O CODIGO PENAL

INTERPRETADO

SEGUNDO AS FONTES, A DOUTRINA E A JURISPRUDENCIA E COM REFERENCIAS AOS PROJECTOS DE SUA REVISÃO

PARTE ESPECIAL

PELO

Deputado federal, ex-magistrado e lente cathedratico de direito criminal e militar na Faculdade do Recife

RIO DE JANEIRO
IMPRENSA NACIONAL
1901

2017 -
901

DO AUTOR

Leis judiciarias annotadas etc.— Recife 1877.

Ensaio de Direito Penal.— Recife, 1884 (esgotado).

A Lucta pelo Direito (trad. de R. von Ihering) — Recife, 1885.

Nova edicção oficial do Codigo Criminal.— Ante-Projecto, etc. (inedito) — Recife, 1889.

Codigo Criminal Brasileiro.— Commentario Philosophico Scientifico em relação com a Jurisprudencia e a legislação comparada — Recife, 1889 (esgotado).

Codigo Penal Brasileiro commentado theorica e praticamente, 2 tomos, Rio de Janeiro, S. Paulo, Recife — 1896-97.

Direito Penal do Exercito e Armada, Rio de Janeiro 1898,

Brasilien — Unter Benutzung von Mitteilungen des Dr. João Vieira de Araujo bearbeited von Dr. Georg Crusen — Berlin, 1893, Otto Liebmann (in *Dic Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtvergleichen der Darstellung.* Bd. II: *"Das Strafrecht der aussereuropätchen Staaten").*

A Revisão dos Processos Penaes, segundo a doutrina, a jurisprudencia e a legislação comparada — Rio de Janeiro, 1900.

Diversas outras publicações em revistas e jornaes nacionaes e estrangeiros.

O CODIGO ACTUAL E O FUTURO CODIGO

O *codigo penal commentado theorica e praticamente* escripto em 1894 e só publicado em 1896-1897 em doas volumes, é, menos o capitulo da « satisfação do damno» que supprimi, uma nova edicção do meu commentario de 1889 ao codigo anterior de 1830, mas adaptada ao codigo vigente.

E' um livro novo, porém, porque recebeu novos accrescimos, tendo sido mesmo completada a parte *geral,* incompleta no anterior.

Entretanto, só comprehende a parte *geral,* porque a parte *especial* que faz parto do 2º volume sè reduz, por assim dizer, á uma especio de programma da vasta materia, apontando apenas a bibliographia geral o as especiaes e referindo-se quanto ao mais a exposição de motivos do projecto de 1893 que tive a honra de redigir na Camara dos Deputados.

O presente livro é um tratado da parte *especial* do direito criminal, a mais importante, porque é mais util, só se referindo ao defeituosíssimo codigo que temos, porque é a lei que deve ser applicada e a obra visa, não só o aspecto ideial, philosophico ou theorico; como tambem o real, positivo ou pratico do direito criminal.

Abrangendo hoje o estudo desse ramo do direito nas Faculdades respectivas officiaes e livres dous annos de curso e comprehendendo pela nova legislação todas as materias do mesmo direito, é intuitiva a vantagem para os estudantes d'um livro que realize o d*esideratum* dum curso geral e completo do mesmo direito.

Assim a minha obra sobre a parte geral ficará completa para o curso geral com a publicação da presente, servindo a do direito militar para estudo dos princípios geraes deste direito.

Finalmente a legislação comparada, a jurisprudencia, o os projectos como trabalhos preparatorios do futuro codigo nos serviram de constante subsidio, referindo-nos mesmo ao direito processual toda a vez que o estudo completo do assumpto assim o exigia.

Referimo-nos, quanto á revisão do codigo, especialmente ao projecto que chamaremos de 1899, porque neste anuo foi depois de emendado e approvado remettido no Senado.

buo prêsí

O plano do "presente livro visando o estado do nosso direito criminal actual constituirá um commentarlo *antecipado* do futuro código nesta parte, sí porventura, o Senado converter em lei o referido projecto.

Não cremos, porém, que isto tão cedo aconteça, preterindo-se outras exigências da tarefa legislativa, inclusive a do código civil que é obra muito mais urgente.

A nossa ideia de commsntario *antecipido,* agora, já a externávamos a propósito d'outro livro nosso e poderá ter até certo ponto sua realisação também.

-

« Devemos dizer antes de tudo que escrevendo o presente livro, não só tivemos em vista tratar d'um assumpto inexplorado nas lettras jurídicas entre nós, como principalmente fazer um *commentario antecipado da lei, ora em projecto.*

E o facto não é sem precedentes illustrados e animadores.

Roguin, notável professor na universidade do Lausanne, diz em condições menos opportunas e menos favorecidas que aquellas em que nos achamos :

« O interesse da nossa obra augmentou em consequência das votações, pelos dous conselhos legislativos da Confederação, em 10 e 17 de abril de 1891, das disposições principaes de um projecto de lei federal..,

« O presente livro servira de *commentario antecipado d lei futura,* etc. '

« Nós estudamos o assumpto para justificar e discutir o projecto na Gamara dos Deputados, fazendo a critica tão completa quanto foi possivel às nossas forças, da legislação existente e fundamentando as novas disposições projectadas na doutrina, na legislação comparada • na jurisprudência especialmente nacional.

Assim, o livro pode, sem immodestia, assumir o papel de explicador da nova lei, si fôr votada definitivamente, tendo o livro e a lei o mesmo autor.» *

A benevolência manifestada no paiz e no estrangeiro por trabalhos e estudos anteriores me animará a esforcar-me quanto possivel no desempenho desta nova tarefa, sem duvida a mais vasta e diflieil do que todas as outras.

Capital Federal, 5 de Abril de 1901.

i Roguin, COJJÍUTB BES Loia SUISSES, Lausanne, 1891 „Vl. ^ I * Do autor : A REVISÃO nos PROCESSOS PENAES, etc, Rio de Janeiro, 1900. Notas finaes,$g. 557.

INTRODUCÇÃO

1. K' indispensável quando se tem de tratar da parte *especial* do direito penal, ou de qualquer código, expor o systema de classificação adoptado. *

Em um tratado, ou em um código, a primeira parte, chamada commummente parte *geral,* se reduz, em summa, a estabelecer os princípios ou regras geraes que devem dominar a Imposição e execução das penas.

O systema ou classificação aqui, isto é, nesta *primtira* parte, ó a de todos os factos puníveis em *geral* tratados ou codificados, que ora são definidos somente por uma expressão, ora por duas, ou três, correspondendo aos systemas da unidade, bipartição, ou tripartição dos crimes; nesta parte não se cogita de infracção alguma particular ou essencial, falla-so de infracção, crime, delicto, contravenção, transgressão, eto.

Ao contrario, na parte de que vamos nos oceupar e que d a mais vasta e importante, o autor ou a lei tem de expor ou determinar cada infracção e estabelecer ou Indicar a pena que lhe deve corresponder para ser applicada.

Antes de tudo couvém notar, que ao menos para aquellos que adoptam o systema tripartido das infracções, elle não pode corresponder exactamente á classificação da parte *especial,* porque nesta os crimes o delictos são enumerados englobadamente.

Só as *cantiatençõ$$* é que ticam separadas, adopte-se a bipartição ou tripartição, versando a classificação sobre os crimes ou delictos, palavras synonimas para nós, conforme o código vigente e anterior que não seguiram o francez.

Segundo nota Pessina, nas antigas legislações nunca houve uma classificação dos crimes, enumerando-se umas depois do outras sem ordem systematlca as varias espécies de crimes.

As diversas *Leges,* que no direito romano previam as diflerentes espécies de delictos, não apparecoram todas juntas, como suecedeu multo depois com os códigos, mas com o andar dos tempos.

VI

Jâ foi obra da sciencia em relação ás jurisdicções e ao processo judiciário construir uma dupla divisão dos delictos, a dos *crimina publica* e *delicia privata* e a dos *crimina ordinária* e *crimini extraordinarií.*

Os delictos públicos eram aquelles que davam logar ao julgamento publico propriamente dito; os delictos particulares eram aquelles que davam logar somente ao julgamento do pretor, de que resultavam consequências puramente pecuniárias.

Mas, com o surgir das *guaestiones perpetua?,* assim como com a extensão das *leges,* graças ás constituições posteriores dos imperadores, só ficou em vigor a distincção dos *crimina publica* e dos *delida privata* comoffundamento de classificação, não mais no sentido do processo, mas do valor jurídico das acções criminosas. '

Esta divisão fundamental se conservou DO direito penal intermédio como dogma commum por obra dos juristas, mas teve uma significação um pouco diversa, porque aos delictos *públicos* se ligou o significado de factos puníveis *ex-officio* pela autoridade do Estado e o nome de delictos *privados* ou particulares foi dado aquelles puniveis mediante querela do particular offendido ou damniflcado pela acção criminosa.

S. Tratando do assumpto, Oarraud observa que é na parte *especial* do direito penal que *se* acham catalogadas as espécies e variedades de infracções, com as penas que lhes são applicaveis. Si é a parte mais *praticx,* é, ao mesmo tempo, a mais anti^i e a mais *variável* das legislações positivas.

O espirito humano não estréa pela abstracção: por isso, esse catalogo de factos puniveis é o objecto quasi exclusivo dos códigos primitivos.

Estes códigos prevêem e punem á proporção e á medida que são observados os actos de natureza a prejudicar a ordem social. Não sonham ainda em approximal-os e grupal-os, para destacar delles certas regras geraes que os expliquem e dominem.

Pôde-se seguir assim, no desenvolvimento mesmo dos factos puniveis, o desenvolvimento das necessidades sociaes e dos diversos interesses que a lei penal deve proteger.

Depois, esses factos são systematisados e grupados: si os classifica em diversas categorias que sob denominações geraes, como as de *furto, falsidade, homicídio* etc, comprehendem uma serie do factos puniveis.

' Vide Ferrini, *apud* Cogliofo, *Completo Trattato di Diritto Penalc,* - Milano, 1888-1890 **vol. I°, parte 1», pag.** 12S.

Então os códigos se dividem em duas partes bem distinctas: uma que abraça as disposições corarauns e que se qualifica deporia *geral;* outra que define os factos puníveis, que estabelece a pena ligada a cada um desses factos e que se chama *parte especial.*

Quando este trabalho de synthese está terminado é que surgem as varias questões que o problema suscita para o legislador, a saber, si se deve limitar a enumerar os factos puníveis sem classiflcal-os, ou ao contrario, si se deve preoccupar com a adopção d'uma exposição systematica e neste ultimo caso qual é a que deve ser adoptada.

O problema tem uma face dupla, porque pôde ser encarado sob o aspecto das codificações positivas esob o aspecto dos tratados soientiflcos sobre essa parto do direito e da legislação penal.

Debaixo do primeiro ponto de vista, só para faltar dos códigos mais modernos, o trancei, que ó o velho modelo de todos ó o primeiro documento a estudar como typo de classificação, por assim dizer, o primeiro élo da cadeia que se prende desde o direito romano as codificações posteriores a que serviu de fonte.

A primeira grande divisão feita pelo cod. francez, na opinião de Garraud não corresponde absolutamente á classificação das infracções em *delidos de direito natural* e *transgressões de policia* feita por alguns códigos modernos, como oliollandez e os húngaros, classificação que é certamente a mais ■cientifica de todas quantas teem sido propostas ou ensaiadas, mas de que é difflcil traçar exactamente os limites.

Para repartir as infracções na cathegoria dos crimes e dehctos ou na das contravenções, o legislador francez de facto não sepreoccupou directamente com a *natureza intrínseca* das infracções, mas com a *gravidade* respectiva das penas que lhes tinha comminado.

Acham-se realmente algumas *transgressões de policii* entre os crimes e os cleliotos e alguns *delictos de direito natural* entre as contravenções.

A gravidade das penas se mede com effeito não somente pela ímmoralidade do facto incriminado, mas ainda pelo prejuízo social que este facto tenha podido causar.

Sob este ultimo ponto de vista ha transgressões do polida que devem ser punidas mais severamente do que muitos delictos de direito natural em razão do mal quo ellas causam e dos interesses que ellas lesam. . . . -

A medida da penalidade não ô, pois, sempre um *cntenum* certo da gravidade subjectiva da infracção.

E como o código francez classifica as infracções segundo a pena que as leis lhes applicam é exclusivamente sobro sua *gravidade* e não sobre sua *natureza* quo é baseada esta divisão de factos puníveis.

Entre os criminalistas italianos, nem Carrara, nem Pessina agitam essa questão.

Mas a theoria de Garraud tem importância séria, si se attender ao fandamento*da outra de Oarofalo sobre o delicto natural. • I Aoomprebensão delia evitaria os erros do classificação que se nota no nosso código vigente collocan Io entre os crimes ou delietos verdadeiras contravenções v. *g.* as dos arts. 265 e 282 o entre estas verdadeiros delietos, por exemplo, os dos arts. 366, 373 e 380.

Garraud cita bem, como a mais scientifica que tenha sido feita tal classificação, exemplificando-a com o cod. hollandez e os dous húngaros, aos quaes podemos juntar o da Itália. '

Em consequência, a primeira cousa a fazer num bom tratado ou numa codificação e a melhor divisão possivel entre os crimes ou delietos e as contravenções.

3. A importância do problema, porém, cresce quando se trata da classificação dentro da categoria mesma dos crimes ou delietos exclusivamente.

A variedade por isso mesmo é extraordinária, quer nas obras, quer nas leis positivas.

O nosso ponto de partida, que é a fonte commum dos actuaes, será ainda o código francez, mesmo porque delle é também oriundo o nosso excellente código de 1830, que aliás preciosas originalidades contém.

No cod. francez o livro que cora prebende os crimes e os delietos se divide em dous titulos, abrangendo um «os crimes e delietos contra a cousa publica» e o outro os «crimes e delietos contra os particulares» .

A primeira categoria se subdivide em três classes: crimes e delietos contra a segurança do estado, contra a constituição, contra a paz publica; a segunda categoria comprehende duas espécies, crimes e delietos contra as pessoas e crimes e delietos contra as propriedades.

Muito igual ao francez é o código do Principado de Mónaco. '

Zanardelli cita como do mesmo typo os código parmenses de 1820, o dinamarquez e o de S. Marino de 1865, assim como não idênticos, mas semelhantes os projectos inglezes de 1878 e 1880. *

* Oarofalo, *Criminologia,* pag. j, cap. I.

[1] Garraud, *Droit Penal Frwicais,* Paris, 1838—96, 2° vol., n. 484 n. 291.

[3] *Ooãe pena* .Mónaco, 1875, liv. 3º.

* *Relazione ministeriak—ooã, penale,* Roma, 1888 ,pag. 6, not. 1.

lato mesmo podem w dizer do nosso código de 1830, ora abolido, que divide os crimes e delictos em públicos e particularss, dividindo e subdividindo cada uma dessas grandes categorias nas classes e espécies oomprehendidas nos titulo,, capítulos e secções das suas respectivas segunda o terceira partes.

Os códigos citados, pois, inolusive o nosso anterior, representarão um typo subordinado a um systema que nós podemos chamar *synthetico,* porque adopta no arranjo das classes de crimes vastas divisões.

Ainda modernamente o projecto de revisão do código do Japão adoptou o systema do código francos, ao menos em suas linhas geraes. '

O typo diametralmente opposto a esse, que se poderia chamar da *enumeração* ou systema *analytico* é justamente aquolle que, descruzando os agrupamentos numerosos na classifloação e também os menores, não coordena os factos puníveis em famílias ou classes, mas flui delles minucioso Inventario.

E* fora de duvida que este systema se tem generalisado modernamente, do que offoreoem exemplos o código allemão, que é dividido em 89 secções, o húngaro, que tem 43 capítulos e o hollandez, que tem 31 títulos.

Nostos códigos essas são as dlvisCos das suas part ;s espooiaes, apenas subdivididas ou em artigos ou em paragraphos.

A esses códigos Junta Swinderen muitos dos Estados Unidos da America do Norte e contra a opinião do Zanardelli, os projectos loglezes d« 1878 e 1880.

B, finalmente, como tendo seguido o mesmo systema, po lemos citar também O «Ante-Projecto do *Código Penai suisso,* modificado conforme a opinião da respectiva commlssão do peritos». Este projecto tem 15 capítulos sublivldldos em artigos. '

O terceiro o ultimo typo é um systema ecléctico, raixto ou um melo termo entro os dous e, no ditar ainda de Zinardelll, adoptado pelo maior numero de legislações, consistindo por sua própria natureza, em não seguir nem as divisões muito vastas do primeiro, nem o par cellamento oxuggerado do segundo, classificando os factos puníveis sob um numero de títulos maior do que o daquelle e menor do que o desteembora adopte subdivisões em capítulos e seccõjs, quando a varie lade das espécies o exige.

i ttoiuonade, #*o>* WrW, ele. Tokio, 188rt, pag. «5.
* «Yoremwurf ia einem Schweiaarlaohen Sratfgeseh BwchlOuen der Experíonkommission • Berilo 1990, pag. M.

Seguiram esso systema os códigos italianos das Duas Sicilias e sardos, todos os projectos anteriores ao vigente, dlfferentes códigos allemâes, códigos e projectos do cantões da Suissa e os códigos belga, hespanhol, portuguez, uruguayo, argentino e muitos outros.

Este ultimo typo, diz-se, realiza em summa a harmonia, tanto quanto é possível, entre o systema pelo qual oa factos são estudados pela Bciencia e a ordem ou methodo que deve presidil-os na legislação positiva.

O Código Hrazileiro vigente de 1890 seguiu o mesmo systema, si bem que consagre na parte especial numero de títulos desnecessário, soindindo sem razão matérias connexas, como as dos títulos 1 e II, VII, VIII e IX e XII e XIII, além de haver aberto um titulo para conter um só artigo sobre o contrabando, que aliás não comprehende todas as modalidades que lhe attribue o direito fiscal!

Entretanto esta parte *especial* está dividida apenas em nove títulos nos projectos de 1893,1898 e 1897, ora om discussão no Congresso Nacional, não tendo sido porém mantida no projecto approvado na Camará dos Deputados e remettido ao Senado, que contém 10 títulos.

4.- Agora consideremos ligeiramente a questão sob outro ponto de vista, isto é, a do methodo no estudo da sciencia sem nenhuma preoceupação legislativa ; pois que ainda aqui as opiniões variam.

Assim,Carrara, considerando o probletna,reconhece,antes de tudo, que os deliotos podem ser reduzidos a duas grandes classes, conforme elles apresentam no seu resultado ou no desígnio do agente a lesão ou perigo, quer de um direito *universal,* quer de um direito *particular.*

Essas duas classes ello distribuo em duas secções, a dos delictos nitwraes, que são aquelles que tém por objecto um direito attribuido ao individuo pela mesma lei da natureza; e os delictos sociaes que elle nao define; aquelles sem duvida que teem por objecto um direito attribuido ã sociedade ou antes ao Estado nella organisado considerado em si mesmo sob o ponto de vista dos interesses collectivos.

Entretanto a objecção que elle mesmo previne, mas não resolve, é que rigorosamente uns e outros são delictos *naturaea* em sua maior parte. '

Pessina não se preoceupa com a questão, dividindo os crimes em crimes contra o direito individual e crimes contra o direito social, começando por aquelles e terminando por estes. '

i Carrara, *Programma, Pane Spcciale,* Lucca, 1681-83, vol., I^{o} §1079-85, vol. 5» § 2465-2475.

« Pessina, *Dirilto Penale,* Napoli, 1882-85, 2^{o} e 3^{o} vol».

Entretanto as subdivisões não sio impeècaveis o sub-classes, quo pareciam tal vai ostar melhor n\ primeira classe ou divisão estão na segunda e vice-veria.

Daremos em ultimo locar a opinião em resumo de von Liszt e a de vftn Swlnderen.

O primeiro diz que o direito existo por causa do homem. Seu fim ó a protecção de interesses da vida humana oo de homens TÍVOS. A essência do direito o a protecção de interesses; a idéa do fim a força que engendra o direito. Os interesses protegidos pelo direito são chamados por nós bens jurídicos. Por bem Jnridico. pois, se deve entendes o interesso protegido juridicamente. Todos os beos jurídicos são interesses da vida, quer do Individuo, quer da sociedade. N'So o a ordem jurídica que engendre o Interesse, è a vida; todavia a protecção juri-dion oleva o Interesso da vida à classe de bem jurídico. Os interesses da vida emanam das relações da vida dos Indivíduos entre si e dos indivíduos com o Estado e a sociedade e Inversamente. Afim de manter a pas, a ordem, ó necessário que se tracem limites entro os diflorentes interesses, que um estado de paz exista. E' a vont ido geral elevada acima do individuo que se encarrega desta obrigação; ella a resolve na ordem jurídica, na divisão dos interesses entre aquellcs quo toem direito a existir, a sor protegidos e equelles quo não o toem. As normas da ordom jurídica, ou, om outros termos, as disposições legaes imperativas ou probibitivas, proscrevendo uma acção determinada ou defendendo-* sob certas condições, são os baluartes dos bens jurídicos. A protecção jurídica, que a ordem jurídica presta aos interesses da vida, o a protecção dai normas. Mas o direito não é somente um estado de pas, mas ao mesmo tempo também, conformo sua essência mais intima um estado de guerra, de luta. Afim do poder preencher a sua missão, elle tom necessidade da força que subjugue a vontade individuai recalcitrante. Esta força se manifesta, se realisa na autoridade do Estado.

Trata-se, pois, aqui do constrangi mento, que se manifesta sob três Ibrmas dlfTetvntes, a saber: a execução judiciaria, as perdas e damnos e a punição do indócil, das quaes a ultima não acha sqa appli-cação sinão quando as duas primeiras não bastam para* manter o direito.

Para dar uma idea clara, diz van swioderen, da appllcaçãn da theoria do autor à classificação das infracções, mo parece bastar in* dicaraa divisões principaes que elle recommenda.

São M »eg Jlntes : I, Infracções contra os beos jurídicos indivi-dunes, subdivididas em infracções contra a integridade corpórea, contra

direitos jurídicos incorpóreos, contra direitos de propriedade e em Infracções caracterisadas por meio de ataque; II, infracções contra os bens jurídicos da communidade, subdivididas em infracções contra o Estado, contra o direito dos povos, contra a autoridade do Estado e contra a administração do Estado. *

C*. Por sua parte, van Swinderen nota que, ainda quando não se possa põr em duvida que cada divisão e classificação se resente do *U-*\ bitrario, o que se explica pela difflculdade de assignar à cada Infracção seu logar no systema, não é menos verdade que a divisão e classificação adoptadas não ião indlfforentes. Em seguida elle explica-se, alludindo á opinião que acabamos de registrar.

A divisão e classificação, que me parecem se reccmmendar, são aquellas que repousam sobre o direito lesado e que são reconhecidas por quasi todos os autores 5 donde segue-se que eu não poderia concordar com a classificação consagrada pelo professor von Ltttt.

« A divisão e a classificação que eu segui, diz elle, repousa sobro as seguintes considerações.

O jurisconsulto que se funda sobre os princípios do cnristianismo positivo, attribue um alto valor a personalidade, ao Individuo e pois que sobre o terreno jurídico não poderia haver questão sinão do homem e que o direito abraça as relações dos homens entre si, o homem individual deve ser o ponto de partida sobre o terreno do direito em geral e sobre o do direito penal em particular.

A personalidade humana ô, pois, o factor principal de que se trata aqui. Ella tem direitos tão longo tempo quanto, ella existe, ou, em outros termos, tão longo tempo quanto sua vida se mantém durante esta economia terrestre, por conseguinte desde seu nascimento até â sua morte. São, pois, as infracções contra pessoas determinadas que *abrem* a serie das infracções subdivididas naqueilas contra sua vida, seu corpo, sua liberdade, sua paz, sua honra e sua boa fama, de sorte que è um erro grave pretender que a honra é o bem supremo. Aquelles mesmo que avançam esta theoria são inconsequentes quando se trata de sua applicação, porque elles prescrevem penas mais fortes para multas outras infracções, que cão para aquellas affectando a honra. Em *segundo* logar se devem collocar as infracções contra a propriedade

1 F. E. von Liszt, *Lthrbuch des Deutschen Slmfrechts,* Berlin 1891, pag». 8 6 sega. e 312 a sega,

Entre os criminalistas italianos, nem Carrara, nem Pessina agitam essa questão.

Mas a theoria de Garraud tem importancia séria, si se attender ao fundamento da outra de Garofalo sobre o delicto natural. [1]

A comprehensão della evitaria os erros de classificação que se nota no nosso codigo vigente collocando entre os crimes ou delictos verdadeiras contravenções *v. g.* as dos arts. 265 e 282 e entre estas verdadeiros delictos, por exemplo, os dos arts. 366, 373 e 380.

Garraud cita bem, como a mais scientifica que tenha sido feita tal classificação, exemplificando-a com o cod. hollandez e os dous hungaros, aos quaes podemos juntar o da Italia. [2]

Em consequencia, a primeira cousa a fazer num bom tratado ou numa codificação é a melhor divisão possivel entre os crimes ou delictos e as contravenções.

3. A importancia do problema, porém, cresce quando se trata da classificação dentro da categoria mesma dos crimes ou delictos exclusivamente.

A variedade por isso mesmo é extraordinaria, quer nas obras, quer nas leis positivas.

O nosso ponto de partida, que é a fonte commum dos actuaes, será ainda o codigo francez, mesmo porque delle é tambem oriundo o nosso excellente codigo de 1830, que aliás preciosas originalidades contém.

No cod. francez o livro que comprehende os crimes e os delictos se divide em dous titulos, abrangendo um «os crimes e delictos contra a cousa publica» e o outro os «crimes e delictos contra os particulares».

A primeira categoria se subdivide em tres classes: crimes e delictos contra a segurança do estado, contra a constituição, contra a paz publica; a segunda categoria comprehende duas especies, crimes e delictos contra as pessoas e crimes e delictos contra as propriedades.

Muito igual ao francez é o codigo do Principado de Monaco. [3]

Zanardelli cita como do mesmo typo os codigo parmenses de 1820, o dinamarquez e o de S. Marino de 1865, assim como não identicos, mas semelhantes os projectos inglezes de 1878 e 1880. [4]

---

[1] Garofalo, *Criminologia*, pag. I, cap. I.
[2] Garraud, *Droit Pénal Français*, Paris, 1888—96, 2º vol., n. 484 n. 291.
[3] *Code penal* ,Monaco, 1875, liv. 3º.
[4] *Relazione ministeriale—cod. penale*, Roma, 1888 ,pag. 6, not. 1.

sobre este ponto importante, de sorte que sobre elle é impossível saber qual é a opinião delles. »

Esta ultima observação ó real; mas o facto justifica-se menos por] conveniência do-methodo, do que por necessidades praticas.

E' assim que Borner, dando o merecido valor ás classificações scien-j tiflcas e alludindo a critica de Zacbariae e sobre a sua obra tão notável, accentua bem isto e que não repelle outros systemas como o da lei positiva no tratado da parte especial e eflectivãmente segue nesta a ordem do cod. allemão. *

Também o Dr. Rivarola, que discute o plano do código argentino que não adopta, segue-o, entretanto, na sua obra. [a]

Entretanto, pondo de parte alguns dos fundamentos que dá, em geral, a opinião que segue Swinderen, tem sido acceita pelos tratadistas, entre os quaes podemos citar Garrara e Pessina, si bem que podendo haver divergência nas subdivisões, na divisão geral, aquelles, assim como outros, tratam em primeiro logar dos delictos chamados naturaes ou contra o direito individual e em segundo logar dos delictos sociaes ou contra o direito social.

Mas a theoria de Swinderen não é acceitavel, desde que elle mesmo se confessa individualista puro ou antes exagerado.

E aqui vem a propósito lembrar a opinião de Ferri sobre um dos pontos cardeaes da nova escola de direito criminal.

Como temos visto que a escola clássica surgia em nome do individualismo para reivindicar os direitos exageradamente sufTocados pelo Estado na idado média, assim a escola positiva procura agora pôr um limite á preponderância, á sua vez exagerada deste individualismo e tende a restabelecer o equilíbrio entre o elemento social e o elemento individual. *

E esso pensamento tem raizes mais profundas e vistas mais geraes.

Effec ti vãmente, a orientação de todo o pensamento contemporâneo que conscientemente ou não dirige a maioria dos pensadores, está em uma contra-reacção ao individualismo explodido com a Revolução Franceza e exagerado depois pelo doutrinarismo politico c social que a seguiu.

i Van Swinderen, *Esquine du droit pinai mluel dana In Payt Ba» et à rp.trangtr,* Groningue, 1891-94, 2" »of. pag.3. •

» Berner. *Uhrbueh elo.,* par», especial, pr.

Expoaietón y criltea dei código penal. Buenos Ayres, *WJV,* tomo 2°, pag. 1.

» Ferri, *Sociologia Crtminale,* Tonno, 18'.*, pagina 25.

Foi assim por toda pari': na economia poliika como ao direito criminal, DO direito administrativo como ao direito constitucional, etc. Ao socialismo empírico exagerado da idade média saccede a reacção do individualismo doutrinário, isto é, apriorístico, de I7"<9 em diante, depois se tom opor&Io uma contra-reacção, que no? socialistas puros é também exagerada e aprkmstica, porque torna a afogar o individuo no co>mos social, mas nos sociólogos, ao contrario, ó positivista e indi-a uma orientarão do equilíbrio entre individualismo o socialismo, entro homem 0 sociedade. '

Sondo assim, nada jattidoaria alterar o systema actual dos eo-digos, desde que elles se teem mantido até aqui como são. nio obstante,) a exageração das theorias individual isticas o pois seria retardar na evolução aquolla phase do equilíbrio voltar aquellas idees, conforme Swindoren pretende.

EuVctivamonte,ã excepção do Cod. Penal da Baviera de 1813, não conhecemos ontre os contemporâneos, ao menos de primeira ordem, um que mio trate antes dos crimes contra o direito social, e depois contra o direito individual.

Seguiremos, pois, também essa ordem, isto é, a do projecto appro-vado na Gamara dos Deputado; e remettido ao Senado *em* 1809, que •fias é a dos anteriores ds 1893, 1898 e 1897, sentindo entretanto, qoe não* seja* melhor a ordem das Ululo* do coi. vigente, alias já del 1890, e menos om partea distribuição daí matérias por elles feita, DO quel teremos algumas vezes de qao nos aditar, remedianlo a desordem do texto pelo methodo na exposição, consignando do pois em um sum-mario a correspondência entro um e outra. Isto é, entre os artigos de código e números do tratado 00 ootnmentario.

• Kerh, *SoeMhtwt» « ofimin* >. T<wU»->, 1S33, pag. 57.

PARTE ESPECIAL Dos crimes,

contravenções e penas em partioalar

LIVRO i

Dos crimes e sua punição

TITULO I

DOS CRIMES POLITICO*

CAPITULO I

DOS CRIttKS CONTRA A SKUURANÇA DA REI-tnUCA

SECÇÃO I

M« MUMM eOSTM A UI»Cr«X»a.*CM, l*TE«ai»«M B t>K.5iIDApt. DV rvtlUA

CODIOO

I Ari. 87. Tentar, directamente «per frsa: da Repabltat, ou parte deito, no domini • r-:r:il enfraqusesr a M independoucia o inleartdad

I 1 .* Entregar da facto ao inimigo interne porção da tarrtiorto pcaaoido, o*) oc u ■; paia nua a tn*MBa tenha dootaio, ou passe, dispod de dpffsa o rts-úst ■ .- ■ ,

§ 2." Amiliar ai na naçã > inimiga a faj mettsr !;. --'.i; i .!•"! -.!r:a a Rspabtk-a, .' • . -dinheiro, uni;.!■..•> e m doe éa Uaa«(«rta;

§ 3.* Reretar é luçin minm, u a seta i ticos ou milhares, eeac«ra«etea è sag*nr»aci pátria; conmuaisar outras paMicar documentos, Informações «| Vu*s t» «w<jsV> ao Material da '.>[-ric" > ■.. 1 ' opsrar«ai da Republica ou ! eontra laia isaaaaai;

0 «.* Dar antred* uxtho a sspiflss ou erou dados a espiar as sp como Bes de guerra da Repi taea:

pena —» de prisão ceilular for cinco a 15 ani

Wf-W

sujeitar o territotío iio; quebrantar ou

i extsmo, qualquer ■.ã". ia cousa sobre *• tumVientss matos

guerra, ou a -ora-k>lne gente, arma».

»!-<*, S'>«r-'.:s poll-4 stitegn !.»■!• da piam •, diannoa a

Art. 88. Provocar, directamente e por Factos, uma nação ostrangeira a mover hostilidade.? ou a declarar guerra á Republica :

Pena —de prisão cellular por dous a quatro ânuos.

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

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

§ *2.″* Si para não se verificar a guerra, declarada em consequência da provocação, a Nação tiver de fazer algum sacrifício em detrimento de sua integridade ou de Feus interesses:

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 ânuos.

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

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.

Art. 90. Commetter, sem ordem ou autorização do Governo, hostilidades contra súbditos de outra Nação, de maneira que se comprometia a paz, ou se provoquem represálias :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.

Art. 91. Seduzir, em caso de guerra externa, no território em que tiverem logar as operações do exercito federal, nas guardas, nos quartéis, nos arsenaes, nas fortalezas, nos acampamentos, nos postos militares, nos hospitaes, ou em outros Iogares, as praças que fizerem parte das forças do Governo, tanto de terra como do mar, para que desertem para o inimigo:

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

Paragrapho único. Si a deserção não for para o inimigo c

Pena — de prisão cellular por dous a 10 annos.

Art. 92. Seduzir, no caso de guerra externa, pelo modo e nos Iogares mencionados no artigo antecedente, as praças, afim de que se levantem contra o Governo ou contra oi seus superiores:

Pena — do prisão cellular por cinco a 15 annos.

Art. 93. Si es crimes dos dous precedentes artigos forem eommettidos em tempo de paz, e em qualquer logar do território nacional:

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.

Paragrapho único. A pena será applicada com augmento da terça parte, si a deserção for para paiz estrangeiro.

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

Pena— de prisão cellular por três a nove annos.

Si em tempo de paz :

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

Art. 95. Comprar às praças, que fizerem parte das forças do exercito federal, peças de armamento, fardamento, equipamento, ou munições de guerra:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa do decuplo do valor dos objectos comprados.

Art. 96. Transgredir as ordens e decretos do Governo, que prohibirem, no território onde tiverem logar as operações de guerra, publi cações e reuniões que puderem favorecer ao inimigo, ou excitar a des ordem:

Pena — de prisão cellular por dous a seis mezes.

Art. 101. Comprometter em qualquer tratado, ou convenção, a honra, a dignidade, ou os interesses da Nação; tomar compromissos em nome delia, ou de seu governo, sem estar devidamente auto rizado: »

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Art. 103. Reconhecer o cidadão brazileiro algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effectiva:

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

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir, debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimen:

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

Art. 104. Exercitar a pirataria — e este crime julgar-se-ha commettido:

§ 1.° Praticando no mar qualquer acto de depredação e violencia contra brazileiros, ou contra subdito de nação com a qual o Brazil não esteja em guerra;

§ 2.° Abusando da carta de corso, legitimamente concedida, para praticar, sem estar autorizado, hostilidades contra navios brazileiros ou de outras nações;

§ 3.° Apossando-se alguem, por meio de fraude ou violencia contra o respectivo commandante, do navio de cuja equipagem fizer parte;

§ 4.° Entregando a piratas, ou inimigo, o navio a cuja equipagem pertencer;

§ 5.° Oppondo-se alguem, por ameaças ou por violencia, a que o commandante ou tripolação do navio o defenda em occasião de ser atacado por piratas ou por inimigo:

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

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

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.

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

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

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

Art. 106. Tambem commetterá crime de pirataria:

§ 1.° O que fizer parte da equipagem de qualquer embarcação que navegue armada, sem ter passaporte, matricula de equipagem, ou outros documentos que provem a legitimidade da viagem:

Pena — ao commandante, de prisão cellular, de quatro a 12 annos; ás pessoas da equipagem, de dous a seis annos.

§ 2.° O que, residindo dentro do paiz, traficar com piratas conhecidos, ou lhes fornecer embarcações, provisões, munições, ou qualquer outro auxilio, ou entretiver com elles intelligencias que tenham por fim prejudicar o paiz;

§ 3.° Todo commandante de navio armado que trouxer documentos passados por dous ou mais governos differentes:

Pena — de prisão cellular, por seis a 12 annos.

COMMENTARIO

1. Esta parte, que é a chamada *especial*, comprehende os livros II, III e IV do codigo, sobre os crimes e contravenções *em especie* e *disposições geraes*.

No plano deste comrnentario, que é o do projecto de 1899 e dos anteriores, inclusive*os nossos dousde 1893 e 1897, esta parle *especial* está dividida em dous livros, comprehen-dendo-se no I os *crimes,* e no II as *contravenções.*

Já nos referimos ádifferença entre os crimes e as contravenções, e quando occuparmo-nos destas, additaremos algumas considerações *.

Uma observação geral deve ser logo feita, ê que o código vigente, assim como os projectos posteriores, tiveram como fonte commum o italiano e por isso os respectivos interpretes são os guias mais seguros do nosso direito penal de 1890 para cá.

E desde logo vem aqui a propósito uma observação de Majno, rererindo-se ao ministro Zanardelli, o autor do cod. italiano:

No estudo dos caracteres differenciaes entre os delidos e as contravenções notamos que aquelles se classificam segundo o direito offendido, e estas, segundo o bem que o legislador se propõe obter punindo-as.

E este conceito inspirou-se na distribuição das matérias, especialmente dt-ste livro:—«entre os dotes precípuos de um código penal, dizia o relatório ministerial sobre o projecto italiano de 1887 (n. LXXIII) — está a exacta classificação dos crimes, a qual, além da ordenada distribuição da matéria, contribúe também para mais fácil e exacta observância da lei. Com este intento, o projecto, seguindo as pegadas dos precedentes, funda a classificação sobre o conceito da objectividade jurídica do facto, o que imporia dizer sobre a espécie do direito, a existência ou o exercício do qual constitue o objecto tido cm mira pelo crime».

E por isso, o legislador, começando pelos delictos que mais directamente interessam o organismj politico e civil da sociedade, classificou os delictos em dez categorias, constituindo outros tantos títulos deste livro os quaes terminam com aquelles que ferem immediatamente direitos ou interesses particulares, isto ê,a pessoa e os haveres[2].

Nos projectos de 1893, 1896 e 1897, este livro contém nove títulos, mas na redacção finai approvada pela Camará ha dez, porque incluiu-se o *contrabando* com um só artigo, como se havia feito no código vigente, que aliás não se referiu a todos os aspectos daquelle crime, antes um delicto fiscal do que commum.

O código vigente contém neste livro treze títulos, o que censuramos, respondendo á defesa delle por seu illustre e pranteado autor e á critica do nosso projecto de 1893.

i CODIOO PENAL COMMESTADO, ete. do autor. Ri o de Janeiro, 1896-97, pag. 23, i° vol; pag. 429, 2» vol.

[1] Majno, COMMBNTO AL CÓDICE PENALE, Verona, 1890-99, Iº vol. pag. 332, D. 586.

lato posto, ainda faz-se mister algumas considerações prellralimresegeraes para boa tatóHigeocto dos ortigas do código, que nos servem de texto e desta secção dos projectos posteriores.

**• O conceito do crime politico tem praticamente dous effellos: primeiro, servir de base á competência da Justiça federal, conforme a respectiva disposição constitucional;

a ^!n «^

0 primeiro ponto de vista ê puramente processual.

Sobre o segundo, additaremos considerações is que fizemos, commentando a parte *geral* do código, onde nos occupamoa da theoria da extradição '.

!•'.' uma questão que continua a ser multo controvertida, quer nos domínios da diplomacia, quer nos da doutrina, a da saber si s negativa da extra liça • deve soflrer restricçOes nos crimes políticose qunes ellos sejam.

O Gongreaso Juridico Americano, inaugurado nesta Ça-
Flitnl Federai em 8 de moto de 1900, para soiemnisar o JV Centenário do Descobrimento do Brazll, havia proposto sobre aquelle problema a seguinte questão entra as do direito publico:

«IX. Devc-se restringir o direito de osylo nos crimes políUcos T Qual a formula da restricçfio f »

A forma da pergunta nflo prima peia clareza. I Cmstgnoremos aqui ■ que ocoorreu sm relação â dis-etissSo peia Oussa pane | n s, podendo-ee recorrer aos trabalhos do Congresso (na sua máxima parte ainda in-o lu-t. >s) para melhor i stud • da questflo.

B c imo a <p stSo foi considerada por tiOs por uma face inteiramente nova, da qual nèo parece ter cogitado a these • que suscitava o nosso próprio direito pubUco moderno da Uepublica Federativa, repetiremos aqui os princípios que alll expuzemos, por ; nos ra > servir de guia no apre-ciaçfto do novo aspecto ntludido, Isto é, o da extradição ,;./ 'd-' noa crimes políticos.

Antes, pois, de tudo, repetiremos as considerações gera es que externámos, tendo era vista a solução de questões *m* .iii -ni «saa a cooneaas diapertadaa saai discussão da

• C SR. JuAo VIKIRA declara que subscreva a conclusão da primeira quentão, ratatada pelo ıltuetre Dr. Joio Monteiro, extenso a «• Itlamente, Kxttrtiarn depois o ronda-
em do Sábio Con-L consideradas
0 seu aspecto - i;....! -temático.

1**» Ttotf», «». rwi* «XUTIM, • v.-.. p»§. IS, eap, Vlí, t «ti.[1]

Assim., particularizando a ideia e cxem.piificando, dirá que Q_ Congresso votou em sua sabedoria que « admittido o principio da unidadedodireito privado, noa é justificável o System a de diversidade de processo, cabendo á Unifio è aos Estados a competência para legislar sobre este assumpto segundo regras preestabelecidas na Constituição Nacional»*

Pois bem. si na organisaçfio politica brasileira é uma anomalia legislarem os Estados sobre o processo, maior anomalia para o systema geral representativo e que se considerem soberanos os Estados, neganda-lhes ao mesmo tempo legislar sobre o direito, quer substantivo, quer adjectivo.

. Essa mutilação ô mais grave do que recusar a União legislar sobre o processo nos Estados.

O Congresso parece que, para ser lógico, deve rejeitar a conclusuo do relatório ou votar outra em sentido contrario^ que por ventura seja apresentada por emenda.

Agora o seu voto:

Quem diz Estado pôde nfio dizer Constituição, mas quem diz Constituição, diz Estado.

A soberania não é mais do que o poder da sociedade concretisada no Estado como organisaçfio politica.

Nfio se comprehende, nem Estado, nem soberania, sem a plenitude dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

A unidade que se suppõe destruída na Unifio, porque nfio legisla sobre o processo, fica destruída, a seu turno, no Estado porque se lhe nfio consente que legisle nem mesmo sobre o processo.

A doutrina contraria nfio está mesmo isenta de duvida, mas nfio nega tudo aos Estados federados.

O seu voto é que o Estado ô soberano, como soberana é a Unifio e no rigor dos princípios assim é pela lettra do art. 63 da Constituição Federal.

A estranheza de alguns neste ponto é devida á pre-tençfio de quererem accommodar os novos institutos nos velhos moldes, ou pretender que o direito domine os pheno-menos quando deve ser dominado por elles.

Ainda o *misoneismo,* a força da inércia, gera taes illusões puramente subjectivas que resistem ã realidade da vida.

O direito de intervençfio (art. 6º) e a *extradição* (art. 94 n. 32 e art. G6 § 4°), por exemplo, são institutos que presuppõem a soberania aos Estados.

E si se apurar muito essa preferencia ou preeminência entre a Unifio e os Estados, ainda o art. 64 da Constituição nfio dará argumento para affirmar que sendo o território dos Estados, o domínio imminente, em virtude do principio da soberania, é delles e nfio delia ?

Esta razão obsta que se considerem os Estados como simples territórios habitados por aggregados, nfio con-

3. Tendo nos manifestado por esse modo, alludindo a extradição, em sessfio posterior discutimos a these relativa, suscitando a duvida concernente á extradição inter-es tadoai nos crimes politicos commettidos contra os Estados propriamente e nfio contra a União.

A these é a que já acima inserimos.

« Confessa que o seu estudo na questão IX do direito publico nfio pôde ir além do conciso, mas interessante relatório do illustre professor, seu collega Dr. Paula Ramos.

O quesito é de difficil interpretaçfio ea prova está na divergência entre o honrado relator e o illustrado Sr. Dr. Ubaldino do Amaral.

O orador se limitará a suscitar duvidas sobre a pouca extensõo das restricções contidas nas conclusões do relatório e enfrentar a questfio sob uma face nova, de que nfio parece, aliás, ter cogitado o quesito.

Primeiro ponto:

A segunda conclusfio do relatório inclue a restricçfio do direito de asylo quando elle for concedido na embaixada ou legação que gozar da *exterritorialidade.*

Assim, parece-Ihe que o douto relator quer que o asylo deva ser dado propriamente no território.

E' sabido que a expressão *território,* no direito publico e no direito criminal, ou antes no direito penal internacional, é tomada muitas vezes não no sentido physico ou geo.-| graphico, mas no sentido *politico.*

Se assim é, porque nfio estender a restricçfio a casos análogos como, v. g., o navio de guerra, o consulado com poderes de *policia,* o território estrangeiro occupado militarmente, etc?

Limita-se a fazer as interrogações; nfio fará emendas ás conclusões do relatório, porque, em geral, acha que o honrado relator interpretou bem o quesito.

Pensa que nfio se trata no caso de extensfio ou restricçfio do direito de asylo em relação aos crimes.

Si assim pensasse, lembraria que a formula crimes *políticos e connexos* com os crimes politicos nfio satisfaz, tanto que o Instituto de Direito Internacional já no Congresso de 1880, em Oxford, declarava que só se poderia attender para os effeitos da extradição os crimes communs connexos com os politicos que pudessem ser considerados como praticados de accôrdo com os usos e costumes da guerra, etc.

Hoje ha outras soluções...

Acha que o crime politico tem o mesmo caracter fundamental dos crimes communs, salvo elementos differenciaes de importância secundaria.

As duas formas do crime são a violência ou a fraude, ou ambas, sendo bem conhecida e bem repetida pelos autores a .sentença de Cicero : *duobus modis Jit injuria, auiviaut fraude.*

A questão, nfio ficou, ahi; foi renovada em seguida no mesmo Congresso, tomando orientação diversa a discussão porque entoo compreheiideu o extradição em relaçfio a natureza do crime commettido; limitando-nos, porém, desta vez a justificar concisamente a conclusão lembrada antes.

« O Dr. JoSo Vieira sente nSo poder acccitar a conclusflo proposta pelos seus doutos collegas os Srs. Ubaldino do Amarai e Carvalho Mourflo. Quanto á 1» e 2* partesda mesma conclusão, nota simplesmente que nfio ha necessidade de incluir nesta parte o *regicídio* e crimes congéneres, desde que se der certa generalidade á fórmula da restricção procurado, e virtualmente o coso está incluído na 3ª parte da conclusão.

Assim, por exemplo, se o código italiano considera o *regicídio* um *delicio contra os poderes do Estado,* a Justiça não o deixará de considerar como verdadeiro assassinato c assim figura elle em todos os tratados de extradição.

Quanto a primeira parte da conclusão, o conceito ê vago e não satisfaz.

Conforme esse conceito, poder-se-hia justificar o asylo nos crimes mais estupendos, porque achar-se-hião em correlação necessária com o crime politico, de meio para fim, e ao contrario, negar-se em delictos de menor gravidade, que nfio se achassem em tal correlação.

A admittir-se uma formula a que falte a necessária lucidez para orientar bem a pratica, então seria preferível dal-a de accordo com os princípios da escola positiva.

O asylo não comprehende os crimes *mixtos* ou *com-plexos* praticados por criminosos *natos* ou *instinçtioos,* isto ê, *temíveis,perigosos,* aosquaes falta ou é escasso *o senso moral.*

A 3ª parte da emenda não offerece duvida, mas é dispensável por isso mesmo e porque não está coordenada com outras regras acceitaveis.

Em conclusão, pensa que ê preferível para não tornar interminável esta discussão confirmar pura e simplesmente a resolução tomada pelo Instituto de Direito Internacional em suas sessões de 6 a 10 de setembro de 1880 no Congresso de Oxford. . v

A' autoridade do sábio Congresso póde-se addicionar a de Bluntschli sobre a questão.

Eis a conclusão que me parece preferível neste rrçomento de tantas duvidas e incertezas:

Conclusão — O Congresso acceita e confirma sobre a questão o voto do Instituto de Direito Internncional no Congresso de Oxford em 6 a 10 de setembro de 1880. — Dr. *João Vieira.»* [1]

[1] CONGRESSO JURÍDICO AMERICANO, no *Jornal eit.* n. 135, de 16 de maio de 1900.

Esta conclusão foi considerada prejudicada p> »rquc foi opprovoda outra que pro ■ >u coneil ir JI j !a c >nciusõo com o formula ?u -- • de i ˇ-tj.

• No tocante aos tecias p tliticos, a extradição deve ser pérmittido, e$_t$ c msegulntemcnt< d- gado o direito de asyto, ainda que Q agente ai - - .- motivoou Um politico, se o acto em yírlude do qual *Kw* pedida a extradição constituir prin* cipíilmeuie un cri11 c immum.

0 Estado exlredilor decidira, em espécie, antro a nato reza do acto deilciuoep, haaeaodo-èa nas eircumslanctas que o constituírem a devendo, pare apreciar a natureza ena factos'vim;. em uma rebeluAo i tica, InsurreicAo ou guerra civil, Indagar se eWea aio ou ngo j> toados pelos usos da guerra. — sala das sessões do Congresso Jurídico Americano, 16 de mato de 190D. — / • *Drmmmond, — Carcalho Mourão,»* *

Approvada esta conclusflo apresentámos ao Congresso o segimitf:

« Declaração de voto — Votei contra a eonclualo doa Srs. Uma Drumnvmd e Carvalho Mourão, proposta para a questão f\ de Direito Publico:

i" porque a redecçflo da conclusão altera oa lermos, desloca pro; ; Interdependentes e mutila n «iisp isiça > da lei auisM de IS da Janeiro de 1803, em que aa fundou e CUJO tetto é fedi verificar : Wolf, / IM. •*, ete. (pu-Micoçâo orneia!) Lausanne, 1«W, »• vol.; pag. Ml.

w> porque a formula da citada disp «• • è Ifio inconci-liável com a da reaomváo do Qingreaaode Oxford da 1840, que, por iasomesmo» uma aat asoptada aipi ■ dispo-nunca mais se lhe poderia edditsr uma «mire regra da dita

também l, o relatório do Conselho l ral de »ide maio de Isuti, que serviu de exposição de motiviA ao projecto convertido na citada W, quasi aem alteraofiu. — *Pwuile r d* ■ I Stusse, l*a>, 111, «16, **H:* De Solis trml de Coral, I e *iirotí F*> 'd/ *SuiMae,* Herno, I i - — 1*0, •• *•■ ;•■■-.*. v\ u. 1181 — C-mg âs • Jurídico, 17 de n t'"- — Ur. «raio *Vé*m»9**

A d >;■ - leisutasa éesta :

• Ali. 10. \ extrndkjAo nAo aere concedida por lufr • -coes politicas.

d« un». a»

woo

« Ella será concedida, ainda mesmo que o culpado allegue um motivo ou um fim politico, si o facto pelo qual ella é pedida constituir principalmente um delicto coinmum.

« O Tribunal federal apreciará livremente, em cada caso particular, o caracter da infracção, conforme os factos da causa.

« Quando a extradição for concedida, o Conselho Federal o fará sob a condição que a pessoa cuja extradição é pedida não será nem processada nem punida por. um crime politico nem mesmo por um motivo ou fim politico.»[4]

A resolução de 1880 em Oxford é a seguinte:

« XIV. O Estado requerido aprecia soberanamente, segundo as circumstancias, si o facto em razão do qual a extradição é reclamada tem ou não um caracter politico.

Nesta apreciação elle deve inspirar-se nas duas ideias seguintes:

a) Os factos que reúnem todos os caracteres de crimes de direito commum (assassinatos, incêndios, furtos) não devem ser exceptuados da extradição em razão somente da intenção politica de seus autores;

b) Para apreciar os factos commeltidos no curso de uma rebellião politica, d'uma insurreição, ou d'uma guerra civil, é mister indagar si elles seriam ou não excusados pelos usos da guerra.»[2]

Franz von Liszt acha impor Lante a formula da lei suissa sobre a extradição e ao contrario duvidosa a do referido Instituto de 1892, em Genebra:

« Não se consideram crimes políticos os actos delictuosos que attentam, não simplesmente contra um Estado determinado ou uma determinada forma de governo, mas contra as bases de qualquer ordem social.»[3]

Resta-nos emittir a nossa opinião sobre a questão de saber, si os Estados federados como os nossos podem recusar a extradição dos accusados de crimes políticos contra elles.

4. A questão realmente é de difficil solução.

« Nos Estados confederados e nos Estados federados, diz um autor russo, a extradiccSo *reciproca* dos criminosos *políticos* pelos membros da confederação ou da federação é admittida, atlendendo que os adversários da ordem politica existindo nos Estados separados são perigosos para a União inteira, vistos os laços íntimos que unem o todo ás partes separadas.[4]

' P. Wolf. Lo» USUELLES DE LA CONPEDKRATION SUISSB, Lausanno 1898, *V* rol., pag. 314.

* Stieglitz, I/EXTUADITION, Paris 1883, App. pag. 216.

* Franz von Liszt (trai. do Dr. José Hygino) TRATADO DE DIREITO PENAL, Rio de Janeiro. 1899, !• rol. pag. 174.

* Stieglitz, *Obr. cit.* pag. 93.

Entretanto, de parte a sua doutrini «
depois, um outro escriptor,
cisai allemfio, èx]
sobre um exemp ações **dos**
durn Estados

h, foram,
ela lei de

dum o

i appoeavets
aos **crimes,** mesmo **j*** ' D >S, **cummeuiuos** toda **a** ex-l **i**
tensSo **da Allemaoba, as** regras **grraes relst** **aos crimes**
commettidos sobre o território nacional *fni*\ >. **e n** quês-
tilo de saber si a extradição deve ser **cciuosi** **em razão de**
infracções politicas desappareceu assim **por si**
mesma.»

Vé-se **daqui que era** relaçflo **é doutrina nfio pode** ser **decisiva a razfio que dà si** ■ *a* **it\ a que, quanto ao que dls Lammasch, a solução é** determinada peta translbrmaçfio **radical, porque** pass ■! **a** confederação germânica unificando sob **o novo Império o seu direito especialmente processual,dlfferento para o nosso caao.**

Paul Berna rd 6 **num ih- •**

tratando *do ' tetos***
políticos entn ***Balado* confedera*** **- formula de modo mais**
geral em retaçlo E eYiutrina a ^oostâo de saber, • se a
(íxrejM^íV) **introdu/.iua pelo dir** **I convencional em tovordos**
acetinados **por crimes poli tia** Japi **entra os diversue**
i los. ftti **Jõ pa^rie^STiiií^wi**
Gonfederaçfio f »

Ktiti recorda **que no direito antigo** todos **oa** Estados que **dependiam da nu sina siucranla, deviam u extradição ao suzerano.**

Oepoia (az considerações para demonstrar que a solidariedade especial de tolerasses que Ugam os dlflerculae Estados» **membros de** uma Coi r ;fio nfio **se equipara á solidariedade geral que tende a approximar aa** nações **entre EL aam um laco daauella natureza, para** concluir **que ai a ordem conatituc !•• eomprotneOtda, si a enarchia reina** lu:i **a ameaça** disso **doa Estados, o poder da Coofede-**
raçfi * **diminue.** **mesmo autor opa haveria** (alta **abso-**
Ipruca entre ue Esladua at uns recusas-
tooaos poiltiecs de outros, podendo
ser

(■<>!tl **111 MM*IMIitt J»Hti*i***fi■'■'11tu criminoso**
de **Rst** '1- * O CISO HO
commui to **por** uma **província sujeita á aoberaiiia geral e**

Nota também > **st OS** ! -■• i >s Unidos **da America do**
optaram thtvir **na sua** Coo>[1] **♦* do** me^uv>
essa

wrr o*E-wa>r ai N Arrufei **AIS aáuvs touixw-M.**

modo que os autores citados e outros cita o exemplo ôutfora da Allemanha:

« Depois dos tratados de 1815, a dieta germânica de 1819 estabeleceu em Mayença uma commissão central tendo plenos poderes para requerer a extradição dos indivíduos indiciados em movimentos revolucionários nos differentes Estados da Confederação Germânica. Em 1832 e em 1836 a Prússia *estipulou* com outros Estados allemões a entrega de seus refugiados políticos e uma decisão federal germânica de 10 de agosto de 1836 submetteu á mesma medida todo individuo presumido culpado de ter participado de uma manobra tendo por fim um attentado contra um dos soberanos allemães, ou contra a existência, a integridade, a Constituição ou a segurança de um dos Estados confederados.» *

Pensamos que a solução das duvidas neste ponto é antes uma questão de exegese da nossa Constituição Federal, do que da applicação *á fortiori* d'uma theoria geral da extradição entre Estados confederados ao nosso direito.

Como dissemos e dêmos acima os motivos, a lei ri. 39 de 30 de janeiro de 1892, que « regula a extradição de criminosos entre os Estados do Brasil », não cogitou do caso, mas defendendo o projecto nella convertido, de que tivemos a honra de ser autor, na camará dos deputados, ahi dissemos em discurso o quanto é bastante para nos servir agora de elemento de interpretação ; assim como annos antes o havíamos feito discutindo no Congresso Nacional Constituinte o projecto da Constituição actual em relação á espécie.

A nossa Constituição Federal dispõe :

« Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

« 32. *Regular os casos de* EXTRADIÇÃO *entre os Estados.*

«Art. 66. E' defeso aos Estados :

«4.° *Denegar a extradição* de criminosas, reclamados pelas justiças de outros Estados, ou do Districto Federal, *segundo as leis* da União, porque esta matéria *se reger* (art. 84, n. 32)».

No Congresso Nacional .Constituinte, em discurso sobro as matérias crimlnaes contidas no projecto da Constituição Federal, diziamos nós :

« Outras emendas, que vou apresentar se referem ú redacção do art. 33 n. 30 e art. 05 n. 4 e tratam do que o projecto denominou de *extradição.*

Penso que no art. 33 n. 36 se deve dizer : « regular o processo da requisição, prisão c entrega de criminosos

* Bernard, I/JSXTUADITION, Paris, 1890, 2° vol., pag. 302.

ktados - 6 no àrt. A o.4é mister declarar : n priso^ e entrega de criminosos, < ...o

DQ modo

>la

«Ta. conform ■ MÍ. êa do i-r ■ ■•-:■>. OBfistadoe nfio podem celebrar entre si ajustes e convenções de caracter politico.

Mas a extradiçflo é um acto de caracter ■ ai mento politico, *f-* nod. > ter tosar por % MIUH . e uús

d Idas emendas.

Neste ponto, e conslUuiçflo argentina, embora empregue a mesma palavra, nfio do nenhum togar á duvidas no seu mi. 8 quandodis - e a extradição d s orimiiiososò de obrigação reciproca entre todas as provindas*»

Á i: : do Norte, porém, sio falia de ı'\lı'ÍMl.'■ •. >: no art» -i n. *É* que «todo Individuo aceusado em qualquer Betado de Inibição, felonia j ououtrocr ■■. que escapar das mãos da Justiçae Iftr cn- oontrado em outro Estado» serA, é requi - *io da sutorklade

ao Estado que teuaa Jurlsdicça > sobre o crime

A l BSl '. [U-'

•• legislação federal estatua sobre a extradição aceusadus de um cantão para outro : todavia a extra*! > *não* pôde se tornar obrigatória para os deUctos *politicas* e *éê imprensa* »•

Mas alem de que os nomos delicies politicas sflo da alçada da justiça federal, soirmíB que es cantões suissos podem concluir tratados excepcionalmente (srt. 9* da Const. Fod.) de caracter politico 'in Estados estrangeiros, o que nfio permitia o projecto em discussão.

OonHegulntemenls uso podV- -»ter no caso extradição, no uso oommum da linguagem jurídica. * ■

Discutindo depois o projecto de lei de extradição» dissemos:

A emenda que na sessão constituinte SS rei 8 no sentido de es eliminar da - ■ . u> a palavra esrtre 'lo, que í- ~; ■'■ • ideias capasse delízer levantar ns pratica muitas duvidas, nflo foi approvada.

O Congresso Constituinte *manteve* a palavra *com* a disposição do projecto primitivo. *

». Do exposto resulta que a nossa Constituição Federal neste ponto nflo teve como fonte a Argentina, e menos a Americana do Norte, mas a da Suissa.

Na Suissa ha três leis federaes sobre a extradição intercantonal: a lei principal, de 24 de julho de 1852, modificada pelas de 24 de julho de 1867 e de -2 de fevereiro de 1872, sendo que estas duas ultimas nflo se referem ao ponto questionado.

A lei de 1852 está de nccordo com a Constituição de 1874, art. 67 citado, porque esta apenas reproduziu a Constituição de 1848, art. 55.

A simples leitura-da lei de 1852 leva-nos a pensar que a nossa lei de 1892 tem uma lacuna que urge preencher relativa aos crimes *políticos,* a que nem siquer allude pelos motivos que demos no Congresso Jurídico e acima mencionamos.

Nota-se antes de tudo na lei de 1852, que, apezar da disposição constitucional de 1848, na execução da qual ella foi promulgada, logo no começo, em termos geraes,com relação aos criminosos extraditáveis, ella se exprime assim:

«Art. 1.° Os Cantões são reciprocamente obrigados a promover a prisão e a extradição dos indivíduos conde mnados ou juridicamente processados por um dos crimes ou delidos mencionados no art. 2°.»

Já a nomenclatura feita no art. 2° exclue v. g. lesões corporaes leves, damnos pouco graves e outros, como é fácil verificar. [2] *['* Diz ainda o citado art. 1°, 2ª parte:

« A extradição de jurisdlccionados *(ressortissants)* dum Cantão ou de indivíduos que ahi estão estabelecidos *pôde todavia ser recusada si este Cantão se obriga* a fazel-os julgar e punir na conformidade das suas leis ou a fazel-os cumprir as penas já decretadas contra elles.»

Vè-se, pois, que apezar da disposição constitucional que só exceptua expressamente os delictos *politicos* e os de *imprensa,* a extradição nem abrange todos os crimes com-muns, e a respeito dos que abrange, pôde ser recusada nas condições figuradas.

A lei repete a excepção expressa das duas Constituições de 1848 e 1874 :

« Art. 3.° Não tem logar a extradição nos delictos *políticos* e nos de *imprensa* (art. 55 da Constituição Federal),

[1] .Discurso *do autor* nos *Annues* da Camará dos Deputados, em 7 de outubro de 1891; 4° vol., pag. 170 e seguintes. » Wolf, OBR. OIT.,2° vol. pag. 305.

Knlre IMJ " " do h **P**
>sso, ôpara ir **B**
poiSjjM ***ma,*** **c**
pj(

direito de recusara ext=adição nos

Na Saiam innumeros nrest >s **citados por** Blonay **raanteem** aquella doutrino. •

B' \ .-Iode que Bemard lomhra que vivas críticas tendo

"euniAo da s-.x-i **doa Juristas** sulss -s. n Itseda em Berna **o** 27 e 28 de setembro de **1080, sub a** pivs t neta **de M. kueuif.**

Nenhuma decisAo foi **tomada, mas a despeito dn d i ver* sidode de vistas que se manifestaram. o sentido** uue **parece** destacar-se da discussfi • **é** :'■■■ ■•.-..•.■. **é exir** çfio.

Chegou-se a reconhecer que **os motivos pelos quaes foi rejeitada a** npplicaç&i **desta** instituição **aos** •: « **politicos nflo podem ser invocados no** direito **suisso intereant** mal, **pela** razão **de que todos os** cantões **séo** interessados **solidariamente na manutenção da ordem publica • legal de** cada **um delies a que** conviria, **em** ***\$ct\<*** **darão** ***'Mimai f ral*** **o conhecimento dos rfWirfo* p*** -\ commt itii »s **ns confederação, ao menos quando os aceusados reclamem eata garantia.**

Conforme Beruara, a autoridade **Judiciaria somente deveria conhecer da extradioto, tanto no Cantão requerido,** como **no requerente. Mas» por excepção, o recurso de cas sação, de qualquer** ou ■■■ **que emanasse a decisão '*. deveria asr levado unJcameot** ■ o tribunal** redcnil • *

I Tai **doutrina**, **contraria ao direito** suisso vigente,| **nêo se aecommoda ao** noss ■ **pio só porque trata-se de** delícl s **poliUous contra os estados a** nfl **- contra a União, como lambem porqua ê Justiça daquellea a nfio á desta,** compete **conhecer de tacs de** cl **s.**

« Também **estes dettetos** po ticos, **propriamente ditos, afio hoje subtrahldos** a **extradição nêo somente na** mas **em (4 os Estados. O motivo desta e\ .&k> reside** r **um pouco por toda parte** ». — liei. dl. do Coií

Federal.

Trata*se, ('• **verdade, de ura urine • de** dir **> inter***

as^im dizer no noss **> moderno direito publico, porque si os**

n, **í '• '-:-! .**

Estados nãosflo soberanos, o contrario pensamos, são autonómicos e independentes, cada um de per si, em relação aos outros.

Em relaçSo mesmo á União, a Constituição Federal é formal, quando, salvando as excepções a que depois alludiremos, diz :

« Art. 6.° O Governo Federal *não* poderá intervir em negócios *peculiares* aos Estados, salvo, etc.

A nossa lei n. 39, de 30 janeiro de 1892, sobre extradição *interestadual,* si não veda, ou não faculta a recusa da extradição em taes crimes, também não a concede ou não a torna obrigatória.

A jurisprudência fornece elementos para a mesma solução.

Nos primeiros tempos do nosso regimen republicano, que foi um período de phases de agitação e revoltas, embora parciaes quanto ao território em que se moviam e muita vez sem relação com o governo da União, entendeu-se que todos os crimes políticos eram da competência da justiça federal, embora dirigidas unicamente contra um Estado e isto talvez porque a Constituição Federal diz :

« Art. 60. Compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar:

i) os crimes políticos. »

Eis um aresto conforme á nossa opinião :

« *Habeas-corpus* n. 297. Conspiração no Estado de S. Paulo.

« A' justiça federal compete conhecer e julgar *somente* os crimes políticos que affectam a existência e segurança da União ; aos juizes e tribunaes dos Estados cabe o conhecimento dos *demais* crimes políticos.

« E' *illegal* o constrangimento ordenado pela autoridade federal, sendo os pacientes indiciados autores de um crime politico que, quando provado, perturbaria *apenas* o governo *autonómico* e a constituição *peculiar* de um *Estado.* — Intelligencia da Constituição Federal, art. 60, lettra í); Decr. n. 848 de 1890, art. 15 letra *i)* cod. penal, art. 115. *Sentença* de 20 de abril de 1892 do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido dessa, referente a uma *conspiração* no Estado de *S. Paulo,* outra relativa ao mesmo caso, no do *Maranhão : O Direito,* vol. 65, pags. 65 e 313.

« Queixa dada contra Governador de Estado.

« A competência privativa da justiça federal, estabelecida no art. 60, lettra *i)* da Constituição da Republica *restrin-ge-se* implícita e explicitamente aos crimes políticos com-mettidos contra a *União ou* contra *sua intervenção constitucional* nos Estados.

« Intelligencia do art. 60, lettra í) da Constituição: art. 83 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, e arts. 113

e 114, *Uv,* 2", **tlt.** 1» cap 3° do **ood. penal.** ***Sentença*** fl" Supremo **Tribunal Federal de í de maio de 18» — *O Direito,* vol. 67»** p **_-. 3 9.**

Km contrario: ***Acçordâo*** **da** Relaçfio **de** Kictueroy **de 27 de** dezembro **de 1892.» •**

0 exemplo da Allemanha como confederação nao serve ao noss > caso, **porque é ssbèdo que s partir de 18» é que começou o** d< senvoivimenlo do principio **du nao extradição dos criminosos polittoise** pi r issi > tiQo admlr i **nue ora ooe tratadoa, ura** por **actos l' - ". - as estados germanicus entiv -«win reciprocamente os** seus criminosos em **taes** condições **em 18ltf,** 1832, 1836 o tê **18»** e **1870. em que se opera** a **lidade do direito** i i li, inclus **• o processual.**

B todos oi pri **aobraos quaes repousa o dogma Inviolável da nao** extradição **dos criminosos políticos,** con**sagrado pelo direito Internacional moderno e** pela **quasi unanimidade dos** public **•' historiadores e jurisconsultos, na phrase de** Berna rd, op I m-se, **diremos noa,** ao menos **á** (acuidade **de recusar s extradição entre iv : .- federados ou**

A nossa -;*:; i i j desde **que exciúe l aquellee** que, **psreo** ullbll . ,:: - tio. que 4 ■ .' forme **o ert. 6***:

« í. psri :• **s t.« Para** n **' s ::." Para rsssj** I|. K, ;'l I **ou de um 1--' I mas por contra golp**

IH" ■ *W* Ml'-' PIM1.I, CBUI -"IWIII ■mimo, **crimes que** podem **aflectar a 1 p por era** causa som . **o**] **I^rrauie a imcrv** < **L'uiao e** tes era **■»,** -"■»... **de um Ralado cm s ttrma republicana fedrratl* eeer a ordem e a tranqutllidc us respectivos governos.» outro; tde** •**Ytnmente s segurança do F.stAd**

Parcce-nos **que outra** nfl **pode ser *i*** ' * ." #wr *tituto.*

Os Estados podem recusar s extradição de pessoas cu l-1 padas **de crimes políticos contra qualquer E l** ido.

<k Panemos sfora A matéria dos artigos do texto do código nesta **secção.**

Sob **o ponlo de viste anthropologioo e** sociológico **se pôde d- ir o crime i** tlm **rnmlnmhrmn e I aorhi: ■ todo !«««« «do violento contra o mi ismo politico, rvlifioso,**

I >* 9.

Ou «toda lesão violenta do direito constituído pela maioria para manutenção e respeito da organisação politica, social ou económica por ellá querida ». *

H Esta definição constilue o conceito objectivo do direito lesado e dissipa duvidas suggeridas por Morin, Ortolon, "Grippo e Mecacci, que pretendem ser crime politico todo crime tendo escopo politico: a pesquiza do escopo serviráj para conhecer a natureza ou objecto do direito lesado, mas não basta para constituir o crime.

Podem haver crimes *communs,* cujo autor vise um escopo politico.v. g.,o homicídio *sectário* anarchistico,* como o assassinato de Sadi-Carnot; mas, quando a ordem politica não é affectada, elle não passa de um crime commum; e a paixão politica que armou o braço do culpado servirá para medir a sua punibilidade, em confronto com crimes movidos por paixão mais ignóbil, mas nunca para elevar aquelle a crime contra o Estado.

R Ao inverso, um crime eflectivamente *politico,* como é o j da entrega de planos militares ao inimigo e semelhantes (art. 87, § 3º), pôde ter unicamente um e-copo de lucro, mas o crime não deixa por isso de estar comprenendido entre os politicos, porque attinge o Estado, pondo em perigo a sua segurança, e a medida do perigo sendo maior, maiores devem ser as penas e as precauções preventivas.

Em alguns casos a linha divisória entre uns e outros não é muito nitida e dahi a origem dos chamados crimes *misetos* e a questão de saber si o crime *commum* deve prevalecer sobre o politico ou vice-versa.

Os citados autores lembram I Iaus que, ignorando ainda as conclusões da anthropologia criminal, suggeria o justo conceito de considerar, nas insurreições, como crimes politicos os actos autorisados pelos *ubos da guerra,* e como crimes communs, ao contrario, todos os attentados contra as pessoas e as propriedades, inspirados pelo udio, pela vingança, pela cubica, em uma palavra, por impulsos criminosos. [2]

Um principio fundamental deve dominar este ponto.

O elemento intencional no caso ê tudo, porque delle pelo estudo do criminoso deve derivar a sua *temibiUdade* e á esta deve ser adaptada a pena.

O impulso será o guia seguro, único para assignalar, conforme Brusa, as duas categorias de crimes mediante o estudo anthropologico do criminoso.

[1] Lombroso e Laschi, II SELITTO POLITICO £ LF. REVOLUZIONI, Torino, 1890, pag», 37 e 437.

[1] liaus, PRÍNCIPES OBNERAUX DE DROIT PENAL BBLOE, Paris, 1879,1° vol.,| pags. 261, m, 355 e 355.

E* perigoso appellar porá QB princípios de liberdade, **~lo** i **politica è umé** hon leira que cobre **muita** carga **punir curo ' >r e com f ♦ruins com m uns suspena e Imped muitos crimes ai**

Por outro lado, muitos desses cri roupagens pol **is** ato **comroettidos po now«** ***naíoê,*** **os mais perigosos** á segud tom **msnot repugnância, tanto que ■ seus companheiros no** mal **e a Indulgenc pellidos multa** ves pai **em todo indiciado** | S oo contrario] **de meado crimines [um meio de attingii ctorisado p »r este.**

S coiDmunscom rdadéiros **crimi- I social e que se** _Ju- '•■ ' - iis|>er-| **da. taato que eocontrnm apoio** nos **mal e a indulgência dos** h >i stos, im- wnatism. i irtídario • • - **um martyr** |tnpuiso **para deilnquir apparece isento i crime commum nflo e mais do que i escopo politico e o crime sert cara-**

_ **Outra** questão:

Sempra por um mol entendido conceito de liberalismo, alguns escriptores Inglezes e americanos preb **em** ; -• nal **definição do crime politico prevaleçam somente as circum- ■tanclosem que elleécommettido; assim para StuartMIll nao é crime p >! — « a oflensa ; itioa commetUda no curso de uma guerra civil, de Insurrt • ou de commoçãea politicas». 3**

i ombros® • **I-oschl combatem com razfio** essa **opinião.**

Rro tomp is •■ ■• e *pciona* **nflo ha duvida que ta«>s ~~crime~~s s8o mais perigosos a dahi os rig*»res usados do *etiotto* sv** *sitio* **s do *''I* • mas nflo ha rozAo para decl os** Impunes **ou deixar de sujeitai* A a preceiliA qus osi reprimam, sem** • xogi r •. **mas tambeai sem** . wis, tutelando **os direitos da maioria politica**

1'li¯ msi, i-; i untores. **; ■. t i .■ t'•'• <*erto** Douto **com Careib na necest* >le ds rei>r i- .-. mais . . ~. -menta nos tampos anormaes. negam, entretanto, qus eifes** tenham **um earactar da excepcionalidade;** mas, **como altas teero** d > mesm » **modo que os oommuns o caracter ds tasAo sot** direitos **do cidadão, por isso as clrcumatancias ex-** ternas **qut os scompanliam podam** servir somente para medir a respectivo responsabilidade. '

0 direito I deve **ser,** pois, **o critério domlnanta na** blitic **UAnlnfln I ,** >: elle **caractarisa as** violações dl-im mi > ara cou politico **dos** cidadôos, **nas quses, ur o crime, devem coneorrer os dous ■ : — ii.; ões ss manl-**

íestam e com o damno que delias deriva — e da *intenção* do culpado, manifestada com actos executivos externos.

A base da impulabilidade do crime politico ê o direito da maioria dos cidadãos á manutenção da organisação politica por elles querida — o crime que consiste exacta mente na lesão deste direito. 3

Neste ponto os autores citados se afastam de Garofalo quando opina que ha um delicto politico *natural* que lesa o sentimento de *piedade* quando tenha por objecto a vida do soberano ou dos funcclonarios do Estado; e *convencional,* que viola só o sentimento do patriotismo, como quando se revolta, v. g., contra a segurança do Estado. *

Os elementos constitutivos do crime politico são a voluntariedade- e a violência, ou a fraude.

