (art. 113, ns. II e III), a suspensão é applicavel á pena pecuniaria, o que se justifica não sómente porque nesta não ocorre a possibilidade do contagio, como porque as maiores facilidades foram dadas ao pagamento.

Não reconheço ao Estado o direito de suspender a execução da pena nos crimes de acção privada. Não comprehendendo que, depois de haver arcado o particular com todos os *onus* e *incommodos* da acção penal e obtido, pela sentença, a reparação da lesão soffrida, se arrogue o Estado o direito de burlar-lhe a victoria, transformando-a em humilhação, decepção e derrota com a suspensão da pena.

Se o querellante acquiece, *tollitur questio*, salvo se, por indícios graves, esta acquiescencia está eivada de immoralidade, porque a ninguem é licito movimentar o aparelho judiciario para intimidar o melhor sujeitar alguem a algum plano de extorsão e *chantage*.

A prohibição de suspender a pena ainda se estende, pelo n. v do art. 113, aos casos em que o Ministerio Publico tenha agido mediante representação. A attitude do Estado, pondo á disposição do direito individual lesado o Ministerio Publico para obter-lhe a reparação e inutilizando os effectos desta pela suspensão da pena, seria illogica e incongruente. Simplesmente será preciso excluir do citado n. v os casos de lesão corporal comprehendidos no começo do art. 56, se, para taes crimes, se mantiver a necessidade da representação. O n. v do art. 113 visa generica, mas exclusivamente, os crimes contra a honra, e, se nestes não póde transigir o particular, porque intervém o Ministerio Publico, licito tambem não deve ser ao Estado suspender a pena, com sacrificio do direito individual, cuja reparação se obtem, não tanto pela sentença, mas pela sua execução.

Das penas accessorias

A primeira pena accessoria é a *interdicção*, que póde ser *absoluta* ou *relativa* e consiste em *perda* ou *suspensão*:

- I, do direito eleitoral activo ou passivo;
- II, do exercicio de funcções publicas de eleição ou nomeação;
- III, da prerogativa civica de concorrer para a composição do Tribunal do Jury e das forças armadas da Nação;
- IV, da capacidade de ser testemunha instrumentaria em juizo ou em actos publicos e testamentos;
- V, da capacidade para o exercicio do patrio poder, da chefia da sociedade conjugal, da tutela ou da curatela;
- VI, da capacidade para o exercicio de arte, officio, industria ou profissão;
- VII, do direito de usar distincções honorificas nacionaes.

Domina grande parte desta regulamentação o art. 71 da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem-se nos casos aqui particularizados.

§ 1.º Suspendem-se:

- a) por incapacidade physica ou moral;
- b) por condemnação criminal, enquanto durarem os seus effectos.

§ 2.º Perdem-se:

- a) por naturalização em paiz estrangeiro;
- b) por acceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo Federal.

A *perda dos direitos de cidadão* (art. 71, § 2º) não é a mesma cousa que a *perda dos direitos politicos* (art. 72, § 29), e BARBALHO já nos prevenia contra a possivel confusão.

A primeira expressão é mais ampla que a segunda.

Nos direitos de cidadão comprehendem-se os direitos politicos, mas estes ou alguns destes se podem perder sem que por isso se haja perdido a cidadania. E como esses direitos se suspendem por *condemnação criminal* (Constituição, artigo 71, § 1º, letra b), não se tratará na hypothese de *interdicção absoluta*, mas *relativa*, de *perda*, mas de *suspensão*.

Isto que, racionalmente, se deduziria do texto do Projecto confrontado com o da Constituição e poderia ser omittido, está, entretanto, expresso no art. 115, para evitar duvidas e criticas levianas.

Todos os projectos deCodigo Penal que, nestes ultimos vinte annos, se têm elaborado, consignam as interdicções especificadas no art. 114, e em paiz nenhum appareceu quem viesse dizer que, interdictando ao condemnado as fileiras do exercito ou as funcções de jurado, se beneficiava o mesmo com isenção, ao invés de castigal-o com *diminuição*. E' que nesses paizes os deveres civicos não se apreciam como *onus* a que nos possamos eximir, mas como prerogativas que nos integram e exaltam a personalidade. Se concepção opposta póde encontrar guarida na ignorancia popular ou no egoismo individual, dever do legislador é desfazel-a e não prestigial-a com a sua adhesão.

Nas fileiras, pela propria legislação militar, a expulsão é imposta áquelles que se mostram indignos de servir á bandeira, e seria o cumulo que se assentassem nos conselhos da justiça popular o mesmo individuo que, dias antes, se assentava no banco dos réos por crime infamante, ou que ainda se acha sob a vigilancia da policia ou de algum patronato, como egresso de carcere.

A disposição do n. v do art. 114 completa-se com a do art. 119, tornando absoluta a interdicção do patrio poder, na chefia da sociedade conjugal, da tutela ou da curatela, quando da condição da victima, dos moveis do crime e das suas circumstancias, da immoralidade, desidia ou carencia de escrupulos do autor manifesta resultar a sua incompatibilidade com o exercicio dos direitos ou funcções de que o privar a sentença.

O marido que vive da corrupção da propria mulher, o pae que deshonesto a propria filha, o curador que da imbecilidade da curatelada se aproveita para manchal-a, não revelam incompatibilidade insanavel para o exercicio dessas funcções e não devem, por isso mesmo, incorrer em *interdicção absoluta* ?

Como neste, nos demais casos a doutrina do Projecto é tão clara e assenta em noções tão seguras da moral ou do direito, que me parece dispensavel sobre elles insistir.

A segunda pena accessoria é a da publicação da sentença. Não sei a que proposito, para se affirmar que, no systema penal francez, esta pena é considerada como infamante, foi invocada a autoridade de VIDAL. Sob a epigraphe — *Peines humiliantes, atteignant le condamné dans sa considération* — assim se exprime este autor: “Ces peines, nombreuses autrefois, sont fort rares aujourd’hui, à cause de la démoralisation qu’elles produisaient tant sur l’esprit du condamné que sur l’esprit du public”.

Dessas numerosas penas, sómente restam hoje em dia o apparatus da execução capital, no parricidio, a affixação do extracto das condemnações criminaes e a publicidade especial de certas condemnações, como as concernentes á falsificação de mercadorias e generos alimenticios ou especulação illicita.

No proprio regime francez, a publicação da sentença, reduzida a esse minimo final, perdeu a significação antiga, e seria estranho encontral-a num projecto em que não ha vestígios de penas infamantes.

A Constituição imperial (art. 179, § 20) proscreeu a distincção das penas em infamantes e não infamantes, distincção, aliás, inexacta, porque o que infama não é a pena, é o crime.

Na motivação do Projecto suiso, bem claro deixou ZÜRCHER o sentido em que hoje em dia se tem a publicação da sentença.

“On n’entend pas par là aggraver la peine par une sorte de pilori; le jugement ne sera publié, que si l’intérêt général ou l’intérêt du lesé le requiert. Ainsi, en cas de fabrication de denrées ou d’objets usuels nuisibles à la santé, l’intérêt général commande cette publication. L’intérêt du lesé veut que le jugement soit rendu public, lorsqu’une calomnie a été lancée contre lui par la voie de la presse”. (*Exposé des motifs*, p. 97.)

A publicação da sentença faz-se ou no interesse publico ou no interesse da parte. Na primeira hypothese, podemos perfeitamente consideral-a como pena accessoria, porque quem a soffre é o condemnado; na segunda hypothese, porém, quem acarreta com os seus *onus* é o Estado ou o queixoso, e não podemos falar em applicação duma pena, porque criminoso não ha. A publicação reveste-se então do caracter de medida ou expediente, mercê dos quaes se procura reparar a lesão injustamente soffrida, e valerá pela reparação do damno moral. Cumpre, neste ponto, attender á critica que se fez ao Projecto e remover o n. 1 do art. 121 para o seu logar proprio, que é a reparação do damno (art. 162).

A morte do condemnado não obsta á publicação da sentença á custa da successão, diz o art. 122. “E’ de notar-se, observou alguém, que sendo a publicação uma pena, passará esta da pessoa do delinquente para os seus herdeiros. Está claro que fere o principio constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”. Sinto certo acanhamento em responder a esta critica, mas é preciso fazel-o, uma vez que se agitou o espantallo da inconstitucionalidade.

No direito antigo, a pena resvalava do culpado para attingir os seus parentes, e os attingia duplamente, na personalidade moral e civil pela *infamia*, na propriedade, pelo confisco da herança.

A Constituição imperial (art. 179, § 20) proscreeu esta legislação barbara, e a da Republica, em formula incisiva e breve, reproduziu-lhe o texto, reaffirmado o principio da personalidade da pena.

O dispositivo do projecto em nada o contraria, porque não ha transmissão penal de uma pessoa a outra pessoa.

Ha um onus pecuniario decorrente do damno social ou individual causado. A’ reparação desse damno está o condemnado sujeito por sua pessoa e por seu patrimonio. Este é requerido para a satisfação do damno material e despesas que a satisfacção do damno moral acarrete, no caso vertente, com a publicação da sentença.

A reparação do damno é divida larvada que adhere ao patrimonio e, com ella, como com as demais onerada, é que a herança se transmite. Dentro nas forças da herança, responde o herdeiro por todos os encargos da mesma, e, exonerado dos que acarrete a publicação da sentença, seria, contra toda razão e equidade, abrir excepção ao principio do artigo 1.587 do Codigo Civil, para privar a victima da reparação moral a que tem direito.

Nada tem que vêr a Constituição neste caso, nenhuma pena passa da pessoa do delinquente para a do seu herdeiro, e tudo se reduz a dizer a este, tal qual o faz o Codigo Civil, que elle recebe a cousa com os seus encargos, a herança com as suas dividas, entre as quaes se encontra a da publicação da sentença.

Menos curiosa não é a observação que se me fez de ir o art. 122 de encontro ao art. 207, actual 154, *ibi*: “A condemnação extingue-se:

I, pela morte do condemnado.”

A proposito, formulou-se o seguinte raciocinio: “Ora, si a publicação da sentença é uma pena que tem seu assento na condemnação, extincta esta, *ipso facto*, assim o estará aquella, seguindo o accessorio a sorte do principal”.

A este brocardo de direito civil — *accessorium sequitur naturam sui principalis, accessio cedat principali* —, já me referi a proposito do livramento condicional e da suspensão da pena. No proprio direito civil, elle soffre limitações, e, rigorosamente observado no direito penal, conduzir-nos-ia a consequencias inaceitaveis.

Já vimos que a publicação da sentença é direito do lesado, que se comprehende na reparação do damno, e attinge, portanto, o condemnado, não na sua pessoa, mas no seu patrimonio, porque não ha privação da liberdade por soffrer, mas tão sómente despesa por pagar. A publicação da sentença, como pena accessoria ou como medida penal, comprehende-se entre as consequencias civis da pena.

E’ principio corrente que alguns projectos formulam e outros se dispensam de formular, que a extincção do crime ou da pena nenhum effeito exerce sobre essas consequencias do caracter civil e patrimonial que oneram a successão e a esta se incorporam.

O projecto italiano, no art. 199, assim o formula: “La estinzione del reato o della pena non importa la estinzione

delle obbligazioni civili derivanti dal reato". Este dispositivo está no capítulo que tem por título *Delle sanzioni civili*.

E' claro que, não podendo passar a pena da pessoa do delinquente, com a sua morte a condemnação extingue-se. Não se vai embalsamar o cadaver e mettel-o na cadeia. Mas o seu patrimonio subsiste, alguém o vai usufruir e não é justo, nem o direito civil permite, que o usufrúa sem primeiramente pagar as dividas que o oneravam e, entre estas, está a de reparar o damno e, no caso vertente, a de pagar as despesas da publicação da sentença com que moralmente esse damno é reparado.

Com o *confisco*, temos a terceira pena accessoria.

Trata-se, pura e simplesmente, da apprehensão e apropriação pelo Estado dos objectos do crime e da remuneração ou dadia que o delinquente haja recebido para commettel-o.

Para em uma só palavra comprehender aquellas duas operações, tinha necessariamente de empregar *confisco* ou *confiscação*, e entre os dous vocabulos optei pelo primeiro, mais breve e mais euphonico.

Sequestração ou *sequestro* não contém as idéas fundamentaes da pena — apprehensão e perda do dominio, como se escreveu, com citação de AULETE e MORAES. A lição do primeiro está errada: em direito, com o sequestro, não se priva ninguem do dominio, nem elle é medida reivindicatoria ou expropriatoria, mas simplesmente assecuratoria. A do segundo está certa — com elle se priva alguém do *exercício* do dominio. Está certa, em termos, porque a privação do exercício não é total, tanto assim que o senhorio, contra o qual se decretou o sequestro, não está inhibido de defender o dominio, propondo as acções competentes, nem de, como réo, se oppôr a quem lh'o conteste.

Não posso impedir que este ou aquelle empreste á palavra o sentido que se lhe dava nos tempos immemoriaes do absolutismo. Tenho de ater-me ao valor tecnico e actual da palavra, consoante o sentido que lhe dei no projecto. Se o converterem em lei, será elle e não o livro 5º das Ordenações do Reino que o juiz applicará.

Quanto á alinea do art. 124, pergunta-se-me: "Si o criminoso recebeu dinheiro e o gastou, será a successão obrigada a entregar aquillo que não recebeu? O inciso transcripto poderá levar a esta conclusão". *Poderá levar*, não; leva fatalmente a esta conclusão, nem outra é admissivel em face do direito e da moral.

Em face do direito, porque na successão se comprehendem os bens e as dividas; em face da moral, porque, se gastou, delle tirou a utilidade que lhe era propria; se economizou, ella se encontra no activo da successão. No primeiro caso, a utilização era illicita; no segundo, o herdeiro locupletar-se-ia com o producto do crime.

Quanto ao art. 125, observou-se-me que a sua materia deveria constituir crime ou contravenção e ser, portanto, deslocado para a Parte Especial. Ha realmente no Projecto disposições especiaes a respeito, mas não é disto que se trata.

A pena applica-se a delinquente, não ha acção criminal sem réo. Logo, a prevalecer a opinião do critico, toda a vez

que o autor não fosse conhecido, ou fosse absolvido, os objectos offensivos da moral ou perigosos á segurança publica, deixariam de ser confiscados ou lhe seriam restituídos.

Não, diz o Projecto, mesmo quando se não possa processar ou condemnar pessoa certa, taes objectos serão confiscados.

Póde ser que, para o critico, tudo isso esteja errado, mas não o está para os codificadores suissos que, no seu Projecto (1918), *Parte Geral*, art. 55, assim dispuzeram: "Le juge, alors même qu'aucune personne déterminée ne peut être poursuivie ou condamnée, prononcera la confiscation des objets qui ont servi ou devraient servir à commettre un délit, ou qui ont été créés par un délit, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. Le juge pourra ordonner que les objets confisqués soient mis hors d'usage ou détruits".

O que de mais interessante se escreveu sobre o confisco foi isso: o resto é menos do que isto.

MEDIDA DA PENA — Dispõe o Projecto:

Art. 129. Attenderá o juiz, fixando a pena:

1º, á gravidade do crime e ao abalo social que elle causa;

2º, ao damno material e moral que produz;

3º, á personalidade do delinquente e ao perigo social que ella exprime;

4º, aos motivos que o determinaram;

5º, á importancia de sua participação no crime.

Notar-se-á, desde logo, que aos criterios objectivos dos ns. 1, 2 e 5 se associam os criterios subjectivos dos ns. 3 e 4.

Bem sei que a conjunção desses criterios não satisfará aos extremados, mas tambem sei que a preocupação do legislador nunca foi satisfazer-os. E' preciso não confundirmos a obra de legislação com a obra doutrinaria, mesmo quando se acoberte com a bandeira da sciencia, sob cujo nome prestigioso muita mercadoria avariada se introduz na circulação.

Ha de naturalmente procurar o legislador inspirar-se nas conclusões da sciencia, mas, se quizer fazer obra duradoura e vital, para os textos da lei só transportará as que tiverem calado na consciencia popular.

A adopção de um criterio exclusivo na fixação da pena devia necessariamente resultar de uma solução unilateral do problema da responsabilidade, a qual teria attendido á consciencia popular quando sacrificasse a defesa social, ou a esta attenderia quando á consciencia do povo repugnasse. Estariamos no terreno classico, tradicional, popular, quando exclusivamente bitolassemos a pena pela gravidade objectiva do crime, mas a defesa social teria sido sacrificada; a esta attenderiamos quando elegessemos por criterio exclusivo a personalidade do delinquente, mas inutil é insistir sobre a repugnancia da consciencia popular pela predominancia deste criterio.

"Une loi est mauvaise, dizia GARÇON, qui se trouve en désaccord avec la conscience populaire."

Afirmava MERKEL que o futuro Codigo Penal allemão hauriria o maximo de sua força e solidez, não na sua perfeição juridica ou conveniencia penal, mas no seu accôrdo com as concepções vivas da consciencia do povo que tem de reger.

Neste terreno, nada mais fiz que seguir pelo mesmo caminho que os codificadores europeus têm trilhado.

Já o projecto austriaco de 1909 dispunha no seu § 43:

“A pena deve ser fixada segundo a culpabilidade e a periculosidade do autor. Quanto a este ponto, não só o character do acto como tambem as relações pessoais e sociaes devem ser tomadas em consideração.”

O projecto allemão do mesmo anno, no § 81, não adopta criterio exclusivo, e, como seja mais concisa a redacção do projecto de 1913, que o reproduz, transcreverei o seu § 110:

“Applicando a pena nos limites legais, todas as circumstancias, que militem por uma pena mais alta ou mais baixa, serão tomadas em consideração: a disposição criminal manifestando-se no acto; os motivos do autor e a impulsão ao acto; o fim por elle visado; os meios que empregou; o gráo de sua perspicacia; sua vida anterior, assim como suas condições pessoais e economicas; as consequencias do acto; o procedimento depois de havel-o praticado, especialmente, se manifestou arrependimento ou se esforçou por lhe reparar o damno.”

O projecto suíço de 1918, dispõe no art. 60:

“O juiz fixará a pena segundo a culpabilidade, tendo em conta os moveis, os antecedentes e a situação pessoal do delinquente.”

Abstrahiu o legislador suíço por completo do resultado, para se firmar no criterio subjectivo da culpa moral, associado ao da personalidade do delinquente.

A verdade, porém, é que na consciencia popular lentamente se formou uma escala de valores criminaes e que lhe repugna a pena que, na sua quantidade, mais ou menos não corresponda á gravidade objectiva do crime commettido.

A esta realidade incontestavel dobrei-me, consorciando o criterio objectivo com o subjectivo.