A intenção é indispensável, porque uma acção externa executiva, sem intenção de atacar a organisação politica, perderia o caracter de criminalidade politica para entrar nas lesões ordinárias.

Por outro lado, a acção deve ser violenta, ou fraudulenta, porque não são criminosas as manifestações que se manteem no terreno especulativo e se limitam a propaganda das ideias, embora com escopo de combater a organisação politica existente.

Isto é obra e missão dos partidos, mesmo dos philosophos, e os cidadãos que em taes discussões se empenham podem dizer *nostra res agitur.*

E' o direito excepcional de resistência, a resistência legal, na phrase do publicista italiano Orlando, dentro da respectiva constituição, muito differentc daquilio que Tissot resume neste conceito : todo acio de natureza tal a perturbar a ordem, a crear um estado de soffrimento e fraqueza ê, nada mais nada menos juridicamente, um acto culpável.

■7". O objecto do crime politico é a organisação politica querida da maioria.

Toda organisação politica comprehende um território, em cujos limites deve desenvolver-se, uma forma de governo e pessoas que a encarnem e actuem.

D'ahi uma dupla classe de crimes que podem atacar a organisação politica.

A primeira comprehende todos aquelles actos violentos ou fraudulentos que visam attingir a *integridade* do Estado, diminuindo ou alterando os seus limites, rendei-o a discrição de um Estado inimigo, expôl-o a guerras que possam comprometter a sua *independência* ou simples *segurança* e que constituem os chamados *crimes contra a pátria.*

[1] Oarofalo, CRIMINOLOGIA, Torino, 1885, pag. 18.

A segunda classe comprebende as offensas é organisa, çflo politica eiWwte, teto é, os actos violentos contra a *M^J' 4*rno ou que tendam «Impedir o exercido doa direitos e dev s qoe li cumbem aoa N •• p deres do Es-tado ou qua apjam diriítfdue contra as peeaoaa á (rente do governo, ecuja aupprrsafto ou sin> es lesto ■ iv.Ivam tal damno material ou moral para o Estado* de se fazer necessário garantir o respeito delias sob a especial imputação de crime *politico,* como, por exemplo, no código italiano; a estes todos afio os chamados *crime* cernira w poderes***

Além disto, ha hoje entre os Estados clvllteados toes relações que os obr. m a exercer reciprocamente uma tuteia ao menos aobre a Integridade physica dos soberanos ou chefes <le governo qua se achem sobre o térritoi da um outro Estad >.

K, ' Imente, ha crimes políticos *imdircctoe* que visam impedir aos cidadãos o exercido da soberania popular, onde esta constitue a base do Estado, a afio os crimes chamados *eleitora*.**

Certas condições espaclaes podem aggravar estes cri mes: quando para conseguir um dos escopos l içados haja o concurso de duas ou mais *n*> ''lea *(cot* >ioj ou taça por i nuis a em armas, r. g. a ia> *'rciçâo OU rebel*m *Mo* a a *recõtttt,* '

O código ooctipo-ea, nos arts. 87 a 117 a US a 178, dos erimua *»■. *o*, sive os factos *eleitora* puníveis, r ' ' > - ainda Incluir bl o art. 126, qua a uma disposl-çfiocommuni aos crimes pi»: >:*m* propriamente ditos.**

Tendo a Constituição, art. *m,* letira I. attribuldo aos juizes* e Ir fcderaes procaasar a Julgar as *crime* politico, nenhum conceito destes resalta de d sposiçao alguma daguella.**

A sessão oooştiliUnta do Congresso nflo é fonte que esclareça ns duvidaa neste puoto.

Par© qua muito pouco se disse, mesmo assim indirectamente subre o assumpto.

Na aaaato de 5 da Janeiro de 1801, o Sr. eenedor José llygino, mais tardo ministro da Justiça, proferiu estas palavras:

*** i*stiv* fiuc í i mna i[1] c*a federal os hit *narios e empregados da ■ lo, qua ■ >ron rera crimes de responsahiii i ide. nio podam ser processados a Julgados sínflo pelo j ; leral.»**

[1] **Carvlli,** otr» cliaiU, *fg*- 3tS.

Na sessão de 23 de fevereiro, o Sr. deputado Leovigildo Filgueiras dizia:

« Com relação ao direito criminal, também assignarnm emendas e por ellas votaram para que fossem leis federaes as relativas aos crimes políticos, aos de falsificação de moeda e dos títulos públicos da União, aos communs commettidos no alto mar, aos attentados aos direitos das gentes e a pirataria.»

Effectivamente na sessão de 26 de janeiro, os Srs. deputados Adolpbo Gordo e outros de S. Paulo aprezentaram uma emenda definindo por extensa nomenclatura os crimes políticos.

Mas, esta emenda foi regeitada na sessão de 9 de fevereiro, assim como o foram todas sobre este ponto.

Aos annaes da Constituinte de 1890-1891 se reporta este parecer. * *yk*

Ficaram sem definição as expressões *crimes politicou.*

Entretanto, o decreto do Governo Provisório, n. 848, de 11 de outubro de 1890, que—organisa a justiça federal, no art. 15, lettra *i,* diz:

« Os crimes politicas classificados pelo Código Penal no livro 2°, titulo I°, e seus capítulos e titulo 2° capitulo 1°.»

Si na existência desta disposição o seu conceito prevaleceu no Congresso confirmando o dos autores do projecto da Constituição, que foram os mesmos do citado decreto, é o que parece razoável.

Não se contesta como erróneos os conceitos contidos nas emendas alludidas, salvo sua maior ou menor extensão, e nem a opinião dos citados oradores e outros, quasi todos ou todos juristas.

Releva notar que o mesmo conceito figura no art.[#] 15 n. 9 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, reproduzindo o citado decreto.

A noção do crime politico em contraposição a crime commum, muito obscura no direito francez, não póle servir ao nosso caso, porque é antiquada e a disparidade da forma unitária e federativa a torna inapplicavel, nfio podendo os seus interpretes nos trazer luz alguma. *

Isto posto, o projecto de 1893 compilou o titulo I sob a rubrica — crimes políticos — para agrupar as espécies contidas nos títulos citados do Código Penal vigente, remodelando algumas formas e additando-lhes as espécies semelhantes.

i CONGRESSO NACIONAL CONSTITUINTE: *Annoet* 1891, vol, U, pags, 65 e"479. vol. 3» pags. 85 eS60.-« .....

» Garraud, DROIT PENAI, ÍRANÇAIS, Pavia 1888-89, vol. 2° pag, 488,

Outros crimes, n8o p rtUicos, da competência da justiça federal, ex•- -'ro, mas nem opro o para awrrupal-oa todos poderia destruir o própria classificação 9ci< ics, nem a lei substantiva pôde conter dtosdcões apontando crimes dl competência de justiças diferentes, quando se elabora um código unitário para a federal c a estados!, desde que o direito criminal «'■ unitário. '.

numerando os crimes da iulgame • do jury federal, sem qna . .■„• ■:. ~ .-,•■•:. -. n, •- -■ -'. no n. 1 a i --lie artigo, as citadas disposições do cod. penal.

A lei até destacou para as disposições dos ns. IX e XII, final do a ri. 2 '. os factos *eltitoraea* que, coroo vimos, afio crimes» / *'tico» l*

Assim essa lai ainda diz menos para a soluçfoda quesito e referindo st ■ outros crimes, nio quer dizer que estes também sejam *p''* coe, porque a justiça federal nõ > julga | sô os crimes *poli tico**.

Nos projectos de 1893 e 1897 do cod. penal, os crimes *el< üoi* ■■ ■-• ticoram neste titulo coroo vao adeante no cep. II. m umo causs celebre, o nosso Supremo Tribunal Fe deral deu nm conceito do crime -odaeoroi» i da juatiç» /«julgou-! -ntre nosorey nao t crim ' . i s o resumo do \

«l **i* aio crimes /* ■ - de competência doa juizes e tribuna**» *Itrar»* («ri. 60 *i)*da C> Udçêo Federais art. 15 do dècret . a. 848, de 11 de outubro de 1800)

-. !•;-. 87 a ft£i do cod. penal, • «ris. 47 a 55 da lei n. 35 de 38 de janeirode l$92.

«S>° AVI» é ' 'do de na' 'za - 'ftc<> o attenlado contra « pe**w« do Presidente da Republica *em cartão* j «Vr ~<i SAI'' '' «m que ac adiasse exer ido *QM*< das suas attribuiçnea constilucimess» tax • mente decls* rodas no «ri. 4a e paragrapnos d« Goo' > federai.

o 3. Embora seja politico o #»• densa attenlado,*não* deste um crime potttico, poiso movei *d qualifica o delicio ' f f; • _ L • -'•' «'^f'' '*code aua respctlve í- *ntçflv* legal.a

Accórdtlo do Supremo Tribunal Federal, de 16 de fevereiro da 1898. *

A decisão no caso oceurrente :• i{ jurid-co; mas não concordamos f* *totum* com certos princípios emittidos no

'' Em primeiro togar, os crimes previstos nos sris. 113 a 123 (aj imento toe sedição) nao -'' nem

* R>

em face doa princípios geraes do direito, nem do decr. n. 848, de 1890, embora a lei q. 221, de 1894, art. 20 n. II, considere] da competência do jury federal a *sedição.*

Em segundo logar, ainda mesmo no momento de exercitar as suas attribuições constituclonaes, o crime *contra] a pessoa* do Piesidente da Republica, isto ô, contra a sua vida ou integridade physica, e psychlca não ê crime *politico.* Já pelo cod. anterior o *regicídio* não era crime politico.

O terceiro principio pôde ser acceito nos devidos termos, desde que se attender á doutrina que acima expuzemos (ns. 3 e6.)

Si na espécie da causa se tivesse julgado que a tentativa de assassinato do Presidente da Republica era um crime connexo com o de conspiração ou com outro qualquer *politico* como o do art. Ill do cod. penal, nflo se daria a hy-pothese que figura o Accórdão, porque o crime commum de tentativa de assassinato só devia e podia ser punido com as penas do homicidlo, *qualificado* previsto no art. 294, § 1° combinado com o art. 63.

Antes de concluir este ponto, convém notar que o novo código eliminou o crime de *rebellião,* que nflo figura absolutamente no seu quadro.

Figura agora nos projectes posteriores com aquelle nome do código de 1830 e o seu synonimo — insurreição — como é conhecido em muitos códigos, tendo desapparecido a outra forma de criminalidade a que o ultimo vocábulo era appltcado, isto é, a insurreição de escravos. *

No projecto approvado pela Gamara e pendente de discussão no Senado, a nova redacçfio pouco alterou as figuras deste titulo do projecto de 1893; o mesmo não aconteceu com as penalidades.

O substitutivo de 1897 restabeleceu o projecto, e notamos antes de tudo, que a nova redacção voltou a formulas equivocas do Código de 1830, para conceituar certos crimes políticos, sem attender As duvidas levantadas por autores nossos.[a]

A alteração feita na 3ª secção, cap. I deste titulo, apezar de justificada, não tem razão de ser, porque a idéa do dispositivo do primeiro artigo está comprehendida no ultimo, reproduzido do projecto; entretanto, supprimiu-se uma das figuras da mesma secção, agora restabelecida.

Os conceitos da *rebellião* e da *conspiração,* que parecem ser os dos arts. 117 e 125, são Inacceitaveis por deficientes.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1893, pag. 10.

* Thomaz Alves, ANNOTAÇÕES AO OODIGO CRIMINAL 2º **vol. pag.** 39; Carlos **Perdigão,** MANUAL DO CÓDIGO PENAL, 1° vol. **pag.** 323.

O substitutivo de 1897 preferiu \ jectoprimitivo lambem, porque csteõõnãígrmFSuõs "apertes de pena de prisão: a prisão proprfam* 8 dlla e a ncSo. ■

B^dereitu --:,. • distribuirão deata matéria no cort ■_ penal que nêo gunrdoo methodo < im na cbi nem systema na coôrdei das disj siçt - em reIa«;Qo ás epigraphea respectivas,

Ass ii, pelo próprio texto, vê-se que a matéria deste titulo nflo c >rn -;' «ie aos artigos do código • nal, porque

Ao pa» ie o titulo I deste Uno II do ifoeompre-

que nêo trata de •• tneaaob '*« propriamente ditos, mas d- >s «''i iui' - n dos • contra a ordem ; - -'.v>, como muitos outras, se quU crimes políticos ' ■ /■■ -1 *prioa,* na phraae de Puglia.

Os crimes *eieitorae»,* que soo peio menos uma *-ctossr* doa políticos, foram deatecadoa para o titulo IV, formando o seu capitulo I e comprehendidoa entre erimea wdo p tia como sfio os crimes • contra o livre exerc > doa direltoa Indivtduaes» em gerai, oo «cri sg contra a liberdade pessoal ■ como outros os denominam.

No projecto da 1883, arte. til a 161, laca criou ílguram todot no titulo I da Parte Especial, eassim no \>- «to de 18U7ort. t tS, ao que já nua referimoa.

lato pelo que toca A orov lo o- . das disposic/Va*

I ^ e ci': iiiA eno e ma no cooi. t^pv*-i»ini comparando a com aa doacitadoe proj< «. ■ Asa ii no titulo I, si o capitulo t* abrange OS erimea contra a pátria, comprehende ao meamo tampo oa erimea contra oa estados estraogeiros a aeus representantes que oonatltuem pe*» menos orna subdivisão do assumpto.

Nos projectos, dias iormaro uma aacçêostcsrada. _-^ Bntrv tanto, s o separaçfio entre crimes contra a eonsiiti ■ a oa poden-a politicas. Nos projectoe ellee (stfio reunidos cm uma 86 SBCÇAO.

A *emêpir.* ruro em um capitulo especial, quando o |obj<vt ■ deaae Instituto e ds outros conaUluea matéria de (iisi. us vários crimes politicaseesnim figure nos !•:•■' ■. - de MB e 1887.

Ni. mopr. to,i- m,are>< *nmçr* irece prevista

[1] EarvwiçX* M atamos 4o p* »* l*W, paf. 8.

o projecto não reproduz, supprimindo o *nomen júris* que podia guiar o interprete!

®. Os crimes de que noa occupamos podem revestir differentes formas que entretanto se podem reduzir com Pessina a três figuras fundamentaes : a *traição,* crime de *lesa nação* ou *contra a pátria* — e as aggressões *contra a Constituição* ou os *poderes políticos do Estado,* ou a duas na phrase de Garraud, crimes de *leso-gooerno* ou de *lesa-nação.* *

Carelli critica a impropriedade dos termos «crimes contra a pátria», porque ta es crimes podem também ser com-mettidos por estrangeiros.

Nosso cod. penal neste ponto, como em muitos outros, é lacunoso e por isso sobre as suas respectivas disposições exclusivamente nfio pôde assentar uma theoria completa do assumpto.

Majno, porém, observa que as expressões «crimes contra a pátria» tomadas no sentido objectivo, como s8o no código ital. são exactas. [2]

O nosso cod. no cap. I do Tit. I do 2° livro é que inclue taes crimes.

Elles constituem o grupo mais importante dos crimes políticos, porque o seu objectivo é a existência jurídica ou antes natural do Estado : cod. art. 87 e § 1°. pi . A redacção é ma e foi substituída nos Projectos de 1893, art. 111 e de 1897, art. 114.

A mesma figura está no art. 90 do Projecto de 1896.

A penalidade aqui, como a do cod., art. 87, é irrisória em relação á de outros crimes.

Defendendo aquelle primeiro projecto disse: allude-se ao rigor da penalidade que se reconhece inspirada no cod. de 1830, mas se desconhece que elle é clássico nas leis dos povos cultos, quando se trata de crimes gravíssimos contra a forma de governo no interior ou a pátria no exterior. [3]

O código e o projecto de 1896 consagram as formulas viciosas do cod. anterior a que já nos referimos- e que cautelosamente evitaram os outros projectos de 1893 e 1897, seguindo o exemplo do cod. italiano, como notam Carrara e outros. *

[1] Pesai na. **DIBITTO** PENALE, Kapoli, 1882-85, 3º vol. pag. 4; **Qar-**RAUP, DROIT PENAL FKANCAIS, Paris, 1888-96. 2º vol pag. 507: Pessina,l MANO ALE DEL DIRITTO PENALE. Mi lano. 1893-96. Part. 2» paa- 89.

* Majno, COMMENTO AL CÓDICE PENALE, Verona, 1890-99, 1» vol, art. 104. ^ p" 1

[3] O PROJECTO DO COD. PENAL *e a Faculdade de 8. Paulo,* Recife 1895, pag. 49.

» Carrara, COMMENTO AL. CÓDICE PENALE, Roma, 1839, ayt. **104 pag. 74.**

Com a definiçto do cod. Italiano que seguimos, si os actos preparatórios DSO podem aer punidos, entretanto basta iltlfi •*!* OCtO t?Xi*CHilVO '"«1 C«" sííf* O cr *'« **9£IT) 11^** cessidade de exigir que efie tenha chegado A phase da tentativa ou do crime frustrado.**

Tratando dos crimes de *lesa-naçflo,* diz Pessina, que a personalidade da nação pode ser objecto de lesto ou oflensas por quatro modos : Estes soo, attentar contra a Tida do Estado, fumar armas contra a própria naçAo, innchlnar contra o Esl ido nacional em vantagem de ssus Inlmig « externos a todo e qualquer facto que indirectamente odbnda s personalidade do Estado nacional, sem sor *afta traição.*

Quanto ao primeiro crime, é evidente que ha alguns direitos do Estado essenclaea n sua subsisienda como personalidade no convívio das nações. A unidade nacional, indivisível • aberrante de qualquer sclsflo, desmembramento ou separatismo, s integridade inviolável do território c imo esphera ds actividade superior do espirito da nação a a autonomia ou independência* afio a vida mesma do Estado. \ lai pois faltando de facto dirigido amtrs algum destes direitos supremos entende, nto apenas «quelle operar que se resolve numa pura aspiração, embora perversa, para le-saios, uiiis sim uma acçflo criminosa que possa ser fatal *A* existência do Estado, uma acçflo que se dirigindo s alguns dsquellea fins contrsdlctorios do Direito do Estado, seja apta para attlngll-o, si bem que nflo se chegue de facto s conseguir a acelerada meta do malefício. *

i'*.' sabido que s diOerença entre crimes contra a segurança *durma* a contra a segurança *externa* do Estado e clássica.

Entre os que costumamos chamar *publicou,* diz Pacheco, porque nto ferem perfeitamente tal ou qual pessoa, mas a sociedade mesma em teus interessas geraes ainda que em segundo logar possam sem duvida recahlr sobre aquellas. encontramos â frente de quantos se possa condemnar • prever os que atacam a segurança *exterior* do Estado, ameaçando, oumpromettendo, dirigindo as s vulnerar s acabar com a sua existência- Evidentemente nto ha nenhum como estes contra a ordem publica; svldentemente drreaa ser eoitocadoa â cabeça de lodos, como os maia repugnantes em ai meara ©, como os mais perniciosos em feus efiettos.

Maoé sem duvida attentar interiormente contra a forma do próprio Estado. M > 6 atteotar contra s sua l onstituiçfio. Mto é dlrigir-se contra a pessoa collocada no solto que per-

• **PMBÍM,** ***h*** **.«• «M» muu, Muta», IS», «H. Mi, Hff.** >l«M«>; Pu*, í* **M.** ***9%.***

sonifica sua unidade e seus interesses geraes. Graves e severos castigos se devem edictar contra os que se levantam contra ta es objectos.

Mas, sem embargo, ainda nesses factos mesmos pôde não faltar o amor e o reconhecimento da pátria e obrar-se em razão antes de um extravio do que por uma perversidade imperdoável. Mais alto que o rei, a constituição, toâas as formas de governo social, está a pátria mesma; e não quer dizer que se peque de intenção contra ella, quando são aquelles sós os termos da acção criminosa.

Mas o que deiinque contra a segurança exterior do Estado, destróe a existência da pátria mesma; e lacera não os accidentes, sim a essência, o seio da sociedade que o viu nascer. Attentandocontra sua independência ê um parricidio publico que commette, para o" que difficilmente encontrará, não diremos, justificação, ou attenuaçâo, mas uma explicação qualquer que salve seu propósito ou sua honra. *

Carelli a seu turno, demonstra que os crimes contra os poderes do Estado têm um caracter temporário, accidental, dependente das condições do paiz, das suas convicções politicas, do seu estado intellectual e económico.

Nos crimes contra a Pátria não se trata da pesquiza do movei sempre máo; nos outros, desde que o seu fundamento não é a simples razão de Estado, a indagação do movei determinara o gráo da repressão, conforme se tratar da paixão politica ou do escopo de lucro e do baixo interesse.

Depois taes ©rimes políticos por paixão são sempre praticados por jovens. [2]

E' esta a explicação do art. 87 § 1° do código, embora a formula seja imperfeita para exprimir as três configurações previstas, isto é, de sujeitar no todo ou em parte o território nacional ao domínio estrangeiro, abater a independência da União ou dissjlvel-a.

A figura do § I°, entretanto, além de servir de formula explicativa que nada explica, parece ao mesmo tempo ser uma outra formula diversa mais attenuada do mesmo crime, ahi enxertada para obscurecer a disposição com a ideia duma das espécies do mesmo crime por meio de omissão ou inacção.

A disposição é deficiente, porque não allude ao systema federativo, sob o aspecto da União e dos Estados.

E' a razão da redacção differentedos projectos posteriores.

Ea questão tem sua importância de modo geral, porque é o nosso regimen politico, e pode originar duvidas na pratica.

• Pacheco, EL CÓDIGO PENAL, CONCORDADO T COMMBRTADO, Madrid. 1888, 2o vol. pag. 56. Viada *j* Vilaseca, CODIOO PKNAL REFORMADO ETC. Madrid, 1890, TOÍ.. 2» pag. 5.

* Carelli, OBR. crr. pag. 320.

Uai.

coromeUe i «Tiros previsto quem tentar converter e i essa **Republica** *toderatica* **em Estado** *unitário.*

, ° •■-'•- ■ ■• linda tom uma lacuna preenchida noa pr> y >» posteriores, que nao p< am no crime do mesmo art. 87, crime Idêntico praticado em relação aos Estados da Unlflo entre ai.

afta* 87 | _■. 89 e 108.

Eatoa artigos aa relacJooam com as seguintes dtep «içõvs da Const. Fed. quando diz: H

« Art. 71. Os direitos de cidadão brasileiro:

• S -•" *Perdem m:*

o) por /í. lo o:TI palz '•>;

6) por *aceitação* de emprego ou pensão de governo es-j /'■«'' ''''o, aem *licença* do Poder Executivo Federal.» Ari. 73:

m S SM i', .!■ IH. .i i_V-1 -!.. .... rui *A,,* r.,,, . I

■M run<- > religiosa,

•::■•> ;■■■• privado 4s seus dl-

nem mrtmir-ae do cumprimento da

O II

, #ea *qm* *!■ i tarem* coo*

tcos et*ii ' «s /'

I á de

Zfl! .1 ll

Cai

amor d

lae

lreitos ptlltio n Ott s

ca nes da n iça

mor .

* I- mi, •■ (' -.TO TÍATTATO M MMTTO M**U, Miiano

I4&*. voi. í\ Pftrl. 1, f«f SI.

* hlM, m. • «ol. cit. ftff. ».

pátria — a lei pode punir a falta de sentimento, mas não a falta de virtude ou de heroísmo. *

Viada y Vilaseca opina com Pessina. [3]

Sobre oeod. ital. ort. 105, disposição paraliela as do nosso, este nota que a lei admittiu uma distincção fundada nas exigências da justiça.

Não se pôde confundir aquelle que tem perdido a cidadania por ter entrado no serviço militar dum fistad" estrangeiro com aquelle que a tem perdido por qualquer outra causa. No 1° caso, a penaé a mesma que tem logar para qualquer outro nacional que antes de perder a cidadania tome armas contra o próprio estado de origem. Mas, no 2* caso, o nacional que tem perdido a cidadania por qualquer outra causa diversa da de entrar no serviço militar d'»ma potencia estrangeira, sem permissão do próprio Governo, é punido com pena menor. *

Os projectos posteriores ao nosso cod. adoptam uma formula simples neste ponto.

O cod. nos arts. 89 e 103 emprega a palavra — cidadão — a exemplo do italiano.

Mas no art 87 § 2º, parece não referir-se ao cidadão somente, mas também aos estrangeiros.

Em todo caso a doutrina dos autores italianos pôde servir a interpretação da nossa lei; menos quanto á attenuantes que o nosso cod. não prevê como o italiano, distinguindo este os motivos de perda da cidadania.

Interpretando taes disposições, observa bem Carrara que ellas comprehendem o caso de entrar no serviço estrangeiro, sem ser para logo combater effectivamente, v. g. ser utilizado num serviço de guarnição.

Também o art. 89 só se refere ao tempo de guerra.

E' a solução do direito italiano fonte do nosso. [4]

O. Passemos a outros artigos do cod. As *machinações* em damno, quer do próprio Estado, quer também de um Estado estrangeiro, quando este esteja alliado ao nosso, tenham logar *para* a guerra ou *em tempo* de guerra, é um outro grupo de crimes do mesmo género, abrangendo diversas íiguras.

A Iª é a collusâo ou o *conluio* com o *estrangeiro* que se desdobra em outras hypotheses mal esboçadas nos arts. 87 § 2º, 88 e 90 do nosso cod.

A 2ª é a *revelação de segredos de Estado,* que o cod. prevê no art. 87 § 3° e 96, que os projectos posteriores cara-

[1] Carelli, OBR. CIT. paga. 334 e 341.

[1] Viada y Vilaseca, CÓDIGO PENAL, CONCORDADO y COMENTADO. Madrid, 1890. vol 2° pag. 6.

[3] Pessina, MANUALE CIT. pag. 95. 2tt part.

* Carrara, COMMENTO ETC. CIT. art. 105, pag. 75.

cietisam com as **varias** modalidades, **graduando as penas, o que riflo raz o cod., e** distinguindo **o tempo de paz do tempo de guerra, lacunas que supprlram os projectos, seguindo o exemplo da** França **com a, lei de 18 de abril de 1888, da Altemanlia fcod. f 92), ds Austria ($ 67), da llollanda (j$ 98 e 102) e a Itália, que punem *a espionagem* independente mente do tempo de guerra. I**

Sflo elementos deste crime: 1°, que deve ser **communicudo o segredo é pessoa que nao estava legitimamente auturistida a obter o conliccimeuto delle; t*f é mister que se trate de segredo**; **3°, que** este **segredo, de natureza civil ou militar, deve ser** li! **que** respeite **á segurança do** Estado **; •i'', s por ultimo, que** o **crime se verifique por meio de com**municaçfi i **ou** publicação **de documentos, ou factos, desenhos,** plantas **ou outras Informações concernentes ao material, és fortincoçAes ou As operações militares» ou com** qualquer **outro** melo **de auxiliar o** c mhecimenlo. *

A 8* ô s *espionagem* ou « <■•'.• < ■'(«. muito mal e deiicientemoule esracterisada no srt. 87 % *A'* **do cod. e** cuja **figura restrictissimo ainda se** desdobra **com multas** palavras **e poucas ideias nos arts. 91 s 98.**

Nos projectos posteriori s **a** *espiam* **está bem formulada, em** geral, **nos artigos** correspon *U*

v espi •:. igem **pode ser verdadeira ou própria e presumida.**

A primeira consiste **no (acto ds iutroduxlr-se o individuo em certos** Jogares, **cujo secesno 6 vedado por exigências dos meda de** dei **• para segurança do** Estado.

A segunda caracteris - **por** cios **positivos, como e.f»** levantar **plantas, photographar logsress cousas,** etc...* **I Oood.nsm** comi. hen leas m ui.;, ledes da espionagem, **nAo ss podendo também discernir si ss refere a uma e a** outra **no jf 4* do arl. 87 e sinda** DOS **hypoUwses dos arts. M a 98,** que **parecem** c instituir **o caso de auxiUos diversos so Inimigo.**

A **4* forma do crime é a** *injl* fade ***do mandatário,*** **Imitindo** os **interessas nsctonaea** gitimoa nas **negociações** diplomáticas, **que é a Apure do** art. 101 **do** cod. **cuja** matéria **neste ponto é muito** delicada. Os elemeul « **constitutivas do crime, slo: ilus ss torne culpado** delle **quem lenba sido encarregado peio Qovernode** tratar **com um governo** estrangeiro negócios **de** Estado; **que bojo o animo ds trahlr o próprio mandato, o qus A multo** diverso **ds batter ss com pouca** habiiida le **em** exequil-o, **e que s** traição **se verifique**

PCMÍM, M4RVAUI «rr. *ff té.*
M»JM>, 0» r.. L« «Tirl 110.

A redacçflo do texto, como quasi sempre, não prima, nem pela clareza, nem pela precisão. Os projectos corrigtram o cod.

A 5ª forma do crime é, em uma palavra, *todo auxilio] ao inimigo,* que o cod. prevê ainda no art. 87 § 2° e nos arts. 91 a 95, algumas de cujas disposições ou sfio meras ^contravenções, ou mais próprias de um código militar e nas S^iaes ora se distingue, ora nfio, o tempo de paz do de guerra. J projectos eliminaram algumas e mantiveram outras com formas mais racionaes.

Entretanto, rigorosamente taes comminações subentendem o estado de guerra e por isso os seus elementos são : esto estado, que se trate de fornecimento de meios de auxilio que possam favorecer o inimigo, sendo indifferente que o tecto seja commetlido por nacional ou estrangeiro e que o auxilio seja directo ou indirecto.

Ha outras espécies de crimes diversas daquella da *trai' ção d pátria* ou ao *Estado nacional* e o cod. as prevê incompleta, diffusa e obscuramente nos arts. 88, 93, 97, 100 e 102.

As disposições correspondentes nos projectos as melhoraram.

Conforme o cod. italiano, fonte do nosso, e principal dos projectos, as alludidas figuras consistem :

1.° Em expor o Estado, nas hostilidades contra uma nação diversa da própria, ao perigo da guerra ou a repre- j salias ou a perturbar as relações amigáveis do Governo nacional com um governo estrangeiro, e o que se pode reduzir a três hypotheses : o) expor o Estado, com arrolamentos ou outros actos hostis, nfio approvados pelo Governo, sejam praticados no paiz ou no estrangeiro ao perigo de uma-guerra (cod., arts. 88 e 97); 6) expor o Estado ou os habitantes delle com actos nfio approvados pelo Governo, ao perigo de represálias (cod., arts 90 e 102); <O perturbar com estes actos as relações amigáveis do Governo do paiz com os estrangeiros.

Outra figura e o ultrage a bandeira ou emblema nacional (cod., art. 100), e cujos elementos sfio, o animo de insultar o Estado; o facto material de arrancar, estragar ou desacatar a bandeira ou emblema; a publicidade do facto, isto é, em logar publico ou aberto ao publico. *

O cod. neste capitulo esqueceu-se de uma figura, estabelecida no projecto de 1893 e reproduzida nos posteriores, e conforme a qual é punido o cidadão que aceitar honras, pensões ou quaesquer vantagens de um Estado estrangeiro em guerra com o Brazii.

• Pessina, M.VNUALE CIT., Parte 2», pg. 98.

E' tanto roais Indesculpável a lacuna, quanto n Gonst. Fed. arts. 71 f 1* a 71 $ 19 commina a perda já da cidadania, Jâ dos direitos políticos em casos muito menos

I io. O código, arts. 104 a 106, no fim deste capitulo, trota da *piratt a.*

Os projectos de 1893 e 1897 mantiveram-na lambem neste lugar.

Censurado por isto aquelte projecto, dissemos :

Nenhuma dependência necessária tem a *pirataria* com os crimes *p líticos* no sentido restrícto e aqui equivoco, em que o empregou o illustre censor, confiando assim nas armas qtie maneja.

A *Exposição de motivos* explicou o sentido em que empregou as expressões — crimes políticos — comprebendendo desde 0 aquelles até os factos elelloraes, de accordo com o n 'V" direito republicano.

A *pirataria* estava incluída nelies o o *projecto* nflo fez mais do que adoptar es disposições dos exiigos anteriores.!

A diversidade de n «;•''••-. dada é palavra e a sua con-l nexflu ou nflo com os crimes poiilicos nada toem que ver com o *projecto,* que nflo podia supprimlr as disposições relativas A *pirataria,* sem uma lei especial que s reprimisse. '

O project >de 1893 andou mal avisado nesta matéria.

Sobre a *pirataria* a exposição de motivos diz :

• A eommisslo j' »u mais coherente abrir um capitulo novo no c -!~ parse pirataria, pois que esta, muito em-l> »ra c institua um crime de caracter todo especial, pode oomtudo se comparar ao roubo commettido é moo armada em terra, e ser appel lidada —em todo o cas>-o banditismo do mor.

B* bem verdade — que a pirataria deve ser classificada em o numero das *iafracça** eonmutna mtre* iMçdra, mftsj Isto significa apenas — que ia é assumpto de Interesse para todos os povos Indistlnctamente.

A sua natureza de ottentado contra s propriedade, porem, nflo desnpparece. nem se extingue.

A c «nmissao c «íesso — que a maioria dos códigos es- 1 trangeiros nfi • contém disposições sobre esse crime excepeional que, em regra, é previsto s punido por legislação á

tiv. 1

• Ite nUt: QPKV 1883* #••• SP.

„tí„fe

os artigos referentes á pirataria, que por ser um verdadeiro crime fica de certo bem collocada no código.»

No projecto de 1897 restabelecemos nesta parte o de 1893, dizendo :

« Houve equivoco nesta parte da nova exposição de motivos, porque o que a commissão fez foi reduzir as figuras da pirataria restabelecidas agora no substitutivo e scindir a matéria, ficando parte nos crimes *políticos* e outra parte como capitulo separado no titulo dos crimes *contra a propriedade.*

Dessa classificação e distribuição defeituosas resultaram antinomias e a impraticabilidade das duas series de disposições sobre o mesmo facto punido em uma mesma configuração, ora com penas diversas, ora com as mesmas, mas subsistindo as repetições inúteis.

Apenas se muda a nome de *inimigo* pelo de *pirata.*

O conceito de que o pirata é o ladrão do mar é um con* ceito vulgar, porque tal crime é do direito das gentes, como o consideram, entre outras nações, a Inglaterra e a America do Norte. *

E competindo aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar as questões de direito *criminal* ou civil *interna-; cional* iGonst., art. 60), letra H); realmente o logar mais próprio para taes factos é este titulo mesmo.

O código hollandez abre o titulo especial para elles — de delictos relativos á navegação. [3]

A illustre commissão parlamentar esforça-se em vão por combater a nossa critica, dizendo:

« Referindo-se a pirataria, na « exposição de motivos», a Commissão deixou bem justificada a causa por que a incluirá no projecto.

Nem colhe a injusta arguição de ter sido mutilado o respectivo titulo do projecto primitivo.

Si, a exemplo do Código hollandez, o projecto contivesse um titulo com esta epigraphe — *delictos relativos á naoe- \ gaçâo,* seria razoável que se comprehendessem ahi todas as figuras do crime, a que o substitutivo allude; fora disto, não.

Bastaria á commissão, para enveredar por este caminho o facto de competir á justiça federal o processo e julgamento das questões de direito criminal e civil internacional *t*

* Van Swinderen, DROIT PJÍNAI. ACTBEL *datis les Pays llat* et *a CE-tranger.* Grouiiigue, 1891-1894, pag. 2(55.

* EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto-de 1897, pag. 8.

B* preciso attendef

d» n

pri **— mie** o **natureza do**
de
I iVí 1

m< ordosu **ó o** prí-

Por
cada oo prc **o da ounm**
siibordinãd'1 **.. titulo,** rcfen

Pífio ha :.• 8 ir — **que** • p r itai ■ >, ••■ rd id . •■> **banditismo no mar, é análoga ao roubo em terra, coroo pensa Garra tid.**

O Código alterna >, **bem como** o **.ri de junho de 1960, e todas aaoutras ■;•** **N sueca rataria,**

ideraro~na «í«*i *•?* t\«>**deaae mesmo • modo procede a** legisloçíi >amer ***piraeu ia robttery on lhe*** *high sca.»* **la outro** assim:

Antes de tudo, eonrem notar que d $·...l:., , ,,l l.,.,,,· ao 250, **n, 6*, faz é aggravar o furto** violento guan-i ■ ■ >m-l meltido **no *alio mar* como em um curso de agua navegava! etc.**

E' o que f»/, também > lei sueca de 20 de **junho** de] 1890, § 7* **a o** QodT"

O «11Ir». IV i- ; **ntar nfio**

iissp.se igooomo

no primeiro ir de 181*9,

Is. 101 • 10» — arts. 345 **o** **espécies icropo o**

(«I- ■•- c oneres, roa em tudo. menus nas **pen que** **decimo é** deplorável, **porqiM Insolúveis.** ISti* diIfIS **lolbentes**

A diflerença utuoa 1 declina a no decimo **ne firo nfio se ■!■ roesroo** assim **alli aa tetk** de *pirútú* ,' radíi no or'. I '•• do pro*)* **1 seriam**

Este nrt. LOS **nêo tm do mesmo** modo mie **o primeiro** os arts. **:US a t** **dentes no** titulo

o. tM.

U<loa t«S

Mos, as outros figuras teem correspondentes recíprocos, variando as penas respectivas, como tudo s <vê dos textos dispostos parallelamente, assim :

TIT. I	TIT. X
Art. 104. Entregar ao *inimigo* embarcação brasileira é cuja aquipagem pertencer: Pena: prisão com trabalho por *2 a 6 annos.*	Ar.t. 346. Na pena do artigo antecedente também incorrerá : III. Aquelle que entregar a *pirata* navio brasileiro á cuja equipagem pertencer. (A pena do ant. art. 345 é de *4 a 12 annos* de prisão com trabalho.
Art. 106. Oppòr-se por ameaça ou violência a que o commandante ou tripolação de embarcação brasileira a defenda, si ella fôr atacada por *inimigo.* Pena: prisão com trabalho por 4 a 12 annos.	I. Aquelle que se oppuzer com ameaça ou violência a que o commandante ou tripolação de embarcação brasileira a defenda, quando ella atacada por *piratas.* (Aqui a pena é a mesma.)

O mais que pudemos oppôr no assumpto é o que vamos dizendo, commentando a *pirataria,* sendo flagrante a repetição das figuras e a variação das penas entre dous textos de um só projecto.

Poderiam surgir duvidas também, si o caso occorresse sobre a competência da justiça federal, cujas leis alludem á esta parte do código vigente.

n. Conforme o direito inglez, diz Seymour Harris, a palavra *pirataria* comprehende, tanto o crime de pirataria segundo o direito commum, como certos crimes previstos e punidos por Estatutos especiaes.

A pirataria, *segundo o direito commum,* consiste em actos de latrocínio e depredação, commettidos em alto mar, os quaes, si fossem commettidos em terra, importariam crime. Qualquer Estado tem direito de reprimir este crime com as penas estabelecidas nas suas leis respectivas.

E' a hypothese dos arts. 104, § I^{o} e 105, § 1° do nosso código.

A depredação deve ser provada como nos casos ordinários de roubo e deve verificar-se que não foi autorisada por qualquer soberano ou Estado, isto porque, uma nação não póde ser julgada como ré de pirataria.

E' o caso figurado também no nosso código, art. 104, §§ 2^{o} e 6^{o}, sobre o abuso de carta de *marca* ou de *corso* e

aohre accelte desta sem autoriaaçao, e art. 105, **SS 1°** e **2»,** sobre ***corsário*** **sem carta ou** navegando **com bandeira de governo que nfio lhe deu carta de** corso.

SI os súbditos **de um mesmo Estado commettem latrocinio ura contra o outro ha pirataria * por exemplo, na hypothese • <i t« do art.** 104.

si ao contrario, o aggredido a o offensor (orem da Estados differentes, **o caracter da acefi > dependerá da condição «las** relações **entra os** dous Esta 1 s **Assim, ai entre** estes **ha amizade,** baverá **pirataria; maa nflo haverá, si os Estados) estio em guerra, porque A** regra **geral** que **entra inimigos nêo poda** haver **pirataria e qualquer** depred tça» **entra ellea considera-se como aimplra aclo de hostilidade.**

O nosso código, art. 104, $ 1 e art. 106, S '• sdoptou tsses **princípios.**

■ **Note-saque a Declarnçflo de Paris em 1856 continha a clausula da que os corsários sa entendia abolidos, a a mesma accederam a** Rússia, Turquia, Inglaterra, **franca, Itália, Austria a** Prússia **a noa,** Infeliz **a** Inep ' **■- também***

O elemento car c • r st co **do crime é o** togar **onde o mesmo foi com meti Ido, lalo A, no mar alto.**

A *pirod ria,* **> ■■■***lo o» l:a tos,* **wii a ser que,** em **virtude de Estatutos particulares, certos factos rspeclaes afio** considerados **como actua da pirataria* Toes** silo **os sc-**

Um sulidlto lnglez que em alto mar oommette acto de hosti •!• contra outro súbdito ds Rainha, asa virtude **da carta da corso obtida de potencia estrangeira, ou, em tempo da ..• ■'■■ra, auxilia o Inimigo no msr.**

■ **Sao ca»« semelhantes aos do nosso código, art. 104, | $$ I • a 2°.**

Um commandanle ou mestre de embarcação **ou qualquer** marinheiro **que Ioga** com **s** eml r içO **• on carga ou**

nitartamanta as entrega a um pirata; ou aconselha ou instiga **uma** das pessoas **supra Indicadas a commetter actos da tal natureza, ou** conduz **propualas por parte da piratas** Inimigos **ou** rebeldes, ou **constrange o commandanle a nflo** combater, **ou foz ou promova uma revolta no navio.**

Estos aio casos Iguaes aos previstos **no nosso código, art. 10*.** « **■•** . .

Qualquer que **tem commarclocom piratas ou presta-lhes** assistência, **ou aborda um navio** marcante **a dsslrôe ou** lança **• mar o carregamento** delle, **no todo au em parte.**

A primeira hypolhese **esta** ex_s prevista **no nosao código, art. 103, f J»; aa outras acham-** comprehen- **didas nas regras gerara d • arta. 101 *$!• e - e tOa> I I*.**

I Ainda conforme O direito lo*r **s pena da pirataria ,'••>** a nriíu- i a **de morta.** Haia. **o rao A ■-<--•.-; da aer-**

Mas, n pirataria acompanhada de vias de Facto com Intenção homicida, ou de ferimentos, ou de perigo de vida de qualquer pessoa pertencente ao navio, é ainda hoje punível com a morte.

Entretanto, o nosso código nflo edicta penas rigorosas, mesmo para as hypolheses occorridas em tempo do guerra. *

0 projecto de código do Japão, em um capitulo especial « doa crimes a delidos contra o *direito das gentes* • consagra nflo poucos artigos á esta matéria, sem duvida melhorada nas respectivas disposições, algumas com certa originalidade.

Assim, desvlando-se do direito inglez e outros, uma das disposições, considera pirataria os actos daquelles que em um navio com bandeira japonesa ou estrangeira commetter pilhagens ou factos de banditismo, nfio só no mar *alto,* como também e aqui está a difierença, no mar *territorial* do Japfio, e com maioria do ra/flo nos ancoradouros, portos e enseadas Japonezes, nflo excluindo sinfio os mares torritoriaes estrangeiros.

Si a pilhagem tara logar num rio japonez, as regras ordinárias retomariam sua applicaçfio : o lacto nfio seria punido sinfio como *roubo',* nfio seria mais um crime contra o *direito das gentes.*

Isto mesmo mostra qufio divorciado está doa princípios • o projecto da 1896, considerando roubo actos de verdadeira pirataria.

Si ao contrario, ainda conformo o mesmo direito, o flicto tem logar em alto mar, a competência pertence ao pai/, captor ou apprehensor ; porque ô um principio do dl- -rei to das gentes moderno, que a policia dos mares compete a lodo navio de qualquer Estado que encontra um pirata.

E* em consequência do mesmo direito de policia dos mares, que nfio ha logar para 09 distinguir, si os navios vi-ctimas da aggressfio são japonezes ou estrangeiros.

Mas o que a lei nfio permitte ô julgar piratas nfio capturados, julgnl-os á revelia : seria multo diflicil constatar, sem captura, a natureza e a gravidade dos factos incriminados e a identidade dos culpados.

A lei ainda gradua as penalidades, segundo a importância e o gráo da participação de cada um dos culpados na infrneçflocommet tilda.

A confiscaçfio do navio e da carga ó de direito commum: o navio é o instrumento, a carga o produeto do crime.

[1] Soymour llairis. PIIINCIPI.ES or TM CRIMINAL **LAW** (trad. da Berlola) Verona 18t>t>. **paff** 86. Vide **lambem** Arolibold's PUCAPINO AND EVIDENCE IN CRIMINAI, CASES, Lóndon, 1878, **pag.** 405; St«*|>hen, A DIOEST OK TIIE CRIMINAL **LAW,** London, **1894, pa§.** 78, ar ta. **108** e seguintes.

A lei pune principalmente com fortes multas **os** actos! preparatórios, **de que** alias offerece tombem exemplas o **nomo** código **art**. t"."-, II* **e art.** HJ6» # !• **a** 8**

A competem o **suscita** duvida em dons pontoa.

A captura previne a júris»! io **de um pati dado, mas si o pirata é** ai - »l \ • **por** falta **de provas • depois capturado de** novo, **outro** pai/, **nêo** pôde **julgo l-o pelo mesmo** facto.

Taml<em **nenhum** palz, **gozando do privilegio de exterritoriedade pnra julgar** os seus **súbditos, no Japão pode aliegi**-.i **paro** jul. " a **pirataria, desde que a competência resulta exclusivamente do facio ds captura, tornando-ss** assim juiz **o captor.**

Botssonade, cuja opinião **resumimos** muito, **observa de modo geral sobre o novo direito japonês, que as penali* dades propalas no projecto são menos rigorosas que a da maior parte** dos **outros paiaes, porque ellas sao** graduadas conforme **a gravidade dos factos puníveis, o que nao tem** sido sempre **observado nesta matéria. '**

SECÇÃO **11** **I**

■ **a* NMM a* vaOe • eaa aet«»at**

OODIOO

\i • **9V.** Ulioiar, -PI» nutorfrnçao **ilo** 'iovtTiin, gente **para o** ser-l vii.o **multar ée** an ptii ,,• r-:

H l*«'ii.i ■'(? jTií.i ■..-:; :!.i j-1 **WBI B rtni i nntirn**

Art. 107. Tentar, dlircUm. I **a S°r** : 5 •>. >.ud»r **por SMèfli** vtolenb * **a** CoatUtoKAO paHU a da Rapaw a. **oa a** Eo **ma** «le **foterno** estttbt'kn«ida:

Peoa — d-» banimento, aoa cabeçea; • aos **co-réos, a da** reclusão **por «taro a 10 aaaoa.**

\rt. 108, TeoUr. pelos me* mos nwioa, rondar algum dos **artigo» da Coeatttatcao:** ***J**

Paaa — **da** reclusão **por dous a eats annos.**

K-.i.ur...::. - — os que tiveram deltb^ra-ln, excitado as

AH. i ' -, alga ira, **directamente e por (actos, à •lecoçio das lata o ásaref os ée** I′ - resao:

• !.• ■■ ■::-" a par ′•' ■<. a reanilo do Coegrcsso;

do Goajrrv»ao. v **.:-.!. por meto da força ou ameaçai de rkdeneta, a**

• ■ ■ •. ,ee -•« ao eaaa sexAt »• Iate», eia. TeUe, ia»>. M« -.a.

propor ou deixar de propor alguma lei ou resolução; ou influir na maneira de exercer as suas fuucções constitucionaes:

Pena—de reclusão por dous a quatro annos. § 3.° Si qualquer destes crimes for praticado contra as assembléas legislativas dos Estados:

Metade da pena. I

§ 4." Si contra as intendências ou conselhos municipaes:

A terça parte da pena.

Art. 110. Usar de violmeia, ou ameaças, contra qualquer membro das camarás do Congresso no exercicio da suas funcoCes :

Pena — de prisão oellular por um a dous annos.

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

Metade da pena.

§ 2.° Si contra qualquer membro das intendências ou conselhos municipaes:

A terça parte da pena.

Art. 111, Oppôr-se alguém, directamente e por factos, ao livre exercício dos poderes executivo e judiciário federal, ou dos Esta los, no tocante as suas attribuições constitucionaes; obstar ou impedir, por qualquer modo, o effeito das determinações desses poderes, que forem conformes á Constituição e às leis :

Pena —de reclusão por dous a quatro annos.

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

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

Art. 113, Usar de violência, ou ameaças, para constranger algum juiz, ou jurado, a proferir, ou deixar de proferir, sentença, despacho ou voto ; a fazer ou deixar de fazer algum acto offlcial :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

Art. 114, Levantar motim, ou excitar desordem, durante a sessão de um tribunal de justiça ou audiência de juiz singular, de ma* neira a impedir, perturbar ou determinar a suspensão do acto :

Pena — de prisão cellular por dous a sus mezes. Art. 224. Arrogar-se e effectivãmente exercer, sem direito, emprego ou funeção publica, civil ou militar:

Penas—de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido.

COMMENTARIO

iâ. A outra classe de crimes políticos chamada de *leso-gooerno,* é contra a Constituição ou forma de seu governo e contra os poderes da União, e dos Estados, matéria muito deficientemente comprehendida e mal distribuída no texto dos capítulos 2° e 3° deste titulo do livro 2° do Código Penal, tendo, além disto, sido deslocado o art. 224 para o tit. 5º; de tudo o que, porém, trataremos nesta secção por exigências de methodo.

Aqui se trata do crimes, cujo objectivo è a organisoçSo i,-o do Estado e entre nos da Uiufio, dos Estados e Mum-

li apenas algumas expressões, ad-j pelo advento da Republica, se-\ o Código Qriminal de 1830. Jdlda no projecto de 1883, arts. 126 !•■■ seguintes. r--i»ro!!i/ii • filos posteriwes que se lhe seguiram de 1896, 1897 s 1899.

■ O código no art. 97, punindo quem « alllclar, sem autorisscfi • do Governo, gente para o serviço militar de um pais estrangeiro •, nío pune esse E ict > como crime contra a j *atrte, como o claasiflca too mal o código, mas poderes da Unia >, somente aos quaes pao e emprego da P >rça publica ou

ípods*i O Código Penal ml optando outras Impol guindo quasi litteralm

P«IA mntnrin **CU** r.

oomo crim compelem militar. L_

Os projectos posteriores ao código couocaram devidamente aqui essa figura de crime.

Os arts. 107 e 108 punem o attentado directo 6 por factos intra . .w **para mudar por m - violentos a Constituição politica da Republica, sua f >i ma de governo, ou algum dos artigos da mesma Omstitulçfio.**

■ Conforme o fonte do código, oart. 118, n. 3 do italiano, para lie lo ao no^si neste ponto, o extremo oo crime •avio» >a, podendo,entretanto, por tal iMiWu^kr-^o a c;u-;!''i

i.i ira **Mw nu>i<t ila k' ..-:IJ !■!**

itemdter

O '• n.. arts. i . tos, se refere *A* mudança da I consti MI **forma de remo; roas» noa arts. 100 e se-l factos is ■ I sontra o Uvra os, que alguns collucsm entre os lo publica, s ksso tncompleta-» factos* complexos, msls graves contra os raBfvssnlsjMss** 111. 111.. **foprsssQSj «i Unlao e das Estados, coraoos presidentes e governadores, o supreiíw i riouiiut ' rsl ctOi** *iÁ*

O oroiecto de 1893 art* 126 e os posteriores, grupam como Crimes gravtaslroos o atteutado para nustar* ''j *| governo, aèm como impedir as njncçoes ao o Cowrresso ou qualquer de suas Camarás e o Supremo Tri «I K«*-**

«pecies, sfto punidos os mesmos factos com lr: no dos Estados ou municípios.

Os artigos seguintes dos projectos é que correspondem aos arts. 109 a 114 do código, menos o art. 97, que aqui devia figurar, sobre arrolamentos militares, como figura, no projecto de 1893, art. 134, e de 1897, art. 137, ao contrario dos de 1896 e 1899, que conservaram no mesmo logar impróprio, que o código.

Outra figura gravíssima é a do art. 185 do projecto de 1893 e 138 do de 1897, e 117 dos de 1896 e 1899, que punem a rebelliSo, eliminada pelo Cod. Penal!

A rebellião é o meio de attingir o escopo da mudança da Constituição, forma de governo ou da autoridade e poderes da Republica.

O Cod. Crim. anterior a definia no art. 110 como sendo a reunião de uma ou mais povoações, com prebendei ido mais de vinte mil pessoas (2o.000) para se perpetrar certos crimes políticos.

Não ha necessidade e antes inconveniente de precisar o numero.

Basta que sejam forças numerosas, organisadase armadas adequadamente para combaterem as tropas regulares incumbidas de manter a ordem e as Instituições legaes.

Qualquer aggrupamento poderá ser um ajuntamento illicito, uma sedição, um *bando armado,* mas não uma rebelliSo ou insurreição.

K promoção da rebellião é menos punida que a *realisação* da rebellião.

Oarl. 136 do projecto de 1893 e 139 do de 1897 consagram uma espécie que o Cod. Pen. destacou para o art. 224 quando trata dos empregados públicos a respeito de um crime que pôde ser commettido por qualquer *particular* e êl um crime *politico.*

Os projectos de 1896 e 1899, art. 206, também collocaram mal a mesma disposição.

13. Releva notar, como jà algures fizemos, que tendo a Const. Fed., art. 72, § 20, declarado: — « fica abolida a pena de galês *e a de banimento judicial;* e sendo o banimento a pena dos *cabeças,* isto ê, «dos que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento », (art. 108) previsto no art. 107; não tendo sido substituída a pena por nenhuma lei posterior, aos autores principaes do crime não se pôde impor pena alguma ! *Nulla poena sine lege.*

O nosso código, nos arts. 109 e seguintes reproduz uma série de disposições do código de 1830, quasi sem alteração, para adaptal-as ao nosso novo regimen federativo, podendo, entretanto, ter aproveitado como fonte aqui os códigos das republicas da America latina, algum dos quaes chegou a tomar por modelo de disposições geraes.

Esses códigos agora renovados tiveram como fonte códigos hespanhóes, um dos quaes parece ter sido a fonte do

nono de 1830, aproveitada ainda ao vigente, tendo servido de fonte ao portuguez d** tflM, o nosso anterior*

Entretanto, sendo eaaes os códigos qos mais ss asse melham aos nossos, o subsidio que nos podam prestar os seus Interpretes A qoasi nullo, porque todas as dispi «Medes de uns e outros divergem entre si, a tê nos conceitos e dãttnlçAas, suppondo As veass como elemento dos crimes figu rados, o motim, sssuada, srdicfto, s que o nosso código nfto aUudaeatsa tnsuirelcêo e rebellifto, ligo supprimlu.

>m estas reservas, sobre crimes perecki «s, mas nfto ídentic ■-. diz Pacheco, que <■) casos que o srt, 167 do codioo h.- ;>.ii •! ude. ainda uue nfto _ ilmeíito criminosos, em sua opinião, aso todos elles de sunima tto- r^ortancls e sxigsm castigo rigoroso* Na espher i dos de- I lotos políticos aso certamente dos mais graves e carãeto-

I Atacando os pessoas ou corporaoOes que exercem o Su premo poder (nosso código, arts. 109 a IU>, causando trans tornos de lemauho entidade os constituição ou na vtda do j povo, nfto se pôde estranhar que os colluque o lei á cabes», deste género de crimes, nem que reserve para elles uma repressão severa. * I

Ainda com relaçfto As disposições dos arts. 109 s til» parábolas atA certo pooto às do nosso código anterior o ao

m LOOS, £>UTH i » l i <«»» i'tmu vim «Kíl >". ci«« w«^.« -

inotinadoou revoltado nunca podo iomar ■ U«gar da justiça dos repre- A insurrelçso triumphante, diz egitima<la polo soccesso; mas a In* a sempre um acto criminoso, irtugura. porque alem incriml- iprehends s stnjrular, o que alias fez

■ digo no art. ItOb diz o mesmo autor. que. si A iludo a í*ta nfto deva ssr cunssterado esmo de rebaUtfto, In ■ Uva de proposição que leam todos os mem- diretto os voto» a Importância rola* esse voto, deveriam fazer considerar > As mesmas camarás todo impedl-ualmente em relaçfto

de mneçoee parlamentares. •

i .-vV Jordão acerear» ■ qus, si as camarás afta o com- plexo dos representantes da naçfio, st nellas se tratam e ss

i l'A$_{C}$h- •. * «ma— IN» > n—ria li f ~~umai~~à, *mén**\ I8S3-40, •

- »Wr > • *amm* PIMI toVMvu, *tc Ut^~~M~~, IS1A-57. *wl l\

discutem os negócios desta, impedir a sua reuniSo ou a sua deliberação, é concorrer para embaraçar o andamento dos negócios públicos, além de envolver um desacato ao poder legislativo, que de^e ser tão respeitado como qualquer outro poder. *

Uma disposição semelhante figura no código do Uruguay, art. 119, dizendo sobre ella Vasquez Acevedo, ainda que "o artigo não o diga expressamente, deve entender-se, segundo sua opinião, que os actos a que se refere devem ser reali-sados com um levantamento publico, circumstancia que caracterisa a rebelliâo, na qual está comprehendido o caso. Baseia elle a sua opinião na disposição análoga de outros códigos, particularmente, o chileno donde foi tirado o preceito.[a]

O código argentino se refere a ataques ou attentados contra os poderes ou governo das províncias e não da Republica, objecto de lei especial.

A propósito, o Dr. Rivarola faz longos commentarios. »|

Os arts. 112 a 114 do código conteem outras figuras de crimes semelhantes, mas menos graves.

No art. 112 nota-sea lacuna de não incluir os agentes do poder executivo ou governo municipal.

No art. 113 nota-se a difficuldade de harmonizal-o com o art. 111, que também se refere ao poder Judiciário, cujos órgãos são os tribunaes e os juizes singulares.

O art. 114 6 de fácil comprehensão e muito justificável porque pune uma violência que envolve desacato contra os juizes e tribunaes.

O art. 224, cujo lugar é aqui mesmo e não onde o código e o projecto de 1896 o collocaram, é um facto que importa ataque ou offensaaos poderes constituídos.

A usurpação da força militar do Estado independentemente de poder ser comprehendida na insurreição, de que aliás não cogitou o nosso código, é crime por si mesma, atten-dida a intrínseca illegitimidade da usurpação do commando de qualquer funcção *cioil* ou mililar, como quer o código.

Os elementos do crime são a falta de direito por parte do usurpador ou intruso e assumir e effectivamente exercer o posto ou commando.

A pena do código é irrisória.

Os projectos posteriores melhoraram muito esta secção, supprindo-lhe as lacunas e fazendo exacta distribuição da matéria, cuja fonte foi o projecto primitivo de 1893.

[1] Levy Jordão, COMMENTAUIO AO CÓDIGO PENAL PORTUGUEZ. Lisboa, 1853-54, art. 171, 2" vol., pag.. 154.

[1] Vasquez Acevedo, CONCORDÂNCIAS Y ANOTACIONKS *dcl código penal.* Montevideo, 1893, art. 119, pag. 131.

* Dr. Rivarola, EXPOSICION Y CRITICA dei *Cod. Penal,* Buenos Ayres, 1890, 3º vol.. pag. 1, n. 909 e segs.

Sobre a espécie «lo ort. llldesta secção correspondente «o nrt. 98 do codlco criminal de 1830 o \;_-.. ..-, ;.. houve d resem ■; , • foram juir- . « e oondemnedos os bispos D. Autoaio de Mocedo GosUt. da diocese do Pará o I). Frei Vital Maria Gonçalves da Oliveira, da diocese de Olinda (Pernambuco).

O fhcto c insisti i em terem os bispos executado bulias do Popa nflo /'• ■ *lua* peto povern > a nflo executarem as decwnea do mesmo governo, dando provimento aos reeuraot é coroa dosados dos bispos, que prohlblram que pertencessem âs Irmandades de qual*píer igreja os maçons.

AsopJnlflrsdividiam-se entdo, pensando alguns que os bispos nflo h-ivinm oommettldo crime algum, ou, quando muito, o de des ibedienclo, art. 185.

Outros, porém, opinaram que o crime fora mol clo*si* ficado a devera ter akto dassirtcado nos a rts. 79 a 8t do código criminal antigo, correspondente o primeiro ao art. 103 do código vigente, nfto tendo esta correspondente do art. 81, pelo facto da seperecêo, com o advento do Republica, entre o Estndo «• fi !''r.' *

Os sccordflos condemnatorios do Supremo Tribunal de Justiça teem a data de 21 de fevereiro e de Ide Julho de 1874, teu <>/>. *toi*< - .$.»

Nada adduztremoa acerca dessas arestos que so teem interesse puramente histórico, perturbando a soluçflo da qn. .o a uotflo aybride antflo extolente entre a Igreja a 0 listado.

Entretanto, este n'um regimen de.- ■ ■ ■ ■ ■ • '■ ••> outro

cousa nflo tinha a faaar alnflo dHenderae.

\ . <sa terminou pela amnistia aus bispos,concedida por decreto o. 5BKI, da 17 da setembro da 187S.

Sobra o art. ai do texto: Para • existência jurídica do crime do art. 221 do código ornai nflo baste uelolado objectivo a usurpaçõ ><i i emprego

4er a

i exteriores ipn» >■♦uiuam»ine i *fardôo* da Relação de Minas *U* 1807.

— r.-i-:,,. • xw, 0»». ••* «•»»•■, SJ» a* J*M

, 1" ■ ir'. SB» ••%« M.

« i n i ■- <•«*. ert„ bwn. 4\ p*f. t-'

» > • «MM. **•■T7*Vtkmr* \ |«f. Ui.

SECÇÃO III

BOB CRIMES CONTRA 08 ESTADOS ESTRANOEIROS K 8KU8 RKI-RE8BNTANIM

CÓDIGO

Art. 98. Violar tratados legitimamente feitos cora as nações estrangeiras:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a quatro annos.

Art. 99. Violar a immunidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros:

Pena — de prisão cellular por um a doas annos.

Art. 100. Dilacerar, destruir, ou ultrajar em logar publico, por menosprezo ou vilipendio, a bandeira ou qualquer outro symbolo de nacionalidade de alguma nação estrangeira, ou a bandeira nacional:

Pena — de pris&o oellular por seis meses a um anno.

Art. 102. Entrar jurisdicclonalmente em paiz estrangeiro, sem autoridade legitima:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a quatro annos.

COMMENTARIO

14. As figuras dos crimes comprehendidas nos arts. 98, 99 e 102 constituem um só artigo nos projectos de 1893 e 1897; ao contrario a figura do art. 100 está dividida em dous artigos conforme se trata de desacato á bandeira nacional, ou estrangeira.

No projecto de 1893, arts. 137 a 139, taes crimes estão collocados em uma secção especial com a epigraphe acima no capitulo intitulado «dos crimes contra a segurança da Republica».

O código penal é deficiente neste ponto, apezar de ter tido como fonte geral o código italiano, cujas disposições principaes correlatas elle não reproduz, limitando-se quasi a repetir as velhas disposições do código criminal de 1830, apenas com o accrescimo da nova figura do art. 100 sobre o uítrage da bandeira estrangeira.

Os citados projectos, porém, aproveitaram as velhas figuras do código anterior e as compilaram ou consolidaram com as novas nas respectivas disposições.

Aqui também vê-se que o código deixou em silencio os crimes contra os chefes de Estado e seus representantes, limitando-se a espécie única neste género do art. 99.

O projecto de 1899 suppriu a lacuna indo além dos anteriores de 1893 a 1897, que deixaram ao direito commum a punição dos attentados commettidos no nosso território contra os chefes dos Estados estrangeiros. Em vez, porém, da hypothese restrícta do art. 99 sobre a violaçfio das immunidadesdos embaixadores, todos os projectos consignaram

de cr '>scom-

no is

•migos o
As d
coâla «il

de tratar figurem n

O ;t!.

M
I Cllitli.

KsUid
Q íroe In» i jment e outros, o código Ualiono, nas

tes aos direito ítorti * e te rclaçA» eu'
cu
1111 **kjft. ■' >tii ■ t. •>■>. rir* -4 uro»**

il
re

Era assim que justificava o ministro Zanordelli o código italiano no seu relatório ao parlamento. *

A ultima é a razão do art. 100 do código penal, que entretanto ahi andou muito mal avisado, porque comprehendeu também a bandeira nacional, equiparando-a ô estrangeira e por isso todos os projectos de revisSo, de 1897, arts. 124 e 141; e de 1899, arts. 101 e 121, as distingue em dispositivos differentes, diversificando a punição, que se torna mais rigorosa, quando se trata do emblema da nossa nacionalidade.

As disposições dos arts. 99 e 100 desta secção são porventura as que mais se salientam, ou por seu caracter especial, ou porque o seu sentido é mais fácil de apprehender, talvez, pela maior possibilidade de realização pratica.

A figura do art. 98 sobre a violação dos tratados legitimamente feitos com uma naçfio estrangeira e que appa-rece nos códigos e nos projectos de revisão estava estabelecida no código de 1830, que parece ter tido como fonte o código da Baviera, semelhante aos do Hanover e Darms-tadt; porque, no código francez, principal fonte do nosso anterior, esta matéria, como diz Garraud, está em estado embryonario e não cogita da espécie.

Convém notar que tal crime não é fácil de caracterisar, parecendo só poder ter logar em geral por motivo ou por occasião de maneio de relações diplomáticas de paiz a paiz.

Entretanto, desde que o tratado constituo lei obrigatória para todos, súbditos ou concidadãos das altas partes contratantes, a sua infracção deve ser punida com tanto mais rigor quanto a violaçSo pôde comprometter a paz externa e acarretar para o Estado do violador prejuízos, humilhações e até uma guerra.

A espécie do art. 102 presuppõe o facto de penetrar autoridade nossa em território estrangeiro para qualquer fim sem autorização do poder ou da autoridade desse território, o que constitue uma offensa á soberania do Estado estrangeiro, além de poder occasionar conflictos e perturbações que a lei sempre previne como nos casos mais graves dos arts. 88e90.

Assim também no citado art. 102 do texto, porque nos casos raros em que as autoridades de um paiz podem penetrar além das fronteiras de outro afim de assegurar interesses, por exemplo, fiscaes ou aduaneiros, ou judiciários, devem fazôl-o na forma determinada nos ajustes, ou conforme os usos internacionaes, o que é o mesmo que dizer com autoridade legitima.

[1] Zanardelli, RKI.AZIONE, etc. II, J>ag. 35.

fc**

O iii !s © iiivesflo abusiva, <IU6 O Kstotlo cstruiu ro **pre dicado pôdi- n razOo repeti força e o Estado ssor c deve i'** nir com **rigor nos termos do** art**. 108 do slo***

um

nneiro, com Uras de espingarda, **arrombamento de**

»m •! i i algum is r fer-en ■;-.- -a **á bandeira** emblema **que symboliae a nossa nacionalidade** oti

i iiisniíri **uma bandeira ou** emblema **publicamente** ►flèud* **o Estado que por** esses **objectos é sj m-**

afio o svmbolo da pátria, oomo dizia Luccliinl, a eate deve achar **o teu lojcur :í «s chmea contra a**

ementos **são o** togar i»'st*ud p **Intenção de vilipendiar ; *i* toai ou estrawruiro.**

facto ommettido **outro crime, por**

ida aoretaçoea landeira e

-r> i
- di' uma
<ç4 do
i

í federal de S. **Paulo, 11 de** utj 1 1896.

si>• lo l?

ntSP I'-■. -' ••■■■■>•:■ ■*lê* " V" » .NTSCI •••-

CODIOO

Art. ItB. **E* orlme «te eonsj>ira«ao concertarem-*» vinte ou**

Taater, dlraoUntot* • por factos, **éMtnilr O J**

•■■•*• **.*.** **, I**

M.,,n-, Oaa. •*wt.,* l« pa . Mtoi ff» « l "■■

§ 3.° Tentar, directamente o por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4.° Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercício das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciário federal, ou dos Estados;

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

Pena — de reclusão por um a seis ânuos.

Art. 116. Si os conspiradores desistirem dosou projecto, antes de ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e ficarão isentos de culpa e pena.

Art. 117. Qualquer dos conspiradores que desistir do projecto criminoso, antes de descoberto ou manifestado por algum acto exterior, não será pissivel de pena, ainda que a conspiração continue entre os outros.

Art. 126. Provocar directamente, por escriptos impressos ou lithograpuados, que se distribuírem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em publica reunião, a pratica de crimes especificados nos capítulos 1° e *d°* deste titulo e nos diversos capítulos do precedente :

Pena — de prisão cellular por um a três mezes. I

COMMENTARIO

ies. A matéria do texto desta secçSo, isto é, do Cap. I, do tit. 2° do cod. pen., está tratada, como sempre, de modo muito deficiente, sendo a collocaçOo dos artigos injustificável, porque a *conspiração* pôde ter como objectivo a segurança *extern* a, conforme resulta mesmo do art. 115 e entretanto esto collocada em capitulo inseripto—da segurança *interna.*

Também a figura do art. 126, que está no texto, estava perdida em um capitulo, o da *resistência,* crime contra a *ordem publica,* que nada tem que ver com os politicos.

A mesma matéria está comprehendida em secção separada de disposições communs ás antecedentes no projecto de 1893, que correspondem, completando-os, nos arts. 115 a 117 e 126 do Código Penal, porque além da matéria do código o projecto comprehende a formação de *bandos armados* para commetter certos crimes políticos importantes, o que escapou ao código e que não admira, porque elle esqueceu também até o crime, muito mais grave, da *rebellião.*

Taes disposições acham-se também nos projectos de 1897, arts. 143 a 148, e de 1899, arls.' 123 a 126.

Os bandos armados nos termos dos projectos de revisão do código são um preparo para a insurreição ou rebellião, facilitam-na e podem encorajal-a e por si sós constituem um perigo manifestado com caracteres efficientes de exterioridade e alarma para merecerem sancçfio penal no intuito de prevenir males e desastres mais sérios.

As disposições dos projectos conteem as modalidades do crime, as suas aggra vantes, dirimentes, assim como os

■ **de auxilio** aos **bando* nrmad>is que** não **puderem**

Passemos **asora a tratar** especialmente **da matéria do o do** oodigo **nesta parta.**
Repetimos: os factos corapretoendidoB nesta secção **flgu-**i nos **códigos. Inclusiva o** Uai. **>, fonte do** n<>sso **em**

aos no

IV

titulo **- ■ ucsio livro do** couígo vc-so **o flue**
initr.

nas/iraçm) con-• **a em** seguida **(Içados contra a**

o código no con-< certa de 20

rior.

Os proj.vi.w **de 189**

idos. -■ i w, **trata ndo-se exigido para soa Ssoae** izerdis- **s;»mMo as actoa** ir -'• riho **à ver***

>>.nem ã,. **do d**

p ir-se

crime de conapi-lida : ire varias picados na **dispo-**

das

Irig do **para aquelle verdadeiras e únicos**

uir, eis

acercada

• exi

ínlios,

Tudo isso póde-se applicar perfeitamente á interpretação do nosso código, art. 115 e seus §§.

A' conspiração reserva elle os a ris. 115 a 117.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 125, occultando o *nome/i júris* conceituam de modo muito obscuro e exquisito a *conspiração.*

Os projectos, porém, de 1893, art. 143 e de 1897, art. 146, definem a conspiração concisamente, comprehendendo no segunda parte a dirimente nos termos em que ella pôde ser efflcaz.

O código penal entretanto, no art. 115 define a conspiração conforme seu systema casuístico nesse artigo e seus cinco paragraphos.

Enosarts. 116 e 117 contém a dirimente do crime em phrases supérfluas, sem evitar as deficiências do costume.

Os defeitos imperdoáveis do código penal resaltam da analyse do objecto dos artigos.

Nos crimes contra a segurança do Estado, sem se cahir nos exaggeros de punir a simples *resolução* criminosa, ou responsabilisar os *suspeitos,* ha meio de organisar a repressão de modo efficaz entre a *resolução,* facto interno da consciência e a *tentativa,* facto externo punível.

Assim o código francez, fonte geral do anterior e do actual, pune :

I 1°, a *proposição* feita e não aceita de formar uma conspiração;

2º, a *conspiração* mesma ;

3º, os actos materiaes tendentes a *preparar a eatecução* da conspiração ; por ultimo, o *attentado,* isto ô, a tentativa *próxima* ou *remota,* f

Conforme a melhor doutrina, para constituir a conspiração é necessário que duas ou mais pessoas tenham concertado e estabelecido commetter algum de certos crimes políticos.

Mas, a conspiração não se deve confundir com um simples desejo e nem mesmo com um projecto que tenha deixado a vontade indecisa.

A resolução dos conspiradores deve ser firme e positiva: precisa além disto que todos ellesse tenham posto deaccòrdo sobre o fim e sobre os meios de execução; que cada um tenha recebido e acceitado o próprio papel no drama com-mum, que toda difficuldade tenha sido eliminada, toda dissidência tenha desapparecido. [2]

Não obstante, o código penal, no art. 115, nos dá noções muito diffusas do crime e exige para elle, ao contrario do

[1] Garraul, OBR. CIT . vol. 2\ pag. 546 e segs. * Majno
OBR. CIT. Part. I. art. 131, n. 707.

direito **italiano.** Francez. h« **spanhol** o **outros. o 20 ou roais pcnpiioo. rcpctii** Kiò assim **sem lo o art.** do **velho** codigode 1830

"s **arts. 116** e **117** *ai* **o também a reprt rtuocaodos** «ris **106 e 109 do** código *à* **nterlor B armoB do** ort. **89. a coi«DÍrecâo tendo por fim os crimes i** nenclonados **noa ••» *f%.* M e existe desde que a resoluclo de agir ô da e assen* tada entra duas (t nflo **vtnu [uakiuer que seja o seguimento**

No direito francez. ha d oua gr los **na**

SI a propôs ç5o **ou pr** itia **nflo Ibl**

no seu **primeiro pen-wo. nfto importa seoflo a pena de** detenção. L

Ello nttingê **tau gao** mais **elevado,** st **é** seguida duml acto **commetlTdo ou começado para preparar a sua ex-ccuçflo; a neste caso punida com a deportaçflo.**

Além dotwa phasa, o facto **deixaria de ser uma conspiração, etle se tornaria um attentado e Incorreria na pena desta. ***

lo. Conforme Pesslno. commentando os códigos **italiano» anteriores, cuja** fonte fól **o franoez, commum** com **aa ooaaoa anterior a actual, na matéria, exige-se como elemenloe do crime de conspiraçAo:**

i*. unidada de aacoponoa pretensos **conspiradores, sem o que nflo é pnaelvel o c •■ : ri • nem a remltiçao sobra** os **meies a empregar; - . que aa trato ao im-oca da duas** pessoas) **3*. que o concerto receia sobra aa meius de agir, o que elgutrtca que** aquellas **operaçOea que devem** formar ou constituir, **na sua apparlçflo** m iterial, **a** oggr- ssfio **â soba* rente do** Esta **•. seja na penca que a** representa, **aéia na sua lei** fundamental, **tenham devido constituir matéria de exame commum doa conspiradores; -t". emfli mie ao concerto corresponda a resolução aol oe agir, de aorta que, preparado e wgnio** completad ***te* por t<! IH doe dos vários actos o eu iflo falte a ex- conspiradores, outra i ecuçao material doa Kecen temente, ac**

o crua» de teta*

tido. **MT''** ■01'fi*1

politico. Os partidos são a vida mesma das sociedades civilisadas, são idéas tornadas aspirações communs de muitas pess is lutando entre.si pelo triumpho, e constituem, ex actamente encarnadas em multidões vivas, as varias con vicções em cuja coexistência se nutre a liberdade mesma, e do embate dos quaes emerge como força resultante Ia que engendra um movimento de progresso para não destruir, e de conservação, para nfio petrificar a sociedade mesma. Aquelles que pertencem a um partido querem a victoria das suas idéas. mas se limitam a querer para tal mister que as suas idéas, graças á propaganda e á discussão se tornem convicção geral.

A conspiração presuppõe a direcção determinada da actividade para alguma cousa que se crê realisavel proximamente e por meios diversos daquelles que pode consentir O desenvolvimento ordenado e pacifico da civilisação nacional.

Antes de proseguir, devemos resolver uma questão sobre o momento consumativo da conspiração e não poderíamos, melhor, fazel-o do que referindo-rios á opinião do notável criminalista belga Adolpho Prins:

« Quando nada tem impedido o autor nos actos exteriores de execução da infracção, esta considera-se consumada.

Todavia, é mister evitar a confusão da consumação da infracção com a obtenção do resultado que o autor tinha em vista.

5í No sentido do direito positivo, a consumação existe desde que acham-se reunidos todos os elementos materiaes da incriminação, exigidos pelo código para que o crime, o delicto ou a contravenção sejam puníveis.

Não é, pois, sempre necessário, para que haja infracção consumada, que o autor tenha altingido seu fim.

Em cada caso, convém recorrer ao texto da lei, e o artigo do código penal que definir a infracção, nos indicará com precisão o que o legislador tem querido incriminar. 0

Dando vários exemplos, diz:

«*c)* Ora, emfim, a infracção é consummada, abstrahindo-se de todo e qualquer resultado.»

A conspiração é consumada desde que a resolução de agir tem sido impedida, ainda mesmo que ella se houvesse completamente mallogrado (art. 110 do código penal belga).

A opinião de Prins accentúa no ponto questionado a mesma solução que aliás resulta da theoria, que expuzemos, de Garrara, Pessina, Mejno e outros. *

[1] Adolphe Prins. SCIEXCB PÉXALK ET DROIT POSITIF. Bruxelles, 1899, pag. 150, na. 244 e 245.

ir. Quanto é a<los **arts. 116 e 117, Pessina diz,**

s
e
vi
di
q
i U

n !»•! cot **io a imiMiii le -** •m **do con-**
corto crimino** • antes • ;• - | **> do delicio,**
e ante-, •!•> ***ado qm*** KT proc ortigas **é o».** •
O nosso codigo.nos artlgd i **c >m>>** equl-
valentes as expressões — a **d** **scoberto ou**
manifestado **por** algum **acto ei**
A dirimente c mti **11 oesj** **sem**

desde que nfio ha ainda começo de execução do cri - a antes de iniciado qualquer proa **nenlo criminal, conforme oe projectos da** 1893, **art. 1**13, **■• da 1897, art. 14'.**

Os projectos da 1896 a 1899, art. 125, julgaram **mais com modo snpprimlr a dirimente, o que nfiosecommenta.**

Os projecta de 1893 **a da 1897 seguiram o c >digo liai.; mas o ultimo projecto de 1899. st trata da consignação, ''no parece no seu art.** 125, **umittlu o** princi », **como** d ssemoa.

\ **commiaBao parlamentar, no** parecer **que precedeu â** reda •. ■ i **iinal do projecto,** diz**:**

« Quanto aos conceitos dâ cow>
***ação* ej** tatitutivo PS
prebendai o autor d i hm **os** arts. **117, 123** O.

iiur ~" ***tatle.*** **■ /•■ *de* cos-**
i **econcert/quelaloiln-**
qu <*inízi] ppe, **c** est **la resolutlon**
d*aglr», **diz** Garraud. **B Gomrobwao aceitar**
Este o motivo por que •■'' a **■ ■ iri. *%i* do** pro-
emenda, que lambem **fbl ofl** **- •: mesmo E**

o.»*
oelto de tal crime insistimos **s»»brc**
rniente das **fcrmulas a que se.**

• F«s«ina, h. **mwn** CWOT MMWti r . *t-s. I3J, r ■ • • » '■•',*•*•
Bl^^B S«c. p»- **MS; BLonati *m* M»rm** *v* ««« »

* ii

«Iludimos referindo-nos a autores nossos (n. 7). Essas formulas são as das figuras do principio deste titulo sobre *j crimes contra a pátria, empregadas pelo código anterior, repetidas pelo vigente, mudadas pelos projectos de 1893 e 1897 e mantidas até final nos projectos de 1896 e 1899.

A mesma questão aqui suscitada por autores nossos teve lugar na Itália, dando lugar â correcção no código vigente que haviamos seguido.

Nos precedentes projectos, diz Garrara, definindo este crime (projecto de 1899, arts. 90, 91 e 118), fazia-se uso da palavra *attentado,* a qual, além de ser uma locução imprópria para determinar o crime, era uma *fonte de muitas incertezas* na jurisprudência. Taes incertezas nõo se referiam *somente* ao sentido da applicaçâo da palavra *attentado,* isto é, ao seu sentido etymologico, ou jurídico, mas reflectiam *também* nos elementos *necessários* para constituir o crime. Para obviar taes inconvenientes tinha sido preciso juntar ao respectivo artigo uma disposição análoga que explicasse qual era o conceito do legislador relativamente aquella palavra.

Com a definição dada do crime pelo código actual todas estas anomalias desappareceram, e na phrase *fatto [direito, facto tendente,* etc. (dos nossos projectos) se demonstrou claramente que com ella se attinge um principio qualquer de execução do crime mesmo.

Pessina diz também que a denominação de *attentado* dava lugar a *múltiplas* questões. * I Quanto a jurisprudência sobre a *conspiração :*

« E' um dos elementos essenciaes do crime de conspiração — o concerto criminoso entre vinte ou mais pessoas »: Acc. do Supr. Trib. Federal, 8 de abril 1899. *O Direito,* vol. 80, pag. 99.

A disposição do art. 126 tem sua semelhante no art. 135 do código italiano e sobre ella diz Garrara, que mira a excitação para delinquir nesta classe especial de crimes. Para que, porém, tal propaganda delictuosa constitua um crime, ê necessário que seja feita publicamente, porque só assim assume os caracteres de meio indirecto, destinado ao escopo de attenlar contra a soberania ou a constituição politica do Estado.

Pessina entre outras observações diz que o código não estabelece aqui presumpção de cumplicidade resultante do evento. EUe incrimina por si mesmo o facto da publica excitação. Mas nem sempre o effeito verificado apresenta aquelle ligame intimo e accorde com os discursos ou factos

[1] Carrara, COM MESTO CIT. art. 104, pag. 74; Pessina II HUOVO CÓDICE CIT., art. 104, pag. 140.

fridococll **forma de operar delictuosa <iue**

11111 lu I m
em cc **o, pelo j ■■. ig » geral que nelta se**

s

ua eflieí
Inclua. '

do texto do noaeo código contra o qual ha s notara exigência de circulação, por roais de quinze pessoas, dos escriptos impressos, coroo si estas nsoliiBseni : .ospnmctr' •romais possível : ô uros rera tis * do vstuo código de 1830.

O ultimo pr '!•■•' > repele a exigência<r •«* anteriores eliminaram, gra< Iimnoo ii ■ «nmo memor o^ penas e caractertsando o crime sem i■■ o .' • m os regras geraesda cumplicidade.

0 nosso código penal neste ort. 128 do texto trata da provocação s certos crimes; roas basta ' d-o coro os projectos da 1803, nrt. 144 c ds 1897, srt. 117 para *sr iiun a dispusiçfl • ora vigente ssrvlu»se mal das suas fontes, listo é, as correspondentes o os arts. 93,» a 119 do velho código anterior.

O il. to Driticiml .■-.',■'! ,-;»i i»fl i • <•....!... *Aia* vtirifis mo* da idml - : ,:' •- >ouex ■ : . ■ .' spor

com que as pode re*< ir s provocação ■ meio ds imprensa ou discursos em sKftfútfa, publicas ■•',•. ***M***

Os projectos de 1893 s 1890, art. 118, ainda d desejar, porqus sto defeituososs m parte, nAoconoj n mot lauda le pr <•>■ "ote da diversidade ou gravij crimes a que se refere.

CAPITULO li

DO* CNtUSl COTTfRA 0 UVRK KtBHCICIO DOS MSnTOfl KMJ

Ait. 186. liuMdir. ou obstar d > qualquer maneira qa-j o eleitor vote

Pena — **de prUlo oellular por** **»** i oní**

Art. 166. Solicitai*, usando de promessas ou de ameaças, votos para certa e determinada pessoi, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda :

Penas — de prisão cdlular por três mezes a um anno e de .privação dos direitos políticos por dous annos.

Art. 167. Vender o voto :

Penas -- de prisão cellular por três mezes a um anno e de privação dos direitos políticos por dous annos.

Art. 168. Votar, ou tentar votar, com titulo eleitoral de outrem:

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 300$000.

Nas mesmas penas incorrerá :

§ 1." O eleitor que, fornecendo o seu titulo, concorrer para essa fraude;

§ 2.° O que votar mais de uma vez na mesma eleição, aproveitando-se do alistamento múltiplo.

Art. 169. Impedir ou obstar, de qualquer maneira, que a mesa eleitoral ou ajuntaapuradora.se reúna no logar designado, ou obrigar uma ou outra a dispuráar-se, fazendo violência ou tumulto :

Penas — do prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 500$ a 1:500$, além das mais em que incorrer pelos crimes a que der causa a violência.

Art. 170. Apresentar-se alguém nas assembléas eleitoraes com armas ou traze-las occultas :

Penas — de prisão cellular por um a três mezes e multa de 100$ a 300$000.

Art. 171. Violar de qualquer maneira o escrutínio, rasgar ou inutilisar livros e papeis relativos ao processo eleitoral :

Penas — de prisão cellular por um a três annos o multa de 1:000$ a 3:000$, além das penas em que incorrer por outros crimes.

Art. 172. Extraviar, ocoultar, inutilisar, confiscar ou subtrahir de alguém o seu titulo de eleitor :

Penas — de prisão cellular por um a três mezes e multa de 100$ a 300$000.

Art. 173 Falsificar, em qualquer eleição, o alistamento dos eleitores ; alterar a votação, ler nomes diversos dos que constarem das listas, accrescentar ou diminuir nomes ou listas; falsificar as respectivas actas:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa do 1:000$ a3:000$000.

Art. 174. Reunir-se a mosa eleitoral, ou junta apuradora, fora do logar designado para a eleição ou apuração :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 500$a'l:500$000.

Art. 175. Deixar a mesa eleitoral de receber o voto do eleitor que se apresentar com o respectivo titulo:

Penas — de privação dos direitos políticos por dous annos e de multa de 40u$ a 1:200$000.

Art. 176. Alterar o presidente e membros da mesa eleitoral, ou junta apuradora, o dia e hora da reunião, induzindo por este ou por outro meio os eleitores a erro :

Penas — de privação dos direitos políticos por dous annos e de multa de 500$ a 1:500$00.

Ari. 177. Fazer parla, oa concorrer par» a formação, do mos» eleitoral ou de juste aparadora iil-.-: tuna :

Pena* — eV ração ..»• dire politk s por dous annoa o multa de 300$ s 1.OOO^IIOO.

Alt. 17t. Deixar de comparecer sem causa participada, para formação os masa eieitural :

Posse — do privação do direitos politicas por dos* asnos o mslii do 200$ a 6O0Í0OO.

Parsgrspbo único. Si por essa falta nlo se pudor formar mesa:

Pena •— s mesma em dobro.

LEI

TITULO III

DISPuSIÇfVs* PKNAES

Art. 47. Além 'los denoidoa no Coligo Penal, serio considera-los ertsjss eootrs o livre exercício dos direitos políticos es factos nen-ekmséos not artigos seguintes.

.\rt. 48. Deixar qualquer cidadão, investido das funeoSss do governo municipal ou chamado s exercer ss attritraieSes deftaMsj ss prestais lei, do cumprir rcstnctamesto os devores que lhe sio im-postos s nos pratos prescriptos» tem causa justificada:

Posa:

Suspensão dos âlfsll i políticos par osse s quatro asses.

I Art. 49. Deitar sstéadAs, * f»zer parte das com m lesões és alirtasiistn sn •■! ' . •. 4tssttsrf>sat*se detartsioeçOes és lei so prazo si ta ssissidn. qssr ss tasaola asesretco qss lhe é stigtéa, qser no •|ti» d is reopeit» as garantia* IJU > devs éi»pens»r Soe sllstandos ou eleitorrs, sem motivo Jottideséo:

Pena:

Su* nsio ées éirettoe poUtleoa por dosa s quatro annos.

Alt. 80. Deixar qual |tiei dst ■wissros és mesa eleitoral de ru-bricar a còpls és nota da afeição. Unais pelo fiscal, qsaaéo isso los for exigido:

PSBS:

I Do dous a seis met*s de priass. £_j

Art. 61. A fraude, és qualquer ••*». praticada pela mesa el< itoral, ou pela Junta spurudors, sert punids com a seguinte

Pena:

Da seis meses s sa asso é> prisio.

Paragrasso ew -erio Isento» desta psaa oa membros da janta aparadorass sssssslsitsrsl, qu» oostrsa frauda protestarem no acto.

Art. Bs. O etdadio qss usar de documento fUtsõ para ser inclaido no alistamentos

Pea

De prisio nr éous a quatro meies. I Art. 83. O etéssss s,oe. em virtude éas dia. -ias és pesasses li, f .;■ eondemoado ss peoa és iu*pen*io éos direito» pudiUãuS, sao

poderá, emquanto durarem oa eífeitos da pena, voíar nem ser votado em qualquer eleição do Estado ou município.

Art. 54. Os crimes definidos na presente lei e os de igual catureza do Código Penal serão'de acção publica, cabendo dar a denuncia nas comarcas das capitães dos Estados, ao procurador da Republica 011 seccional, perante o juiz seccional e nas demais comarcas, aos promotores públicos perante a autoridade judiciaria competente.

§ 1.° A denuncia por taes crimes poderá igualmente ser dada perante as referidas autoridades por cinco eleitores, em uma só petição.

§ 2.° A forma do processo de taes crimes será a estabelecida na legislação vigente para os crimes de responsabilidade dos empregados públicos.

§ 3.° A pena será graduada, attendendo-se ao valor das circumstancias do delicto.

Art. 55. Será punido com as penas de seis mezes a um anno do prisão o suspensão de direitos políticos por três a seis annos, o mesariol quesubtrahir, accrescentar ou alterar células eleitoraes, ou ler nome ou nomes differentes dos que foram escriptos.

(Lei n. 35 —de 26 de janeiro de 1892.)

COMMENTARIO

is. A primeira forma de delinquir contra a actividade jurídica do Estado é aquella que ataca esta mesma num dos seus primeiros e mais essenciaes fundamentos, isto é, na participação delia pelo povo mesmo, graças á liberdade politica, sem a qual nfio haveriam instituições populares.

Dahi a regra geral de direito que impõe a um ou mais cidadãos o exercício dos próprios direitos políticos. Mas 6 esta maneira de delinquir se refere com maior especialidade de determinações o delicto *eleitoral.*

O ser próprio do estado livre é o systema representativo. Os melhores, os fortes pelo intellecto devem reger o Estado Dor natural direito de império; mas é mister que para tal missão os designe a confiança das multidões que por livre suffragio lhes confiram o mandato eminente.

A verdade racional da aristocracia e da democracia, consideradas ao mesmo tempo, está exactamente na eleição como a mais pura investidura do poder.

Esta lei governa o organismo da União e estende-ee aos organismos dos Estados e das Municipalidades e a todos oa outros organismos sociaes que vivem a vida livre do palz livre.

A soberania popular acha a sua actuação concreta no suffragio eleitoral; e na renovação periódica das eleições se retempera e rejuvesneoe perennemente, ao mesmo tempo que com os resultados da urna, dá o seu juizo de fiscal supremo sobre o programma politico do governo e sobre a economia dos organismos singulares interiores, dos quaes se alimenta o vida da nação inteira.

a veroaoe oa
runccfi

lativo **e** do **Poder** **lo** Esta !•) foi **chamada o eixo da**
Assim» **t** !■ i **cti** $^{U}m^{TM}.n$ **-was* tfolactVs nas**
líber ie /> **ca a** mjbtéas **e oa** ♦ ,*> **dm mogis-**
violam **o** dir ■'• •
do Indispensav
:«ra
dellberaç«V> *'■• nm*
tmdoa !• •! . povo. **com** **morte** oquetle **que dá nm velo**
o
duplo, **assim** *o* **i** F.'il>!M **li'** **outrmplam rdo**
Em Homo, as **antro doita cendidotos poro**
c >mo crlmlsosos **• nora cooS'' . irsu** s
vencer **um** '••■ ■.
peta eiUi Jultad
níio si > n ■ • • •*çno*
— Offitsctc (ttnhttus
A cabala era **p** **• TIO, peio i^w**
depota substituída

a *|" í^r : **i** **exactamente, li-**[1] **rasedéPvsstna,**
tiosi >bserrac^aB> tratou
.bem e

doc< >>"fir mima** *ÍM9* "* > 1^^^ *w^li*
»*m í
5C v lai i
o atteutado ao exa

Ao mesmo **i de ha** **mulado** u
(mi • . **..''ali** i.inv **matéria dos crimes relativos**

%; negi '' H' **íade oo eleitor ou oo com** • ehl-**ti>ral'. sâo** os **crlmas do texto do cod. pan. arts. iro, its»a !7t a 175.** .. .
a», a ''• ■:-'• na olaècâo. quer no roío. quer oo *-'-utinUn*
cod. pen. arts. **168,17* • W, m e 177 e lei n. 35» arts. 51,**
3°. a *cormpeã* • **eleitoral: cod.,erU». 166 a** 167.
Outras disi ■ ■ **-urram, o côa. pen. T. g.a ao**
m-t. 178, e a W n. 35, arts. « • *)- '' <*uc m*
oum\ '' .'- - .'.. íLli **..-.MÍ r** **.'abolido**

pondo a enumeração de disposições detalhadas sobre os factos eleltoraes. *

O novo cod. italiano consagra apenas o art. 139 sobre o caso; referindo-ss ás leis especiaes, como se tem feito noutros paizes nos respeciivos códigos.

O projecto de 1893, arts. 146 a 164 reproduziu as disposições do cod. pen. e da lei n. 35 coordenando-as devimente; os projectos, porém, de 1897, art. 149, e de 1896 e 1899, art. 127, adoptaram o systema do código italiano.

Qualquer, porém, que seja o systema seguido na matéria, os factos delictuosos eleitoraes reduzem-se á violência, fraude, corrupção, de funccionarios, cidadãos, eleitores e candidatos, ou & falta de exacçSo no cumprimento de deveres por parte dos que interveem nas funcções eleitoraes.

Feitas estas considerações geraes, históricas e philosophicas ao mesmo tempo, passemos especialmente a matéria da secçfio, quanto aos artigos do cod. pen. e da lei n. 35 que constituem o texto a explicar.

10. O cod. pen. além de dispersar as figuras dos delidos *eleitoraes,* pois que delles tratou em dous títulos, 4° e 5º (art. 207, ns. 15 a 17), destacou os artigos do texto daqui para o referido titulo 4º, seguindo nisto o cod. italiano que neste ponto não classificou bem taes crimes ou antes delictos congéneres.

Sobre o projecto de 1893, dissemos que: em um capitulo ficaram sob o mesmo titulo os factos eleitoraes, cujo caracter politico não se lhes poderá negar.

Assim os considerou a lei n. 35 de 26 de janeiro de 1892, á vista do seu art. 54.

Si a lei, porém, podia commetter jurisdicção federal ás justiças dos Estados, é o que parece contrario ao art. 60, § 1° da Constituição.

Mas é uma questão constitucional e processual, cuja falta de solução não prejudica o proseguimento da nossa tarefa. [a]

Em relação ao projecto de 1896, dissemos justificando o de 1897:

Ao contrario, é acceitavel o alvitre de reservar para as leis especiaes a punição dos factos eleitoraes criminosos, mas neste caso a disposição única do Gap. II precisa fazer allusão a isso e ser mais comprehensiva como é a do Cod. italiano, por um lado, e por outro restringir os factos do Código aos de violência ou ameaça, etc. [3]

[1] Vid. Pessina, ELE MENTI DI DIRITTO PENALE . Nnpoli, 1832-83, vol. 3° pag. 37 e segs.

[3] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS *do projecto de* 1893, pag. 10. [3]
IDEM *idem* de 1897, pag. 9.

le 1897 hl
esse systeraa, attenta a ira mesmo na leda legisf içflo eleitoral, parte penal.

Assim, apezar do nosso em 1891, salvo para o léV> a vigorar DM em 90 de dezembro de 188 já lhe addltava que começou disposições anno de 1892 le janeiro que nos o ris. 47 a •■•' SOD o seu que minai, p»[1] ''loce^sual, fez parte do texto. penaes — Attendendo a « ase ro-ítivo, « iii os foi adoptado o sys- tema do Código Italiano sobre n BHO. ml este código a os nossos Entretanto ha diflerença enl •idem maioria eleitoral, » project »s. porque estes só compra ao código deixa inteira- passo que o art. 199 daqui mente do parte os dellctos eleitora *f* somente ao impedido

O art. 189. diz Majno. ss • i eteito- exercido de direito» políticos ÍI raes— dos diii *fiçéo* as quaes seriam o direito de camarás, de ~|e o di (CODStl- que tratam os arls. 89 a67 do tutçflo). *

I >uípro* Assim lambem Carrara. O nosso feitorai. código artlrulow fusamente a i IlílllU- maioria, ainda acerescentada pela lei ntos na \ jurisprudência aqui é quaai s idos nulla e pel própria reza das cousas variável, como é a dos parlamente verll caçfio de poderes de seus membros, porque os I eldtoreee violentos ou fraudul* -* r - un-se —-uipre sob os mais variad.* a*;> • •« desde o altatament» de eleitores até o rer>»nhecimeuto tlual e definitivo dos eleitos, paro na funeçoes necionae*, ■ •' : .■ •. ou munlcr •-;.

Diz Puglla, que a figura roa» grava do delido contra a ■■ *rdadt* e a que viola o *tlir* • *H*> . pois qua o Estado, para servlr-nos das expr - de rastua, nèo pode di/er-se livre na sua actividadesem a verdade da /**«•• ' <»/. aro que a soberania do povo psren' nerite sa afllrma, nêo só como fonte das representações communaes e provlndaes, mas sobretudo como fbnte da representação nacional na constituição do Parlamento* *

Os delidos eleltoraes podem reduxir-se a Ires formas fundamentara: a r *ot* *mde* e a *corrupção.*

i ,.... ?. ~~|'.'•«'« pôde vei de dous modos, ou coroo pra o eleitor individualmente, ou coroo vi . cia la da olira ou dos actos doa comidos el t i-aes, is por um parti» r ou por um í -ion •> ou

Una„ (lai

». *v*- ■ ■ • p»lií» p.*-

t. Ma>. rol-. pae. 4t.

e»o

autoridade. O nosso código no texto, como vulgarmente se diz e frequentemente nelle se vê, *misturou* aqui *alfios com bogalhos,* confundindo ás vezes no mesmo artigo a violência e a fraude e separando na ordem da collocaçâo figuras semelhantes.

Entretanto offerecem exemplos de violência individual ao eleitor praticada por um particular, o código nos arts. 165, 166, 172. I A mesma forma de crime violento por parte daquelles que exercem qualquer funcção ou autoridade nfio está comprehendida em figura alguma do código neste capitulo, mas pôde ser figurada como facto da mesa eleitoral semelhante áquelles commettidos por particular.

A perturbação violenta da liberdade nos comidos elei-toraes pôde realizar-se em via de tumultos ou outras violências quaesquer que sejam, que impeçam o livre exercício dos direitos eleitoraes, ou perturbem a liberdade do voto. ■ Ha exemplos desta forma no código, arts. 169 e 171.

A esta figura sfio connexas as de entrar sem direito no recinto da mesa eleitoral durante o processo : causar desordem no edifício ou lugar da eleição ; penetrar neste edifício ou lugar levando armas ostensivas ou oceultas.

São exemplos destas espécies algumas das configurações do código, arts. 169 e 170.

A *fraude nas eleições* falsifica o eleitorado ou na organisaçfio ou formação do alistamento de eleitores, ou no suffragio ou voto dos eleitores, ou no resultado da votação.

A *falsidade* ou falseiamento do *alistamento* ou das *listas de chamada* se verifica com a inscripção indébita e cancellação ou exclusão de eleitores com mett idas mediante falsidade ou artifícios frudulentos, ou com qualquer alteração ou subtracção da lista eleitoral, ou com a recusa da communicação das listas, etc.

E Temos exemplos dessas varias formas no código, art. 173 e citada Lei eleitoral n. 35 de 1892, arts. 48, 49 e 52.

O cod. pen. deslocou outras para o art. 207 ns. 15 a 17, tit. V. cap. I. O suffraglo ou *voto fraudulento* consiste em apresentar-se alguém para votar quando está privado ou suspenso do exercício do direito eleitoral; em apresentar-se com o nome d'outrem a votar; ou incumbido alguém de escrever o voto por um eleitor que não pôde fazel-o por si, é surprendido no acto de escrever um nome diverso do indicado.

Ha exemplos da segunda dessas hypotheses e de outras no código, arts. 168,172,173 e lei eleitoral, art. 53.

Estes e delictos semelhantes são por via de regra commettidos por autoridades ou quem desempenha qualquer funcção eleitoral (código, arts. 174, 175, 176, 177, 178, Lei Eleitoral, arts. 48 e 50).

0# no *CO* *P* o *r^nultúitlo das* ra/A* nu

tem

I» do ro#o e delia

es Mrmaa princl-
;,> contra o direito

O ii

OQjdigo Penal para **a Ar. ia expedido peio Decreto n. 18 de 7 de março de 18M, approvado • ampliado ao burrito**

f titulo e seguinte **do código** cominam.

lo ell J; **poniue, conforme pnu** rurrrr. •. **naragrapho único, elle •o *é* appllcavel a i^seeja estranha *A* milícia, tratando ae de crime militar, em terajpo de guerra, • nAo batendo para o** coso disposição DO **código commum.**

Entretanto notemos que discordamos da extensão que deu é lei militar o citado código, especialmente num ro tino especial, **qus JE publicamos. •**

TITULO II

nos cntMBs i • **>N** rnA **A OM»EM** Í-LBMCA

CAPITULOI

AJINTAMKNTO **it.ucrre** ■ OtticcÃo

CODIOO

Ari. 118, Constitua crime de sedição * reunião d« mato .!<• 20 peavas, qtto, omtflra nem toda* as apresentem armadas, as ajuntarem nara, com arretas, vieleaata oa ameaças: I*. obstar a imas ■'• elgy raaerteaarto publico noarado coapstentemeata e munido de tituto togai.aa prital-o do eaewtoie da IU ia lun ■..•■•,•, g*«sercer algum acto ée o: . ee Tineenaa, eeatre alg— faarvtoae ; «a, ea «ootraoe mo d. agr—s. das .lo, Kstsdca ae das iutendencl oa cantaras mumctpses; 3*, Impedir a

[1] **rws. ■»**. cat. I*er». •», sag. liX • MS i Utexa* A fieira*, lw».a«>iuiaT. Mrf. es*, ta.**

*** Pe aatar : Seari rawu. >o i'\-. ■ Aaa«»*t Kw de IMS, «a», II* a. n. »ag. ít-**

execução do alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciário, ou ordem de autoridade legitima; 4", embaraçar a percepção de alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 5º, constranger, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercido de suas funoções:

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

Paragrapho único. Si o fim sedicioso for conseguido:

Pena—de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 119. Ajuntarem-se mais de três pessoas, em logar publico, com o desigmo de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assnada: Iº, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguém o gozo ou exercício de um direito ou dever; oº, exercer algum acto de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4°, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa:

Pena <— de prisão cellular por um a três mezes.

Art. 120. Ficam isentos de pena os que deixarem de tomar parte na sedição, ou ajuntamento il liei to, obedecendo á admoestação da autoridade.

Art. 121. Quando a autoridade policial for informada da existência de alguma sedição, ou ajuntamento il liei to, irá ao logar, acompanhada do seu escrivão e força, e reconhecendo que a reunião é illicita e tem fins offensivos da ordem publica, o fará constar ás pessoas presentes e as intimará, para se retirarem.

Si a autoridade não for obedecida, depois da 3" admoestação empregará a força para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças.

Art. 122. Os que, depois da Iª intimação da autoridade, conservarem-se no logar e praticarem alguma violência, incorrerão mais nas penas que corresponderem ao crime resultante da violência.

Paragrapho umeo. Si a violência for commettida contra a autoridade, ou algum de seus agentes, a pena será imposta com augmento da terça parte.

Art. 123. Não se considera sedição, ou ajuntamento illicito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e mão procedimento dos empregados públicos; nem a reunião pacifica e sem armas, do povo nas praças publicas, theatros e quaesquer outros edifícios ou logares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos.

Paragrapho único. Para o uso desta faculdade não é necessária prévia licença da autoridade policial, que só poderá prohibir a reunião annunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionaes, limitada em tal caso a sua acção a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei, e sob as penas nella com mi nadas.

COMMENTARIO

%£<>. E' indispensável uma razão de ordem entre o titulo anterior e este sobre o fundamento do delicto politico e a comparação entre as revoluções e as revoltas e os factos comprehendidos nos capítulos que constituem este titulo do código.

O fundamento do delicio i é a reacção natural do
MIM ições.
tre as revoluções nronria-
mci
nua
e as revoltas

de tempera ■n rada,
lui cxajje dad
o ■
um

com o umiiin * dua attrHos e com o máximo do socceaso, para o qual as abalos e revolta que provoca, ai lambem deite constituem uma parte necessana, sflo apenas notados e se extinguem apenas surgem: é n rotura da casca do pomo maduro. *

.Sobrt o projecto de 1813 dissemos:

Os tectos •■ ■ , • lidos neste Ululo nfio sfio considerados» so menos de *jttr-- >mrtUHio.* crimes políticos, mas nos nossos códigos s* g i nm-s • aos de ©inspiração • rebellflo, que Ja foram classificadas: no titulo anterior.

Nom> de diversidade que reina nos códigos, uao so quanto é deliu •. como quanto *A* sua •■! ■-- .>çâo era prele-Hvel manter aa «l • oes existentes, com ligeiras alterações M_: • de IOJ, que nsste ponto, c »mo em outros 6 mela simples sub» •eracKjualmenleaosysíemaadoplndode . .. - ■ ;■ lass erimes eomo rostos ds í••{<• outros.

Entretanto código vigente desconhece isso e pune como ojorravada a consecução do Am sedicioso que pose -• r ou o crime «pje lenha pana menor, ou um importantfeeimo crime até poi '
a de laW neste titulo dissemos sobro
o nosso snJ is ir:
■-; i fax tnmbem preferir o projecto,
A ulUn i nova :■ • ■ '■ •;':•} deste titulo; entre»
alias p IUG»
tanto, occoí
>lros capitules oueo casuísticos, lo O art-
Os dons 197 o o projecto, ma-

vnntes.

A de!lu i* «lo art. ISO é Inacceitavel, porque nâo sarado e soo de do.

O titulo ou epigraphe do capitulo deve ser « associação para delinqulr ». *

Estas referencias são úteis porque queremos que o nosso trabalho aproveite ao mluro código se por ventura for votado.

Pessina referindose em geral aos crimes «leste titulo diz que elles não são crimes de Estado, emliora se assemelhem a estes; a sua forma é a *violência,* a sua substancia 6 a acção *individual* contra a do *Estado**

Algumas formas qunsi se confundem com as dos arte. 110 a 114 do nosso Cod. Pen.

O numero de agentes aggrava, mas é inclifferente na incriminação de alguns dos (actos deste titulo v. g. no *desarato,* previsto no art. 134.

Pessina também os considera como lesões á autoridade do Estado, como atacando a sua actividade jurídica, •

Garraud separa-os bem dos políticos, mas os denomina como taes. *

Os princípios que passamos agora a expor são appllcaveis aos arts. 118 a 123 do texto do código, mas ate certo ponto ^Tinto podem sel-o aos dos outros dos seguintes capítulos pste titulo.

No geral, nestes crimes a *violência* contra a autoridade do listado, seus representantes ou agentes não ô a dos crimes políticos, não tem como escopo a organisação do Estado, a constituição ou os poderes supremos que encarnam o organismo social.

O lado material dos factos pôde parecer assemelhalos, mas na substancia o crime ô differente, pelo hm que visa, quai ô o de substituir a acção individual é acção da autoridade e isto por meio de violência conlra seus actos.

As condições de criminalidade são: I° os factos devem assentar ou antes consistir em actos de força individual ou collectiva particular contra a autoridade ou seus agentes revestidos de caracter publico; 2° deve-se tratar dum acto publico legal e competente ; 3° deve consistir em violência, *concitatio populi, seditio,* reunião tumultuaria, revelada por actos, gritos, insultos e outras circumstancias, dirigidos contra a autoridade ameaçando a ordem publica ; 4° o dolo, o concerto nos indivíduos que uelle tomam parte.

E' obvio que a censura por escripto e menos a verbal em reuniões publicas, mas pacificas, aos actos da autoridade não importa crime; nem mesmo os factos especificados no art. 123 do texto.

[1] IDEM, idem, de 1897, pag. 9.
[1] Pessina, ELBMKNTI OIT. 3° vol. pag. 85.
[3] Garraud, OBR. crr., 2° vol. pag. 488.

Diga-se entre parenthesis, que os caps. II e III deste titulo do cod. arts. 118 a 126 comprehendem um grupo ou serie de factos que os romanos coracterisando como *violência* reduziam á denominação de *crime/i vis publicae.*

Considera ndo-se, como faz Garra uri, que os crimes *politicou* são dirigidos contra o Estado em sua forma constitucional ou em sua actividade jurídica e que o objectivo v. g. da *resistência* é paralysar a acção da autoridade, poder-sc-hia talvez classifica 1-a como tal, isto é, como crime politico.

Mas elle mesmo reconhece a differenea entre essa rebellião e a outra: na rebelliSo pela guerra civil o funccionamento mefsmo do governo é posto em causa por actos geraes e concertados, ao passo que na resistência o exercício do poder publico só é paralysado em alguns de seus meios de acção por actos isolados e individuaes e em geral estranhos a, toda hostilidade politica.

sai. O art. 118 define a *sedição,* aggravando no seu paragrapho único a penalidade no caso que prevê.

Os elementos constitutivos são o numero de pessoas o o uso de violência ou ameaça.

O arruido de que ahi se falia é incabido e poderia caracterisar o desacato, art. 134, mas não a sedição. A se dição é uma espécie relativamente mais grave do que a outra. fcj

A espécie menos grave das duas figuras deste cap. II do cod. é o *ajuntamento illicito* que o cod. define no art. 119.

E' o que outros códigos, como por exemplo, o portuguez, o argentino e o hespanhol chamam *motim* ou *assuada ;* mas, sempre os conceitos diversificam de código a código, variando a nomenclatura ao mesmo tempo que o conteúdo das formulas.

O ajunctamento illicito é uma forma de violência, mas quer contra o empregado publico, quer contra o simples cidadão ou particulares, importando um fim sedicioso em summa, mas menos grave que a sedição propriamente dita, da qual entretanto só parece diflerenciar-se pelo numero de pessoas.

■ Mas os elementos d'uma e d'outra espécie, estando mal accentuados, é difficil distinguil-os, sendo, porém, de notar que o *ajuntamento illicito* não parece ter como objectivo a autoridade publica, circumstancia ou condição esta que a *sedição* nos casos previstos no texto do código parece também excluir, e isto contra a doutrina ; porque, si o objectivo é a pessoa individual ou particular do funccionario, haverá um outro crime qualquer embora aggravado, mas não haverá *sedição.*

O art. 120 previne a isenção de pena nos casos nelle figurados.

Os arts. 121 a 123 estabelecem disposições communs a ambos os crimes.

O art. 121 contém matéria *policial,* imprópria d'um código penal, como lei substantiva queé.

O art. 122 menciona condições de aggravaçfio de um ej outro crime.

O art. 123 da um conceito negativo de taes'crimes.

O mesmo artigo alias é supérfluo, incabível n*um código penal, e n8o exprimiria mais do que, si se achasse n'uma lei apropriada ao assumpto a regulamentação do art. 72 §§ 8,9 e 12 da Constituição Federal.

lfj Si o código de 1830 definio do modo mais simples a sedição do que o fez o código vigente, entretanto estendeu-se muito sobre o ajuntamento illicito apezar de ser uma *contravenção* Ou crime *policial* como nelle se denominava. I

Por tudo isso taes disposições não figuram n >s projectos de 1893 e 1897 que se limitaram a conceituar apenas em quatro artigos um e outro crime, contemplando os casos de isenção e de aggravaçfio de pena.

Parece que a fonte do nosso código vigente nesta parte foi o código argentino. *

«Para o crime de sedição é essencial o concurso de vinte pessoas. Intelligencia dos arts. 118 e 119 do código penal.» *Sentença* do Supremo Tribunal Federal — *O Direito,* vol. 81, de 1900, pag. 233.

CAPITULO II

RESISTÊNCIA

I CÓDIGO

Art. 124. Oppof-se alguém, com violência ou ameaças, á execução de ordens legaes emanadas de autoridade competente, qaer a opposiçio loja feita directamente contra a autoridade, quer contra seus agentes ou subalternos :

§ í.o si, em virtude da opposição, a diligencia deixar de effectuar-se, ou effecluar-se, soffrendo o executor da parte dos resistentes, qualquer lesão corporal:

Pena —de prisão cellular por um a três annoa.

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

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

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

i Dr. Rívarola, *obr. cit. 3"* vol. pag. 22 na, 936 e segs.

COMMENTARIO

33. Este capitulo do código comprehende também o nrt. 126 que jã commentámos no titulo anterior ao qual também se releria. (Tit. I, cap. I, secção IV, n. 17.)

Os arts. 124 e 125 do texto contemplam a resistência. B Além do elemento intencional que a distingue de outros crimes, políticos e graves, como jn vimos, e que deve comprehender um ataque a autoridade e não somente & pessoa que a exerce e com sciencia do caracter publico do funccionario, a *resistência* presuppóe a *violência* ou *ameaça* por um particular contra o depositário da autoridade publica ou contra o funccionario no exercício legitimo de suas funcções.

Conforme o cod. ital. as condições essenciaes queelle estabelece, # diz Pessina, sem repetir o nome de rebellião, mas designa ndo-o como *resistência,* para tal crime são:

1°, que se use de violência ou ameaça contra um offlcial publico no sentido lato do art. 207 ; 9

2°, que ella tenho lugar, com o escopo de oppôr-se à suo actividade emquanto cumpre os deveres do seu offlcio, ou de oppôr-se aquelles que pelo offlcial publico são chamados para prestarem-lhe assistência no desempenho de suas funcções.

Não ha resistência, entre nós, sem ordem legal de autoridade competente. Este principio resulta claramente do conceito da resistência contido no art. 124 do texto e ainda do art. 229 do Cod. Pen. que pune o executor de ordens illegaes e ao mesmo tempo define as ordens e requisições illegaes, conforme a seu tempo veremos.

Portanto, esse art. 229 assim como o 228 que pune também ao que expede ordem ou faz requisição illegal são os reguladores da applicação dos arts. 124 e 125 sabre a resistência.

Relativamente a este delicto de violência contra os órgãos do poder social, diz Pessina, quer na forma de constrangimento para fazer ou omittir qualquer acto, quer na forma de ultrage, violência ou ameaça â pessoa do offlcial publico ou feita *in officio,* ou feita *proptar nfflcium,* o novo cod. pen. ital. consagrou o principio da *resistência legal,* enunciando-o textualmente em vez de abandonal-o as incertezas da interpretação dos tribunaes.

A questão da resistência aos actos arbitrários e illegaes das pessoas revestidas do poder social dava lugar, no silencio do código francez e dos italianos anteriores a duas jurisprudências contrários entre si, uma propugnada pelos tribunaes francezes, isto é, que o arbítrio e a illegalidade dos orgfios da autoridade social não dão direito a resistência, mas somente a queixar-se da injustiça soffrida, e a outra

propugnada pelos tribunaes italianos, isto ê, que o depositário da autoridade ou da força publica, incorrendo em arbítrio ou violência, deve considerar-se como qualquer outro particular. * *m*

Já no direito romano continha-se a consagraçfio do direito de resistência ás illegalidàdes e aos actos arbitrários dos órgãos do poder. E os glosadores e tratadistas antigos de direito penal acolheram quasi todos este principio.

Mas elle foi também vigorosamente firmado no direito inglez ; e contra Hobbes, sustentador da opinião contraria, surgiram Loitre Algernon Sydney e Milton; assim que o principio da resistência legal tornou-se tradicional no meio do povo inglez. [a]

Em França a lei penal de 1791 exige para o crime de resistência a condição que o depositário da autoridade obre legalmente na esphera de suas funcções; e o mesmo preceito na lei napolitana de 1808 sobre crimes e penas.

O código francez, porém, de 1810 eliminou a condição firmada pelo código de 1791; pelo que os arestos da Corte de Cassação franceza interpretaram a eliminação da condição de *legalidade do praticado* pelo *poder social* no sentido da doutrina autoritária. Mas o principio da resistência legal foi acolhido no direito penal americano (código da Luiziania e código do Brazil). E na Allemanha o código de 1870 no art. 113 estabeleceu que para incriminar a resistência se exige que os executores de justiça se achem no legitimo exercício de suas funcções.

Muito bem, portanto, o novocod. ital., tanto a respeito do crime de violência ou resistência á autoridade (art. 192), quanto a respeito do delicto de ultrages e violências aos depositários da autoridade (art. 199), firmou o principio de que não se deveria applicar as normas rigorosas de punição, em homenagem ao direito de resistência legal, quando o individuo revestido de autoridade tenha dado caso aos factos violentos," aos ultrages, ás ameaças, excedendo com actos arbitrários, os limites de suas attribuições. [3]

23. Conforme as nossas leis, o direito de resistência em seus legítimos termos :

1.° Annulla a incriminação pelos factos em geral de que tratamos.

[1] Vid. Blanclie & Dutruc, OBR. CIT. 4º vol. pag. 81, ns. 46 e sega. Em contrario, Garraud, OBR. CIT. vol. 3° n. 380.

* Stephen, A. DIGEST ETC. CIT. pag. 159, art. 221.

[1] Pessina, II NOOVO COBICE PENALE CIT. art. 190, pag. 216; O mesmo, MANUALB CIT. Part. sec. § 149, pag. 157.

2.° O cod. pen. autorisn expressamente esse direito quando declara :

« Art. 35. Repular-ec-ha praticado *em defesa* própria ou de terceiro:

| S.° O crime com meti ido *em resistência a ordens*[1] *illegaes,* nfio sendo excedidos os meios Indispensáveis para impedir-ihes a execução.»

O recurso á outra autoridade pode bastar, mas quando for impossível, a defeso é legitima.

8.* O exame do facto é sobre a objectividade do acto e não sobre a subjectividade do agente que abusa ou excede-se.

4." Entretanto nos termos mesmos do art. 35 $ 2° cit. pode haver no caso nfio justificativa, mas simples attenuante conforme o cod. pen. quando diz :

« Art. 42. Sfioclrcumstanciasallenuantea:

« | 4.o Ter o delinquente commctldo o crime *nppondo-se \é execução de ordena illegaes.*

Aquelle caso (do art. 35 $ 2°) 6 uma espécie de *pendant* do art. 125 do cod. (a art. 82 do cod. do proc. crim.). Desde que o legislador autorisa o agente da autoridade a matar até aos que resistem ás ordens legaes, deveria ontoriâar, como autorisa, a *resistência* por parte do cidadfio as ordens illegaes. *

EfTcctivamente repele-se nas nossas leis :

« Art. 91. Si o réo resistir com armas, o executor fica autorisado a usar daquellas que entender necessárias para sua defesa e para repeli ir a aggressfio, o em tal conjunctura o ferimento ou *marte* do réo *é Jtíitijtcaoel,* provando-se que de outra maneira corria risco a existência do executor.» C. do Proc. art. 182; C. P. art. 125. »

(junudo redigimos em 1889 um ante-projecto da nova edicçfio offlcial do cod. crim. de 1830, neste ponto dissemos o seguinte :

Nfio substitui esta disposição,«art. 116 do cod. crim. anterior (art. 125 do cod. pen. vigente) pela do art. 182 do cod. doproc. crim., porque este ultimo cod. parece alludlr a um caso de crime justificável (cod. crim. art. 14, cod. pen. arte. 32 e 35), ao passo que o cod. crim. indubitavelmente allude ao caso de nfio criminalidade (cod. crim. art. 10 § 3º, cod. pen. art. 27 $ 5º); e tanto assim parece que no meu *linsaio de Direito Penal* (pag. 98) considerei como conceito legal da *violência* prevista no art. 10 § 3" (cod. pen. art. 27 S 5°) o dispositivo do art. 117, no ante-projecto, art. 115, (art. 125 do cod. pen.).

[1] Do autor : COD. PM. COUUKXTAM CIT. TOI. 1° pag. 37, n. 87, 2» rol. pag. 173, n. 127.

• Do autor : ENSAIO PB DIREITO PKNAL, Pernambuco, 1381, pag. 190.

* *Consolidação dag lei$ rtfercntet á* JUSTIÇA FBUCRAL, Imprens» Nacional, 1899, pag. 94.

Sob o regimen do cod. do proc. crim. a questão não teria effeitos práticos; mas, avista da lei n. 2033 de 20 de setembro de 1871, ort. 20, os casos do art. 10 do cod. crim. (cod. pen. art. 27), sCo do conhecimento e deeisâo do juiz formador dn culpa, ao posso que os crimes do ort. 14 (cod. pen. arts. 32 a 35) soo soda competência do Jury.

Nõo me julguei também autorisado a incluir no cod. crim. o art. 163 do cod. do proc. crim. que amplia a dispo-siçfio do art. 182, porque em todo caso as disposições pro-cessuaes citadas poderão ser applicadas, como melhor en-tendel-as a jurisprudência dos tribunaes nas espécies occur-rentes, sendo certo que o estado actual da legislação parece conciliar-se com a doutrina do Aviso n. 273 de 7 de julho de 1868. *

5.° Mas agora, como dissemos acima, o regulador deve ser o art. 229, 2ª parte, de cod. penal:

« Sflo ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade *incompetente,* as que são *destituídas* das solem - nidades externas necessárias para a sua validade, ou são *manifestamente* contrarias ás leis.»

Este art. 229, assim como o art. 228, relaciona-se sobre o questão da obediência hierarchica com o art. 28 de cujo conteúdo tratamos noutros livros. [a]

6.° Mas está subentendido que nenhum direito pôde assistir a quem quer que seja de obrigar um funecionario a praticar um acto, embora justo, porque a falta que dahi pôde advir será remediada de outro modo.

7.° Os actos illegaes e arbitrários da autoridade podem ser considerados, *non in ojficio,* porque actos violentos sahem da esphera de suas attribuições; ,e igualmente póde-se dizer que não são *prooter officiam,* porque não é acto próprio de autoridade aquelle que tem provocado a reacção, e mais próprio do homem particular o exceder-se em injurias e violências. [3]

Portanto, o conceito da resistência está subordinado naturalmente a certos princípios rigorosos.

Não ha resistência sem ordem legal de autoridade competente: art. 229.

Assim em vez de um crime, a resistência, nos termos do art. 35 § 2º, pôde ser o simples exercício de um direito.

No caso de excesso haverá crime, masattenuado conforme a circumstancia do art. 42 § 4º.

[1] Do autor : NOVA KDICLÃO OFFICIAL DO COD. CRIM. DO IMPÉRIO DO BRAZII. — *Ante — projecto et-*. Recife 1889 (inédito), art. 116, not. 18.

• Do autor: COD. PENAL GOMMENTADO ETO. Iº vol. pag. 326 n. 79 ; do mesnvi, DIREITO PENAL DO EXERCITO E ARMADA, Rio de Janeiro 1898 pag. 91 na. 34 e seguintes.

[1] Zanardelli, RELAZIONE II, pag. 40

O regulador, repetimos, 6 o art. 229, parte 2«.

Não ha também resistência na opposição á prisfio *em flagrante* effectuada por um *particular.*

Este principio irrecusável resulta da própria índole da resistência que presuppõe como extremo ou elemento constitutivo um acto de força dirigido contra a autoridade, seus agentes ou cidadãos chamados a prestar-lhes auxilio, na presença de official publico ou por elle acompanhados.

E' a solução geral da doutrina. *

O art. 126 que está neste capitulo do cod. desde que se referia a todos os outros capítulos do titulo antecedente o transportamos para ahi e já o commentámos (n. 17 *in fine).*

Dissemos algures: a *resistência* foi assumpto de censura que relaciona o respectivo artigo com outros.

A redacção do *projecto* (de 1893) art. 160 é a do cod. ant. art. 116 ; o art. 118 continha um conceito theoric_> impróprio e incabível aqui.

A *força* comprehende a *violência* e a *ameaça,* empre-' gadas por outros códigos. Nem ha uniformidade nessas expressões, o cod. francez e ode Mónaco empregam também os termos « *cias de facto* ».

Quanto á jurisprudência:

« A ordem de prisfio expedida sem as formalidades legaes ô inexequível e por isso a resistência opposta a sua execução não constitúe crime. Mas, no caso de *flagrante* delicto, *toda* opposição a ordem de prisfio contra o delinquente *importa* crime » : Acc. Relação *Ouro Preto — O Direito* vol. 9º pag. 333

A segunda parte é contra a doutrina, como vimos, sendo elemento da resistência a *eis* contra a *autoridade.*

No sentido da primeira parte e de ambas — *O Direito,* vol. 10 pags. 58 e 60.

« Não se dá o crime de resistência á ordem legal, desde que se não prova a existência de tal ordem»: Accs. Rei. *Porto Alegre* 1881 - *O Direito,* vol. 27, pag. 209.

Nos termos do art. 124 do cod. pen. para que a resistência se torne delictuosa não basta a opposição manifestada por violência ou ameaças: é elemento essencial do delicto que a ordem seja legal e emanada de autoridade competente. Quem resiste á uma ordem de prisão, dada em caso que a lei não permitte, não commette crime, exerce um direito»: *Decisão* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Trib. Civ. e Criminal — 25 julho 1896.

[1] Majno, COMMENTO CIT. Part. 1° pag. 565, n. 960 : Manduca, *apvd.* Cogliolo, OBR. CIT., vol. S» Part. K; pag. 1362.

« Commette crime de resistência quem se oppõc â execuçSo de uma ordem legal de autoridade competente »: *Idem idem,* 12 junho 1895. *

CAPITULO III

EVASÃO E **NAO** CUMPRIMENTO DG PENA

CÓDIGO

Art. 127. Tirar, ou tentar tirar, aquelle que estiver legalmente preso, da mão e poder da autoridade, de seus agentes e subalternos, ou <?e qualquer pessoa do povo, que o tenha prendido em flagrante, ou por estar oonuemnado por sentença :

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

Paragrapho único. Si para esse fim se empregar violência, ou ameaças, contra a pessoa :

Pena — de prisão cellular por um a quatro ao nos, Art. 128. Acommetter qualquer prisão com força e constranger os carcereiros, ou guardas, a facilitarem a fugida dos presos:

§ 1.° Si esta se verificar :

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.

g 2.° Si a fugida não se verificar :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

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

Pena — de p *isao cellular por um a quatro annos.

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

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

Art. 131. Consentir o carcereiro, ou pessoa a quem for confiada a guarda, ou aoonducção do preso, que este fuja :

Pena — de prisão cellular por um a três annos.

Art. 132. Deixal-o fugir por negligencia :

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

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

§ 2.° Fugindo, porem, os presos por effeito de violência contra o carcereiro ou guarda :

Pena — de prisão cellular por três mezes a um anno, além de outras em que incorrerem pela violência commettida.

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

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES *em mtutria* ortminu/, Capital Federal, 1896, pags. 36, 242 e 251.

COMMENTARIO

»4. No começo deste titulo já demos a razão porque neste capitulo mantivemos no projecto de 1897 as disposições do de 1893, preferindo estas ás do projecto de 1896.

O código no cap. IV deste titulo que encima os artigos do texto comprehende os crimes que os italianos chamão *violada custodia.*

O código é lacunoso e defeituoso neste cap. revisto e corrigido por todos os projectos posteriores.

O capitulo comprehende varias figuras que se assemelhão até certo ponto, sem que entretanto se deixem de differenciar sob outros aspectos.

Os códigos costumam approximar a *eoasão dos presos] da ruptura do banho;* o francez as separa, o nosso faz o mesmo, incluindo outras espécies.

O assumpto impõe distincções, acarretando consequências differentes, conforme se trata :

I°, de simples *detentos* : art. 127, 2* hypothese.

2°, de *condemnados* : art. 127, 3ª hypothese.

Também entre os arts. do código esse é o único onde elle se refere a presos de modo a distinguil-os.

Mas ainda é mister distinguir :

I°, si o preso se evade por st *só,* art. 132, §§ 1° e 2° ;

2°, ou mediante o auxilio *d'outras* pessoas : arts. 127 a 130;

3°, ou mediante o auxilio *dos que* o occultam;

4°, ou com auxilio de agentes do poder publico : arts. 131 e 132,1« parte.

A evasão pôde ser *simples* ou *qualificada,* conforme não haja ou haja violência : art. 127 § único ; arts. 128 a 130el32§§l°e2.°.

A falta de violência isenta da pena o preso, simples detento ou condemnado, porque o código não distingue, salvo a do delicto distincto e praticado como meio de evadir-se; ê a solução do código, art. 132 § 1°.

A ruptura do banho é sempre punivel. A razão é clara, o detido tem a seu favor o impulso natural da liberdade, mas o que viola a sentença que não é de privação de liberdade, não a cumpriria sem a ameaça de uma pena applicavel.

O código penal, entretanto, não os pune, tendo se esquecido de reproduzir neste capitulo o art. 54 do código criminal anterior, sem duvida por achar-se no antigo código em parte diversa.

A propósito e notando ainda outras lacunas, dissemos justificando o projecto de 1893 :

O capitulo sobre *a evasão de presos* foi additado com a matéria do art. 54 do código anterior e ligeiramente modificado.

No código actual nem figura aquelle artigo, ficando im pune a evasão do condemnndo com violências contra as cousas, nenhum accrescimo resultando para a pena. I Só se sujeitou a pena de violência contra o carcereiro ou guarda o simples *detento,* adoptando assim disposição do código da Baviera, elogiado pelo Dr. Thomaz Alves. * 9 E' uma simples modificação aos códigos revistos. I

Releva notar que o projecto quando se refere ao preso, comprehende o detento e o condemnado ; é a razão por que para evitar duvidas os arts. 178 e 179 se referem aos condemnados que o novo código não prevê na hypothese e o anterior no art. 54 punia com excessivo prolongamento de pena, aliás injustificável.

"

Deve-se notar que essa prorogação da pena só se pode applicar ás evasões violentas e o art. 54 além de não distinguir, refere-se á evasão da prisão, quando pode ser da mão dos guardas, de um vehiculo de conducção ou de outro logar que não seja prisão propriamente dita, mas um estádio da prisão ou detenção, p >r exemplo.

Si a autoridade, pela sociedade deve guardar com segurança seus condemnados, a fuga artificiosa não é punível ; porque o sentimento de liberdade, sendo quasi tão imperioso como o da conservação, por que punil-o f [a]

Poder-se-hia vêr como casos de ruptura de banho não neste capitulo, mas na parte *geral* as hypolheses do art. 51 e 52 do nosso código penal; mas não se pode considerar como caso de inobservância ou não cumprimento de pena a espécie do art. 400 do código penal.

Convém notar que não é um caso idêntico, ainda que não previsto pelo nosso Cod., o daquelle do condemnado que se ausenta do local onde trabalhava em campo aberto ou de um estabelecimento industrial, ele, porque ahi pune-se o abuso de confiança depositada no prófugo. Ml Em todos aqutlles casos, embora a isenção de pena do preso, os terceiros são sempre punidos, sejam *auxiliares* ou *receptadores.*

m Nós não temos *receptadores* desta espécie muito differente da que prevê o Cod Pen., art. 21 §§ 3º e 4º, conforme observa Blanche, sobre o cod. francez que contém ambas as espécies. " I

jse*. Os tratadistas nesta matéria reduzem todas as espécies deste cap. á *eximição,* ou *tirada,* á *evasão* ou *fuga* e á *effracção* do cárcere, ou *arrombamento de cadèa*.

» Thomaz Alves, ÀNNOTACÕES AO CODIOO CRIMINAL, 2º tora. pag. 372, . 126. * EXPOSIÇÃO DE MOTIVO» do projecto de 1893, **pag.** 11.

OCod. toscano considerava como um caso de rebelliSo, que elle denomina de resistência, o que intitula de *esimi-2'one,* isto é, o facto de livrar algúem pela forra da prisão effectuada pelos agentes do poder ou da força publica ; è justamente a figura da *tirada* qualificada prevista no art. 127 paragrapho único do nosso Cod. Pen.

E' uma espécie que em certas circumstancias dará lugar a duvidas na pratica, si deve ahi comprehender-se ou no art. 124, dependendo a soluçõo se é ou não resistência das condições particulares em que se realizar o facto criminoso.

Neste ponto ha duas questões a resolver.

A primeira é que só ha consumação destes crimes quando o evadido adquire a liberdade, subtrahindo-se de todoe inteiramente ao cárcere.

A outra questão é sobre a distincçfio jurídica a que alludimos entre evasão com violência e resistência, hypo-theses dos arts. 124 e 127 paragrapho único. Este paragrapho contém um caso de resistência sob o nome de evasão, mas justificável para as necessidades praticas que aconse-lhão reunir as espécies semelhantes pelos seus caracteres de c bjectividade.

Mas, rigorosamente, em theoria, ha no caso resistência .

Emquanto o preso está nas mãos dos agentes ou da policia para ser conduzido á prisõo e emprega a força para subtrahir-se a ella, ha *resistência,* art. 124, porque elle ainda não foi recolhido ao cárcere, mas esta é a hypothese do paragrapho único do art. 127 que está no Cod. sob a outra epigraphe de «tirada e fugida de presos do poder da justiça, ele. ».

A evasão só surge quando o individuo é recolhido ao cárcere e deste momento em diante foge elle dahi ou do poder dos guardas quando é conduzido para fora da prisão, ou de um tribunal e suas dependências, da sala de audiências, etc... isto continua a ser evasão.

Estas distineções têm o maior alcance pratico porque nos casos oceurrentes é de rigor resolver com exactidão si se trata de resistência ou evasão porque as penas respectivas dos arts. 124 e 127 são diflerentes n'um e n outro caso..

Em geral, chama-se *eximição* o facto de subtrahir á justiça uma *cousa* ou pessoa sobre a qual ella tivesse posto a mão e se achasse em uma caserna, albergue, em uma estação publica ou em casa particular, em qualquer logar, desde que tratando-se de pessoa não esteja dentro de um cárcere.

O nome de *eoasão* é dado ao debelo de quem foge ou faz-se fugir de um cárcere.

Distinguem, em&ra, denominando-a de *effracção,* aquella espécie de evasão que se commette rompendo uma parte externa ou interna do cárcere, cuja integridade é objecto do direito de todos os cidadãos, aos quaes interessa que seja seguro aquelle logar onde a maior parte das disposições penaes têm a sua sancção e efficacia pratica. Arrombado o cárcere, alarma m-se todos com o perigo que não só o evadido, mas outros presos podem sahir, tornando graves e difficeis as condições da segurança e defeza tanto publica, como privada. [7]

O nosso Cod. emprega as expressões *tirada* ou *fugida* de presos e *arrombamento* de *cadêas.*

A distincção entre a *resistência,* art. 124 e a *tirada,* art. 127, consiste n'uma circumstancia ou condição de tempo. Si a prisão está realisada ha a tirada ou *eximição,* si ainda não está, ha resistência.

A matéria deste capitulo suscita outras questões.

Assim com relação aos presos não comprehende, os que se acharem detidos por dividas civis ou em casos semelhantes, como v. g. de *detenção pessoal.*

A lei só se refere a factos penaes cuja impunidade acarreta um prejuizo social.

Depois, a fonte do código foi o nosso código anterior art. 54 que media a pena do evadido pela pena que se achava elle. cumprindo no momento da evasão.

Do mesmo modo ê assim interpretado o código italiano, fonte geral do nosso; sendo aliás esta mesma a doutrina geral dos autores, forçosamente porque seria impossivei calcular uma pena para quem não cumpre pena alguma. [9]

A mesma solução merece a questão de saber, si o que ô detido para ser extraditado pôde incorrer em taes crimes.

Os autores divergem inclinando-nos á opinião de Blanche contra a de Ferranti que aliás considera para interpretar o código italiano que este considerou até certo ponto o facto da extradicção como um negocio *judiciário.*

Ora, neste ponto o nosso código penal que refere-se apenas á extradicção no art. õ°, afastou-se absolutamente do systema do código italiano, aliás seguido aqui pelos projectos posteriores. Von Liszt segue a opinião affirmativa quanto aos prisioneiros de guerra, e negativa quanto á apprehensão feita por um particular. [3]

i Innaraorati, SIM *ãélitti eontrp* LWMMIMSTRAZIOXE DELIA GIUSTICIA, Roma, M^no^BR^Írr. Parte I, pag. 662, n. 1.115, arte. 226 e 227. Blanche & Dutruc, OBR. CIT., 4° TOI., pag. 238, n. 168

» Ferranti, *apud* Cogholo, OBR. CIT., vol. 2\ parte I A, pag. 128, n8 2 a 4: von Liszt, OBR. CIT., 2° vol., pag. 468 ; Blanche, *loo. cU.,* paga. 238 e 241, nt. 168 e 169.

■ Defendendo o nosso projecto de 1893, dissemos:

O titulo « da evasão e nâo cumprimento de pena » remodelado como foi e com as variantes que nelle figuram, não pode absolutamente ser outro.

A censura quando lembra a correcção é sempre infelicíssima.

As epigraphes semelhantes dos nossos códigos não comprehendíam as figuras—do não cumprimento depena — expressões estas mais precisas do que as do código por-tuguez —dos que não cumprem as condemnações—. Isto equivalerá a *tirada* e *fugida* de presos ?

Sim, pela cartilha velha, não pela nova

Isto não é *mero resultado* do delicio de evasão.

O não cumprimento da pena é que pôde ser resultado de tudo, fallando em geral, mas a evasão comprehende todas as outras figuras que a censura sem senso critico, nem pratico, quer caracterisar pelos meios diversíssimos que a evasão presuppõe. *

Ha uma lacuna no código italiano e nos nossos, graças á qual não é punível especialmente o facto de alguém consentir que o preso saia do cárcere abusivamente para qualquer fim, embora volte de novo a elle espontaneamente.

As autoridades ou os seus agentes, que para isso concorrerem poderão ser responsobilisados criminalmente, mas o facto não constitua crime especial.[2]

Quanto á jurisprudência sobre este capitulo: « Não constituo tentativa do crime do art. 123 do código criminal (cod. penal, art. 129) o simples facto de fornecer aos presos instrumentos necessários para o arrombamento. Não ha cumplicidade quando o facto principal escapa ú sancção penal.» Sentença no *Direito,* vol. 4°, pag. 275.

a Julgamento em que se condemna o réo ás penas da Iª parte do art. 125do código criminal (cod. pen., art. 131)| é nuilo desde que se tiver omittido, em conformidade com o libei lo, onde deixou ella de ser articulada, quesito sobre a circumstancia da *connivencia,* embora haja a affirmativa do jury sobre a *esperança de recompensa* por parte do réo como circumstancia aggravante que é». Acc. *Ouro Preto,* 1874. *O Direito,* vol. 6º, pag. 496.

«Tomar pessoa presa em *flagrante* delido do poder do official de justiça ou de qualquer pessoa do povo constitue a espécie do art. 121 do código criminal.

O art. 120 suppõe prisão effectuada em virtude de mandado de autoridade competente.» Acc., *Fortalesa,* 1876. *O Direito,* vol. 12, pag. 154.

[1] O PROJECTO DO COD. PB-V., ISTO.. pag. 51.

» Vide Majoo, OBR. CIT., 1» parte, art. 226.

Ambos os artigos correspondem ao 127 do código penal:

«Nfio é passível da penalidade do art. 121 do código criminal (código penal, art. 127) quem tira da mão e poder de qualquer pessoa do povo um individuo, preso illegal-mente, por não ter sido a sua prisão em *flagrante* e nem estar condemnado por sentença.

A simples voz de prisão nfio equivale á prisSo em flagrante, que não existe sem o termo (auto) do art. 132 do código de processo criminal.» Sentença no *Direito,* vol. 30, pag. 75.

« Não constituem os crimes definidos nos arts. 124 e 333 do código penal o facto de um escrivgo demittido não restituir ao jury a portaria que o demittira e por este fora exigida, nem também o da recusa de alguém entregara dita portaria, que o ex-escrivâo lhe confiara.» Acc. do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1893. *O Direito,* vol. 77, pag. 419.

CAPITULO IV

DESACATO E DESOBEDIÊNCIA.

CÓDIGO

Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou fuoccionario publico, em exercício de suas íuneções, oflendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida o â obediência hierarchi ca:

Pena — de prisão cellular por dous ou quatro mezes, além das mais em que incorrer.

Paragrapbo único. Si o desacato for praticado em sessão publica de camarás legislativas ou administrativas, de juizes ou tribunaes. de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição publica:

Pena — a mesma, com augmento da terça parte.

Art. 135. Desobedecer a autoridade publica em acto ou exercício de suas funccOes, deixar de cumprir suas ordens legaes, transgredir uma ordem ou provimento legal emanado de autoridade competente:

Pena — de prisão cellular por um ou três mezes.

Paragrapho único. Serão comprehendidos nesta disposição aquel-les que infringirem os preceitos probibitivos de editaea das autoridades e dos quaes tiverem conhecimento.

COMMENTARIO

se. Ocap. V deste titulo do código comprehende o desacato e desobediência previstos nos arts. 134,135 e seus paragrapbos do texto.

O *desacato* seja moral ou material inclue a violência.

São duas as suas formas jurídicas que se concretisfio no ultrage moral — *verbis* — ou no ultrage material — *injuria re facta.*

O desacato ou ultrage éa *injuria atrox* ou a *injuria realisvel in officio, vel propter officium.*

Os seus modos de externaçâo são a palavra, o gesto, a ameaça, ou qualquer outra violência.

Os factores de natureza de ordem geral são a offensa moral ou material infligida na presença mesmo da victima, individualidade singular ou collectiva ; o ultrage verbal ou physico tendo logar *propter officium,* ou por causa das funcções; a existência do nexo do facto comas suas funcções é o objectivo do delicto que deve integrar-se no attentado a honra ou á rectidão da autoridade, d'um funccionario publico ou d'uma pessoa legitimamente encarregada d'um serviço publico. *

No direito italiano esta forma de delinquir tem duas espécies.

Uma é a offensa, de qualquer modo feita, com palavras ou actos, á honra, á reputação ao decoro, de um membro do parlamento ou d'um *o/Jicial publico,* desde que se pratique o facto em sua presença e por causa das suas funcções *(in-officio, et propter officium).*

A outra espécie é a de oflender por palavras ou actos, de qualquer modo a honra, a reputação, o decoro d'um corpo judiciário, politico ou administrativo na sua presença ou de um magistrado em audiência.

O nosso código, art. 134, além de usnr d'uma nhraseologia muito pobre no caso, fundiu as duas espécies n'uma só ; ou antes, considerou uma como aggravante da outra, caracterisando-as tão mal que é difflcil saber si o facto que ella aggrava no paragrapho único está comprehendido na primeira parte do artigo.

Assim, por exemplo, é aggravado o desacato feito em sessões publicas de *camarás legislativas,* mas o artigo não se refere absolutamente a *deputado* e somente a qualquer *autoridade ou funccionario publico,* entre os quaes não se pôde comprehender o deputado ou senador.

Uma norma commum a ambas as espécies de ultrage, diz Pessina, seja contra pessoas individuaes, seja contra pessoas collectivas, é que mio é admittida a prova da verdade, nem da notoriedade dos factos ou das qualidades attribuidas á pessoa offendida ; porque uma cousa é discutir a conducta do homem ou do funccionario publico em homenagem ao principio da responsabilidade moral dos

< Manduca, *apuã* Cogliolo c/f., 2° vol. Part. II, pg. 1380; Garraud, oriR. CIT., 3° vol., pg. 545.

órgãos do poder, mas outra cousa é o *ultrage pessoal,* que na hypothese prevista pela lei constitue um ultrage á autoridade do Estado. *

Esta doutrina adapta-se perfeitamente á nossa lei, não sopeias razões em que se funda, como também porque o nosso código, art. 134, calcado sobre o italiano, que lhe serviu de fonte, silencia, além de que a disposição do art. 318 sobre a Injuria ediffamação simples, restringe muito, mesmo a respeito destas, a *exceptio veriúatis* e a *famigerada* notoriedade dos factos, parecendo-nos irrecusável tal solução.

SI o desacatado tiver dado causa ao facto excedendo por actos arbitrários os limites de suas atribuições, *quid júris* *t*

\

O nosso código silencia também neste ponto, mas a sua fonte foi o italiano, que em tal caso não admitte desacato.

A'cerca da resistência já vimos também que quando a ordem exequenda é illegal surge o direito de resistência legal por parte do cidadõo supposto resistente, como um dos casos expressos de defesa legitima no art. 35 § 2º (ns. 22 e 23).

Por analogia é a solução que damos e nem é uma objecção a disposiçõo do art. 1º, 2ª parte do código, porque o que veda é que por tal processo ou por paridade se interprete por extensão para qualificar crime ou applicar-lhe pena.

« Commette os crimes dos arts. 134 e 211 § 1 do código penal o empregado publico que abandona o emprego em *desrespeito* ás ordens legaes de seus superiores.» Accordao do Supremo Tribunal Federal de 18 de março de 1896. [2]

Esse aresto parece referjr-se ao art. 135, da *desobediência* e não ao art. 134, que prevê o *desacato,* pois que diz, cujas ordens desobedeceu, mesmo porque o desacato presuppõe a *presença* do desacatado, o que não se verificou.

Quanto ao mérito da decisSo, não conhecendo os factos da causa, entretanto parece-nos muito duvidoso no caso o *cancursus realis* da lalta de exacção com a desobediência, que a proceder teria o effeito de applicar-se-lhe a pena mais grave no máximo de um dos dous factos puniveis, conforme o art. 66 § 3° do código.

« As sentenças devem mencionar de um modo bem expressivo quaes as palavras ou fectos que constituem o desacato. E' nulla a sentença que se limitou a declarar ter o réo desacatado a autoridade, sem mencionar em que consistiu esse desacato.

[1] Pesaina, ***Manuale cit.*** **Part. sec. § 148, pag. 156. ***
0 Direito, **vol. 70, pag. 75.**

Não tem applicaçSo o delicto de desacato quando o conflieto entre o funccionario e o aggressor teve origem *non contemplatione offlcii*, mas por um motivo particular.

Para existir o delicto de desacato é necessária a presença do funccionario desacatado, constituindo injurias as palavras offensivas dirigidas em sua ausência » : *Decisão* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 18 de março de 1896. *

»y. O código no art. 135 refere-se á *desobediência.*

A desobediência é uma espécie disforme da antecedente; é a resistência *passiva,* inerte, quando os crimes deste titulo se caracterisam ao contrario, principalmente pela força, *vis.*

Está claro não só que a disposição apenas comprehende com a sua respectiva penalidade o lacto que não estiver previsto em lei com a correspondente comminaçSo, como também que as ordens, provimentos legaes, prohibições, etc, emanados da autoridade para serem obedecidos devem estar de accordo com a lei.

Do contrario assistiria ao cidadão o direito de desobedecer que ê uma de suas garantias declaradas nn Constituição Federal art. 72 § I°, que « ninguém pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, sinão em virtude de lei».

A fonte do nosso código aqui foi o anterior e o vigente portuguez, art. 188, § I°, que reproduziu em parte o anterior de 1852 que teve também como fonte o nosso de 1830.

Attribue-se como fonte primitiva de todos, segundo Silva Ferrão, o código da Baviera, que diz :

« Art. 318. Todo depositário da autoridade terá o direito, para a manutenção do respeito que lhe é devido, de infligir a todo *recalcitrante, um ou dous dias* de prisão, sem prejuízo das penas previstas no art. 316 contra a rebelliâo ou resistência.»

Esta disposição, lê-se no commentario official, era necessária, por um lado para dar aos representantes da autoridade o meio de manter o respeito que lhes é devido por medidas immediatas, e por outro lado, para prevenir, fixando-lhe um limite, os abusos desta detenção discricionária. [2]

Vê-se que se trata de um poder discricionário, embora em escassos limites, mas que não se coaduna com o nosso direito.

[1] Viveiros de Castro, *Sentenças e decisões oits.,* pags. 23 e 98. * Silva Ferrão, OBR. CIT., TOI. 5°, pag. 53, art. 188; Vatel, CODR PENAL *áu royavme de Bavière,* Paris, 1852, pag. 211, ar». 318, not. 1.

Também um preceito semelhante ao do nosso código figura no argentino, art. 237, cuja fonte deve ter sido algum código hespanhol. * •

E neste ultimo, comprehendendo também outros factos, figura a desobediência grave no art. 265, sobre cuja disposição diz um de seus commentadores :

três sfio os artigus que com prebende este capitulo, e difficilmente os houvera redigido com mais clareza e rigor o partidário acérrimo de um systema em que em todas as partes se deacubrisse a mão do governo. Não só se castigam os verdadeiros attentados, como sfio empregar armas contra a autoridade, como os que resistem aos seus preceitos e *desobedece-os. E* não pôde ser de outro modo. Autoridade discutido, 6 autoridade morta; o sem prejuízo de reclamar! contra ella em seu tempo e-lugar, não na mais que acatal-a quando manda, porque de outra maneira seu prestigio e sua missflo desapparecem. Não o dizemos nós outros, di-zem-no esses artigos redigidos pelas cortes constituintes mais democráticas que se tem conhecido e o praticamos Governos mais populares que teem existido.

A sciencia e a verdade abrem caminho pelo meio das escolas mais dissolventes. No momento que se trata de garantir a paz e dar respiro a um palz, victima das convulsões mais horríveis, os primeiros que se abraçam ás boas doutrinas são os mesmos que antes acreditavam que ao anti-moral governo se devia negar até o direito de defender-se.

Si tivéssemos redigido esses três artigos (arts. 263 a 265), talvez tivéssemos estabelecido algumas dislincções. Não é o mesmo desobedecer a um juiz ou a um governador, que resistir-se a um agente de policia que não tem a mesma educação, nem manda como aquelles podem executal-o. Desde porém que a lei os iguala a todos e os considera com a mesma representação no exercício de seus cargos, não seremos nós outros que censuremos esta rigidez. O que ha a fazer é pôr em pratica o código; mas receiamos que esta ô uma illusão como muitas outras que teem homens de boa vontade, mas que tiveram o dom de governar. -

Esta opinião tão enthusiasta, quanto autoritária, não cala em nosso espirito.

O art. 135, I[a] parte do nosso código applicado criteriosamente é justificável.

Mas o mesmo já nôo acontecerá com o seu paragrapho único, correspondente ao art. 188 § 1° do código portuguez, pelo seu rigor n'um palz de analphabetos que não lêem jor-

' Malagarriga, CODIOO PENAL, HTC. BuMins Aire*, 1896, art. 217, pag. 231. »
Uoiunlez y Serram *anud* Pachocu, oim. <:rr. Ap;>., pag. 197, art. 265.

naes e menos cartazes com editaes affixados onde quer que seja.

«A expressão *autoridade publica* empregada no art. 135 do código penal traduz apenas o conceito de um poder relacionado à uma maneira de dizerem determinadas circumstan-cias e sem importar distincção entre a autoridade propriamente dita e seus agentes: e assim, attentas, demais,as attribuições conferidas pela lei aos *Inspectores seccionaes,* teem estes o caracter de *autoridades publicas.*

« Quando, prrtanto, occorrerem contra esses funccionarios todos os elementos do crime de *desobediência,* pode declarar-se o accusado incurso nas penas do art. 135 do código penal. » Accordão do Tribunal Civil e Criminal de 16 de maio de 1896. *

Ver também o aresto citado no n. 26 *in fine,* quando tratamos do» desacato.