Por fazel-o o Projecto austriaco, FERRI duramente censurou-o. Nesta conjunção, elle via “in un connubio incompatibile, i due opposti criteri dell'astratta colpa morale e della concreta periculosità” (*Relazione*, p. 45).

Na mensuração da pena, esta incompatibilidade não é assim tão radical na pratica como se apresenta na theoria.

Tratando da rehabilitação, por exemplo, FLORIAN escrevia: “In secondo luogo, dovrebbe anche qui più che mai, aversi riguardo alle condizioni personali ed alle qualità morali dei condannati, associando al criterio oggettivo della gravità del reato, il criterio suggestivo dell'indole del delinquente” (*Trattato*, v. I, p. 443).

Na propria escola positiva ha, portanto, quem, dispondo da mais alta autoridade, não veja na conjunção dos dous criterios esse *connubio incompatibile* como o qualificava FERRI, cuja preocupação, ao redigir o famoso projecto de 1921, era a do chefe de escola que pugna pela victoria de suas idéas e não a do legislador sereno que, em contacto com as realidades da vida e attento ás concepções da consciencia popular, a ellas se dobra no elaborar a lei.

O que fiz, no projecto brasileiro, foi o mesmo que fez Rocco, no projecto italiano de 1927, cujo art. 134 manda medir a pena, não só pela *gravità del reato*, como pela *malvagità e periculosità del colpevole*.

CIRCUMSTANCIAS MODIFICADORAS — As circumstancias modificadoras da pena são em geral de character subjectivo, o que conforma com a orientação geral do Projecto impregnado de subjectivismo, e lhe mereceu os louvores de autoridades, como JIMENEZ DE ASÚA. De pouco valeria tel-as na conta se, valorizando-as, apenas pudesse o juiz alteral-as na quantidade e não na qualidade. Mas modificar a substancia de alguma cousa é crear cousa nova e o juiz não crêa penas, applica as que o legislador lhe fornece. O Projecto facultalhe então substituir uma pena por outra, quer a aggrave, quer a attenué. Uma individualização que só attendesse ao *quantum* da pena, mentiria á sua finalidade. Para que esta seja attingivel é que o Projecto instituiu penas paralelas.

Vejamos agora como procederá o juiz quando tiver que modificar quantitativamente a pena.

Quer attenué, quer aggrave, elle terá sempre uma escala por percorrer, cujos degráos extremos serão o minimo e o maximo especificos, ou, excepcionalmente, os genericos.

Se quer attenuar, installar-se-á no degráo culminante, no maximo da pena, e irá descendo a escala até fixar-se naquelle gráo que as circumstancias favoraveis indicarem, não podendo, porém, passar o minimo especifico.

Se quer agravar, fará a operação contraria, ascenderá do minimo especifico em demanda do maximo até encontrar o gráo em que, segundo as circumstancias desfavoraveis, se deva fixar.

Sendo esta a operação que naturalmente se impõe ao espirito, e sendo os nossos juizes bachareis em direito, pareceu-me ocioso consignal-a expressamente.

Acredito que todo o mundo comprehenderá que se opéra movimento ascensional em demanda do maximo, quando se quer agravar a pena, e movimento descensional em demanda do minimo, quando se quer attenuar-a.

O ponto de partida está naturalmente indicado, e será o minimo, se demandamos o maximo, ou será o maximo, se demandamos o minimo.

Dentro nesta escala move-se livremente o juiz, orientando-se pelos criterios objectivos e subjectivos que lhe são impostos na lei para a fixação da pena.

Sem esta liberdade, será impossivel individualizar-a.

ARBITRIO JUDICIAL — Esta expressão é geralmente empregada para significar a ampliação necessaria dos poderes do juiz, e ninguem que na materia não seja absolutamente jejuno se lembrará de associar-a á reacção de BECCARIA.

Por toda a parte onde se projectaram reformas da legislação penal e na medida das penas consorciaram-se os dous criterios — objectivo e subjectivo — a necessidade da individualização impôz a dilatação dos poderes do juiz.

O legislador bitola a pena consoante certa escala de valores, na qual a cada infracção se attribue valor penal determinado.

De tempos em tempos, essa escala é revista para que corresponda ao gráo attingido pela evolução social, ou se reajuste á nova concepção imposta por principios diferentes que triumphem, ou por necessidades que actualmente dominem a existencia collectiva.

Póde e deve o legislador, na revisão dessa escala, declarar qual a pena applicavel ao autor desta ou daquella infração, e estabelecer o minimo e o maximo da pena por applicar; com o minimo, limita a liberdade do juiz, assegurando a repressão; com o maximo limital-a-á, assegurando os direitos individuaes. O que elle não póde, porém, é dizer, *a priori*, qual a quantidade de pena, nem mesmo, em certos casos, qual a pena que deva ser applicada. Se estas fossem unicamente função da gravidade objectiva do crime, com a sua escala de valores penaes, o legislador facilmente resolveria tudo; mas, como tambem o são da personalidade do delinquente, e como só o juiz poderá conhecê-la, forçoso é que se lhe confira a liberdade de acção necessaria para que, de accôrdo com essa personalidade, possa applicar a pena, individualizando-a.

Quando, como no Código vigente, jogando com as circumstancias modificadoras da pena, o legislador fragmenta-a em maximos e sub-maximos, médios, sub-médios e minimos, o seu espirito trabalha na pura abstracção, como a helice fóra d'agua, porque só por um criterio se guia — a gravidade objectiva do crime.

Mas as acções humanas, e o crime é uma dellas, não se pódem apreciar *in abstracto*, precisamos sempre referil-as á personalidade de quem as commetteu e ás circumstancias em que foram commettidas.

Só o juiz tem o caso concreto sob os olhos; sómente elle, portanto, poderá ajustar a pena á personalidade do delinquente. Guiando-se pelo criterio subjectivo, elle individualizará a pena que o legislador, guiando-se pelo criterio objectivo, havia generalizado.

A função que o legislador não póde exercer, elle a delega a outra autoridade, que é, e só póde ser, a judiciaria.

Esta necessidade de conferir ao juiz mais amplos poderes, na applicação da pena, é hoje em dia geralmente reconhecida na doutrina e attendida na legislação.

“La vraie mission du juge (proclamava PRINS, no discurso inaugural do grupo belga da União I. de D. P., em 1922), consiste bien plus à apprécier le caractère plus ou moins antisocial du coupable, le degré d'intensité du mobile antisocial qui le pousse, qu'à constater machinalment si les éléments de la définition théorique du délit sont réunis.”

Rocco, quando expunha ao Parlamento italiano as bases do seu projecto, a elle assim se referia: “Na applicação da pena, deve ter o juiz poderes discricionarios mais amplos, que consistirão, em especie, numa faculdade mais larga de escolha entre penas alternativas, e mais livre graduacção entre maximos e minimos.”

Sobre este ponto assim se exprimia, no seu relatorio, a Comissão da Camara dos Deputados de Italia: “Na grita contra o arbitrario, por se concederem amplos poderes ao juiz, a Comissão não vê mais do que uma parcella desprezível de verdade. A justiça penal definhará se não a revigoramos por uma adequada liberdade de investigação, de avaliação, de convencimento.”

De accôrdo com esta orientação, o projecto italiano no seu art. 133 assim dispõe: “Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente. Egli non può usare

del suo potere discrezionale per uno scopo diverso da quello per cui gli è dalla legge conferito; e deve indicare i motivi che giustificano l'uso da lui fatto di tale potere.

“La legge determina i casi nei quali è consentito al giudice di scegliere fra più pene alternativamente da essa comminate, o di aggiungere una ad altra pena, o di sostituire una pena a un'altra, o di aumentare o diminuire la pena, o di astenersi dal giudizio o dalla condanna, o di sospendere l'esecuzione della pena.

“Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena salvo i casi espressamente determinati dalla legge.”

Não se pense, porém, que isto é innovação facista. Antes de existir o *fascio*, já os congressos penaes reconheciam a necessidade de se alargar a competencia do juiz na applicação da pena, e, por este caminho, mais ou menos, enveredaram os projectos allemão, austriaco e suíço.

Quanto a este, na sua exposição de motivos, assim se exprime ZÜRCHER. “Presque toujours une certaine marge est réservée au pouvoir appréciateur du juge, soit que se magistrat ait l'option entre deux ou plusieurs genres de peine, soit qu'il puisse évoluer entre un minimum et un maximum”.

O exercicio de faculdades tão amplas é cautelosamente regulado no projecto. O terreno da repressão delimita-se por dous marcos extremos — o minimo e o maximo genericos da pena. Para cada crime, porém, estabelecem-se minimos e maximos especificos que ao juiz não é licito transpor, senão nos casos expressos. Se taes limites não estão especificados, vigorarão os genericos. Casos ha em que o legislador entende que certa quantidade de pena deve ser attingida, ou jamais deve ser ultrapassada, e então, se da benevolencia se arreceia, fixa o minimo, se da severidade, fixa o maximo.

Outras vezes, elle tem duvida sobre se o minimo especifico deveria ser mantido e se a pena comminada seria a melhor, e como só deante do caso concreto seja possivel resolver, deixa ao juiz, que é quem o tem sob os olhos, o arbitrio de applicar livremente a pena, quer lhe transpondo o minimo especifico, quer a substituindo por outra mais adequada. Casos haverá, porém, de tão apagada criminalidade, que melhor seria deixal-os impunes e então poderá o juiz abster-se de qualquer pena.

Afere-se o valor de determinado systema repressivo menos pela sua perfeição theorica que pela precisão com que, na pratica, funcione.

Pelo systema do projecto, com a multa, evitam-se as curtas penas e, com a detecção, atalha-se o perigo do contagio carcerario; attende-se, com o exilio local, á criminalidade que se origina de condições locaes, e, com a prisão, que se completa com a relegação, quando a defesa social o exige, á criminalidade commum ou generica.

Mas, nenhum mecanismo, por perfeito que seja, funciona por si mesmo, é preciso que alguma força estranha o accione. Tudo depende então do mecanico que tem de accional-o, porque não ha perfeição que resista á incapacidade. Capaz, entretanto, elle seja e necessariamente fracassará, se não tiver liberdade de movimentos e não dispuzer de peças de sobressalente.

Com os poderes conferidos, dei ao juiz essa liberdade, com as penas paralelas, as peças de substituição. Podemos pôr o machinismo a funcionar.

Reincidência

ARTIGOS 138 A 140

E' a reincidência materia de capital importancia em um projecto de Codigo Penal.

O seu augmento é alarmante, mas ainda mais impressiona verificar-se que o numero de reincidentes diminúe ao passo que o das reincidencias cresce.

Isto denuncia que o crime, em certos delinquentes, se tornou habito, que elles o commettem como quem exerce determinada profissão.

Para este deploravel estado de cousas muito concorreram as curtas penas, expondo delinquentes primarios ao ambiente deleterio do carcere, que se torna um logar de villegiatura, onde o delinquente repousa por algum tempo, alojado, alimentado e vestido á custa do Estado.

Não se quiz vêr senão a pequena gravidade objectiva da infracção para, proporcionalmente, applicar-lhe uma curta pena, fechando-se os olhos a estas duas verdades manifestas — que a curta pena alimenta a reincidencia e que, como indice de perigo social, mais valerá muitas vezes uma série continua de pequenos delictos que um grande crime esporadico e occasional.

Sob a influencia de CARRARA, desenvolveu-se a theoria que considera a reincidencia como circumstancia extrinseca do crime, que augmenta a pena, não, porém, a imputação. "*Aumentare la imputazione vuol dire aumentare la quantità del delitto: ma la quantità del delitto è tale quale la costituiscono le circostanze del fatto. I precedenti reati, in ordine ai quali il delinquente saldò il suo debito verso la società, non aumentano la quantità del delitto successivo. Egli è ormai principio generalmente concordato, non doversi punire la malvagità dell'uomo, ma la malvagità dell'azione.* (Opuscoli II, p. 120).

Com a mentalidade actual, é difficil evitar o sorriso deante desta argumentação.

Os delinquentes não têm conta corrente aberta nos livros da sociedade. O crime não é um cheque que se desconta sobre a pena como provisão de fundos. Não se pôde deixar de tomar em linha de conta, na fallencia de certo commerciante, a circumstancia de já ter elle fallido uma vez. A acção humana por si só, como entidade, não se comprehende. Para que a comprehendamos, é preciso reportal-a a determinado individuo, a de'terminado meio, a determinadas circumstancias. Dizemos commummente que certa acção é boa ou é má, a verdade, porém, é que bom ou máo é o homem que a pratica. A acção praticada, consoante a concepção social dominante, será indice da sua malvadez ou da sua bondade. Punimol-o ou premiamol-o por isso, não punimos, porém, nem premiamos a acção em si, porque seja malvada ou bondosa. A malvadez ou a bondade reportam-se á natureza do homem e não

a uma modificação do mundo exterior determinada pela sua vontade, isto é, a uma acção.

"A reincidencia, escreve FLORIAN, não é circumstancia extrinseca, que actúe sobre a pena, mas circumstancia propriamente intrinseca, que toca ao elemento subjectivo do crime, ao agente mesmo, e por isto augmenta a imputação". (*Tratado*, vol. I, pag. 369.)

A reincidencia implica sempre, no projecto brasileiro, em aggravação da pena, mas aggravação nem sempre quer dizer augmento. Sem augmental-a, poderá o juiz aggravar a pena de prisão determinando, por exemplo, que ella se execute de maneira rigorosa.

Quando tratei da pena eliminatoria, affirmei que a reincidencia era um facto. O conceito, que extrahimos de um facto, só objectivamente pôde ser formulado. Não dei propriamente uma definição da reincidencia, precisei a situação do reincidente.

Art. 138. E' reincidente aquelle que é punido por um novo crime, já tendo sido condemnado, no paiz ou no estrangeiro por sentença passada em julgado, a pena privativa da liberdade.

Gryphei a clausula final porque deve ser supprimida. Na ultima prova eu a havia eliminado, mas a emenda escapou á revisão. E' facil de comprehender. Mantida a clausula, a reincidencia só se verificará quando se tratar de pena privativa da liberdade, o que não estava no meu pensamento, nem se coaduna com o systema do Projecto.

As condições objectivas da reincidencia são as seguintes: 1) novo crime, 2) condemnação anterior, 3) cousa julgada.

Criminalistas, codigos e projectos divergem sobre este ponto.

O Projecto Rocco (1927) por exemplo dispõe no art. 95:

Chiunque, dopo essere stato condannato per un reato, commette un altro reato, soggiace a un aumento della pena da infliggere per il nuovo reato fino alla metà.

O Codigo espanhol de 1928, ao contrario, enumerando, no art. 67, as condições pessoas que aggravam a responsabilidade, assim se exprime em seu n. 3:

La reincidencia: cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo titulo de este Código.

A reincidencia, como a conceitúa o Projecto, não poderá ficar dependente da execução da pena.

Ella será ou deixará de ser, segundo as circumstancias, reveladora da periculosidade do delinquente. Se não revela

maior perigo social, nenhuma influencia deverá exercer para modificar a pena.

O facto material da commissão de novo crime, por si só, apenas nos diz que novo crime foi commettido por quem já havia perpetrado outro. Para que elle adquira significação expressiva aos olhos do legislador penal, é mister situá-lo no meio das circumstancias em que se consummou e referil-o á personalidade de quem por sua autoria responde.

Os elementos objectivos devem bastar-nos para definir a reincidencia, mas, para applical-a em todas as suas consequencias, precisamos subordinar-a a uma condição — ser ella indice de maior perigo social. Esta majoração do perigo resultará da persistencia no inculpado de irreprimida tendencia a delinquir. Só do exame das causas, moveis e circumstancias do segundo crime, poderemos legitimamente inferir que essa tendencia anti-social persiste, e dahi o disposto no

Art. 140. Não se terá por verificada a reincidencia senão quando, das causas, moveis e circumstancias do segundo crime, se puder legitimamente inferir que persiste no seu autor tendencia irreprimida a delinquir.

Este dispositivo mereceu a approvação de JIMENEZ DE ASÚA, nos seguintes termos:

Es digno de encomio en la reincidencia el sentido antropológico con que se define, declarando que no se considerará como tal "sino cuando de las causas, móviles y circunstancias del segundo delito se pueda legitimamente concluir que persiste en su autor una tendencia irreprimida a delinquir". (Un viaje al Brasil, pag. 114).

Ao juiz ministra o projecto as condições objectivas da reincidencia, mas, ao mesmo tempo, o adverte de que deverá applical-a sob criterio anthropologico, isto é, tendo em vista a personalidade do delinquente, porquanto elle está medindo a pena, e o art. 129, no seu n. 3, manda attender á personalidade do criminoso e ao perigo social que ella exprime.

No projecto Rocco attende-se a este criterio.

"Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità, la recidiva e la tendenza a delinquere", diz a ultima alinea do art. 60.

Ha, no projecto italiano, a categoria dos delinquentes por tendencia, aquelles que "rivelano istintiva tendenza a delinquere" (art. 104).

Ha, no projecto brasileiro, elementos que poderão concorrer para classificação dos criminosos, mas a verdade é que nelle não se encontra classificação systematica. Neste assumpto, pareceu-me que não poderíamos passar de alguns agrupamentos principaes. Classificações de criminosos, temol-as ás mãos cheias. Qual, porém, a que corresponde á realidade scientifica e que, portanto, pode offerecer base segura ao codificador? Em nenhuma deixariamos de contemplar os reincidentes, justamente porque a reincidencia é facto verificavel. Se ficamos, porém, exclusivamente, no facto, seremos injustos e empiricos, porque este facto só adquire significação quando se apresenta como indice de periculosidade. Quando não, entre o primeiro e o segundo crime, es-

taremos entre dous factos distinctos, que devem ser apreciados separadamente. O que os liga entre si é que elles partem da mesma fonte, da mesma predisposição, da mesma tendencia inherentes á personalidade do delinquente. Esta personalidade será examinada.

O projecto Rocco, no art. 104, qualifica como delinquente por tendencia aquelle que commette crime doloso *che, di per se, o unitamente ad alcuna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo 134, riveli nel colpevole una istintiva tendenza a delinquere.*"

Eis como dispõe o art. 134 no seu ultimo paragrapho:

Il giudice deve tener conto altresì della malvagità e della pericolosità del colpevole, desunte, oltre che dalla gravità del reato:

1° — *dai motivi a delinquere;*

2° — *dal carattere e, in genere, dalla personalità del reo;*

3° — *dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del colpevole antecedente al reato;*

4° — *dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;*

5° — *dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.*

E' justamente isto o que diz o projecto brasileiro em menos palavras, de fórma que, se essa tendencia a delinquir não me levou a crear, como o legislador italiano, uma classe especial de delinquentes, serviu-me, entretanto, para sobre ella basear o conceito subjectivo da reincidencia.