Consignaremos a jurisprudência applicavel ao código vigente, quando a sua fonte tiver sido o código criminal anterior devidamente interpretado pelos tribunaes.

Não desobedece à primeira autoridade da província quem de boa fé procura esclarecel-a antes de dar cumprimento ás ordens recebidas ». Accordão da RelaçSo da *Fortaleza* de 16 de maio 1874. [2]

«Para existir o delicto de desobediência, é necessário que o accusado deixe de cumprir uma ordem legal de autoridade competente.

O delicto de desobediência deixa de existir quando o funccionario publico provocou o facto excedendo por actos arbitrários os limites de suas attribuições» : *Decisão* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 27 fevereiro de 189J. [3]

« E' provido o recurso interposto do despacho que pronunciou o recorrente como incurso no art. 135 do código penal (desobediência), pelo facto de não ter, como administrador do Correio, satisfeito uma requisição do juiz seccional, para apresentação de livros e papeis do serviço eleitoral, atim de serem examinados.

O recorrente, si não incidiu em crime de responsabilidade, não podia responder pelo de desobediência, porque não ha relação de subordinação entre o recorrente e o juiz que se deu por desobedecido, sem ter o direito de dar ordens, na espécie dos autos. » Accordão do Supremo Tribunal Federal de 15 de junho de 1898. [4]

i REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA CIT., vol. 4º de 1898, pag. 10S.
» O DIREITO, w>1. 10, pag. 356.
' DECISÕRI B SENTENÇAS OIT., pags. 24 e 76.
* JottispR. CIT. Armo 18Já, pag. 60. n. 63.

CAPITULO V

DA ASSOCIAÇÃO PARA DEL1NQUIR

PROJECTO DE 1899

Art. 160. Associarem-se três ou mais pessoas para commettar crime:

Pena: prisão com trabalho por um a três anãos, a cada uma delias.

I. SI alguns ou todos os associados percorrerem os campos, ou caminhos públicos, armados, ou tiverem armas em deposito commnm:

Pena: prisão com trabalho por dezeseis mezes a quatro annos.

II. Si a associação tiver promotores ou chefes, a pena será, para estos, de prisão com trabalho por dous a seis annos no caso da primeira parte deste artigo, e por três a nove annos no caso do numero antecedente.

Paragrapho único. A's penas comminadas neste artigo será sempre annexada a sujeição á vigilância especial da policia.

Art. 151. Será punido como cúmplice todo aquelle que a estas associações ou a qualquer membro delias ministrar alimento, munição, arma. Instrumento, guarida, ou lugar pira a reunião.

Paragrapho único. Picará isento da pena aquelle que fornecer alimento, ou der guarida a algum dos delinquentes, uma vez que snja seu ascendente ou descendente, quer consanguíneo, quer afflm, cônjuge, irmão, tio, sobrinho, tutor, pupillo ou cunhado durante o cunhadio.

COMMEIàTARIO

»s. Preferimos para texto, no silencio do código o projecto approvado em 1899 na camará dos deputados e remettido ao senado, onde pende de estudo, não obstante divergir dos de 1893 e 1897, arts. 137 a 169 e deste ultimo até na epigraphe que havíamos corrigido para « associação *para delinquir,»* que ô mais comprehensivado que a de associação de malfeitores» do projecto primitivo, repetida pelo de 1896 e afinal mantida.

Justificando o projecto de 1893 dizíamos:

Uma lacuna séria nos nossos códigos e mesmo em muitos outros de paizes onde se tem provido no caso com leis especiaes, o projecto preencheu com os arts. 182 a 184 sobre as associações de malfeitores.

O projecto teve como fonte o código italiano, arts. 248 a 251 e o portuguez, art. 263, cujas disposições o projecto simplificou diminuindo as penas, que naquelles são mais severas. *

A espécie figura nos códigos, desde o francez, art. 265, até os que serviram de fonte próxima ao projecto, inclusive o belga, art. 322 e o hollandez, art. 140.

I EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO projecto de 1893, pg. 11.

Si se acceitar a theoria da *receptação* sob a forma do *asylo* (art. 21 § 4°); e a da *aggraoação* da pena pelo simples facto da *pluralidade* de delinquentes (art. 39 § 13), é de rigor acceitar aquella outra forma, porque a génese de todos esses institutos é idêntica e si se pune o asylo e o *«ajuste* entre dous ou mais indivíduos » que são o menos, deve ser punida a associaçfio, que é o mais.

A lei, do mesmo modo que pune a *conjuração* (conspi ração) a *mendicidade* e a *vadiagem,* pune a associação para dennquir. * . Ei

O art-. 140 do código hollandez alargou mais o sentido da disposição dos projectos que lhe serviram de fonte para comprehender quaesquer factos além dos relativos á segurança da pessoaedos bens. [2]

O código italiano desenvolveu esse svstema, que o projecto de 1893 perfilhou. [3]

Na defesa deste projecto externamos argumentos de que aqui também nos valeremos.

A duvida neste ponto nfio ê mais possível hoje depois da completa encyclopedia de Scipio Sighele sobre a *pluralidade* de delinquentes, desde o *par criminoso* até *(\ multidão criminosa,* passando pelas associações para delinquir, inclusive os terríveis organismos da *rnaffia* e da *camorra* italianas, a *mão negra* hespanhola, os *bandos* parisienses *(souteneurs et rodeurs)* etc... *

I O núcleo das novas disposições do projecto e que são mais ou menos as do texto estava na aggravante do *ajuste* desde o código criminal anterior, art. 16 § 17, que era uma das originalidades do mesmo código, tão mal interpretada na nossa jurisprudência por falta de senso jurídico mais desenvolvido.

Scipio Sighele accusava ha algum tempo a *falta de lei e de theoria* sobre a espécie psychologico, quando desde 1884 encarecíamos nós o mérito do código brazileiro de 1830 neste ponto.

Tentamos essa justa reivindicação, apezar de lhe attribuirmos toda a gloria da construcçSo quasi completa da theoria respectiva. [B]

[1] Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 5°. pg. 346.

• Swinderen, ESQUISBE DU DROIT PENAL ACTUEI, *dans Le* Pays — lias et à VEtrangtr,* Groningue, 1891-94, vol. 3° pag. 125.

[1] Vid. Maino, OBR.. CIT Part. I, pag. 703.

• Scipio Sighele, LA FOULE CRIMINBLLE, Paris, 1892, LA COPPIA CRIMINALE, Torino, 1893, LA TEÓRICA POSITIVA DELLA COMPUCITÁ, Torino, 1834.

• Do autor: *A co-pluralidade de delinquentes* na REVISTA ACADÉMICA. Recife, An. VI, 1896, pag. 19. E" o estudo da questão a que aliado e me-| receu a benévola citação da parte de Alimena : *Jklflmputabilità,* Torino, 1899, vol. 3», pag. 689.

Accrescenla vamos em resposta á critica alludida:

Mas as velieidades de críticos phantasistas e superfl-claes devem nos reduzir a um bando de *carneiros de Pa-\ nurgio* para só adoptar dos outros as velharias próprias dos museus de archeologta jurídica.

0 que o illustre censor nfio apprehendeu é que para evitar duvidas na pratica ê que a epigraphe dos artigos sobre o fecundo Instituto se deve afastar do código francez, para generalisal-a mais, como fizeram os códigos belga, hollandez e Italiano, declarando-se em vez de — associação de malfeitores — associação para delinquir —'o que ô mais comprehenslvo, porque abrangerá o associado que nfio for ainda um *malfeitor* no momento de formar-se a associação. *

Nfio vale a pena contestar os contraproducentes argumentos do illustre censor neste ponto, porque constituem um circulo vicioso, isto é, negam os extremos das espécies respectivas, o que equivale o nfio se fazer fogo por 99 razões, sendo a *primeira* a de nfio ter pólvora. *

Numa palavra, em geral taes cssoclações constituem mesmo por si sós um facto criminoso especial e nfio sfio mais do que toda a reunião ou antes o facto de se concertarem diversos individuos, organisando-se hlerarchicamente ou nfio, com chefes ou nfio, para commetter crimes *in genere* e nfio certo e determinado crime, facto previsto este pelas normas gerats do código sobre *co-autoria, compacidade e ajuste.*

Aqui o facto nfio ô nem coparticipação criminosa, nem oggrovante em qualquer espécie, é. o facto da associação *per se,* que o art. 150, I[a] parte do texto pune quando o associarem-se três ou mais pessoas para commetter crime ».

Antes mesmo de haver praticado qualquer acto, a associação é criminosa e incorre em pena pelo facto único de se haver constituído para taes fins sinistros

Para surprender, portanto, diz Carrara, esta figura delictuosa, se exige o concurso de cinco ou mais pessoas (o nosso texto exige apenas três) e o objectivo de delinquir, ainda que tal objectivo nfio seja determinado.

Essa é a figura principal contida na norma geral do art. 150, principio.

O n. 1 do mesmo artigo prevê uma aggravante : « Si algum ou todos os associados percorrerem os campos, ou caminhos públicos armados ou tiverem armas em deposito commum .»

[1] Garraud, OBR. OIT., 4[O] vol., pag. 80.

[1] REVISTA ACADÉMICA, Kecife, An. IV. 1894, pag. 187.

SI um ou mais dos associados teem armas e o outro ou os outros não as teem, estes nltimos devem saber ou conhecer tal circumstancia material, do contrario ella não poderá prejudical-os.

A outra aggravante do n. lido art 150 ô a dos promotores ou chefes e contra estes.

A associação pode ler ou deixar de ler um ou mais chefes. Ha ainda a respeito destes o concurso das duas mencionadas aggravantes para elevara pena.

O paragrapho único prevê a pena accessoria da vigilância especial da policia.

O art. 151 contém um caso de complicidade constituído pelos factos de auxilio que enumera

O paragrapho único estabelece a isenção da pena a favor daquellas pessoas conjunctas do réo que se acharem no gráo de parentesco taxativamente determinado.

A fonte dos arts. foi o código italiano. *

Entretanto seja-nos licito consignar aqui que os projectos de 1893 e 1897 avantajam-se neste ponto ao de 1899, cujo texto acabamos de analysar, porque :

1.° A definição do art. 15') nem inclue a condição essencial de punibilidade, «só pelo facto da associação», parecendo que se trata de um caso de coparticipação commum ou geral e ainda mais porque se falia de commetter crime e não crimes no plural.

« Abri *qualquer* código ou trat8do de direito penal, diz Sighele, e achareis que a *associação de delinquentes,* quando seja composta de um certo numero de pessoas e tenha por escopo commetter uma serie de delictosé considerada não só como circumstancia aggravante, como também « como crime *por si só independentemente* do facto que os delidos ideados por seus membros tenham sido ou não tenham sido commettidos». *

Alias a circumstancia é salientada nos códigos por-tuguez e hollandez e mais ainda no belga e italiano.

2.° Porque os projectos consignaram penas mais severas, attenta a gravidade do facto.

3.° Porque os projectos consideravam o facto da associação como uma aggravante para os crimes commettidos pelos seus membros e uma aggravante especial coordenada com o crime, o que não é efficazmente supprido pela aggravante geral do *ajuste,* como a que é prevista no código, art. 39 §13.

[1] Vi d. Carrars, COMMKNTO CIT., pag. 158, arls. 248 a 251-

[1] Sei pio Sighele, LA TEÓRICA POSITIVA DELLA COUPLICITÃ CIT., pag. 3.

TÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA O LIVRB GOZO OU EXERCÍCIO DOS DIREITOS IND1VIDUAES

CAPITULO I

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

I CÓDIGO

Art. 179. Persegui* alguém por motivo religioso ou politico :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes, além das mais em que possa incorrer.

Art. 180. Privar alguém Ue sua liberdade pessoal, jã impelindo de fazer o que a lei parmitte, já obrigando a fazer o que ella não manda :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho único. Si para esse fim empregar violência, ou ameaças :

Pena — a mesma, com augmento da terça parte, além das mais em que incorrer pelos actos de violência.

Avt. 181. Privar alguma pessoa da sua liber lade, retendo-a por si ou por outrem, em cárcere privado, ou conservando-a em sequestro por tempo menor de 24 horas :

Pena — do prisão cellular por dous mezes a um anno.

§ 1." Si a retenção exceder desse prazo : H Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2." Si o criminoso commettero crime simulando ser autoridade publica, ou usando de violência :

Pena — a mesma, com augmento da terça parte.

Art. 182. Causar á pessoa retenda, ou sequestrada, mãos tratos, em razão do lugar e da natureza da detenção, ou qualquer tortura corporal :

Pena — de prisão cellular pir um a três annos.

Art, 183. Si aquelle que commetter o crime de cárcere privado não mostrar que restituiu o paciente ã liberdade, ou não indicar o seu paradeiro : I Pena — de prisão cellular por dous a doze annos.

Art, 184. Frometter, ou protestar, por escripto assignado, ou anonymo, ou verbalmente, fazer a alguém um mal que constitua crime, impondo, ou não, qualquer condição ou ordem :

Pena — de prisão cellular por um ou a três mezes.

Paragrapho único. Si o crime fôr co-nmettido contra corporação, a pena será applicada com augmento da terça parte.

Art. 289. Tirar, ou mandar tirar, infante menor de sete annos da casa paterna, collegio, asylo, hospital, do logar emtim em que é domiciliado, empregando violência ou qualquer meio de seducção :

Pena — de prisão cellular por uni a quatro annos.

Paragrapho único. Si o menor tiver mais de sete, porém, menos de 14 annos :

Pena — de prisão cellular por um a três annos.

Art. 290. Sonegar, ou substituir, infante menor de sete annos :

Pena — de prisão cellular por um ou quatro annos.

Paragrapho único. Em igual pena incorrerá o encarregado da criação e educação do menor, que deixar sem causa justificada de ápresental-o, quando exigido, a quem tenha o direito de reclamai-o.

Art. 291. Aquelle que, tendo commettido qualquer dos crimes supra indicados, não restituir o menor, soffrerã a pena de prisão cellular por dous a 12 annos.

COMMENTARIO

S9. A. numeração deste titulo não corresponde á do código penal, que é o 4°, porque elle intercalou entre este e o anterior o dos crimes que elle chama contra a *tranquillidade publica* (incolumidade).

Relatando o projecto de 1893, notámos que o código aceumulara mal em um titulo matéria pertinente a três títulos diversqs.

A matéria deste titulo IX do código penal excede em parte de sua própria epigraphe; revendo-a, reconheceu-se no projecto que ella deve ser distribuída por três títulos differentes, sendo de notar que, si o código anterior não está isento de censura na parte a este correspondente, é certo que o novo aggravou o defeito desde que ampliou e additou a mesma matéria, accumulando elementos inteiramente heterogéneos.

Assim, propriamente neste titulo, só podem ficar comprehendidos os capítulos relativos á *bigamia, casamento contra a lei, e suppressão, troca e supposição de estado* que constituem factos contrários aos bons costumes c a ordem na família.

Pífio é posivel absolutamente no mesmo titulo incluir la *subtracção de menores,* que, si remotamente, si se quizer, poderá offender o seu estado civil, offende immediata e prinprincipalmente a sua *liberdade* individual e ê em geral um j facto contra a liberdade, sendo este o titulo e aquelle o subtitulo em que podem ser enquadradas as disposições relativas ao objecto de que se trata.

Também excedem de muito a comprehensão do titulo IX do novo código os factos de *abandono de menores* e de pessoas *doentes* e em *perigo* por identidade de razoo.

Trala-se de factos que só podem ser classitiicados no titulo dos crimes *contra a pessoa.*

Isto pelo que toca simplesmente á classificação. [1]

E* por isso que no texto deste figuram os arts. 289 a 291 logo depois do art. 184, porque a matéria de todos é a mesma.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS *do projecto de* 1893, pag. 18.

Também o capitulo não corresponde na numeração porque elle incluiu no 1° deste titulo os crimes chamados] eleitoraes, de que já tratámos no titulo I°.

Os projectos posteriores tiveram o código vigente como fonte, mas melhorada pela fonte commum principal, o código italiano.

As differenças serão notadas pela comparação e explicação do texto do código com os trabalhos preparatórios da revisão delle.

Trata-se aqui neste titulo dos crimes chamados *contra a liberdade,* em geral, sob todos os seus aspectos e relações, menos o politico de que já nos oceupámos, conforme classificação que reputámos preferivel.

No primitivo projecto de 1893 justificando a redacção deste mesmo titulo, cuja epigraphe aliás ê a mesma do código, porque se coadunava com expressões já usadas no nosso direito, dissemos :

Todo este titulo foi compilado do novo código penal, evitando-se, porém, minudencias escusadas e eliminando-se algumas das disposições processuaes, oriundas do código de 1830, que lhe serviu de fonte, e como se sabe foi publicado na falta do código do processo, que só appareceu em 1882.

Entretanto, fez-se nelle correcções, tendo em vista o código anterior e o italiano, que lhe serviram de fontes e preenchendo lacunas, como a da falta de disposição para o *plagio* e outros attentados contra a liberdade, que o novo código considera sob o ponto de vista muito estreito editando penas irrisórias, salva a aggravação do art. 18'S, cuja criminalidade correspondente dificilmente a tornará uma realidade com a punição. *

Sobre a classificação geral das matérias deste titulo aqui mesmo, poder-se-hia duvidar, si comprehendendo as respectivas disposições a saneção penais favor de direitos garantidos por declaração da Constituição Federal, não seria mais própria a collocação delias no titulo dos crimes *políticos,* concernentes á segurança interior do Estado.

Mas a objecção não colhe, porque não só não se trata de factos de *leso-govemo,* contrários immediatamente á causa publica, como também porque, as disposições não affectam o j cidadão *tanquam talis,* mas o *homem,* o individuo, *estrangeiro* mesmo, cujos direitos a Constituição Federal garante quasi tão plenamente como as do *nacional,* uma vez que *habitem* o nesso território.

São direitos naturaes, que a lei garante: a liberdade pessoal, de consciência e culto, a inviolabilidade de correspondência e de domicilio e a liberdade de trabalho.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS *do projecto* de 1893, pag. 11.

E como muitos desses ataques a esses direitos e liberdades são abusivamente commettidos por fuuccionarios públicos, os projectos posteriores ao código prevêem isso mesmo para aggravar as penas correspondentes; o que não fez o código penal neste titulo, si não limitadamente, omittindo a sancção, nestes casos, dos direitos garantidos pela Constituição Federal contra os factos attentatorios da liberdade em geral.

Feitas essas observações a matéria geral do titulo, passemos á do capitulo que comprehende os artigos do texto do código.

30. Um modo *geral* de attentar contra a liberdade individual é o de usar ou empregar aquella *violência,* seja *physica* ou *moral,* que os juristas chamam *particular* ou *privada,* a qual constituo um delicto *per se* e com o qual ou por meio do qual se constrange alguém a */aser, omittir* ou *soffrer* que outrus facão qualquer cousa, a realização ou omissão da qual não represente ou constitua uma violação especial da lei e não seja um crime mais grave.

A pena varia de importância, conforme o intento seja ou não attingido e conforme as violências ou ameaças tenham sido praticadas por meios mais ou menos perigosos.

E' a chamada *ameaça coercitiva.*

E' a sancção mal formulada, por limitada, do texto do art. 180 do código penal e que dá effectividade a um axioma inscripto na Constituição Federal, quando consigna na — rfc-*claroção de direitos:*

« Art. 72. A Constituição assegura a brazileiros *e a estrangeiros residentes no pais* a inviolabilidade dos direitos concernentes á *liberdade,* a segurança individual e á propriedade , nos termos seguintes :

« § 1.° *Ninguém* pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa *senão* em virtude de lei.»

O art. 179 contém uma disposição que caberia melhor no capitulo seguinte, mas aliás é supérflua, porque a formula 6 vaga e o lim que visa já está prevenido n'outras disposições relativas aos crimes *politicas,* ou *contra a ordem publica,* por exemplo, os dos arts. 119 e 165, ajuntamento illicito e coacção do voto; assim como aos contrários á liberdade em geral neste titulo. O código penal omittiu aqui a disposição do art. 179 do código penal de 183), sobre a reducção de pessoa livre á escravidão, a que já alludimos referindo-nos, com as palavras da respectiva *exposição de motivos* ao projecto de 1893, art. 185, que restabeleceu essa figura de crime.

A Corte de Appellação da Capital Federal, ouvida sobre o projecto, disse nesse ponto pelo órgão de sua illustre com-

mÍ8sfio e pranteado relator Desembargador António de Souza Martins:

« Nflo ha razflo de ser para o disposto neste art. 185 — reduzir alguém a escravidão — não só por haver a lei n. 3.353, de 13 da maio de 1888 declarado extincta a escravidão no Brazil, como porque a genérica disposição do art. 188 do projecto comprehende o que naquelle se quiz exprimir.» *i I

Referindo-nos oo assumpto e a outros deste capitulo contra o projecto de 1896, defendendo oquelle e mantendo a questionada disposição no substitutivo tle 1897, dissemos:

A nflo ser quanto ás penalidades, nflo ha alterações quasi no primeiro capitulo deste titulo.

Mas, convém notar, é Impróprio delle a figura do art. 154 repetida no art. 339 da nova redacçfio e em contradicção com a do art. 153.

Sem razflo também supprimiu-se do projecto a figura do *plagio,* conforme ja havia opinado a Corte de Appellaçflo desta Capital.

O art. 186 do projecto primitivo nflo suppre a falta do art. 185; a provado contrario está nos arts. 146e 145 do Código italiano.

Neste código, assim como em muitos de primeira ordem, figura *o plagio*; bastando citar o allemfio, art. 234; húngaro, art. 324; hollandez, art. 278; portuguez, art. 328; e assim, o austríaco, sueco, norueguense e outros citados nas obras de legislação comparada. -

A' vista do exposto, só se reproduz no substitutivo o projecto primitivo, porque este consagra a detenção e em alguns casos abaixa muito o mínimo da pena para melhor gradual-a. [s]

E os citados códigos europeus modernos que conteem tal disposição e as leis como as nossas, repressivas do *trafico de escravos* ainda nflo destinados ao nosso paiz ? ■ O *plagio* continua a ser crime.

Si o *trafico* de escravos, do mesmo modo que a *pirataria,* por sua monstruosidade de attentados contra o género humano deve ser punido por todas as nações civilisadas, com maioria de razflo se deve punir o crime de que é objecto a eondição livre do habitante do paiz, reduzido á escravidão ou condição análoga.

Sobre a disposição parallela do Código italiano diz Pessina, que a norma veiu completar as determinações do respectivo Código da marinha mercante (arts. 335 e 446) sobre o trafico de escravos.

[1] PARECERES SOBRE O PROJECTO DE 1893, *Camará doa Deputados,* Imprensa Nacional, 1895, pag. 4.

[a] Swinderen, OBR. CIT. *2″* vol. pag. 135.

['] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, ETC, de 1897, pag. 9.

afiiLiaàtig^tfy&M^

Desde a abolição da escravidão que montemos a opinião que aqui sustentamos. I Assim, justificando o *ante-projecto* de 1889, dizíamos:

«Suppnmi noart. 179 do código (crim. de 1830), a que corresponde o art. 186 do texto (do ante-projecto) os palavras — que se acharem de *posse* de sua *liberdade* — e ainda o qualificativo *injusto* diante da lei n. 3.353 de 1888, á vista da qual lodos no império se acham na *posse* de sua *Uberdade,* natural ou social, civil e politica; não havendo tombem mais desde a data daquello lei captive*iro justo,* para oppôr-lhe aqui o *injusto* como *criminoso,* sendo todo injusto hoje e portanto pleonastica a locução — captiveiro injusto.»

As mesmas razões me induziram a dizer: «reduzir á escravidão *qualquer* pessoa » e não « reduzir á escravidão *pessoa livre,* como assim estava no Código (criminal anterior).

Hoje todps são livres no Brazil. *

Os artigos a que acima alludimos, mantidos na redacção final do projecto de 1899, são o art. 153, que exclue a idéa de lucro, e o art. 15i, que a inclue, tratando-se neste ultimo de crime contra o *liberdade* e contra a *propriedade,* onde devia estar sob a forma de *extorsão.*

Ej Foi eliminado o art. 339, que repetia o 154 do projecto de 1896, como dissemos.

Entrelanto, os crimes que offendem a liberdade individual em sentido estricto, tirando-a ou diminuindo-a, são todos aquelles factos criminosos que na doutrina e em alguns códigos se acham sob o nome de *plagio,* nas suas varias formas de violência privada e ameaça.

Este capituio II do código penal é muito lacunoso, tanto pela falta de disposições adequadas, como pclafl deficiências nos conceitos das espécies respectivas, além de destacar porá titulo diverso (V. do código), espécies idênticas por sua objectividade jurídica, com a aggravante apenas de ser o agente empregado publico, do que o código offerece exemplos nos §§ do art. 207, no art. 213 e outros. I A disposição móis importante do capitulo seria, por sua gravidade, a reducção do pessoa á escravidão ou outra condição análoga—si não houvesse a lacuna notada no código e no projecto de 1893.

Entretanto os projectos de 1893 e 1897, aproveitando a mesma fonte commum, compilaram as varias espécies deste capitulo do código.

;*i. Os dons elementos geraes constitutivos das espécies dos artigos do texto são a *violência* e a *(Ilegitimidade* da acção; os meios *especiaes* empregados, o *escopo* ou ob-

i Po autor: ANTH-PROJBOTO CIT., art. 186, not. 24.

jeclivo e os *qualide cies* dos *agentes* e *pacientes* são as; condições ou circumstoncios *aggrai-antes,* ou *qualijlcc-tioas.*

Conforme a doutrina, as formos de actuação deste crime, chamado pelos romanos *ois pricata* são Ires: o *arresto,* a *detenção* e o *sequestro* da pessoa.

O *arresto* é o atravessor-se no cominho, no sentido vulgar, mas deve consistir em opoderor-se de certo modo da pessoa ; ou, como diz Blanche, é a apprehensão do corpo da pessoa, privada da liberdade de ir e vir, numa palavra, de se locomoverá seu lalante. A brevidade do tempo constituo a sua nota característica; o arresto corresponde ao *capere* que é diverso do *detincre,* havendo uma maior ou menor continuidade de tempo no facto da *detenção.*

O cod. no art. 181, Iª parte, dá uma definição do arresto, mas chama-o *sequestro.'*

Nenhuma differença parece existir entre a *detenção* e o *sequestro,* porque ambos estes actos exprimem um periodo mais ou menos longo em que é tirada ao individuo a liberdade de agir. Mas, ha no *deter* a ideia de impedir a sa-hida do individuo dum logar dado; entretanto, que no *sequestrar* o pessoa dum homem se comprehende o facto de detôl-o em logar solitário e oceulto a todos, ficando assim mais difflcil áquella que delle é victima invocar com efficacia o soccorro dos outros homens.

Pode-se dar como exemplos da *detenção,* a espécie do art. 181, § Iº, o do *sequestro* a do art. 183 do texto, embora ahi os figuras não surjam nítidas como seria de desejar; assim como ambas as hypotheses no art. 207, ns. 9 e 12, referentes aos funecionarios públicos. Entretanto, entre os duas figuras outros vêem característicos diversas.

E' assim que, ainda Blanche observa, que a retenção da pessoa *arrestada* chama-se mais particularmente *detenção,* quando ella tem lido logar numa *casa de correcção,* e *sequestro,* quando ella se opera numa *casa particular* que será ou a da pessoa arrestada ou a do individuo culpado do seque.-t.ro, ou mesmo a dum terceiro. *

Realisa-se o crime: quer pela *abduetio de loco ad locum* de que offerecem exemplos as espécies dos arts. 289 e 290, Iª parte, e 207 n. 12; como *per obsidionem,* exemplos os arts. 181, Iª parte, 207, n. 9 e 290, 2ª parte; —o que quer dizer não só a *captura* e transporte para um certo logar, como tambe.n a retenção num logar dado.

E' indifferente a *abduetio per vim,* ou *per insidias :* de uma e outra, ha espécies nos arts. 180, paragropho único, 181 § 2° e 289, Iª parte. Esta forma criminosa não se confunde,

i Blanche & Dutruc, Omi. OIT. 5º vol. pag. 294 na. 231 e segs.

nem com o *rapto* para fim *libidinoso,* nem com o *sequestro,* para *extorquir,* como fez o projecto de 1836, conforme acima vimos.

Garraud, de accôrdo com Farinocius e com Chaveaux ej Hélie, define, em gerai, ocrime de que tratam os artigos do texto, queelle appellida de *cárcere pricado:* o facto de haver, sem direito nem qualidade, e sem que haja havido arrestação prévia, retido um individuo, isolando-o de toda a communicação.

Os elementos que os constituem são: 1°, um facto de *arrestação, detenção* ou *sequestro',* 2º, a *illegalidade* do facto; 3º, o dolo especifico.

já vimos em que pôde consistir o facto, convindo notar que a arrestaçSo é um crime *instantâneo* e a detenção e o sequestro crimes *contínuos,* cuja prescripção não começa a correr sinão do dia em que tiver cessado a detenção ou o sequestro illegal.

A *illegalidade* do facto é também essencial, porque si se tratar duma arrestação de um individuo em flagrante delicio, não J ia verá crime, desde que 6 o exercício duma faculdade concedida pelas leis ao cidadão, e ao que allude mesmo o cod. pcn., nos arts. 127 e 207, n. 14.

O terceiro elemento é o dolo especifico para excluir casos parecidos, mas que não são criminosos, como são os dos pais, mestres e semelhantes, na medida necessária para sanc-cionar a própria autoridade com a precisa moderação para não degenerai" em sequestro arbitrário, caso previsto no art. 14, §6º do cod crim.de 1830.[1]

Não tendo o cod. vigente reproduzido a dirimente, não quer dizer que ficou ella eliminada *do* nosso direito, porque é admittida por lodos os autores, em falta mesmo de lei expressa.

A mesma solução deve ser dada aos incumbidos da guarda dos loucos, e a respeito destes, com tanto maior rigor quando o cod. pen., no art. 378, pune como contravenção deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou quando evadidos de seu poder, não avisar a autoridade competente para fazel-os recolher,ele...

Haveria, porém, detenção arbitraria si sob o pretexto de supposta loucura fosse internada em um asylo do alienados uma pessoa sã de espirito. O cod. pen., art. 252, pune o que para tal der um attestado falso. *

Portanto, não ha aqui o crime sem a condição de *(Ilegitimidade.*

A livrança do detido ou retido não elimina o crime.

[1] Do autor : COMMENTARIO, ETC. Recife 1SS9, n. 92, pag. 5:93. » (iarraiid, OBR. crr. vol. 4º, pag. 574, n. 542.

Isso pôde ser uma attenuante, tenforme todos os proj jectos ; silenciando o código.

E' indifferentc á substancia do crime o tempo maior ou menor da *detenção* ou *retenção;* o escopo licito ou illicito, conforme Q consciência do criminoso.

A primeira condição pôde fazer variar a pena: arls. 181, § 1°, e 183 e 291.

Outras aggravantes figuram nos arts. 181, § 2°. sobre violência ou insidia e no art. 182 sobre sevícias; esta mal formulada para applicação da lei no caso de um *concursual delictorum,* Isto é, concorrendo ao mesmo tempo a privação da liberdade e as lesões pessoaes que podem ser de diversa natureza.

o». Sobre a ameaça, o código não pôde ser mais defeituoso no art. 184.

Elle ahi a conceitua muito deficientemente e sem graduar as penas, conforme as respectivas modalidades ensinadas pela doutrina.

Mas, ao mesmo tempo, parece que elle havia dado outro conceito da *ameaça* no § 2° do art. 180, mas incluindo-a na privação da liberdade, o que é muito differente.

A phraseologia do cod. pen. é que lança a confusão nas espécies.

No art. 180 trata-se do que chama-se *violência* privada ou particular, embora a primeira parte do artigo exclua o elemento essencial, a ris; no art. 184 é que o cod. trata da *ameaça* propriamente dita.

A espécie mal definida no art. 180 figura em lodosos projectos e no art. 159, de 1899, como parallela á do art. 154 do cod. ital., chamada intimidação coercitiva, a *via prioata* dos romanos, a *ameaça com injuneção,* do cod. francez, as *cartas ameaçadoras* do direito inglez, etc.

Este artigo, diz Garrara, contempla os actos de violência e ameaça praticados contra uma pessoa para constrangel-a a fazer ou a commetter, ou tolerar que outros façam cousa contra o querer e o direito da pessoa passiva do crime. A contrariedade do querer emerge por natureza da Indole do crime e dos modos por que este é realisado, pois que,l desde que existisse o consenso, não se poderia foliar nem de violência nem de ameaça.

Os elementos, portanto, do crime são a illegitimidade da acção e a violência physica e moral, dirigidas a um dos escopos indicados pela lei. Este facto constituo um crime por si mesmo. *

[1] Carrara, COHMENTO CIT. art. 154, pag. 97.

Eis a explicação do artigo dos projectos e do art. 180 do cod., onde está deslocada a ameaça no art. 181 e não logo depois daquelle.

Afflm da ameaça para constranger é a *ameaça simples* que tem logar sem ser acompanhada de injmicção alguma. Esta ameaça não lesa directamente a liberdade, mas a lesa indirectamente, porque perturba a tranquilidade do animo e o estado de agitação e a incerteza daquelle que não sej cré seguro na vida ou nos bens tolhe os seus proprlcs movimentos.

Isso explica os projectos; e o art. 184 do texto, que só considera aggravante o facto de ser feita a ameaça á corporação.

Entretanto, nos códigos e na doutrina, como nos citados projectos, a ameaça pôde se;- dum *damno grave e injusto,* ou qualquer outra de entidade inferior. *

As espécies incriminadas neste capitulo e outras que com estas se relacionam, são saneções de preceitos constitucionaes que, conforme a declaração do nosso Estatuto Federal, art. 72, § § 1°, 13 e 14, garantem direitos dos indivíduos residentes no paiz.

Já nos referimos ao § 1°; dizendo os outros :

«S 13. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não poderá execular-se, sinão depois de pronuncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as excepções especificadas em lei; nem levado á prisão, ounella detido, si prestar fiança idónea, no caso em que a lei a admittir.» ;TJ

Quanto á jurisprudência sobre este capitulo :

«Para existir o delicto de *cárcere prioado* são necessárias duas condições : I^{a}, um facto de detenção ou de sequestro; 2^{O}, a illegalidade deste facto.

Não commette o crime de cárcere privado quem prende o Individuo surprehendido em flagrante delicto ou perseguido pelo clamor publico, pirque em caso de flagrante delicto cessa a garantia individual e desapparecendo o direito protegido, desapparece a qualificação do delicto estabelecido para a sua defeza.

E' também necessária a intenção criminosa. Nãocom-meltem, pois, este crime os pais, tutores, curadores, mestres, detendo como medida de correcção ou meio preventivo de impedir actos prejudiciaes a seus próprios filhos ou pes-

[1] Vid. Pessina, ELEMENTI OIT. 2^{O} vol, paga, 150, 153 e 167.

soas confiadas aos seus cuidados, comtanto que a medida não exceda os limites da moderação e nõo tome o caracter de crueldade e perseguicSo: « *Decisões* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 9 de setembro c 10 de outubro 1895 e 26 maio 1896. *

As *ameaços* constituem delicto quando traduzem a resoluçflo formal e positiva de fazer mal. Nõo se acham comprehendidas nesta hypothese as explosões da basjfia, da jactância, da vaidade.

Quando dirigidas a funecionarios públicos, ou seus agentes, no exercício de suas funeções, as ameaços constituem o delicto de *desacato:* «*Idem,* idem, 26 de agosto de 1896. »

CAPITULO II

POS CRIMES CONTRA. **O LIVRE** EXERCÍCIO DOS CULTOS

CÓDIGO

Art. 185. Ultrajar qualquer confissão religiosa vilipendiando acto ou objecto de seu culto, desacatando ou profanando os seus symbolos publicamente:

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

Art. 186. Impedir, par qualquer modo, a cjlebração de ceremonias religiosas, solemuidades e ritos de qualquer confissão religiosa, ou perturbal-a no exercício de seu culto :

Pena — de prisão cellular, por dous mezes a um anuo.

Art. 187. Usar de ameaças, ou injurias, contra os ministros de qualquer confissão religiosa, no exercido de suas funeções :

Pena — de prisão cellular, p >r seis mezes a um anuo.

Art. 188. Sempre que o facto fòr acompanhado de violências contra a pessoa, a pena será augmentada de um terço, sem prejuízo da correspondente ao acto de violência praticado, na qual também o criminoso incorrerá.

COMMENTARIO

33. As figuras criminosas do texto comprehendidas neste capitulo que corresponde ao Ilido tit. IV deste 2° livro do Código Penal, referem-se aos crimes contra a *liberdade dos cultos.*

Num Estado livre, todas as crenças legitimamente professadas devem ser igualmente protegidas coma efficacia que só pôde dar a saneção penal.

[1] Viveiros de Castro, *Sentenças e Decisões* crr. pags. 21, 62, 112 e 183.

» Viveiros de Castro, OBR. CIT. pag. 308.

"**■ *-frj

Assim é que, a Constituição Federal diz:

« Art, 11. E' vedado aos Estados, como á União :

« 2.° Estabelecer, subvencionar, ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.»

I Aquelle principio que representa um complexo de direi tos e deveres, uns do cidadão e outros do estrangeiro mesmo, está inscripto por formulas variadas correspondentes a cada um delles na mesma Constituição Federal, art. 72, §§ 3° e 5°, 28 e 29 e ainda nos §§6° e 7°. H

Assim é que nestes §§ 3° e 5° se proclama a liberdade de consciência e independência dos cultos, assim como a século-, risação dos cemitérios, o que se applica tanto aos nacionaes, como aos estrangeiros residentes no paiz; dizendo o Constituição Federal".

« § 3.° Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer *publica e livremente o seu culto,* associan-do-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commurn.

o § 5.o Os cemitérios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, *Jlcando livre à\ todos* os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não onendam a moral publica e ôs leis.»

E por extensão de taes princípios é que a Const. Federal ainda estabelece em relação aos cidadãos como coroliarios certos direitos e deveres nos £§ 28 e 29 sob a sancção da perda de *todos* os direitos *políticos*; pois que ella diz no citado artigo 72:

« § 28. Por *motioo de crença* ou *de funcção religiosa, nenhum* cidadõo brazileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos *nem* eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico.

§ 29. *Os que* allegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ónus que as leis da Republico imponham aos cidadãos, e os que acceitarem condecorações ou títulos nobiliarchicos estrangeiros *perderão todos os direitos políticos.»*

Ainda nos §§ 6º e 7º do mesmo art. 72 se estabelece a laicidade do ensino publico e a independência absoluta entre as igrejas e cultos e a União e os Estados, dizendo a Const. Federal: V

« § 6.° Será *leigo o ensino* ministrado nos estabelecimentos públicos.

« § 7.° *Nenhum* culto ou igreja gozará de subvenção ofíi-cial, riem terá relações de dependência, ou alliança om 0 Governo da Uniõo, ou o dos Estados.»

1 Entre nós, portanto, o Estado ê não, diremos *atheu,* mas *leigo,* a Igualdade entre as religiões é completa e todas as confissões estão sujeitas ao direito commurn.

No regimen monarchico, antes de 1890, a eousa era differente com a existência da religião do Estado e as instituições do Padroado, o *regalismo* de um lado e de outro lado uma Igreja privilegiada.

Então ainda navia delictos religiosos, como era entre os crimes chamados*policiaes* (contravenções), a celebração de culto *dissidente* em casa com forma exterior de templo e a propagação de doutrinas *contrarias d existência de Deus ê d immortalidade da alma!*

■ Assim o código criminal de 1833 dizia:

M

« Art. 276. Celebrar em caso, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de templo, ou publicamente em qualquer logar, o culto de outra religião, *que não seja a do listado*: penas, etc.

Art. 278. Propagar por meio de papeis impressos, llthographados ou gravados, que se distribuírem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em publicas reuniões, doutrinas, que directamente destruam as verdades fundamentaes da *existência de Deus e da immortalidade da alma:* penas etc.»

Hoje em dia em semelhante assumpto, como neste capitulo do código vigente, não se trata absolutamente de delictos contra a religião, punidos outr'ora até com os mais atrozes supplicios aulorisados pelo próprio direito da igreja e de que era um ultimo resíduo as citadas disposições do código anterior. Mas o livre exercício dos cultos deve ser especialmente protegido contra os actos que o entravam? Pôde haver duvida ?

Si se admilte que o Estado não tem por que preoceupar-se com as crenças e com os cultos, deve mesmo ignoral-os completamente, a consequência deste ponto de vista seria deixar as cousas e os ministros dos cultos sob o império do direito commum e de não punir de uma maneira particular os actos que teem como resultado impedir o livre exercício dos cultos.

Seguramente não é sob esse aspecto que o nosso legislador, o francez, o italiano e outros teem considerado os factos de que tratamos.

Os impedimentos ou estorvos ao livre exercício dos cultos devem ser punidos, não somente porque esses factos compromettem a ordem publica, mas ainda porque elles atacam, como vimos, uma das mais preciosas liberdades garantidas nas constituições politicas dos povos livres.

O Estado não impõe a ninguém crença ou culto ; mas respeita todas as crenças e todos os cultos e obriga todos a respeitarem as crenças e cultos dos seus concidadãos.

Si, pois, a lei não tem *que* se immiscuir no domínio religioso, ella deve e pôde garantir a todos o direito que pertence a cada um de seguir ou praticar qualquer culto conforme suas crenças.

Em consequência, aquelle que embaraço ou Impede a liberdade religiosa de um individuo ataca um direito especialmente collocado sob a salvaguarda da lei social e tor-na-se por isso mesmo punível. [1]

34. Entre nós, com > vimos, a lei protege *todos* os cultos, em vez dos *autorisados,* corno succede em França.

E' mister não confundir a verdadeira e própria liberdade dos cultos ou religiosa com a livre discussão, que ô uma das bases fundamenlaes do direito publico hodierno e dos instituições representativas.

Como sempre, nas espécies do texto, o código penal alterou mal a sua fonte que foi o código italiano, confundindo e relacionando sem clareza as diversas figuras entre si.

Os crimes previstos neste capitulo podem ser commcttidos:

Impedindo-se ou perturbando o exercício das funcções religiosas, podando também ser commettldo sem violência, ameaça ou contumelia, desde que haja a intenção de offender qualquer culto: é a espécie do art. 186 do texto do código.

Duas podem ser as modalidades dessa figura, uma *simples* que é a do mesmo art. 186, e outra acompanhada de violências contra a pessoa que o código refere também nos outros dous artigos do capitulo, conforme a disposição do art. 188 que cm qualquer caso occurrente deve ser combinado com os arts. 185, 186 ou 187, conforme o hypothese.

Mas releva notar, tal aggravante do art. 188, em rigor só cabe no art. 186, como acontece com a disposição parai-leia do art. 140 do código italiano que coordena logo tal aggravante no mesmo artigo.

A razão 6 simples:

No art. 185, o desacato, o vilipendio já comprehendem a *vis,* o ultrage ou é simples ullrege e se acompanhado de violência, o género desta determinará a punição pelas normas communsa que se refere mesmo o art. 188 *injlne.*

No art. 187 já está incluída a *ois,* sendo a ameaça quasi synonima da violência.

Feita essa observação geral, deve-se ainda notar que o crime previsto no art. 185 muita vez será commettido por meio de motim, tumulto e assuada com o fim de perturbar uma festa religiosa, como prevê o código no art. 119 pr. e n. 4°; entretanto elle deixou esquecida esta condição, ten-do-a deixado deslocada no titulo anterior.

A outra figura, o *vilipendio publico* contra quem professa um certo culto para offender este ou indirectamente o próprio culto, não existe no código.

[1] **Garrau 1, OBR.** CIT., vol. **4º, pa?. 68. Majno, OBR. CIT , Part. I, art.** 110, **n. 727,** pag **4.**

Outra figura é o ultrage a confissõo religiosa pelo vilipendio das cousas destinadas ao culto e 6 a prevista no art. 185 do código.

O lugar publico, que é um dos elementos do crime, não é só o templo, mus qualquer lugar pura abranger as procissões, um funeral e semelhantes, como doutrina o direito italiano e opina Carrara.

Finalmente, a outra figura é a do art. 187 do código, isto é, o ultrage a confissão pela offensa aos seus ministros, quer com injurias, quer com violência no exercício *ou por causa de suas funcções,* phrase esta ultima de que o código não usa.

A lei penal consagra também sancções para factos análogos que o código inseriu como contravenções nos arts. 364 a 366 sobre a profanação dos sepulchros ê assim o antigo sacrilégio converteu-se em figura de forma aggravedora de desrespeito aos templos e cemitérios, pelo furto, incêndio e outros crimes contra essas cousas, como v. g. a exhu-j mação de cadáveres, etc..

Aqui os motivos moraes da incriminação se coordenam com diversos outros, como os interesses da ordem publica, o direito de propriedade, os preceitos da hygiene etc...

O *perjúrio* também não é mais a violação da fé religiosa, mas da fé publica pelos seus effeitos prejudiciaes a ordem social ou aos interesses e direitos individuaes.

Para concluir, devemos dizer que todos os projectos posteriores, que aliás tiveram a mesma fonte do código vigente, melhoraram muito este.

Justificando, entretanto, o projecto de 1897 declaramos que aproveitamos o de 1893, neste capitulo e no seguinte, porque impõe a pena de detenção, em vez da prisão com trabalho e a privação do exercício de profissão ou arte.

CAPITULO III

DOS CRIMES CONTRA A INVIOLABILIDADE DOS SEGREDOS

CÓDIGO

Art. 189. Abrir maliciosamente carta, telegramma, ou papel fechado endereçado a outrem, aposaar-se de correspondência epistolar ou telegrapbica alheia, ainda que não esteja fechada, o que por qualquer meio lhe v. nha às mãos; tirai a de repartição publica ou do poder de portador particular, para conbocer-lhe o conteúdo :

Pena — de prisão cellulav por um a seis mezes.

Paragrapho único. No caso de ser revelado era todo, ou em parte o segredo da correspondência violada, a pena será augmentada de um terço.

jgoyyl

Ait. 190. Supprimir correspondência epistolar ou telegraphica endereçada a outrem :

Pena — de prisão cellular por ura a seis mezes.

Art. 191. Publicar o destinatário de uma carta, ou correspondência, som consentimento da pessoa que a endereçou, oconWido, não sendo em defesa de direitos, e de uma ou oulra, resultando dam no ao rernettent-3:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro mezes. B Art. 192. Revelar qualquer pessoa o sigredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão de offleio, emprego on profissão *:*

Pena — de prisão cellular ror um a três mezes e suspensão do offleio, emprego ou profissão por seis mezes a um anno.

Art. 193. Nas mes nus penas incorrerá o empregado do Correio que se apoderar de carta não fechada, ou abril-a, si fechada, para co-nheor-lhj o conteúdo, cu commnnical-o a alguém, o bem assim o do teldgrapho que, para fim idêntico, violar te logra mm a, ou propagar a commiinicação nelle contida.

Paragrapho único. Si os empregados supprimirem ou extraviarem a correspondência, ou não a entregarem ou communicarem ao desti natário : i

Penas—de prisão c-Mlularpor um a seis mezes o perda do emprego.

Art. 194. A autoridade que de posse de curta ou correspondência particular utilis il-a para qualquer intui'o, scj-i, embora, o da descoberta de um crime, ou prova deste, incorrerá na pena de perda do emprego e na de multa de : 00,$ a 500$000,

Art. 195. As cartas obtidas por meios criminosos não serão admittidas em juízo.

COMMENTARIO

3£». Este capitulo corresponde ao IV do código penal neste titulo e livro e compreliende os crimes contra a *in-\ violabilidode dos segredos.*

E' um outro grupo de crimes contra a liberdade individual ou pessoal aquelles cujo objecto é a violação do segredo que ataca a autonomia do individuo e perturba relações intmas que a convivência social cultiva.

Elles ferem um direito que a Constituição Federal declara garantir, quando diz no art. 72 :

« §18. E' inviolável o sigillo da correspondência. » I Trata-se aqui do segredo epistolar (que comprehende o telegraphico e telephonico) — e do segredo profissional.

No direito romano, a abertura da carta e papeis semelhantes fechados ou selJados dava logar á *aedo injuriarum* e á *actio furei*; si tratava-se de testamento cerrado, o facto era punido como *crimen falsi;* e só quando o papel era aberto e fechado de novo considerava-se o lacto como estellionato.

No antigo regimen da Metrópole portugueza a Orden. do Liv. 5°, Tit. 8° punia até com a morte em alguns casos a violaçfio do segredo das cartas e outros!

Historicamente em França é mister chegar á época da revolução franceza para encontrar sancções garantidoras da inviolabilidade da correspondência.

Nõo obstante, o direito francez é lacunoso e atrazado ainda hoje em mais de um ponto, como afiirma Gorraud.[4]

O código francez e os que o tiveram como fonte collocQo taes crimes entre os abusos dos empregados das Postas ou Correios.

I O nosso código criminal anterior distribuía as respe ctivas espécies pelos títulos dos crimes por abuso de auto ridade, art. 129, § 6°, e dos crimes contra as pessoas, arts. 215 a 218.

O código vigente, porém, seguiu aqui o código italiano, fonte também de todos os projectos da sua revisão.

Em geral, o elemento substancial do crime ê a abertura da carta, lelegramma, ou cousa semelhante que faculta ao violador o conhecimento do conteúdo delia, isto é, o que se confia ao segredo, nos termos do art. 189 do texto do código penal.

A primeira figura do crime é « entrar no segredo epistolar d oulrem», o que se pôde verificar de dous modos, ou abrindo indevidamente carta ou papel fechado não dirigido ao culpado, ou apoderar-se d'uma correspondência epistolar ou tclegraphica de outrem, que não esteja fechada; mas a ambos estes modos é essencial o fim de *cmhecer o conteúdo* da carta ou papel ou da correspondência epistolar ou lelegraphica.

E' a figura do art. 189 do código penal.

Ha differença nos dous objectos do crime, mas o fim é o mesmo, a revelação do segredo e o meio o facto praticado indevidamente.

Si a carta for tirada com o fim de; lucro, o autor do facto responderô por furto, conforme a autorisada opinião de Majno e outros.[a]

A lei considera uma circumstancía aggravante deste delido o facto da revelação do segredo, que ê a hypotbese do paragrapho único do citado art. 189.

Mas não exige, como faz o código italiano que a revelação cause damno, exigência que aliás fazem os projectos de 1893 e 1897 e que o projecto de 1893 transmudou, para prejuízo resultante não da revelação, mas do *conheci' menltif*

Também o art. 189 do cod. não generalisa o damno consequencial causado ao destinatário a outras figuras sinão u do art. 191. Os projectos de revisão corrigiram isso.

[1] Oarraud, onn. CÍT., vol. 3", pag. 431. [1] Majao, OBR. CIT., I, pag» 470.

A outra figura é commettida, nfio com o apoderar-se do segredo, mas com « a suppressfio da correspondência epistolar ou telegraphica», ainda que não se tenha procurado conhecer o conteúdo delia.

E' a espécie do art. 190, do texto, que nfio quer dizer destruição somente, mas qualquer facto que impeça a communicação entre o expedidor e o destinatário.

Aqui ocod. não contempla a aggravante do damno que os projectos generalisaram.

A terceira figura é o facto de « abusar d'uma correspondência epistolar ou telegraphica não destinada á publicidade» dn parte daquelle que desta está de posse, tornando-a publica indevidamente, quando verifique-se a condição de que o facto possa causar damno.

E' a espécie do art. 191 do texto, em que o cod. alterou para peior a disposição parallela de sua fonte, que o projecto de 1899 adoptou, a exemplo dos anteriores e consiste no facto de publicar o que estiver na posse de correspondência epistolar ou telegraphica o seu conteúdo não destinado a publicidade, de modo que do mesmo facto resulte damno. Os elementos deste crime são : correspondência não destinada a publicidade, *confidencial',* publicidade indevida; damno *potencial* ou *ejfectivo.*

Nfio ha crime, e isto está de aceordo com o art. 191, que aliás não precisava dizer, si a carta é publicada por necessidade, como exercitar um direito, exhibindo-a como documento, repellir um ataque, tutelara própria honra e dignidade em geral, si se trata de favorecer os próprios interesses legítimos do remettente,

O art. 193 refere-se a taes factos quando praticados pelos empregados dos Correios e Telegraphos.

As penas, porém, sõo as mesmas e a disposição nfio acompanha as modalidades das figuras anteriores, não atlende mesmo ao damno ou prejuízo. Apenas no paragra-pho único figura uma aggravante sobre a suppressfio, extravio, nfio entrega ou nõocommunicação ao destinatário, que, como se vê, são outras espécies do crime.

Todos os projectos posteriores melhoraram o cod. nesta parte, considerando uma aggravante de todos os crimes do capítulo a qualidade de empregado de taes repartições.

Ocod. enxertou no seu texto os arts. 194 e 195, sendo este a reproducção do art. 218 do cod. crim. anterior.

A formula ao art. 194 é muito absoluta e nos casos admissíveis nella comprehendidos ha penas previstas neste capitulo, assim como no titulo dos « crimes contra a administração publica» e em outros.

Do mesmo modo, o art. 195 parece até vedar ao offendido a defesa de seus direitos e isto de algum modo em con-| tradicção com a espécie de dirimente do final do art. 191.

A' vista dessas observações, toes artigos só devem ser cumpridos na pratica com as nmis rigorosos cautelas, uma | vez que sflo a lei e nfio se lhes pôde negar exccuçfio.

36. Passemos ao segredo *pr< tssional.* O cod pen., no meio dos outros disposições, collocou o art. 192, que prevê a violação do segredo profissional, mas sem carocterl-sar o crime devidamente, de modo que pôde dar lugar o puniçfio d" ura facto lndlfferente ou que o penas viole os preceitos da moral.

Em resumo, os elementos deste crime sfio a qualidade j do agente; o revelaçflo voluntário do segredo; elementos estes dous que o cod. comprehende ou se subentende; e mais — o segredo que revelado possa causar damno e a falta de justa causa, sobre ambos os qunés o cod. silencia.

E Isto quando lia grande controvérsia entre os autores e na jurisprudência acerca dos próprios elementos constitutivos dessa espécie criminosa.

' Todos os projectos de revisão seguiram o cod. itol. cm augmenlar o penalidade quando o damno, cm vez de *simplesmente possível, verificou-se realmente.*

Em razão da sua própria afBnidadá 6 que esta hvpothees criminosa foi collocodo equi entre os actos lesivos da Inviolo bil idade dos segredos e como um complemento do respectivfl serie

Entretanto, no cod. fr., art. 378, figuro entre o injuria a | a dilTamaçAo, e no cod. belga, art. 458, entre os delidos contra as pessoas.

A disposição do nosso cod. pôde dar logar a Ferias difilculdodes na applicaçfio, como tem dado o cod francez.

O cod. oliemfio previne o caso no seu $ 303.

Entre esses dous últimos códigos lio muita diffcrença. I As profissões sfio formalmente designadas no cod. j «llemfio.

Os *aua-iliarea* dos proflesionoes sfio submettidos pela lei mesma á obrigação do segredo.

A pessoa que tem confiado um segredo pôde dispensar o depositário do obrigação de calor-sc. *:-]*

O processo nfio tem lugar si não mediante queixa. Estas duas ultimas disposições, diz Hallays, modificam Inteiramente o caracter do segredo profiss que nèo è mais considerado como de ordem publica. O f e uma posição d« - mda s proteger interessei partkrul

O direito francez e feriu* em questões sobre o segredo profissional, r

da intenção de prejudicar para que hojo crime. opj nifio Je era seguida por Manche contra a jarwprudeno>

iiiPf./ii

dizer do »ile: > do nosso

Pensamos que é preferível a jurisprudência franceza na solução da questão.

Quíd, si o depositário do segredo o revela como testemunha ?

Elle pôde deixar de depor allegando simplesmente o segredo profissional; mas, si depuzer, não é criminoso, attento o justo motivo que lhe assiste. E' o opinião de Blanche, que pôde ser applicada no silencio do nosso código.

Hallays pensa diversamente; e por outro lado sustenta que haverá delicio, ainda quando a pessoa que tem confiado o sfgredo autorise o seu confidente a fallar, opinião inadmissível, porque entra na constituição do delicto grande parte da protecção ao interesse privado.

A disposição que ora commentamos só e applícavel aos segredos *particulares.*

Já tratámos de outros previstos no titulo I deste livro.

O art. 192 comprehende os empregados dos correios e telegraphos.

Tratando-se de assumpto pouco conhecido entre nós citamos alguns autores. *

Sobre o mesmo assumpto, parece que ha outras legislações ainda menos rigorosas que a allemíí.

Na Inglaterra, não somente não ha lei alguma que interdiga a revelação de segredos, mas parece que a jurisprudência recusa aos médicos, chamados como testemunhas diante dos tribuna es, o direito de se abrigarem atrás do segredo profissional.

Assim, o Dr. Gordon Smith observa que a sociedade em geral admitte a autoridade dos tribuna es como superior a todos os obstáculos e a todas as considerações privadas, de sorte que, cedendo á uma autoridade semelhante, um Homem de nossa profissão será plenamente absolvido, mesmo na opinião daquelles que podem ser victimas da revelação. [3]

Não se trata aqui do que os inglezes chamam *segredos offlciaes,* políticos ou de Estado, que elles punem como se faz geralmente com o máximo rigor. [3]

Finalmente, o nosso código penal avista do seu art. 407 não excluiu a acção publica dos crimes deste capitulo, quando ella só devia caber nos casos dos arts. 193 e 194, como estabeleceram os Projectos de 1893 e 1897 e incompletamente o projecto de 1899.

[1] Hallays, LE SECRET PROFESSIO.VEL, Paris, 1890, paga, 25, 33 e 53; Blauche, OBR. .CIT., TOI. Õ°, pg. 606, ns. 4">0 e 451 ; Negri, *apud* Cogliolo, OBR, OIT., 2« vol., Part. Iª-, pg. 569; Garraud, OBR. CIT., vol. 5°, pg. 52.

* Gordon Smith. ANALYSIS OK MEDICAI, EVIDUNCB, pg. 98; Taylor, TRATE SE MEDICINE LEU ALE, Paris, 1881, pg. 30.

[3] Stephen, A. DIOEST CIT., pg. 18, art. 65; Seymour Iíarris, PRINCI-PLES, BTC, cir. (trad. de Bertola) pg. 44.

Para condemnor o código neste ponto basta considerar *que* o próprio offendido pôde ter todo interesse por motivos de honra, dignidade, credito ou outros que o segredo violado nfiose vulgarise.

CAPITULO IV

DOS CRIMES CONTRA. A INVIOLABILIDADE DO DOMICILIO

CÓDIGO

Art. 196. Entrar a noite na casa alheia, ou em quaesquer de suas dependências, sem licença de quem nella morar :

Pena—de prisão cellular por dois a seis mezes.

Paragrapho único. Si o crime for commettido exercenlo-se violência contra a pessoa, ou usando-se de armas, ou por duas ou mais pessoas que se tenham ajuntado para aquelle fim : M

r: Pena—de prisão cellular por três mezes a um anno, além daquellas em que incorrer pela violência.

Art. 197. E' permittida a entrada de noite em casa alheia :

§ 1.° No caso de incêndio ;

S 2.° No de immediata e imminente ruína;

I § 3." No de inundação;

§ 4.° No de ser pedido soccorro ;

§ 5.° No de se estar alli commettendo algum crime, ou violência contra alguém.

Art. 198. Entiar de dia na casa alheia, fora dos casos permittidos, e sem as formalidades legaes ; introduzir-se nella furtivamente ou persistir em ficar contra a vontade de quem nella morar :

Pena—de prisão cellular por um a três mezes.

Art. 199. A entrada de dia em casa alheia ô permittida : I

Si." uos mesmos casos em que è permittida á noite ;

§ 2.° Naquelles em que, de conformidade com as leis, se tiver de proceder à prisão de criminosos ; á busca ou apprehensão de objectos havidos por meios criminosos ; à investigação dos instrumentos ou vestígios do crime ou de contrabandos, á penhora ou sequestro de bens que se oceultarem ; B

§ 3.o Nos de flagrante delicto ou em seguimento de réo achado em flagrante.

Art. 200. Nos casos mencionados no § 2° do artigo antecedente se guardarão as seguintes formalidades :

§ 1.° Ordem escripta da autoridade que determinar a entrada na casa;

§2.° Assistência de escrivão ou qualquer official de justiça, com duas testemunhas.

Art. 201. Si o official publico, encarregado da diligencia, executal-a ■ sem observar as formalidades prescriptas, desrespeitando o recato e o decoro da família, ou faltando á devida attenção aos moradores da casa:

Penas—de prisão cellular por um a dous mezes e multa de 50$ a 100$000. ■

p Art. 202. Da diligencia se lavrara auto assignado pelos encarregados da mesma e pelas testemunhas.

Art. 203. As disposições sobre a entrada na casa do cidadão não se applicam às estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavolagem e outras semelhantes, em quanto estiverem abertas.

COMMENTARIO

3y. No capitulo V do código que corresponde aos textos acima dos arts. 196 a 203 trata elle dos crimes contra a inviolabilidade do domicilio.

A casa representa para a vida privada, como diz Pes-stna, a atmosphero mais necessária a sua própria autonomia : *domus tutissimum cuique refugium atque recepta-culum.*

Os inglezes dizem : a minha casa é o meu reino, *Afy house is my king dom.*

A inviolabilidade do domicilio esta escripla em todas as Constituições Politicas dos povos livres como um do dos direitos mais sagrados da individualidade humana.

Os romanos consideravam como uma das figuras da *injuria realis* o *ci domam introditire,* isto ê, para os romanos constituía ultraje ou desacato, incluindo a violência, o facto de entrar à força na casa d'ou Irem.

A nossa Constituição Federal declara como um dos direitos garantidos no art. 72 o de que ora tratamos, na disposição seguinte :

«S li. A casa 6 o asylo inviolável do individuo ; ninguém pôde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, si não para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, sinfio nos casos e pela forma prescriptos ptr lei.»

E' quasi que sobre a letlrn dessa disposição que foram calcados os projectos de 1893 e 1897 nas disposições correspondentes ás do código penal neste capitulo e art. 35 § 1° e 39 § 12 do mesmo código.

O domicilio do individuo comprehende estriclamente, não só a sua personalidade, como também a família e e por isso que os códigos como os nossos distinguem a violação do domicilio das oflensas a liberdade pessoal. Entretanto reconhecem a união intima entre o *domicilio* e a *personalidade,* como diz Puglia, tanto que qualquer violaçflo daquelle considera-se como uma offensa feita *ô* esta ultima e propriamente como um attentado a *liberdade pessoal. E'* a razão porque ambos os grupos de crimes figurão neste titulo do código, geral sobre os crimes contra a liberdade.

Neste capitulo não se prevê a violação do domicilio que serve de meio ou que é meio necessário para commetter outro crime ; porque, em tal caso, conforme as condições em que se realizasse o facto, poderiam ter appUcação, segundo a doutrina e alguns códigos as disposições relativas ao concurso de crimes e penas, previsto no art. 66 e seus §§, ou a clrcumstancin aggravante do art. 39 § 12 —«ter sido o crime commettido com a entrada ou tentativa para entrar, em casa do oflendido, com intento de perpetrar o crime»,

matérias de que tratamos na *Parte Geral* qnando commentamos o código n'outra obra sobre essa parte. *

Ao contrario, a figura criminosa para a qual dispõe o código, arte. 196 e 198, consiste no facto de quem, sem motivo legitimo (arls. 197 e 199), se introduz ou se conserva na habitação de outrem, *sem* licença, ou de modo *insidioso* ou *clandestino.*

Os extremos essenciaes de tal delicto, como diz Puglia, sSo a *introducçfío* ou *estada* na habitação de outrem ou nas dependências delia ; a falta de motivo *legitimo* para isso, e a prohibiçõo ou *vontade contraria* de quem tem o direito de excluir aquelle que se permitte ahi penetrar ou estar.

A violação do domicilio pôde ser commettida ou pelo particular ou por uma autoridade ou agente seu ; considerado o facto sob o primeiro aspecto, deveria ser collocado entre os crimes contra a liberdade individual; sobre o segundo aspecto, entre os crimes que atacam o Estado na sua actividade jurídica e consistentes no abuso de poder e autoridade dos funccionarios públicos.

Pessina, seguindo este systema, observa que, quando a violação do domicilioê commettida por um *ojflcial publico,* é violado o respeito que a autoridade deve á inviolabilidade do domicilio particular. O código italiano colloca bem aqui na opinião de Puglia também este crime. -

Foi o systema seguido pelo nosso código, que se desviou delle em outros pontos e por todos os projectos.

O nosso código penal faz duas espécies, arts. 196 e 198, da entrada na casa alheia, conforme é, a noite ou de dia, consigna aggravantes para aquella, mas não para esta, quando em Togar *ermo* pode ser mais perigoso o assalto ou a entrada do que á noite em cidades populosas illuminadas a gaz e á electricidade; sendo que a violência, o uso de armas, e a *pluralidade* de agentes devem aggravar o facto tanto á noite, como de dia; sendo ainda de notar que o logar ermo e uma circumstancia aggra vante geral, como a da noite e prevista n'uma só e mesmíssima disposição do código, oart. 39, § I^{o}.

Os projectos de 1893 e 1897 simplificaram muito este capitulo.

Acerca do art. 206 do primeiro, alias remodelado no segundo, disse o parecer da Faculdade de Direito de S. Paulo :

« Desta redacção se conclue ou que a autoridade, quando entra na casa alheia em qualquer daquellas circumstancias, abusa, ou então que, nas mesmas circumstancias, pôde abusar das próprias funeções.»

« Do autor: *Cod- Pen. commentado cit.,* pags. 64 e 3g-j do 2^{a} vol. * Puglia, MANUALB, CIT. 2^{O} vol., pag. 62.

A critica não procedia, porque o abuso da autoridade está justamente no facto de entrar na casa alheia nas condições do questionado art. 206 e sem ser nos casos excepcionaes em que a entrada á revelia do dono é licita.

O código penal, arts. 197 e 199 a 203, faz uma extensa casuística para os factos permittidos de entrada, conceituando o que não é casa, e incluindo disposições meramente processuaes e até policiaes, comprehendendo tudo oito artigos !

O que determina a natureza da casa como asylo e cuja habitação basta para tornar criminosa a entrada arbitraria é o destino que lhe dá o habitante.[1]

Uma casa de negocio ou uma lasca, si ahi não mora alguém, não é uma habitação.

« 1. ° O principio da inviolabilidade do domicilio não é tão absoluto que se não possam reconhecer excepções.

2.° Entre estas excepções, segundo o art. 203 do código penal, estão as entradas em casas de tavolagem e outras semelhantes.

3.° Não é passível de qualquer penalidade a autoridade que no exercício de suas íuncções commette violências, sem que se demonstre a ausência do motivo legitimo.

4.° Desde que a lei concede a autoridade o direito de dar busca, nelle se comprehende o de arrombar a porta que não for aberta á sua intimação e de entrar á força ; e o mesmo poderá praticar com qualquer porta interior, armário ou qualquer outra cousa onde se possa com fundamento suppôr escondido o que se procura : « *Sentença* do Dr. Lima Drummoud, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 6 de maio de 1898. *

« A inviolabilidade do domicilio na figura do art. 196 do código penal tem por extremos essenciaes: 1°, a entrada á noite na casa alheia ou em qualquer de suas dependências: 2°, falta de motivo legitimo dos enumerados na lei; 3ª, prohibição ou falta de consentimento do morador; e não se confunde com a aggravante » : Acc. da Relação, *Minas GeraeSj* 3 de fevereiro, 1900.

« Crimes de violação do domicilio, espancamento e cárcere privado commettidos por agente de policia (inspector seccional): saneção penal.

O soldado que, em execução de ordem do referido agente policial, penetra no domicilio do cidadão e o espanca, é, como elle, criminalmente responsável e incide nas penas dos arte. 198 e 303 do código penal. Intelligencia do art. 28 com-

[1] Majno, Omi. CIT., art. 157, n. S06.

* REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA, CIT., YOI. 4º, pag. 347.

binado com o art. 229 do código penal» : Accordfio da Corte de AppellaçQo, 16 de setembro de 1898. » *V£* O projecto de 1898 melhorou a redacção do código, mas incidiu no vicio da casuística do código e isto mesmo foi mantido no projecto de 1899; por isso é que, justificando o projecto de 1897, dissemos que a redacção do projecto de 1896 era por de mais casuística einclue disposições até processuaes, si nõo puramente policiaes.

CAPITULO V

DOS CRIMES CONTRA A UBERDADE DG TRABALHO

CÓDIGO

Art. 204. Constranger, ou impedir alguém de exercer a sua industria, commercio ou oflMo ; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e o filei nas de trabalho ou negocio ; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias:

Pena—de prisão cellular por um a três mezes.

Art. 205. Seduzir, ou ai liei ar, operários e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa do recompensa, ou ameaça de algum mal:

Penas—de prisão cellular por um a três mezes o multa de 200$ a 500$000. ■

Art. 206. Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operários ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salário:

Pena—de prisão cellular por um a três mezes.

g 1.° Si para esse fim se colligarem os interessados:

Pena—aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão cellular por dous a seis mezes.

§2.° Si usarem de violência:

Pena—de prisão cellular por seis mezes a um anuo, além das mais em que incorrerem pela violência.

LEI

Art. l.°Osarts. 205 e 206 do código penal e seus paragraphos ficam assim redigidos:

1.° Desviar operários e trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas :

Penas—de prisão cellular por um a três mezes e de multa de 200$ a 500$000.

2." Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violências, para impor aos operários ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salário:

Pena—de prisão cellular por um a três mezes.

(Decreto do Governo Provisório n. 1162 de 12 de dezembro de 1890.)

[1] O DIREITO, v*l. 82, pags. 260 e 277.

38.0 cod. pen. começou a vigorar no Districto Federal em 20 de dezembro de 1890, em 1°de fevereiro de 1891 em todos os Estados do littoral desde o Rio Grande do Sul ate o Pará e em Minas Geraes e em 1 de março do mesmo, anno nos Estados do Amazonas, Goyaz e Matto Grosso, tudo conforme o decreto do Governo Provisório n. 1127, de 6 de dezembro de 1890.

Sendo assim, os arts. 205 e 206 do texto do código penal foram substituídos antes mesmo de sua execução pelo art. 1° ns. I° e 2° do citado decreto n. 1162 que collocamos acima, logo depois do texto deste capitulo que corresponde ao VI do código neste titulo.

O decreto foi justificado pelo Governo Provisório com es palavras que o precedem « considerando que a redacção dos arts. 205 e 206 do código penal pôde na execução dar logar a duvidas e interpretações erróneas e para restabelecer a clareza indispensável sobretudo as leis penaes *f.*

Este capitulo V corresponde ao VI do código penal e abrange os arts. 204 a 206.

O projecto de 1893 seguiu aqui em parte o código e a alteração feita pelo citado decreto n. 1162.

Mas o projecto de 1896 mantido em 1899 seguiu até certo ponto o decreto n. 1162.

Justificando o nosso projecto de 1897 e alludindo ao do anno anterior dissemos:

« No V e ultimo capitulo o substitutivo segue a nova redacção na suppressão do elemento ou condição para caracterisar uma das formas da greve ou parede*M*

Em essência não ha porém alterações sensíveis entre o projecto, a nova redacção e o substitutivo ».

Nós mantivemos o direito vigente, o ultimo projecto reproduziu o código italiano.

A Constituição Federal na *declaração de direitos,* art. 72, diz:

«§ 24. E' garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e *industrial ,t>*

O art. 204, do nosso código penal, cuja fonte foi o código italiano, art. 165, prevê a coarctação que se faça, empregando-se violências ou ameaças com o fim de restringir ou impedir a liberdade de industria ou de commercio, destes dous factores da actividade económica que o código designa pelo nome geral de trabalho.

Por outro lado, a intelligencia do art. 165 do código italiano parallelo ao nosso art. 204 é reputada difficil e Majno opina que elle comprehende todos os casos não comprehendidos nos arts. 166 e 167 ou 205 e 206 do nosso código, assim como que basta a violência e a ameaça com a possi-

bílidade do evento ou exilo, embora este nõo se produza para caracterizar a figura respectiva do art. 204 do nosso código. [1]

Este elemento assim como o negativo de nõo exigir-se a união de duas ou mais pessoas suo communs ãs outras dis-j posições deste capitulo.

O outro elemento commum 6 a violência ou ameaça com as restricções que veremos figurar no código e no de-crelo citado.

A figura do art. 204 se distingue das outras em que nelle se impede ou restringe a liberdade de commercio ou industria, ao passo que nas outras apenas se lenta aJterar as relações económicas do trabalho e do capital.

O crime contemplado no art. 204 6 um crime *material,* e nõo formal; é mister por isso mesmo que eflecti vãmente se impeça ou restrinja a liberdade— não se traia de uma coerção vaga ou genérica, como por exemplo a do art. 180 do cod.

Amhrogio Negri considera o art. 154 do código italiano . parallelo ao art. 180 do nosso uma regra geral de que os arts. 165 a 167, ou arts. 204 a 206 do nosso são regras espe-ciaes. *

O certo é que no direito hollandez a sancção contra as *greves* achavam-se simplesmente naquella disposição, o que importa o mesmo que dizer que os delictos respeclivos commettidos estão sujeitos somente ao império do direito commum.

O art. 205 do código penal alterado ou substituído, como já vimos, pelo decreto citado art. 1", n. 1, nflo tem correspondente no código italiano, nem no projecto de 1899, roas tem-no nos projectos de 1893 e de 1897: pôde ser considerado o facto nelle previsto como meio para realisar a coalição, *grave* ou parede, prevista como realizada no art. 206, e Decreto citado, art. I^{o}, n. 2.

A Inglaterra foi a primeira nação que reconheceu o direito de lular pelo salário e pela liberdade da coalição, hoje só se veda alli a reslricçflo do livre curso do commercio e dos preços do trabalho por modos coercitivos.

A lei austríaca falia de violências ou intimidação; a lei germânica e os códigos húngaro, hollandez e belga acerescentam dam nos, contumelias, íujurias, diffamações, ele; a lei franceza é que falia de *manobras fraudulentas,* que o nosso código penal, nõo na figura nitida da *greve* do art. 206, mas na do art. 205 adoptou inteiramente pela nova redacção posterior que a substituiu do n. 1 do art. I^{o} do citado Decreto.

O art. 206 não exige como sujeito activo a pluralidade de delinquentes, o que aliás acontecera quasi sempre.

[1] Majno, OBR. CIT. I, art. 165.

* Anibi-ogio Negri, *apud,* Cogliolo. COMPLETO TRATTATO, CIT. 2° vol., Part. I, pg. 592.

Do mesmo modo o sujeito passivo pôde ser um só.

O elemento constitutivo é a violência ou ameaça : Decreto citado art. Iº n. 2, que alterou o art. 206 do código, como se vê acima nos textos de ambos.

Os actos fraudulentos não são criminosos, salvo na espécie do art. 205 e Decreto art. 1°, n. 1.

Entretanto, digamos entre parenthesis, contra as expressões *artificios fraudulentos* ou outras equivalentes, que ellas não foram acceitas no código italiano por serem indeterminadas e pelos mãos effeilos que teem produzido na opplioeçfio, como serve de exemplo a jurisprudência franceza.

O crime fica considerado consummado com a cessação ou suspensão do trabalho; o fim do agente é impor augmento ou diminuição de salário ou de serviço.

Em nosso paiz taes disposições serão de rara applicação, porque faltam as populações operarias numerosas e a escassez do pessoal faz com que o operário imponha o preço ao patrão e.não este áquelle.