Dado este conceito e o fim que com elle visava, era-me indifferente que a sentença condemnatoria anterior houvesse emanado de algum tribunal estrangeiro.

E' verdade que alguns codigos exigem uma sentença nacional, mas é preciso attender ao tempo em que foram promulgados, e ás concepções então dominantes.

Eis como se exprime PRINS criticando o codigo belga:

En exigeant comme condition d'existence de la récidive une condamnation antérieure émanée d'un tribunal belge, on ne tient pas compte de la généralisation de l'usage du casier judiciaire, du caractère international de la justice et de la facilité croissante des déplacements pour les aventuriers à antécédents judiciaires. (Science Pénale, p. 314, n. 520.)

Criticando disposição, que lhe parecia identica, do Codigo penal argentino, responde PECCO com argumentação cerrada e irretorquível, aos que, saturados de nacionalismo bem inoportuno, fazem questão que emane de tribunal do paiz a sentença pelo primeiro crime.

Esta não é a tendencia moderna, não a adoptou STROOSS no seu projecto, e contra ella se pronunciou, em 1910, o Congresso Penitenciario de Washington.

Neste caso, tudo se reduz a uma simples cautela, a do n. v do paragrapho unico do art. 139, excluindo a sentença estrangeira por crime que, segundo a lei brasileira, não admita extradição.

Cumpr-me agora attender á critica de JÍMENEZ DE ASÚA.

Depois de elogiar o modo por que conceituei a reincidencia, escreve o preclaro professor espanhol: *Sin embargo, es lamentable que la habitualidad sobrevenga automáticamente con el tercer crimen, sin que se aprecie el índice subjetivo de inclinación al delito.*”.

Realmente, na Parte Geral publicada em 1927, dispunha o art. 191 — O criminoso, cuja reincidencia se verifica pela pratica do segundo crime, será havido por habitual, se commette um terceiro.

A critica de ASÚA não me parece procedente. A pratica do segundo crime não basta para que a reincidencia se verifique, será tambem preciso que das causas, moveis e circumstancias do segundo crime a tendencia a delinquir se manifeste. Se é praticado um terceiro, não temos mais que cogitar dessa tendencia, porque já a verificámos quando o punimos pelo crime anterior e o consideramos reincidente. Legitimamente podemos então havel-o por habitual, porque o sentido anthropologico da reincidencia não se firma senão na propria natureza do delinquente, concorre elementarmente á constituição de sua personalidade, é o que os canonistas chamavam um *attributo* e não uma *qualidade*, accidental e variavel. Os positivistas se prevalecem, justamente, desta fixidez, que o meio social só muito lentamente modificará, para approximar a *tendenza a delinquere* do projecto Rocco da concepção lombrosiana do criminoso nato.

Entretanto, a critica de ASÚA cabe perfeitamente á Parte Geral definitiva, publicada em 1928, porquanto dispõe o paragrapho primeiro do art. 140 que “verificar-se-á a reincidencia pela pratica de terceiro crime, independentemente do disposto neste artigo”, isto é, independentemente da verificação de irreprimida tendencia a delinquir.

As razões que me guiaram ao redigir este dispositivo ligam-se á preocupação de manter sempre contacto com a consciencia popular e não enfraquecer a repressão.

Não entra na comprehensão do povo esse criterio subjectivo de se apurar a reincidencia pela tendencia a delinquir. A sua intelligencia é simplista e objectiva. Elle vê que o delinquente commetteu dous crimes em épocas differentes e de nada mais quer saber.

Que o juiz não o considere reincidente já o suprehenderá, mas esta surpresa se transformará em protesto se depois de terceiro crime ainda o isentar da reincidencia.

Reconheço, entretanto, que o paragrapho acima transcripto, embora excepcionalmente, estabelece criterio objectivo da reincidencia, contrariamente ao do seu artigo. Por isso mesmo é excepção.

Se o Congresso entender que as razões por que o redigi não procedem, porque sobre as mesmas deva primar a logica systematica, que o corrija. Apenas advirto que seria deploravel a impressão causada pela sentença que não declarasse reincidente o individuo, cujo *curriculum vitæ* registrasse uma serie de crimes.

Do concurso de crimes

(Arts. 141 a 145)

Na pluralidade concurrente de crimes, a tres diversas orientações podemos subordinar a applicação da pena:

I, a cada crime a sua pena, *quot delicta tot pœnæ*. E' o systema da accumulção material. Proclama PRINS a impraticabilidade deste systema, porquanto, mesmo em se tratando de infracções leves, nos conduziria a uma pena total exaggerada e, em alguns casos, á pena perpetua. Observa MITTERMAIER, citado pelo Dr. GALDINO DE SIQUEIRA, que com a addição de muitas penas augmenta-se a intensidade de cada uma dellas, fazendo crescer a pena, não em proporção arithmetica, mas em proporção geometrica. Além disso, nos crimes punidos com penas restrictivas da liberdade, muitas vezes a accumulção tornaria o castigo perpetuo, e, nos punidos com multa, poderia levar ao confisco, o que não póde estar no pensamento do legislador.

II, consideramos todos os crimes em conjuncto e applicamos uma pena só, a do mais grave. E' o systema da absorpção, *pœna major absorvet minorem*.

Se o primeiro systema pecca pelo seu rigor, pecca este pela sua indulgencia. Elle assegura ao inculpado por crime grave, escreve PRINS, a certeza da impunidade para todas as outras infracções. Desde que tenha applicado a pena mais forte, esgotou o juiz o seu direito, e não mais poderá ter em linha de conta factos que reclamam pena menor.

III, applicamos uma pena que ultrapasse a mais forte, mas fixamos o augmento em limites intransponiveis. Esta é a unica solução pratica, no entender do grande criminalista belga. “Pois que não é possivel, diz elle, sommar simplesmente as penas de cada um dos crimes, nem nos limitarmos á mais forte, é preciso então, de uma parte, ficar aquem do total das penas cumuladas e, de outra parte, ir além do maximo da pena mais forte. Importa esta solução em fazer do concurso de infracções uma circumstancia aggravante dos factos que acarretem a pena mais forte, e majorar-lhe o maximo em limites que a lei fixará.”

Este é o systema da accumulção juridica, e o adoptei convencido de ser elle o que melhor corresponde ás exigencias da defesa social e mais perfeitamente conforme com a orientação geral do projecto.

Comprovo a primeira proposição com as seguintes palavras de PRINS:

On punit plus sévèrement parce que le danger résultant de la perpétration d'une série d'infractions successives est plus grand que le danger résultant d'une seule infraction. Personne ne conteste que le récidiviste ne soit en général plus dangereux que le délinquant d'occasion. Or, personne ne peut contester non plus que l'individu qui a commis plusieurs infractions non encore jugées ne soit en général plus dangereux que le délinquant d'occasion. Deux ou trois infractions de-

couvertes à la fois révèlent à coup sûr un penchant criminel au même titre qu'un casier judiciaire, et ce sont souvent les délinquants les plus redoutables qui parviennent le mieux à échapper, pendant une certaine période de temps dont ils profitent, à toute poursuite criminelle." (Science Pénale, p. 320).

A segunda proposição demonstra-se com os varios textos do projecto em que sempre procurei, ao invés do crime, considerar a personalidade integral do delinquente, para lhe destacar a criminalidade, de modo que se possa colher a expressão una e total dessa personalidade e não fragmental-a, desdobral-a, dissocial-a, por tantos crimes quantos tenham sido commettidos.

Se a estes propositos attendi, mandando, no art. 141, proporcionar o augmento á gravidade e circumstancias dos outros crimes e á temibilidade do delinquente, por outro lado lhe resguardei a liberdade determinando que o augmento não excederia á metade da pena do crime mais grave, e ao maximo se reduziria, quando, com elle, a pena total o ultrapasse. Com ligeiras alterações, corresponde o art. 141 do projecto brasileiro ao art. 65 do projecto suizo de 1918:

Lorsque, par un seul ou par plusieurs actes, un délinquant aura encouru plusieurs peines privatives de liberté, le juge le condamnera à la peine du délit le plus grave et en augmentera la durée d'après les circonstances, mais pas au delà de la moitié en sus du maximum de la peine prévue pour le délit. Il sera, en outre, lié par le maximum légal du genre de peine.

Levantava-se a questão, em face do art. 66 do nosso Codigo Penal, de serem as regras do concurso de crimes sómente applicaveis num mesmo processo, ou em processos diferentes. "A solução, escreve o Dr. GALDINO DE SIQUEIRA, não póde deixar de ser senão pelo ultimo aspecto, já deante dos principios, já deante da propria letra do texto legal. Se ha toda a conveniencia em que em um só processo se effectivem as regras sobre a concorrência de penas por motivo de concorrência de delictos, essa razão não póde ir ao ponto de impedir a applicação dessas regras quando os delictos não façam objecto de um só processo, por isso que ellas traduzem principios de utilidade social e de garantia da liberdade individual, cuja segurança não deixaria de ser precaria, se o julgamento judicial pudesse influir sobre a qualidade da pena". (*Direito Penal Bras.*, vol. I, pag. 642).

Em dous dispositivos do Projecto esta questão é considerada, no art. 143, n. 1, e no art. 145.

No primeiro declara-se que "as regras dos artigos anteriores tambem se applicam ao que é julgado por novo crime, não tendo ainda cumprido a pena do anterior".

Para o devido confronto, transcreverei alguns textos similares estrangeiros.

Projecto allemão de 1909:

"§ 93. As disposições dos §§ 91 e 92 são tambem applicaveis quando, antes de cumprida, prescripta ou

supprimida a pena pronunciada, occorre condemnação por causa de acto punivel, que tenha sido commetido antes da condemnação anterior."

Codigo Penal argentino:

"Art. 58. As regras precedentes tambem se applicarão no caso em que, depois de condemnação pronunciada por sentença irrecorrivel, se deva julgar a mesma pessoa que esteja cumprindo pena por outro facto distincto; ou quando se tiverem pronunciado duas ou mais sentenças irrecorriveis com violação das ditas regras."

Projecto italiano de 1927:

"Ar. 78. As disposições dos artigos precedentes tambem se applicam no caso em que, depois de sentença ou decreto de condemnação, se deva julgar a mesma pessoa por outro crime commetido anteriormente ou posteriormente á mesma condemnação, ou quando contra a mesma pessoa se devam cumprir algumas sentenças ou decretos de condemnação."

Estes dispositivos entre si se distinguem por simples matizes.

Assim que o allemão exige que o acto punivel seja anterior á condemnação ainda não cumprida; o argentino, a uma pena que está sendo cumprida; o italiano pouco se importa que o crime tenha sido commetido antes ou depois daquelle por que o delinquente foi punido.

Vê-se bem que o ponto de vista dominante, o alvo que se procura attingir, é o da unificação das penas, e, por isso, limitei-me a exigir que a primeira pena não estivesse cumprida.

A repressão penal ainda não se exerceu sobre o delinquente, porque á mesma elle conseguiu esquivar-se. Se de novo a provoca, ha de necessariamente a Justiça ter em consideração a sentença anterior não cumprida para unificar a pena. Se está cumprida em parte, terá este facto na devida conta, computando na unificação o que já se cumpriu. A condemnação perempta ou prescripta não entra em linha de conta no concurso, porque estará no mesmo pé duma sentença integralmente cumprida.

A unificação da pena, em tal caso, é reclamada pela defesa social e pela liberdade individual.

A personalidade do delinquente é uma. Salvo os casos de dissociações morbidas, ella não se nos apresenta como um feixe de *membras disjecta*, do qual possamos destacar este elemento para tal crime, aquelle para tal outro. A Justiça tem de considerar essa personalidade na sua unidade organica e irreductivel, applicando-lhe uma pena só, varios embora tenham sido os crimes commettidos. Assim procedendo, ao mesmo tempo defende-o contra a pluralidade de penas que, somadas, attingiriam ao exaggero, e, portanto, seriam injustas.

Duas hypotheses, na pratica, poderão verificar-se: as regras do concurso não foram observadas, ou não podiam

ser observadas. Esta ultima hypothese póde occorrer quando interveem successivamente duas justiças estaduaes ou a justiça estadual e a federal. E' claro que a pronunciação da segunda pena unificadora annulla a primeira sentença, o que não póde fazer o juiz de um Estado contra o de outro ou da União.

Duas ou mais sentenças então coexistem e nenhuma jurisdição tem competencia para reduzi-las á unidade. A revisão resolve a difficiuldade e o Supremo Tribunal pronunciará a ultima palavra. Este é o sentido do art. 145.

Da extincção da acção penal e da condemnação

(Arts. 146 a 161)

O nosso legislador penal não dispensou a esta materia a attenção que a sua relevancia reclamava. Para comprovar o asserto, não preciso fazer-lhe a critica, ella já está feita.

Notarei com FLORIAN que a acção, nascida do crime, tem por finalidade a sentença, e que esta tem por finalidade a execução. A acção é proposta para que uma sentença se profira, e uma sentença é proferida para que uma pena se cumpra.

No primeiro caso, temos um indiciado, porque ainda lhe não apurou a culpa a sentença; no segundo, teremos um réo, se ella o condemna.

Com estas expressões não apuro rigores de technica processual, apenas tenho em vista accentuar os dous momentos capitaes — da acção e da execução. Uma e outra extinguem-se, mas nem sempre pelas mesmas causas.

Do confronto do art. 146 com o art. 154, ver-se-á que são communs:

- 1) a morte,
- 2) a amnistia,
- 3) a prescripção,
- 4) o casamento.

Passemol-as rapidamente em revista.

A MORTE. *La muerte del imputado*, escreve PECO, *extingue l'acción y con mayor razón la pena. Brota tan espontánea del intelecto, que hasta extraña su inclusión en los cuerpos legales.*

Tem aqui inteira applicação o brocardo — *mors omnia solvit* —, mas, embora se imponha como conclusão espontanea da nossa intelligencia, não me pareceu ociosa a referencia expressa á morte como causa extinctiva. Assim o fazem os codigos mais recentes e os projectos de reforma elaborados neste vintennio.

A nossa Constituição a consigna no art. 72, § 19, nestes termos: "Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente".

A collocação deste paragrapho na *Declaração de direitos* delata o seu alcance politico. O legislador constituinte quiz varrer do nosso estatuto fundamental os residuos das legislações absolutistas do passado, que consagravam a transmissibilidade da pena.

Se a pena não passa da pessoa do delinquente, com a sua morte se extingue, não só a pena que se impoz, como a acção

necessaria para impol-a, e esta causa extinctiva natural devia ser compendiada entre as demais, quando mais não fôra, pela vantagem de compendial-as todas.

A AMNISTIA. Diz o art. 148 que a amnistia apaga a culpa e cancella o processo, é, portanto, uma causa extinctiva commum á acção e á execução. Medida politica, por excellencia, ella visa normalmente os crimes politicos; para que actue como causa extinctiva nos crimes communs, é preciso que expressamente os nomeie. Esta extincção, porém, não se estende aos objectos confiscados, nem á reparação civil.

Esses objectos, porque quem delles se utilizou tenha sido amnistiado, não perdem o seu character de perigosos á segurança geral e á ordem publica, e o seu uso é punido como contravenção em qualquer tempo. A reparação civil entende com o patrimonio dos particulares, e nesta obrigação se subroga o Estado, se da responsabilidade isenta o amnistiado. A acção e a pena são, por assim dizer, cousas suas e com ellas poderá ser liberal; não, porém, com a propriedade privada, da qual, mesmo nos casos de utilidade ou necessidade publica, não se apossa senão préviamente indemnizando.

A PRESCRIPÇÃO. E' um instituto asperamente combatido, mas com o qual todos os reformadores transigem, por ser de simples intuição a influencia do tempo sobre as cousas humanas e que, no caso vertente, ella se deve exercer assim sobre a acção como sobre a condemnação.

Os prazos da prescripção, porém, não podem ser os mesmos nos dous momentos. Com a sua policia e a sua justiça se aparelha o Estado para descobrir os criminosos e punil-os. O tempo, dentro no qual, ha de exercer a acção necessaria para tal fim, não póde ser o mesmo em que prescreverá a pena, que impoz. Aquelle será mais curto do que este. Nos crimes de acção publica, esta prescreverá em vinte annos, quer o maximo generico possa ser attingido, quer em mais de quinze se tenha fixado o especifico.

Quando o maximo generico póde ser attingido, é que se trata de crime muito grave. Esse maximo é de trinta annos, nós não temos a pena de morte nem a prisão perpetua. Nos crimes punidos com estas penas, prescreve a acção penal em vinte annos, segundo os projectos allemão e suiso, e em vinte e cinco, segundo o austriaco.

O mesmo criterio não podia servir para a acção privada ou a que o Ministerio Publico promova sómente mediante representação da parte.

Neste caso, sobre o interesse publico prima o interesse privado e deste melhor juiz é o offendido que o Estado. E', porém, por attender a melindres da familia ou á propria sensibilidade do offendido, que o Estado excepcionalmente lhe faculta o exercicio da acção. Uma prescripção de curto prazo deveria ser aqui estabelecida e o art. 149 a fixa em seis mezes.

Não era preciso dizer que o direito de representar ou dar queixa tambem prescreve no mesmo prazo, uma cousa implica a outra. Deante da acção prescripta, como exercer semelhante direito? Repelliria o ministerio publico a representação, como o juiz a queixa.

O projecto austriaco, por exemplo, no § 75, diz que "o direito de dar queixa privada se extingue, se não é exercido dentro em tres mezes", ao passo que o allemão, § 64, assim se

exprime: “a acção não terá logar, se a lei a faz depender da queixa privada, e esta não foi dada dentro em tres mezes”. Como se vê, é a mesma idéa, expressa de maneira differente.

O art. 155 está subordinado á epigraphé — *Da extinctão da condemnação*, — refere-se, portanto exclusivamente, á pena.

Como observa PRINS, mais racional e defensavel é o principio da prescripção da acção que o da pena. As razões, com que se justifica a primeira, não subsistem na segunda. Risco de erro, já não existe; a culpabilidade está reconhecida em juizo; a sociedade cumpriu o seu dever e se encontra deante de um criminoso sentenciado. Porque lhe deixar o recurso da impunidade pela fuga? (*Science Pénale*, p. 560).