Masê-Daria censuro nesta parte o código italiano com certas vistas largas, mas não tem inteira razão na critica que faz, porque esta reduz-se a pretender provar que a lei actual ahi pouco differe das anteriores. *

Ainda com referencia ao art. 204 do código, cujo correspondente no italiano, segundo vimos, é considerado de difflcil inlelligencia para os seus interpretes, diz Garraud sobre disposições parallelas do código francez, que ellas são armas velhas e desusadas que o poder publico conserva somente para servir-se delias em circnmslancias excepcionaes e cujo uso só pôde ser justificado quando a violência ou a fraude intervém nos factos. [1]

TITULO IV

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

CAPITULO I

PECULATO

CÓDIGO

Art. 221. Subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, effeitos, géneros ou quaesquer tens pertencentes a fazenda publica, confiados à sua guarda ou administraecão ou á de outrem sobre quem exercer fiscalisação em razão do oflicio;

i Maeé-Daria *apud* Lorabroso, TROPPO PRESTO, *appunti ai nuova códice etc,* 2ª ed. pg. 119.

[1] Garraud, Oim. crr., vol. 5°. pg. 453.

Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso próprio ou alheio:

Penas—de prisão cellular, por seis mezes a quatro annos, parda do emprego e multa de cinco a 20 % da quantia ou valor dos e(leitos apropriados, extraviados ou consumidos.

Art. 222. Emprestar dinheiros, ou effeitos públicos, ou fazer pagamento antecipado, não tendo para isso autorisacSo:

Penas — de suspensão do emprego, por um mez a um anno e multa de cinco a 20% da quantia emprestada ou paga por antecipação.

Art. 223. Nas penas dos artigos antecedentes e mais na perda do interesse que deveriam perceber, incorrerão os que, tendo, por qualquer titulo, a seu cargo ou em deposito, dinheiros ou effeitos públicos, praticarem qualquer dos crimes precedentemente mencionados.

COMMENTARIO

39. Este titulo corresponde ao V do código que contém um capitulo único subdividido em sete secções.

Aqui o titulo está dividido em seis capítulos.

Por necessidades de methodo, é impossível seguir no texto acima a ordem numeral ou successiva dos artigos do código.

E' mister estabelecer antes os princípios geraes que dominam toda a matéria geral deste titulo, para depois tratar especialmente do objecto dos respectivos capítulos que correspondem ás secções do Código.

Pessina classificando os crimes conforme offendem o direito social ou o individual; de modo predominante em cada um delles, enumera os crimes contra a personalidade do Estado na sua actividade jurídica, collocando em primeira linha entre estes últimos, os *eleitoraes* de que já tratamos no titulo primeiro, e em -segunda linha os que constituem *o abuso do officio publico,* como género que comprehende os crimes deste titulo do nosso Código Penal.

O nome do género no direito francez ê *forfaiture,* no italiano, para alguns autores, ê *preoaricazione.* A *prevaricação,* tanto no nosso Código Criminal anterior, como no Código Penal vigente, é *espécie* e não *género* dos mal chamados crimes de *responsabilidade* dos empregados públicos.

Em todos os projectos de revisão, esta denominação comprehende somente, a exemplo do Código Italiano, em *espécie,* o abuso* do officio de advogado em certas e determinadas condições.

• Nós não temos termo que exprima o *género,* e sobre esta questão, como nota Pessina, tudo isto parece uma superfetação, porque fazer da questão do nome uma quastão de substancia pôde dar logar a suppòr que entre vários crimes

de abuso de officio ha alguns para os quaes falta determinação penal expressa.

I O «abuso do officio publico», diz o mesmo autor, é *nomen júris,* genérico, por nós adoptado para designar todas as figuras possíveis de crimes pelos quaes o depositário da autoridade social vem a violar a santidade do seu minis tério e com isto a conculcar o Direito do Estado que elle ô chamado a representar como autoridade concreta. A auto ridade do Estado é digna de respeito emquanto e a mesma idéa de justiça, que age sobre os indivíduos, graças a alguns delles, chamados a realisal-a praticamente; não sendo o exercício do poder social acto de livre pratica, mas cum primento de dever, ministério social. H

Oflel cumprimento do que a lei prescreve, segundo a apreciarão conscienciosa do seu conteúdo, por parte do funcclonario publico, ê condição indispensável para que o Estado faça reinar o Direito na vida social.

O Estado se purifica de todo elemento de arbítrio individual, graças ú responsabilidade dos órgãos do Poder, em virtude da qual faz sujeitar a justa punição o que dentre elles trahe o mandato publico ou da justiça.

A's garantias de que os órgãos da autoridade são cercados no consorcio civil, devem, portanto, corresponder as penas pelos actos daquelles que se desviam, servfndo-se do poder como um meio, assim como as aggravações da penalidade, quando elles incorram naquelles crimes que deviam prevenir, ou reprimir.

A historia mesma do direito nos ensina as varias hypotheses criminosas de taes factos e as varias determinações penaes que os legisladores lhes teem contraposto.

Mas a característica commum a todas essas maneiras de delinquir, que forma a índole própria dos crimes de officio, é converter aquelle poder, que é dado para a actuação da justiça social, num melo de violação do direito '.

O *abuso de autoridade* é considerado, ora como *género,* para significar todo crime do funccionario publico, commettido por meio da funcção, ora como *espécie, innominado,* quando o crime não é tal que possa ter uma designação especial, como o *peculato, concussão, corrupção,* etc. [2].

Os crimes commettidos por empregados públicos no exercido de suas funcções teem um caracter *profissional,* motivando uma classificação ô. parte no conjuncto das incriminações penaes. Pertencem a muitas variedades, que se podem grupar assim:

1°, infracções contra a *cousa publica*;

[1] Pessina, KLEMENTI **CIT. vol.** 3° **pag.** 50.

• Garrara, PROORAMMA. **DBL CORSO** ***di*** *dirilto* ***criminále,*** **Lueca e Prato 1881-83, pag. 63,** § 2509, **Part.** Spec, vol. **5».**

2º, contra os *particulares;*

3º, contra os *bens ;* ou 1° em crimes *de ojflrio* propriamente dito, quando se trata da violação pelo funccionarlo das regras de sua profissão ; ou, S° em crimes *tnixtos,* quando a violação ao mesmo tempo fere essas regras *wrojlssionaas* e as communs a lodo cidadão *. •?

I Em geral, ô o abuso da funcçõoou profissão que, conforme a linguagem pouco expressiva docod. crim. anterior e docod. do processo crim. de 1832, constituo o que no nosso direito, ató agora, cliama-se crimes *de responsabilidade* dos empregados públicos.

0 nosso cod. pen., como dissemos, não guardou aqui a ordem melhor, porque, como notava o ministro italiano ZanardHli, as noções *especificas* devem preceder ás *geraesl* ou *genérica8.*

Também não sendo possível discriminar nitidamente factos que podem ser com meti idos tanto por funecionarios, como por particulares, não ô preferível ao svstema do cod. Uai., o syslemu do cod. francez, que «cinde muita vez aqueflas noções, conforme a qualidade do agente, sendo esse o sentir insuspeito de Garraud.

E a razão por que estamos, seguindo o systema dos projectos de revisão, na exposição das matérias do cod., commentando os artigos deste, cujos defeitos Iremos salientando, já em relação ao titulo em geral, Já respectivamente ás secções especiaes, como a do *peculato,* que e a primeira de que passamos a tratar.

-to. Justificando, nessa conformidade, o projecto de 1893, dissemos :

liste titulo exigiu modificações no sentido de corrigir conceitos erróneos de figuras criminosas e additar ou ge-1 ■ncralisnr definições deficientes dos códigos anteriores, que se notam aliás no francez, belga, portuguez e outros.

O vigente, apezar de tomar como fonte neste ponto o italiano, aflustou-se delle, não aproveitando as disposições por cile aperfeiçoadas de accôrdo com os códigos allemão, húngaro e hollandez e a jurisprudência assente pelos autores e interpretes do direito romano.

Assim, os nossos códigos só comprehendem o *peculato* de cousas pertencentes a fazenda, quando a doutrina e legislação moderna não fazem diflerença, quando as cousas subtranidas ou distrahidas pertençam a particulares, mas estejam sob a guarda de funecionarios *tanquam talis.*

[1] **Garraud, OBR. CIT.** 3º **vol.** pag. 332.

* EXPOSIÇÃO **PR MOTIVOS,** ETO., do 1S93, pag. 11.

Não obstante esta advertência, o projecto de 1896 foi redigido de modo que, justificando o substitutivo de 1897, ainda dizíamos:

E' um dos títulos em que se revela mais casuística a nova redacçSo.

Apesar disto, parece que o conceito do *peculato* não abrange senão a cousa *publica* sob a guarda do empregado.

Entretanto ja, a Ord. do Liv. 5º, Tit. 74, era tão comprehensiva quanto o direito romano sobre o desvio de dinheiros *particulares* empregando as expressões « ou furtar a outrem».[4]

Feito este reparo, os outros artigos do capitulo constituem repetições inúteis. *

E' impossível argumentar, ou mesmo raciocinar, negando-se ou desconhecendo-se todos os princípios.

O projecto de 1896, convertido no de 1899, não soffreu neste ponto alteração e o parecer da illustre- commissão •parlamentar, juridicamente, não o justifica a attender-se simplesmente ás suas próprias palavras :

«O titulo IV trata do *peculato.*

O conceito deste crime não é simplesmente o furto, quando commettido por empregado publico.

Os elementos constitutivos de semelbante infracção acham-se bem especificados no art. 178 do projecto, e desdobram-se assim:

I. Qualidade de empregado publico;

II. Apropriação, consumo, ou extravio de dinheiro, de effeitos públicos, ou de outros objectos a cargo do delin quente ; consentimento deste para que outrem o faça.

Nem o projecto pôde ser taxado de casuístico, quanto ás disposições dos arls. 179 e 180. Elias apenas visaram tornar nítida a figura do crime de peculato, e bem conhe cidas as pessoas que possuem a qualidade de funccionariosj públicos; tudo isto com o louvável intuito de evitar a variedade nos julgados. U

E muito embora o/>ecaZafocomprehenda as duas figuras do crime, que os citados artigos encerram, tomada que seja a expressão no seu sentido lato, a commissão, todavia, reputou mais conveniente especificar, até porque no seu projecto não encontra guarida a interpretação extensiva ou por analogia. [5]. »

Vê-se que os autores do projecto pronunciam o *penitet me,* reconhecendo implicitamente a casuística com a repetição de casos *especiaes,* comprehendidos nos *geraes;*

[1] Pereira e Souza, CLASSE DOS CRIMES, BTC, Lisboa, 1816, pag. 104.

* EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, BTC., de 1897, pag. 9.

* PARECER BTC, CIT. de 1898, pag. 11-

não dizendo palavra sobre a extensão do *peculato* a cousas *particulares* sob a guarda do empregado publico., *tanquani talis.*

Silva Ferrão notou o defeito desde o nosso cod. crim. de 1830, corrigido neste ponto pelo cod. portuguez de 1852, que lhe serviu de fonte. *.

O direito argentino e o cod. uruguayano, art. 168, não encerram tal defeito, embora o art. 267 do código argentino pareça duvidoso na applicaçâo, segundo o Dr. Rivarola que faz distincções [2].

O direito hespanhol tem o velho sentido restricto [3].

Mas, o novo código hespanhol, art. 407, prevê effeitos ou cousas particulares [4].

A noção romana, pois, seguida por muitos códigos e adoptada pelos projectos de 1893 e 1897, é esta : *non solum pecuniam publicam sed etiani* PRIVATAM *crimen peculatus facere* — L. 9, §3 D. *ad leg. Jul. peculatus.*

Como o gado *(pecus)* servia de moeda em Roma, além de constituir quasi que a sua riqueza nos primeiros tempos, figurando mesmo até a gravura de bois e carneiros sobre o primeirocobre que serviu de moeda aos romanos, dahi vem a origem da palavra *peculato.*

A principio era o furto dos dinheiros públicos e de tudo que pertencia ao povo romano ou ao imperador.

Si o crime era ommettido por thesoureiro ou administrador, tomava o nome de crime *de residuis.*

Diversas Ordenações de Portugal se referiam a esse crime sem dar-lhe tal nome.

Todos esses princípios estão lucidamente estabelecidos por interpretes do código italiano, fonte do nosso, em uma vasta encyclopedia do respectivo direito [5].

41. Os elementos constitutivos das espécies desta secção são: I°, a qualidade de funccionario, thesoureiro, almoxarife, etc.; 2°, a subtracção ou distracção; 8°, de dinheiros ou cousa movei, públicos ou particulares ; 4°, sob a adminis-tracção, guarda ou exacçâo do empregado e em consequência, em razão de suas funcções, *lanquam talis.*

O código penal, art. 221, como se vê do texto, quanto ao 1° elemento, nem declina o sujeito do verbo da oração prin-

[1] Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. G°, pag. 190.

» Dr. Rivarola OBR. CIT., vol. 3°, pag. 139, n. 1.071. Vasquez Ace-vedo. OBR. CIT., pag. 164.

■ Pacheco, OBR. CIT , vol. 2°, pag. 505. Viada y Villa Secca, CODIOO PENAL. ETC. Madrid, 1890, vol. 2", pag. 652.

* Gonzalez y Serrano, OBR. CIT., pag. 262.

'Manduca, *apud* Cogliolo, OBR. CIT. , vol. 2", part. I, pag, 683. Ferrini. IDEM, vol. 1° parto I, pag. 260; este ultimo quanto ao direito penal dos Romanos.

cipal, occulta-o, isto ê, o sujeito do crime *de peculato,* mos no fim da Iª parte do mesmo artigo considera como peculatario aquelle que exercer fiscalisaçSo sobre este.

Assim, o inspector de uma alfandega ou o delegado fiscal do thesouro, em um Estado, é peculatario, quando o thesou-reiro, ou pagador da sua repartição, incorrer no mesmo crime!

Isto é contrario a todos os princípios do direito publico e do direito penal, como estSo afflrmados na Constituição e no próprio código penal, determinando (art. 72, § 19) que « nenhuma pena passará da pessoa do delinquente » e quel (art. 25, paragrapho único) «a responsabilidade penal ê exclusivamente pessoal».

« Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso. »

O código anterior, fonte do actual, não induzia a taes absurdos, tanto que a jurisprudência excluía da classificação funccionorios, em caso em que pareciam dever ser incluídos :

« O dinheiro do cofre dos orphãos, que se extravia, apezar de recebido por inventario, sujeita o *juiz* ás penas deste artigo, mas *não* assim ao *thesoureiro* do mesmo cofre, que fica sujeito ás penas do art. 154 deste código — Acc. da Relação do Rio, 12 outubro 1852 *, »

Em rigor, desde que o funccionario não tem o deposito ou o manejo do dinheiro ou cousas extraviadas, pôde commetter outro crime, mas não o de peculato.

E' mister que elle tenha a administracçâo, guarda, ou exacção, mas não fiscalisação, porque os chefes a teem, desde o ministro, sobre os inferiores na hierarchia por gradações que chegam ale o servente, que ainda pode fiscalisar o serviço de jornaleiros e carregadores.

O Cod. no art. 221, como se pôde ainda ver do texto, emprega na sua linguagem diffusa outros termos, e referindo-se ao segundo elemento usa dos vocábulos *subtralur, consumir* e *extraviar.*

Esta matéria está eriçada de dificuldades, quer na theoria, quer na pratica, maximé entre nós, sob o império de uma lei defeituosissima.

O Cod. Francez, art. 169, emprega duas expressões equivalentes a duas do nosso código para designarem o acto fraudulento: o desvio ou extravio, *detournement,* e a subtracção *soustraction.*

• Paula Pessoa, COD. CRIM. ANNOTADO, art. 170, not. 522.

Quanto o este elemento do peculato, tendo o nosso código pop fonte aqui o anterior e este o franeez, é digna de menção a respectiva doutrina, como a expõem Garraud, seguindo a Chauveau.e Heiie e arestos da Corte de Cassação.

« O simples *déficit* nfio basta: é mister que os dinheiros recebidos ou depositados tenham sido extraviados pelo depositário ou *comptable* no fim de despojar o seu proprietário. Effectivamente, o extravio de dinheiros commettido pôr um agente do thesoureiro não é outra cousa mais do que um abuso de confiança que se aggrava em razão da qualidade do indiciado. Aqui, pois, c mo em matéria de abuso de confiança ordinária, a intenção fraudulenta se presume quando o agente é posto em *mora* para restituir os dinheiros, effeitos ou títulos e que esta restituição é negada ou impossível. E' inútil, sem duvida, fazer notar que o individuo ou accusado não poderia apoiar-se, para desculpar-se do extravio fraudulento que lhe è arguido, sobre a sufficiencia de sua fiança como garantia da restituição a que é obrigado.» [1]

Esta doutrina se coaduna com a jurisprudência sobre o código antigo fonte do actual:

« Empregado de fazenda, por não ter recolhido *no prazo* da lei a importância da arrecadação, deve ser preso administrativamente, e não effectuado o recolhimento do dinheiro arrecadado no *prazo* que lhe for marcado deve ser então processado criminalmente. » Acc. da Relação do *Ceará,* de 16 abril 1875; *o Direito,* vol. 11, pag. 124.

« Não é possivel constituir em responsabilidade o empregado publico qualquer, por crime de peculato, sem que *previamente* preste *contas* e seja verificado o seu *alcance,* com apropriação sua do dinheiro publico.» Aceda Relação *do Rio de Janeiro,* 4 Maio 1877; *Gazeta Jurídica,* vol. 16. *

E esta jurisprudência estava de accôrdo com a legislação em vigor :

« Art. 6.° Si os thesoureiros, recebedores, collectorese contratadores depois de presos não verificarem as entradas dos dinheiros públicos no *prazo* marcado, se presumirá terem *extraviado, consumido* ou *apropriado* os mesmos dinheiros, e por conseguinte *se lhes mandará formar culpa* pelo crime de peculato, continuando a prisão no caso da pronuncia e mandando-se proceder *civilmente* contra os seus fiadores. » Dec. n. 657, de 5 de dezembro de 1849.

4». O processo dos extravios de dinheiro commettidos por um depositário ou responsável publico, pergunta Garraud, está sujeito á alguma condirão prévia ? Deve-se dis-

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 3º, pag. 343.

* Ferreira Tinoco, COD. CRIM. ANNOTADO, art. 170, not. 156.

tinguir, para resolver esta questão, si se trata de dinheiros públicos ou de dinheiros particulares.

Seja-nos licito acompanhar *pari-passu,* attenta a sua autoridade, o citado autor francez e outros, uma vez que o respectivo Cod. Pen. foi a fonte dos nossos, para melhor explicar a doutrina do direito brazileiro actual, que não pôde deixar de ser a mesma.

A) A descoberta de extravios de dinheiros públicos, commettidos por um depositário ou responsável, pode-se apresentar na pratica, *antes, durante* ou *depois* da *liquidação (apurement)* da sua conta pela *autoridade competente.*

Qual será a jurisdicçSo que devera primeiro estatuir? O tribunal criminal poderá reconhecer a existência do crime commettido pelo responsável, sem que previamente, a conta tenha sido liquidada pela jurisdicção administrativa competente? Ou, muito ao contrario, a jurisdicçSo administrativa deverá, em primeiro Iogar e por prioridade, liquidar a conta, de sorte que a rejeição das verbas *falsificadas,* si se trata dum processo por *falsidade,* ou a restauração das verbas *fleticias,* si se trata dum processo por *descio,* tornar-se-ha a base da incriminação e da condemnação do agente responsável ? Isto importa o mesmo que indagar si a constatação da existência do *deficit,* no caso em que ella é negada constitúe uma *questão prejudicial,* que deve ser examinada e decidida pela autoridade administrativa, competente para apreciar a responsabilidade do indiciado. I Demos agora a palavra a Hoffman por sua autoridade especial na matéria:

Quando um *responsável* por dinheiros públicos é processado em virtude dos arts. 169 e seguintes do código penal, por haver commettido uma subtracção punível, a questão de saber, si ha *deficit* real, questão que não pode ser resolvida sinão depois da liquidação previa duma conta, é*prejudicial* e deve ser reenviada á decisão da autoridade administrativa competente, a menos que o *deficit* não feja reconhecido como constante pelo responsável mesmo, ou que não lenha sido já verificado pela administração que tenha qualidade para fazel-o.

Mais particularmente conforme a este ultimo ponto são os arestos da Corte de Cassação de 17 de outubro de 1840 e 17 de abril de 1847, decidindo especialmente o ultimo que, si o responsável publico, processado por desvio ou extravio, pode, em geral, sustar o processo pedindo a liquidação prévia de sua conta, esta regra cessa entretanto de ser applicavel quando o processo tem tido lugar por denuncia mesmo d D Ministro constituído pela lei, juiz da responsabilidade do func-cionario: uma tal denuncia excluindo a approvação da conta apresentada por este funecionario.

f

Gorroud cito «restos neste sentido da Corte de Cassação de 1819, 1842 e 1855.

Blonche notando esta jurisprudência, aconselho obedecèl-a, mos nflo o approval-a. Mos, no opiniõo de Garraud, os argumentos que elle indica, nõo lhe parecem satisfactorioe., Sem duvida, esta jurisprudência nco pode invocar um texto preciso, que « como no coso de adultério ou de diffomeçao, v. g., subordina a acção do ministério publico a queixa da parto lesada. Mas ella invoca o principio geral da separação das autoridades e o art. 16 da lei de 16 de setembro de 1807.

Ora, observa ainda Garraud, como nós temos demonstra- j do. consta to ndo, *antes* de qualquer liquidação de contas os extravios comraettidos por um responsovel ou depositário publico, a autoridade *juaiciaria*se *immiscmria* numa questão precisamente reservada a uma jurisdicção *ãdministratica* especial.

Certamente, conclúe Garraud, a denunciado ministro é exclusiva da approvação da responsabilidade pela adminis- i tração, mas basta para constituir o responsável em *debet* ? | Nós nflo o pensamos, porque as jurisdicções administrativas foram precisamente instituídas para *julgar* e *liquidar* as contas por meio dum *processo legal* e sob a égide duma *in*-1 *istrueçào technica.*

ElTecUvãmente, HoTfman observa que Haus nõo admitte que possa haver na Bélgica questões prejudiciaes *administrativas,* em face da sua Constituição art. 92 que declara que « todos as contestações que lòm por objecto direitos civis suo exclusivamente da alçada dos tribunaes».

Depois de combater a opiniõo de Haus, resolvendo todas as objecções que delia resultfio, conclue:

Attribuir ao tribunal de repressão o conhecimento das contestações que podem surgir entre a autoridade administrativa e o seu subordinado, reconhecer-lhe o direito de liquidar elle mesmo a conta apresentada por este ultimo e fixar o *deficit,* seria querer que na realidade elle praticasse um acto, que nós acabamos de dizer, nflo pôde ser senSo um acto da administração, seria confundir as attribuições de dous poderes distinctos, que nossas leis orgânicas têm cuidadosamente separado.

E' mister pois admittir que aqui ainda, a competência do tribunal de repressão acha-se limitada por um principio nõo menos constitucional que aquelle que proclama o art. 92 da Constituição belga, isto é, pelo principio da *separação dos poderes.*

lloffman cita numerosos arestos d JS tribunaes belgas no mesmo sentido.

E' pois certo que na Bélgica, como em França, tem lugar a devolução do negocio õ autoridade administrativa, porá fixação do *reliquat* do responsável processado por

desvio de dinheiros públicos, si ha contestação sobre este ponto.

Daqui resulta que, si o responsável processado pede a suspensão do processo até a liquidação das suas contas pela autoridade administrativa, o tribunal de repressãoé obrigado a concedel-o, desde que se provar que a excepção dilatória reúne os caracteres queridos para a suspensão, f^

A suspensão diz ainda Hoffman, deveria mesmo ser pronunciada *ex-ojjlcio,* si houvesse duvida seria que o responsável processado estivesse realmente alcançado, ou ai se ignorasse por que soturna o era; porque, por um lado, a condição que haja *alcance* é essencial para que possa haver condemnação; e, por outro lado, como as *penas,* assim como a competência varião conforme a somma dos valores desviados ou subtrahidos, é muito necessário que o *reliquat* seja previamente determinado pela autoridade administrativa, antes que se possa proceder ao julgamento do negocio principal.

A suspensão poderia ser pedida também por qualquer outro individuo processado por desvio de fundos a elle confiados num fim determinado, si a prova do desvio dependesse duma prestação previa de contas a fazer administrativamente.

Entretanto, o responsável, indiciado por delapidação de dinheiros públicos, não seria admittido a reclamar que a conta que o conslitue reliquatario não havia sido debatida contradictor iameu te com elle, si, posto em mora, elle se houvesse recusado a um debate con tradictor io, e si assim tivesse coliocado, por sua resistência, a autoridade administrativa na necessidade de liquidar sua conta sem tel-o ouvido.

Digamos ainda que a suspensão ou addiamento de que nos temos occupado pode ser pedido diante das jurisdicções da instrucção, tao bem como diante das jurisdicções do julgamento.

A autoridade administrativa, a que se refere Hoffman, é o tribunal de contas, *Cour des Comptes.*

Digamos, entre parenthesis, antes de proseguir, que Haus, mais tarde, parece ter mudado de opinião, coufor-mando-se com. a doutrina corrente e a jurisprudência belga, ao menos no ponto especial do peculato [1].

Assim, observa ainda Garraud, que o principio da s<?-| *paração dos poderes,* consagrado pelas leis de 16-24 de agosto de 1790 e 16 do fruetidor Anno II, leva a exigir, como *preliminar* do processo, por extravio, de um responsável publico, que o culpado tenha sido, *previamente,* de-

[1] Haus, Droit Pinai Belge, Paris 1379, 2° TOI. pag. -107, n, 1192,

clarado/ *alcançado* ou devedor pela administraçfio de que é proposto. (Faustin Hélie, *Prat. crim.* T. II, n. 321. A. Ber-tauld, *Questions et Exceptionspréjudicielles* n. 70.)

O art. 16 da lei de 16 de setembro de 1807 confirma este ponto de vista. O exame de uma responsabilidade ou contabilidade exige conhecimentos *especiaes* e *technicos.* O processo diante do Tribunal de Contas *{Cour des comptes)* offerece as *garantias* as mais completas para chegar ao descobrimento da verdadeira situação das operações da caixa ou cofre a cargo do responsável. E' possível confiar, seja a *jurados,* seja mesmo a um tribunal *correccional,* a verificação de uma conta ? •

Quaes não seriam os inconvenientes de um systema que não subordinasse o processo dos extravios imputados aos responsáveis públicos á uma decisão prévia do Tribunal de Contas? ; v

Si se suppõe um *veridictum* negativo do jury, em virtude do qual o responsável fica livre, a decisão não terá, sem duvida, influencia alguma sob o ponto de vista da liquidação da conta. Mas, si se suppõe uma condemnação, o Tribunal de Contas ficará ligado por esta decisão, pois que a autoridade da cousa julgada, em matéria criminal, é absoluta. Não se chegará assim a regularisar uma verdadeira *immixtão* da autoridade *judiciaria* nas matérias reservadas á *administração* f

Eu creio, diz Garraud, dever estabelecer duas regras : I[a], quando o extravio ê descoberto, quer *antes,* quer *du-* | *rante* a liquidação da conta, a jurisdicção criminal é incompetente *si et in quantum;* ella não deve, pois, ser pre-vinida pelo Ministério Publico; e, si ella é previnida, ella é obrigada, não a declinar, mas a sustar a sua acção, deixando de estatuir, até depois da liquidação da conta; 2[a], quando o extravio é descoberto *depois* da liquidação, uma distincção se impõe. A jurisprudência repressiva julgará a infracção, si a accusação, longe de contestar a liquidação, se conforma.

Ao inverso, ella deverá sustar o procedimento, deixando de estatuir, si o extravio processado e provado contradiz os detalhes da conta ajuizada. Neste ultimo caso, ella aguardará a *revisão* da conta, que será provocada pelo procurador geral junto ao Tribunal de Contas, em virtude do art. 14 da lei de 16 de setembro de 1807.

B) Si se trata, porém, de um extravio de dinheiros particulares e que o responsável nega que estes dinheiros tenham sido depositados em suas mãos ou lhe tenham sido confiados, a existência do *deposito* ou do *mandato* deve ser provada segundo as regras da lei civil. Com effeito, nós sabemos que o systema de provas não depende da na-

tureza da jurisdicção ante a qual ellas serão dadas; de pende da natureza do facto a provar.

TM

A seu turno, diz ainda Hoffman, quanto ao desvio de dinheiros ou effeitos que teem sido depositados *voluntariamente* nas mãos de um depositário publico, ou de qualquer outra pessoa, elle constitue o abuso de confiança *por violação* do deposito, previsto no art. 408 do Cod. Pen. francez e dá logar, no caso de denegação do deposito por parte do indiciado, ú uma questão *prejudicial,* da alçada do juiz competente, para conhecer da infracção, mas que deve ser resolvida conforme as regras traçadas pela lei civil.

A opinião de Garraud e Honmann está de accôrdo com a de innumeras autoridades, como as de Blanche, Faustin Hélie, Chauveau, Bertauld e outros e com a jurisprudência, que os primeiros attestam ser constante neste ponto. *

Numa palavra, si se trata de dinheiros *particulares,* a prova do *deposito* deve ser fornecida pelo interessado ou pelo Ministério Publico, conforme o direito commum, porque nesta espécie o *peculato* se assemelha á infidelidade no deposito particular.

Mas, note-se, conforme vimos, que os nossos códigos, anterior e vigente, não comprehendem tal espécie de pe~ cuia to.

B Em 1857, commentando o Código Penal portuguez, comparado com o nosso Código Criminal anterior, observava Silva Ferrão, relativamente a Portugal, que, no regimento do Tribunal de Contas, art. 10, se acha providenciado, que, si pelo exame e verificação das contas, se leconhecer que ura responsável commetfeu, no exercicio de suas funcções, dolo, falsidade, concussão ou *peculato,* o tribunal deverá, sem demora, dar conta, *afim de que posso* ser instaurada a acção criminal competente. [2]

4.-3. A boa doutrina ensinada por Blanche, Hoffman, Garraud, Chaveau e Hélie, Faustin Hélie, Bertauld e outros, está encarnada no nosso novo direito, e tendo mais fortes raizes do que em França, na constituição da Republica.

Assim, o primeiro principio, cardeal na matéria, está na Constituição Federal, quando diz :

«Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, *o Executivo* e o *Judiciário,* harmónicos e *independentes enire* si.»

[1] Garraud, OBR. CIT., 3º vol., n. 249, pasr. 319; Blanche, OBR. CIT., vol. 3o, n. 360, pg. 659, n. 363, pag, 667; Hoffman, QU ESTIO NS PRÍ-jaDiciKLi.ES, Paris, 1865-70, vol. 3º, pag. 89, e paga. 577 e seguintes. App. na. 269 e seguintes; Hélie, PRATIQUE CRIMINELB, 2° vol. n. 321 pag. 204 ; Chaveau, Helie, YiUey, THÉUUE DU CODE PÈNAUB, Paris, 1887-88, *2º* vol.; pag. 795.

» Silva Ferrão, OBR. CIT., TOI. 6º, art. 313, pag. 191.

O segundo, quasi tão importante especialmente no caso, porque dá áquelle a sua effectividade real e pratica está na mesma Constituição, quando dispõe :

« Ari. 89. E' instituído um *Tribunal de Contas* para *liquidar as contas* da receita e *despesa* e verificar a sua *legalidade,* antes de serem apresentadas ao Congresso.

Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da Republica, com approvaçfto do Senado, e somente poderão perder seus logares por sentença.»

O decreto legislativo n. 392, de 8 de outubro de 1896, que *reorganisa o Tribunal de Contas,* define bem a instituição :

« Art. 2.° 0 Tribunal de contas tem jurisdicçfio*própria* e *prit-atiça* sobre as *pessoas* e as *matérias* sujeitas d sua *competência* ; abrange todos os *responsáveis* por dinlieiros,. valores e material *pertencentes á Hepublica,* ainda mesmo que residam fora do pais.

Agindo, como Tribunal de Justiça, as suas decisões definitivas teem forca de sentença judicial.»

As citadas disposições, quer constitucionaes, quer da respectiva lei orgânica, conceituam o alta instituição e a sua grandiosa missão.

No ponto questionado, é a mesma lei que estabelece :

« Art. 3.° O Tribunal exercita a sua jurisdicçfio contenciosa :

3 i Ordenando a *prisão* dos responsáveis com *alcance* julgado em *sentença definitiva* do Tribunal, ou intimados para dizerem sobre *o alcance verificado* em processo corrente de *tomada de contas,* que *procurarem ausentar-se*\ *furtivanie/ite,* ou *abandonarem o emprego,* a com missão ou o serviço de que se acharem encarregados ou houverem tomado por empreitada. O tempo de duração da prisão administrativa não poderá exceder de *três meses,* findo o qual serão os documentos que houverem servido de base & decretação da medida coercitiva, remettidos ao *procurador geral* da Republica para instaurar o processo por crime de *peculato,* nos termos do art. 14 do decreto legislativo n. 221 de 20 de novembro de 1894.

« A competência conferida ao Tribunal por esta disposição, em sua primeira parte não prejudica a do Governo e seus agentes, na forma da segunda parte do art. 14 da lei n. 221, de 2) de novembro de 1894, para ordenar immediata-mente a *detenção provisória* do responsável *alcançado, até que o Tribunal delibere sobre a dita prisão,* sempre que assim o exigir a segurança da Fazenda Nacional. »

A disposição citada neste n. 3 do art. 3° é a seguinte:

« Art. 14. E' mantida a jurisdicção da autoridade administrativa (decreto n. 657, de 5 de dezembro de 1849) para ordenar a *prisão* de todoe qualquer responsável pelos di-

uheiros e valores pertencentes á Fazenda Federal, ou que, por qualquer titulo, se acharem sob a guarda da mesma nos casos de *alcance* ou de *remissão* ou *omissão* em fazer os entradas nos devidos *prazos,* nOo sendo admissível a con-cessfi} de *habeas-corpus* por autoridade judiciaria, salvo si a petição do impetrante vier instruida com documento de quitação ou deposito do *alcance verificado.**

« Suo competentes porá ordenar a prisão, no Districto Federal, o ministro e secretario dos negócios da fazenda, e nos Estados, os inspectores das Alfandegas e os chefes e directores das Delegacias Fiscaes, relativamente aos indivíduos que funeciouarem ou se adiarem no referido Estado. » ■ No direito actual c vigente do Republico, o ministro da fazenda, so no Districto Federal, pôde, no assumpto, ordenar a *detenção provisória* do responsável com *alcance julgado* em sentença *definitiva* do Tribunal de Contas, ou *alcance verificado* em processo corrente de *tomada de contas* de responsável que *procurar ausenta r-sc furtira-\mente* ou *abandonar o emprego* e isto até que o Tribunal de Contas *deliltere* sobre a dita prisão.

O legislador na lei de 1896 modificou a de 1804, offeiçoondo esta, neste ponto ao regimen daquella. ^ Igualmente a occflo criminal por *peculato* só pode ter como I«i9e o (r/cnnce verifico do por aquellas duns formas sobre os documentos enviados pólo Tribunal de Contas ao procurador geral da Republico.

Suppir que o ministro da fazendo receba do Tribunal! deCon'os, remetia ao ministro da justiça e este o o procurador geral da Republica para transmitth* aos procuradores seccionaes, os documentos para o processa, êsuppúr um circuito inútil.

Referimo-nos ao ministro da justiço, p irque, no hierarchia administrai iva, este éo Chefe do ministério publico, | si o é, e ujv> o Procurador geral da Republica, com o sua sede no Supremo Tribunal Federal.

O ministro do fazenda está fora da hierarchia, quer em relação oo ministério publico, quer em relação ao Tribunal de Contas, que não lhe esld subordinado na esphero contenciosa.

Só por abuso ou excesso de poder, poderá o ministro da Fazenda *irnmiscuir-se* no processo judiciário do *peculato,* substituindo o suo acção á do Tribunal de Contas.

Mas, quer os representantes do Ministério Publico, quer os juizes federaes, podem deixar de obedecer ás ordens dum ou doutro ministro em taes condições e devem fa-zel-o para não incorrerem, a seu turno, na responsabilidade de cumprir ordens illegaes.

A doutrina que estabelecemos nos termos da lettra da lei está confirmada pelo decreto n. 2409, de 23 de novembro

de 1896, que approva *o Regulamento do Tribunal de Contas,* em execução da citada lei n. 392, de 1896. Diz o regulamento :

«Art. 59. O Tribunal de Contas tem jurisdicção*própria* e *privativa* sobre as pessoas e as matérias sujeitas á sua *competência*.

« Art. 67. O Tribunal de Contas tem competência:

« *b)* Como Tribunal de Justiça para o fim de *julgar as contas dos responsáveis,* estabelecendo a situação jurídica entre o mesmo e a fazenda publica e decretando a liberação daquelles ou condem nando-os ao pagamento do que deverem ao Thesouro, *por alcance.*

«Art. 71. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça:

« § 3.° Ordenar a prisão dos responsáveis que, estando condernnados ao pagamento do *alcance fixado* em *sentença definitiva* do Tribunal, ou tendo sido *intimados* para dizerem sobre o *alcance verificado* em processo corrente de *tomada de contas, procurarem ausentar-se furtiva-mente,* ou abandonarem o emprego, commissão, ou o serviço de que se acharem encarregados, ou de que houverem tomado empreitada.

« *a)* O tempo de duração da prisõo administrativa não poderá exceder de três mezes, findo o qual, serão os documentos remettidos ao procurador geral da Republica para instaurar o processo por crime de *peculato,* nos termos do art. 14 do decreto legislativo n. 221, de 2.) de novembro de 1894;

« *b)* A c >mpetencia conferida ao Tribunal por esta disposição, em sua primeira parte não prejudica a do Governo e seus agentes, na forma da segunda parte do art. 14 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, para ordenar immediatamenle a *detenção* dos responsáveis por saldos não recolhidos, *o provisoriamente* a do responsável com *alcance fixado* pelo Tribunal, até que este delibere sobre a dita prisão, sempre que assim o exigir a segurança da fazenda nacional.»

-Até a revisão da conta de que falia Garraud, nos termos da legislação franceza, está prevista na citada disposição do decreto n. 2409, de 1896:

M «Art. 71. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de *Justiça* :

« § 10. Julgar os embargos oppostos ás sentenças por elle proferidas e *admittir a revisão* do processo de tomada de contas, em virtude do recurso da parte, ou do representante do *ministério publico*.»

Emquanto, pois todos, esses tramites não estão percorridos e taes recursos esgotados, não ha base jurídica para um crime de *peculato.*

Base de crime quer dizer *certesa* do crime, e ai se pôde fazer um processo para apurar quem s8o os autores dum crime, este sempre já está supposto como certo, sendo aliás o principio estabelecido no nosso cod. do proc. criminal, art. 145.

DJ mesmo modo que em França, o representante do ministério publico junto ao Tribunal de Contas exercita diante deste as atlribuições dos decretos ns. 392, art. 8, n. 3, letlra e, e 2409, arls 84 e 85.

Sô temos transcripto textos sobre *detenção* ou *prisão provisória* ou *definitiva,* porque elles se referem ao *peculato,* embora a este não se refira o art. li da lei n. 221, que só re refere, á prisão.

E, para concluir este ponto, o Tribunal de Contas, si como tribunal politico-financeiro, fiscal isa, como tribunal de justiça administrativa-contenciosa, julga, offerecendo a um tempo garantias consoantes a sua independência e alta missflo, por um lado, á fazenda publica e por outro lado não menos importante, aos direitos dos responsáveis referentes, quer ás suas pessoas, quer aos seus bens.

Não concordámos pois com dous arestos, embora proferidos antes da reorganisação do Tribunal de Contas, um dos quaes chega a transferir para o peculatario o ónus da prova negativa e por isso mesmo difficilima de não achar-se **leonçada*:

« Não se considera constrangimento illegal a prisão de um responsável por dinheiros públicos, *não* dando *a prova*\ de que *não* está *alcançado* para com a fazenda nacional.» 9 « *Não* ha constrangimento *illegal* na prisão *preventiva* de um responsável por dinheiros públicos, *embora não* esteja *ainda* verificado o *alcance* pelo qual responde » . Accs. Supr. Trib. Federal, 1 de julho e de 21 de agosto de 1895.

Nos dous julgamentos, dentre doze ministros, cinco erfio de opinião contraria, num, e quatro, noutro.

4.4. Carrara e Pessina interpretam os três códigos italianos, especialmente o toscano, anteriores ao vigente e Puglia resume a doutrina daquelles autores e refere-se a este ultimo código, todos tratando em geral do elemento constitutivo dj crime de que ora nos oceupamos, isto é, aj *subtracção* ou *distracção.*

m Carrara entre os extremos do crime de peculato menciona as *condições* da *entrega,* e observa que na jurisprudência commum prevalece a regra que para haver o titulo de peculato é requisito indispensável, que o depositário publico seja devedor de *espécie* e não de *quantidade,* que tenha a obrigação de *conservar* e *restituir* o dinheiro ou a cousa, e que pois o funecionario publico que seja responsável propriamente das sommas que administra com a mera obrigação de dar ou entregar o *tantundem,* quando não se conserve fiel

em dar conto, não seria passível sinão somente de acção *eioih* Garrara refere-se a doutrina contraria e combate-a, porque nfio corresponde aos princípios *jurídicos* e nem mesmo aos princípios *moraes.* Não aos primeiros, porque o funecionario devedor de *quantidade* é proprietário das cousas que recebera natureza do contracto lhe dá a faculdade de dispor delias. Nfio corresponde aos princípios moraes, porque entretanto que o funecionario publico nfio está em dolo quando usa a seu beneficio do dinheiro que tem como seu, pode depois nfio estar em dolo, nem meêmo quando deixa de corresponder á sua obrigação no dia do vencimento.

Pessina observa, que a questão pode referir-se ao caso de confiança de som mas ou quantias no sentido estricto da palavra e que é questão mais de facto que de direito. Elle escreve de facto: «tirar momentaneamente uma qualquer somma da caixa nfio pode ser por si mesmo o acto constitutivo da *subtracção.* O que importa é que o depositário publico seja *posto em mora* pela restituição da cousa confiada, como vimos quanto ao crime de appropriaçúo indevida.[1]

Nfio nos parece, diz Pugiia, que Pessina tenha examinado a questão dum ponto de vista exacto. Sem duvida alguma, oquillo que importa é que o depositário seja posto *em mora,* mos também depois desta mora pode apresentar-se a questõo sobre a necessidade da restituição de *espécie* ou de *quantidade.* E basta suppòr o caso, que o funecionario publico tenha recebido moeda em *ouro* e para tirar lucro a substitua por moeda em notas ou papel, para convencer-se disto. Logo Pessina não dirime a questão.

Alguns quizeram distinguir *subtracção* e *distracção,* para sustentar que o peculato exigia a *subtracção* e nãol bastava a *distracção.* Mas Garrara combate esta distineção, observando que o funecionario que desvia o objecto publico em seu beneficio, não *subtrahe,* porque tem a posse da cousa, mas a *distrahe* do uso a que era destinada.

Notemos emfim, conclue Pugiia, que sendo considerada muito benigna a doutrina, que sustento ser somente passível de acção *cicil* o funecionario devedor de *quantidade,* que subtrahe a cousa, creou-se um titulo especial de crime distincto do peculato, *o* desfalque ou alcance no cofre *(vuoto \di cassa),* contemplado pelo código toscano e punido com pena levíssima. ODr. Rivarola, menciona também a opinião de Garrara, mas não a acceita por ser contraria ao código argentino.[2]

[1] **Cirrara.** PIIOORAXIMA, **Pavt.** Sp. **7J** vol. § 3373.
Pessina, *Elementicit* vol. 3o pag. 59.
* **Pugiia, MAXUALE DI PIRITTO** 1'E-ÍAI.E, Napoli, **1890, 2o rol. pag. 81.**
Dr. Rivaro!a, OBR. CIT. vol. 3» pag. 136, n. 106(5.

A propósito também, Majno observa que tratando-se de *distracção,* isto ê, daqueila forma que o código toscano previa distinctamente como *cuoto di cassa* (alcance ou desfalque no cofre), esta hypothese suppondoo funecionario devedor de quantidade e assim proprietário das espécies a elle entregues, a consumação do crime não poderia estar simplesmente no uso do dinheiro, mas deveria corisiderar-se em que o caixa intimado a dar conta da quantidade devida torne-se moroso e não faça a entrada obrigada.

Também antes do dia em que deveria effectuar-se a en trada, admitte Carrara que se possa considerar o momento consumativo do delicto de *alcance* ou *desfalque* na *fuga* do caixa. H

O cod. italiano vigente supprimiu essas dislincçôes e fez entrar mesmo na noção do peculato o commercio illicito dos valores. *

Pelo nosso direito já vimos que para ter lugar a acção *criminal ê* mister o *alcance* verificado em processo corrente de tomadas de contas ou julgado em sentença definitiva do Tribunal de contas com as demais condicções legaes; e isto basta em relação á doutrina que acabamos de expor.

Vamos agora referir-nos ao quarto elemento do crime que suscita uma questão sobre o *sujeito* ou *agente* do *peculato.*

No direito francez, si a qualidade de depositário ou *res-Ikmsavel (comptable)* não é provada, o extravio porle constt-uir um *delicio de abuso de confiança* ou de *furto* e incidir sob este titulo na com mi nação do art. 408, do cod. francez, ou doutras disposições penaes, mas não constituo o *crime de\ subtracção* (peculato) previsto pelo art. 169. E' assim que o fiel ou empregado pessoal e particular do recebedor *iperce-\ pteur),* depositário ou responsável *(comptable)* que desvia ou extravia do cofre, os fundos do recebedor ou do Estado, commelte, conforme os casos, um *furto domestico* ou *um abuso\ de confiança qualificado.* O art. 169 é igualmente inappli-cavel ao caso em que o extravio é executado por um empregado da administração, estranho ao maneio dos fundos ou valores que elle tem extraviado. Tem sido julgado igualmente que o individuo, encarregado de comprar, por conta do Estado, aprovisionamentos de géneros ali mentidos, cujo preço elle podia pagar pessoalmente, ou fazel-o pagar pelos Prefeitos e que tinha recebido, não a titulo de *depositário,* mas a titulo de *mandatário,* adiantamentos do ministro competente para o effeito de prover ás despezas de sua missão, não era responsável ou depositário publico e em conse-

« Majno, OBIX. CIT. Part. I, art. 168. na. 861 e 865, pag«t. 510 «512.

quencia, os extravios que elle tinha commettido mão davam lugar á applicaçõo dos arts. 169 e seguintes, *peculato* do cod. penal.

As decisões sSo da Corte de Cassação. * Entre nós *quid júris ?* fl

Conforme dissemos, o nosso cod. penal nos arts. 221 e 222 do texto nem declina o sujeito *activo* do *peculato!* ■jj O ert. 223 apezar do principio geral que estabelece nfio comprehende o caso, do mesmo modo que não o comprehende o art. 221, contendo o art. 222 espécies singulares, fora do conceito do peculato.

A doutrina de Garraud, pois, apoiada na jurisprudência é a única acceitavel na questão.

m <tr». O cod. panai no art. 221 falia de *documentos,* mas estes, os autos ou títulos não são objecta de peculato, porque podem ser subtrahidos pDr *particulares,* ao passo que o peculato só pôde ser commettido por funccionario *publico* e com animo de lucro.

O cod. pen. repete a mesma figura, mas com penalidade differente, no art. 333 eo que mais é com a aggravantedo paragrapho único que se refere a guarda de estabelecimentos e archivos públicos.

Não pôde ser mais deplorável a confusão e a desordem neste ponto, porque o juiz não saberá si deve applicar o art. 221 ou o 333 paragrapho único, em espécie occurrente abrangida por ambos, sendo as penas differentes !

Os nossos projectos de revisão do cod., consagram attenuantes neste capitulo.

Omtttiram, porém, as aggravantes, a exemplo, do cod. ital. por ser difflcil saber quaes conviriam melhor ao peculato, tendo sido desprezado no furto o elemento do valor, e depois porque o calculo das penas presta-se a adaptal-as melhor a cada caso e isto basta.

Quanto a jurisprudência sobre o crime deste capitulo:

« Dá-se provimento á appellação interposta pelo procurador seccional da sentença que absolveu o réo do crime de *prevaricação,* e julga-se nullo todo o processo, porquanto, tendo o réo commettido diversos *estellionatos,* e paraoccul-talos, passado certidões falsas, foi somente processado e julgado pelo referido crime (art. 208, ns. 1 e 4), quando eram diversos e repetidos os crimes constantes dos documentos juntos aos actos: Acc. do Supr. Trib. Federal, 30 de junho de 1897. «

O art. 208 do cod. pen. sob a rubrica de *prevaricação* prevê *a falsidade* commettida pelo empregado publico, que

[1] Garraud. OUR. *rir.* vol. 3º pag. 34?, a. 247.

[2] *Supr. Trib. Federal,* JURISPU. rrr. Anão, 1897, pag. 115, n. 134.

o cod. pela qualidade do agente, em vez da objectividade do crime, deslocou para aqui.

Do texto do Accordão que o voto vencido do ministro Américo Lobo ainda esclarece resulta que absolutamente nfio havia *estellionato:* pareceu melhor ao voto vencido *peculato;* mas, como vimos acima, nem o cod. pen. nem os projectos de 1896 e 1899 comprehendem o peculato que não seja de cousa do Estado e portanto na espécie só havia o crime do art. 208 ns. 1 e 4.

« E' negado provimento ao recurso, sendo confirmada a sentença que condemnou o recorrente julgado á revelia por ser o crime afiançarei, como incurso no art. 170 do antigo cod. crim. *í peculato j.* Tendo o réo se ausentado para fora do paiz, não podia ser intimado para prestar contas e nem ser preso administrativamente.

O processo criminal por extravio de dinheiros públicos pro?egu3 independente da intimação para recolhimento do desfalque (Avis. Faz. de 20 de fevereiro de 1892). O desfalque não soffre contestação. Julgamento anterior ao Decr. n. 1166 de 17 de dezembro de 1892, referente ás Repartições de Fazenda » : Acc. do Supr. Trib. Federal 22 de abril de 1896. »

« E' dado provimento ao recurso interposto pelo Pro curador da Republica do despacho que pronunciou o recor rido, agente do correio, como incurso nos arts. 193 paragrapho único e 356 do cod. pen., pela substracção de cartas, objecto e valores, confiados a guarda da Uniflo, afim de ser classificado o crime no art. 221 do mesmo código. I

E' sustentado o despacho recorrido na parte em que não pronunciou o denunciado pelo alcance para com a Fazenda, segundo o exame procedido na Agencia, por não se achar regularmente verificado o *alcance* nos lermos da lei que reorganisou o Tribunal de Contas»: Acc. do Supr. Trib. Federal 5 de outubro de 1898.

« Tendo-se, preliminarmente, por comprehendidos no recurso interposto pelo procurador seccional, os denunciados corréos do recorrido, ex-director da Colónia Correcional dos Dons Rios, comquanto não se tenha a elles referido o recorrente nas razões, que não são parte essencial do recurso, e desde que foi este interposto de todo despacho de pronuncia, não sendo certo, como pretende o despacho recorrido, que só depois do *alcance,* verificado em *tomada de contas* do Tribunal *competente,* ê que se pôde iniciar processo por crime de *peculato,* o que só procede com relação aos responsáveis á Fazenda Nacional nos casos sujeitos á tomada de contas, nada obstando que quaesquer outros res-l

[1] Do antor : REVISÃO D03 PROCESSOS PENAK*, Rio de Janeiro, Appen dicc, psg. 362, n. 57.

pousáveis pela guarda ou administração de dinheiros ou bens pertencentes á Fazenda Publica sejam processados pela subtracção, consumo ou extravio de taes bens, que por qualquer modo de direito se verifique, é dado provimento ao recurso, em vista da prova dos autos, para o fim de pronunciar os recorridos como incursos no art. 221 do cod. pen., sendo o ex-director da colónia como autor e os co-réos seus auxiliares, como complices»: Acc. do Supr. Trib. Federal, 12 de novembro de 1898.

« E' reformada a sentença para ser imposta ao réo appellante, julgado incurso no art. 221 do cod. pen., a pena legal que é o grão minimo do citado artigo, porquanto, reconhecida a existência do delicto e de circumstancias attenuantes, não podia o juiz ir além das respostas do jury, impondo a pena em grão máximo, por entender que havia o réo commettldo também outro crime (art. 189) e incorrido assim na saneção do art. 66 § 3°, do citado cod., desde que a violação das cartas foi o meio de que se sérvio o réo para remover o obtaculo que se oppunna a subtracção do dinheiro que ellas continham : Acc. do Sup. Trib. Federal, 23 de março de 1898. * *m* Não podemos conformar-nos com a solução deste ultimo accordãOj porque nenhum principio dominante no concurso de crimes e penas a suffraga.

A disposição do § 3° do art. 66 do nosso código é quasi a traducção litteraldo art. 78 do código italiano.

A disposição contém o que os criminalistas chamam *concursus idealis,* e trate-se de concurso necessário ou facultativo, a disposição deve ser observada.

No caso não havia mesmo concurso *necessário,* porque o peculato nãJ pôde ser praticado só pelo empregado que commetter para esse fim, como meio, a violação da correspondência epistolar.

Generalisando-se a doutrina do accordõo no *latrocínio,* se deveria puivr o roubo, ou, quando muito, em vez deste, o homicidio *simples* ; mas, os códigos punem como homicidio, não simplesmente aggravado, mas *qualificado* o homicidio praticado como meio de realisar outro crime,

No caso do accordâo, a applicação do art. 68, § 3º, era de rigor, conforme a doutrina dos interpretes do código italiano, fonte do nosso e de outros, como o código belga.

A hypothese mais simples, diz Prins, é a do concurso ideal. Quando o agente, por uma só vontade culpável ou por um facto único, tem produzido muitas violações da lei penal, como não ha no fundo senão uma só vontade ou um

[1] JJRISPR. CIT. do Aano 1892, pag. 61 n. 61; pag. 63, n. 65 ; e png. 170, n. 171.

só foclo delictuoso, é claro que uma pena única basto ; o art. 65 (paraileio ao art. 66, § 3º do nosso código penal) con sagra'esta verdade, que a pena *mais* forte será só applicada. *

No caso questionado, só se applicou uma pena, mas não aggrovada, porque não se fez coma do outro crime, eliminando-se assim o concurso.

Também nflo nos conformamos com o solução do aresto I anterior, parecendo-nos melhor fundado o voto divergente do ministro Américo Lobo.

Referimo-nos ú doutrina que acima acaba vamos de expor neste mesmo capitulo.

A jurisprudência ja era differenle ou pelo menos hesitava sob o império, antes da instituição do Tribunal de Contas, e quando o Ministro da Fazenda, presidente do Tlie-souro Nacional, enfeixava na mão todos 03 poderes flscaes, administrativos ou contenciosos.

« Empregado de fazenda, por não ter recolhido no prazo da lei a importância da arrecadação, deve primeiramente ser suspenso e marcar-se-lhe um novo prazo para, dentro delle, fazer o recolhimento.» Accordão, Relação, *For ta lesa,* 27 de abril de 1875. *O Direito,* voi. li, pag. 125.

Concordamos com a doutrinados dous arestos seguintes, com as reservas já feitas, quanto ao segundo.

«A limitação do art. 14 da lei n. 22i, de 20 de novembro de 189i, quanto a concessão de *habms-corpus* nos responsáveis pel '.s dinheiros e valores pertencentes á Fazenda Federal, não exclua o exame, por parle do Poder Judiciário, das questões prejinliclaes que se relacionarem com a prisão administrativa dos mesmos.

E' legal a prisão administrativa decretada peles chefes das Delegacias Fiscaes do Thesouro Federal, dos i.eto dos pagadores das mesmas repartições,cm exercício das funeções plenas do cargo de pagadores, por falta do saldo em dinheiro, que deveria existir no respectivo cofre, sob sua guarda». Sentença do juiz federal de Pernambuco, 26 de abril de 1900.

« Casos em que o Poder Judiciário tem competência para prender privativamente e processar criminalmente, es indiciados em crime de peculato, independente de qualquer julgamento a respeito, pelo Tribunal de Contas. «Questões connexaso. *Idem,* 31 de julho de 1900. *O Direito,* vol. 82, pags. 512 e 525.

1 Constantino Caitori, npurl. Cogliolo, COMPLETO TRATTATO, 1 vol. parte 3», pag. 1.319; Adolphe Prios, SCIENCE PÉIALB ET DROIT PosiTir, ^■^318, n. 523. .■

Concordamos porém com a doutrina do seguinte aresto perfeitamente jurídico:

Não se vencendo a preliminar de nullidade do julga mento p>r incompetência do juiz seccional para proferir a sentençi que condemnou o appellante, ex-thesoureiro da Estrada de Ferro Central do Brazil, como incurso no gráo sub-maximodo art. 221 do Qodigo Penal, visto ser firmada a competência na disposição dq art. 12 da lei n. 515, de 1898, é julgada procedente a appellaçSo e absolvido o réo da accusação que lhe foi intentada, porquanto não está devida mente provado o crime, embora pelo Tribunal de Contas tenha-se dado por verificado o alcance que serviu de base no processo criminal e em que se funda a sentença condem-natoria. ' l,S

A decisão do Tribunal de Contas por si só não é bastante para determinar a criminalidade do funccionario publico alcançado. Ainda provada a existência do facto material attribuido ao réo, seria preciso demonstrar que foi praticado com intenção criminosa, conforme preceitua o código citado, e a prova dos autos nesta parte não satisfaz. Acc. do Supremo Tribunal Federal, 25 de agosto de 1900 — *Diário OJfícial* n. 268 de 4 de outubro de 1900.

CAPITULO II

CONCUSSÃO

CÓDIGO

Art. 219. Julgar-se-á commettido este crime :

§ 1.° Pelo empregado publico encarregado da arrecadação, cobrança ou administração de quaesquer rendas ou dinheiros públicos ou da distribuição de algum imposto, que directa ou indirectamente exigir dos contribuintes, ou os obrigar a pagar o que souber não deverem :

Pena — de suspensão do emprego por três mczes a um anno. No caso em que o empregado publico se aproprie do que assim tiver exigido, ou exija para esse fim :

Penas—de prisão cellular por seis mezes a um anno, multa egual ao triplo do qu3 tiver exigido, ou feito pagar, e perJa do emprego.

§ 2.° Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legítimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos do que os prescriptos nas leis, ou os fizer soffrer injustas vexações :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos, além das mais em que incorrer pela vexação qua tiver praticado.

Si, para commetter algum destes crimes, usar da força armada, além das penas estabelecidas soffrará mais a de prisão cellular por três mezes a um anno.

■ § 3." Telo que, arrogando se dolosamente, ou simulando, attri-buição para fazer qualquer acto do emprego, acceitar offerecimento ou receber dadiva, directa ou indirectamente, para fazer ou deixar de fazer esse acto :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anuo, perda do emprego e multa igual ao triplo do valor rec- bido.

Art. *210.* As pessoas particulares, encarregadas por arrendamento, arrematação, ou outro qualquer titulo, de cobrar e administrar rendas ou direitos e que commet terem algum, ou alguns dos crimes referidos nos artigos antecedentes, inconerão nas mesmas penas.

COMMENTARID

I 40. Nos arts. 219 e 220 do texto, trata o código da *concussão* comprehendida na secção IV do tit. V.

Censurando o código nesta parte dissemos :

fj Quanto a *concussão,* além de ser erróneo o conceito de vel-a no facto de percepção indevida a favor do thesouro, occorre que neste ponto como em outros artigos das respectivas secções do cedigo vigente e do anterior, se con- J funde com a *concussão* actos de abuso e de excesso de poder e de autoridade que o projecto discrimina, caracterisando simplesmente a *concussão.*[1]

Posteriormente justificando o substitutivo de 1897 referimonos ao projecto de 1896 que é o mesmíssimo de 1899, podendo ser ambos condemnados pela mosma sentença como foram os códigos anterior e vigente neste ponto :

A *concussão* está definido, mas a definição se seguem três artigos de figuras não de concussão, mas de abuso de poder e autoridade e violação de deveres lnherentes as funeções publicas.

O peculato é o furto commettido pelo empregado publico ; a concussão é o *roubo* ou a *extorsão;* sendo que a figura da concussão *implícita,* por *inducimento,* asseme-1 lha-se mais ao furto ou antes ao estelltonoto do que ao roubo ou extorsão.

Não ha vantagem, antes inconveniente na figura especial do ultimo artigo do capitulo II, porque em rigor não ha um dos elementos da concussão, a qualidade de funecionario publico no autor do facto.[3]

Tanto no direito romano, como no antigo direito francez confundia-se a concussão com a *corrupção;* foi o código penal de 1791 que isolou sem delinil-os um crime do outro;] o que se tornou mais preciso no código de 1810 ; a dislineção»

[1] EXPOSIÇÃO DEMOTIVOS t-rc. de 1893, pig. *U.* "
EXPOSIÇÃO DEMOTIVOS ETC. de 1697, pag. 9.

portanto, é moderna ; e depois veremos melhor os diffe-renças quando estudarmos a *corrupção,* peita ou suborno. Garraud trata extensamente do assumpto. *

Quando, diz Zanardelli, o facto de incutir temor, preordenado para despojar as cousas doutrem, é praticado por um particular, se têm os crimes de *extorsão* e *roubo* de que trata o código no titulo « dos crimes contra a pessoa e a propriedade ».

Si, ao contrario o temor que se incute com o intento criminoso de lucrar em prejuízo doutrem, deriva do abuso do poder publico *(metus publicaê potestatis),* entoo se tem o crime que na doutrina e na legislação toma o nome de *concussão.*

No direito inglez a concussão é chamada mesmo *extortion, extorsão* e assim a define Stephen como tal. ■ A concussão *(extortion)* diz também Seymour Harris, no sentido estricto da palavra consiste no factodeum empregado publico receber, ilegitimamente e em razão do officio, qualquer dinheiro ou objecto de valor, que não lhe seja devido, ou exceda o devido ou antes que seja devido. Mas não constitúe crime (uma originalidade dos costumes inglezes) receber uma recompensa que seja *espontânea e habitualmente* dada por um acto mais diligente e solicito do officio. [2]

Insistimos nestas noções que agora são o A. B. C. do direito penal contra as vistas dos autores do projecto de 1899.

H As formas deste crime podem ser duas. ~A

A doutrina as intitula cDní os nomes de concussão *explicita e implícita.*

Esta ultima forma, isto é, a implícita, escapou ao código penal arts. 219 e 220 ; porque a figura do § 3º do art. 219, que se lhe assemelha, é de *corrupção* e não de *concussão* que elle ahi confun 'e.

Os projectos de revisão comprchendem ambas.

A primeira e a mais grave das duas formas se tem quando o empregado publico constrange alguém a dar ou promctter indevidamente a elle ou a um terceiro, dinheiro ou outra utilidade.

A segunda forma, mais ligeiro, se verifico quando o funccionario, ao contrario de ameaçar ás claras, emprego, abusando de sua qualidade, artifícios ou engano para *induzir* alguém a subministrar, pagar, ou promelter indevidamente a elle ou a um terceiro, o que não é devido, ou para tal fim vale-se ou oproveita-se do erro de outrem.

[1] Garraud, OBR. CIT. TOI. S° pag. 357; Blacche, oaa. cir. vol. 3º,l ert. 174, pag. 677. n. 374.

* Stephen, OBR. CIT. pag, 83, ait. 124 ; S?ymo ir Harris, OBR. CIT. Irag. 65.

Em resumo, os elementos deste crime são a qualidade de empregado publico, a exacção do que não é devido, como si fosse devido «e a consciência de não ser devido o que se exige».

Este ultimo elemento pôde fazer surgir duas questões.

A Iª é, si é essencial ao crime de concussão o lucro particular do empregado, questão esta que Péssimo resolve pela afirmativa, fazendo menção, entretanto, do nosso código criminal anterior, art. 135, § 1°, o qual distingue como dons grãos da concussão, o *mais* grave que é o de exigir o indébito por proveito pessoal, art. 135, § 1°, 2ª parte, eo *menos* grave, que é o exigir o indébito, *sem* vantagem pessoa!, art. 135, § 1°, 1« parte.

A outra questão é a de saber, si a ordem dada pelo superior cobre o inferior de modo a isentar este do crime de concussão, o que só se poderá admittir, quando as circumstancias ou condições do crime o tornarem duvidoso, mas não manifesto.

Quanto á Iª questão, o código penal seguiu o anterior, mas o projecto de 1893 adoptou a solução de Pessina, seguido depois por todos os outros projectos de revisão, -*i.g*

Quanto á 2ª questão, o art. 28 do código penal parece resolvèl-a affirmalivamente e assim, também, o projecto de 1899. art. 27 n. I.

Mas, a solução para nós é negativa, feitos os devidas distincções, conforme o principio estabelecido no Projecto de 1893", art. 26 n. I e no de 1897, art. 24 n. I.

Já alludimos no titulo II (n. 23) a esse principio da supposta obediência passiva nas relações bierarchicos civis, que parece ter sido adoptado pelo código penal e didle tratámos quando commentamos o art. 28 do mesmo código, na parte geral, noutro livro. [2]

« E' reformada a sentença que condemnou dous dos peticionários, official de justiça e solicitador, como incursos no art. 214 do código penal, para ser-lhes imposta a pena legal, que é a do gráo médio do art. 219 do mesmo código, pelo facto de haverem exigido dinheiro do 3" impetrante, para deixar de ser cumprido um mandado de prisão, de que falsamente se dizião portadores ; sendo absolvido o que deu o dinheiro, condemnado *como peitante* por não ser criminoso e antes victima do crime de *concussão,* commettido pelos coréos». Accórdão do Supremo Tribunal Federal, 31 de dezembro 1898. 3

Pessina, BLEMENTI CIT. vo'. 3° n. I. [1] Do autor : COJIGO PE*A'. CWIMEXTADO CIT. TO'. *I* [g.* 3:6, u, 79. [3] *URI«FR. CIT. de 18)8, pg. 339. n. 3"5

« Commette crime de *concussão* o empregado dos tele-i graphos, que recebe o pagamento de resposta de telegramma quesabe já estar paga.» Accordúo Relação da Bahia 14 Fevereiro de 1879. —• *O Direito,* volume 19, pog. 560.» \

1 CAPITULO III $j

PEITA OU SUBORXO

CÓDIGO

Art. 814. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade retribuição que não seja devida ; acceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar, um acto do ofncio, ou cargo, embora de conformidade com a lei ;

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do offlcio ou eommiesão de que for encarregado :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e perla do-emprego, com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggeslão de alguém, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo ; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legaes :

Penas —- de prisão cellular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

Art. 216. Nas mesmas penas incorreiá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.

§ 1.° Si a sentença for criminal condemnatoria, mas injusta, soffrerá o peitado ou subornado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego, e multa.

Art. 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impcstas ao peitado e subornado.

Art. 218. São nullos os actos em que intervier teita ou suborno.

COMMKNTARIO

47, O código penal na 3ª secção do seu titulo V é que comprehende os artigos do texto que se referem á *corrupção* que elle, como nós, denomina com a epigraphe de *peita ou suborno.*

Justificando o projecto de 1893 dizíamos sobre a matéria :

Peita, suborno e *corrupção* na matéria de que trata o titulo são termos synonimos.

O projecto, tendo neste ponto como fonte o código italiano, que é a expressão a seu turno de outros, sim-

pi i fica as formas ou espécies de ta es crimes, fazendo as necessárias alterações quanto á nossa organização administrativa e judiciaria e a penalidade, evitando as exemplificações raateriaes dos nossos códigos, systema condemnado sempre por incompleto e acarretando difficuldades na interpretação dos textos legislativos.

Não é próprio de um código criminal a decretação da nullidade de actos em que intervier a corrupção.

Mas a confiscação é de rigor e ella figura em diffe-rantes códigos, inclusive o portuguez. *

Resolvida fica. a questão se pode haver ou não tentativa de *peita* ou *suborno.*

E a jurisprudência nacional se. firmará melhor em bases juridicasdo que até agora sobre as disposições defeituosas dos códigos existentes.

Preferi u-se o methodo synthetico ao analytico, repudiando-se a casuística do antigo código, exaggerada no novo e desprezada pelos códigos modernos de primeira ordem sobre a prevaricação e falta de exacção dos funccionarios públicos.[3]

E como o projecto de 1898 incidisse em scindir o capitulo da corrupção em peita e suborno, referindo-nos ao projecto de 1897, ainda dissemos :

Também não ha necessidade de distinguir a peita do suborno e da corrupção, cada um dos quaes exprime a mesmíssima idéa ; e por isso fica reduzida a um capitulo a matéria dos dous da nova redacção. [3]

O código penal estabelece tal confusão que a forma de *corrupção* prevista no art. 214, I[a] parte, é semelhante *à* forma de *concussão* do art. 219 §3.°!

Pessína distingue bem a *corrupção* (peita ou suborno *)* da *concussão.*

Não basta que o empregado publico exija aquillo que não ê devido, ou mais daquillo do que é devido e sabendo que exige o indevido; porque, aquelle que recebe uma remuneração para praticar um acto justo é réo de *corrupção* e exige com conhecimento de causa o que sabe não lhe ser devido. Quando, porém, á circumstancia ou condição de não ser devido o que se exige, se ajunta que se exige *como decido,* se tem o verdadeiro crime de *concussão*; e neste momento preciso se distingue a *concussão* da *peita* ou *suborno,* isto é, corrupção.

Alguns códigos estabelecem penas *iguaes* para o *corruptor* e o *corrompido* ; outros os consideram co-réos ou

' Majno, OBR. CIT. I, ar Is. 171 a 17-1, pag, 513. [1]
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1893, pag. 12.[3] IDEM de 1897, pag. 10.

cúmplices, no sentido de co-autores; ou edictam penas especiaes para o *corruptor,* peitante, subornador.

Os nossos códigos teem seguido o primeiro systema e os projectos de 1893. a 1897 seguiram-no com uma ligeiral variante ; mas os de 1895 e 1899 seguiram-nos plenamente, menos quanto ao *suborno* que silencia, neste ponto de modo incoherente em relação á *peita.*

E conforme a opinião de Cerrara que considera taes actos de venalidade uma verdadeira compra e venda entre corruptor e corrompido, o silencio dos ultimo3 projectos citados não se justifica.

Pe&sina, contra Carrara, dá um sentido muito largo ao crime de corrupção, comprehendendo nelle casos que o nosso cod. pen. chama *preoarécação* e os projectos de 1893 e 1897 intitulam de « abuso de poder e autoridade ».

Puglia combate essa opinião de Pessina mostrando que o ódio ou amizade não é o elemento da corrupção, mas sim o lucro. *

E tanto o direito francez como o italiano restringem o sentido da expressão a esse do lucro.

A corrupção consiste dum lado na offerta, doutro lado na acceitaçjo duma vantagem para praticar ou não praticar um acto de funcção. A offerta é a corrupção *activa,* a accei-taçuo a *passiva.*

Os elementos constitutivos da corrupção são : a *qualidade* de funccionario; o *acto* positivo ou negativo que é o escopo da corrupção; e o *interesse* que é a causa determinante desse acto.

Esta matéria foi simplificada pelo cod. italiano que os projectos de 1893 e 183 * seguiram, harmonisando a nova fonte com a do cod. anterior e não como fez o ç.ód. pen. que peiorou essas suas duas próprias fontes.

Os outros projectos consignaram os defeitos já assigna-lados, salientando-se a falta de modalidades rigorosas nas. espécies figuradas, não muito nitidamente.

EntretantD, o projecto de 1897, que reproduziu nesta parte o de 1893, art. 197, fulmina a venalidade por siso, independentemente da justiça ou injustiça dosados, porque é de interesse universal que não se faça cahir em discredito ou suspeição o pxler publico, tornando venaes serviços gratuitos.

E' essa uma figura envolvida com outras no art. 214 do texto do cod. penal.

O art. 198 do cit. projecto contém a figura mais grave da venalidade, quando o empregado retarda, ou omittè um acto do officio, etc.

[1] Puglia, MANLALE CIT. 2" rol. pag. 87, art. 171.

A pena é ainda aggravada nas espécies do paragrapho único do mesmo art. 193.

O cod. pen. art. 215, não discrimina essas aggravantes, apenas separa os conceitos, punindo tudo com a mesma pena de prisão !

Além disto o cod. no art. 216 paragrapho único que elle numera como 1°, sem 2º, appiica o *talião!* Ora este pôde ser uma pena ligeira, ou, ao contrario, uma pena gravíssima e fora de toda proporção com o crime commettido.

O projecto, art. 193 pune a corrupção *activa,* o que o cod. pen., art. 217, faz também sempre de modo *igual,* sem a variação da attenuante do projecto, art. 199, 2ª parte, a favor do corruptor quando a cjnsummação do crime mallo-gra-se.

O art. 200 do projecto impõe o confisco.

O cod. pen. art. 218 fulmina a nullidade dos actos, aliás prevista no nosso direito civil e commercial e com a qual nada tem que ver aqui a lei penal.

Nota-se que o cod. penal nos crimes de que temos tratado neste titulo, graves, odiosos ou torpes edicta para elles penas irrisórias, afastando-se assim das suas fontes mais abundantes, isto é, do nosso cod. crim. anterior e do cod. italiano.

Agora que já temos tratado do *peculato,* da *concussão* e da *corrupção,* façamos uma observação geral referente a essas três espécies deste titulo.

A Ord. do Liv. 5º Tit. 71 c depois os seus interpretes confundiam a *concussão* com a *corrupção.*[1]

No direito porluguez se confunde *peculato* e *concussão.*

A differença é quasi a que vai do *furto* ao *roubo.*

O peculato ó o furto, a *concussão* o roubo com mettidos pelo empregado publico *tanquam talis.*

No peculato o offend do, quasi sempre é o Estado em ultima analyse, porque este é que deve responder* ao particular pelos prejuízos causados pelo funecionario peculatario.

Na *concussão,* o offendido é quasi sempre o particular, podendo sel-o entretanto alguma vez o Estado, aliás sempre mediata ou indirectamente offendido. •

A concussão *implícita* assemêlha-se mais ao *furto* ou antes ao *estellionato* do que ao *roubo.*

Assim e com o que já dissemos anteriormente neste titulo ficam discriminadas as espécies nelle compreheudidas e tão mal conceituadas e classificadas no cod. penal.