FLORIAN encara a questão pelo mesmo prisma: *Le stesse cose debbono retinersi con maggior rigore a proposito della prescrizione della pena, giacchè qui noi abbiamo la colpevolezza solennemente constatata e dichiarata; ed il timore che le prove del reato si disperdano, no ha più agione di essere.*

Entende GAROFALO que devemos excluir da prescripção todos os criminosos, cujo comportamento confirmou o diagnostico da incorrigibilidade. Como este diagnostico é dado pela sentença, claro se faz que a exclusão só abrangerá condemnados, e que a prescripção, neste caso, só se refere á pena. Não ha no Projecto a categoria especial dos incorrigiveis. Como o disse noutro logar, a incorrigibilidade é uma hypothese; facto, é a reincidencia, facto, é a habitualidade. Sobre estas foi que construi. Tive igualmente em conta a influencia do tempo na acção como na condemnação, mas comprehendí que uma deveria ella ser antes da sentença, outra, depois.

Nenhuma restricção fiz em se tratando da prescripção da acção, ella abrange todos os criminosos; se é, porém, da prescripção da pena que se trata, della só beneficiarão os reincidentes e habituaes que provarem boa conducta durante o seu curso.

PRINS ia mais longe: “*La prescription de la peine ne devrait donc, en aucun cas, être admise en faveur des délinquants récidivistes.*”

FLORIAN é mais brando: “*La prescrizione sarebbe ammessa pei delinquenti d'occasione o di passione, particolarmente per quest'ultimi, non pei delinquenti pazzi, nati, abituati. Naturalmente occorrerà sempre la prova della loro emenda; onde dovrebbe farsi sempre il giudizio, come, del resto, accade anche ore.*” (*Tatatto*, v. I, p. 429.)

Exclui os reincidentes e habituaes da prescripção da pena, era o que a defesa social exigia; a ella, porém, os admitti, sob a condição de provarem boa conducta, isto é, de nos offercerem uma base segura sobre que pudesse assentar a presumpção de sua emenda.

O CASAMENTO. Celebrado antes de iniciada a acção ou no seu curso, o casamento a extingue; celebrado depois da sentença, extinguirá a condemnação. O nosso legislador não arrolou esta causa commum extinctiva no art. 71 do Código Penal, mas assim dispoz no art. 276: “Não haverá logar imposição de pena se seguir-se casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos órphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou aprazimento da offendida, se for maior.”

Não analyso o texto, os seus disparates saltam aos olhos. Delle só se aproveita a idéa central, isto é, ser o casamento uma causa extinctiva assim da acção como da condemnação.

O resto, ou consiste em noções desconnexas e erroneas sobre os effeitos do casamento, ou em indebita intromissão na esphera, não só do juiz que o celebra como na do escrivão pe-

Vejam agora as causas extinctivas especiaes. rante o qual corre a habilitação.

CAUSAS EXTINCTIVAS DA ACÇÃO:

- 1) cousa julgada,
- 2) renuncia,
- 3) retratação.

Esses meios de extinctão pertencem antes ao direito processual, mas, tendo em vista, por um lado, o caracter substantivo da acção e, por outro, a competencia exclusiva da União para legislar sobre o direito penal, deviamos aqui arrolal-os, por que se não quebrasse a unidade constitucional nesta materia.

A' cousa julgada fazem especial referencia VON LISZT, á p. 466, v. I do *Tratado*; PECO, á p. 475 de *La Reforma Penal*, e o projecto no art. 244, parag. unico.

Nos crimes, cuja punição depende de queixa, a renuncia do querellante é uma causa extinctiva da acção. Não póde transigir o Ministerio Publico com o interesse geral, mas bem o póde o particular com o que lhe é proprio.

Estabelece o projecto uma condição para que a renuncia seja valida, e uma vez que ella esteja preencheda, a acção estará extincta.

Igual efficacia tem a retratação do querellado. Se este, chamado a Juizo, se retrata da imputação injuriosa da calumniosa que me irrogou, plena reparação me foi dada, e, se prosigo na acção, dahi por deante o que me move é um sentimento inferior de vingança. Não deve permittir a lei que, para exercel-a, eu recorra aos órgãos tutelares do direito e da justiça.

Passemos ás causas extinctivas especiaes á condemnação:

- 1) o cumprimento da pena,
- 2) o indulto,
- 3) o perdão do offendido,
- 4) suspensão ou livramento.

Não vê FLORIAN, no cumprimento da pena uma causa extinctiva da condemnação, como não vê na sentença uma causa extinctiva da acção. (*Tratatto*, v. I, p. 399). “Evidentemente, diz elle, quando se pronuncia a sentença e esta adquire a autoridade de cousa julgada, a acção não está extincta, mas ex-haurida, levada a seu termo ou, como dizem outros, consummada; igualmente não está extincta a condemnação quando a pena é expiada ou, por outra fórma, cumprida pelo réo. Com o julgamento, a acção penal, e com a execução, a sentença condemnatoria, recebem ambas a mais ampla actuação, alcançando cada uma dellas o respectivo fim caracteristico e essencial”.

Theoricamente assim poderá ser, mas, na realidade, somos levados a não ver neste raciocinio senão um jogo de palavras. Na pratica, que é uma acção, que é uma condemnação ex-haurida e consummada senão uma acção e uma condemnação extincta? Por isso é que nós dizemos, como o diz PECO, que — *la pena también se extingue por el cumplimiento de la con-*

dena. E' o principio do *non bis in idem* que aqui se consagra, como o fez, por exemplo, o Codigo Penal de Hollanda no artigo 68, especialmente em o n. 2 da alinea, em que prevê a *condamnation suivie d'execution totale* como causa extinctiva.

Praticamente, portanto, a condemnação se extingue pela execução, e tecnicamente esta causa extinctiva devia ser arrolada entre as demais.

Pelo art. 48, n. 6, da Constituição, "compete privativamente ao Presidente da Republica indultar e commutar as penas nos crimes sujeitos á jurisdicção federal..."

Não se trata aqui de penas *in abstracto*, como o legislador no Codigo as commina, mas de penas *in concreto*, como o juiz na sentença as applicou. Toda pena applicada presuppõe necessariamente uma sentença, e toda sentença um processo. Não é, portanto, o indulto causa extinctiva da acção e da condemnação, mas apenas desta.

Isto me contestaram, porque houvesse o Supremo Tribunal concedido *habeas-corporis* a insubmissos ainda não sentenciados. A conclusão, que dahi poderíamos tirar, seria a de que, na deserção e insubmissão militar, licito será ao Presidente da Republica usar do indulto antes de processo e sentença, e que, neste caso, elle será uma causa extinctiva da acção penal *militar*. Ha, realmente, na Constituição, textos relativos ás forças armadas que, conjugados com os concernentes a prerogativas do Presidente, poderão apoiar semelhante these. O que não ha na jurisprudencia do Supremo Tribunal (e se ha, eu o desconheço, embora acabe de lhe correr o indice) é um julgado dizendo que, nos crimes communs, póde o indulto ser concedido antes da sentença condemnatoria. Se apesar de tudo, este julgado existe, não serei eu que por exemplar o tenha, quer em face do texto constitucional, quer em face da natureza e indole do indulto. A argumentação de BARBALHO e AMARO CAVALCANTE em que se poderia apoiar um tal aresto, em se tratando de crimes militares, nenhuma applicação teria, em se tratando dos communs, bastando notar que, na primeira hypothese, não é só o art. 48, n. 6, da Constituição, que está em jogo, ao passo que, na segunda, sómente com este podemos jogar. Mas, este dispositivo é tão claro que, pela sua lettra, o interpretaremos. Não desejo entrar a fundo na discussão desta materia, sob o ponto de vista constitucional, fal-o-ei, porém, perante a commissão parlamentar, se me conceder a honra da sua audiencia, e, perante ella, a mesma questão se levantar.

No terreno exclusivamente penal nenhuma discussão seria possivel, o assumpto é dos taes que entraram na categoria inalteravel das verdades pacificas, axiomaticas e banaes.

Citar um autor é citar todos. *La cosi detta indulgenza sovrana*, escreve FLORIAN, *com'è modernamente concepita, si esplica con l'amnistia. l'indulto e la grazia. E' noto, che la prima toglie il reato e ne cancella ogni traccia; che l'indulto e la grazia agiscono sulla pena già inflitta, condonandola e commutandola. Cosicché, in relazione al tema nostro, l'amnistia é un modo di estinzione insieme e dell'azione penale e della condanna penale; l'indulto e la grazia sono, invece, modi di estinzione proprii solamente delle condanne penali.* (Trattato, v. I, p. 404.)

No projecto suisso (art. 78), o indulto é assimilado á execução.

O projecto Rocco assim dispõe no art. 174: *L'indulto o la grazia condona in tutto o in parte la pena inflitta, o la commuta in altra specie de pena stabilita dalla legge: ma non estingue le pene accessorie, né ogni altro effetto penale della condanna.*

O perdão do offendido, para influir como causa extinctiva da condemnação, está subordinado a tres condições: acceitação pelo condemnado, não ter promovido a acção o Ministerio Publico, nem ser elle a resultante de uma transacção immoral (art. 113, n. IV).

A acceitação é do codigo vigente, art. 77, e foi por JOÃO VIEIRA acoimada de absurda. "Compreende-se, diz elle, que, enquanto não é condemnado, recuse o querellado o perdão, para defender-se e mostrar a sua innocencia, mas já condemnado, é absurdo."

O que me parece absurdo é cogitar-se de um perdão anterior á condemnação. Perdoar o que, perdoar a quem? Até que a criminalidade do facto e a sua autoria se apurem, de positivo e concreto só existe a propria querella. Seria simplesmente comico que, nesta phase do processo, viesse o querellante ostentar generosidade concedendo o perdão por um facto que ainda se não verificou, a um indiciado que ainda não é réo.

Para o saudoso criminalista pernambucano é *quasi gratuita* a hypothese da recusa. Tiremos o *quasi* e ahi temos a recusa.

Que fazer então? E porque essa hypothese é gratuita? Ha perdões affrontosos. Circumstancias pódem occorrer em que ao homem de brio menos repugne cumprir a pena que acceitar o perdão. E quando, convencido da sua culpa, arrependido do mal que fez, elle entender que sómente o cumprimento da pena o deixa em paz com a sua consciencia?

Depois, de tudo, perdão é liberalidade e ninguem póde ser obrigado a acceitar liberalidades.

Não ha que sair desta alternativa: ou se nega ao querellante a faculdade de perdoar ou se faculta ao querellado recusa do perdão.

A suspensão da pena e o livramento são condicionaes. Verificando-se a favor do réo o implemento da condição, ella retroage para deprimir a condemnação. Ahi temos, portanto, mais uma causa extinctiva que não devia ser omitida.

Da reparação do damno

ARTIGO 162

No exame desta materia, convém confrontar com o art. 162 os arts. 53, 82, 101, 147, 148 e 161, paragrapho unico.

Os antecedentes nacionaes são discordantes.

No seu art. 31, prescrevia o Codigo Criminal de 1830 que "a satisfação teria logar depois da condemnação do delinquente por sentença em juizo criminal passada em julgado, e nos paragraphos abria as excepções a esta regra.

O Codigo do Processo Criminal de 1832, obediente a este preceito, mandou consignar na queixa ou denuncia o valor provavel do damno, avalial-o na pericia, e sobre o mesmo formular quesito especial.

Esses dispositivos foram revogados pela lei de 3 de dezembro de 1841, prescrevendo no art. 68: "A indemnização, em todos os casos, será pedida por acção civil, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime."

Dispõe o código vigente, no art. 70, que — "A obrigação de indemnizar o damno será regulada segundo o direito civil".

Por sua vez o Código Civil, promulgado vinte e seis annos depois, assim dispõe no art. 1.525: "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Nem todo o acto illicito é crime, mas todo crime é acto illicito. Consagrando um capitulo á *liquidação das obrigações resultantes de actos illicitos*, nelle regula o Código Civil a indemnização no caso de homicidio, ferimentos e offensas á saude, crimes contra a liberdade em geral, ou especialmente, contra a liberdade sexual, e outras figuras delictuosas.

Nesta materia, a nossa legislação penal e a nossa legislação civil estão unificadas sob a égide do mesmo principio, que é assim formulado pelo legislador: "a responsabilidade civil é independente da criminal".

Este principio é falso? Não, elle é verdadeiro. Em materia de legislação, porém, não é a verdade theorica que domina, é a utilidade pratica. Essa utilidade imporá muitas vezes ao legislador, como verdade pragmática, um principio que, theoreticamente, não seria de facil justificação.

Haveria utilidade em subverter esse regime, em quebrar essa unidade, em estabelecer no Código Penal um principio opposto ao que foi consagrado no Código Civil? Não o creio.

É verdade que uma prestigiosa corrente na criminalistica estrangeira propugna por orientação contraria e, sob este aspecto, poderíamos encarar a concepção do Código Criminal de 1830 como genial antevisão do futuro. Nem o prestigio dessa corrente, nem a seducção de um certo amor proprio nacional nos devem perturbar a razão no resolver este problema.

Talvez tivessem elles influido no elaborador do decreto n. 16.273, de 1923, de reorganização da Justiça do Districto Federal, para inserir neste diploma os seguintes dispositivos:

Art. 49. Ao juiz criminal é facultado pronunciar-se sobre o pedido civil da indemnização ou restituição que, conjunctamente com a acção criminal, seja pleiteada como consequencia do delicto.

§ 1.º Quando o julgamento do delicto seja da competencia do Tribunal do Jury, taes attribuições são conferidas ao seu presidente.

§ 2.º O juiz criminal decidirá sómente da procedencia ou não do pedido, competindo ao juiz do civil a liquidação da sentença.

Estes dispositivos são de alcance limitado, não vigem fóra das fronteiras do Districto Federal e a expressão — é *facultado* — mantém a dualidade da competencia civil e cri-

minal nesta materia. Não sabemos, pela redacção do texto, se elle é applicavel assim á acção privada como á publica, se nesta o Ministerio Publico requer de officio a indemnização ou se é preciso que intervenha o particular.

O autor desta regulamentação estava sob a influencia immediata da reforma processual promovida na Italia per FINOCCHIARO-APRILE.

A prestigiosa corrente a que, linhas acima, me referi, tinha que desdobrar a sua acção reformadora pelo campo do direito substantivo e pelo do direito adjectivo, pelo código penal e pelo processo. Quanto ao primeiro, tendem os seus esforços a deslocar do direito privado para o publico o conceito juridico da reparação do damno causado pelo crime.

Eis como a proposito argumenta FERRI: "Na defesa social contra a criminalidade, os meios *reparadores* têm grande importancia, embora até aqui, com os *preventivos*, tenham sido relegados para o segundo plano, em confronto com os meios *repressivos e eliminatorios*. E como todos esses meios de defesa social contra o crime sejam de interesse publico, dahi naturalmente deriva o conceito juridico, desde o começo sustentado pela escola criminal positiva, que a obrigação do delinquente resarcir o damno á parte lesada não é sómente de direito privado, como a obrigação decorrente, por exemplo, da inexecução de um contracto, mas é essencialmente e sempre de direito publico". (*Relazione*, p. 126).

Lembra FERRI a ordem do dia do Congresso de Roma de 1885, em que se postulava a reforma da legislação processual neste sentido, "considerando a realização do resarcimento como função social commettida de officio ao ministerio publico durante o processo, ao juiz na condemnação e á administração carceraria na eventual recompensa do trabalho penitenciario e nas propostas de liberação condicional".

A reforma de FINOCCHIARO-APRILE não satisfazia completamente ao programma ferriano porque, depois do *ricognoscimento platonico nella sentenza di condanna penale*, devia a parte lesada se expor *alle lungaggini, ai dispendi ed alle sorprese di un processo civile, per realizzare praticamente il suo diritto verso il delinquente, che nel frattempo avrà avuto agio di sottrarre il suo patrimonio all'obbligo della riparazione*.

A reforma FINOCCHIARO-APRILE, tal qual a do processo penal neste Districto, visava apenas este objectivo — permitir no juizo criminal o exercicio da acção civil de reparação que, na Italia como na Inglaterra, na Allemanha, nos Estados Unidos, só no juizo civil se podia exercer.

Com ella não se concentrava na jurisdicção criminal toda a questão, isto é, não se commettia senão eventualmente ao juiz criminal a dupla função de fixar a pena repressiva e a reparação patrimonial.

O ministro italiano justificava a innovação dizendo que "o exercicio da acção civil na jurisdicção penal não só é util á economia dos processos, por que assim se evita a contradicção das sentenças e a parte lesada póde obter mais facilmente, e com menor despesa, a reparação do damno, como tambem é um meio para reforçar a repressão".

A allegada contradicção de sentenças não se póde verificar entre nós, uma vez que no civil não mais se questionará sobre a existencia do facto e a sua autoria, já resolvidas no juizo criminal. A propria sentença absolutoria, desde que não

exclua a autoria, nenhum obstaculo poderia oppor á acção civil pelo damno.

Quando por sentença no juizo criminal já se reconheceu que o crime foi commettido e que determinado individuo é o seu autor, é logomachia vã accrescentar que elle está obrigado a reparar o damno. Isto é consequencia natural do crime, que é sempre um acto illicito, e todo o acto illicito obriga á reparação.

Que resta então por fazer? Levar esta sentença ao Juizo Civil para que se liquide a indemnização. E' o que preceitúa o projecto no art. 162, § 1º.

Os que pleiteiam solução diversa argumentam com a necessidade de considerar o phenomeno do crime na sua unidade integral e de impôr ao condemnado, numa só sentença, as consequencias de ordem publica e de ordem privada, que o seu crime comporta. Era preciso ainda não deixar em segundo plano a indemnização, como questão de ordem privada, porquanto a reparação material fortemente concorria com a pena para reforçar os freios inhibitorios do individuo na imminencia de delinquir.

Além disso, o juiz criminal, senhor do facto e das circumstancias, apresenta-se como o mais apto para regular a indemnização, e a victima, em geral pobre, difficilmente teria accesso á jurisdicção civil, cujo processo é complicado e lento.

A meu ver, o que ha de verdade nessas allegações não attinge os dois pontos seguintes: 1) que a reparação do damno é materia de direito civil, e, 2) que a repressão soffreria se, no crime, a pleiteassemos.

Se ha lesão patrimonial, a reparação ha de ser pedida a um outro patrimonio, e se me afigura impossivel deslocar esta relação entre dois patrimonios do campo do direito privado para o do direito publico, como o querem os positivistas.

Abrir no processo crime a necessaria margem á acção reparadora, seria, ou fazer marcharem simultaneamente as duas acções no mesmo processo, o que se tornaria tumultuario, ou paralyzar o processo-crime para que o civil o alcançasse no momento final do pronunciamento da sentença que applicasse a pena e fixasse a indemnização.

Não creio que a repressão ganhasse com isto alguma cousa, ao contrario, perderia muito de sua promptidão e rapidez.

Pareceu-me mais conforme com o seu interesse e com os principios deixar sempre o juizo civil aberto á victima para pleitear a reparação material e, por outro lado, considerar a sentença condemnatoria, pela qual se tornam certas e indiscutíveis a existencia do crime e a autoria, como sentença exequivel de indemnização que, no civil, apenas cumpre liquidar.

Ha evidentemente uma simplificação, e não pequena, em favor da victima, sem que nos afastemos radicalmente da tradição do nosso direito nesta materia. Não se me poderá acoiar de contradictorio por haver, no § 2º do art. 164, autorizado o juiz criminal a fixar a reparação do damno illiquido. Trata-se de fixação *provisoria*, para o simples effeito da rehabilitação, que não poderia ficar dependente da liquidação no juizo civil.

O paragrapho 2º do art. 162 deve ser eliminado. Na Parte Geral publicada em 1927, a multa se revestia de character mixto, e assim me era licito attribuil-a por vezes á victima como reparação civil. Não me seria difficil defender e justificar esta concepção; preferi, porém, abandonar-a, convencido de que muito lucra um Codigo quando os seus institutos são de estylo simples ao invés de composito.

O paragrapho indicado obedece á concepção primitiva da multa, mas destôa da definitiva e, por isso, é que indico a suppressão.

Ha no § 3º do art. 162 duas clausulas que cumpre separar para melhor analysal-as.

O damno é uma relação entre dois patrimonios. Desde o momento em que é causado, elle adhere passivamente ao de quem o causou e activamente ao de quem o soffreu. Pela sentença criminal, que põe fóra de questão a existencia do crime e a autoria, ficamos sabendo quem são o credor e o devedor e outra cousa não temos que fazer na jurisdicção civil senão apurar o *quantum* da divida. Se, nesse interim, sobrevém a morte do devedor, isto nos é indifferente, porque nada pedimos á sua pessoa, mas a seu patrimonio, visto como não temos uma pena por applicar, mas uma divida por cobrar. Esse patrimonio não se podia transmittir sem os seus encargos, sem que o *ere alieno* houvesse sido *deducto*. E como esta deducção se não houvera feito, fazemol-a na quota de cada herdeiro, proporcionalmente ao que cada um delles haja recebido da herança, em obediencia ao art. 1.587, do Codigo Civil.

A segunda clausula é a que impõe a solidariedade passiva entre os socios, quando o autor do crime o commetteu como representante da sociedade.

Seria iniquo que a sociedade beneficiasse do lucro resultante do crime e não respondesse pelas suas consequencias patrimoniaes.

A victima soffreu a lesão, porque o autor do crime representava a sociedade, mas este não na representaria, se os socios o não houvessem investido dessa representação. A *affectio societatis* a todos liga pela mesma responsabilidade patrimonial, o que não obsta a que regressem contra o autor do crime, se o permite a lei civil ou commercial.

MENORIDADE

ARTIGOS 173 A 182

Dos angustiosos problemas que a sociedade propõe ao legislador criminal, para que elle os resolva, a delinquencia juvenil é o mais complexo.

Ninguém acertará com a solução do problema que não comprehendeu; ninguém comprehenderá o problema que não foi collocado nos seus devidos termos. O da criminalidade dos menores havia sido formulado em termos exclusivamente juridicos, e os codigos do passado lhe não podiam dar solução que não fosse exclusivamente juridica. Só recentemente o seu character social se revelou e assumiu a preeminencia que hoje tem.

Todo o problema social é complexo, e complexidade não problema quer dizer dificuldade na solução. Mil factores intervêm com que devemos contar, a cada qual attribuindo a sua influencia exacta e legitima na producção do phenomeno, para que a solução traduza a contribuição de todos.

Quando o legislador é chamado a resolver em uma fórmula juridica problema em que o factor social, como neste, accentuadamente intervêm, grande é o risco, que corre, de perder o senso scientifico da sua orientação.

O caracter social do problema franqueia o campo tecnico, dentro no qual se tem de mover o legislador, á invasão de dilettantes, cujos titulos nem sempre são escoimados de vicios, mas cujas pretensões sempre ultrapassam as fronteiras legítimas.

Esta intervenção é, entretanto, necessaria: o que cumpre é assignalar-lhe os justos limites.

Podemos julgar uma sociedade pela influencia que os órgãos espontaneos da sua sensibilidade moral exercem na solução technica de certos problemas. Aquellas em que homens de sciencia ou de Estado, empenhados na solução legislativa de problemas, como o da tuberculose, o do alcoolismo e o da criminalidade precoce, trabalham isolados da opinião publica, surda ás solicitações mais insistentes da solidariedade humana, são sociedades que ainda se não constituíram definitivamente ou que se decompõem.

Que essa sensibilidade se manifeste, é um bem; mas, convem não esquecer: para todo discurso ha uma peroração, para todo periodo, um ponto final, e para toda cousa a sua medida.

O seu papel não é o de resolver taes problemas, mas o de interessar a opinião publica na sua solução.

Se nesses limites não se confina, a sua intervenção concorrerá apenas para crear um ambiente artificial, uma atmosphera pesada e baixa, que exercera pressão sobre aquelles que têm de dar ao problema a solução technica, scientifica ou legislativa que elle reclama.

Não se desperta um movimento desta natureza na opinião publica senão reagindo contra um estado de cousas que desejamos abolir. Nenhuma reacção se ajusta mathematicamente á acção que a provocou. O exaggero é fatal. Em se tratando de um problema como este, deve o legislador, ao resolvê-lo, precatar-se contra a ambiencia que a sentimentalidade creou, ouvil-a, é certo, não, porém, lhe dar voz decisiva no capitulo.

O que vemos é que essa sentimentalidade tomou conta dos menores delinquentes e, contra todos os dados da experiencia scientifica, lhes creou uma psychologia especial, artificiosa e falsa, e tem a pretensão de subordinar a solução do problema ás premissas que fantasiou.

Procurei subtrahir-me a essa influencia para dar ao problema a solução juridica que o nosso meio comporta.

A primeira cousa por fazer era collocar-o nos seus devidos termos.

O ser humano é um organismo; quem diz organismo diz evolução; quem diz evolução diz uma série ascensional de estados dentro nos quaes essa evolução se processa.

A evolução intellectual do homem está subordinada á sua evolução physiologica. Não ha imputabilidade senão quando a nossa intelligencia attingiu aquelle desenvolvimento

que nos permite ter do mundo exterior, da vida social e das relações, que ella engendra, uma noção real e adequada. E, como até uma certa idade, a evolução physiologica não permite á intellectual apropriar-se daquella noção, desde o direito romano se reconheceu que, abaixo de certa idade, não ha imputabilidade. Toda a questão se reduz a fixar esse limite de idade, o que varia no tempo e no espaço.

Em direito civil como em direito penal, temos uma incapacidade absoluta e uma incapacidade relativa; os seus periodos, porém, não coincidem.

Pelo Codigo Civil, a incapacidade absoluta termina aos 16 annos e a relativa aos 21. Pelo Codigo Penal, termina a primeira aos 9 annos, mas poderá terminar aos 14, se o menor tiver agido sem discernimento. Dos 14 aos 21, a menoridade é attenuante; estaremos, portanto, em plena capacidade penal.

Essa differença entre a menoridade civil e a criminal assenta em razões intuitivas que me dispense de expôr, bastando notar que sendo a vida e a propriedade os dous grandes bens juridicos garantidos pelo Codigo Penal, desde a infancia recebemos as noções de homicidio e de furto e das sanções que elles acarretam.

Bani do projecto a questão do discernimento e fixei em 14 annos a menoridade absoluta e em 18 a relativa.

Contra menor de 14 annos não ha processo nem pena, mas simples inquerito sobre o facto, as suas circumstancias, a personalidade do menor, hereditariedade e meio, e medidas de defesa, preservação e educação, eis o que prescrevem os arts. 173 a 177 do projecto.

Dos 14 aos 18 annos, estamos na phase da menoridade relativa; vejamos qual a influencia dessa relatividade.

Dispõe o art. 178:

“Só a pena de prisão simples, com as modificações adeante especificadas, é applicavel a delinquentes maiores de quatorze annos e menores de dezoito. O contacto com sentenciados maiores lhes é vedado, e, nas prisões communs, não poderão permanecer senão pelo tempo minimo indispensavel á remoção para o logar onde deverão cumprir a pena, ou ser internados.”

A pena de prisão, segundo o projecto, é simples ou rigorosa, e é de regra que a delinquentes menores se applique a pena mais branda ou a modalidade mais leve da pena. Poderia relacionar aqui, em meu abono, os similares estrangeiros elaborados nestes ultimos trinta annos; creio, porém, que isto é desnecessario.

Vê-se do texto que a pena não será cumprida nas prisões communs; onde o será então? Dil-o-á o

Art. 179. Os menores de dezoito annos e maiores de quatorze, quando commetterem crimes, serão internados nos seguintes estabelecimentos:

- I, casa de reforma;
- II, navio-escola;
- III, colonia agricola;
- IV, casa de vigilancia.



Prescrevendo que só a prisão *simplex* seria applicavel a taes menores, havia prevenido o art. 178 que, a elles applicada, ainda soffreria modificações esta pena. Taes modificações consistem na immunização ao contagio dos criminosos adultos, na proscricção das prisões communs, e na imposição de estabelecimentos especiaes de educação, regeneração e reforma em que a pena seja cumprida.

Estas modificações bastam por si mesmas para expungir a pena do seu character repressivo e expiatorio, sómente lhe deixando o seu character preventivo e correccional. Estes dous se conjugam para a obtenção do mesmo fim de defesa social, porque, com a correccão do joven delinquente, estancamos a fonte que maior contribuição trazia á reincidencia. Esta orientação já estava implicita no abandono em que o projecto deixou o criterio do discernimento. Se a pena, applicada a taes menores, deixava de ser expiatoria, é o caso de perguntar com CUELLO CALÓN, *qué finalidad puede tener saber si el menor estaba capacitado o no para comprender la ilegalidad o inmoralidad de su acción?*

Salvo que se trate de inimputaveis, todo o individuo entre os 14 e os 18 annos sabe perfeitamente que matar é crime, que roubar é crime, e que quem mata ou rouba vai para a cadeia. Mas a formação do character ainda não se completou, nem se integraram na vontade todos os elementos inhibitorios capazes de refreal-a. Por isso mesmo, é que nesse periodo a menoridade é relativa, relatividade cuja influencia se exerce, não tanto quando a pena se applica, porque o legislador genericamente já a determinou, como quando a pena se executa, porque o juiz é quem especificamente lhe prescreve o regime, indicando qual o estabelecimento em que a cumprirá o menor delinquente.

E' manifesto que, quando se manda cumpril-a em um estabelecimento de correccão ou reforma, se presuppõe um delinquente ainda susceptivel de ser corrigido ou reformado. A seguinte pergunta tem então de ser formulada: todos os maiores de 14 e menores de 18 annos que commettem crimes são susceptiveis de correccão e reforma?

Creio que ninguem responderá affirmativamente.

Da criminalidade juvenil restará sempre um residuo, que os reformatorios não absorvem. Precisamos dar-lhe outro destino, e este (demonstral-o-ei copiosamente) é a prisão em cumprimento da pena commum. Assim dispõe o

Art. 180. Quando, da gravidade do crime e da perversão moral do menor, evidente resultar a sua temibilidade, applicar-se-á a pena de prisão (art. 33). Onde não houver estabelecimento especial para menores condemnados á prisão, a pena será cumprida nos estabelecimentos communs, observando-se a mais rigorosa incommunicabilidade com os sentenciados maiores.

O juiz acompanhará a execução da pena, e a todo tempo poderá substituil-a pelo internamento, ou restabelecel-a, consoante a conducta do menor delinquente.

Ainda aqui, o projecto foi cauteloso e, embora mande applicar a pena de prisão, fal-o com as devidas reservas. Em primeiro lugar, cogitou de um estabelecimento especial para me-

nores sujeitos a pena; em segundo, impoz a incommunicabilidade com os delinquentes adultos, quando a pena se cumprir nas prisões communs; em terceiro, permittiu ao juiz transferir o menor para um reformatorio, transformando a pena em internamento.

Estes são os pontos capitaes da regulamentação do projecto sobre a delinquencia juvenil. Ouso afirmar que ella corresponde ás necessidades do nosso paiz, á consciencia juridica da nossa época, e mantem-se a par dos melhores padrões estrangeiros. (2)

Passemol-os em revista.

2) Esta não é, infelizmente para mim, a opinião do DR. MELLO MATTOS que, n'O *Jornal* de 12 de outubro de 1928, publicou um artigo, do qual destaco esta passagem: "PENA DE PRISÃO para adolescentes criminosos?!... Isso é inadmissivel na phase actual da nossa civilização, do estado de progresso da sciencia penitenciaria, como acabamos de accentuar. Seria fazer retrogradar a nossa legislação".

Parece que, quando escreveu isto, o illustre censor passava por uma crise de amnesia. A parte geral do projecto, sobre a qual se exerce a critica do illustre juiz dos menores, é de novembro de 1927, posterior, portanto, ao decreto numero 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, que mandou executar o *Codigo dos menores*, elaborado pelo DR. MELLO MATTOS.

E' o documento mais recente por que podemos aferir do estado actual da nossa legislação, e não será, acredito, o DR. MELLO MATTOS, quem lhe recuse autoridade.

Nesse *Codigo de menores* assim dispõe o

Art. 71. Se fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoas do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o art. 65 do *Codigo Penal*, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique a sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.

O art. 65 do *Codigo Penal*, referido no texto, manda applicar as penas da cúmplicidade aos maiores de 14 e menores de 17 annos.

A menores delinquentes entre 16 e 18 annos manda, portanto, o *Codigo* do DR. MELLO MATTOS applicar a pena de prisão, nos mesmíssimos casos em que a manda applicar o projecto no art. 180. Crise de amnesia?

Tenho a pretensão de haver obtido uma redacção melhor; basta confrontar os dous textos. E tambem a de haver dado ao problema uma solução mais satisfactoria; basta ver que, acompanhando a execução da pena, a todo tempo poderá o juiz transformar a prisão em internamento, substituindo, assim, a repressão pela correccão.

Codigo Penal da Noruega, 1903:

Art. 55. Os actos culpaveis commettidos antes da idade de 18 annos não podem ser punidos com a privação perpetua da liberdade, e a sanção, restando na categoria das penas edictadas pela lei, póde descer além do minimo fixado.

Codigo Penal argentino, 1922:

Art. 37. Quando o menor tiver mais de 14 annos e menos de 18, serão observadas as seguintes regras:

a) Se o delicto commettido tiver pena que permitta a condemnação condicional, ficará o tribunal autorizado a dispôr sobre a collocação do menor num estabelecimento de correcção, se fôr inconveniente ou perigoso deixal-o em poder dos paes, tutores ou guardadores ou de outras pessoas.

b) se o crime tiver pena maior, fica o tribunal autorizado a reduzil-a na fórma determinada para a tentativa.

Codigo Penal hespanhol, 1928:

Art. 65. As condições pessoaes do delinquente que attenuam a responsabilidade são:

5ª, ser o agente, ao commetter a infracção, maior de dezeseis e menor de dezoito annos.

Projecto suisso de Stooss, 1894:

Art. 7, al. 4ª — Quando as disposições criminaes de um adolescente de 16 a 18 annos, ou a gravidade do delicto por elle commettido, se oppuzerem á sua admisión numa casa de correcção para jovens delinquentes, a pena ordinaria lhe será applicada, mas com attenuação.

Projecto suisso de 1896:

Art. 10. O mesmo artigo, modificada a redacção. O fecho é este: "Não existindo um tal estabelecimento, o autor será condemnado á pena ordinaria, mas com attenuação."

Projecto suisso de 1915:

Art. 98. Por excepção, se o adolescente parece perigoso, ou se o delicto é muito grave, a pena ordinaria poderá ser pronunciada. Neste caso, o juiz applicará a attenuação prevista para a idade de transicção (artigo 100).

Projecto allemão de 1909:

§ 69. Se, no momento da perpetração do acto, ainda não havia o autor attingido a idade de 18 annos, as disposições concernentes á tentativa são applicaveis quanto á pena, mas a reclusão perpetua é interdita.

Projecto allemão de 1913:

§ 22. Se o adolescente tinha a faculdade de comprehender a illegalidade do acto ou de conformar a sua vontade a esta comprehensão, a pena deve ser attenuada segundo o art. 115.

Projecto austriaco de 1909:

§ 47. Desde que uma pessoa joven, por temeridade, irreflexão ou outro motivo semelhante, que não denote uma disposição corrompida, commetteu um acto de pouca importancia segundo as circumstancias e contra o qual se commine pena privativa da liberdade, não ultrapassando tres mezes ou pena pecuniaria, não ultrapassando mil corôas, póde o tribunal, depois de haver determinado na sentença o facto constitutivo e a responsabilidade, desistir da applicação da pena e liberar o autor, depois de havel-o sériamente exhortado a beni comportar-se.

A desistencia da pena não é permittida senão quando se tratar de adolescentes que são condemnados pela primeira vez.

Projecto italiano de 1927:

"Art. 94. Aquelle que, no momento de commetter o facto, havia completado 14 annos, mas não ainda 18, applica o juiz a pena ou uma medida de segurança, segundo o menor é ou não imputavel.

Se o menor é imputavel, a pena é diminuida na conformidade do art. 66."

Se em todos esses codigos e projectos a pena é applicavel a adolescentes criminosos; se elles foram elaborados em um periodo de 34 annos, a contar do projecto suisso, 1894, ao Codigo hespanhol, 1928; se neste periodo se comprehende a PARTE GERAL do Projecto brasileiro publicada em 1927; quem se espanta de nella encontrar tal pena para taes delinquentes e, espantado, conclúe *ser isso inadmissivel na phase actual da nossa civilização e do estado de progresso da sciencia penitenciaria*, ha de, tambem, ainda mais espantado, concluir que todos esses codificadores e projectistas da Noruega, Alemanha, Austria, Suissa, Italia, Hespanha e Argentina, cujos trabalhos chegam até o anno passado, estão fóra da nossa civilização e da nossa época e ignoram o *estado de progresso da sciencia penitenciaria*.

Como ninguem, no mundo, gosando de sanidade mental, teria o topete de formular semelhante conclusão, uma outra

se impõe, e esta é que o Projecto brasileiro está na corrente da civilização da nossa época, acompanha o progresso da sciencia penitenciaria, e que, portanto, o signal de admiração, com que o critico fecha o periodo em que o censura, tem de ser substituido por outra notação orthographica mais fria e menos espantadiça.

De todos esses projectos, é o suiso aquelle em que á magnitude do problema se attendeu com maior senso scientifico e clarividencia social.