Quanto á jurisprudência:

« São elementos essenciaes do crime *de peita* a qualidade de official publico, o acto em que se encarna a peita como

[1] Pereira e Souza, onn. CIT. pag. 110.

pertencentes officio/W um hitérêsse^ retribuição dãcíã oal promettida, como causa motora.» Acc. Relação *Minas Gera* \s 27 janeiro 1897. *■

CAPITULO IV

ABUSO DE AUTORIDADE E VIOLAÇÃO D33 DSVEREs I.VHERENTES AS FUNCÇÕE3 PUBLICAS

CÓDIGO

Art. 207. Commetterã crime de prevarica,ão o emprega lo publico que, por affeição, o lio, contemplação, ou pira promover interesse pessoal seu:

1." Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei;

2." Aconselhar qualquer parte em litigio pendente de sua decisão; C 3.° Deixar de prender o formar processo aos delinquentes no3 casos determinados em lei, e dar-lhes a nota constituci mal de culpa, ao prazo de vinte e quatro horas;

4.° Recusar, ou demorar a administração da justiça, ou as providencias do cilicio, requisitadas p>r autoridade competente, ou determinadas por lei;

õ.° Exceder os prazos estabelecidos em lei para o relatório e revisão do feito, ou para proferir sentença definitiva ou despacho ;

6.» Dissimular, ou tolerar, os crimes e defeitos offlciaes de seus subalternos e subordinados, deixando de proceder contra elles, ou de Informará autoridade superior respectiva, quando lhe falte competência para tornar eflkctiva a responsabil dade em que houverem incorrido ;

7.° Prover em emprego publico, ou propor pira elle, pessoa que notoriamente Dão reunir as qualidades legaes; ■ 8.o Julgar causi9 cm que a leio declare suspeito como juiz de direito de facto, ou arbitro, ou em que as partes o hajam legitimamente recusado ou suspeita lo;

9.° Ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso causa] ou competência legal, ou tendo-a, conservar alguém incommumcavel por mais de 48 horas, ou retol o cm cárcere privado ou em casa não destinada a prisão;

10. Demorar o processo do réo preso ou afiançalo, além do> prazos legaes, ou faltar aos acto3 do seu livramento;

11. Recusar, ou retardar a concessão de uma ordem de *hibeai-corpus,* regularmente requeri ia;

12. Fazer remessa do preso à outra autoridade, oceultal-o ou transferi 1 o da prisão em que estiver; não apresentalo no logar e no tempo determinado na ordem de *habeas corpus*; deixar de dar conta circumstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, illudindo por esses meios a concessão do *hibeas-ccrpus*;

13. Tornar a prender, pela mesma causa, o que tiver sido Solto em provimento de *habeas corpus;*

■

14. Executar a prisão de alguém sem ordem legal escripta de autori lade legitima; ou receber, sem essa formalidade, algum preso, salvo o caso de flagrante delicio, ou de impossibilidade absoluta da apresentação da ordem;

15. Excluir do alistamento eleitoral o ciladão que provar estar nas condições de ser eleitor, ou ineluir o que não provar possuir oi requisitos legaea;

16. Demorar o extracção, expedição o entrega de titulos, ou documentos, de modo a impedir que o cidadão vote, ou instrua recurso, interposto opportunamente;

17. Deixar de preparar, ou expedir, nos prazos legaes, os requerimentos dos cidadãos que pretenderem alistar-se eleitores; extraviar, ou oceultar o titulo de eleitor, ou documentos, que lhe tenham sido entregues, relativos ao alistamento:

Penas — de prisão collular por seis mezes a um anno, perda do emprego, com inhabilitação para ex'rcer outro, e multa de 200$ a 600$000.

§ 1.° Si a prevaricação consistir em impor pena contra a litteral disposição de lei, e o condemnado a goffrer, impôr-se-ha a mesma pena ao juiz, ou juizes, si a decisão fòr collectiva, além de perda do emprego.

§ 2." No caso, porem, que o condemnado não tenha soffrido a pena,, impor-svha ao juiz, ou juizes, a que estiver designadi para a tentativa do crime sobre que tiver recaindo a condemnação.

Art. 210. Si qualquer dos crimes mencionados nos arts. 207 e 208 da secção precedente fòr commettido por frouxidão, indolência, negligencia ou omisíão, constituirá falta de exacção no cumprimento do dever e será punido com as penas de suspensão por seis mezes a um anno o multa de 100$ a 500$:00.

Art. 211. Serão considerados em falta de exacçio no cumprimento do dever :

§ 1.° O que 1 rgar, ainda que temporariamente, o exercício do emprego ssm prévia licença de superior legitimo, ou exceder o prazo concedido sem motivo justificado:

Penas — de suspensão do emprego por três mezes a um anno e multa de 50$ a 100$)00.

§ 2." O quj infringir as leis que regulam a ordem do processo, dando causa a que o mesmo seji reformado :

Pona — de fizer a reforma á sua custa e multa igual á somma a que moitara reforma.

§ 3." O que em processo criminal impazer pena contra alei :

Penas — de prisão cellular por três a nove mezes e multa de 100? a 5005000.

Art. 212. A execução de ordem, ou requisição exigida por autori a le publica, só pôde ser demorada pelo executor nos seguintes casos:

«i qmndo houver motivo para prudentemente se duvidar da sua authenticd.ide ;

/>) quando parecer evidente que fora obtida *ob* e subrepaciamente ou contra a lei :

c) quando da execução se devam prudentemente receiar gnves ma!e?. que o superior, ou o requisitante, não tivesse podido prever.

Ainda que nestes casos possa o executor da ordem, ou requisição, suspender a sua execução pira representar, todavia nai será isento de pena, si não demonstrar claramente a relovancia dos motivos em que se fundara.

Art. 213. A soltura do preso, posteriormente á expe lição de ordem de *habeas-corpus,* pela autoridade que ordenou a prisão, não a exime da responsabilidade criminal pela illegalldade da mesma prisão.

Art. 226. Exceder os limites das funcções próprias do emprego :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a um anuo, além das mais em que incorrer.

Art. 228. Expedir ordem, ou fazer requisição illegal :

Penas — de suspensão do emprego por um a três annos e multa de 100$.aõ00$000.

Art. 22'J. O que executar ordem ou requisição illegal, será considerado obrar, como si tal ordem ou requisição não existira, e punido pelo excesso de poder, ou jurislicção que corametter.

São ordens e requisições illegaes as que emanam da autoridade incompetente, as que são destituídas das solemnidades externas necessárias para a sua vali lade, ou são manifestamente contrarias ás lei-!.

Art. 230. Exceler a prudente faculdade de reprehenler, corrigir ou castigar, offendendo, ultrajnn lo ou maltratando por obra, p davra, ou escripto, algum subalterno, depen lente, ou qualquer outra pessoa com quem tratar em razão do offleio :

Pena — de suspensão do emprego por um mez a um anno, alam das mais em que incorrer pelo excesso ou injuria que praticar. | Art. 231. Commetter qualquer violência no exercício das funcçOes do emprego, ou a pretexto de exorcel-as :

Penas • •• de perda do emprego, no grão máximo ; de suspensão por três annos no médio, e por um anno no mínimo, além das mais em que incorrer pela violência.

Art. 232. Haver para si, directa ou indirectamente, ou por algum acto simulado, no todo ou em parte, propriedade ou effeito, em cuja administração, dispôs ção, ou guarda deva intervir em razão do offleio ; entrar em alguma especulação de lucro, ou interesse relativamente à dita proprieiade ou effjito :

Penas — de prisão cellular p-jr um a seis mez[a].s, da perda do emprego e multa de 5 a 20 % da propriedade, effoitos adquiridos ou inieresse que auferir da negociação. Em todo caso a a quisição será nulla.

Paragrapho único. Em íguaes penas incorrerão os paritos, avaliadores, p.irtidores, contadores, tutores, curadores, testamenteiros, depositários, administradores de massas fallidas e syndicos de sociedades em liquidação, quando commetterem o mesmo crime.

Art. 233. Commerciarem os governadores o commandantes de armas dos Estados ; os magistrados ; os offlebes de f izenda, dentro dos districtos em que exercerem as suas fuucções ; os offlciaes militares de mar e terra, salvo ti forem reformados o os dos corpos policiaes.

Penas — de suspensão do emprego por um a três annos e multa de 200$ a 500$000.

Na prohibição deste artigo não se comprebende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a premio, comtanto que as pessoas nelle mencionadas não façam do exercício desta f icuídade profissão habitual de commeroio; nem a de ser accionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não tomem parte na gerência administrativa da mesma companhia.

Art, 234. Constituir-se devedor de algum subalterno; dal-o por seu fiador ; ou contrahir com elle obrigação pecuniária :

Penas — de suspensão do emprego por três a nove mezes, a multa de 5 a 20 % da quantia da divida, fiança ou obrigação.

Art. 235. Solicitar alguma mulher, que tenha litigio ou pretenção dependente de decisão, ou informação, em que deva intervir em razão do cargo :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a dous aunos, além das mais em que incorrer.

Si o que commetter este crime for juiz ;

Pena — de prisão cellular por um mez a um anno, além das mais em que incorrer.

Art. 236. Si o crime, declarado no arfcgo antecedente, for commettido por carcereiro, guirda ou empregado de cadeia, casa de reclusão, ou estabelecimento semelhante, contra mulher que esteja presa, ou depositada, debaixo de sua custodia ou vigilância, ou contra mulher, filha ou irmã, curada ou tutelada de iessoa que se achar nessas circumstancias;

Penas — de prisão cellular por um mez a um» anno e perda do emprego; além das outras mais em que incorrer.

Art. 237. Quando do excesso, ou abuso de autoridade, resnltir prejuízo aos interesses nacionaes :

Pena—de multa de 5 a 20 % do prejuízo causado, além das outras mais em que incorrer.

• Art. 238. O empregado publico que for convencido de incontinência publica e escandalosa; de vicio de jogos prohibidos, de embriaguez repetida ; de haver-se com ineptidão notória ou desídia hábil uni no desempenho de suas funeções :

Pena — de perda do emprego, com inhabilitação de obter outro, até mostrar-se corrigido.

COMMENTARIO

48. Para dar uma forma racional ao cominentario, foi indispensável organizar o texto, retalhando ns secções 1ª, 2*, 6ª e7ª deste titulo V do Código Penal, ficando os artigos restantes para organizar os textos dos communlarios dos capítulos 5º e 6[1].

Além do que dissemos e já consignamos aqui sobre o titulo em geral e especialmente sobre os diversos capitulos dos projectos de 1893 e 1897, com referencia, quer aos códigos anterior e vigente, quer aos outros projectos de 1896 e 1899, fizemos uma nota acerca do art. 238 do Código Penal dizendo, contra os últimos projectos citados que reproduziram o texto do referido artigo:

Não ha razão para reviver o dispositivo da figura da embriaguez e da incontinência do empregado publico.

O direito commum é que deve ahi regular, salvo quando elle incidir *tanquam talis* nas comminaçôes respectivas. *

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1897, p"g. 11-

Entretanto passemos ao assumpto de tod > capitulo, em geral, para depois espeelalisarmos as hypotheses conforme as respectivas configurações.

Assim Pessina.soo o titulo «exercício illegal e arbitrário do poder» com prebende como uma das formas ge-raes da *prevaricação* em sentido mais extenso que o do nosso Código Penal o *abuso do offieio,* isto é, o facto de exercitar o poder, excedendo os confins que a lei assignala a actividade do mesmo, seja para com os outros poderes reconhecidos pelo Estado, seja para com 03 particulares.

Um antigo principio é que todo poder deve ser exercido dentro dos limites a elle designados pela lei.

E si *in societate civili aut lex aut vis vai et,* todo excesso no exercício do poder é *violência,* é *arbítrio,* ê *ois,*\

O exercio abusivo do poder também sem o escopo de lucro illegltimo, como vimos até aqui, como excesso de poder e criminoso.

Este modo de delinquir p xle manifestar-se por três aspectos differentes :

I. abuso de poder contra o interesse publico:—Código Penal, arts. 22 í a 227; e projectos de 1833 e 1897, capitulo V, e de 1899, cap. VI.

II. contra os particulares:—Código Penal, secções 1» e 6^{n}; projectos, capitulo IV, de 1833 e 1897 e capitulo V, de 1S99.

III. em damno ou prejuízo especial do"s detentos:—Código Penal, nrt. 207, ns. 9 a li; projectos, de 1893, arts. 19) o 191 e 1897, arts. 175 e 176; e de 1899, arts. 157 e 158.

Guardaremos na exposição a ordem do systema dos projectos que temos observado por parecer-nos a mais metho-dica, uma vez que o Código Penal nenhuma ordem guardou.

Assim a primeira maneira de delinquir, para nós é o exercício abusivo da autoridade em prejuízo dos particulares, e que se pôde distinguir por duas formas uma *negativa,* outra *positiva.*

A forma *negativa* é a *denegação de justiça*; entre nós é muito mais ampla que o *deni de justice* dos fran-cezes, e consiste na recusa illegitima por parte do empregado publico de praticar os actos do próprio ministério. Exemplos : Código Penal, art. 207, ns. 3, 4 e 10; projectos, de 1897, art. 203; de 1893, art. 197.

A *! yvma positiva* comprehende todos os actos *arbitrários* contra o direito individual. E si ha H'elles a nota de um crime contra o direito individual, esta não exclúe a outra que o transforma em crime contra o direito do Estado, porque é commettido por funecionario publico que abusa de suas funeções.

Assim o crime pode revestir diversas formes:

l.ª Déattentato contra a liberdade individual, que pode manifestar-se contra a liberdade da pessoa; exemplos: cod. Ipen. art. 207, ns. 9, 13 e 14; projectos, de 1897, arts. 173 e 174 ; de 1899, arts. 155 e 156.

2.ª Outra forma verifica-se nos crimes contra o livre exercício dos direitos individuaes, como a inviolabilidade do domicilio, da correspondência etc.

3.° *A violência* de que trataremos depois neste titulo.

N'estes também se incluem violências e vexames contra os detidos de que também já tratamos (n. 23) no tit 2º cap. 2º deste commentario. *

49. Estabelecidos estes princípios geraes, depois de termos tratado nos capítulos anteriores dos crimes específicos, devemos agora tratar dos *geraes,* ou genéricos si assim nos podemos exprimir, comprehendidos na Iª e 6ª secção deste tit. do cod. pen. e no cap. IV dos projectos de 1893 e 1897 e no ;&p. V do de 1899, isto é « do abuso de autoridade e violação dos deveres inherentes ós funeções publicas. »

E' impossível acompanhar methodicamente o cod. n'esta matéria, onde elle exagerou a casuística do cod. crim. anterior e onde apezar de tudo é lacunoso.

Tratando-se, entretanto, desta classe de crimes, o primeiro a notar é o formulado no projecto de 1897, art. 201; e no de 1899, art. 190; comprehendido aliás, mas muito di-ffusamente no texto do cod. pen. arts. 207 e 226.

Essa fórmula, diz Garrara, exprime, ora um *género,* ora uma *espécie;* como género, se applica indistinctamente a qualquer facto culpável, para consumar o qual o agente se tenha prevalecido da situação que lhe dava o emprego por elle oceupado; como especie, exprime mais particularmente aquelles abusos que não são meras transgressões disciplinares ou violações dos simples deveres *moraes* doofficio, mas, ao contrario, causãotal offensa ao direito que exigem uma repressão penal e constituem por isso verdadeiros e próprios crimes; mas, ao mesmo tempo, não offerecendo por si mesmo uma odiosidade particular digna de nome especial, ficão sob aquella denominação genérica. -

Em summa, tal formula muito genérica contém em si mesma uma disposição geral e complementar destinada a reprimir todos aquelles abusos commettidos por funecionarios contra o direito doutrem, que não são contemplados por uma disposição especial de lei.

Assim, como nem todos os abusos que podem ser commettidos por funecionarios são especialmente previstos e re-

[1] Passina, Obr. CIT. vai. 3º pasr. 74.

■ Vid. tamb?ra Maino, Obr. CIT I. art. 175, rag. 525, n. 892.

primidos pelo código, é justo, para evitar lacunas deploráveis, que uma norma geral proveja a todas as contingências possíveis.

A disposição, pois, só pôde ter applicação quando o abuso do emprego não configure um crime especial, tendo no código um outro nome determinado, por exemplo, o do art. 181 do nosso código, e quando o abuso do officio já não seja considerado como circumstancia aggravanle de um crime commum, como v. g. nos delictos eleitoraes.

O código italiano corrigiu os defeitos dos códigos anteriores e não fez como o nosso que os manteve.

No direito franccz é obscura e pouco precisa a noção do *abuso de autoridade* que comprehende es infracções mais *diversas,* incluindo as *especificas* de que já tratamos. Entre cilas figura a chamada *deni de justice* de pouca importância e que corresponde a do projecto de 1897, art. 208; e de 1899, art. 197.

Repetimos, é impossível guardar a ordem numérica ou successiva do texto do cod. pen.,taes são os defeitos da classificação das matérias e as repetições doutras já tratadas em títulos diversos onde melhor teriam cabimento algumas disposições; continuaremos, pois, conforme a ordem dos projectos de revisão do código.

A outra forma do crime deste cap. é a expedicção, requisição ou execução das ordens illegaes, cuja definição esclarece \ a interpretação dos arts. 28, 35, § 2º e 42 § 4º, do código. O crime esta previsto nos arts. 228 e 229 do texto.

A disposição destes artigos com os caracteres de generalidade e nitidez que tanto os accentúa é uma especialidade que só nos consta figurar nos nossos códigos.

Já nos referimos á matéria neste mesmo commentario (n. 23).

Noutro livro tratamos das questões correlatas a que dão logar os arts. 28, 35 § 2º e 42 § 4º do código pen. *

Outra forma ê a pratica de violência no exercício de funcção, ou a pretexto de exercel-a: cod. art. 231.

Esta disposição tem sua fonte, ao menos primitiva, no cod. francez, art. 186, seguido pelo nosso cod. crim. anterior, art. 145, donde passou para o vigente.

Conforme os respectivos interpretes, a figura do crime exige quatro condições: 1" violências contra a pessoa, graves ou ligeiras; 2ª o caracter de funccionario publico elevado ou subalterno na hierarchia ; 3ª que seja comniettido o facto no exercício ou por occasiuo de exercício das funcções ; 4ª sem motivo legitimo.

' Do autor: CCD. PEN. COMM UNTADO. Iº vol. **paga.** 326 n. '9; *1°* **rol. pag.** 37 n. 87 ; pag. 173 n, **129; pag. 179,** n. 131.

Esta ultima condição ê de rigor, porque a violência, a força, *ois,* para com as pessoas na execução das leis e ordens legaes da autoridade competente, na conformidade destas, como temos dito, ê *legitima* na medida em que ella se faz *necessária.*

Sem o emprego delia, a lei e a justiça ficariam impotentes e desarmadas.

Assim é que a accusação deve provar, contra o funccionario, que tem uzado voluntariamente da violência, não somente o facto material da violência que lhe é arguido, como lambem a illegitimidade deste facto, porque si o emprego da violência e sempre illegitimo da parte dos particulares, não o é sempre da parte dos funccionarios.

A lei franceza não define o motivo illegitimo, deixa-o á apreciação dos tribunaes.

Trata-se dum crime intencional, as violências devem ser *queridas*; não se trata de simples culpa e a exclúe mesmo a idéa de pesquiza do motivo. *

»o. Os arts. 232 a 234 do cod. pen. comprehendem outras formas, umas mais ou menos attenuadas que outras de infracções e que se podem reduzir a figura do crime que tem por escopo o funecionrrio de auferir um lucro illicito por meio da funeção, sem ser nos casos já tratados, nos caps. I a III deste titulo do commentario, das figuras especificas do peculato, concussão e corrupção.

O cod. italiano, art. 176, generalisou muito a formula para abranger o maior numero possível de casos.

Os elementos constitutivos dos crimes dos arts. 232 a 234 do texlo são, a qualidade de empregado publico .dos designados na lei, e o interesse privado que por si ou por outrem, ostensiva ou simuladamente trata de promover, traficando com a própria funeção.

Não é mister que se torne effectivo o prejuízo da administração, quando, entre nós, o prejuízo pôde ser também só contra o particular; o que resulta, aliás, por argumento *o contrario sensu* do nosso cod. art. 237.

Assim não tem lugar entre nós a divergência reinante entre o direito francez e o italiano neste ponto.

O particular co-réo, ou complice deve ser punido ?

A solução da questão exige uma distineção.

Assim quando o acto é de empregado publico, o particular só deve ser punido, quando o acto não fór somente criminoso, porque é commettido por empregado publico, mas revestir caracteres de criminalidade *com muni.*

E' a doutrina de Carrara e outros. [a]

• Garraud, ODR. CIT. vol. 3º pog. 443.

• Majno, Omi. CIT. í, art. 176, pog. 528, n. 902; Garraud, Ornt. CIT. 3* vol. pag. 875.

Outra forma é a revelação de segredos que o cod. não prevê nos artigos do texto, talvez, porque no titulo 1°, art. 87 § 3º tinha previsto a revelação de segredos de Estado, que é cousa muito differente.

A figura está prevista no projecto de 1897, art. 207: e no de 1899, art. 196.

A disposição é para regular casos outros que não os de que ja tratamos no tit. Iº cap. 1°, 1» secçQo, tit. 3o cap. 30 comprehensivos dos políticos ou militares, epistolares, profissionaes, ele...

E' crime doloso, quando a culpo é punida mesmo na revelação de segredos políticos e militares pela sua importância.

Aqui trata-se não só da revelação de documentos, como de factos conhecidos pelo empregado e que elle não deve revelar.

Os arls. 208 a 210 do projecto de 1897, 197 a 199 do de 1899, comprehendem outra forma de omissão ou recusa dos actos de ofiicio que as disposições designam.

O código dispersou essas formas pelos arts. 207, ns. 3 e 4; 212 e talvez por outras disposições, com formulas pouco precisas e embora repetidos, sempre mal caracterisadas.

Trata-se também dum crime doloso e que commettido | por lucro degeneraria em *corrupção.*

O elemento material do crime está na omissão ou recusa de actos de officio que não estejam especialmente previstos noutros artigos.

Os arls. 208 do projecto de 1897, e 196 do de 1899 consagram uma aggravante.

Outra forma ê o abandono arbitrário do emprego que o art. 211 § Iº do texto do cocVg-o penal confunde com outras hypotheses, porque infelizmente em algumas secções deste titulo, além da má distribuição da matéria, até a collocaçâo dos artigos duma mesma secção não corresponde á ordem dos titulos ou nomes das matérias designados na respectiva epigraphe.

Assim a epigraphe da 6ª secção comprehende duas matérias, pois a collocaçâo dos artigos começa pela segunda ! |

A ligura a Iludida está comprehendida no art. 211 do projecto de 1897, e 201 do de 1899.

•«' E' mister que haja abandono arbitrário com o fim desi- | gnado na lei; ou que haja prévio concerto de três ou mais empregados para o abandono conforme os projectos.

Ha crime ainda que o evento que tinham como escopo não se produza.

Finalmente, o art. 212 do projecto de 1897 e o art. 202 do de 1899, comprehendem uma formula geral de abuso da funeção que o código penal nos arts. 207, 210 e noutros traduziu por disposições casuísticas.

São a antiga *prevaricação* dos nossos códigos anterior e vigente e« o falta de exacção no cumprimento de deveres».

e*i. Quanto a jurisprudência sobre crimes deste capitulo :

r^ « E* elemento essencial do delido previsto no art. 231 do cod. pen. a *violência* que pôde ser contra a *pessoa* ou contra a *cousa.*

Compete as Juntas Correccionaes, observadas as prescripções processuaes, a condemnaçSo das contravenções de jogo.

Assim, a autoridade policial, que, summarissimamente, limpõe multas por taes contravenções, commette o crime de *usurpação* de funeções privativas da autoridade judiciaria.

I Mas, irresponsável é a autoridade policial que desfarte exhorbila, si, sem a intenção criminosa, procede por erro de direito adjectivo. » Acc. do Trib. Civil e Crim. *(* concelho do), presidente e relator, Dr. Muniz Barreto, 5 de maio de 1898— *fíev. de Jurispr. cit.* vol. 3» pag. 436.

«Commette o crime do art. 226 do cod. penal a autoridade policial que impuzer summarissimamente multa e prisfio pelo *jogo* denominado do *bicho.* K Não isenta desta responsabilidade a ordem illegal da chefatura de policia em um tal sentido.

Não pode também prevalecer, para absolvição da autoridade policial delinquente, a falta de intenção criminosa, por lhe cumprir conliecer a lei. » Acc. de 12 de abril e 19 de setembro de 1899 do Trib. Civil c Crim., e da Corte de Appellação. —*J?cv. de Jurispr. cit.* vol. 7° pag. 28*.

« Não ó considerado incurso no art. 224 do Código Penal o contador do Correio de um Estado que depois da publicação do novo regulamento dos Correios, continuou a sub-tituir o administrador, de accordo com o regulamento anterior e com sciencia do administrador geral; sendo manifesta a boa fé com que procedeu. » Acc. do Supr. Trib. Federal, 11 de maio de 1895. '

« O art. 231 do cod. pen. presuppõe a violência com o fim ou intuito principal do agente e o exercicio real ou pretextado das funeções do emprego como o meio de chegar ao fim desejado.

Suppõe-se que a autoridade goza da prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar ; o que se pune é a imprudência, que existe na offensa, no ultrage, no mão trato, — em- sua tríplice manifestação— obra, palavra ou escripto.»

^ *Supremo Tribunal Federal* — JIMUSPUUDBNCIA do ;inno de 1395, pag. 49.

Intelligencia dos arte. 230,231 e 193 do cod. pen.— Acc.j RelDçío *Mina* Gerara,* 3 de fevereiro de 1900. '

« O jtiry foz parte da organização judiciaria dos Es«l lados, e deve ser regulado pelas respectivas leis, salvo a'l sua essência.

TM

E' constitucional, e como tal deve ser entendida e ap-j plicada, a lei processual do Estado que relativamente ao Jury, estabelece a publicidade do volo dos juizes de facto e a fundamentação dos recusações dos mesmos por parte da accusaçQo e da defesa. /

R Não obstante, nQo commetle crime algum, e sim apenas simples erro de interpretação que não do lugar a respon-sabilidade criminal, o juiz, presidente do jury, que deixa de applicar essas disposições da referida lei processual por jul-gal-as attentatorias do art. 72 § 31 da Constituição Federal.» Intelligencia dos arts. 34, n. 23, 63, 65 n. 2e 72 § 31 da Const. Fed. earts. 207, 210 e 226 do cod. pen. Acc. do Sup. Trlb. Federal, 7 de outubro de 1899. *

« E' negado provimento ao recurso interposto do despacho do juiz seccional não recebendo a queixa apresentada contra o Inspector da Alfandega da Capital Federal, porque os factos allegados (expedição de duas portarias ordenando a dons conferentes que fossem a casa do queixoso proceder ú nova pesagem e conferencias de mercadorias jã despachadas na Alfandega, exigindo as respectivas facturas)! não constituem os crimes previstos nos invocados arts. 226 e 228 do cod. pen. Acc. do Supr. Trlb/* Federal, 2 de abril de 1898.

« Como preliminar, tomando-se conhecimento do recurso, porque dado que não fosse apresentado dentro do \ prazo legal, não deve essa circumstancia prejudicar os interesses da justiça, é negado provimento ao mesmo recurso c confirmada a sentença que julgou improcedente a denuncia dada contra o recorrido, porquanto, não constitue o crime previsto no art. 226 do Código Penal, o facto de haver o denunciado escripto em autos, sem termo de vista, e emj resposto a severa advertência do juiz seccional, um artigo cm que se serviu de expressões consideradas desrespeitosas.» j Accordão do Supremo Tribunal Federal, 4 de maio de 1898. ^

« Crime de *prevaricação* definido no art. 207 § 1° do Código Penal: —não o commettem os membros da Juntaj apurodora eleitoral por terem tomado votos em separado, em face da respectiva lei estadoal de Goyaz, n. 20 de abril

[1] O DIRKITO, vol. 82. pag. £77. ■

* O DIREITO, vol. 73, pag. 15 e vol. 82, pag. 88, ea KKYISÂO DOS rao-cc8H>a PEN.VISS do aulor, App. pag. 411, n. 87. "ì

[1] JURISPR. CÍT. (!■: anno 1898, pag. 57, n. 60, pag. 59, n. 62.

I de 1885, art. 49 — e nem por isso incorrem em outra qualquer responsabilidade criminal: « Sentença do juiz de direito de Goyaz, 30 de agosto de 1895.» »

% NSo ha crime no simples facto de reformar-se um despacho de pronuncia.

I «As circumstancios constitutivas do crime *de prevaricação* devem ser provadas (Código Criminal art. 129, Código Penal art. 207).

■ .« No crime de *prevaricação* não pôde ler lugar a *attemiante* de não ter havido da parte do delinquente — pleno conhe •imento do mal e directa intenção de o praticar (Código Criminal art. 18 § I°, Código Penal art. 42 § 1°). » Ac-I cordão d > Supremo Tribunal de Justiça 12 de fevereiro 1877 — *O Direito,* vol. 12, pags. 79*1*.

« Não excede os limites de suas attribuições o juiz seccional que concedendo ordem de *habeax-corpus e* consequente soltura a reo preso por delicto da competência da justiça local, onde estava sendo processado, o fez sem inten-^nção criminosa e sim pir defeito de interpretação do texto legal — Intelligencia do art. 226 combinado com o art. 24, do Código Penal, » Accordõo do Supremo Tribunal de 19 de dezembro de 169o. -

CAPITULO V DA U»URI'AÇÃO 1)8 FUNCÇÕES PUBLICAS B DE TÍTULOS *OV* HONRAS

C3DIGO

B Art. 224. Arrogar-se e efectivamente exercer sem direito, emprego ou funeção publica, civil ou militar :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido.

Art. 225. Entrar em exercício do emprego,som ter satisfeito previamente as exigências da lei para a investidura do mesmo:

Pena — de suspensão do emprego até satisfazer ss condições exigidas, e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido do emprego.

Ai t. 227. Continuar a exerçor funccôes do emprego ou commissão,i depois de saber ofllcialmenle quo está suspenso, demittido, removido, ou substituído legilmente, excepto nos casos em que for autorizado competentemente para continuar: ■ t

Cenas — de prisão cellular por um mez a um anno e multa igual | ao dobro dos vencimentos que tiver recebido pelo exercício indevido do cargo.

* O DIREITO, vol. 70, pag. 600. [2] O DIREITO, vol. 72, pag. 411.

COMMENTARIO

Cfecs. Este capitulo ô um fragmento da 6" seccflo do código! penal neste seu titulo V que corresponde ao IV deste nosso commentnrio.

E' a matéria do capitulo correspondente ao projecto de 1897, arts. 213 e 214 e do de 1899, arts. 204 a 206.

E' uma outra classe de crimes deste titulo « a usurpação de funcções publicas e de títulos ou honras. » *

Trata-se, em primeiro lugar, do exercido abusivo de funcções publicas e ao que o código penal se refere nos três artigos do texto.

Esse crime pôde ser praticado por um particular ou por um funccionario; assim como são criminosos lambem a antecipação e o prolongamento das funcções publicas.

O organismo do poder social, diz Pessina, nflo pode conservar-se illeso de perturbação, quando o particular venha a invadir o seu dominio, fazendo-se seu representante, sem estar investido delle segundo as formas e condições legaes.

Daqui surge o delicto de o exercicio abusivo de funcções publicas », delicto, cuja noção nfio se restringe a usurpação de um offleio ou emprego permanente, mas se estende á toda manifestação própria da actividade do poder social, permanente ou transitória. *

A autoridade publica, diz Garraud, é delegada a certos agentes, submettidos a justas condições de investidura. Usurpar a situação destes agentes, exercer a autoridade publica em seu lugar, são factos erigidos em delictos por toda a legislação civilisada.

E' a figura do art. 224 do texto do código penal caracterisala pelo facto de alguém que indevidamente, isto é, sem titulo legitimo, assuma ou exercite funcções publicas, sendo simples particular, ou mesmo empregado publico que exerça funcções difterentes daquellas de que está legalmente revestido.

E' mister notar, com Majno, que assumir uma funeção exprime uma acção positiva e não dictos vãos ou expressões ineptas; é, por outras palavras, tomar posse do cargo, constituído pela funeção ou a que esta está ligada ou annexa.[2]

Assumir simplesmente o titulo constituiria as figuras de contravenção dos arts. 379 ou 381 do nosso cod. pen.,| menos graves do que a do art. 224 do texto

[1] Pessina, Ou ri. ciT. vol. 3º pag, 110. *

Majno, OBR. CIT. I, pag. 549.

O direito francez, italiano e outros punem também o exercício da autoridade publica illegnlmente antecipado, ou prolongado *.

Os elementos constitutivos das figuras destes crimes variam de accordo com a legislação djs diversos paizes pertinentes especialmente ao assumpto, isto é, conforme as peculiares condições e requisitos por cada uma exigidos para a nomeação e posse ou destituição dos cargos públicos.

São as espécies dos arts. 225 e 227 do texto do nosso cod. pen.

Assim o individuo nomeado para um cargo publico que sem fazer a *aj/irmação* ou tomar o *compromisso* (outr'ora *o juramento)* de bem servir, ou não prestar a fiança ou não dér a caução, por exemplo, si a lei o exigir, e assumir, entretanto, sem cumpriras formalidades legaes, o exercício das funeções do cargo incorrerá no crime previsto noort. 225.

Do mesmo modo, o que continuar a exercer funeções depois de saber oficialmente que cessaram ou foram suspensas, terá commettido o crime capitulado no texto do art. 227 do cod. pen.

O cod. neste art. 227 repete a mesma espécie do art. 211 § 1°, 2» parte, classificada na 2ª secção deste titulo e não na sexta de que aqui tratamos; e como as penalidades dos dous artigos são differentes, o juiz se achará muita vez inteiramente embaraçado na execução !

Quanto, agora, « á usurpação de títulos ou honras » ultima parte deste capitulo e que os projectos de revisão do cod. pen. previram como *crime,* o mesmo cod. colloca os respectivos factos entre as *contravenções* envolvidos com matérias completamente estranhas.

Entretanto, diz Garrara, annotando a disposição parallela do cod. italiano, que o art. 18G no projecto senatorial precedente figurava nas *contravenções,*—mas si se considera que com o facto se offende immediatamente um direito dos terceiros, isto é, o de trazerem legalmente os distinctivos honoríficos conferidos pela autoridade, ô fácil persuadir-se do dolo da acção e que a classificação de tal infracção acha um logar adequado na classe dos *delictos* ».

0 projecto de 1897 colloca o crime no art. 214 e o de 1899 no art. 205.

Da mesma opinião de Carrara é Pessina, porque o facto importa a violação dum direito.

[1] Garraud, OIIR. crr. 3º vol. pag. 471.

* Carrara, COMMEXTO CIT. art. 180, pag. 118.

CAPITULO VI

PREVARICAÇÃO

CÓDIGO

Art. 209. Picarão co.nprehendidos na disposição do artigo precedente, e serão julgados peli mesma forma do processo que os funccionarioa públicos, o advogado ou procurador judicial :

1°, que conluiar-se com a parti adversa e, por qualquer meio doloso, prejudicar a causa confiada ao seu patrocínio;

2*, que, ao mesmo tempo, advcgar ou procurar scientemente por ambas as partes ;

3º, que solicitar do cliente dinheiro, ou valores, a pretexto de procurar favor de testemunhas, peritos, interpretes, juiz, jurado ou de qualquer autoridade ;

4", que subtrahir, ou extraviar, dolosamente, documentos de qualquer espécie, que lhe tenham sido confiados e deixar de restituir autos que houver recebido com vista ou em confiança :

Penas — de privação do exercício da profissão, por dous a quatro annos e multa de 200$ a 500?, áfi n das mais em que incorrerem pelo mal que causarem.

COMMENTARIO

è>3- O artigo do texto está comprehendido na Iª secção do titulo V do código penal ; mas a matéria constitue objecto deste capitulo, no titulo respectivo do projecto de 1897, arts. 215 a 217, e do de 1899, arts. 207 a 209.

Justificando o projecto de 1897, comparativamente com os de 1893 e 1896, dissemos sobre o assumpto deste capitulo e do anterior, de modo geral, sobre o contexto deites; notando também a collocaçâo inconveniente do art. 206 do projecto de 1898 ; e outros lapsos deste ultimo projecto, neste titulo mesmo, reproduzidos, entretanto, apezar de taes avisos no de 18J9 :

Nos 5º e 6º capítulos do titulo, o substitutivo, a não ser quanto ás alterações da penalidade, não se affastou quasi da nova redacção.

O ultimo artigo é um crime politico e já ficou lá no respectivo titulo.

SS Esquecia dizer que ha antinomia entre o art. 27 ri. I eo § 2° do art. 191.

O capitulo VII não differe, nem do projecto nem do substitutivo, nem mesmo na referencia feita duas vezes á indem-nisação do damno, tão malsinada pela nova redacção, tal é a força da verdade !

O capitulo VIII está nas mesmas condições, respectivamente aos três projectos *.

Effectivaniente, a collocaçSo do art. 205 no capitulo da « usurpação de funcções e de títulos ou honras » pôde tornar controvertida a competência da justiça federal, cujas leis se referem, não a este, mas ao primeiro titulo do código.

Gomo assumpto final deste titulo, vamos tratar da *[prevaricação.*

A. prevaricação não exprime, senão impropriamente, conforme a linguagem do código criminal anterior e do código penal vigente, o abuso da funcção publica, mas o abuso do officio de advogado ou procurador ou antes, do *patrono* [2].

O sujeito activo deste crime é o patrono, tomada esta expressão na falta doutra, para comprehender do modo mais geral possível, até certo ponto contra a opinião de Carrara, toda espécie de defensor, advogado ou não, procurador legal ou não, munido ou não de diploma judicial ou profissional, e assim, também, oquelles que são admittidos, como na Itália, ao patrocínio deante dos pretores e *conciliadores* ("juizes de paz).

Nõo se faz mesmo ahi distincção alguma, si o patrono é nomeado directamente pela parte ou delegado de officio, si é retribuído ou não [3].

Entre nós, por exemplo, nos juízos criminaes, podem figurar quaesquer pessoas, como representantes das partes, para assistirem os autores ou defenderem os réos ; sendo que,- acompanhando estes, para tomar-lhes a defeza nem precisão de instrumento de procuração.

Nestes crimes é necessário o dólo; não lia crime, si o dam no resultar de simples negligencia, ou ineptidão do patrono.

O crime reduz-se ás três formas do código italiano, arts 222 a 224, que o nosso codig > penal adoptou no seu texto e os projectos nos arts. citados corrigiram, de accôrdo com a fonte commum. São estas as formas:

Iª, o *conluio* do patrono em causa a este confiada e que o nosso código penal, no art. 209 ns. 1 c2 do texto, caracte-risa muito màl, sem distinguir as causas, e este conceituado no projecto de 1897, art. 215, e no de 1899, art. 207 ;

2ª, • a *infidelidade* do palrono em causa *criminal,* a que o artigo do texto do nosso código penal nem siquer allude (!) e os projectos citados definem, editando penas mais graves, o de 1897, art. 216, e o de 1899, art. 208.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1897, png. 10.
'. Carrara, PUOOKAMMA CIT. Pari. Speo. 5" vol.. § 2.594, pag. 176
• Majno, OBR. OIT., I, png. 648, art. 222, n, 1.091.

Mas, nole-se, a infidelidade commettida contra o accusador não incide neste conceito e sim na disposição anterior, conforme a opinião de Mamo e resulta bèni da redacção dos projectos citados.

3ª, a *concussão* do patrono que o código penal define no art. 209, n. 3 do texto, e os mesmos projectos, o de 1897, art. 217, e o de 1899, art. 209.

Era geral, é o abuso da profissão ou do ministério equiparado desde os Romanos ao abuso do officio publico.

Este abuso, como diz Pessina, é a traição da justiça social que se encarna na traição da defeza.

E é previsto e punido pelos códigos dos povos cultos, como crime, não só contra o direito individual que é confiado ao patrocínio de alguém, mas, também, contra o direito do Estado; porque, faltando uma defeza honesta, falta á toda sociedade jurídica uma das mais importantes garantias da defesa social.

Aqui suscita-se uma questão que tratamos de resolver.

£>•£. A chamada *quota litis,* controvertida em theoria, não consjtitúe crime.

E' o facto de tomar o advogado a causo, sob a condição de pagar-se do seu trabalho mediante uma quota parte ajustada do que receber ou liquidar a favor e por conta do * cliente.

E' um negocio perfeitamente licito, estipulavel entre procurador e constituinte e ás vezes o meio único de conseguir o ultimo fazer valer o direito que lhe ossiste ante a justiça e auferir um lucro que não obteria de outro modo, por falta de recursos pecuniários, ou por não achar advogado capaz de tomar com probabilidade de êxito o patrocínio da causa *.

Convém notar que só ha crime quando se trata *de causas,* conforme a opinião de Carrara, embora possa ser considerado um acto immoral dor o advogado conselhos ou *pareceres* differentes ás parles adversas, sobre o mesmo negjcio; a lei suppõe, para haver crime, um verdadeiro litígio ou demanda .

Si, porém, o advogado consultado por uma parte, ouve os segredos desta e depois consultado também pela porte contraria, os revela á esta outra, commetlerá então o crime • do art. 192 do código penal contra a inviolabilidade do segredo *profissional.*

O direito allemão differe um pouco do direito italiano na mo teria da *prevaricação.*

[1] **Vid. Majno,. OBR,** CIT., **I,** pag. 619, **n." i.OUl, art.** 222; **Carrara,** PROORAMMA, CIT. **vol.** 5", § 2.607; Pessina, Ei EMBUTI **CIT.,** 3» **vol. pag-,.** 8i.

Ao § 356 **io** código **allemSo? Garrara,^Sffr** nõtã na **ira**ducção italiana, diz que é justíssima a severidade pela prevarií-nçfio (o contrario do nosso código) que 6 delicio) inexcusnvel e infame. K, com bem razfio, acrescenta; nfio se adraitte neste paragrapho a possibilidade de atleuuanteâ.

0 código allemflo, nessa disposição, refere-se, não somente à assistência, como a *conselhos* que são incriminados, do mesmo modo que a assistência.

Outra differença. « O art. 356, diz von Liszt, só tem applicaçfio ao processo penal, quando se acham em presença duas partes (aceusaçõo privada); não tem pois applicação a relação do defensor'para com o ministério publico.

Em nota, o seu traduetor diz que o serviço pôde consistir em conselhos, como em actos; em acções como em *omis-i \tões,* embora nfio effectuadas em nome da parte; basta que 0 procurador promova os interesses contrários da outra parte, como *deixai•* decorrer um prazo fatal *.

Este ultimo ponto constitue, talvez, uma outra differença do direito italiano, onde, pelo menos, a solução nos parece duvidosa.

Finalmente, o nosso código penal no art. 209 do texto, enxertou o numero 4° que com prebende modalidades de furto e falsidade e até infracções de regimentos processuaes, como a recusa da entrega do autos com *Pista* ou em *confiançà* ao advogado, sem fazer distincçfio alguma, commlnando a todos a mesma pena, isto é, a factos graves e infracções as mais ligeiras.

Quanto á jurisprudência sobre este capitulo, ou antes sobre qualquer *quota litis,* arestos recentes confirmam nossa* opinifio, julgando-a licita sob o ponto da lei civil, o que quer dizer que o priíicipio resistiria á qualquer san-cção penal contra ella.

« A Orden. do Liv. \° Tit. 10 prohibe ião somente a cessão de acção litigiosa, posta em juizo e contestada.

« Assim, não comprehende-se nessa prohibiçfio a cessão anterior á propositura da acção.

1 « Nenhuma applicação tem entre nós a constituição do imperador Anastácio, confirmada pelo imperador Justi niano (lei 22 e 33, God. 4,35), segundo a qual o cessionário, a Ululo oneroso do um direito, só linha acção contra o devedor até á concurrencia da importância por elle des embolsada e respectivos interesses ». Acc. do Trib. Civil e Criminal, de 13 agosto 1897 e Corte de Appóllação, 2 ju nho 189i. V. '

Em relação aos advogados, especialmente, Teixeira de | Freitas já ensinava a mesma doutrina, mas pretendia re-

' Franz von Liszt. Op» i'i"T'i ><»')' iK pag. 283, not, *d in fine.*

stringil-a ao caso era que o advogado contractasse por quantia *certa e liquida.*

A restricçQo nSo tem razão de ser, porque a certeza e liquidez se reduz muita vez a uma simples operação arithmetica para verificar a porcentagem devida ao advogado sobre o quantum que elle conseguiu liquidar ; além de que, a exigência da quantia *certa e liquida* era feita para dar ao advogado o privilegio da acção executiva, para cobrar elle o honorário contractado, como tem sido expresso no regimento de custas e póde-se ver ainda no ultimo decreto n. 3,363, de 5 de agosto de 1899, art. 9, expedido com auto-' risaçfio da lei n. 539, de 19 de dezembro de 1893 *.

TITULO V

Dos crimes contra a incolumidade publica

CAPITULO I

DO FOGO POSTO, INUNDAÇÃO B OUTROS

CÓDIGO

Art. 13ò. Incendiar edifício, ou construcçlo, de qualquer natureza, própria ou alheia, habitida ou destinada á habitação, ou a reuniões publicas ou particulares, ainda que o incêndio pos-a ser ex ti neto logo depois da sua manifestarão e sejam insignificantes os estragos produzidos.

Pena —de prisão reli tilar por dons a seis annos, e multa de cinco a 20 •, do damno causado:

Incluem-se na significação dos termos—construecão habita-la ou destinada á habitação :

1°, os armazéns;

2°, as oíficinas;

3º, as casas de banho ou nateção;

4º, as embarcações ou navios;

5", os vehiculos de entradas de ferro pertencentes a comboio de passageiros, em movimento, ou na occasião de entrar em movimento ;

6°, as casas de michinas, armazéns o edifi-:ioí dos estabelecimentos agrícolas.

Paragrapbo un co. O próprio doao não ficará isento das penas deste artigo, sem prov.tr que o objecto por elle inceadiad > já não tinha algum dos destinos ou usos especificados, e que do incêndio não poderia resultar perigo commum ou prejuízo de terceiro

' REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA cit. vol. 3', pag. 426; Teixeira de Freitas, CONSOLIDAÇÃO DAS I.EH CIVIS. Rio de Janeiro, 1876, art 468, not. 23.

Art. 137. Nas penas do artigo precedente incorrerão:

§ 1 .* Aquelle que incendiar objectos collocados em legar de onde seja fácil a communicação do fogo aos edificies e construcçSes especificados, no mesmo artigo si acontecer que o incêndio effectivãmente se propague, e qualquer que seja a destruição causada;

g 2." Aquelle que destruir os mesmos edifícios, ou construcçSes, por emprego do minas, torpedos, machinas ou instrumentos explosivos.

Art. 138. Si os edifícios, ou construcçSes não forem habitados ou destinados para habitação, e não pertencerem ao autor do crime : £7 Penas — de prisão cellular por um a três annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 139. Incendiar edifícios, construecões, depósitos, armazéns, archivos, fortificações, arsenr.es, embarcações ou navios pertencentes á Nação :

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos, e multa do cinco a 20 „ do damno causado.

Art. 140. Incendiar o próprio dono qualquer das cousas, precedentemente especificadas, com o pro[osito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro, ou defraudar os direitos de alguém :

Penas — de prisão cellular por um a seis annos e multa de cinco a 20 ■■„ do valor do damno causado, ou que i oderia causar.

Art. 141. Incendiar plantações, colheitas, lenha cortada, pastos, ou campos de fazenda de cultura, ou estabelecimentos de criação, mattas, ou florestas pertencentes a terceiros, ou a Nação :

Penas— de prisão cellular por um a três annos e multa de cinco a 20 "o do damno causado.

Art. 142. Cansai' a inundação da propriedade alheia, ou expol-a a esse, ou outro porigo, abrindo comportas, rompeudo ri prezas, açudes, aqueduetos, ou destruindo diques ou qualquer obra de defesa commum:

Penas — de prisão collular p.r um a três annos o multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 143. Accender fogos sobre escolhos, arrecif-ss, bancos de areia ou outros titios perigosos que dominem o mar, fingindo phatòes, ou praticar outros artifícios para enganar os navegantes e ^ttrahir a naufrágio qualquer embarcação:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno cansado.

Art. 144. Praticar cm embarcação de qualquer natureza, própria ou alheia, em viagem ou em ancoradouro, qualquer abertura que possa produzir invasão de agua sufflcnnle para fizel-a sul mergir:

Penas — de prisão cellular por dous a SJÍS ânuos e multa de cinco a 20 "»do damno causado.

Paragrapho único. O próprio dono não será isento das penas deste artigo sem provar que a embarcação jà estava em condições do innavegalnlidade o que do arrombamento por elle praticado não poderia resultar perigo commum ou prejuízo de terceiros.

Art. 145. Fazer abalroar embarcação, piopria ou alheia, com outra em viagem, ou fuzel-a varar ou ir a pique, procurando por qualquer destes meios naufrágio:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno causa lo.

Art. 146. Quando do incêndio, ou do qualquer dos meios de destruição especificados nos differentes artigos deste capitulo resultar

a morta, ou lesivo corporal, de alguma pessoa, que no momento do accidente se achar no togar, serio observadas as seguintes regras :

I." No caso de morte — pena de prisão cellular por seis a quinze nnnos;

2." No do alguma lesão corporal das espoei ficadas no art. 301 — pena de prisão cellulnr Por três a sete annos.

Art. 147. O incêndio de cousas, não comprehondidas neste capitulo, será regulado pulas disposições que so tipplicam ao dam no.

Art. 148. Todo aquolie que, por imprudência, negligencia ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservância de disposições regulamentares, causar um incêndio, ou qualquer dos acoidentos de perigo cominum mencionados nos artigos antecedentes, será punido com a pena de prisão cellular por um a seis mezes e multa de cinco a 20 *. do damno causado.

Paragrapuo único. Si do incêndio resultar a morte de alguém:

Puna — de prisão collular por dous mezes a dons annos.

COMMENTARIO

Cif*. Os artigos do texto são do Iº capitulo do cod. penal, mas do seu tllulo III correspondente *6* este, porque nfioj sabemos a que inexplicável col locação se deve Inzer figurar tal titulo antes dos crimes contra a liberdade e dos crimes contra a administração da justiça.

Este titulo 5° do nosso commentario exige considerações geraes sobre a matéria para melhor intelligencin dos respectivos capítulos: sendo de notar que o estudo dos projectos de revisão ao código deram lugar a polemicas, cujo conhecimento facilitará a intelligencia dos projectos e do mesmo código e a preferencia racional do mellrjr dentre todos neste mesmo titulo.

Assim justificando o projecto de 1893, ao mesmo tempo que expúnhamos a doutrina sobre o assumpto, dizíamos:

A epigraphe e bastante comprehensiva para abranger toda a matéria dos capítulos deste titulo, que enumera os crimes chamados de *perigo com/num* pelos allemães.

Os códigos da llollanda e de Zurich os denominam crimes — que compromettem ou põem em perigo a segurança geral das pessoas e bens ou contra a segurança geral das pessoas e bens.

Mas o sentido etymologico do vocábulo *incolumidade*, que ê portuguez de lei, embora pouco usado, deve fazel-o (preferir, como foi no código italiano, attentas as razões especiaes que no respectivo parlamento se deu para a sua' adopção e se pôde ler no parecer da respectiva commissão da Gamara dos Deputados. *

i Vill.i, RBLAIIONB BTC. Roma 1888, pag. 215.

A. palavra *incolumitá,* Incoiumidade, diz Innocenzo Fanti, de que o legislador fez uso para dar o nome collectivo á toda esta vasta, e como veremos agora, múltipla íamilia de delictos, é eminentemente comprehensiva.

E de facto com este vocábulo de significado tão geral abrange-se não só a *saúde,* mas ainda *a tranquilUdade* e a *\segurança,* e segundo a fonte latina também a *integridade.]*

Sob esta relação, pois, a formula do nosso é muito superior á de quasi todos os outros códigos. .*■

Entretanto não ha razão para usar das expressões — crimes de *perigo comniuni* — comprehendendo o incêndio, inundação e semelhantes, como fez o mesmo código italiano e não a outros em geral deste titulo, como fazem, variando ligeiramente de phrase, os outros códigos acima citados. [2]

O notável ante-projecto do Código Penal snisso destinado a unificar toda legislação respectiva da Confederação Helvética intitula o capitulo geral da matéria: «delictos contra a *segurança publicai).* [3]

O nosso Código Penal, porém, epigrapha este titulo como — o dos crimes contra a *tranquilUdade publica* » não obstante a opposição que a esta incabível denominação lhe fazia a doutrina,

A própria noção geral de taes crimes protesta contra semelhante inscripção.

Assim, observa Pessina, que essa denominação não é adequada, porque o perigo ameaça, não a *tranquilUdade,* mas a *segurança.*

A *segurança* é alguma cousa de *objectico, a tranquilidade* é um facto *subjectivo,* sendo a consciência de estar seguro; de modo que uma pessoa pôde de facto estar segura contra- qualquer perigo e entretanto por consciência errónea, não considera ndo-sê segura, não estar tranquilla; el ao contrario, uma outra pessoa pôde erroneamente conside-rar-se segura contra qualquer perigo, ao passo que corre grave perigo, e entretanto apossar da segurança que lhe falta, vive tranquilla, graças ao erro e á ignorância sobre a verdadeira condição em que se acha. *

Também não convimos com Garraud em agrupar o incêndio com a inundação e a explosão sob a rubrica — « de crimes commettidos com o auxilio das forças da natureza».

[1] Innocenzo Fanli, no COMPLETO TRATTATO da Cogliolo, vot. 2" Part. I A, pag. 740.

'• EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1893, pag. 12.

* VOUBNTWUURF zo BINEM SciIWEIZEltlSCIIEN STRAtaiiSETilBUCU ETC., Beilin, 1896, pag. 84, cap. 9º, arts. 153-t«6.

* Pessina, KI.EMENTI CIT. 2" vol. pag. 397.

Além do não comprehender só o que se quer incluir, daria em resultado confundil-os com outros que tivessem sido praticados com os mesmos meios, mas que podem não ter, ou nelles não predominar o característica do *perigo* mas outro titulo *diverso* ou mais *grave,* como, por exemplo, o *dam no, o homicídio, ele*.

E* um crime, cujo conteúdo é o ataque á *incoiumidade,* isto é, a uma condição ou estado negativo, o de estar illeso, isento" 'de qualquer perigo, eis toda sua essência.

E Garraud mesmo considera o incêndio consumado desde que ha a *apparição do perigo.* [1] }

cie. O nosso Código Penal, reincidio no defeito acima notado na sua fonte, isto é, de denominar os crimes do* cap. 1° de *perigo communi* e não os outros do seu tit, III, ou deste titulo do commentario; e por isso os projectos de 1893 e 1897 denominaram por outra forma o capitulo — *do fogo posto, inundação e outros* — sem alludir ao *perigo commnm* que abrange todo o titulo.

Os projectos de 1896 e 1899 repetem o Código Penal.

O que fizemos logo naquelle projecto primitivo de 1893, foi de accordo com a própria phraseologia do direito porlutuguez, Orden. do Liv. 5º Tit. 86, adoptada na nossa Lei n. 3311 de 14 de outubro de 1886 que só pecca pela falta de uniformidade; além de que receiavamos por outro modo influir contra os próprios dispositivos do projecto. [a]

Conforme os criminalistas modernos não se trata neste titulo, nem de crimes contra a pessoa, nem de crimes contra a propriedade. [8]

Nos crimes de que aqui se trata, o interesse predominante a garantir é principalmente a vida e depois a integridade das pessoas, arriscadas pelos factos que os caracte-risam.

O código bollandez na matéria é um modelo de perfeição, unida á extrema concisão dos seus dispositivos que constituem as mais apuradas e completas syntheses, mostrando á evidencia a verdade daquelle conceito.

Mas este ultimo código nos poderá servir de modo absoluto para por elle exclusivamente modelarmos a revisão dos nossos, desde que as disposições delle na pratica, com o nosso systema detestável do jury para julgar ladrões e assassinos, pôde talvez comprometter os interesses da repressão, quando certos factos devem ser caracterisados, como con-

• Garraud, OBR. CIT. vol. 5º pag. 574, n. 556-

[1] Priívira Souza, CLASSES nu CRIMES CIT. pag. 363; Jordão, COMMENTARIO AO OODIOO PENAL ISTO. Lisboa 1853-51, vol. 4º pag. 349; Silva Ferrão, Oiia. CIT. vol. 8º pag. 184.

[4] Garraud, OBR. CIT. vol. 5° pag. 571.

slituindo jô um perigo, sem deixar a apreciação deste perigo ao critério exclusivo do jury? Não pensamos assim.

A preferencia de outras fontes inferiores a apontada e escolhida não obviaria o inconveniente que está radicado na instituição e seria uma originalidade absurda edictar disposições que impedissem a intervenção dojuryem questões de facto que alias o legislador não poderia prevenir com a solução legislativa paro cada caso.

A nossa lei especial de 1886 pec:a pela casuística exagerada de que não escaparam os códigos allemão e de Zuricli e outros, e até certo ponto o italiano.

O nosso novo código penal incorreu no mesmo defeito e tendo tido por fontes exclusivas esse ultimo código e a lei cjtada, com tudo apartandose desta, consigna penas irrisórias para factos gravíssimas nas configurações correspondentes.

Cingimo-nos á escala das penas da lei brasileira de 1886, em geral, sem a variedade delias, porque estabelecendo penalidades severas, só as aggravamos para os casos de morte proveniente de toes factos. *

Justificando o nosso substitutivo de 1897 ao projecto de 1896, dissemos sobre o assumpto : ?y

A nova redacção quasi não justifica a epigraphe do titulo, apezar de haver augmentado o numero de disposições do projecto seguindo o chamado systema casuístico. Em outra parle havíamos dito : -

« O titulo dos crimes contra a incolumidade publica parece confundir a noção scienlilica e pratica de taes crimes com. os de simples damnos, taes são as falhas das figuras e as penalidades irrisórias correspondentes aos factos.

« Eslá muito ãquem da nossa lei de 1886, defeituosa por casuística, mas ac menos rigorosa.

Quando.o anorchismo parece nos visitar é que devemos esperar que um homem seja morto por um engenho explosivo para condemnar o seu autor, si não tiver attenuante alguma, a 30 annos de prisão ? » [3]

Tamliem defendendo o projecto de 1893, ao qual fozia censuras o Parecer duma commissâo especial do Instituto do Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, dissemos sobre estes pontos que estamos commentando:

Mas quando as notas deixam a rama dos assumptos poro emmoronlior-se, tratando penetrar no cerrado das difflculdades, acontece o que se pôde lêr na apreciação do titulo « dos crimes contra a incolumidade publica », em-que

[1] K.NPisiçÃo DE MOTIVOS de 1893, paga. 12 e 13.

• liiEM de 1397, pag. 10.

!• REVISTA *da Fatuidade de Direito do Recife,* 1896, pag. 110.

não é menos estranhavel do que a affirmação cathegorica da illustre commissão parlamentar, a sufficlencia com que se tacha de incorrecto e deficiente o projecto primitivo para com toda serenidade concordar inscien temente com elle justa mente no fim do mesmíssimo período. ■

Para não repetir-me invoco a ai tenção dos competentes para « as exposições de motivos» do projecto primitivo e do ultimo substitutivo. H

•O cod. vigente neste titulo começou errado desde a epigraphc—de crimes contra a *tranquilidade* publica — em vez da estranhada *incolumidade* que é portugueza muito de lei, embora seja lambem italiano, o *íncola mito,* até o ultimo artigo.

Antes de tudo peiorou a nossa lei de 1886, bòa por ser rigorosa, péssima por ser casuística.

O parecer illude-se suppondo que as formulas genéricas do projecto não comprehendem os seus casos, e que estes comprehendem todos.

Tenho respondido no *Jornal,* em Revistas e publicações avulsas a censuras que não têm o mérito da originalidade e para mim jú se tornam monótonas. *

2 Das Revistas o Instituto dispõe delias na sua blblio-theca.

M A illustre commissão parlamentar em defesa de seu projecto de 1896, convertido com emendas no de 1899, diz:

Conforme o parecer do illustre signatário do substitutivo, o prejecto *quasi* não justifica a epigraphe do titulo V.

Entretanto, bem ponderadas as cousas, em definitiva a Commissã') *sô* fez alterar a redacção do projecto primitivo. K si ali consignou, por acaso, *outras* figuras de crimes, é I certo que nem assim ella incorreu na censura articulada.

Inquestionavelmente, a penalidade aceita é mais *branda* do que a do projecto primitivo; e tanto bastava para contrariar ao illustre autor de substitutivo, que é de um *rigorismo patente*

Entretanto, dizia — com muila observação — Monles-quieu: *qu'on examine la cause de tous les relachements, on cerra qu'elle vient de Vimpunité des crimes et non de la moderation des peines.* [3] ' V

Do que repetimos, do que dissemos antes e depois do citado Parecer e do que de novo dissermos aqui sobre a matéria renltara a doutrina a condemnar ou a preferir. g Nos crimes, cujas disposições ora commentamos, o interesse predominante a garantir é principalmente a vida e

[1] REVISTA *da Faculdade de Direito do Hecife,* 1891, pag. 18l>, £111.

[1] IDEM de 18J7, pag. 17 — *A revisão do cod. penal.*

* PARECER CIT. de 1898, pag. 11, Iª col.

depois a integridade das pessoas arriscadas pelos factos que os caracterisão.

Mas, como demonstra Majno, em rigor taes crimes nãol podem ser classificados entre os que offendem a propriedade, porque attingem também as pessoas, nem entre os crimes contra estas, porque pela Índole delles nõo são dirigidos contra pessoas determinadas.

Estes crimes têm o caracter próprio do *perigo* a que expõem as famílias e as populações, acarretando como consequência um alarma geral; o poder espansivo do damno que lhes é inherente, assim como os effeitos que se lhes podem seguir assumem as proporções duma calamidade, desastre ou infortúnio publico. *

O *perigo* pode ser tanto das *pessoas,* como das *cousas,* não porque estas possam ser equiparadas áquellas, mas pela connexSo d' umas com a actividade, situação e attitude das outras, na *habitação,* nos *transportes,* etc..., de modo que a vida ou a integridade pessoal podem periclitar com o *incêndio* da casa, com os *damnos* no material das *estradas de ferro* ou factos semelhantes.

5% Depois de termos dito em geral sobre o titulo e seus capítulos, passemos ao primeiro destes.

E' sem duvida preferível o systema dos projectos de 1893 e 1897 que seguiram o código hollandez, ao do código penal que nas disposições dos arts. 136 e 138, (melhoradas, mas ainda com o sentido restringido pelo projecto de 1899) faz derivar o perigo dos íactos da habitação e semelhantes, isto é, de presumpções, defeito que Brusa nota no código al-lemão, comparando-o com o projecto em que se converteu o citado código hollandez.

No direito francez e mesmo no italiano inclusive o do ultimo código uno, figuram áquellas condições taxativas para caracterisar o *incêndio,* mas é preferível por mais simples o systema do código hollandez, sendo de notar que ha uma certa incongruência em exigir taes requisitos no *incêndio* de casas e edifícios e não d'outras cousas ou objectos, como, por exemplo, os navios; e n'outros casos como na *inundação* e *submersão.*

O citado anteprojecto suisso do professor Carlos Stooss, revisto e modificado por uma commissão de criminalistas e outras autoridades competentes evitou taes presumpções -.

Isto assignala um progresso porque> essas presumpções figuram em códigos vigentes de muitos cantões, principal-

* Majno, Oim. «ir. Part. II, art. 300, pag. 5: Bemer. TUATTATO DI DIRITTO PBNALK (trad. de Iíertolu) Milano, 1889, pag. 500.

* WOKESTWUKP CIT. arts. 153 e seguintes.

mente da Suissa romanda, como se pôde verificar n'outra obra do mesmo Stooss ».

O mesmo, porém, não se pode dizer do direito hespanhol que continua a manter as presumpções [2].

Taes presumpções, também Boíssonade procura justificar no direito *japonês* com a circumstancia da con-B strucção das casas ser quasi que exclusivamente de madeira \ e a de serem também muito frequentes os ventos de violência extraordinária, importando qualquer incêndio verdadeiras | ruínas. [3].

Ainda justificando o projecto dizíamos especialmente com referencia A matéria do capitulo I que estamos com-mentando: L Pelo que acima ficou dito, o projecto adoptou um meio j termo entre as saneções epigraphicas do código hollandez e a casuística doallemão, italianoe zurichense.

Afastou-se, porém, dasdistineções minuciosas deste ultimo sobre o incêndio doloso e procurou discriminar as diversas espécies criminosas, o que não faz sempre o código 1 allemão, attento ao seu systema na applicação da penalidade, que dá uma grande esphera de poder ao juiz na imposição da pena, estabelecendo muita vez somente o máximo ou o minimo.

As disposições estão redigidas de modo que todas as espécies subentendem — o perigo — pelo facto em si mesmo ou pelas circumstancias connexas.

No caso de simples damno regulará o capitulo respectivo do damno no titulo dos crimes contra a propriedade.

Pela redacção do primeiro artigo fica resolvida a questão do momento consumativo do incêndio, que é o facto de — pôr fogo — e ao mesmo tempo a questão sobre a contiguidade do objecto a incendiar, desde que haverá incêndio, sendo ateado no objecto em vista, ou em qualquer outro para attingir o desígnio criminoso[4].

Não obstante o systema do projecto, este foi censurado no Parecer da Faculdade de Direito de S. Paulo, ao qual offerecemos estas observações que visam restabelecer os termos da questão e resolver as duvidas susciladas neste ponto:

A censura gasta muita tinta com o titulo dos crimes contra a *incolumidade* publica (pogs. 37, 75 e 77)[5].

[1] Stooss, DIE ScnwEÍ/.ERiscHEN STRAFQBBETZBVcnER, Basel uud Genf, 1890, paga. 566 e 590. A -

* Pacheco, OBR. CIT., 3" vol., pag. 399; Viada y Vuascca, OBR. CIT., vol. 3°, pag. 601; llamón Rueda, Elementos de Derecho Penal,] Santiago, 1891, 2° volume, pag. 310.

' Boissonade, OBR. CIT., pag. 1183.

* EXPOSIÇÃO CIT, de 1893, pag. 13.

■ PARECER publicado na « Revista da Faculdade de Direito do S. Paulo», 1891.

Bastaria a *Exposição de motivos* (pags. 12 e 13) para respondel-a.

Antes de tudo, porém, si a epigraphe do titulo é o rotulo do *género,* como havia o *Projecto* de marcar as *espécies]* com o mesmo rotulo, sem precisfio, nem propriedade de termos e sacrificando monotonamente a tão decantada eury-Ihmio do futuro código? I E' deplorável a critica neste ponto.

O *Projecto,* como falsamente se diz aqui, nfio traduziu código algum: as fontes do fundo das disposições estSo indicadas na *Exposição de motivos.*

Seguindo a lei de 1888, quanto á penalidade, mais ou menos, mas não quanto á casuística a franceza, rejeitou *in limine* a phraseologia polyforme da mesma lei.

Mas é simplesmente irrisório que chame a cada passo insolitamente *traduttori tradittori* quem diz que em italiano *appicare il fuoco* não significa *por fogo!*

Si se trata de alambicar termos, a que vem traduzir a phrase por *produzir incêndio* (pag. 76) f

O illustre censor cita o vulgarisado Diccionorio de Ferrari & Caceia para provar o contrario do que estes dizem no trecho incompletamente transcrípto (pag. 76 nota 68). já em um sentido mais complexo e não simples como o da-quella phrase.

O iilustre censor nunca acha dificuldades...

Vejamos o trecho citado pelo illustre censor : « fare incêndio :.(e não reticencia, o que é differente; in casa si era *appicato il fuoco, le feu* evait *pris* chez nous. » L - A estas phrases antecedem no Diccionario as seguintes: « *appicarsi il fuoco,* comunicarei dal camino alia casa, fare incêndio ele... »

Eu traduzo tudo assim, lilteralmente: «*pegar fogo,* oommunicar-se do caminho á casa, haver incêndio: em casa tinha pegado fogo, o fogo tinha pegado em nossa casa. » I Psychologicamente aqui o fogo é o agente e não o meio manejado pelo crime, o que confundio o illustre censor, traduzindo errado o italiano com sacrifício da grammatica geral. *

B Quando a gente falia muitas línguas, embaraça-se a ponto de traduzir *fare incêndio,* por «.*produzir* (alguém) incêndio. »

[1] Revendo as provai, vejo no eludo magistral de Said AH a brilhante solução dos verbos sem sujeito — a que estão s ibordinadas as theses dos verbos impessoães, da forma existencial do verbo *haver* e do emprego do *se* nos verbos reflexivos. Esse estudo esplendido responde ;í critica dos pontos prin-cipães do *Projecto* quanto ;'i grammtttica.

O illustre censor verá quem neste ponto está com as leis da linguistica. *Revista Urazilefra,* tom. 1, 1895, pag. 39.

« *Appicore il fuoco,* dare fuoco, *mettre le feu* » — é sei o que dizem, com applicaçflo, Ferrari & Caceia, isto é, pôr fogo, applicar fogo, tocar ou pôr fogo.

Nflo faremos a injuria ao senado italiano e a commissáói de revisflo do código *único* de nflo saber a própria língua, preferindo o *appicare il fuoco,* ao *appicore l'incêndio,* ao *chiunque incendia etc.*

O illustre censor cita a nossa lei de 1886, masoccultaj que nosarts. 4 a 6 emprega ella as expressões *fogo posto &\ por fogo* repetidas vezes, começando o arl. 5° por estas ul timas expressões!

E nflo cita elle o código portuguez em subtítulo ou secção, justamente como fez o *Projecto* em *capitulo?*

E ê a língua jurídica portugueza de lei das suas instituições [1]

Aliás as expressões resolvem questões momentosas sobre os crimes de que se trata, o que nflo vio o illustre censor.[2]

Explicávamos assim a matéria essencial deste cap. I.[3]

Entretanto a critica foi renovada ainda neste ponto pelo parecer da fallada commissflo do Instituto dos Advogados, á qual respondemos :

Convêm apurar, porém, a contradicção formal do parecer nflo presentida mesmo pelo seu illustre relator.

Diz o parecer que o projecto primitivo « é deficiente e incorrecto, a começar pela noçflo do crime de incêndio, *que consiste em pôr fogo a qualquer cousa...»*

No final do mesmo período o parecer conclue assim : «o crime fica consumado *sô* pela *communicação* do fogo, *qualquer* que seja o *resultado,* por mínimo que seja o damno material, que é o que imprime á esta espécie de crimes o caracter peculiar dos crimes *formaes.* »

Ora, o parecer censura e ao mesmo tempo concorda com a phraseologia censurada, precisamente porque *pôr fogo,* expressões do nosso direito positivo, inclusive a da lei de 1888, não sei porque polyforme nas expressões, quer dizer *communicar* fogo.

Nflo ha que notar differença.

Entretanto o código vigente na opinião agora do parecer é que está errado, porque empregando uma só vez as expressões *accender fogos,* mas tingindo pharóes, emprega innumeras vezes o vocábulo *incendiar* em vez *de pôr Jogo* que não emprega uma só vez. *

[1] Pereira e Souza. *Ciastes de crimes, ete...* Lisboa, 1S1(), pag. 363.
[2] Majno. Oli. eit. art. 300, II Part. pajr., n. 2127.
[1] O pKo.inc'i'0 DO COD. PEN. *c a Faculdade de S. Paulo.* Recife 1895, pag. 53- REVISTA OIT. do 1834, n. XIII, pag. 189.
* REVISTA CIT. de 1897, pag. 18—*A reois%o do o>d. pai.*

Innocenzo Fanti, na grande encyclopedia do direito penal italiano, fazendo a nomenclatura dos vocábulos nas varias legislações para exprimir o crime de que se trata diz — *incêndio* na hespanhola, FOGO POSTO na *portuguesa etc.*[1]

Ê»S- Effectivamente uma questfio que tem dividido osj criminalistas é a de saber qual é o momento consumativo de ta es crimes, especialmente dj de crime de incêndio, comprehendido no texto dos artigos do código penal neste 1° capitulo.

O nosso código penal que compilou a lei de 1886 escolheu o peior vocábulo da phraseologia polyforme da lei, comoô o *incendiar* para traduzir a figura dò crime, ao contrario do que fizeram os projectos de 1893 e 1897 que empregam as expressões na epigraphe e no texto de *fogo posto, pôr fogo* empregadas alias também pela nossa citada lei.

Ahi, porém, os projectos de 1896 e 1899 se referem a *incêndio,* mantendo a linguagem do código penal.

Dada a condição de perigosas nas chammas pegadas, diz Carrara, somente o tel-as excitado exhaure a consumação do crime; e *no pôr fogo* se acha quanto basta para infligir toda pena ordinária.

Para dizer que ha *tentativa* é mister que o fogo não tenha ainda pegado os objectos que se queriam queimar.

O *incêndio posto ou pegado* não é simples tentativa, mas admitte uma tentativa no phase precedente. ª.

Pela redacção dos projectos, de 1893, art. 235; e de 1897, art. 221, ao contrario do cod. pen. e dos projectos de 1896 e 1899, ficou resolvida a questão do momento consumativo do incêndio, que éo facto de — *pôr fogo* — e ao mesmo tempo a questão de contiguidade do objecto a incendiar, desde que haverá incêndio, sendo ateado no objecto em vista, ou em qualquer outro para attingir o desígnio criminoso, isto é, de modo directo ou immediato ou de modo indirecto ou mediato.

Dissemos em 1893 que no caso de simples damno regularia o capitulo respectivo do *damno* no titulo « dos crimes contra a propriedade »que no cod. pen. é o 1° do titulo XII.

Esta referencia e o systema dos projectos de 1896 e 1899 que não melhoraram o cod. pen. sob este especial ponto de vista, leva-nos a distinguir os crimes deste titulo III do cod. pen. doutros que se lhe possam assemelhar.

Assim para configurar o crime contra a *incolumida.de* publica basta que a intenção do agente tivesse como ponto de mira os factos conceituados nas diversas espécies deste titulo.

[1] Innocenzo Fanti, em Cogliolo, OBR. CIT. 2º vol. Parto I A, png. 756. » Carrara, HROORAMMA CIT. Part. Spec. §§3081 a3084, vol. (i°.

Não é mister que a intençSo do agente mirasse tombem! qualquer outra consequência resultante do facto. BL

Assim, si a intençfio do agente fosse v. *g. matar* com o *incêndio* ou a *inundação,* servindo um ou outro de meio homicida, o crime seria naturalmente o de homicídio *quali*-1 *ficado* no art. 294 § I^{o} que inclue a circumstancia ou condição j qualificativa do art. 39 § 3°.

Esta é a solução dos criminalistas. [1].

Por outro lado, o damno se distingue bem dos crimes de que aqui se trata, porque excluído o caso de fraude v. g. doque incendia a casa para haver o preço do seguro, espécie do art. 140 do texto do código penal,não ha crime em destruir as cousas próprias, mas aquelle que commette um crime dos de que se trata neste titulo, é tão criminoso, incendiando as próprias cousas, como se incendiasse as alheias; art. 136do texto do código penal.

Garraud considerando antes os *meios* de execução de taes crimes, para caracterisal-os, do que o *perigo* delles resultante, chega a confundir a própria materialidade *perigosa* delles, objecto deste titulo, com os *outros factos* a que elles j podem servir de meios.

No direito *c/tines* e no cod. *annamita* ha a confusão do homicídio, *consequência* do incêndio, com o homicídio tendo *como meio* procurado o incêndio. *.

Pois essa nota fiz ao projecto de 1898, convertido no de 1899 quando justificava o substitutivo de 1897, dizendo sobre este caphulo I:

Assim a casuística do Capitulo 1 com prebende antes crimes de simples damno do que contra a incolumidade publica, além de consignar aggravantes bem duvidosas, e a figura de uma simples contravenção no art. 216. [3] I Não transcrevemos a resposta que dá o Parecer da com-missfio parlamentar para fazel-o adiante no cap. II, ao qual quasi exclusivamente ella se refere.

Entretanto ella é improcedente por tudo quanto temos dito até aqui.

^9. Neste cap. o cod. pen. trata em primeiro lugar do crime de *incêndio* a cujas principaes disposições já nos referimos, mas que elle comprehende nos arts. 136 a 141, 146 a 148.

O *incêndio* não deve confundir-se, diz Pessina, com a simples destruição ou a simples deterioração duma cousa qualquer queimando-a ; elle consiste em appliçar o fogo de maneira a propagar-se em vastas proporções.

[1] Dr. Rivarola, Obr. oit. 2^{o} vol. pag. 379.

* Philastre, LE OOBE ANNAMITE, Paris, 1876, 2^{o}. vol. pag. 563.

[3] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 18'/7, pag. 10.

Neste sentido pois devem ser entendidos os artigos citados do cod. pen.', sendo escusado dizer que o crime não deixa de subsistir ainda que não tenha quasi consequências prejudi-- ciaes, como é expresso no art. 136.