Tendo em vista o texto de 1915, é que ASÚA escreveu o seu precioso livro sobre a unificação do direito penal suiso e o notavel professor argentino JUAN RAMOS estudou o projecto, que se converteu no codigo actual do seu paiz. Elles entendem que a regulamentação helvetica é modelar e este é o juizo de todos quantos a examinaram.

Na comissão de peritos, assim a resumia GAUTIER: "O artigo 11 do projecto de 1908 e os arts. 11, 11 bis e seguintes votados pela comissão, distinguem quatro classes de adolescentes e prevêm, de maneira identica, as medidas por tomar a seu respeito, quando commetterem delicto: os abandonados (educação disciplinar), os pervertidos (correção), os doentes (tratamento) e os normaes (*castigo*)".

Estas disposições soffreram modificação nos projectos posteriores.

No projecto definitivo de 1918, eis os textos que nos interessam:

"Art. 88. Se o adolescente é moralmente abandonado, moralmente pervertido ou em perigo de o ser, ordenará o juiz o seu internamento em uma casa de regeneração (*relèvement*) para adolescentes.

Art. 93. Se o adolescente não é moralmente abandonado nem pervertido ou em perigo de o ser, se o delicto por elle commetido não é muito grave e se o seu estado não exige um tratamento especial, dirigir-lhe-á o juiz uma reprimenda ou infligir-lhe-á uma detenção de tres dias a um anno, se o considera em culpa.

Esta detenção será cumprida em edificio que não sirva de prisão ou de casa de trabalho para adultos. O adolescente será adstricto a um trabalho apropriado.

Reflectamos sobre os textos. Verificada a hypothese do art. 88, a medida por tomar será o internamento. Se ella se não verifica, cahimos na do art. 93 e então teremos que vêr: a) a gravidade do crime; b) a saúde do menor; c) a sua culpa. Se o seu estado morbido não reclama um tratamento especial, o crime é muito grave e o juiz reconhece a culpa, applica a detenção, isto é, uma pena. Em que esta se distingue da prisão simples do Projecto brasileiro? Em ser cumprida em edificio que não sirva de prisão ou casa de trabalho para adultos? E' justamente o que dispõe o Projecto brasileiro no art. 180.

Mas, voltando ao art. 93 do projecto suiso, se o crime é muito grave, que pena applica o juiz? Ha de applicar a pena commum, porque não se verificam as condições de abandono ou perversão em que a lei lhe permite o internamento, ou a simples detenção.

O que não ha no Projecto brasileiro é detenção por tres dias a dois mezes para um individuo de 17 annos, perfeitamente normal, que responda por um homicidio friamente commettido ou por um outro crime grave.

Na sua Exposição de motivos, procurou ZÜRCHER justificar, neste ponto, o projecto suiso: "on a paru craindre que cette méthode de traiter les adolescents en révolte contre la loi ne fournît pas à la société une protection suffisante. On a fait valoir que, pour des adolescents meurtriers ou incendiaires (ces termes étant employés pour éviter une longue périphrase), une détention de deux mois ne constituerait qu'une répression dérisoire. Les cas de cette nature sont assez rares; toutefois, étant donnée leur gravité, le législateur ne doit pas les perdre de vue. Mais, réellement, l'éventualité paraît exclue de voir commettre par des adolescents des méfaits aussi graves, sans que leurs auteurs soient ou bien des malades — et alors on leur fera subir un traitement spécial — en bien des jeunes gens absolument pervertis — et alors on les renverra dans une maison de correction, où leurs séjour pourra durer jusqu'à douze années" (*Exposé des motifs*, pag. 35).

E' a mesma justificação de HAFER, citado por ASÚA: um adolescente criminoso desta especie entrará sempre numa destas categorias — abandonado, pervertido moralmente, debil de espirito ou anormal, mas D. Juan Ramos, o notavel criminalista argentino lhe responde: "para isto será necessario uma interpretação judicial, que poderá produzir-se ou não e será sempre perigosa ou arbitraria. "E' impossivel, diz RAMOS, encontrar um motivo racional para esta ultima disposição, que significa grave erro neste projecto deCodigo Penal tão medido e scientifico em todas as suas instituições."

Prevejo o que vai succeder. Repetir-se-á o caso do discernimento nos tribunaes francezes: emquanto se acreditou na efficacia da pena, reconheceram o discernimento para infligir a pena; quando esta crença se desfez, passaram systematicamente a negal-o, para evital-a. Toda a vez que a gravidade do crime alarmar o juiz suiso, elle ha de descobrir uma anormalidade qualquer para evitar a curta detenção e pronunciar o longo internamento; toda a vez que a gravidade de crime o não alarmar, elle reconhecerá a normalidade para applicar a curta pena.

A critica anterior de ASÚA não é menos severa que a de RAMOS. "Este encarceramento de tres dias a dois mezes, que prescrevia igualmente o ante-projecto de 1908, póde dar logar a uma critica amarga. Um homicida de 16 a 17 annos, que não está nem moralmente abandonado, nem moralmente pervertido, e cujo estado não exige um tratamento especial, não incorre, por um crime friamente commettido, senão numa detenção de dois mezes como maximo. Isto é admissivel? Não será necessario augmentar-lhe a duração e obrigar-o a soffrel-a em condições taes que lhe seja possivel emendar-se ou renunciar a toda condemnação penal, impondo-lhe uma larga e salutar estada em casa de educação que evite toda a reincidencia?" (*La unificación del derecho penal em Suiza*, p. 155).

Entretanto, como já declarei, a regulamentação suissa é modelar. Aqui e ali haverá uma e outra observação por fazer, ou restricção por accentuar, mas, no seu conjuncto, uma vez convertido em lei, o codigo suiso será o que disse SILVIO LON-

GHI, o *codigo-tipo* do nosso seculo. Se nelle não foi de todo possível evitar a pena, como evital-a no Projecto brasileiro?

Ha pessoas que acreditam que o progresso juridico de um povo está na razão directa da sua fecundidade traductora de leis estrangeiras, sem se aperceberem de que, por melhores que ellas sejam, instituições estrangeiras não se copiam, se adaptam. A adaptação presuppõe o meio, e as influencias por este exercidas sobre o *typo* que se quer adaptar necessariamente o modificam ou deformam. Muito recorri ao subsidio estrangeiro, mas nunca me esqueci de que trabalhava para o meu paiz e que era o meio brasileiro que devia ter principalmente em vista.

Referi-me aos projectos allemães de 1909 e 1913 e transcrevi-lhes os textos. O que actualmente se discute no Reischtag é o de 1925, cujo § 19, assim dispõe:

Não é imputavel aquelle que, no momento do facto, não tinha completado os 14 annos. As condições pelas quaes um facto não é imputavel a um menor são determinadas pela lei sobre o juizo dos menores.

Esta lei entrou em vigor em 1 de julho de 1923, e por ella se elevou aos 14 annos completos a responsabilidade criminal que, desta idade aos 18 annos, ainda se subordina a certas condições, largamente se temperando a applicação da pena com as medidas de segurança. Mas não se eliminou a pena.

Vejamos agora o direito inglez, sabido como é que, neste terreno, grandes reformas se operaram na Inglaterra.

Em 1908, foi promulgado o *Children Act*, lei admiravel por sua perfeição technica, pela largueza social do espirito que a anima e pelo senso rigoroso das realidades da vida que resalta do seu texto.

Transcrevo a secção CVII que se epigrápha:

Do methodo por empregar para dispor dos menores accusados de infracção á lei

Quando um menor accusado de infracção á lei fôr julgado por uma Côrte qualquer que ella seja, poderá a Côrte, se o julga culpado, tomar em consideração a maneira por que se disporá do menor, conformemente ás disposições da lei ou de qualquer outra lei principalmente para:

- a) absolver;
- b) absolver o delinquente sob promessa de bem se comportar;
- c) absolver, pondo-o, entretanto, sob a vigilancia de um fiscal da prova (*Probation officier*);
- d) confial-o aos cuidados de um parente ou de uma outra pessoa idonea;
- e) collocar-o numa escola industrial;
- f) collocar-o numa escola de reforma;
- g) fazel-o surrar;
- h) condemnal-o a pagar multa, perdas e damnos ou as custas;

i) condemnar os paes ou guardas do joven delinquente a pagar multa, perdas e damnos ou custas;

j) condemnar os paes ou guardas do joven delinquente a prestar caução de bom comportamento;

k) collocar o menor sob guarda em um lugar previsto por esta parte da lei;

l) condemnal-o á prisão, desde que o menor tenha mais de 14 annos;

m) dispor do menor pela maneira por que legalmente o poderia fazer.

Desta nomenclatura destaco:

g) *fazel-o surrar*;

l) *condemnal-o á prisão, desde que o menor tenha mais de 14 annos.*

A surra é ministrada com varas, digamos, de marmelo, por um *constable*, na presença de um inspector, ou doutro official de categoria mais alta, e do pae ou guarda. A sentença indica o numero de golpes. A pena de prisão é applicavel ao maior de 14 annos, que não póde, entretanto, se ainda não completou 16 annos, como dispõem os ns. 2 e 3 da secção CII, ser condemnado á servidão penal, nem tão pouco á prisão, salvo se a Côrte verifica ser elle de character tão rebelde que impossivel se torna collocar-o num dos logares indicados na lei, ou de tão depravados costumes que não é conveniente em taes logares detel-o.

A lei de 10 de agosto de 1914, no seu conjuncto uma lei de processo, visa, entretanto, nalguns pontos, emendar o *Children Act*, e noutros completal-o ou desenvolvê-lo. O seu fim foi restringir o mais possível os casos de prisão, e applicar em larga escala o regime *Borstal* aos jovens delinquentes. O juiz tem o arbitrio, em quasi todos os casos, de substituir a pena pelo internamento num estabelecimento *Borstal*, e o secretario de Estado póde, dadas certas circumstancias, transferir da prisão para um desses estabelecimentos o joven delinquente que cumpre uma pena.

Passemos á França.

Não estabelecia o Codigo Penal francez uma idade abaixo da qual o menor estivesse coberto por uma presumpção absoluta de innocencia. Aos dezeseis annos attingia-se á plena maioridade penal, mas se presumiam sem discernimento os delinquentes entre os treze e os dezeseis annos.

“A lei de 22 de julho de 1912, escreve GARRAUD, introduziu em nossa legislação, sob este ponto de vista, uma presumpção legal de irresponsabilidade penal em proveito dos menores abaixo de treze annos.

“Dóravante, ha um periodo de *infancia* que termina aos treze annos completos e um periodo de *adolescencia*, que começa nesta idade e termina aos dezoito annos completos.

“Este ultimo, a seu turno, subdivide-se e, desde 1906, existem duas categorias de menores de dezoito

annos: os menores de treze a dezeseis annos, e os menores de dezeseis a dezoito annos.”

Quaes as consequencias desta subdivisão? A questão do discernimento propõe-se para as duas categorias, com esta differença, porém: reconhecido que um menor entre treze e dezeseis annos agiu com discernimento, a pena lhe é attenuada e elle a cumpre em estabelecimentos especiaes; se o mesmo occorre com um menor de 16 a 18 annos, “la déclaration de discernement — ensina GARRAUD — les assimile aux majeurs et emporte la condamnation aux peines ordinaires du crime ou du délit subie dans les établissements pénitentiaires ordinaires”.

A reforma belga de 15 de maio de 1912, do mesmo anno, portanto, que a franceza, desta differencia-se num ponto capital, naquella em que faz taboa raza da questão do discernimento, que não mais entrará nas cogitações do juiz.

Esta lei passou nas duas casas do parlamento belga depois da mais esclarecedora e acurada discussão.

O texto do projecto governamental era este:

Article 16. Si le mineur âgé de moins de 16 ans accomplis au moment du fait a commis un fait qualifié infraction, il sera déféré au juge des enfants, et la peine sera remplacée par une mesure de garde, d'éducation ou de préservation d'après les distinctions suivantes.

A secção central propoz que se substituisse “16 annos” por “18 annos” e o governo que se dissesse “16 annos cumpridos no momento do facto”.

A primeira emenda caiu, a segunda foi adoptada e o texto definitivo ficou sendo este:

Article 16. Si le mineur âge de moins de 16 ans accomplis au moment du fait a commis un fait qualifié infraction, il sera déféré au juge des enfants, et la peine sera remplacée par une mesure de garde, d'éducation ou de préservation d'après les distinctions suivantes.

De passagem, recordemos a razão por que o ministro da justiça, CARTON DE WIART, insistia nesse limite de idade: “Je crois que, devant ces considérations, l'honorable M. GOBLET D'ALVIELLA n'insistera pas. Et l'objection constitutionnelle écartée, il reconnaîtra certainement avec moi qu'il n'est pas désirable que des mineurs de moins de 16 ans soient soumis à la juridiction de la cour d'assises. Des mineurs de moins de 16 ans! N'oublions pas que c'est pour eux que nous légiférons. A cet âge, on peut dire que rien n'est définitivement perdu. Les causes si variées qui ont pu entraîner un jeune être à mal faire, peuvent encore être conjurées dans leurs effets définitifs par des mesures appropriées au tempérament et à la situation spéciale de chaque enfant. Notre loi n'est pas,

vis-à-vis des enfants un code ordinaire de répression. C'est surtout un acte de confiance dans l'humanité.

Do texto legal verifica-se que a substituição da pena por medidas correccionaes sómente aos menores até 16 annos cumpridos é applicavel; aos que passarem desta idade o que se applica é o Código Penal, é a pena.

Em 1901, a Hollanda reformou a sua legislação sobre os menores e, em 1905, depois de construidos os estabelecimentos que as novas leis reclamaram, entraram estas em vigor. Do estudo que, na *Rev. Pénit.* de 1905, pag. 1.199, lhes consagrou VAN HAMEL, extraio o seguinte trecho:

A l'élevation de la limite d'âge est étroitement liée la faculté donnée au juge de condamner à une peine prescrite pour les adultes les jeunes gens de 16 à 18 ans, qu'il croira tout à fait mûrs et sortis de l'enfance. Pour ceux-là ce sera alors l'emprisonnement ou l'amende; la simple détention (en commun) est exclue même dans ces cas.

Nenhum testemunho mais autorizado; agora, o texto:

Art. X. O art. 39 será lido desta maneira:

“Em caso de processo penal de uma pessoa menor que não attingiu ainda á idade de 18 annos no momento de pronunciar-se a sentença definitiva em primeira instancia, por causa de um facto que deva ser qualificado como crime (*délit*), póde ordenar o juiz que o culpado seja posto á disposição do Governo, sem applicação de uma pena qualquer, salvo a disposição do art. 39ter primeira alinea.

Art. 39ter.

“Na decisão, que determina que o culpado de um crime (*délit*), contra o qual se commina como maximo uma pena de prisão de tres annos ou mais, será posto á disposição do Governo, póde o juiz condemnar ao mesmo tempo o culpado a uma pena de prisão que não exceda da metade do maximo fixado para o crime. Desde que se trate de um crime contra o qual uma pena de prisão perpetua é comminada, uma de prisão de dez annos, no maximo, póde ser applicada. A pena de prisão, infligida por força deste artigo, não será executada antes do dia em que se tenha por definitivamente cumprido o dever do governo quanto á educação do culpado”

Se passamos do terreno legislativo para o doutrinario, bastar-me-ia citar um só autor, ADOLPHE PRINS, porque este realmente postulou em toda a sua nobre existencia os principios mais scientificos e generosos nesta materia.

Moyennant certaines réformes, diz o grande criminalista belga, on entrevoit une situation où la peine s'efface pour laisser place à l'éducation et à la tutelle bienfaisante.

“Il restera évidemment toujours des exceptions, c'est-à-dire des êtres précoces commettant des faits

graves (des infractions telles que le meurtre, le vol ou l'incendie) en pleine connaissance de cause, et passibles d'une peine". (Science penale, n. 366). (3)

Na segunda sessão da União Internacional de Direito Penal, realizada em Berna, de 12 a 14 de agosto de 1890 (*Bulletin*, 1891, p. 204), este problema foi muito debatido, votando-se as seguintes conclusões:

"Tout en reconnaissant la valeur des influences géographiques et ethnographiques, l'Union est d'avis:

1, que les enfants n'ayant pas encore atteint l'âge

(3) São "essas excepções" o que a corrente maximalista não quer admitir, e a ella pertencem GUELLO CALÓN e DOURADO MORENO, que o illustre Dr. MELLO MATTOS invoca para abonar a sua critica, como poderia ter invocado varios outros. Quanto a GARÇON e GARRAUD, todavia, opponho embargos.

De GARÇON foram transcriptas as seguintes palavras: "Póde dizer-se que os *menores* saíram do Direito Penal. Para elles, ao menos, não se falla mais de expiação, nem de responsabilidade moral".

Inaugurando o Primeiro Congresso Nacional de Direito Penal, organizado pelo grupo francez da União Internacional, proferiu GARÇON magnifico discurso que se encontra á pagina 748 do vol. de 1905 da *Revue Pénitentiaire*, e a elle pertence o trecho traduzido e transcripto pelo illustre critico.

Transcreverei, no original, toda a passagem, para melhor comprehensão do pensamento de GARÇON, e grypharei o trecho pelo illustre Dr. Mello Mattos, citado e traduzido:

"La fatalité du milieu social n'apparaît nulle part avec plus de clarté que pour l'enfant délinquant. Que peut devenir, je le demande à tous, un pauvre petit être né de quelque union de hasard, qui porte toutes les tares héréditaires du vice, qui n'a sous les yeux que l'exemple de la débauche, qu'on dresse à la mendicité dès qu'il peut tendre la main, auquel on n'a jamais parlé de devoir et qui pour toute instruction à appris à voler adroitement? Par quel prodige veut-on qu'il devienne honnête homme? N'est-il pas voué à la prison et au bagne? Mais qui osera prétendre qu'en le laissant grandir dans ce milieu pervers, la Société remplit tout son devoir? *Sur ce point l'accord est unanime et on peut dire que l'enfant est sorti du droit pénal. Pour lui, du moins, on ne parle plus d'expiation et de responsabilité morale.* On a compris que la peine n'était pas faite pour lui, puisqu'il existe un moyen meilleur et plus efficace de le ramener à la discipline sociale. Sans doute il

faudra peut-être le priver de sa liberté pour de longues années; mais qu'importe, si la régénération est de 14 ans ne doivent pas être soumis à des mesures pénales;

2, que la question de discernement doit être abolie et remplacée par une autre question, à savoir: s'il est nécessaire de soumettre l'enfant à la tutelle publique?

3, que le traitement à appliquer aux enfants coupables ou délaissés doit se conformer à l'individualité de chaque enfant.