Entretanto contra essa doutrina e os códigos, o projecto de 1899, no sua esquisita dicção define o incêndio: ■ « Art. 213. *Destruir* no *todo* ou *em parte* ou *domnijicar,* de *tal* sorte que inutilize para *o-Jlm* a que se *destina* qualquer immovel publico ou particular por meio de *incêndio* ou inundaç5o.» I O incêndio vasta e efficazmente apparelhado, mas extincto no começo poderá ficar impune! Depois o projecto define o crime de *destruição* por *meio* do incêndio e não este, haja ou nSo destruição. I O incêndio voluntário no seu elemento essencial é pôr fogo em objectos, nos quaes o fogo posto possa atear o incêndio.

E' a hypothese do art. 136 com a lista ou rol dos objectos a que se refere.

No mesmo paragrapho o citado artigo consigna uma dirimente bem inconveniente facultando a destruição do que é próprio por meio do incêndio. I Isto só em termos rigorosos que não são os deste paragrapho é permittido por algumas legislações.

Assim, diz Swinderen, para que um incêndio seja punível, conforme os arts. 157 e 158 do cod. hollandez, a circumstancia que o objecto do delicto pertence ou não ao culpado, nSo entra em linha de conta. Quando a segurança publica não é *ameaçada* dum perigo e que a intenção fraudulenta não existe, o incêndio de objectos por seu proprietário não constitue um delicto. Mas quando se trata de um immovel e que o incêndio tem lugar sem a permissão do burgo-mestre, o art. 428 é applicavel.[1]

No art. 137 § 1° o cod. prevê o incêndio de cousas que pela sua contiguidade com outras pode passar a estas. I

Tanto neste artigo como no anterior o código trata da espécie de incêndio— em casa ou edifício habitado.

No art. 138, ao contrario, trata doutra espécie contraria— casa ou edifício não habitado, pelo que a pena naturalmente é menor.

Mas conforme seu systema de repetição, repete neste art. 138 a mesma ideia do paragrapho único do art. 136 que não incrimina o dono que incendiar sua propriedade.

No art. 139, o código sem fazer distincção, pune como de incêndio de habitação, edifícios, navios, cousas e objectos pertencentes á nação, não só por esta circumstancia como porque alguns servem para defesa do Estado.

[1] Swindoren, OJJR. CIT. vol. 3", pag. 157.

Noart. 141, o código enumera outra espécie de cousas que se pode reduzir a expressão de productos do solo, mas sem fazer a minima distincçfio, das que faz o código italiano que se| refere a productos do solo ainda nfio destacad >s deste, ou a depósitos de matérias combustíveis, etc.

O código preferio especificar tudo.

I GO. Convém notar que as penas dos arts. 136,137 e 139J suo applicadas independentemente das consequências mais graves que possam verilicar-sc e das quaes trata o código penal mais adiante nos arts. 146 e 148. R A hypothese do art. 140 é um crime contra a propriedade, em cujo titulo o código penal não o prévio, ccmo fizeram posteriormente os projectos de sua revisão.

O código penal, porém, o collocou aqui, o que lhe pareceu fazer o código italiano, quando neste titulo apenas faz uma referencia a espécie para aggravar a pena.

Uma outra espécie de crime deste capitulo que o código nfio destacou em artigo separado, mas inclnio noutro é a hypothese prevista do § 2° de art. 137 sobre o emprego *de minas,* torpedos, machinas Ou instrumentos *explosivos.*

Sempre a mina e a explosão forão igualadas ao incêndio pelo perigo de desastres e rui nas que acarreta.

Assim independentemente de pôr fogo, as leis penaes tôm incriminado como crime de perigo commum a adaptação das forças da natureza para a destruição de cousas de modo a poder produzir desastres.

E' o caso da explosfio do ultimo artigo citado e também da *inundação* e congéneres, como espécie prevista nas varias hypotheses dos arts. 142, 144 e 145 do texto do código penal.

Não obstante, porem, toda casuística do código penal com o péssimo systema de exemplificações materiaes, elle nfio abrange todos os casos e alguns que podia abranger, os alludidos casos escapõo, por defeito das formulas, a repressão.

Assim a espécie de que se trata abrange a *inundação,* a *submersão* ou o *naufrágio* ou a *rotura de diques* etc., discriminadas como o fizeram os projectos de 1893 e 1897, mas não os de 1895 e 1893 que nem tratam do ultimo caso.

Entretanto o código penal art. 142 para punir o ultimo caso que é uma hypothese independente e deve ser incriminado porque offerece *perigo,* exige a effectívidade da inundação. Tal crime pois não 6 possível pelo código penal sem verificar-se a inundação: *dura lese, sed lese*!

Ao contrario, nós neste ponto ainda no projecto de 1897 additamos alguma cousa ao de 1893, explicando-a assim:

O substitutivo faz uma ligeira alteração para compreIhender um caso novo previsto no citado projecto suisso, qual

6 o da destruição ou damnificaçao de obras de defesa ou protecção contra forças naturaes; reportando-se no mais estas observações a exposiçfio de motivos do projecto *.

A formula adoptada foi a seguinte:

« Art. 223. Destruir ou damnificar obras ou trabalhos de protecção contra as forças naturaes: Pena —ele.»

No art. 143 o cod. pen. prevô o emprego de falsos signaes que podem causar o naufrágio, ainda que restrinja a formula,exigindo a intenção do agente de attrahir a naufrágio (!) quando bastaria a possibilidade d<-l!e.

Mas o mais interessante ainda é que o Cod. Pen. neste artigo esqueceu a hypothese verosímil ou usual de falta, mudança, alteração de signaes e pharóes para exemplificar com a hypothese exquisita, rara, menos perigosa de accender fogos sobre escolhos, ele.

O art. 146 contempla as aggravantes para o caso de morte ou lesões graves.

O Cod. na penalidade é brando, incidindo no vicio opposto ao do projecto de 1899 sobre este ponto, conforme opportunamente veremos.

O art. 149 é uma referencia ao cap. dos crimes de \damno no titulo dos relativos ou contra a propriedade, appli-cavel quando não o forem as disposições deste capitulo.

O art. 148 paragrapho único trata dos crimes deste titulo commeltidos por *culpa.*

As penas são irrisórias e iguaes ás da *culpa* em condições ordinárias e não de commum perigo como aqui.

O cod. pen. restringe até o sentido da disposição referindo-se ao dam no causado.

Esqueceu um principio excepcional, estabelecido pela doutrina dominante na matéria.

Em regra geral, diz Carrara commentando o art. 311 do Cod. Ital. parallelo ao art. 148 do nosso, os factos *culposos* quando não tenham acarretado damno, ou este sendo reparavel, tenha sido reparado, não podem dar logar a acção penal.

Em matéria, porém, de incêndios e inundações, sendo muito vísinha e gravemente interessada a segurança geral da sociedade, não se podia dar adhesão á predita máxima sem incorrer em sérios inconvenientes *.

Quanto u jurisprudência sobre este capitulo:

« O auto de corpo de delicto é fundamental no crime de *incêndio,* sendo indispensável para base do processo e applicação da multa *ad valorem* do damno causado (art. 136 do Cod. Penal.)

• EXCOIIÇÃO DE MOTIVOS de 1897, pag. 10.

' Carrara, COMMEMTO CIT., art. 311, pag. 100; Vid. Pcssina, MANDAM? CIT. Parte sec, pag. 244; o mesmo, li. NUOVO CODICB err, art. 300, pag. 311.

• _ O elemento do *perigo c.ónimiim* ê essencial ao crime de incêndio (God. Pen., epigrnphe do cap. I, tit. III, liv. H,| paragrapho *único, in .fine,* do art. 13(5).

E' grave incorrecção no despacho de pronuncia niíol discriminar a responsabilidade criminal dos rêos, pronun-ciando-os indistinctamente, como responsáveis solidários,j como autores mandantes e mandatários. » (Acc. do Supr. Trib. Federal de 18 de maio de 1898 — 0 DIREITO, vol. 76, pag. 426.)

CAPITULO II

I

DOS CRIMES CONTRA OS MEIOS **DE TRANSPORTE E COMMUNICAÇÃO I**

I CÓDIGO

Art. 149. Dimnificar ou desarranjar qualquer parte de estrada de ferro, raachinas, vehiculos, instrumentos e apparelhos que sirvam ao seu funccionamento; collocar sobre o leito ou trilhos um obstáculo qualquer que embarace a circulação do trem, ou o [aça descarrilhar; abrir ou fecharas chaves de desvio ou communicação; fazer signaesl falsos, ou praticar qualquer acto de que resulte ou possa resultar dosastre:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de cinco a 20 % do damno causado. I S 1.° Si o desastre acontecer :

Pena — de prisão cellular por UTI a três annos, e a mesma multa.

§ 2." Si do desastre resultar a morte de alguém — pena de prisão cellular por seis a 15 annos.

S 3." Si algun.a lesão corporal das especificadas no art. 304 — pena de prisão cellular por três a set-i annos.

Art. 150. Nas mesmas penas, e guardadas as mesmas distincções, incorrera aquelle que arremessar projeclis, ou corpos contundentes contra um co.uboio de passageiros em movimento.

Art. 151. Todo aquelle que por imprudência, negligencia, imperícia, inobservância do regulamento, ordem ou disciplina, for causa de um desastre em estrada de ferro:

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Pamgrapho único. Si do desastre resultar a alguém morte: I
Pena — de prisão celjuhr por seis mezes a dous annos.

Art. 152. Destruir ou damniflcar qualquer parte de estrada ou via de communicação de uso publico, obstando ou interrompendo o transito por ella; remover ou inutilisar os objectos destinados a garantir a sua segurança:
Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos. Art. 153. Damniflcar as linh-.is telegraphicas da Nação ou dos Estados; derribar postes, cortar fios, quebrar isoladores, cortar ou arrancar madeiras plantadas, ou reservadas para o serviço das linhas, e em geral causar, por qualquer modo, damuo aos respectivos apparelhos :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa de cinco a 20 %< do damno causado.

§ I." Si cg actos precedentemente mencionados forem praticados por descuido ou negligencia :

Pena — de prisão ' ellular por cioco a 30 o ias.

§ 2." Si delles resultar interrupção intencional do serviço do telegrapho:

Pena —de prisão cellular pjr um a três annos, e a mesma multa.

§ 3." Si a interrupção do serviço for causada, em caso de com-raoção intestina, ou guerra externa, nas linhas por onde tenham de ser transmittidas as ordens e communicações das autoridades legitimas:

Penas — do prisão cellular por dous a quatro annos, e a mesma multa.

.Art. 154. Nas mesmas penas incorrerá aquelle que perturbar a transmissão dos telegrammas, ou interceptai-os, por meio de derivação estabelecida por fio preso ao tto do telegrapho.

Art. 15o. Para os effeito3 da lei penal são equiparados aos telegraphos es telephones de propriedade da Nação, ou dos E&tulos, ou destinados ao serviço publico.

COMMENTARIO

oi. Neste cap. II do tit. III o Cod. Pen. trata dos factos comprehendidos nos artigos do texto com uma epigraphe quasi igual á nossa.

Tratando de explicar a matéria, recordamos a justificação deste capitulo no projecto de 1893:

Quanto ás estradas de ferro, o damno do material é previsto, porque os effettos delle podem acarretar um perigo para a segurança do respectivo trafego e assim de modo especial neste titulo deve ser o mesmo damno at-tendido, como fez o código allemão, mas não englobado com os casos em que o perigo ê evidente, que o código italiano separou, equiparando somente áquelle o de arremessar projectis sobre os comboios.

O projecto neste ponto usa das expressões que fizeram dizer a Wintgens que o legislador bollaudez empregou aqui uma expressão geral para proteger não somente os comboios dos caminhos de forro, como também as locomotivas andando sós.[1]

O projecto com prebende até os trolys. *

Entretanto, Brusa[3] é aqui de parecer diverso, salvo lapso ou erro de impressão.

Vamos lembrar também o que disse a commissfio parlamentar em 1898 para justificar o seu projecto de 1896 approvado em 1899 sobre ò capitulo anterior e o seguinte

' Wintgens, CODE PENAL D ES PAYS BAS. Paris 1883, pag. 44, not. 1. * EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1893, pag. 13.

[1] Brasa, I/ULTIMO PUOJKTTO PI CODICK PENALB OIXANHESK in Bologna, 1878, pag. 66,

ideste tiLulo, ao qual o mesmo projecto addicionou mais um com disposições communs aos outros três.

Diz o alludido parecer :

« Ninguém dirá —que a figura do crime, definido no art. 216 do projecto, seja a de uma simples contravenção.

0 art. 217 se refere a. destruição ou dam no, de moao a *[inutilizar qualquer meio de communicação ou transporte,* cousa por certo diflerenle de *occaltar, destruir ou inutilizar material, obra, apparel/io ou qualquer instrumento destinado a garantir a segurança da linha de transporte ou communicação,* de que se oceupa o art. 230. Portanto, ê descabida a extranheza, que se diz suggerida pela differeiíça da penalidade, quando está se vendo serem também differentes as respectivas hypotheses.

Bastará ler o disposto no art. 221, paragrapho único, e'i no art. 229 do projecto, para logo se concluir — que um não é repetição do outro. Effectivamente, a disposição do art. 229 é genérica, se refere á *qualquer ria de commiwicaçõo ou transporte;* ao passo que a disposição do art. 221, paragrapho único, ê restricla ás *embarcações.*[1]

Essas observações tendo sido oppostas a outras nossas, as reproduziremos não só para que os competentes as julguem por si mesmos, como porque hão de concorrer para melhor intelligencia do Código Penal e dos projectos de sua revisão.

Já nos referimos ao capitulo I. Sobre os outros dissemos :

O mesmo se pôde dizer do Cap. II, em que o art. 217 é repelido no art. 230, que contém penalidade differente daquelle; suecedendo o mesmo não quanto á penalidade, que ê a mesma, mas quanto á repetição do mesmo conceito nos arts. 221, paragrapho único, e 229.

Não ha proporcionalidade nas penas, porque se pune com prisão por um a três annos a quem fizer descarrilhar um | trem, e com três a nove annos a quem embaraçar a expedição de um telegramma em tempo de commoção intestina.

No Cap. III figuram disposições mais próprias das leis ou regulamentos especiaes, mais cia competência legislativa do Estado ou municipio do que da União.

Nem no Cap. IV sobresahe o caracter predominante dos crimes deste titulo, porque apenas se nota no art. 231 a aggravaçâo da penalidade no caso de morte da victima ou victimas.

Mas neste caso imposta a maior penalidade, qual fica reservada para o homicídio, qualificado justamente pelo

[1] PARECER CIT. do 1893, pag. 11.

m

uso dos meios previstos neste tllulot A mesmo, diz o art. 293 § 2° II. II.

Na confecção do projecto do Cod. penal suisso, o commi°sAo. linha previsto a reclusão perpetua porá o caso em «pie uma ss ta tivesse perecido ou recebido lesões graves] na expl .o.

Mas essa pena sendo npplicnvel ao homicídio Intencional com mel tido por meio de ex plosivos (art. 52), aquella declsflo não pode ser mantida. *

Nestas condições o substitutivo restabelece o projecto mais simples e mais comprehenslvo e que attinge os factos cnraclerisados de perigo commum ou pela própria natureza deltas ou pelas clrcumstancias ou pelas consequências verificadas, extremando-os quer dos de simples damuo sem j perigo cone andante, quer de outros produzidos intencionoImente por meios perigosos com objectivo certo.

0 mais de que cogita o casuística do projecto, ficará | subordinado ás regras geraes do direito penai, isto é, ás [normas eommuns do código, eem necessidade de disposições especlaes. *

O nosso God. criminal anterior que fio tinha titulo algum semelhante a este, muito menos poderia ter a matéria deste Cap. II.

Treta-se de crimes novos a que deram origem a invenção do vapor e a das applicaçÕes da electricidade aos meios de transporte e communicaçfio.

Generolisando a phrose de Armisogllo, poderíamos dizer que iiinl» s. o vanor e o electricidade nas si ias prodigiosas manifestações, podem ser ao mesmo tempo poderosos ia-1 dores de vida e tremendos agentes de morte. »•'

Gonseguiiitemente, esta parte do direito penal lendo historia relativamente recente, nflose pode valer «lo direito romano, nem da jurisprudência, sendo de notar que o primeiro código penal que se oceupa do assumpto, aliás bem extensamente, 6 o código do cantão suisso da Turgovia que serviu quasi que de m ideio e de prototypo aos códigos de Glaris, Lucerna e Genebra e também ao germânico e ao romaico e mesmo a algum outro dos mais reputados.

Neste punto pode-se ver n historia dos códigos e projectos em obra que temos citado, sendo de Innocenzo Fantia collaboraçflodesla parte *.

B A classe de crimes contemplada neste capitulo foi collocada por alguns, preoceupados unicamente com o damno do material, na categoria de crimes contra a propriedade.

[1] **VOUBNTWOR* CIT.** art. 155, **nota 1.** " Exposição d* molivos de 184)7, \>*ag.* 10.

• Armisogli-j Gi.i **Uri ANTI KLBTTIUCI,** Turim.., iiíSJ, introUmione. VI,

* Cogliolo, OIIK, **oiT.** vol. 2", parlo I. A, pttg. 80lj.

O ultimo projecto italiano de 1883 seguido neste ponto pelo voto concorde dos jurisconsultos Savelli e Pessina, os collocou, na expressão de Garrara, com maior elevação de conceito e com mais lógica neste logar destinado as infracções contra a incolnmidade publica. Para esta col locação contribuiu a quantidade *indeterminada* do damno que pôde derivar dos estragos ou destruições criminosas ou attentados contra os serviços ferro-viarios ou telegraphicos, quer pelo numero de pessoas que por causa desses factos podem com-prometter a vida, quer pelos ingentes valores que podem perder-se, quer, emtim, pela grave commoção e alarma que semelhantes factos engendrão no publico. *

o». Além do que temos dito com refenrencia á matéria do código penal e dos projectos de sua revisSo, quanto a este I capitulo, em geral, vamos apreciar particularmente os respectivos artigos do texto.

O God. penal ufio define o que é uma estrada de ferro, de modo que as suas disposições poderSo deixar impunes os sinistros produzidos pelos factos occorridos, v. g , nas linhas de um *tramway* eléctrico, na rede férrea de uma usina de fabricar assucar, etc, parecendo que só se refere á estrada de ferro ordinária, commum.

Os projectos de 1893 e 1897 suppriram a lacuna,, mas os de 1896 e 1899 a deixaram de novo aberta, como outras que já notamos e veremos ainda depois.

A mesma observação tem logar. sendo maior a lacuna sobre telegraphos e telephonos, onde, os projectos de 1896 e 1899 só cogitaram de exaggerar a pena do embaraço de um telegramma em occasião de revolta.

O Cod. Pen. é aqui menos omisso, embora não defina nada e não alluda ao telephono, sinão no art. 155, para equipa ral-o aostelegraphos.

Ha varias espécies do crime de que se trata neste capitulo.

A primeira espécie é o *damno voluntário* previsto no art. 149.

Esta espécie comprehende duas hypotheses:

Uma da damnificação que *fas surgir o perigo de um desastre,* que o God. Pen. no mesmo art. 149 conceitua por varias formas.

Esta primeira figura pòde-se manifestar por dous aspe- . ctos, um dos quaes é que o facto se *limite ao perigo simples de um desastre* previsto no mesmo art. 149 principio ; o ootro aspecto ou forma e que o *desastre se verifique,* caso em que a pena é maior e está prevista no paragrapho 1º do art. 149.

[1] Carrara, COMMKKTO cri',, art. 312. pag. 181.

Note-se, entre parentheses, que a redacção doart. **149** ê de tal ordem que esses dous aspectos, aliás da doutrina e do Cod. Ital., fonte do código, este confunde e separa ao mesmo tempo.

Separa, tratando de um no art. 149, principio, e do outro no § Iº ; mos confunde, porque ali diz : « qualquer acto *de \(/ae resulte* ou possa resultar *desastre* ao mesmo tempo que no § Iº diz : si o desastre *acontecer !*

Os projectos de 1898 e 1899, quer neste capitulo, quer no das suas disposições communs, nada teem que se pareça com essas formas typicas dos crimes de que se trata, salva a do perigo de desastre sem mais modalidade ; não obstante os projectos anteriores de 1893 e 1897, art. 225, terem provido com formula bem genérica no coso, a exemplo do código hollandez, art. 164.

Os §§ 3° e Iº do art. 149 aggravam as penas no caso de morte ou lesmes pessoaes.

A outra hypothese, a segunda, é a de simples deterioração de cousas sem propósito micidial. Consiste em damnificar uma via férrea, locomotivas, veliiculos, machinas, upparelhos que servem ao trafego; ou arremessar projectis ou quaesquer corpos contundentes sobre os comboios em movimento.

Ambas estas formas desta segunda hypothese estão previstas nos projectos de 1893 e 1S97, art. 22».

Os outros projectos, o de 1893, art. 219, comprehondem a ultima forma somente na disposição em que trata da figura differente do perigo de desastre, punindo com a mesma pena e sem a modalidade da realidade do desastre.

Quanto á outra forma da damnificação, ella está substituída pela destruição que inutilise as cousas para o fim a que.se destinam ou chegue a interromper o serviço, o que numa estrada, mesmo de ordem inferior, importa numa *\deoastação.*

O Cod. Pen. no art. 159 comprehende a ultima forma; sobre a outra silencia, talvez suppondo que estava o coso comprehendido no art. 152, mas não está, como veremos.

A segunda espécie de crimes deste género é a *damnificação culposa de vias férreas,* que o Cod. Pen. art. 151, do texto, prevô. O projecto de 1893, art. 233, pune o facto previsto com rigorismo excessivo sem nenhuma proporção com outros crimes dolosos do titulo.

Os projectos de 1893 e 1897, art. 232, guardaram na penalidade um meio termo entre estes factos *culposos* e os outros communs. *'1*

A terceira espécie consiste em damnificar machinas, apparelhos ou fios telegraphicos ou causar a dispersão dos correntes ou por qualquer modo interromper o serviço dos telegraphos.

E' o espécie prevista no art. 153 e §§ e 154 do Cod. Pen. que estabelece diversas modalidades e pune mesmo o facto causado por *culpa.*

Os projectos de 1893 e 1897 previam a espécie dolosa, estabelecendo-se nelles disposição geral para os factos *culposos úo* titulo. Si o projecto de 189.) prevê a espécie, é de modo muito vago nos arts. 217 e 218 que só punem a destruição inutilisando para o fim a que é destinada a cousa, ou interrompendoo serviço. Não se falia de telegrapho nem de teléphono.

A quarta e ultima espécie é a prevista nos projectos de 1893 e 1897, art. 224, a exemplo do Cod. hollandez, art. 162, e que consiste em destruir, iautilisar ou damni-ficar a obra que sirva á communicação publica, interceptar via publica, terrestre ou fluvial, ou frustrar as providencias relativas a segurança das mesmas. Sem esta formula Ião comprehensiva, sem as modalidades dos projectos e a penalidade graduada, o Cod. Pen. no art. 152 prevê a espécie.

Os projectos de 1896 e 1899, arts. 217 e 218 parecem incluir a espécie, mas não se sabe em qual das formulas dos dous artigos está a norma geral e em qual a especial sobre vias férreas.

Entretanto, referindo-se ao art. 317 da Cod. italiano, parallelo do nosso, diz Garrara que é evidente que elle não será applicado ás destruições das ferro-vias, ás quaes provê o art. 313, que o nosso código omittio.

O legislador nesta disposição não se limitou a contemplar a eventualidade de um dam no real, mas estendeu a sancção também ao simples perigo para a vida das pessoas. Tal extensão é devida á natureza especial do facto e á necessidade imperiosa de lutellar a liberdade do trafego commercial e a segurança das pessoas. Os citados projectos attenderam a isso, tendo aliás como fonte o Cod. hollandez; mas o nosso Cod. Pen. art. lf»2 não o fez e nesta única disposição confundiu lambem como os projectos de 1896 e 1899 ambas as normas, a geral e a especial.

CAPITULO III

DOS C.HIMSS CONTRA. A SAÚDE PUBLICA.

CÓDIGO

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a ph ar macia ; praticar a aomce ipthia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos :

Penas — de prisão celíular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

Paragrapbo único. Pelos abusos commett dos no exercicio illegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, alóm das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

Art. 157. Pr.iticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismans o cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar curas de moléstias curáveis ou inouraviea, einflm, para fascinar e subjugar a credulidade publica :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100? a 500$000.

§ 1." Si por influencia, ou em consequência de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporária ou permanente, das faculdades psyohicas :

Penas — de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

§ 2.» Em igual pena, e mais na de privação do exercício da profissão por temp > igual ao da condemivição, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsab lidado delles.

Art. 158. Ministrar ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno, ou externo, e sob qualquer forma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo ou exercendo assim o offleio do denominado *curandeiro* :

Penas — de prisão cllular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

Paragrapuo único. Si do emprego de qualquer substancia resultar à pwsoa privação, ou alteração temperaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funeções physiologicaa, deformidade, ou inhabililação do exercicio de órgão ou appu-ellio orgânico, ou, em summa, alguma enfermidade :

Penas — de prisão cellular por um a seis annos e multa de200$ a 50'$000.

Si resultar a morte :

Pena — do pri-ão cellular por 6 a 24 annos.

Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorisação e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários :

Pena — de multa de 200$ a 500$000.

Art. 160. Substituir, o puarmnceutico ou boticário, um medicamento por outro, alterar o receituário do facultativo, ou empregar medicamentos alterados :

Penas — de multa de 100.$ a 200$ e de privação do exercicio da-profissão por seis mezes a.um anuo.

§ 1,° Si por qualquer destes actos for compromettida a saúdo da pessoa :

Pena — de prisão cellular por quinze dias a seis mezes, multa de 200$ a 500$ e privação do ex ircicio da profissão por um a dous annos.

§ 2.» Si de qualquer delles r< saltar morte :

Penas — de prisão cellular por dous mezes a dous annos, multa de 500$ a 1:000$ e privação do exercicio da profissão.

§ 3." Si qualquer destes factos lôr praticado, não por imprudência, negligencia ou imperícia na própria arte, e sim com vontade crimi nosa : ;£_^ V-

Penas — as mesmas impostos ao crimo que resultar do facto praticado.

Art. 161. Envenenar fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixes, e viveres destinados a consumo publico :

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos.

Si do envenenamento resultar morte de alguma pessoa :

Pena — de prisão cellular por seis a quinze annos.

Art. 162. Corromper, ou conspurcar, a agua potável de uso commum ou particular, tornando a impossível de beber ou nociva ã saúde :

Pena — do prisão cellular por um a três annos.

Art. 163. Alterar, ou falsiticar substancias destinadas á publica alimentação ; alimentos e bebidas :

Penas — de prisão cellular por três mezes a um anno e multa de 100$ a 200$000.

Art. 161. Expor à venda substancias alimentícias, alteradas ou falsificarias :

Penas — as mesmas do artigo antecedente.

Paragrapho único. Si de qualquer destes factos resultar perigo para vida, ou morte da pessoa :

Pena — a imposta ao orime que do facto resultar.

COMMENTARIO

C3. Divergindo muito os arts. do texto do código penal dos projectos de 1893 e 1897, consignaremos logo aqui as observações com que respondemos ao citado Parecer da com-missão especial do Instituto dos Advogados :

Ainda neste titulo, em outros capítulos, como o relativo *á saúde publica,* o parecer notou que o projecto primitivo de 1893 é mais deficiente do que o substitutivo de 1896.

Das explicações que se seguem no parecer vô-se que os nossos pontos de vista são muito differentes.

O projecto não podia seguir como modelo o odigo vigente, que em algumas partes parece mais uma collecção de regulamentos do que um código penal.

O parecer pretende que um projecto de código resolva todas as duvidas que possam embaraçar o juiz diante das invenções da rabulice.

O projecto se limitou ás figuras essenciaes.

E trata-se de um assumpto hoje, que a Republica está organisada, mais da esphera da competência legislativa e regulamentar do Estado e do Município do que da União.

Entretanto é bom não lançar á conta de supposta ignorância dos outros o que nós mesmos não percebemos.

O projecto, além daquella razão, para não Ir adiante, teve como fonte preferível o cod. hollandez, art. 174, que do mesmo modo que o allemão, § 324, contém menos do que p projecto; além de ser muito fácil explicar o sentido da disposição questionada, desde que se attenderque aqui se trata só e exclusivamente de factos punidos como crimes contrários a, incolumidade publica.

K" Factos parecidos, mas não idênticos, pertencera, ora ao título de crimes contra a pessoa, ora ao titulo de crimes contra a propriedade, conforme o agente pelos meios aqui previstos tem como objectivo o homicídio ou as lesões pes-soaes, ou por fim simplesmente a destruição ou o damno da propriedade.

[§ Disposições sobre feiticeiros não são dignas de figurar em um código no crepúsculo do século XIX. *

Já nos referimos ú critica idêntica feita ao projecto de 1836 sobre este cap. que o de 1899 não alterou.

Este cap. encerra uma classe menos grave de crimes contra a incolumidade publica, mas talvez mais fácil e mais frequente em realizar-se.

m E' a ultima categoria dos crimes de damno e perigo commum esta que se refere á saúde e alimentação publica ; se subdividindo em varias espécies principaes, e não em rosário de injmicções, como fez o cod. pen. incluindo feiticeiros e curandeiros, que devem ser objecto de disposições de leis mais modestas ou incidirem no direito commum, ao menos em homenagem á nossa cultura jurídica. I Passemos ás differentes espécies, sem a ordem dos artigos cio texto, pois que o cod. pen., como sempre, nenhuma nelles guardou.

A mais grave das espécies, na opinião de Pessina, ô a figura dos projectos de 1893 e 1897, isto é, o facto de lançar em poço, fonte, bomba ou aqueducto, de uso geral ou commum de outros ou com outros, qualquer substancia que torne a agua perigosa á vida ou á saúde de outrem.

o projecto de 1899, art. 223 reproduz a disposição.

Sobre a disposição paralisia do cod. hollandez, arts. 172 e 173, diz Br usa, que estes artigos não juntam, como faz o cod. allemão, § 322, o envenenamento dos poços com os objectos venaes etc, o primeiro facto não tem como movei ordinário o lucro, como o segundo, no qual, ao contrario, o agente o lambem as mais das vezes o proprietário dos objectos envenenados. *Uso commum de outros ou com outros;* para a punição é realmente indifferente que o uso per tença ao agente mesmo. ; |

E' a espécie do nosso cod. pen. arts. 161 e 162 do texto deste capitulo.

A outra espécie está também prevista nos projectos] de 1893 e 1897, art. 23) e projectos de 1896 e 1899, arts. 224 e 226 e consiste em expor á venda, subministrar ou distribuir quaesquer substancias ou mercadorias perigosas para a vida ou saúde, calando essa qualidade delias. Pessina acha menos grave que a espécie anterior.

[1] RliVIST.v ACADÉMICA C1T,, 1897. pBg. 18.

Ainda Brusa observa, pobre os arts. 174 e 175 docod.j hollandez, fonte dos projectos de 1893 e 1897, que a punibilidade funda-se no perigo próprio da substancia *misturada* e não no *proâurto* obtido. È' esta uma necessidade, si se quer tirar proveito das disciplinas repressivas, porque d'outro modo pelas difíiculdades praticas não se tiraria nenhum. Entretanto, em casos raríssimos, si se provasse que o producto era innoxio, não haverá que receiar um processo, ou o juiz, graças á latitude da pena que lhe 6 concedida, fará justiça sufficiente, applicando as penas da falsificação, sem necessidade de levar em conta o elemento do perigo para a saúde. *

P O nosso cod. pen. arts. 159, 160, 163 e 164 do texto comprehende a espécie; mas, além de muito casuístico, a envolve com sancções relativas ao abuso da arte pharmaceutica, objecto que deve ser de leis c regulamentos especiaes.

Também, talvez pela variedade de normas que adoptou, o cod. pen. não deixa a latitude da pena ao juiz para adaptal-a á pratica dos casos occurrentes; o que também não observaram os projectos de 1896 e 1899, ao contrario dos de 1893 e 1897.

Carrara, também commentando disposições parallelas do cod. italiano, faz observações adequadas ã interpretação da nossa lei penal neste ponto.

O artigo em exame contempla o caso da corrupção ou envenenamento d'aguas potáveis e das cousas destinadas á alimentação publica. Desde que se trata de envenenamento, a cousa ê fácil, porque, quer nas relações subjectivas, quer nas objectivas, a prova do crime emerge espontaneamente do facto mesmo. Em matéria, porém, de corrupção, as | cousas apresentam-se mais dificilmente.

Antes de tudo, nem toda corrupção pôde fazer objecto de acção penal contemplada na presente disposição, porque, para que esta seja applicavel, é necessário que a alteração dolosa seja tal de por em perigo a vida ou a saúde das pessoas. Portanto, a accusação, promovendo a punição destes j crimes, deve levar em conta a índole perigosa e nociva da matéria usada e das proporções da mesma.

Medir, pois, pela mesma bitola o corruptor, como o envenenador de aguas pôde parecer â primeira vista uma injustiça. Mas tal conceito desapparece logo, desde que se reflicta na analogia entre os dous factos contemplados e ao elemento reclamado pela lei, isto 6, que cada uma das duas ditas modalidades contenha em si o perigo da vida ou da saúde das pessoas.

A latitude, além disto, deixada ao juiz na applicação da pena, torna esta susceptível de opportunidade, tanto para os casos graves, como para aquelles de menos importância.

Não é estranha, ao valor igual attribuido ás duas palavras, a consideração das graves difflculdades que reclama a distincção, si uma agua foi somente corrompida nas proporções queridas pela lei ou envenenada. ' K Nos arts. 156 a 158 o código penal nas disposições do texto prevô o abuso do exercício, illegal, da medicina e artes congéneres, a que elle additou, além do hypnotismo e magnetismo, o espiritismo, assim como todas as feitiçarias imagináveis.

Os projectos de 1893 e 1897, art. 231, e paragrapho único, se limitaram a duas formulas geraes contidas n'uma única disposição, seguidas nisto pelos de 1896 e 1899, arts. 225 e228.

04>. Tanto as disposições do código penal como as dos projectos posteriores para sua revisão, em geral, não suscitam duvidas para a sua applicação, quanto a figura essencial do exercício illegal da medicina, arte dentaria, pharma-ceutica, etc.

Tem-se suscitado, porém, na pratica, a questão de saber, si a Constituição Federal, declarando no art. 72 § 24, que « é garantido o *livre exercido* de qualquer profissão moral, intellectual e industrial », qualquer pôde exercer a medicina sem as condições, que a lei exige, de idoneidade ou perícia soba comminaçãode penas.

A questão para nós é simples, porque os defensores da liberdade *profissional,* absoluta, não respondem no argumento por absurdo.

Si a liberdade *industrial,* também declarada, deve ser, como aquella garantida, por que restringir o exercício delia a bem da hygicne e da segurança das pessoas e das propriedades ?

Todos curem, todos advoguem, mas também qualquer industrial tenha o direito de installar sua usina insalubre ou perigosa nos cen-tros populosos das nossas grandes cidades, *v. g.* uma fabrica de explosivos na rua do Ouvidor, da Capital Federal.

Não ha que estabelecer differença, porque pelo menos até agora todos os códigos consideram de manejo perigoso sob comminações penaes, tanto o exercício da medicina e pharmncia, como o fabrico de explosivos.

Entretanto, a questão tem sido muito debatida na doutrina e na jurisprudência, entre nós prevalecendo a vigência dos artigos do texto penal neste capitulo, em face da citada

[1] Garrava, COMMENTO CIT. art., 318, pag. 192.

disposição constitucional, interpretada com as suas fontes e na sua discussão por notáveis magistrados.

Citaremos apenas a summa de alguns arestos e a fonte em que os olludidos actos, isto é, accordfios, promoções, contramlnutas, etc, podem ser lidos.

« O art. 72 8 24 da Constituição da Republica não consagra uma doutrina tão absoluta que dispense a prova de capacidade especial para o *exercido de qualquer* profissão.»

« Assim continua em vigor o art. 156 do código penal »; Accordflo do Superior Tribunal de Justiça, *Maranhão,* de 14 de outubro 1898.

No mesmo sentido: *Contraminuta* do Desembargador Lima Drummond, 11 de julho de 1895.

«Não havendo antagonismo entre o art. 72 § 24 da Constituição e arts. 156 e 158 do código penal e outras leis e decretos (lei n. 494 de 28 de julho de 1898, decretos ns. 518 de 5 de setembro 1891, 1482 de 24 de janeiro 189 i e n 8014 de 26 de setembro 1898), o que só se caracterizaria, si a Constituição declarasse independer de habilitação o exercido das profissões libcraes, e as leis e decretos exigissem ta es habilitações ou punissem o exercício das profissões sem estas, é consequente que as mencionadas leis e decretos não podem ser declaradas pelo poder judiciário inconstitucionaes: Ac-crdão do Tribunal Civil e Criminal de 31 de agosto de 1899 *{relator,* presidente Muniz Barreto.

No mesmo sentido:

Promoção doDr. Gabriel Ferreira, Sub-Procurador Geral no Dlstricto Federal *,

«A simples pratica do *espiritismo* não constitua crime, ô uma manifestação da liberdade de consciência, garantida na Constituição Politica da Republica.

« Mas o art. 157 do código penal não está revogado.

« O *espiritismo* pôde ser a causa efflciente de um delicto, quer contra a personalidade, quer contra a propriedade.

« Contra a *persona lida de,* si algum chefe de seita espirita provocou, pelas ceremonias e ritos do sou culto, praticados imprudentemente diante de degenerados, graves alterações da saúde ou mesmo a morte, incide nas penas dos arts. 157 § 1° e 297 do código penal, contra a *propriedade*—si houver o emprego de manobras fraudulentas, de uma hábil ensce-nação capaz de produzir a esperança ou o temor de um acontecimento chimerico, locupletando aquelles que delias usam, o espiritismo reveste os caracteres jurídicos do estellionato.» *Decisão* do Juiz Dr. Viveiros de Castro, 21 de maio de 1896.

* REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA CIT., vol. 4", **pog. 416;** vol. 7º, **pag** 347; O DIREITO, **vol.** 80, pag. 292.

Um dos aspectos destas theses, que alóm de estríctamente jurídicas, sobresahe por uma sciencia nova pouco vulgar nos nossos meios forenses, envolve a questão dos *trauniatismo8 moraes e psi/chícos* de rpie tivemos occasião de oceuparmo-nos especialmente no elaboração do projecto de 189:1 e depois e a que nos referiremos quando eomroentarmos o titulo «dos crimes contra a pessoa».

« O individuo que se entrega ao offleio de *feiticeiro* não pôde invocar a *liberdade profissional* garantida na Constituição Politica da Republica.

('•, «Ha neste ponto um abuso de credulidade de pessoas ignorantes, incutindo-se em seu espirito fraco e inculto esperanças chimericas, que, aliás, podem ser *nocivas ú saúde,* e foi por este motivo que o código penal destacou esta forma do *estcllionato* para classifical-a entre os crimes especialmente contra a saúde publica. » Accordflo do Tribunal Civil e Criminal, 3 de junho de 1895-— *(relator)* Viveiros de Castro. I E' applicavel a este aresto a nossa observação anterior.[1]

« Para existirem os delictos definidos nos arts. 163 e 164 do código penal não é necessário que a falsificação seja nociva á saúde, basta a alteração das qualidades componentes. O fim do legislador foi não só garantir a saúde publica, como punir a ganância illicita do vendedor que illude a boa fé do comprador. » Accordão do Tribunal Civile Criminal, 24 de janeiro de 1895 — *(relator)* Dr. Viveiros de Castro. Os juizes Drs. Miranda e Lima Drummond votaram que a ganância illicita está prevista nos arts. 353 a 355 do código penal *

Não concordamos de modo algum com esta ultima classificação.

E'questão para resolverem cada caso se são ou não applicaveis os arts. 163 e 164, conforme a opinião de Carrara, que acima citamos.

« E' improcedente a allegação de que oart, 156 do código penal foi implicitamente revogado pelo art. 72 § 24 da Constituição Federal. O citado artigo constitucional não estabelece a liberdade da profissão intellectual tão amplo que dispense para o seu exercício a prova de capacidade especial ou profissional.

« O Congresso Nacional no caso de attribuição do art. 34, § 34 da Constituição Federal, «decretando *leis orgânicas* para a execução completa da Constituição» tem em diversas leis exigido para exercício de varias profissões in-tellectuaes titulo de habilitação e de capacidade profis-[1] sional, e do mesmo modo tem procedido o Poder Executivo, expedindo decretos, instrucções e regulamentos, *ex-vido*

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES HM MATÉRIA CRIMINAL, Capital Federal, 1896, paga. 91, 105, 176 c na. XU, XVI o XXVI.

art. 48, § 1° da Constituição porá a fiel execuçfio das leis»: Accopdõo da Relação do *Maranhão* de 14 de outubro dal 1898, presidente e relator *Costa.* *

Como nota final, deste titulo devemos observar que) uma lacuna sensível se nota no código penal e nos projectos de 1896 e 1899, mos preenchidas nos de 1893 e 1897, nestes termos:

«Art. 233. Quando nos crimes previstos nos dous primeiros capitulos deste titulo, o perigo resultante do facto for ténue, ou o culpado o tiver impedido, ou limitado os suas consequências, operando effi cazmente paro isso, ol pena poderá ser diminuída de um a dous terços em cada um dos grãos.»

Essa disposição, modelada pelo código italiano, art. 330, ao passo que é equitativa para moderar a rigidez ou fixidez das graves penas comminadas, deve de constituir um incitamento 80 arrependimento do culpado.

TITULO AVULSO

CRIMES CONTRA A FAZENDA PUBLICA

CAPITULO UN1C0

DO CONTRABANDO

CÓDIGO

Art. 265. Importar, ou exportar géneros ou mercadorias prolii-bidas; evitar no todo ou cm parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, sabida e consumo de mercadorias e por qualquer modo illudir'ou defraudar esse pagamento:

Pena — de prisão cellula? por um a quatro annos, além das lis-oaes.

COMMENTARIO

OE*. Não querendo alterar o nosso plano, collocamos aqui, em titulo avulso e em um capitulo único, o *contrabanao*\ que o código penal colloca no titulo VII, depois « dos crimes contra a fé publica».

Acba-se, pois, a matéria entre esta ultima, de que iremos tratar no seguinte titulo VI, e os crimes de que já tratamos nos litulos anteriores.

[1] O DIREITO vol. 79, pag. 639.

' «*£ ?oVtZtT' ^2?1, fle"ra ne8te *fe «mo no

assim naoílgu%enneIIlegs. é Uma «*'"«»<*<* embora anlc?ioÇro íInf-0nSr,lerí u a, nocco do *contrabando* do código voltou á penoffid? tó T, e,ha nle ?o c odigo Portuguez e para punir oZ tffiuel;e, nilo ácliandô TMzão plausível facto ilie nníímlc^Ime, Cl m P pisfl0 Por *i*' a 4 annos (!) um

mZcellffòtolate^ílo P $ **** c ••-=-=-»'•***

deciS^^^SBdS^1, Pr0videncias extraordinárias slruwSTdteSrri ó ' um^Sí4HÈTÍ11 per I por e,le con, tiva: moderna escola posi- feroíâ SmVo^-dí^S^IK SCUIS ás penas mais e ás /uálladas dS I..il/?o--S ñorle, eaCvora aos cárceres *nuiraodastnr*^B^Mast adi,xm eiros, decresce pela *dimi-* em França Sívr^Kp^VÍníT' en*re 0lll r* *l*)***

federado aÍ?«?Sa que PUne o COTtra^ndo, depois de pena delia,» ííX ç.*? ó Com o c/vwer desta *augmenta* a nartindn H« '^,Ira Jerem,as Benthan, que, ao contrario, SSe ó deliefo nS £Ue 8 Bena deve *rozer*^ temer mais dó S« o â^w n£S5o fa? dese ar > ostentava as penas severas no d? ffif f no d^8?snq a VÍa ?m,ttido a «««« restabelecida *cZf-acenrao* *dis,,,* neste como crime, naquelle como serva\Pt^npm Íd,we do ?stado, dlz PePSÍna, nao pode con-

KSMS economíSs"6, "^ ^^ oS « TM0S mad2Sí?!S2nl 0 d0 ^-ad0 é, P°rém> legitimamente, for-duSfi±»;'°f fWl0 - e Pelas *entradas,* que afio o pro-Slí2ndp1oi7^f0*rfir^ías <> *indirectos.* Donde um com-fS!i?n-rotes.e o ^sc£? E ha vários crimes que, salva a applicaçao das normas contidos no direito penal mmm m sfio violações especiaes das leis íiscaesíouITanoeíSS. m,

i £íP°slíc° DB MOTMvos CIT. de 1893, pag. **2(1.**

m, **««'««««A CRIMINA..K, Torino,** 1892, **pag. 315 e notai,**

Em geral, nestes crimes pôde-se distinguir duas cate gorias. Uma é a das *fraudes* para iIludir as determinações iiscaes. Um nome commum os abraça, e 6 o *contrabando* (*fraudatum vectigcV).* A outra 6 a das simples *contra** menções- finam -eiras. Mos notc-se tombem, que algumas vezes as simples contravenções financeiros podem sor punidos com penas pecuniárias que excedem os limites da pcnn pe cuniária de *policia*» *

M

Os nossos códigos, sob o nome geral de *contrabando,* teem comprehendido não só este como o *descaminho,* do dl-j relto portuguez, punindo-os com penas iguaes»

O código portuguez de 1852, ort. 279 a 281 os distingue no que o seguiu o código de 1886, que manda observar as «lisposições das leis especioes sobre a moteria (ort. 281), e 1 imita ndo-se a deflnil-os ossim:

Art. 279. *Contrabando* ê a importaçfio ou exportação *fraudulenta* de mercadorias, cujo entrada ou sob ida seja absolutamente prohibida.

Art. 280 *Descaminho* é todo e qualquer acto *fraudulento,* que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e Impostos estabelecidos sobre a entrada, sabido ou consumo das mercadorias. I « *Contrabando,* já dizia Pereira e Souza, ê uma dicção moderna composta da preposição *contra,* e da palavra *bando* que não foi conhecida dos antigos jurisconsultos. No sentir commum, *bando* é o mesmo que *edicto* ou *mandato prohibi-torio.* O contrabando, fatiando *genericamente,* é todo o commercio que se faz contra as leis do Estado. Mas no uso *ordinário,* distingue-se o *cantYBb&núo propriamente tal* do desefis-*minho* ou *fraude* dos direitos reoes.

Levy Jordão e Silvo Ferrão seguem aqui o citado outor. *

Carrora attribue ao vocábulo, derivado do *bannum,* a significação do conceito da violação das leis .*flscaea* ou de] modo *espec.iaii.ssi.mo* dos leis de *monopólio* do Estado e em sentido mais lato como infracção de leis iiscaes sobre entrado e circulação de géneros.

Outros dão noção differente, isto é, invertem essa noção.

Assim Iosto Satta diz que « na linguagem historico-jurl-dica a violação do direito que ao Estado compete sobre as taxas aduaneiras foi chamada contrabando (do hespanhol *contrabando)* esta palavra passou *depois* a designar *tambem*\ a fraude em damno dos direitos de *monopólios* reservados para si pelo Estado sobre a producção e o commercio do

[1] Pessina, ELKMENTI CIT., vol. 3º, pag. 333.

[1] Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES, ETC. Lisboa 1816, pag 185 § Iº, Levy Jordão, Obr. cit., vol. 3», pag. 104; Silva Ferrão. OBR. CIT, YOI. 6º, pag. 30.

sal e do tabaco e por ultimo foi estendida á fraude de varias taxas de fabricação.»

Nessa diversidade, entendemos que só no direito por-l luguez *contrabando* é o género, de que suo espécies o contrabando propriamente dito e o *descaminho.*

No direito francez, Jousse definia: «osconlraliandistas como aquelies que vendem e retalham sai, tabaco, tecidos coloridos e outras mercadorias *prohibidas* em *fraude* e *contra* as disposições das ordenanças do reino».

Já entflo se distinguia as *contravenções* de leis sobre a importação e exportação de mercadorias *não* prohibidas.

Mas a legislação fiscal, sendo tudo o que ha de mais arbitrário, denomina depois uma classe de infracções « *con-\ trabando* de mercadorias prohibidas *ou assemelhadas* âs mercadorias prohibidas sob o ponto de vista da fraude» — ate. sob a condição dos valores tarifados. 23 Os autores francezes parecem abandonar os próprios termos servindo-se dos geraes de *delidos de alfandegas e contravenções de alfandega.* *

No mesmo sentido, ia indicado, Pereira e Souza distinguiu um do outro dehcto, apezar de sob o nome geral de *contrabandos* fazer um rol de ambas as espécies, conforme as leis vigentes portuguezas, antes da nossa independência. »

Entre nós não conhecemos lei fiscal que tenha con ceituado por uma formula typica o *contrabando* com o seu j congénere, o chamado descaminho; o conceito destas in- \ fracções resulta dos casos materialmente previstos nas varias leis físcaes ou financeiras. I

I *A Nova Consolidação das Leis das Alfandegas e Mesas de Rendas da Republica,* diz Viveiros de Castro, embora níío tenha aceitado a *synonimia* do código penal, não definiu, com tudo, o contrabando, nem o descaminho, limilando-so a enumerar taxativamente, no art. 445, as mercadorias, cujo despacho é proliibido; e a declarar, no art. 4b8 §§ 5" e 6º, quaes os casos em que os donos ou consignatários das mercadorias *descaminhadas* devem ser submettidos a processo criminal.

O citado autor demonstra bem que, conforme a jurisprudência do Thesouro Nacional, na nossa legislação *aduaneira, o* que caracterísa essencialmente o *descaminho* ô a *occulta-*

[1] Ioslo Sabia, CONTRAHBANDO DOGAN-ALG, Sassari 1897, pag. 5., Thibault, TRAÍTÉ PU CoNTENTiEifx DE I/ADMINIBTRATION DKS DOUANES, Pariu, 1891, paga. 18,52 e 207; Pabon, Dts DOUANES, Paria, 1895, pag., 12 n. 18 o 272 ri, 451.

* Pereira e Souza, OBR. CIT.. pag. 178; Cartara, PROOKAMMA CIT. Part. Si>ec, vol. 7», § 3«81, pag. 615.

ção dolosa, a qual torna evidentíssima a existência da *fraude,* eé o unico fundamento da *apprehensão.* I Não ha duvida que, conforme a doutrina, se tem sempre] procurado distinguir .uma espécie da outra, oppondo-se alguns autores a sua assemelhação, como faz um dos interpretes dos anteriores códigos brazileiro e portuguez, referindo se á justa observação de Aehilles Morin, de que mais grave que a *simples fraude,* que consiste em illudir os direitos da Alfandega, o *contrabando* é a introducção ou a salada de certas mercadorias, *a despeito da prolúbiçâm absoluta* de que ellas são objecto. *

66. Quasi sem excepção, os códigos penaes não contemplam a matéria de que nos occupamos.

Entretanto, tendo o código criminal anterior, art. 177, previsto o contrabando, seguiram-no os códigos portugue- j zes de 1852 e 1886 e o nosso vigente, nos termos a que nos referimos.

Não é fácil expor a doutrina na matéria, porque ella varia em cada paiz com as respectivas leis fiscaes, a menos que não se estabeleçam somente princípios muito geraes ou se consigne na exposição do assumpto as variedades principaes da doutrina sobre o direito *commum*\ do contrabando, apezar de suas *singularidades.*

O nosso código penal no art. 265 do texto, fundiu, como vimos, duas figuras de infracção aduaneira.

Diante da lettra da disposição são elementos constitutivos das duas figuras : I

' *a*) importação ou exportação de géneros ou mercadorias *prohibidas* de serem importadas ou exportadas; I

6) Evitar, por qualquer modo, illudir ou defraudar o pagamento de direitos e impostos estabelecidos sobre a importação, exportação, ou consumo de mercadorias, não prohibidas, e sujeitas a tal pagamento;

c) Elemento commum, o dolo que se subentende, tratando-se aqui d'um crime ou delicio, e que já vimos exigido no denominado *descaminho,* conforme as próprias leis fiscaes.

Garrara, discutindo os elementos do contrabando, procura construir uma tbeoria racional, mas é difficil adaptais ao próprio direito italiano, cujas disposições na lei de 28 de junho de 1866 elle ataca como um retrocesso ú idade media, inspirada na avareza edictada pela crueldade. Lj Em resumo, Garrara diz que a condição fundamental que constitue o crilerio distinclivo do contrabando próprio

* A. O. Viveiros **de Cartro, O** COXIRABVNDO, **Rio de Janeiro, 1889, pagii. 15 — 17.**

* Silva Ferrão, OBR. **rrr., Tol.** fi», **pag.** 30, **arU.** 279 **a 281.**

(delicio), do contrabando *impróprio* (transgressão) sob a relação do elemento *moral,* 6 o fira do *lacro* ou ganho, essencialmente dislinclo do fim de *economia* ou *satisfação,* prazer. ■

Mos este critério moral é antes *negativo* que *positivo*; isto é, que talvez não possa ter-se o contrabando como *delido,* onde falta a especulação de *lucro*; mos, dada a vista d'um *lucro,* a offenso ao fisco degenera por aquella única circumslancia indistinctamente em verdadeiro delicio.

O elemento moral do presente crime se exprime pelo pa lavra *t-mpresa,* mas isto só não completa os seus elementos essenciaes. ■

I E' o que loslo Sotto, enumerando technico e praticamente as espécies de contrabando, choma contrabando *por commissão,* considerando a móis notável. *

Depois, Carruro refere-se a opinião de Cormignani, muito díflerenle do do Lobão, portuguez, dizendo que são objecto do delicio os direitos e as leis aggredidas e não a *cousa* ou *pessoa* sobre que recahe a acção.

No contrabando, diz elle, a acção material desenvolve-se sobre *cousas* que são *propriedade* do *contrabandista?*,* e seria absurdo achar noquellas o *objecto* do malefício, porque não é contra ellas o offenso, e não são oquellas *cousas* o que se protege com o penalidade.

No contrabando, o *sujeito activo primário* são os contrabandistas ; *o sujeito activo secundário* são os vehiculos ou instrumentos com que se executa o introducção, ou a fabricação prohibida.

As *cousas* introduzidos ou fabricados fraudulentamente suo o *sujeito passivo* do delicio, eJlos são necessários o completo r o figura *subjectiva* do contrabando.

Em lace deste sujeito, assim completado estão como *objecto* os *direitos* do Governo, e os *leis* que os protegem ; e ó pelo conilicio entre todos oquelles elementos constituindo o sujeito do crime, e aquelles direitos ou aquella lei que dão ao facto (sem isto innocento umo *objectividade jurídica,* aggredido ou offendido, que surge o *ente jurídico* que se chama delicto.

E' bom advertir que estas observações de Carrara, em)) geral aceitáveis, referem-se principalmente ao contrabando propriamente dito, isto é, a infracção dos *monopólios* do Es-—ítado, e alé certo ponto oppliçáveis Os cousas cuja entrada, sahida ou consumo, são absolutamente prohibidos.

Finalmente, elle considera um elemento característico, essencial do contrabando//or *empresa, não* tanto o numero

[1] Joito Saltii, Omt. <JT., pag. 8.

de co-réos, como a *quantidade das cousas* que dão logar á | infracção. *

Como a technologia é essencial á boa comprehensão da doutrina, e a p ortugueza, de Portugal, differe dos nossos códigos, precisamos insistir sobre este p ->nto referindo-nos a outras legislações.

Mesmo na Hespanha considera-se *contrabando* a violação dos monopólios em suas múltiplas formas ; e *defrau-dação,&* entrada, sabida, transito ou consumo de mercadorias sem as formalidades legaes e o pagamento de direitos.

E' esta a synthese das exemplificações materiaes da lei de 20 de junho de 1852, arls. 17 a 19, illustrada por Viada y Vilaseca, com a jurisprudência relativa. *

Igualmente, no direito allemão, diz Franz vou Liszt, ulém da *defraudaçâo,* figura o *contrabando* como delicto aduaneiro especial. O contrabando consiste na importação, exportação ou transito de objectos, cuja importação, exportação ou transito a lei prohibe.

Commette *defraudaçâo* quem emprehende esquivar-se indevidamente ao pagamento de direitos de Importação ou exportação.

Presume-se a culpa do a -cusado. 9 A primeira reincidência (e a este respeito considera m-se o contrabando e a defraudaçâo delictos *homogéneos),* etc.

O código penal allemão, § 297,tem p)r objecto um delicto de caracter inteiramente *-especial,* que o autor citado classifica, como de *perigo occasionado por contrabando.* O código pune o passageiro ou marinheiro, que sem sciencia do capitão introduzir a bordo objectos próprios a pôr *em risco* o navio ou a carga, porque podem dar causa ao embargo ou ao confisco do navio ou da carga (contrabando *Jiscal* ou contrabando *de guerra)',* e manda applicar a mesma disposição ao capitão que assim proceder, sem sciencia do armador.

A lei reíere-se somente aos navios destinados á navegação maritima e ás pessoas taxativamente ennumeradas, os terceiros podendo ser punidos como cúmplices.

O dolo deve comprehender a consciência do *perigo.* A *consumação* opera-se com a *introducção* dos objectos a bordo. 3 9

<>7. Passemos agora ao direito daquelles paizes que fundem em uma só fórmula, como fizeram os nossos códigos os diflerentes conceitos do contrabando ou classificam este delicto de modo differente do direito portuguez.

[1] Garrara, PROOU.VMMA,CIT. Part. Spee.,vol. 7º, §§ 3878a 3892.

* Viada y Yillaaeca, Ou a. orr.. tom.IV, pags. 12 e 336 — *t07itrat>ando,\ y defraudacion.*

* Franz von Liszt, OBR. cir., tom. 2°, pags. 333, OU a 619.

■ Em primeiro logar, citemos a Inglaterra, o mais importante pelo seu commercio, por assim dizer, universal, o que quer dizer também de mais intenso e extenso tranco por agua e por terra.

Contrabando, define Seymour Ilarris, é importar ou exportar, *quer* mercadorias de que *não* tenham sido pagos os direitos aduaneiros, *quer* mercadorias *prohibidas.*

A lei vigente na matéria está contida especialmente no estatuto aduaneiro de 1876 (39 e 4') Victoria, c. 36).

O citado autor, de accordo com esse conceito, dá um resumo do direito inglez sobre a matéria.

Igualmente Stephen, refere-se em mais de um logar ao contrabando, dando o mesmo conceito comprehensivo da mercadoria *prohibidas* da que *não* pagou direitos— *..MUI/ goods ir/iich are prohibited to be imported, or t/te duties for tcfiich haoe not beenpaid or secured.* [1]

Nos já vimos que no direito italiano actual o conceito é o mesmo e conforme IostoSatta inversa, por assim dizer, a noção que suppõe originário ou primitivo o vocábulo applicado á violação do monopólio do Estado ou a entrada ou sabida de cousas prohibidas.

Diz o mesmo autor que o contrabando é uma infracção prevista pela lei aduaneira e por ella punida. Para determinar si tal infracção constitue *delicio* ou *contravenção* deve attender-se ao caracter intrínseco. O caracter distin-ctivo entre uma e outra classe de infracções foi claramente designado no relatório do Ministro da Justiça sobre o código) penal e onde se diz : «os delictos offendem directamente os bens jurídicos ; as contravenções os ameaçam somente dum perigo eventual.»

o contrabando constitue a lesão directa do direito do Estado a perceber as taxas e pois assume decisivamente o caracter de delicto e não de contravenção. Isto está de accordo com a jurisprudência italiana.

O citado autor diz ainda :

O contrabando *simples* é constituído pela infracção voluntária das disposições que a lei tem rigorosamente coordenado para a tutela directa da cobrança dos direitos aduaneiros de entrada e sahida.

K Elle se distingue em contrabando de *importação* e em contrabando de *exportação.* [a]

Temos pois no direito italiano o contrabando e uma subespécie, o contrabando *simples,* ou o contrabando e a contravenção.

[1] Seymour Ilarris, Ova. ciT.,pag. 79 ; Stephen, A. DIGEBT, CIT. pag.58 iirt. SI, *in fine.*

[a] losio Salta, OBR. OÍT., pags. (55 e 82.

No direito 'francez Pabon define a Infracção toda violação das leis penaes de alfandega.

As infracções na matéria se classificam em *delictôs* de alfandega e *contrai* nfões de alfandega.

A primeira categoria comprehende as infrace/ ives.j que perturbam a ordem publica, causam utn prejuízo serio ao lhesouro, e as mais das vezes denotam nos seus autores a resolução bem assentada de realizar um acto fraudulento.

A segunda categoria comprehende as infracções menos graves, praticadas muitas vezes **por** ignorância da lei ou por negligencia e não causando sinão uma ofiensa ligeira aos interesses do thesouro.

As infracções aduaneiras presuppõem três elementos, o *material,* o *morei* e o *legal.*

■ Uma infracção qualquer dessa natureza mesmo não se j concebe sem um facto material, quer uma *acção,* quer uma *inacção* ou *omissão.*

Também para que possa haver infracção é mister que ella tenha sido commettida *voluntariamente',* a força maior, ou o c tnstrangimento physico ou moral elimina a vontade.

Quanto á *intenção criminosa.* diz Pabon, a intenção fraudulosa, em geral, nãoè necessária para que exista infracção, não send > admittido o agente a excepcionar, allegando boa fé; isto pôde servir como uma atlenuante para diminuir a pena; sendo questionada, em geral, a applicação de attenuantes nesta matéria. ■

Nesta matéria, a regra dominante é que os princípios de direito commum sôo applicados com rigor em si mesmos, ou ainda derogados, as vezes de modo desusado, contra o agente da infracção.

O ultimo elemento é o *legal,* isto é, a lei penal aduaneira que neste ponto obedece á máxima geral : *nulluni crime/t sine lege, nulla pana sine lege.*

. Como direito singular, o direito penal *aduaneiro* é muito mais rigoroso que o commum sob quasi todas as relações que deliuem deste ponto de vista.

Outra questão. *Quid* da tentativa em matéria de alfan- j dega?

Ainda no direito francez, conforme os princípios do direito commum, a tentativa de *delicio* aduaneiro só é pu- | nida quando assim o determinar 'expressamente a lei, prevendo-a.

Succede muitas vezes que o acto que pôde constituir tentativa já constitue uma infracção particular, delicto ou 1 contravenção e, neste caso, a respectiva pena será appli-cada.

Quando a lei aduaneira considera a tentativa como uma infracção *sui generis,* ê mister, para que ella seja punível,

que reúna os elementos previstos por essa lei e mais, subentende-se, os elementos *geraes* de toda infracção aduaneira.

Ao contrario, quando a lei aduaneira prevê a tentativa propriamente dita, ella deve ser caracterisada conforme os princípios do direito penal commum a que fica subordinada em si mesma e nas suas consequências.

Assim, si na infracção aduaneira, não é exigida para punição a intenção, na tentativa a exigência é de rigor, a própria palavra dil-o claramente, e não se conceberia tentar commetter uma infracção sem ter a intenção de commettel-a.

E' esta muito resumidamente a doutrina do autor citado. *

os. No direito italiano a tentativa de contrabando é equiparada ao contrabando; e a razão que dá Iosto Satta é porque no máximo numero dos casos, para não dizer na quasi totalidade delles, o contrabando é descoberto antes ue elle possa dizer-se consumado ; pois pela necessidade as cousas era justo que a tentativa de contrabando se confundisse na sua penalidade com a infracção consummada.

Em matéria de contrabando a lei não pune somente o facto *realizado,* mas também o *tentado,* afim de fraudar os direitos do fisco, quer trate-se de importação de mercadorias estrangeiras, quer trate-se de exportação de mercadorias nacionaes e pune-o differentemente do código penal commum, com a mesma pena.

Os elementos reguladores da tentativa são os mesmos communs.

O contrabando é por sua natureza uma infracção continuada, que preordenada 119 estrangeiro começa a consumiu a r-se quando a mercadoria franqueie — por qualquer moo subtrabida ao pagamento do imposto — a linha aduaneira penetre no território nacional: perdura também depois que a mercadoria tem ultrapassado o limite e acha a sua realização quando a mesma chega ao seu destino passando as mãos de terceiros de boa fé.

Igualmente constitue acto consummativo do contrabando a falsa ou fraudulenta declaração feita á alfandega, ainda que as mercadorias mesmas não se possam dizer ainda introduzidas no paiz e os agentes aduaneiros tenham o direito, si não o dever, de verificar a declaração. 7S

Também com relação ao dolo, o direito italiano differe um pouco do francez, sendo menos rigoroso quanto a pesquiza do dolo que é regulada pelos princípios geraes do direito penal.

E', em summa, a doutrina de Satta neste ponto.[3]

' Pabon, OBR. CIT., pags. 14 e 75, caps. IV e VII; Laj.oye, DE LA BONNEF0I DANfl LES CONTRAVENTioNS, Paris, 18S6, pag. 28. * Iosto Satta, OBR. CIT., pags. 67, 69 o 71.

Puglia manifesta a mesma opinião sobre a *tentativa* de contrabando, sendo este, como ê, um delicto e.por isso devendo estar subordinado aos princípios do direito commum sobre a tentativa.

A'cerca da *tentativa* de *contravenção aduaneira* é que) elle diz haver também contravenção quando não tenham sido realizados os actos necessários conducentes ao escopo querido pelo agente, ou, em outros termos, que constituem contravenções também aquelles actos, que materialmente se poderiam considerar como *tentativa.*

Entretanto, Gostantino Castori observa que a jurisprudência se aparta das normas communs na tentativa de *contrabando* ,pois que decide que esta consiste no facto de transporte de géneros ou mercadorias em taes condições de tempo e de lugar e de tal modo que mostre abertamente o propósito de contrabando, isto é, a entrada ou a sahida das mesmas mercadorias sem o devido pagamento do imposto.

Ainda Puglia nota que o legislador estabelece penas especiaes para os *reincidentes,* os *reiteradores* de contrabando e também para os *contrabandistas* de profissão, attrl-buindo-se á esta expressão uma particular significação jurídica. De lacto *contrabandista* ê considerado aquelle que se tem dado habitualmente ao contrabando, e se considera dado habitualmente ao contrabando aquelle que tem sido condemnado *três veses* por contrabando ou *uma só vez* por *três delidos* de contrabando. Donde resulta que não ô contrabandista o reincidente ou reiterador só de dous contrabandos. [1]

69. Conhecida assim de modo geral a doutrina na matéria, devemos resolver uma difficuldade suscitada no nosso direito, neste ponto do direito penal substantivo aduaneiro, sem entrarmos muito no terreno do direito processual, que não nos compete.

O Supremo Tribunal Federal com a sua eminente autoridade estabeleceu de modo uniforme e constante uma jurisprudência no assumpto que não nos parece, nem conforme com a doutrina, nem com os princípios do nosso direito.

Ella consta de sentenças, cujos resumos adiante registraremos com os seus arestos sobre a matéria era geral.

E como na excellente monographia do autor, que já citamos, representante do ministério publico no Tribunal de Contas se adopta a mesma jurisprudência, reduzindo-a até

[1] **Ferdinando Puglia e** Costa iitino O.istori, ***apud*** Cogliolo, **COMPLETO TRATTATO CIT., TOI. 1°. Part. III, pag. 406, n. 61; rol. 2º. Part. IV, pags. 1132 e 1152.**

a *aphorismos fiscaes,* seja-nos licito referirmo-nos especialmente a estes para oppôr-lbes as nossas objecções. Diz Viveiros de Castro:

« I. E' arbitraria e injuridica a opinião dos que sustentam haver distincção entre — o *contrabando administrativo* — e o *contrabando criminal.*

« A. entidade Jurídica denominada *contrabando,* ou, mais propriamente *descaminho* (quando se trata de desvios de direitos, e não do commercio de mercadorias prohibidas), nõo é como o Jahus mythologico, nem se bifurca; o que o nosso código penal quiz punir no art. 265 foi justamente a fraude aduaneira, Isto é, a violação dolosa das leis especiaes que regulam a matéria (arts. 4-45 e 488 § 5°, da *Nova Consolidação das leis das Alfandegas).»*

Convimos na exactidão deste aphorismo, isto é, que não ha duas espécies de contrabando, *administrativo* e *criminal. m* O contrabando propriamente dito, inclusive o chamado *descaminho, ê o delicio* do art. 265, que estabelece penas criminaes.

As infracções simples das leis aduaneiras punidas com penas chamadas de policia, ou antes com multas e confiscos, não obstante o rigor do direito fiscal são meras *contravenções.*

A cit. *Consolidação* diz: ■j «Art. 630. Os inspectores das Alfandegas e Mesas de rendas são competentes:

«§ i.° Para imposição de multas por contravenção dos. regulamentos e Leis porque se regulam as Alfandegas e Mesas de renda.» Biso outro aphorismo:

«II. O citado art. 265 do código penal, portanto, deve entender-se de harmonia com as leis alfandegarias, sendo inadmissível sujeitar ás penas no mesmo artigo, só porque caiba na noção genérica do contrabando nelle expressado, um caso *não passível* de penas *administrativas,* ou *somente* sujeito a *taes penas,* seguindo as referidas leis alfandegarias, que não só regulam a execução dos direitos fiscaes, como *definem* e *classificão* os vários casos de infracção punível, conforme a sua gravidade, com-minando a uns unicamente as penas administrativas, impostas pelas respectivas autoridades, e a outros, além dessas, as criminaes, cuja applicação pertence ao Poder Judiciário.»

Já este segundo aphorismo, não nos parece tal; porque, no código penal art. 265 estão os elementos ou extremos do delicto, podendo-se quando muito dizer que a noção ficará melhor, não integrada, mas acertada, só no elemen to'que apenas o código subentende, isto é, no dolo. cujas formas as leis aduaneiras materlalisam nas suas disposições, esta-

belecendo mesmo presumpções delle. Estas propriamente não *definem* o contrabando e si o fizessem de modo dif-ferente seria o caso de decidir qual dos conceitos devia vigorar, si o delias ou o do Código.

Também não podemos convir que seja inadmissível sujeitar as penas do mesmo Código um caso em que não caibam penas *administrativas* ou fiscaes, ou somente su jeito a taes penas.

-

O art. 265 estabelece como penas — «prisão» cellular por 1 a 4 annos, *além das fiscaes.* I Si no caso não houver pena *fiscal* a applicar, será applicada somente a *prisão,* e si a autoridade administrativa só houvesse applicado a *fiscal* e a única que ella pode applicar, conforme o citado aphorismo II, isto não seria razão para deixar-se ainda de applicar a outra, si o caso revestisse os caracteres de contrabando. Mas a dissidência entre nós resultará melhor do seguinte aphorismo inteiramente fundado na jurisprudência.

«III. Tratando-se, pois, de matéria da *competência* da autoridade *administratioa,* qual, por exemplo, a de saber-se si foi ou não defraudado o pagamento dos direitos devidos á Repartição Fiscal, e estando *decidido* pela *referida* autoridade que o facto *não* constitue crime de contrabando, *tal* decisão tem força de *sentença judiciaria,* e *não* pôde o mesmo facto sobre que versar dar logar a procedimento criminal.» (Diversos accordãos de alguns dos quaes e doutros daremos adiante a summa).

Mil vezes não, diante da doutrina e de nosso direito, nos aventuramos a dizer.

E verdade que não têm, por um lado, organisação politica, mais liberal do que a nossa, e por outro lado não punem menos severamente o contrabando certos paizes, v. g., a França, a Itália, a Bélgica etc.

fl Pois bem:

Em França, a administração das alfandegas não julga *contravenções* e menos delictos, como é o contrabando.

Os agentes aduaneiros limitam-se a lavrar autos, redigir informações ou relatórios para constatar a infracção e proceder a apprehensões e depósitos de mercadorias. Este processo ê de rigor para as contravenções.

A administração da alfandega é uma simples parte que acciona os réus ou antes assiste ou auxilia o processo, já diante dos tribunaes *civis* quando se trata de simples contravenções e limitadamente em relação ao que concerne ao confisco, multas e quaesquer outras condemnações pecuniárias ; já diante dos juizes *de paz* para outras contravenções ou diante dos tribunaes *correccionaes* para o contrabando eainda certas outras contravenções.

Por outro lado, o ministério publico só pode accionar os indiciados por contravenções da competência dos tri-bunaes correcclonaes, ou por verdadeiros delictos aduaneiros.

E' muito controvertida entre os autores a questão de saber si pode fazer sustar a acção do poder judiciário o facto da *transacção* permittida pela lei entre a administraçfio aduaneira e o contrabandista ou contraventor.

E' em poucas palavras a doutrina legal exposta por Thihault, um dos chefes da direcção geral das alfandegas em França, em seu tratado sobre o contencioso da administração das alfandegas. '.

Hj O auto ou *procés-oerbal* aduaneiro é o acto único que é levado ao conhecimento da auctoridade judiciaria ante a qual pode ser arguido ate de falsidade pelo *contraventor* que pode ainda appellar da decisão do *Juis de paz* para o *tribunal civil.*

Tratando-se de *delicio,* não estando detido o indiciado ô citado para comparecer.

Aqui elle responde no seu domicilio si reside na alçada do tribunal, ou no caso contrario, no domicilio do Procurador da Republica.

Entre os modos *especiaes* de extinguir a infracção, os autores citam somente dous :

A *falta* ou a *nullidade* do auto, *procés-cerbal* para as contravenções e a da *transacção,* questionável, como vimos, e cuja *nullidade* ou *execução só* pôde ser pleiteada ante os *tribunaes* ordinários.

O que acabamos de dizer é a synthese neste ponto doutro livro, clássico na matéria de autoridade competente, obra premiada e sobre as infracções do contencioso e das tarifas das Alfandegas.

E' visto que em França, onde o contrabando não está no cod. pen., mas nas leis aduaneiras, aliás a administração nada decide, a não ser fazer uma *transacção* que compete ao ministro, ao director geral ou ao local da Alfandega. '

E' negocio tudo mais de pura e exclusiva competência do poder judiciário; *tribunaes civis,* de *paz,* ou *cor-reccionaes.*

70. Na Itália, um notável criminalista commenta o Decr. aduaneiro de 8 de Setembro de 1889, n. 7.387 (serie 3ª) que diz :

Art. 129. As *multas* e as *outras* penas, que a lei estabelece para os *contrabandos* e as *contravenções* aduaneiras *(doganalí),* são applicadas pela autoridade *judiciaria,* obser

• Tliibault, OIÍR. **CIT.,** caps, IX a XI [1] Pabon, **OBR. CIT.** cap. **VIII ô XLII.**

vando-se a mesma competência que é determinada pela ultima alínea do art. 71 do cod. de processo civ. para as controvérsias em matéria de impostos directos e *indirectos.i*>\

Grimaldi, para justificar esta disposição, dizia num relatório que não se pôde comprehender, como tendo a lei deferido por motivos plausíveis á competência dos tribunaes *dois,* sem distincçâo de somma ou valor, as causas civis, matéria de impostos directos e *indirectos,* não se deva seguir o mesmo caminho para as contestações *penaes* sobre a mesma matéria, considerando que sempre é uma no fundo nos dous casos para *o juiz* a questão a resolver e sempre um *o Julgamento* que delle se exige, isto é, do imposto.

Ora, acrescenta Puglia, pela ultima alínea do art. 71, a que se refere o artigo 129, as controvérsias sobre impostos directos e *indirectos* são excluidas da competência dos pretores, e por isso as multas e as penas estabelecidas pelas leis aduaneiras serão applicadas em primeira instancia pelos *tribunaes* e em segunda instancia pelas *Cortes de appellação.*

Eis ahi; e só ha uma excepção conforme a qual desde o recebedor aduaneiro até o ministro das finanças, reclamando a parte, pode decidir sobre os *direitos multas* e mais des-pezas; segundo o art. 130, longo para transcrever e sobre o qual diz ainda Puglia :

No escopo de accelerar o procedimento contra o *contraventar* e evitar litígios, a lei dá *faculdade* a este de submetter-se á decisão da administração financeira.