No Congresso Internacional de Direito Penal de 1926, em Bruxellas, dizia AUGUSTO MIRICKA que a escola moderna arvora como divisa nesta materia a regra de que é preciso empregar, o mais possivel, contra os menores, medidas de

à ce prix? Aucun pays ne peut se vanter d'avoir pour l'enfance de meilleures lois que les nôtres: les magistrats sont armés de tous les pouvoirs. Nous voudrions seulement qu'ils en usent plus souvent et qu'ils perdent quelques préjugés contre les colonies pénitentiaires qu'on juge si mal parce qu'on les connaît si peu."

Confronte agora o leitor o original com a traducção e verá que onde GARÇON diz *l'enfant*, o traductor escreveu os *menores* e assim, a proposição do celebre professor francez — *l'enfant est sorti du droit pénal* — é transformada pelo traductor nesta outra — *os menores saíram do direito penal*.

Segundo o texto, teriamos necessariamente de manter esta originalissima traducção e, chegando á passagem em que affirma GARÇON "Aucun pays ne peut se vanter d'avoir pour l'enfance de meilleures lois que les nôtres"; dar-lhe-íamos como equivalente em portuguez esta outra: "Nenhum paiz se póde gabar de ter para a *menoridade* leis melhores que as nossas".

Dizendo que *l'enfant est sorti du droit pénal*, disse GARÇON uma verdade, porque se, em todos os paizes, estamos a fixar uma idade abaixo da qual de imputabilidade não se trata, de responsabilidade não se cogita, de culpabilidade não se falla, a repressão não se exerce, a pena não se applica, um processo judicial não se instaura e o juiz criminal commum não tem jurisdicção; aquelle que se achar nesse limite de idade ha de necessariamente estar fóra do direito penal.

Attribuindo a GARÇON a affirmativa de que *os menores saíram do direito penal*, o illustre Dr. Mello Mattos não viu bem o que lhe attribuia. Tenha a bondade de acompanhar-me.

E' sabido que varias legislações, influenciadas pelo Codice Penal francez de 1810, ainda hoje mantêm o criterio do discernimento quanto a menores de certa idade. Na França esta questão propunha-se sempre que se tratava de menores de 13

educação, não se recorrendo á pena senão como *ultimum remedium*.

Neste Congresso, foi approvedo um voto em que se reconhecia que a pena, como sanção unica do crime, não basta ás exigencias praticas da defesa social, seja contra os criminosos mais perigosos por sua anomalia mental ou por suas tendencias ou habito a delinquir, seja em relação a *menores mais ou menos reeducaveis*. Consequentemente, suggeria o Congresso que, no Codigo Penal, se consignassem tambem medidas de segurança, e que ao juiz se permittisse applicar a pena ou a medida, ou applicar a pena e a medida.

EMBRIAGUEZ HABITUAL

(Art. 183)

A embriaguez é uma intoxicação passageira ou permanente. No primeiro caso, momentos após o crime, estão dissipados os seus effeitos e reintegrado o delinquente na pleni-

a 16 annos, limite levado a 18 annos pela lei de 22 de julho de 1912.

Ora, *la question de discernement*, ensina GARÇON (*Traité*, I., p. 760), *n'est, au fond, que la question de "culpabilité": le discernement effectif, c'est la condition essentielle de la responsabilité; c'est la justification scientifique et morale de la répression*".

"*Dans la théorie du Code Pénal*, escreve LE POITTEVIN, *la question de discernement, spéciale aux mineurs de seize ans, est une question de responsabilité morale. Déclarer que le discernement n'existait pas au temps du crime ou du délit, c'est refuser de reconnaître cette responsabilité. En pareil cas, logiquement, le législateur interdit la répression; mais les juges, en prononçant l'acquiescement, peuvent envoyer l'enfant dans une maison de correction: ce n'est plus alors une condamnation pénale, mais une mesure d'éducation*". (*Revue Pénal*, 1905, p. 1.068).

Teria, portanto, affirmado GARÇON que delinquentes sujeitos á repressão penal por serem *responsaveis*, e responsaveis por haverem incorrido em *culpa*, e culpados por terem agido com *discernimento*, estariam fóra do direto penal, o que seria uma enormidade.

Eis até onde nos podem levar liberdades de traducção.

Dezesete annos depois, em 1922, eis como se exprimia GARÇON:

"*Toutes les réformes qui ont été faites touchant les mineurs délinquants s'expliquent*

tude de sua personalidade moral. No segundo, não, porque, sob a acção lenta, continua e persistente do alcool, uma personalidade anormal se vae progressivamente constituindo á custa da personalidade normal, até dominal-a ou substituil-a.

Não devemos, portanto, confundir os dous estados e foi justamente para impedil-o que a União de Psychiatria Legal Allemã, na sua sessão de Dresde, em 1898, expressamente concluiu que um tratamento especial só deveria ser applicado

au fond de la même manière. D'un consentement unanime, l'enfant est aujourd'hui sorti du droit répressif. On a compris que la peine n'était pas la mesure qui convenait pour lui; qu'il ne s'agissait pas de le faire souffrir pour l'intimider, mais bien plutôt de lui donner une suffisante instruction primaire et professionnelle, et surtout une bonne éducation morale. On a reconnu qu'il serait déplorable d'attendre que l'enfant ait commis un délit pour lui donner cette direction lorsqu'elle lui manque, et nos lois françaises permettent, en effet, de le soustraire à une autorité paternelle corruptrice, ou trop manifestement négligente, pour le confier à des œuvres publiques ou privées, chargées de le ramener dans la voie droite. Toutes les mesures que l'on peut prendre pour atteindre ce but, depuis le placement familial jusqu'à l'envoi dans une colonie pénitentiaire ne sont au fond que des mesures d'assistance. (Garçon — *Le Droit Pénal*, pag. 154).

Haverá, porém, afirmação formal, categorica de GARÇON a favor da repressão excepcional, por meio da pena, contra menores de dezoito annos?

Tenho a convicção de que poderia colher numerosas, se o tempo me permittisse ir procural-as na obra tão substanciosa quão disseminada do grande professor francez; creio, porém, que a seguinte será bastante.

Do estudo consagrado ao Projecto Suizzo, inserto na *Revue Pénit.* de 1894, p. 181, extraio esta passagem:

Ainsi, en règle générale, le mineur de dix-huit ans ne voit jamais s'ouvrir les portes de la prison. Mais, il faut bien le reconnaître, des moyens que nous venons d'énumérer sont fort anodins et en certains cas manifestement insuffisants. Il faut éviter pour l'enfant la maison de détention; elle le déshonore toujours et le corrompt trop souvent, *mais il est malheureusement des cas où il faut en venir à cette extrémité. Supposez, la chose n'est pas invraisemblable, hélas! un mineur de dix-sept à dix-huit ans violateur, assassin; il a commis un de ces grands crimes qui effraient l'opinion publique et inquietent les consciences. Il est clair qu'on ne peut songer à l'enfermer pour trois mois ou même à l'envoyer jusqu'à sa majorité dans une maison de correction. Il en est de ceux là en France qu'on a conduits à l'échafaut. Le projet dispose donc que si l'enfant a plus de seize*

aos delinquentes de responsabilidade restricta quando neste estado ainda elles se encontrassem no momento da execução da sentença. (*Revue Pénit.*, 1903, p. 1.245.)

O alcoolismo influirá, portanto, na imputabilidade, como influiria qualquer uma das causas morbidas mencionadas no art. 29, para restringil-a, porque diminúe no intoxicado a faculdade de normalmente determinar os proprios actos.

Minima, talvez nenhuma, poderá ser a temibilidade do criminoso que, accidentalmente, se embriagou, porque o seu es-

ans, s'il a montré des dispositions criminelles particulières, alors, mais alors seulement, on le condamne à la peine normale.

Liquidada a citação do GARÇON, passemos á de GARRAUD.

Esboçando, em largos mas seguros traços, a evolução do direito penal francez, relevava o grande mestre as idéas novas que, neste momento, concorriam para alterar as bases em que o legislador de 1810 assentara a sua construcção.

Quanto aos menores delinquentes, illusoria a sua responsabilidade, porque *le crime de l'enfant, c'est le crime des parents, de la famille, du milieu*, dizia elle que *ces idéas* se traduissent par une double tendance: — *rejeter l'enfant hors du droit pénal; — proceder vis-à-vis de lui par voie d'éducation et non par voie de répression.*

Toda a sua exposição póde resumir-se nesta synthese: *L'évolution, en ce qui concerne les jeunes délinquants, se fait, de plus en plus, par le passage du régime pénal au régime éducatif* (*Revue Pénit.*, 1910, p. 933).

Refere-se depois ao conceito novo da temibilidade, ao reconhecimento de *l'état dangereux*, á sentença indeterminada, para concluir por esta fórma:

Ce ne serait plus une évolution; ce serait une révolution.

Après avoir mis hors du droit pénal ceux qu'on veut réléver, les ADOLESCENTS, ou rejeterait hors de ses sanctions, comme hors de ses garanties, ceux qu'on ne peut ni intimider ni corriger, les DANGEREUX.

Il y aurait désormais trois codes:

Un Code de pénalité, pour les délinquants d'occasion;

Un Code d'éducation, pour les adolescents;

Un Code de sûreté, pour les incorrigibles.

Assim accentuada a evolução das idéas, pergunta GARRAUD: *Faut-il accepter ou combattre cette orientation? Faut-il, oui ou non, associer, à la diminution des fonctions répressives, au profit des fonctions de défense et d'assistance, tout ceux — et nous sommes du nombre — qu'effraie le caractère violent et professionnel de la criminalité contemporaine? C'est vraiment le problème angoissant de l'heure présente.*

Por estas transcripções já o leitor apprehendeu o pensa-

tado é passageiro; a do ebrio habitual é muito grande, porque o seu estado é permanente.

Que esse individuo seja um doente que deva ser tratado, não resta a menor duvida; mas tambem nenhuma duvida existe de que seja, ao mesmo tempo, um criminoso que deva ser punido, porque nelle abolida não está, mas apenas restringida, a faculdade de determinar-se por motivos normaes, e assim apto elle se mostra a receber a reacção salutar da pena.

L'ivrognerie est une maladie, como o dizia Srooss. Mais la maladie de l'ivrognerie a ce double caractère, d'abord d'être

mento de GARRAUD, e terá visto que fielmente o não exprime a versão do meu illustre censor.

Não postula o grande mestre francez a creação de tres codigos differentes, como foi affirmado; o que diz é que, levadas aquellas tendencias, por elle indicadas, ás suas ultimas consequencias, tres codigos então seriam necessarios.

O accordo é completo, entre os criminalistas, sobre o fim que se quer attingir: *Nous sommes tout d'accord sur le but à atteindre.*

Sobre os meios, porém, a divergencia se manifesta, e GARRAUD termina com uma advertencia, que é um conselho de cautela e prudencia a criminalistas e legisladores.

Isto se passou em 1910; em 1913 saiu a lume a 3ª edição do seu *Tratado de Direito Penal*. Vejamos como ahi se manifestou o seu pensamento.

Como lançamos menores fóra do campo do direito penal? Estabelecendo um limite de idade abaixo do qual elles sejam absolutamente irresponsaveis. Esta idade é a da *infancia* que de nove annos, pelo Codigo vigente, o projecto eleva a 14. Como excluir os *adolescentes* do direito penal? Elevando esse limite até 18 annos, de fórma que, contra as leis physiologicas, infancia e adolescencia se confundam na mesma phase.

A lei franceza de 22 de julho de 1912 fixou em 13 annos a idade em que o menor é absolutamente irresponsavel. Commentando-a, emitta GARRAUD a sua opinião: *Il suffisait, à notre avis, d'arrêter l'âge de l'irresponsabilité à DOUZE ANS, en donnant au juge, à PARTIR de cet âge, le droit d'opter entre une peine et une mesure d'éducation correctionnelle.* (*Traité*, vol. I, pag. 731).

O projecto brasileiro fixa a irresponsabilidade aos 14 annos; entende GARRAUD que aos 12 é que devemos fixal-a, e é GARRAUD a autoridade invocada para se poder, neste ponto, acoiar o projecto de atrasado.

Extranhou-se que, pelo projecto, fosse possivel applicar penas a adolescentes, isto é, a menores entre 14 e 18 annos, e a estranheza acoberta-se sob a autoridade de GARRAUD. Mas este, interrogado, responde que, acima dos 12 ANNOS, se deve deixar ao juiz a opção entre a *pena* e a medida de correccção.

Continuemos a reinquirição:

Entre la période d'irresponsabilité pénale et celle de la majorité, c'est-à-dire, entre treize ans et dix-huit ans, il est utile d'établir une période intermédiaire, pendant laquelle il doit être possible au juge

dangereuse pour la communauté, ensuite d'être causée par la faute du malade. (Exposé des motifs, p. 53).

Medidas especiaes deviam, portanto, ser tomadas, que resguardassem a sociedade do perigo que o criminoso alcoolico representa.

Eis o que a respeito dispõe o Projecto:

Art. 183. Quando sensivelmente diminuida a imputabilidade do delinquente pelo alcoolismo, fal-o-á internar o juiz, por tempo não excedente de um anno, em estabelecimento adequado a seu tratamento. Verificada a cura ou findo o prazo, reintegrar-se-á o delinquente no cumprimento da pena e nesta imputar-se-á o tempo do internamento, si neste o daquella não se absorver. Occorrendo esta hypothese, determinará o

de choisir entre la RÉPRESSION et l'éducation. L'adolescent sera donc tantôt un coupable QU'IL FAUDRA PUNIR, tantôt un irresponsable qu'il faudra corriger et élever (Ob. e vol. cits, pag. 756).

Entre os 13 e 18 annos, a lei franceza estabelece e GARRAUD approva (*il est utile*) que se deixe ao juiz a liberdade de escolher a repressão ou a educação. O projecto brasileiro manda no art. 179, que os menores de 18 annos e maiores de 14 sejam internados, quando commetterem crimes, em casa de reforma, navio-escola, colonia agricola, ou casa de vigilancia.

E GARRAUD é a autoridade invocada para, neste ponto, censurar-se o projecto!

Assim dispondo, acompanha o projecto o estado de progresso (sic) da sciencia penitenciaria?

Diz o illustre critico que não e se acoberta com GARRAUD; diz GARRAUD que sim e descobre o critico: *Mais tandis que, pour les rédacteurs du Code de 1810 la question de discernement est une question de RESPONSABILITÉ MORALE, dont la solution a pour conséquence, soit le prononcé d'une peine, soit un envoi en correction, LE MOUVEMENT SCIENTIFIQUE amène, peu à peu, l'abandon de ce point de vue, pour lui substituer la recherche plus utile de la situation matérielle et morale du mineur et de sa famille, et l'application, suivant les cas, d'une PEINE PROPREMENT dite ou d'une mesure d'éducation correctionnelle. (Obr. e vol. cits., pag. 759).*

A que especie de menores de 18 annos e maiores de 14 se applica, pelo projecto, a pena propriamente dita?

Aos que, pela gravidade do crime e pela propria per-versão moral, se revelarem perigosos, dil-o o art. 180.

Mas é o que dispõem todos os projectos e codigos recentemente promulgados, e era o voto formulado no Segundo Congresso Francez de Direito Penal: *Si, au contraire, l'inculpé de 16 à 18 ans apparaît comme dangereux et comme moralement perdu, les tribunaux doivent le condamner comme un adulte. (Rev. Pénit., 1907, pag. 1.212).*

Parece-me que tambem posso dar por liquidada a citação de GARRAUD.

juiz por que tempo a pena se cumprirá; um terço, porém, será sempre cumprido. (4)

Decompondo o artigo, verificamos que elle se constitúe com os seguintes elementos: pena repressiva e internamento curativo; internamento antes da pena; prazo do internamento; reintegração no cumprimento da pena; imputação do tempo de internamento na pena; absorpção parcial da pena; arbitrio limitado do juiz para fixar a quantidade de pena por cumprir.

Analysemos, um por um, todos estes elementos.

A applicação simultanea da pena e do internamento curativo é preconizada pela generalidade dos autores, adoptada pelos congressos penaes, consagrada pelos projectos e codigos mais recentes.

Ha quem opine pelo internamento somente, que seria indeterminado.

Trataremos depois desta ultima questão do prazo; por ora, fiquemos na primeira — a substituição da pena pelo internamento.

PRINS, reportando-se a innovações legislativas da Inglaterra, dos Estados-Unidos e dominios inglezes da America, diz que esses paizes "reconheceram a inutilidade da estada passageira dos delinquentes alcoolicos nas prisões" (*La défense Sociale*, pag. 114).

Mas é preciso observar que esses paizes reconheceram essa inutilidade depois de crearem estabelecimentos especiaes para os delinquentes alcoolicos, estabelecimentos em que o regime é, ao mesmo tempo, curativo e repressivo, o que concorda com a orientação da União Internacional de Direito Penal, conforme a exprimia o grupo germanico na sessão de Dresde, em 1903. Os psychiatras e os juristas, respectivamente representados por DELBRUCK e VON LISZT nessa reunião, concordaram em que *le séjour dans la maison de santé fosse assimulado à un traitement répressif*.

Póde-se perfeitamente combinar para os alcoolicos um regime em que repressão e tratamento curativo se associem e, neste caso, realmente inutil, sinão injusto, seria fazel-os passar pela prisão.

Mas o regime em que pena e tratamento se associassem e simultaneamente agissem sobre o delinquente, para punil-o,

(4) Este artigo não mereceu a approvação de JIMÉNEZ DE ASÚA, cujas palavras transcrevo, para que as tenha na devida conta o Congresso, porque descem de uma alta competencia: "asilamiento curativo por un año, como máximo, de los embriagados habituales, que con *franco desacierto* se estima una medida complementaria de la pena." (*Un viaje al Brasil*, p. 115; *La Prensa*, de Buenos Aires, numero de 24 de outubro de 1929). Convém observar que menos severo não se mostrava ASÚA para com STOOS, em cujo projecto me inspirei, ao regulamentar esta materia. Reconhecia o codificador suiso ser a embriaguez uma doença e marcava prazo ao tratamento. *Las críticas*, diz ASÚA, *cayeron sobre él, por esta incongruencia, con merecido rigor. (Derecho penal en Suiza, p. 304).*

e sobre o alcoolico, para cural-o, importaria em uma creação penal ou, ao menos, na transformação da pena.

Era o pensamento que HENRI ROBERT enunciava na "Société Générale des Prisons: *je crois qu'il ne faut conclure ni à la repression totale, ni à la diminution de la peine, mais à sa transformation*".

Desde que não creamos os estabelecimentos especiaes que esta transformação imporia, della será inutil cogitar.

Applicamos, portanto, a pena, a velha pena, a pena retributiva, e applicamol-a na sua quantidade legal, sem nenhuma diminuição.

Sobre taes delinquentes, ella exerce uma influencia salutar que repercute favoravelmente sobre a reincidencia.

ROUBINOVITCH, psychiatra da Salpêtrière, dá, neste sentido, o seu testemunho:

Ayant, en qualité d'expert, fréquenté le monde criminel, j'ai pu remarquer que le fait d'être privé de sa liberté dans une prison était extrêmement pénible aux délinquants à responsabilité limitée. J'ai vu un certain nombre de délinquants chez lesquels j'ai reconnu la responsabilité atténuée; ils étaient d'une mentalité telle que l'idée de la punition, la perspective de passer un certain temps dans une prison leur avait été, dans une proportion qui m'a paru assez forte, profitable au point de vue de la récidive. J'ai remarqué aussi que les délinquants primaires pour lesquels on avait déclaré, dès la première faute, la responsabilité atténuée, s'amendaient mieux que ceux qui avaient déjà passé maintes fois par la prison et chez lesquels on déclarait ultérieurement la même responsabilité.

Depois deste depoimento, ROUBINOVITCH interroga:

Que va-t-il se passer dans l'esprit du délinquant à responsabilité atténuée qui, d'après le système préconisé par certains orateurs, n'ira plus en prison, sous prétexte qu'il n'est pas un criminel ordinaire?

Il ignore que la responsabilité est une notion philosophique abstraite qui n'existe que dans le domaine de la métaphysique; il ne verra, dans votre système, qu'une chose: c'est qu'il ne sera pas séquestré dans une prison, mais placé dans un asile. Quel sera le résultat pratique de votre procédé nouveau? Vous enlevez à ce délinquant, peut-être primaire, la notion de la portée morale de ses actes. C'est-là une première faute, qui le conduira vite à une rechute.

Une seconde faute, c'est que vous allez retenir ce délinquant dans un asile spécial indéfiniment.

(Revue Pénit. 1905, p. 332).

Quando tratei da imputabilidade restricta, dei as razões por que não consagra o Projecto a pena diminuida, como o fazem codigos e projectos recentes, inclusive os projectos de lei elaborados por OETKER e VON LISZT. Como criminalista,

como homem de sciencia, LISZT é pela pena integral, e se no seu projecto consigna a pena diminuida, isto representa uma concessão imposta por circumstancias de natureza local. Infelizmente nisto não se attenda, disto não se sabe; o que se vê, o que se considera como a ultima palavra da sciencia criminal allemã, são esses projectos em si e nelles o beneplacito com que se reforça o systema dominante na Europa — pena diminuida e asylo.

Repelli a pena diminuida e, quando tratei da imputabilidade restricta, dei as razões da repulsa. Pelo Projecto, imputabilidade restricta não acarreta diminuição da pena, mas o seu cumprimento em estabelecimentos especiaes, "onde os condemnados possam ser convenientemente tratados" (art. 29, § 3°).

Poderia ter ficado aqui, porque não distinguindo o texto as causas da restricção, entre estas comprehender-se-ia o alcoolismo. Era, porém, necessario attender a dous aspectos desta questão: o primeiro é o seu aspecto social, a força expansiva de destruição do alcoolismo na sociedade moderna; o segundo é que não seria nem scientifico nem justo tratar da mesma forma as causas endogenas e exogenas da restricção da imputabilidade. Se nem sempre é criminoso quem o quiz ser, só é alcoolico quem quer.

Consagrei, portanto, um dispositivo especial áquelles cuja imputabilidade o alcoolismo restringiu.

Não prosigamos, porém, antes que fique bem accentuado um ponto: associando a pena e a medida de defesa social nos casos de imputabilidade restricta, o Projecto esta na corrente geral européa, como a vemos manifestar-se nos projectos de reforma, nos codigos recentemente promulgados e nos Congressos penaes. Seria inutil deduzir a comprovação deste asserto, ninguem o contestará.

Della se afasta quando repelle a pena diminuida. Dei as razões da divergencia e do schisma: acceitem-nas ou destrúam-nas.

Especialmente quanto ao alcoolismo, della tambem me afastei e passo a justificar-me. A corrente européa obedece ao que se convencionou chamar "systema allemão": pena e casa de saude, mas, em primeiro logar, a pena. Máo grado a autoridade de VON LISZT, pareceu-me natural tratar primeiro do doente, para depois me occupar do criminoso.

E' o que dizia GRIMANELLI, na Société Générale des Prisons:

Si je suis en même temps un coupable et un malade, il faut tout de suite aller au plus pressé qui est le malade.

E' o que dizia MAIER, citado por ASÚA:

El tratamiento de la embriaguez debería aplicarse en primer lugar, y su duración debía ser imputada en el cómputo de la pena (Derecho penal en Suiza, pagina 303).

Tão intuitivo é que o tratamento preceda a pena que, resumindo o systema do projecto suíço, Strooss o dá por subentendido:

“IL VA SANS DIRE *qu'on ne commence pas par l'exécution de la peine, mais par le traitement médical* (*Revue Pénit*, 1905, p. 491).

Veamos se, no terreno legislativo, eu tinha autoridade em que me apoiar.

Assim dispunha o art. 10, 2ª al., do Projecto de Strooss:

Lorsqu'une personne à responsabilité restreinte aura été condamnée à une peine privative de liberté et lorsque la durée de sa peine ne sera pas écoulée au moment de sa sortie de l'asile ou de l'hospice (art. 43), elle devra subir le reste de sa détention.

Dispõe o art. 43:

La détention préventive pourra être en tout ou en partie déduite de la peine prononcée. Le séjour du condamné dans un asile ou un hospice en sera toujours déduit.

Do confronto destes artigos, verifica-se, sem possibilidade de duvida, que o tratamento curativo precede o tratamento penal. Assim é preciso para que, no caso do art. 10, *la peine se soit écoulée au moment de sa sortie de l'asile*, e no caso do art. 43, *le séjour dans l'asile soit déduit de la peine*.

Depois da revisão dos peritos, na publicação de 1896, o texto apparece assim redigido:

Art. 28. *Lorsqu'un buveur d'habitude sera condamné à l'emprisonnement pour une durée d'un an au plus, le tribunal, sur préavis médical et accessoirement à la peine, pourra ordonner son renvoi dans un asile pour la guérison des buveurs.*

Accessoirement à la peine: logo, depois da pena, porque é de regra que o accessorio siga o principal.

Com pequenas alterações de redacção, este texto, sob o n. 35, se manteve na edição de 1903.

Na de 1908, porém, elle foi substancialmente alterado:

Art. 33. *Lorsqu'un condamné à l'emprisonnement pour délit est un buveur d'habitude et lorsque le délit est en rapport avec ce penchant, le juge, si le condamné paraît guérissable, pourra suspendre l'exécution de la peine et ordonner le renvoi du délinquant dans un asile pour buveurs. La libération interviendra en tout cas au bout de deux ans. Avant la sortie de l'asile, le juge décidera si, et dans quelle mesure, la peine de l'emprisonnement doit encore être mise à exécution.*

Retornamos, assim, á concepção primitiva: internamento antes da pena, e imputação daquelle nesta, o que agora se confia ao prudente arbitrio do juiz.

No Projecto remettido ao Conselho Federal em 1918, uma outra concepção se patenteia.

Art. 42. *Lorsqu'il prononce une condamnation à l'emprisonnement pour délit contre un buveur l'habitude, le juge, si le délit est en rapport avec le penchant à la boisson, pourra ordonner qu'après l'exécution de la peine, le condamné sera renvoyé dans un asile pour buveurs.*

Après l'exécution de la peine... eis o que é evidente e não dá logar a duvidas. Depois disto, parecia que, afinal, na Suíça, se havia chegado a um accôrdo. Não, não se chegou. Este projecto está em discussão no Conselho Federal, e eu tenho sob os olhos o impresso do texto e das emendas que se distribuiu aos deputados.

A maioria propõe o seguinte texto:

Art. 42. *Lorsqu'il prononce une condamnation à l'emprisonnement ou aux arrêts, pour crime ou délit, contre un buveur d'habitude, le juge, si le crime ou délit est en rapport avec le penchant à la boisson, pourra suspendre l'exécution de la peine et ordonner le renvoi du condamné dans un asile pour buveurs.*

Se procuramos nas variantes suíças qual a orientação preferida, encontral-a-emos indubitavelmente na que faz preceder o internamento á pena.

Podemos mesmo dizer que dous systemas aqui se definem e se contrapõem: o systema allemão e o suíço, LISZT e Strooss. Este, aliás, francamente, proclamou-o na carta que dirigiu ao Secretario Geral da Société Générale des Prisons, e que se encontra á p. 489 do volume de 1905, da *Revue Pénitentiaire*: *En effet, je ne partage pas, l'opinion, dite allemande.*

Veamos, porém, como o proprio Strooss expõe o seu systema:

En principe, je considère que le point de vue médicale et le point de vue social doivent l'emporter sur le point de vue criminel, de même que le criminel l'emporte sur le civil. Quand il faut un traitement médical, il n'y a pas lieu de punir. Le but du traitement dicte les moyens salutaires à employer pour le malade. La peine s'efface ou, du moins, passe en seconde ligne. Une personne a commis un délit quelconque; elle n'est pas normale, elle a besoin d'un traitement. Il faut l'interner dans un asile ou un hôpital destiné à recevoir de tels malades. Il n'y a pas d'autre chose à faire.

E' o ponto de vista em que, na Société Générale des Prisons, se collocava

HENRI ROBERT: *Du moment qu'un médecin-aliéniste, avec son autorité et sa science, déclare que la*

responsabilité d'un individu est atténuée, il faut immédiatement l'envoyer... Dans quel établissement? Cela ne me regarde pas. Je suis avocat et cette question n'est plus de ma compétence.

Não nos esqueçamos, porém, da restrictiva ou explicativa de Strooss — *en principe*. Na pratica, como legislador, pôde fazer triumphar os seus principios? Não, não pôde, teve de transigir, embora protestando.

Le projet suisse fait pourtant une concession que je critique. Mais il fallait tenir compte des arguments de ceux qui disaient: "Il sera toujours facile de trouver un certain trouble d'esprit chez les malfaiteurs les plus dangereux. On ne peut pas admettre qu'ils soient exempts de toute peine, les experts jugent utile un internement d'une certaine durée (on ne peut à l'avance fixer la durée d'un traitement; la durée dépend de son effet). Il sera donc possible qu'un individu qui a tué soit déclaré "pas tout à fait normal", et qu'il ait besoin d'un internement pour sa guérison. Au bout de deux mois, il sera guéri et libre. La peine prévue pour se délit était, par exemple, de 4 à 5 ans de réclusion. On ne peut pas admettre une telle solution."

Se esta solução não podia ser admittida no meio suíço, eu pergunto se o meio brasileiro a comporta. As razões, que lá influem para repellil-a, crescem aqui de gravidade. Por si só, o internamento já é um problema. Não sou pessimista, mas não me anima uma esperança muito firme de termos, mesmo alguns annos depois de convertido em lei este projecto, os estabelecimentos que a sua fiel execução exigirá.

Mais do que na Suíça, aqui será facil descobrir nos peores delinquentes uma anormalidade qualquer para pupal-os á prisão e benefical-os com o asylo. É um ebrio habitual? *En pratique*, diz Strooss, *un traitement de six mois pour les cas légers, de deux ans pour les cas invétérés sera suffisant*. Na hypothese menos favoravel, no fim de dous annos, teriamos esse criminoso na rua. O que isto representaria como enervamento da repressão, como incitamento ao crime e como incremento da reincidencia seria incalculavel. Não creio que nenhum criminalista brasileiro se atrevesse a dar esse passo. Eu não me atrevi.

Na Suíça, foi necessario transigir e eis como expõe Strooss a fórmula da transacção:

Pour calmer l'opposition, nous avons admis la transaction suivante: Le juge prononcera la peine même en cas de responsabilité limitée, même s'il y a lieu d'interner le coupable dans un établissement servant de maison de santé. Mais l'exécution de la peine sera suspendue jusqu'au moment de la guérison. Et le temps du traitement sera compté comme peine. Le juge a prononcé une peine de 6 mois, le traitement a duré 3 mois; reste une peine de 3 mois à subir. C'est logique, mais peu satisfaisant, parce qu'il n'est pas prudent de créer une station de convalescence dans une prison, mais, en fait, les choses suivront leur cours logique.

Peu satisfaisant... Mas toda a transacção imposta por considerações de ordem pratica ha de necessariamente ser pouco satisfactoria em face dos principios. Vimos acima como VON LISZT e OETCKER tiveram de *transigir* com a pena attenuada para obter a adhesão geral ao seu projecto sobre os delinquentes de imputabilidade restricta.

É sempre assim que procede o legislador. Elle não formula um principio para leval-o até ás suas derradeiras consequencias logicas, mas para delle tirar as consequencias que a pratica permite e o meio social comporta.

Veamos a summula que Strooss nos ministra desse systema transaccional:

1.º *Le juge constate la responsabilité limitée:*

2.º *Il constate en même temps que le coupable a besoin d'un traitement avec internement dans une maison de santé;*

3.º *Il prononce une peine mitigée;*

4.º *Il ordonne le traitement médical et l'internement du condamné dans la maison de santé, en choisissant un établissement approprié spécialement à l'état du malade; car, si, en matière pénale, l'individualisation de la peine s'impose, elle s'impose d'autant plus pour le traitement médical;*

5.º *Il va sans dire qu'on ne commence pas par l'exécution de la peine, mais par le traitement médical (contra VON LISZT);*

6.º *L'internement médical terminé, la peine s'exécute, s'il y a lieu. Mais j'espère que, en fait, ce sera une rare exception et que, le plus souvent, le juge fera en sorte que la peine soit absorbée par l'internement médical.*

Esta, a concepção suíça, depois abandonada, para de novo restabelecer-se na emenda da maioria por occasião do debate parlamentar.

Pelas considerações que entendem com o meio brasileiro, a esta concepção me mantive fiel, apenas com esta modificação: como o projecto suíço, dou ao juiz o arbitrio de, quando a pena é absorvida pelo internamento, determinar por que tempo a pena se cumprirá, mas, ao mesmo tempo, lh'o limito, tornando obrigatorio o cumprimento de um terço da pena. Neste passo ainda attendi ao meio brasileiro. Quando um criminalista europeu examina este Projecto, abstrae desse meio, ou delle tem apenas uma vaga noção. Fará passar o texto pelo crivo de suas idéas, pelos principios de uma doutrina, pelas theorias de uma escola, e se a estes o texto se adapta, achal-o-á bom, se discrepa, condemnal-o-á.

Nós, porém, temos de attender principalmente a esse meio, a este Brasil immenso, á sua população escassa, a seu *hinterland* apenas desbravado, á sua instrucção limitada ao littoral, á sua organização constitucional, a seus costumes e tradições. No interior longinquo, a protecção de um potentado local começaria por conseguir o internamento e uma pena mitigada; depois, pelo simples decurso do tempo, a absorpção da pena; em seguida, a liberdade. Para evitar semelhante escandalo, a primeira cousa por fazer era evitar que uma parte da pena deixasse de ser cumprida; para que com

isso não se burlasse a absorção, o que havia por fazer era autorizar o juiz a fixar o resto da pena por cumprir; para que o juiz não abusasse do seu arbitrio, fixando um prazo irrisório, o que cumpria fazer era prefixar um mínimo legal.

Obedecendo a influencias inconfessaveis, condemna o jury a um anno de prisão criminoso cuja pena devia ser de tres ou cinco annos; e, ao mesmo tempo, por ser alcoolico, ou porque uma pericia suspeita assim o declare, manda o juiz internar-o. No fim de um anno, estaria attingido o maximo do internamento e quasi absorvida a pena.

Marcar-lhe-ia o juiz mais alguns dias de prisão, e cumprida estaria a pena, se o Projecto não tornasse obrigatorio o comprimento minimo de um terço.

Acceito o systema que adoptei, penso, entretanto, que o prazo do internamento do alcoolico deve ser elevado para dous annos.

Se o regime medico é observado, dentro neste prazo, ou o delinquente estará curado do alcoolismo, ou jámais se curará. Inutil será nesta hypothese conservá-lo internado, mas, na primeira, poderá o prazo não ter sido sufficiente á cura.

Esta questão de prefixar-se um prazo ao internamento provoca séria discussão. Criticando o primitivo projecto suizo, observava von LISZT: "Si a embriaguez é uma enfermidade, como o proprio Strooss o reconheceu na *Exposição dos motivos*, o paciente não deve abandonar o asylo senão depois de curado". (ASÚA, *Derecho penal en Suiza*, p. 304).

Logico será, portanto, não determinar prazo, o que importaria na sentença indeterminada. A tanto não se abalancaram os legisladores suissos e, se no projecto de 1894, se dispunha que o ebrio permaneceria no asylo até verificar-se a cura, para esta reclusão se fixava o maximo de cinco annos, reduzido a dous no projecto de 1896, eliminado no de 1912, para, no de 1918, ser de novo restaurado sob esta fórmula imperativa: *En aucun cas, le séjour à l'asile ne pourra excéder deux ans*.

Este será o prazo maximo do projecto brasileiro, acceita a emenda que acima propuz. Justificando-o dizia GAUTIER, na 2ª commissão de peritos:

La durée de l'internement sera de 2 ans au plus, délai suffisant pour guérir des internés qui sont guérissables.

Já reporteí acima a opinião de Strooss, mas não faz mal repetil-a:

En pratique un traitement de six mois pour les cas légers, de deux ans pour les cas invétérés sera suffisant (Exposé, p. 54).

Mendicancia, vagabundagem e prostituição

ARTIGOS 184 E 185

Não creio que a regulamentação desta materia no projecto reclame larga justificação.

O factor social aqui é preponderante e o criterio que nos deve guiar é antes o da defesa da sociedade contra um perigo imminente que o da repressão de um facto punivel.

Na realidade crime não ha; o que existe é um estado de criminalidade latente, do qual a sociedade se defende por meio de medidas de prevenção. E' puramente arbitrario erigir a mendicancia, a vagabundagem e a prostituição em crimes. Fazendo-o, não tem o legislador em vista outra cousa senão azar-se o ensejo que lhe permitta attender a uma situação pre-delictual em que medidas de prevenção se impõem.

Dar meios de trabalho ao falso mendigo ou dispensar assistência ao verdadeiro, corrigir o vagabundo do seu nomadismo, propiciar á prostituta a possibilidade de regenerar-se, eis o que cumpre ao Estado fazer, e com isto terá subtrahido ao effectivo da criminalidade os seus contingentes mais proveaveis ou certos.

RIO DE JANEIRO
IMPRESA NACIONAL
1930

RIO DE JANEIRO
IMPRESA NACIONAL
1930