Para exercitar tal faculdadade o contraventor deve fazer expresso pérfido e *solicitar* que a applicação da multa nos limites do mínimo ou do máximo, seja feita pela administração aduaneira ; e a reclamação deve ser feita em termos *absolutos e irrevogáveis,* doutra sorte seria repellida.

O pedido que será subscripto pelo contraventor pôde ser feito, ou quando se lavra o auto (como em França) *formail processo verbale,* da contravenção, ou em qualquer outro tempo *antes* porém, que a *sentença* do *magistrado ordinário* tenha passado era julgado. Tem sido entendido, porém, que a decisão da administração pôde ser invocada também quando a contravenção seja acompanhada doutra infracção punida pelas leis com pena corporal, salvo o julgamento penal para esta infracção.

Para poder ser dada decisão administrativa, diz ainda o mesmo autor, a lei exige : 1° que o contraventor deposite a quantia exigida em garantia dos direitos aduaneiros, das multas e mais despezas ; 2° que não se trate de *contrabando* em união, ou de associação para contrabando, etc., ou de *qualquer* caso de contravenção que seja em via principal punível com pena *corporal* além da multa. Tratando-se destes últimos casos o contraventor *deoe* (é delle o gripho) ser deferido ao *juiz ordinário.*

A decisão administrativa pelo disposto na lei se estende a todos os casos supra indicados, *confisco, impostos e despesas.* *

A mesma doutrina e referi ndo-se a cada passou jurisprudência é exposta por Iosto Satta.

Assim elle observa que o contrabando é crime de acção publica, que os seus meios de prova *não* são *diversos,* nem *menores* dos que aquelles que a lei penal commum permitte para todos os outros crimes ; nem em contrario á esta regra geral encontra-se na lei aduaneira disposição alguma especial que a derogue.

A intervenção da administração aduaneira nos juízos e tribunaes penaes, onde move a acção publica o Procurador Régio, é a de uma parle *cioil* como *qualquer* particular, representada por advogado ou um empregado aduaneiro, que ao mesmo tempo que defende os interesses fiscaes, pôde fornecer os elementos de facto, ou mais precisas noções relativamente os leis, aos regulamentos e ás disciplinas aduaneiras, das quaes de certo o empregado tem conhecimento mais exacto.

Quando o contrabando, depois do inicio do processo penal, seja objecto da *transacção* com a parte, *não* basta a decisão administrativa para pôr termo *ipso jure* ao processo penal, mas é necessário que a autoridade judiciaria competente declare extincta a acção.

O mesmo se passa relativamente ás simples contravenções em matéria de taxas de *consumo,* cuja lei recente de 15 de Abril de 1897, n. 161, diz expressamente :

« Art. 56. As multas por contravenções do consumo sõo applicadas *péiojuiz competente conforme* as leis vigentes. »

Fazio que commenta esta lei com todos os actos legislativos e regulamentares e especialmente com os arestos dos tribunaes, *scilicet,* judiciários, neste ponto não suscita a minlma duvida contra essa doutrina e jurisprudência uni* formes, constantes e correntes de se deixar ao poder judiciário a funcçfto que lhe compete num paiz realmente livre e que ô a substancia de sua existência e constituição, isto é, julgar litígios entre as partes, quaesquer que sejam. *.

A chamada *transacção* no direito francez, tem no italiano a denominação de *oblação voluntária* que aliás o cod. pen. art. 101, applica a todas as contravenções punidas só com penas pecuniárias até 300 liras.

Na Bélgica, o direito é o mesmo, limitando-nos a citar o livro dum autor, Procurador do Rei, justamente porque é um

[1] Puglia, *apud* Cogliolo, COMPLETO TRATTADO OIT., vol. 2°. Part. IV, paga. 1168 e sega. ;

» Iosto Satta, OBR. CIT. paga. 66. n. 17 ; 115, n. 23, 206, n. 43 e 217, n. 50; Fazio, Noovo CÓDICE D A/.IA RIO COMMEHTADO ETC. Roma 1898, I° volume, pag. 355.

tratado theorico e pratico das *questões prejudiciaes* em matéria *repressiva* e os arestos a que estamos oppondo doutrina contraria, consideráo *prejudicial* a decisão da administração para o processo criminal do contrabando entre nós.

No capitulo que se refere ás contribuições directas, *alfandegas e consumos,* o autor citado diz:

Em matéria de *contribuições indirectas,* as contestações relativas *á validade dos actos de processo e de execução* (são delle os griphos) são, como em matéria de contribuições directas, da competência *exclusiva do tribunal* civil. Mas as contestações sobre o *fundo dos direitos reclamados* são, quando ha processo *repressivo* intentado por facto de fraude, da competência do *tribunal de repressão* que deve decidir, ou ser chamado a decidir sobre o delicto, pelo motivo de que estas contestações constituem um *accessorio* inseparável da questão *principal.*

E' mesmo para notar que o tribunal *correccional* é o único competente, com exclusão da jurisdicção civil, para decidir, sobre acção principal, tudo o que se liga directa ou indirectamente ás contestações resultantes das *apprehensões ou das contravenções,* em matéria de contribuições *indirectas,* e, por exemplo, para decidir sobre a realidade duma *apprehensão* feita por *empregados da administração das alfandegas* e consumos.

Não pôde pois absolutamente apresentar-se no caso *questão prejudicial* a decidir, quer pela autoridade *administrativa,* quer por uma outra jurisdicção e nós não teríamos fallado nisto, si a respeito das contestações sobre o fundo dos direitos reclamados, num processo *repressivo* em matéria de contribuições *indirectas* não acontecesse o contrario em França, onde as contestações da natureza das supra indicadas devem ser levadas ante os *tribunaes civis* de primeira instancia que decidem em camará do conselho, e com as mesmas formalidades que as prescriptas para o julgamento das contestações que se levantão por occasião do pagamento dos direitos reclamados pelo monopólio *(régie)* do registo. Ha, pois, ahi uma *questão prejudicial* ao julgamento. '.

Na Bélgica, pois, não ha questões *prejudiciaes* no caso, em França ha, mas a decisão pertence sempre ao poder *judiciário.*

Hoffman cita muitos autores e arestos.

Tl. Diante dessa doutrina e jurisprudência, é impossível considerar como *questão prejudicial* a decisão administrativa, mesmo do ministro, em matéria de contrabando;

[1] Hoffman, QUEBTIOXS *Préjudicicllcs* **OIT. tom.** 3°, **pag. 105,** n. 586.

salvo, si lei expressa assim o determinasse, mas caso em que a sua rigorosa applicação não deixaria de ser duvidosa.

O nosso citado autor nota que um dos ministros do Supremo Tribunal Federal, « o Sr, Ubaldino do Amaral, jurisconsulto de incontestável merecimento, *combateu,* no supremo Tribunal a doutrina consagrada nesses AccordSos, considerando-a *attentatoria* da independência do poder judiciário. »

E assim é. Não se concebe mesmo que declarando a Constituição, art. 72, § 17, que « o direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude », as respectivas garantias delia que teem como condição um poder próprio para protegel-a e independente como é o Judiciário, se entregue a sorte delia, por mais valiosa que seja, o património mesmo inteiro do individuo, a qualquer agente aduaneiro, que pro cede sem forma, nem figura de juizo e pelas maneiras sa bidas da burocracia fiscal, á condemnação, á multas, ao confisco e mais penas e despezas. 5§

A « Consolidação das Leis das Alfandegas » é uma bandeira de retalhos, na quasi totalidade de actos do Poder Executivo.

E' uma compilação indigesta, sem plano nem ordem, a que faltam a tecbnica e os princípios, ao mesmo tempo, anterior ao actual regimen politico, embora houvesse sido retocada já na constância deste regimen.

Pôde servir de regimento interno das Alfandegas, mas não é um código aduaneiro.

O *símile* com o *peculato* do illustre auctor do *contra' bando* não colhe e até a antithese em vez de simile entre os dous casos, fornece argumento contra a doutrina jurisprudencial do contrabando entre nós.

Pela Constituição da Republica, ao menos em matéria fiscal, só pôde decidir hoje no contencioso administrativo e nos negócios que lhe podem ser affectados, o Tribunal de Contas, creado pelo art. 89, como uma excepção única, ou uma desclassificação nas attribuiçôes do Poder Judiciário.

O art. 25 do Dec. n. 2343, de 23 de janeiro de 1859, e toda legislação relativa caducou, só podendo ter força de sentença as decisões do Tribunal de Contas, na esphera restricta de sua competência, sendo tudo mais da esphera do Poder Judiciário.

E' um residuo, na phrase de Meucci, ainda subsistente historicamente, do contencioso administrativo, mas sem valor jurídico ou legal, depois da abolição deste. *

E arbítrio, é pura inconstitucionalidade, que a acção

[1] Meucci, *Instituxioni di Diritto Amministrativo,* Torino, 1898, pag. 238.

do Poder Judiciário por si somente pôde fazer cessar, como um attentado, o facto anómalo de julgar, para absolver ou condemnar, os agentes do Poder Executivo, desde o Ministro da Fazenda até o inspector ou o administrador da ultima Alfandega ou Mesa*de Rendas. I Quando a Constituição, art. 72, § 15, promettendo entre as suas máximas garantias, que « *ninguém* será *sentenciado* sinfio pela *autoridade competente,* em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada », presuppõe o Poder Judiciário, a lei e o processo regular, orferecendo a defesa norma Usada e garantida de todos os direitos concre-tisados na liberdade individual.

Si assim não fosse, a própria policia, num paiz livre, poderia julgar e punir.

E tanto o nosso Estatuto Politico refere-se ahi á autoridade *judiciaria,* que, no citado artigo, § 23, declara que « á excepção das *causas,* que por sua natureza, pertencem a *juizes* especiaes, não haverá privilegio de *foro* ».

Isto quer dizer que *causa, juiz* e *foro* são idéas connexas e que também mesmo para o fisco, que é uma parte em Juizo, nflo pôde haver privilegio de foro.

E tanto a Constituição alludiu a autoridade judiciaria e commum que precisou fazer excepções para os tribunaes militares e o citado Tribunal de Contas — arts. 77 e 89.

E tanto é assim que, na Itália, Meucci, citando a lei de 14 de agosto de 1862, n. 800, sobre a Corte das Contas, e o texto único da de 19 de fevereiro de 1884, sobre a contabilidade do Estado, art. 64 e seguintes, observa que a responsabilidade jurídica do funccionario para com a administração se processa numa *jurisdição privilegiada,* isto é, diante da Corte das Contas, *verdadeiro tribunal* administrativo, que julga todos os funccionarios responsáveis que maneiam ou guardam valores do Estado ou procedem á verificação e ao balanço nos cofres, depósitos ou armazéns do Estado, etc. Taes sflo os prefeitos, intendentes de finanças, thesoureiros, etc. [1]

Esse é o direito actual e vigente da Republica que acha modelos no de velhas monarchias em paizes livres e de systema representativo e onde as funcções publicas estão differenciadas em virtude do preceito constituccional da separação dos poderes — Constituição Federal art. 15.

Entretanto, como praticamente todos as noções estão invertidas, o acto fóssil da citada Consolidação regateia uma concessflo limitada ao Poder Judiciário, dizendo no art. 637 :

« § 1.° O julgado no Juizo Criminal em relação á pessoa

[1] Meucci, OBR. GIT., pag. 234, not. 2.

não inflúe no julgado administrativo em relação ao objecto da apprehensão e vice-versa. »

Este principio contrario ao art. 265 do Código Penal que manda applicar as penas criminaes e as fiscaes, certamente que não pelo ministro e seus agentes, reconhece a competência plena do poder judiciário na esphera das penas *criminaes* ao menos.

Sendo assim, não se explica como se formou entre nós tal jurisprudência e ainda menos que o aresto de 25 de abril de 1896 e outros, aliás com os votos vencidos de Figueiredo Júnior, II. do Espirito Santo, Macedo Soares e Ubalaino do Amaral, considerasse uma *excepção prejudicial* da acção criminal o recurso administrativo da parte provido pelo ministro da fazenda, isto em contradicção com o art. 637, § 1° citado, sob pretexto de que o art. 265 do texto contém apenas uma noção genérica do contrabando que deve ser entendida de accordocom as leis aduaneiras; o que entretanto nada tem com a consequência de considerar como *excepção prejudicial* a decisão administrativa.

O que lança a confusão no assumpto, obscurecendo o conceito do contrabando expfesso no art. 265 do código, é a anomalia e incongruência de decidir como juiz e parte ao mesmo tempo a autoridade administrativa os conflictos entre si mesma e a outra parte.

Só no Brazil, talvez na Turquia, pode haver o caso de poder condemnar um inspector de alfandega alguém á multa por *contravenções,* a qual é conversível em prisão, conforme a *Consolidação,* art. 646.

Si o poder judiciário estende, por via de interpretação, o arbítrio administrativo, constituindo a respectiva autoridade juiz do facto de haver ou não haver crime previsto no código, mais vale abrir mão da própria competência e delegar á autoridade administrativa processar e julgar o mesmo crime.

Sendo contra principies elementares do processo que duas jurisdicções julguem um só facto criminoso, o crime do art. 265 só pôde ser julgado em todas as suas partes pela autoridade judiciaria que deve annuliar as penas fiscaes impostas pela autoridade administrativa quando conhecer de caso previsto no mesmo artigo.

Portanto, qualquer que seja a decisão mesmo do ministro da fazenda, a justiça federal, sem dependência de nenhuma questão ou excepção prejudicial, processa e julga o crime por denuncia dos procuradores seccionaes da Republica que devem intentar a acção criminal e promover a aceusação e o julgamento livremente, procedendo a exames, requisitando documentos e quaesquer diligencias necessárias.

E' a nossa humilde opinião.

T». A disposiçfio do art. 265 do texlo suscita outras questões.

Sendo as *penas Jlscaes,* verdadeiras penas, como são o *confisco* e as *multas* e mais as despezas accessorias de tudo isso, não podem ser impostas sinão individualmente contra 0 *contraventor* ou *contrabandista* e não contra os herdeiros,) pois que não se trata de *indemnização do damno cau-\ sado.*

Pensamos que a sentença condem na toria passada mesmo em julgado só é exequível pessoal e exclusivamente contra o condemnado e não poderia sel-o contra os herdeiros delle, porque a isto oppõe-se formalmente a Constituição, art. 72, quando dispõe:

«§ 19. Nenhuma pena *passará* da pessoa do delin quente.»

A multa, sendo uma pena, diz Pabon, mesmo em matéria aduaneira, não pôde se applicar sinão óquelle que tem commettido a infracção e não aos seus herdeiros que são indemnes de toda a culpa. Mas, por outro lado, *(sic)* como ella representa uma reparação civil, os herdeiros *deveriam* ser obrigados á ella. Em tal caso é impossível conciliar estes dous caracteres da multa aduaneira ; assim, a jurisprudência tem decidido que a condemnação á multa aduaneira não pód,e ser executada contra os herdeiros do autor da infracção.

1 Thibault é da mesma opinião, resumindo a controvérsia que tem havido entre os autores sobre certos pontos da doutrina. [2]

Assim nos apartamos ainda aqui do autor da monographia que temos citado, observando, em geral, que a satisfação do damno mesmo é hoje pelos criminalistas modernos, considerada objecto de direito penal e não civil, e que em ultima analyse não lhe podem ser equiparados o confisco e a multa, nem mesmo as despezas como accessorios inherentes, attenta a sua própria natureza, o modo de applicação e jurisdicções que fazem essa applicação.[3]

Seguimos aqui também a opinião de Sourdat que com bate vivamente os arestos contrários como desconhecendo o caracter das penas como taes. *

Passemos á questão da prescripçâo.

No direito italiano, art. 103 da lei, conforme Puglía, a prescripçâo da acção judiciaria prescreve em um anno. Mas

[1] Carlos Perdigão, CODIOO PENAL BRAZILBIRO. Rio de Janeiro, 1882, 1° rol., pag.509.

[1] Pabon, OBR. crr., pag. 118, n. 182; Thibault, OBR. CIT., page. 114 e seguintes.

* A. O. Viveiros de Castro, O CONTRABANDO CIT., pag*. 55 e 292.

* Sourdat, DB LA REBPONSABILITÉ, KTO.. Paris, 1887, tomo Iº, pag. 66, n. 81; tomo 2°, pag. 22, n. 777.

"^r

sobre a prescripção da pena ou condemnação, a questão por controvertida não nos interessa.

No art. 111 da mesma lei aduaneira, segundo Satta, a acção judiciaria por contrabando prescreve em cinco annos; parecendo referír-se elle ao código penal para a prescripção da pena[1].

Em França, os factos de *fraude* aduaneira, punidos mesmo com prisão, prescrevem em três annos e a prescripção é *instantânea,* si não foi lavrado o auto que a constate, ou o acto ê nullo. E' esta a opinião de Thibault.

Neste ponto Pabon pensa do mesmo modo.

Quanto á prescripção da pena, ella é de cinco annos conforme o mesmo autor.

Em relação á prescripção dos créditos civis flscaes contra os devedores aduaneiros, geralmente prescrevem n'um anno; mas ha controvérsia sobre alguns casos da prescripção de ta es créditos. E' esta em resumo a doutrina no direito aduaneiro italiano e francez sobre a prescripção. [2]

Conforme as regras estabelecidas nos arts. 78 e 85, tanto a prescripção da acção, como a da pena do crime do art. 265, deveria ser de oito annos, por ser a mesma pena quatro annos de prisão no máximo.

Mas, parece-nos, que esta prescripção não pôde ser applicada ao contrabando, cuja acção repousa sobre factos ou falta do cumprimento de obrigações, deveres ou formalidades concernentes ás leis aduaneiras, de modo que faltando esta base não pôde haver acção.

E como o código penal art. 78, subordina a prescripção da acção e a da condemnação aos mesmos prazos, sem uma dislincção na lei, pensamos que a melhor opinião é a que coherentemente com o systema do código penal subordinar tudo á prescripção dos factos que podem dar lugar ao crime e á pena ou a acção e á condemnação.

Assim pensando, adoptamos a opinião de Viveiros de Castro, que aliás sustentamos ha muitos annos, como advogado e por elle fundada nos arts. 539 e 666 da *Consolidação* e reduzida ao seguinte aphorismo:

« X. O direito de reclamação por erro ou engano verificado no processo dos despachos prescreve, *em qualquer hypothese,* para a Fazenda Nacional no fim de um anno, contado da data do pagamento dos direitos. »

[1] Puglia, *apud* Cogliolo, *obr. cit.,* vol. 2º, parte IV, pags. 1145 e 1164 ; Satta, OBR. OIT., pag. 48, n. 14.

* Thibault, OBR. OIT., pag. 182; Pabon, OBR. CIT., pag. 85, n. 120 ; pag. 151, a. 262; pag. 686, n. 798.

O citado livro combate muito bem todas as duvidas levantadas contra este preceito expresso e terminante com argumentos irrespondiveis e o apoio de respeitáveis autoridades nossas e estrangeiras. *

Outra questão. Conforme a regra do art. 406 do Código Penal o contrabando não era afiançavel para o autor Ho crime, mas poderia sel-o para o complice.

Mas, em contrario, a lei n. 515 de 3 de novembro de 1898, tornou ínafiançavel o crime em qualquer caso por uma formula geral, quando dispõe:

« Art. 13. *Não* será admittida fiança nos crimes de moeda falsa e de *contrabando.* »

Já o Supremo Tribunal Federai applicou essa disposição no aresto que com outros sobre a matéria do capitulo passamos a citar na summa.

78. « Não se dá o crime de *contrabando* quando as mercadorias que tiveram entrada em uma alfandega foram remettidas para outro porto alfandegado, prestando-se prévia *caução,* e com guias de *re-exportação* que ulteriormente foram substituídas por guias de *cabotagem* » : Acc. da Relação *Bahia,* 12 abril 1881.

« Não commette o crime de *contrabando* o individuo que declara ter a mercadoria, que pretende exportar, peso inferior ao que ella realmente tem, e por esse motivo paga menos direitos do que era obrigado a pagar » : Acc. Relação *Bahia,* 22 março 1889.

Esses arestos versam sobre o código criminal anterior, art. 177, mas são applicaveis ao código penal vigente, art. 265, do texto, porque as duas disposições se assemelham sob o mesmo ponto de vista.

Sobre o art. 265 do código actual podemos notar os arestos seguintes:

« Somente no julgamento *plenário* podem ser apreciadas as razões de *defesa* de um recorrente pronunciado por crime de contrabando » : Acc. Supr. Trib. Federal, 15 de setembro de 1897.

« A *decisão* do ministro da fazenda do governo da União, declarando que o facto imputado a alguém é mera *contravenção* fiscal e não constituo crime de *contrabando* tem autoridade e força de *sentença* dos tribunaes de justiça, nos termos do art. 25 do Decr. n. 2343 — de 29 de janeiro de 1859, com o que se harmonisa a *Consolidação das Leis das Alfandegas,* art. 637 § 1º » : — Acc. Supr. Trib. Federai de 14 de março de 1896.

[1] A. O. Viveiror de Caatro, O CONTÍ ABANDO ETC, pag. 56 o nota 1,

«Devem ser pronunciados como *co-autores* do crime previsto no art. 265 do cod. pen. combinado com o art. 630 § 3º da *Nooa Consolidação das Leis das Alfandegas* (contrabando) aquelles que prestam auxilio, *sem o* qual, não seria commettido o crime. A *cumplicidade* era crime de contrabando é *inafiançaoel, ex-vi* do art. 13 da lei n. 515 de 3 de novembro de 1898.

«Intelligencia do art. 13 da lei n. 515 de 1898, em face dos arts. 265e 406 do cod. pen.»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 2 de agosto de 1899.

« Sendo o crime de *contrabando* de natureza *mixta* e estando sujeito ao conhecimento de *duas* jurisdicções — a judiciaria e a administrativa, competentes, esta para applicar as penas flscaes e aquella as communs, a acção criminal delle decorrente depende da questão *prejudicial* de sua existência, verificada e julgada *definitivamente* pela autoridade administrativa.

« Uma vez pagos em dobro os direitos devidos pela differença para menos encontrada nos volumes substituídos, segundo a deliberação da autoridade administrativa que não impôz as penas fiscaes do *descaminho,* não não ha lugar a applicaçflo das penas communs do art. 265 do cod. penal.

«Intelligencia do art. 637, § Iº da *Consolidação das Leis das Alfandegas* »: Acc. do Supr. Trib. Federal de 2 de agosto de 1899. »

Este aresto ê confirmativo de outro que citamos acima, além daquelles a que o mesmo aresto se refere e do seguinte:

« E' constrangimento illegal a ameaça de prisão por crime de contrabando, desde que o ministro da Fazenda competentemente decidio que os factos imputados aos pacientes não constituem tal crime» : Acc. do Supr. Trib. Federal de 30 de novembro de 1895.

« E' illegal o constrangimento que soffrem negociantes processados por crime de contrabando, tendo o ministro da Fazenda por decisão, que tem força de sentença judicial declarado que os factos que lhes são attribuidos não constituem tal crime»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 18 de dezembro de 1895.

«Improcedência da denuncia por crime de contrabando, em razão de falta que o ministro da Fazenda decidio não constituir tal crime, sendo antes simples infracção que se resolve em multa, cuja execução ô da exclusiva competência da autoridade fiscal» : Acc. do Supr. Trib. Federal de 18 de janeiro de 1896.

[1] O DIREITO, vol. 2*ò*, pag. 338; vol. 49, pag. 303; vol. 75, pag. 69 vol. 78, pag. 274; *ol. 80. pag. 416; vol. 81, pag. 148.

I « Tratando-se de matéria da competência da autoridade administrativa, qual a de saber-se si foi defraudado o pagamento dos direitos devidos á Repartição fiscal e estando decidido pela mesma autoridade que o facto não constitúe crime de contrabando, tal deeisfio, tem força de sentença judicial e não pôde o facto sobre que versa dar lugar a procedimento criminal»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 15 de fevereiro de 1896.

« Procedência do recurso interposto do despacho de pronuncia que julgou os recorrentes incursos no art. 265 do cod. pen., visto que a substituição de mercadorias na espécie dos autos, não constitúe o crime de contrabando, mas simples infracção sujeita á pena administrativa imposta pela autoridade fiscal»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 25 de abril de 1896.*

« E' crime militar o contrabando commettido por offlcial do Exercito, commandante de destacamento, encarregado de sua repressão e policia fiscal.

Assim é improcedente a excepção de incompetência, reconhecida pelo Conselho de Guerra no intuito de declinar do conhecimento do crime commettido nessas condições.

E' legislação subsidiaria dos Artigos de Guerra os cods. **S** enaes da Armada e commum»: Acc. do Supr. Trib. Militar e 28 de junho de 1899.

O ministro Souza Carvalho, vencido, impugnou a doutrina do Accordão, sendo muito apoiado pela *Revista de Jurisprudência* que faz observações, transcrevendo legislação em contrario. [a]

Nada temos com a questão de competência que é de direito processual.

No terreno, porém, do direito substantivo, o contrabando é crime *civil* pelo cod. commum e ordinário, art. 265, que não tem semelhante no cod. da Armada, ampliado ao Exercito pela lei n. 612 de 29 de setembro de 1899.

Na *infidelidade administrativa,* como parece ao aresto, não está comprehendido o contrabando.

Sobre taes questões, em geral, relacionadas com o processo exprimimos a nossa opinião noutro livro. [3]

[1] JURISPRUDÊNCIA CIT. de 1895, pags. 39 e 41; de 1896, paga. 29, 31

[1] REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA CIT. Vol. 7", pag. 141.

* Do autor : DIREITO MILITAR ETC. Cap. II, pag. 41, na. 17 e sega.

^s^y

TITULO VI

DOS CRIMES CONTRA A FÉ PUBLICA

CAPITULO I

MOEDA FALSA

CÓDIGO

Art. 339. Fabricar, sem autoridade legitima, moeda feita de idêntica matéria, com a forma, peso e valor intrínseco da verdadeira ;

Fabricar, do mesmo modo, moeda estrangeira que tiver curso legal ou convencional dentro do paiz:

3 Penas — de prisão cellular por um a quatro anãos, e de perder, para a Nação, a moeda achada e os objectos destinados ao fabrico. Paragrapho único. Si a moeda fôr fabricada com diversa matéria ou sem o peso legal:

Pena — de prisão cellular por dons a oito annos, além da perda sobredita.

Art. 240. Fabricar ou falsificar qualquer papel de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda: H Pena — de prisão cellular por dous a oito annos, além da perda sobredita.

Para os effeitos da lei penal considerar-se-ha papel de credito publico o que tiver curso legal como moeda, ou fôr emittido pelo governo ou por bancos legalmente autorisados.

Art. 241. Introduzir, dolosamente, na circulação moeda falsa, ou papel de credito publico que se recíba nas estações publicas como moeda, sendo falso;

Introduzir, dolosamente, na circulação a moeda falsa fabricada em paiz estrangeiro:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos, além da perda sobredita.

Art. 242. Diminuir o peso da moeda verdadeira, ou augmen-tar-lhe o valor por qualquer artificio:

Pena — de prisão cellular por um a três annos, além da perda sobredita.

Art. 243. Supprímir, ou fazer desapparecer, por processo cbimico, ou qualquer outro meio, os carimbos com que forem inutilisadas as notas ou cédulas do Thesouro Nacional, ou dos bancos, recolhidas da circulação e nella introduzil-as da novo ;

Formar cédulas, ou bilhete», do Thesouro Nacional, ou dos bancos, com fragmentes e pedi cos de outras verdadeiras: Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno. Art. 244. Incorrerão na pena de prisão cellular por um a quatro annos:

1°, os empregados da Caixa da Amortização, que emittirem, ou consentirem que Be omitiam, notas da antiga emissão do Banco do Brazil, a não ser em substituição das que, por dilaceradas ou por outros motivos, devam ser retiradas legalmente da circulação;

2", 'odos aquelles que fizerem sahir, ou consentirem que a, da Caixa da Amortização qualquer somma do papel-moeda, a não ser por treco, ou por effectiva subatiiuição, ou para ser entregue ao Tliesouro Nacional em virtude de lei quo autorise tal entrega;

3º, os directores e gerentes dos baucos de emissão, paio excesso da emissão de bilhetes, além dos limites determinados nas leis respectivas ; e bem assim, os fiscaes do governo, que se mostrarem conmventes em tal falta ou as não tenham* denunciado opportunamente.

LEIS

Art. 14. O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homisiado em paiz estrangeiro.

I (Lei n. 515, de 3 de novemtro de 1898.) .'

Art. 1.° Não poderão ser recebidos como moeda, ou nesta qualidade circular no paiz, quaesquer titulos de credito ao portador ou com o nome deste em branco, que (orem emittidos pelos govoruos dos Estados ou dos municípios, sejam taes titulos apólices ou outros de denominação differente.

Art. 2." No caso de transgressão, não só serão nullos de pleno direito todos os contractos e actos jurídicos em que is refe. idos titulos forem empregados, como moeda, mas ficarão sujeitos á saneção do art. 241 do Co ligo Penal os indivíduos que, como moeda, os empregarem ou os receberem em troca de objectos, valores ou serviços de qualquer espécie.

(Lei n. 561, de 31 de dezembro de 1898.)

PROJECTO DE 1800

CAPITULO II

EMISSÃO ILLEUAL

Art. 237. Emittir, sem autovi sacão legal, nota, bilhete, vale postal, formula com valor, papel ou titulo ao portador, ou com o nome deste em branco:

Pena — multa do quádruplo do valor emittido, a qual recabirà integralmente tanto sobre aqnelle que emittiu, como sobre o portador.

GOMMENTARIO

T4. Este titulo tem a mesma numeração no Código Penal, embora a subdivisão seja differente, porque o Código dividiu o titulo em dous capítulos, subdividindo o segundo delles em secções.

Em lodos os projectos de revisão, a subdivisão 6 mais simples, isto ô, em capítulos, e foi esta a ordem que aqui também guardámos.

Faremos considerações preliminares sobre o título em geral, embora Meíno, Puglia e outros commentadores nfio o façam, para depois tratarmos da matéria especial a cada capitulo.

Antes de tudo, repetiremos o que dissemos justificando o projecto de 1897 contra o de 1896:

« O substitutivo reproduz os capítulos I a III, apenas usando do vocábulo *prisão* em vez de « prisfio co*m trabalho » para guardar a uniformidade de linguagem e substituindo em um caso essa pena, pela de detenção. *fz* «No capitulo IV, a nova redacção nSo se afastou essencialmente do projecto, mas o substitutivo prefere restabelecer este, em summa, porque discrimina melhor a falsidade do escripto particular do publico, por funecionario, particular, etc...

I « E para nfio alongar estas observações, Iembra-se a exposição de motivos do projecto, que é minuciosa sobre este titulo.

« O capitulo V, do substitutivo é reproducçfio da nova redacção.

« No capitulo VI, porém, o substitutivo prefere o projecto, do qual aliás nfio se afastou quasi a nova redacção, porque principalmente nesta se renova o *talião* tanto contra o falso testemunho como contra a calumnia e a exposição de motivos do projecto já fez justiça a essa instituição penai fossfiisado [a].»

Nfio obstante, o longo parecer da Com missão parlamentar limitou-se a dizer isto:

« No título VI, o substitutivo modifica somente a pena lidade ; impõe a prisfio simples, em vez de prisfio com tra balho, reproduzindo assim todo o projecto primitivo; a des peito de confessar-se — que deste *não afastou-se o projecto da Commissão, saloo quanto d redacção,* que na verdade ella timbrou em melhorar [2].»

Também tivemos que responder sobre este titulo á cri tica do parecer que temos citado da Commissfio do nosso Instituto da Ordem dos Advogados e o fizemos nestes termos:

« Outra nota 6 a má collocaçfio da falsidade commettida pelo funecionario publico no titulo « dos crimes contra a fé publica » e nfio no dos crimes contra a administração da justiça.

« A razão é fácil; não é só o iunecionario que falsifica, e o grupo de crimes com um mesmo titulo ficaria distribuído por mais de um lugar do código, o que é um vicio de tal ordem que nfio merece mesmo o nome de classificação.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1897, paff. 11. •
PARECER CIT. *de 1898,* pag. 11.

« Entretanto, o parecer fazendo a defeza posthuma do Código, esqueceu que o que nota nesse ponto, como defeito, elle ocommetteue repetiu nosarts. 131, 132,192, 193,194, 201, 244, 255, 257 eem muitos outros, estando os últimos justamente no titulo censurado como impróprio *! »

Anteriormente havíamos respondido a critica do parecer da Gommissão da Faculdade de Direito de S. Paulo sobre alguns pontos deste titulo do primitivo projecto de 1893, cuja exposição de motivos iremos citando sobre o assumpto especial década capitulo.

A nossa resposta, porém, á critica alludida foi a seguinte que já previne objecções sobre detalhes da matéria dos capítulos, mas que não podemos scindir porque nos prejudicaria.

A nossa defesa visava o projecto de 1893, cujos artigos cita e foi a que passumos a expor :

« A censura á redaçâo do art. 249, 8 2°, porque não copiou o Código Italiano, não tem sentido, desde que a emissão *scientemente* da moeda falsa, mas recebida como verdadeira, revela o dolo do agente.

« A detenção dolosa de sellos e objectos semelhantes éque se pune no art. 258,1.

« A *Exposição de motivos (paga.* 13 a 15—previniu todas as duvidas agora levantadas a propósito de redacção de artigos dos crimes em geral contra a fé publica, muito defeituosamente conceituados nos nossos códigos.

« O *Projecto* apontou como fonte o Código Italiano, mas foi mal, ora porque copiou, ora porque não copiou.

« O illustre censor tão amante da *technica* não vio que, ao contrario da língua italiana, não temos termos para exprimir a escriptura publica e o escripto particular e lembra o Código anterior que emprega até a expressão *papel.*

« No art. 260, II, eu devia traduzir o Código Italiano que emprega termos rigorosamente technicos, sem correspondentes em portuguez.

« O que o illustre censor acha curioso nesta disposição é uma redundância que não aponta, isto *è,* a penalidade, e uma aggravante no caso em que figura.

« O illustre censor deve publicar um diccionario de ter-m os technicos uma vez que tanto nota o uso de expressões (que aliás não corrige !) indifferentes no caso !

« Porque não *pronunciar* sentença ou condemnação ?

« Porque não *dispronuncia f*

« A supposta confusão de termo com época no art. 280, II nota-se também na fonte do *Projecto* que falia de tempo

[1] A REVISÃO DO CÓDIGO PENAJ. na *lievisia Académica.* Recife, 1895, An. 7 pag. 16.

referlndo-se a prazos fixados antes. Os limites dentro dos quoes se comprehendem ta es termos ou prazos pelos actos figurados ficam constituindo uma época ou espaço de tempo para os effeitos que se lhe attribuem. Haverá critica mais banal *1*

« Para notar o emprego *impróprio* de veredictum, julgamento e sentença, do jurado, juiz ou tribunal se eleva o primeiro á autoridade judiciaria e cujo voto só se actua pela decisão que o homologa dependente de recursos, revisão, graça e o que mais sei ?

« Daqui (pag. 39) passa a censura adiante fpags. 77 a 81).

« Fecha os olhos á *Exposição de motioos (* pags. 13 a 15) para não ver prevenidas verdadeiras objecções de algibeira que só illudem aos que não a lerem.

« O illustre censor levanta moinhos de vento para ter a satisfação de derrubal-os.

« A tirada sobre a face religiosa do *perjúrio* não vem ao caso.

« O illustre censor, apezar da'grande connexão desta matéria com a do *processo,* sua cadeira, tem ideias sobre que vacilla : ora repelle o *perjúrio* do modo por que está redigido no *Projecto,* ora acha melhor eliminal-o (pag. 79, 2° paragrapho).

O *Projecto* não diz, somente, *jurar,* como para justificar a censura, se transcreve *griphando-o,* mas omíttindo elementos alternativos do conceito.

O Projecto diz:

« Art. 274. Jurar falso, ou *fazer ajfirmação de falsidade em juizo,* como parte, em causa civil : Pena etc...»

Antes de tudo, em Pernambuco *se jura,* assim como em outros Estados.

Em segundo logar, eliminar aquelle artigo seria abrir uma lacuna para tornar impune um crime grave.

Em terceiro, labora o illustre censor em equivoco, apesar da *Exposição de motivos* (pag. 15, 2ª col. pr.), pretendendo fazer uma figura distincta do depoimento falso da própria parte, que outra cousa não é mais do que o mesmíssimo *perjúrio,* em causa civil, bem entendido.

Nada justifica a suppressão do artigo*».

Nenhum dos projectos posteriores deixou-se influenciar pela critica feita neste ponto ao projecto primitivo.

ça. A somma das normas jurídicas, diz Pessina, acerca do certo, da verdade legal, constituo a *fé publica,* isto é, a fé sanccionada pelo Estado, a força probante por elle attribuida a alguns objectos, ou signaes, ou formas exteriores; e os

[1] O PROJECTO DB OODIQO PENAI, *c o Fctouldaãe de S. Paulo,* n. XIII, pags. 57 a 59.

delictos com os quaes o homem se' insurge contra tal acerlamento são, tomados, conjunctamente o *crimen falai.*

O *crimen falsi* tem por fundamento natural alguma cousa de falso, isto ô, de opposto á verdade j. *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro veritate adseve-ratur.*

Mas não basta a opposição á verdade para constituir o *crimen falsi;* o erro e a mentira são contrários á verdade, mas nem toda mentira é um *crimen falsi.* E' mister uue aquillo que nfio 6 verdade assuma a apparencia da verdade, mediante aquelles signaes exteriores, aos quaes o direito attribue a força de provar a verdade ; e neste sentido, o *crimen falsi* devo conter uma *imitatio veH%* A essência da falsidade punível ou do *crimen falsi* consiste em desfigurar o direito substancial por meio do direito formal, adulterando aquelles objectos, ou signaes, ou formas exteriores, aos quaes a lei attribue o valor de certeza jurídica ; e nesta atti-tude, para ferir a substancia do direito assenta a razão verdadeira da incriminaçõo da falsidade. Donde justamente os criminalistas definiram o delicto de falsidade em geral, assim *'.dolosa imitatio veri in alterius pirejudicium.* De tal sorte, as condições essenciaes da falsidade são três : I°, ê necessário o artificio que ao que não é verdadeiro dô a apparencia de verdadeiro, não mediante engano á confiança privada (o que seria matéria de *fraude),* mas prevalecendo-se da confiança publica que está annexa aos signaes legaes da verdade *(imitatio veri)* ; 2°, é necessário que haja dolo, isto ô, a consciência da nenhuma verdade intrínseca daquillo que exteriormente imita a verdade e que é destinado a lesar uma relação jurídica ; e este é o significado da locução : *dolose factum in alterius prayu-dicium* ; 3°, finalmente, é necessário que a lesão jurídica seja effeito possível da *imitatio veri* ; não é mister absolutamente que se haja reaiisado a lesão, mas a possibilidade da lesão é uma das condições substanciaes pela qual se revela; a falsidade como delicto : *falsitas non punitur quce non solum nocuit, sed nec erat apta nocere* (L. 38, §6, D. *de\ poenis ; L. 6, D. ad L. Com. de falsis).*

Desta noção geral da falsidade deriva a determinação das suas espécies na historia do direito penal. E na verdade os legisladores incriminaram a falsidade na *palavra* que se torna prova nos julgamentos (falsidade *judicial);* incriminaram a falsidade na *pecunia numerata signo publico signata,* emquanto esta é representativa do valor próprio das cousas singulares que servem á troca entre os homens *(moeda falsa J;* incriminaram a falsidade que se revela nos *escriptos* destinados a garantir a certeza dos factos sobre as quaes se fundam as relações jurídicas (falsidade *documental)j incriminaram* a falsidade nos *signaes* destinados a

provar a proveniência de alguns factos da autoridade social (falsidade dos *emblemas).*

No Direito Romano, a Lei das XII Taboas começou a punir o falso testemunho com *aprcecépUalio* e o *saxo.* A primeira *Lex* que surge sobre os delidos de falsidade é a *Lex Cornélia de falsis* que incriminou o falso testemunho e o testamento falso.

As *constituições imperioes* e os *responsa prudentum* ampliaram os casos de falsidade ; assim que todo documento feito ou alterado ou supprimido foi considerado como falsidade, na escriptura e punível. E aos delidos próprios de falsidade foram addicionados delidos equiparáveis a falsidude, isto é, as *quasi-falsidades,* como v. g. a *termini motio, a par tus suppositio,* a *falsi nominis vel cognominis adseoeratio,* e outras espécies que se confundiam com a fraude *.

O parto supposto e outros fingimentos que figuram no cod. anterior e no vigente não se acham neste titulo, mas em outro.

No antigo direito germânico, foi considerada a falsidade como violação do dever de lealdade e como engano em detrimento doutrem ; mas, a sua punição revela o modo grosseiro de avaliar a correspondência entre a pena e o delido, porque toda falsidade era punida com a amputação da mão— *manum perdat per quarn tantum crimen admisit.*

Não admira porque o nosso Código anterior e o vigente não abriram mão do *talião.*

O direito ecclesiastico consagrou varias normas sobre o *cr.irnen falsi.*

As legislações intermédias oscularam entre as diversas fontes ; mas o elemento preponderante foi aquelle bom conjuncto de normas que derivavam do Direito Romano e ás quaes se fizeram ampliações posteriores determinadas pelo desenvolvimento das relações da vida económica.

No direito actual ha ainda divergência sobre a construcção das varias espécies de falsidade ; mas apezar disto progressos importantes se teem effectuado.

O Código tfancez foi um dos primeiros a ordenar por categorias as differentes espécies de falsidade. O Código francez enucleou a moeda falsa, a contrafacção dos sellos do Estado, a das notas de banco ou dos titulos de credito publico, falsidade da marca dos contrastes de ouro e prata, a falsidade do sello das autoridades publicas, a falsidade das escripturas publicas e a dos escriptos particulares, e remetteu á outra família de delidos a falsidade judicial.

[1] Crivellari, II CODICR PRNALE INTERPRKTATO ETC. Torino, 1890—98, 7°j vol. pag. 95, n. 1; Ferrini, *apud* Goglioio, OBH. CIT. vol. 1" Part. I, Gap. X, pag. 246.

A legislação penal dos códigos italianos anteriores seguiu em grande parte a classificação da falsidade odo-j ptada no Código francez. O Código toscano, porém, affas-l tou-se delle mais do que os outros, acolhendo os conceitosj dos códigos allemfies. 0 Código sardo de 1859, ás categorias estabelecidas pelo Código francez addicciona a matéria da calumnia (denuncia falsa), do falso testemunho e do perjúrio dos litigantes em juízo, sob a denominação commum de falsidade judicial.

O Código italiano vigente, reunindo e harmonisando as noções do Código toscano e as do Código de 1859, em um systema mixto, elimina das espécies de delictos contra a fé publica a falsidade judicial, que elle colloca entre os delictos contra a administração da justiça, e estabelece as seguintes categorias : a falsfdade na moeda ou nos títulos de credito publico *(moeda falsa))* a falsidade em sellos públicos e suas marcas (*falsidade dos emblemas/,* a falsidade em actos públicos ou particulares, ou em documentos de menor importância, como passaportes, licenças, attestados (*falsidade documental).* E á estas três categorias de falsidade addi-ciona as fraudes, no commercio, nas industrias e nos mercados ; as quaes não são verdadeiras falsidades, mas *quasi falsidades* e seriam melhor collocadas noutra categoria[1].

Fizemos essa referencia demorada, porque o nosso Código e os Projectos de sua revisão, em geral, tiveram como fonte o Código italiano, ainda que um e outros se affastassem delle em certos pontos neste titulo, conforme veremos pelo estudo especial dos capítulos.

Também, quer o Código, quer os Projectos, comprehendem matéria que aqui o Código italiano não com-prehende e ao contrario deixa de c)mprehender matéria que 0 Código italiano contém. I

1 *V0.* Passemos é matéria especial do capitulo do texto sobre a moeda falsa.

Ha dissenso entre os economistas, diz Ambrogio Negri, sobre a verdadeira indole da moeda, que ora se considera um *valor,* ora um representativo de *valores,* considerando-se hoje commummente como uma mercadoria.

A moeda, em todo caso, serve a troca entre os consociados, de cousas moveis ou immoveis, dos productos da actividade e da industria, e a segurança da mesma está na legitimidade do seu peso, titulo e cunho.

O Estado, como o único que pôde inspirar confiança aos cidadãos, tem o direito de cunhar e impor esta moeda.

í\ ' Pesei na, MANUAI.E DEI, DIRITTO PBNAJ.E. ETC. Na poli, 1895. Part. Sec. Pag. 210.

E foi por isso, como vimos, que algum tempo prevaleceu o erro de que a moeda falsa fosse um crime de lesa-magestade. Mas, entre os cultores das sciencias jurídicas, de um erro se cahe facilmente noutro.

Entretanto, que antes se considerava assim a moeda falsa, depois foi considerada como um furto qualificado.

Leopoldo da Toscana, na sua reforma de 1786, declarava que o crime de moeda falsa não era senSo um furto qualificado por meio da falsidade. E no relatório que precedeu a reforma do direito criminal francez, em 1832, se podia lêr também que a falsificação da moeda não era mais do que « um furto acompanhado de uma circumstancia muito aggravante ».

Rossi havia sustentado, ao contrario, que a moeda falsa se deve collocar entre os delictos contra o interesse publico, porque, além de ser um estellionato em damno daquelle que da valores reaes em troca do valor apparenteda moeda falsa, elle tem effeitos que podem estender-se a grande numero de pessoas, e o mal que delle deriva pôde facilmente propa-gar-se, assim que attinge, mais do que a tal ou tal outro individuo determinado, ao publico em geral[1].

Mas, Chauveau & Hélie responderam a estes conceitos de Rossi, dizendo que alguns publicistas, dominados pela classificação do Código francez, teem querido imprimir á moeda falsa o caracter de um crime contra a cousa publica, fundando-se sobre a circulação rápida das moedas e sob o aspecto de que a massa delias compõe de certo modo o património publico. Esta ideia, porém, não nos parece muito exacta. Toda moeda falsificada, posta em circulação, não constitue na realidade si não um attentado á propriedade privada, desde que ella não lesa senão óquelle que a tem acceitado como boa e só depois descobre o seu vicio. A circulação dá mais ensanchas a commetter o crime, mas não pôde mudar a sua natureza e effeitos. Si, pois, o crime de moeda falsa não deve estar collocado acima dos furtos qualificados, deve, ao menos, permanecer no mesmo nivel e pois, pelas circumstancias concomitantes, attingir a aggravação ou atte-nuação da sua penalidade[2].

Haus accedeu á esta opinião, notando que a falsidade da moeda, ou é um furto somente em damno do Estado, sem detrimento dos particulares, quando se faz com falsos cunhos concurrencia á cunhagem do Estado, fabricando moeda não inferior ao valor da moeda nacional, ou se reduz a um estellionato para com os particulares, mediante a falsidade,

[1] RoSBi, TRATTATO Dl DIRITTO PBNALB, tom. 2, pftg. 68.

[2] Chauveau & Hélie. e Villey, THBORIB DO OODE PENAL, Paris, 1887.88, vol. S,pag. 253, n. 568.

quando se diminue o valor effectivo das moedas verdadeiras, com alteração delias ; e é um crime contra os interesses do Estado e os interesses dos particulares, quando se põe em circulação moeda não verdadeira, que intrinsecamente nSp tem o valor effectivo da moeda verdadeira.

Recentemente, entre outros, Garraud, observa que nenhuma legislação tem seguido tal systema ; todas teem destacado os actos que constituem amoeda falsa, o estellionato, o furto e a falsidade, para fazer delles o objecto de uma incriminação especial. E' lambem o que fez a nossa legislação *.| ™ Nós não desconhecemos, accrescenta Negri, que possa nascer desta falsidade detrimento aos particulares. Mas o conceito exacto sobre que assenta hoje a sciencia, équeo falsario dirige os seus actos não contra um só, mas contra todos. *Hoc crimen cceteris differt ut privatis non solum noceat, sed totae civitati periculum inferat.* Em qualquer engano, observa Garrara, exercitado sobre a moeda publica, não pôde duvidar-se que a contemplação do detrimento de qualquer somma soffrido por um cidadão particular é o menos, quando concorre o prejuízo universal a fé publica. E' o meio usado pelo falsario que converte as normas reguladoras da fé publica em instrumento para lesar os direitos doutrem.

A moeda falsa é, pois, essencialmente um crime contra a fé publica "[2].

W. No direito anterior ao romano, a moeda falsa era punida com amputação da mão; e entre os a thenienses, especialmente, era punida de morte. No Direito Romano a *Lex Cornélia* punia com a *aquce et ignis interdictio* a moeda falsa; mais tarde a pena delia foi a *deportatio* para os *ho- \ nestiores*; a *damnatio in metallwn,* para os *humlliores,* e o extremo supplicio para os escravos; mas posteriormente foi punida com a pena do *crimen magestatis.*

A pena deste delicto nas *Leges* germânicas era a amputação da mão.

O direito ecclesiastico fulminou a excommunhãosobre os falsificadores de moeda.

No antigo direito italiano e nas outras legislações do tempo intermédio, penas severíssimas attingiram á moeda falsa.

E esta antiga tradição perpetuou-se no código francez, que puniu com a morte e com a confiscação a falsidade relativa á moeda de ouro e de prata (art. 132), e com pena de prisão perpetua com trabalho a da moeda doutro metal; e

[1] Garraud, DROIT PENAL FRANÇAIS, Paris, 1888-96, vol. 3º pag. 79, n. 64* * Ambrogio Negri, ora Cogliolo, COMPLETO TRATTATO M IMIUTTO PB-NAI.K, Alilano, 1888-iO, vol. 2°, part. I A, pag. 340.

penas severas estabeleceu, também, contra a falsificação de moeda estrangeira.

Os códigos italianos temperaram levemente o rigor tradicional da punição dos falsificadores de moedas; mas com o exemplo de vários códigos allemões melhores temperamentos pôde adoptar o cod. toscano, de 1853. *

A.' vista disso, não admira que a legislação de Portugal, que herdámos da Metrópole, punisse com a morte pelo fogo e a confiscaçfio os moedeiros falsos, fossem ou nõo plehêos, annullando os privilégios para sujeitar a tortura e a penas iguaes os fidalgos, *como cada um do poço que privilegiado não seja:* Orden. do Liv. 5º, Tit. 12, pr. e § 2. *

Innegavelmente o nosso código penal tem nfio poucos de feitos, como veremos, o que resulta da *exposição de motioosA* do projecto de 1893, seguido, como já vimos, sem notável alteração pelos suecessivos de 1896, 1897 e 1899, repetindo os posteriores as disposições dos anteriores.

Assim justificando aquelle primitivo projecto e eomparando-o com o nosso cod. vigente, dizíamos :

O crime de moeda falsa não é mais considerado como uma offensa aos direitos magestaticos do Estado; nem como contrario somente ao Thesouro e propridade publica (código de 1830), mas como uma violação de leis que affectam ás relações económicas entre as nações, podendo causar incalculáveis prejuízos nfio só a fortuna publica, como á particular, isto é, ao commercio e á industria.

Dahi o ponto de vista largo que presidiu A elaboração do código italiano, que o nosso hesitou em seguir com firmeza, corrigindo parcialmente o anterior. [1] N Aliás o código hollandez e especialmente o allemfio e o húngaro, seguidos por aquelle, nos guiaram nas correcções a fazer ao nosso.

O art. 249 do actual projecto comprehende as hypotheses possíveis da moeda falsa nacional e estrangeira com curso legal ou *commercial* dentro ou *fora do pais,* que o código anterior nõo previa e o actual nõo prevê, com a extensfio que impõe o direito comparado, attendendo hoje á importância do commercio universal, ao progresso do direito das gentes e ao uso diurno do instituto da extradição.

A hypothese nova do art 243 do nosso coligo está ahi comtemplada por forma mais comprehensiva, conforme a formulam o código allemfio c o húngaro, ao contrario do nosso, que a restringe á uma espécie, objecto de um processo nos nossos tribunaes. *

[1] Pemina, MANUALE CIT. Part. Sec. pag. 214, § 196.
* Vid. Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES, Lisboa, 1816, pag. 55. [1] Zanardelli, RBLAZIONE CIT. Ill, pafj. 167.
* O DIREITO, de 1889, vol. 49. pag. 14.

I A pena varia no citado artigo do Projecto em relação ao dam no presumível, o que em outros termos comprehendiam I os Códigos anteriores.

0 art. 249 do Projecto corresponde aos arts. 239 a 243 do Código actual, consagrando-llie todas as hypotheses. I

■ A matéria do art. 244 é imprópria dò Código, porque ai os factos nelle previstos podem ser capitulados como moeda falsa, as leis respectivas ô que devem referír-se ao mesmo Código. ■

m Os §§ 1° e 2º do art. 249 do Projecto conteem duas espécies novas. B

A primeira é a da alteração da moeda diminuindo-lhe o valor, operação que se verifica limando a moeda, *tosquiando-a* ou tosando-a, ô o *radere* ou o *circumdere nummos* dos latinos.

Todos os Códigos punem com alguma severidade esse facto e o fim a que se propõe, a introducção na circulação ; os nossos Códigos contemplaram um dos modos, isto é, o processo, mas não rigorosamente a introducção na circulação .

A outra espécie ô a daquelle que recebe de boa fé moeda falsa, como boa, e scientemente, para não acarretar com o prejuízo, a emitte de novo.

& Naturalmente a penalidade 6 relativamente ligeira, como a editam os Códigos modernos '.

O art. 250 equipara á moeda os títulos como taes emittidos pelos Governos ou pelos bancos legalmente autori-sados.

A generalidade do artigo é para que a sancção penal possa attingir os que falsificam ou emittem moeda que tem curso legal ou com merda 1 fora do paiz, porque emittida por instituições de credito autorisadas, não quer dizer que seja licita a emissão de moeda no paiz, autorisada por Governo estrangeiro. I

I Com muito maior elasterio se exprimem os Códigos mais novos, de primeira ordem, allemão, húngaro, hollandez e italiano.

O projecto reduziu a noção do crime ao da falsa-moeda propriamente dita ; excluindo de sua comprenensõo titulos que quasi podem gyrar como moeda, mas que rigorosamente nãosâo taes,como titulos nominativos ou mixtos, separando-se neste ponto do Código allemão, húngaro e outros, e em todo caso deixando margem á boa execução da lei, definindo por uma forma geral e pratica que o Projecto considera moeda o que como tal circula em nome dos Governos, ou das

[1] **CÓDICE PBNALB** VERIIAI.I DEIXA COMMISSIONE, **BTC, Roma 1889. pa** gina 186.

instituições de credito legalmente autorisadas, abandona nd as exemplificações materiaes incompatíveis, nesta parte, com a diversidade das legislações commerciaes e financeiras dos Estados estrangeiros.

Os arts. 251 e 252 punem o fabrico e posse dolosa, se subentende, de instrumentos do crime e annexa a pena de prisão a vigilância especial da Policia.

Não adoptou o Projecto a attenuante do falso-moedeiro, quando a falsidade seja facilmente reconhecível, porque isto redundaria na impunidade de muitos, sendo certo que muitas pessoas são ílludidas, recebendo moedas,aliásgrosseiramente falsificadas *,

Por ahi se vê as lacunas e defeitos do nosso Código penal que mal aproveitou a sua fonte ; assim como, que conforme o Código vigente, entre nós, não ê crime *Jabricar ou deter instrumentos destinados exclusivamente á contrafacção ou alteração de moeda* — pois que, o Código só se refere, no art. 239, á perda dos objectos destinados ao fabrico, e em nenhuma disposição se refere aquella nova figura,prevista nos Projectos de revisfio.

Trata-se de actos simplesmente preparatórios que só podem ser incriminados como delidos *sui generis* por disposição especial, e na falta desta, ficarão impunes.

Tendo sido o Código italiano a fonte do nosso, á opinião dos interpretes daquelle nos referiremos.

78. O nosso Código, no art. 239, refere-se ao fabrico da moeda metal liça ; no art. 240, ao da moeda, papel e no art. 241, á introducção de uma e outra na circulação.

Estas disposições correspondem ás dos arts. 256 e 263 do Código italiano, e, sobre o primeiro dos quaes, diz um de seus interpretes, que a falsidade na moeda se verifica por três modos que são :

a) a contrafacção das moedas; *b)* a alteração da moeda verdadeira, dando-lhe a apparencia de um valor superior ; *c) o uso doloso* das moedas contrafeitas ou alteradas, quer introduzindo-as no Estado, quer fazendo emprego delias, quer introduzindo-as na circulaçâo.quer procurando-as para outros afim de que lhes dê emprego ou metta-as de qualquer modo na circulação.

Seguindo as normas do Código toscano, o Código italiano não faz distincçâo, no que o seguiu o nosso, entre as varias espécies metallicas das moedas falsificadas, differentement© do Código de 1859 que seguia o Código francez ; assim qualquer que seja a espécie metallica das moedas falsificadas a pena é a mesma; mas, o Código italiano considera como circumstancia aggravante do delicio o facto de ser muito re-

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 13.

levante o valor legal ou commercial representado pelas moedas contrafeitas ou alteradas, no que, porém, nfio o seguiu o nosso Código.

Digamos, entre parenthesis, que o direito Inglez também faz differença, não só entre a moeda da Rainha, nacional e estrangeira, como também entre as moedas de ouro, prata e de cobre, variando muito a respectiva penalidade *.

E por outro lado, si *o calor intrínseco* da moeda con-1 trafeita ô *igual ou superior ao das moedas genuínas,* isto é, legitimas ou legaes, a pena é menor *.

Neste ponto seguiu-o o nosso Código art. 239, primeira parte.

Sobre o art. 263 do Código italiano, que com aquelle art. 256, corresponde aos arts. 240 e 241 do nosso Códigos, diz Crivellari, que si o papel de credito publico representa um valor, também a falsificação do papel de credito publico offende a fé publica e damnifica o Estado e por isso, era necessário que elle fosse equiparado a moeda. Tal parificação, porém, ô feita somente no aspecto penal, sem mudar a sua natureza, sob outras relações [1].

A primeira parte do art. 239 do Código penal contempla uma espécie que é punível, porque viola a leique altribue ao Estado o monopólio de cunhar moeda de que só este offerece garantias para exercel-o, dizendo Majno, sobre a disposição i parallela do Código italiano, que o facto é damnoso no sentido de que todo Governo emlttindo uma moeda contrahe a obrigação de recebel-a pelo valor nominal, toda vez que entender conveniente retlral-a da circulaçfio, dando uma nova em substituição.

Tratar-se-ia no caso, diz Puglia, duma concurrencia feita ao Estado na cunhagem da moeda. Puccioni sustenta que na hypothese nfio se pôde encontrar os extremos do crime de falsidade, porque o artigo intrinsecamente é verdadeiro. O Código italiano considera falsa a moeda também no caso que o valor seja igual ou superior ao da moeda verdadeira. Isto não lhe parece exacto pela razão que dá Puccioni; poderia o facto considerar-se como delido *sui generis* *.

Si, porém, a moeda fôr fabricada com diversas matérias ou sem o peso legal, que é a espécie do mesmo art. 239, segunda parte, a peno é o duplo, da do crime anterior.

E' a solução do Código italiano, no art. 256, pen. alinen.

[1] Seymour I-Iarris, PRINCIPLES OF THE CRIMINAL LAW, trad. de Bertola, Verona, 1898, pag. 409; Stephen, A DIOHST OK THI CRIMINAL LAW, London, 1894,]>ag. 354, arts. 408 e sega.

[1] Pessina, OBR. CIT., pag. 215.

[8] Crivellari, o BR. CIT., vul. 7°, pag. 165, n. 33.

* Puglia, MANuALE m MRITTO PENALE, Napoli, 1890. 2° vol., art. 256, pag. 166.

O art. 240 do texto prevê o fabrico do papel de credito publico recebido nas estações publicas como moeda.

E na sua segunda parte define o papel de credito publico recebido como moeda.

O Código italiano, art. 263, limita-se á pariíicar á moeda os papeis de credito publico dando também o seu conceito no mesmo art.

O Código, diz Puglia, equipara a falsidade dos papeis de *credito publico* á falsidade das moedas e estabelece as mesmas penas. E, para evitar equívocos, declarou o que se devia entender por *papel de credito publico,* isto ê, os papeis que teem curso legal como *moeda,* os papeis e títulos ao *portador,* emittidos pelos Governos e que constituem *titulou ne-\ yociaveis,lodos* os outros papeis tendo curso legal ou commercial, emittidos por *institutos autorisados para emissão.* No projecto tinham sido comprehendidos também os papeis *noniinatioos,* emittidos pelos Governos. E já Pessina linha observado que estes últimos na realidade não eram sinão *certificados.*

Depois da discussão havida nas duas camarás, foi supprimido o inciso a respeito dos papeis *nominativos,* onde no caso de falsificação de títulos *nominativos,* sejam públicos, ou sejam particulares, nõo pode fallor-se de moeda falsa, mas de falsidade documental.

Da simples leitura da disposição da lei (art. 263, parallelo ao art. 240 da nossa), resulta: I°, que nem todos os *papeis de credito,* mas aquelles de eredito *publico,* que são commerciaveis, podem ser matéria do delicto; 2°, que o delicto de falsificação *de papeis de credito publico* pôde c jmmetter-se por todos aquelles modos, pelos quaes se pôde commetter a falsificação das moedas; 3°, que se pune também a falsificação dos papeis de credito publico extrangeiros; 4°, que se pune lambem o emprego ou uso doloso dos papeis de credito publico falsificados *.

O art. 241 do Cod. Pen. prevê o tacto da intro-ducçâo na circulação de moeda falsa, seja ella fabricada no paiz ou no estrangeiro, o que aliás não precisava distinguir, desde que a pena é a mesma,

Entretanto, sendo disposições parallelas, no Cod. Uai., ás dos arte. 356 n. 3 e 258, embora note-se neste ponto entre este Cod. e o nosso, differenças, sobre elle diz Cri-vellari :

«Uma segunda hypothese é prevista pelo artigo, éaintroducção no Estado das moedas falsificadas no estrangeiro, sajam ellas nacionacs ou estrangeiras. Esta inlroducçõo se

[1] Puglia. OBR. CIT., 2« vol., art. 263, i>ag. 172.

suppòe feita por outra pessoa que não o falsificador, pois que, no caso contrario, se confundem com a obra deste.

O introductor para cahir sob a sancçfio penal deve achar-se de accòrdo com o falsificador. A razão pela qual deste facto se creou uma figura de crime *sui generis,* está em se ter querido evitar a impunidade do introductor que naoi tivesse usado moeda falsa e não tivesse participado da sua alteração. O concerto a que allude o legislador deve ser posterior á contrafacção. Aquelle anterior não precisava de uma sancção especial, desde que com elle se teria um auxilio punido com as formas geraes da complicidade. E de facto, o falsificador que antes de começar a obra delictuosa, entretanto, a está desempenhando, sabe ter já promplos os meios de recolher o proveito da mesma obra, sente-se encorajado para o delicio, a sua resolução é fortificada. A necessidade de uma sancção era sentida para este concerto posterior, porque se teria podido duvidar si podesse ser considerado como complicidade, tanto mais quanto os delictos de contrafacção e alteração são delictos perfeitos.

Depois da introducção, outras formas de delictos, por: si sós subsistentes, são o emprego das moedas falsas, o facto de pol-as em circulação, o de procural-as com o escopo de usal-as ou mettel-as em circulação. Também nestes casos a lei presuppõe uma pessoa diversa do falsificador e exige o concerto com o mesmo. São estas, como a introducção, tantas formas de uso, que exige nos culpados, falta dizei-o, a sciencia de falsidade das moedas, da qual não se pode duvidar, uma vez que o concerto com o falsificador esteja estabelecido'.

**s&.* Entretanto, diz Majno:

Para que surja o crime de moeda falsa, a moeda contrafeita ou a alterada, deve poder ser despendida, *spendibile.*

Deve poder ser *usada,* introduzida ou mettida na circulação, *circular, correr,passar.* A Orei. do Liv. 5°, tit. 12, emprega, como o direito italiano, a expressão *despender* — § 3°.

O art. 259 do God. ital., é verdade, declara que quando a falsidade seja facilmente reconhecível, as penas estabelecidas nos artigos precedentes sejam diminuídas, de um sexto a um terço. Mas desta disposição não seria licito inferir que qualquer falsificação possa dar logar ao delicto de moeda falsa.

' Crivellari, OBR. OIT., voí. 7°, pag. 158, n. 24. Puglia, MANUALB CIT., 2» vol., art. 256, pag,. 166. Majno, COM.ME.VI'0 AL CÓDICE PENAL, Verona, 1830—98, I° vol,, art. 256, pag. 719, n. 2006.

O objecto deste delicio é, como vimos, a fé publica, no sen lido de que a moeda falsa gera a desconfiança nos mercados públicos, impede e perturba as relações commerciaes.

Precisa, pois, como diz Garrara, que a fé publica possa soffrer lesão por aquelie facto, isto é: precisa que a moeda possa ser mettlda na circulação; onde falte tal habilidade, fica uma intenção perversa, manifestada por operações e actos *inidoncos* e desapparece a Índole politica do delicio, ninguém se alarma por uma moeda que não teria podido engansl-o, nem ninguém dâ máo exemplo com um acto incapaz de conseguir o effeito perverso desejado *.

Diga-se, entre parenthesis. que o nosso cod. pen. art. 14, não pune a tentativa por meios inidoneos.

O objectivo jurídico da falsa moeda, observa ainda Mojno, sendo a fé publica, e esta não se podendo dizer oflendida, si a moeda falsa nõo tenha altitude para circular, dahi vem que, mesmo quando a moeda falsa tenha sido eflectivãmente *dispendida, spesa,* isto não bastará para que se digam exhauridoe, sem mais nada, os extremos do crime. A condição do dispêndio, uso, *spendibiUtúA* deve estar *na moeda:* a *dispesa. spendiía,* uso effectívo, poderá ser argumento do dispêndio, *circulubilidade,* mas um argumento que deve ceder â evidencia do contra rio. O lacto de uma moeda falsa, que nfio teria podido illndir e enganar a diligencia mais elementar e tenha sido recebida como boa$_t$ poderá ser razão para acertar no facto os extremos de um eslellionato consummado contra o ignorante ou o desmiolado que a recebeu: mos, este facto não pode supprir a deficiência do elemento *mate'] \rial* necessário para constituir o delicio contra o fé publica. Não é Jurídico acertar sem mais no senso imperfeito ou no desuso de um terceiro, que não empregou ao menos a diligencia mais elementar, os elementos ao *corpus] crítninis* que devem estar ou achar-se no produeto material da delinquência -.

L. Quando a falsificação lenha descido a tal grau de grosseria e de evidencia e não poder absolutamente compro-] metter o commercio de circulação, poderá haver dsliclo de eslellionato tentado ou consummado no uso que se faça da moeda falsa[3].

Neste sentido não podia ser approvada, e não foi reproduzida no cod. italiano a disposição do cod. pen. tos-

[1] Garrara raoauAMMA, **Part.** Spee. **rol. ?<•** â 3518.

* Carrara, FROOKAMMA, **Pari. Spoo. vol.** 7° **§3** 3516 o aaga.; PESSINA, kiK.NTi CIT., 3" **rol., pag. 155** ; Puccioui, **coo.** MM. TOSCANO, **vol.** 4°,| fa*.

* Chauveau, **Ilólie** o **Villey, OBR. CIT., TOI. 2°, n.** J82, pag. *267.*

cano, de que não se podesse mover duvida acerca da *circulabilidade, spendibilita,* quando as moedas contrafeitas ou alteradas tivessem sido dispendidas ou passadas (art. 240 § 2). O nosso cod. pen. não pôde ser interpretado sinão por essa doutrina do código que lhe serviu de fonte *.

Quanto ao art. 258 do cod. italiano, também paral-lelo ao art. 241 do nosso, diz Carrara, que também usar, ou pôr em circulação moedas e papeis que se sabe serem falsos, constitue um crime grave, ainda quando o passador não esteja de concerto com o falsificador, porque os effeitos deletérios da acção igualmente se realisam sobre a confiança do credito publico.

Dous modos, porém, ha de tal emprego ou circulação que assas diversificam na sua importância, e que, considerados na sua natureza jurídica, constituem um crime de interesse politico assas distincto.

Ha o passador de profissão e que negocia a moeda falsificada por especulação sórdida, o qual sem estar de concerto com o falsificador, está, porém, ligado por uma longa fila de intermediários, e contribuo sinão directamente, de certo modo muito efficaz para o êxito do falsificação. Este não se pode dizer nem co-réo, nem cúmplice do crime principal; é, porém, um poderoso co-efficiente da sua resolução.

Ha, porém, uma outra classe de passadores, que manifestamente não teem nada a fazer com o processo da falsificação; mas, achando-se enganados na sua boa fé, por ter recebido uma moeda ou papel falsificado, procuram passal-o adeante para livrar-se da perda. A acção destes passadores perde, portanto, toda importância sob o aspecto politico do crime principal, si bem que revista uma im-moralidade que o legislador não podia deixar impune. Mas, como o escopo da acção ê o resarcimento de uma perda material, assim a pena ordinária ô a multa, e somente na hypothese que o facto pelas proporções da entidade da moeda passada assuma uma importância especial, pôde ser applicada a detenção até seis mezes [a].

O nosso Código não prevê esta ultima hypothese, de modo que, entre nós, quem de boa fé, receber moeda falsa como sendo boa, e depois passa la, ou tentar passal-a, para evitar o prejuízo, não commette o crime de moeda falsa, ou antes *defraude monetária,* como o denominam os criminalistas.

O facto constituirá pelo nosso Código o crime de estellionato na espécie prevista no art. 338 n. 5º, subordinada á dis-

[a] Majno, OBÍI. crr., 1» rol., n. 2008, pag. 721, art. 256. Garrara, COMMBNTO *AÍ.* CODICB FKNALE, Roma, 1889, art. 258, pag. 165.

posição geral do art. 339, ou não será crime algum, porque o nosso Código, com o detestável systema de disposições abusivamente casuísticas, exclue tudo quanto não estiver particularmente mencionado nos seus casos.

O caso está previsto nos Projectos de revisão, de 1893, art. 249, § 2">, e de 1899, art. 234, § 2°.

©o. No art. 242 do texto se consagra a espécie daquelle que diminue o peso da moeda verdadeira, ou augmenta-lhe o favor, por qualquer artificio.

Esta disposição no Código italiano está comprehendida nos arts. 250, n. 2 e 257.

E sobre o assumpto, diz Crivellari, uma forma de falsificação é aquella que se realisa alterando a moeda verdadeira. Ella se cpera por dous modos. Diminuindo o valor intrínseco da moeda, dando a esta o aspecto dum valor superior. Neste art. (256, n. 2) se falia desta forma de alteração e é a mais grave. E' a espécie do art. 242, segunda parte, do texto.

Pode-se dar á moeda o aspecto dum valor superior, modificando o modo de ser da moeda, ou não fazendo esta modificação.

Modifica-se o modo de ser da moeda, destacando da verdadeira o verso e o reverso do cunho, de modo que subtraindo o metal intermédio, se adaptem á uma peça de metal ou também á uma moeda de valor inferior.

Nãotem.logar esta modificação quando ás moedas de prata se da a côr das moedas de ouro ou quando ás moedas de cobre se dá a côr das moedas de ouro ou prata.

Sobre esta forma, porém, de alteração não está concorde a sciepcia, desde que se distinguem os caracteres da fraude, antes que os da moeda falsa. Hoje que toda moeda temo cunho e a indicação do seu valor, si se trata somente de mudança de côr, mantendo-se inalterado o cunho, não cremos que possa fallar-se de moeda falsa, pois que, estando a essência da falsidade na lesão da fé publica, esta não se verifica, si não se tem falsificado o cunho em que essa fé consiste, e a substancia mesmo da moeda. Não ha nem mesmo perigo de damno social, porque a indicação do valor permitte a qualquer descobrir a fraude, e porque a lei que determina os signaes da moeda não deve ser de ninguém ignorada. Neste caso não ha maior ou menor semelhança com a moeda genuína, falta absolutamente a moeda que se quer fazer apparecer, e quem se faz enganar pela côr, culpe-se a si mesmo. Este facto deverá considerar-se uma fraude.

E' também a solução do moderno direito francez e a opinião de Blanche, Garrara, Pessina, Puglia, Majno e Negri.[1]

[1] Negri in Cogliolo, OBR. CIT,, vol. 2º, Part. I A, pag. 343.

De modo d inerente n&o pode ser interpretado o nosso código; no caso nflo ha moeda falsa. "4

Quanto ao papel moeda e papeis de credito publico, nõo tendo elles valor Intrínseco, a respeito delles a uníca forma de LUera?8o possível ô a de dar-lhes aapparencia dum valor superior, o que se pode fazer, cancellando as indicações, algarismos, palavras que sobre o papel certificam o valor por elle representado, substituindo tudo por outras indicações, alteração que, com effeito, se reduz a uma contrafacção. *

A outra forma de alteração é a prevista na primeira parte do art. 242 do nosso Código, parallela ao art. 257 do italiano, j

A forma mais leve, diz o mesmo autor, de alteração de moeda, que constituo a hypothese contemplada no art. 257, consiste em diminuir, de qualquer modo, o valor da moeda genuína.

Nesta espécie de alteração, o meio usado é absolutoraente indifferente, como indifferente é o processo, desde que o resultado é sempre idêntico, isto é, uma subtracção de valor ; por isso o código usou da expressão *por qualquer modo.* Os modos até agora usados são: *tosquiar,* ou cortar em redor, ou cercear, na phrase da Ordenação *(cif ciemcidere)*; raspal-a na superfície *(radere)* ; lavol-a em aguas que a decomponham *(laoare)*; diminuir-lhe o valor mediante a acção de ácidos ou de outros agentes chlmicos *ípurgare nutrimos).* Esta espécie de alteração tem em mira somente as moedas de ouro e de prata, como aquellas que são compostas de metaes que teem um valor, e que correspondem quasi perfeitamente no valor intrínseco e no nominal.

Deve ser, pois, uma alteração que não impeça o uso da moeda, não deve tornar irreconhecível o cunho. Usar d'uma moeda com um cunho não reconhecível, constituo antes uma fraude que uma falsidade.

Introduzir uma moeda assim alterada no Estado, empregal-a, mettel-a na circulação, procura 1-a para usal-a ou pol-a na circulação, factos commettidos por outra qualquer pessoa que o autor de tal alteração, quando com este haja concerto, cahe sob a mesma sancção [3].

Esta é a solução do direito italiano, á vista da referencia expressa do cod. ital, art. 257 (242 do nosso) ao 256 n. 3 (241 do nosso).

Mas o nosso não faz referencia alguma, e si pune a diminuição do peso ou augmento do valor, no art. 242, quando dispôz sobre introducção na circulação de moeda falsa, no art. 241 não abrange estas espécies, lacuna á que

[1] **Crivallari, OBR. CIT., TOI. 7°, pag. 138, n. 23.** [1]
Crivellari, OBR. CIT. vol. **1».** ,)agg. itjO, n. 27.

alludimos na nossa *exposição de motivos* do Projecto de 1893, acima citado.

Rigorosamente será uma fraude, o estellionato o facto, mas não moeda falsa.

No art. 243 do texto o nosso cod. pen. prevê dous casos, o primeiro dos quaes, como dissemos expondo os motivos do projecto de 1893, havia sido objecto dum processo decidido pelos nossos tribunaes.

A decisfio foi a seguinte:

« O facto de *apagar* ou *fazer desapparecer* o *carimbo,* pelo qual a Repartiçfio de fazenda declara inutilisada uma nota do Thesouro Nacional, e com elle receber da Caixa de Amortizaçflo a respectiva importância, como si fôra nota em circulação, *não* constituo crime de *moeda falsa,* mas de estellionato»: Revista crime n. 2650 de 1 de dezembro de 1888 no *Direito,* vol. 49, pag. li.

Até certo ponto pôde ser justificada em face do cod. crim. anterior, arts, 173 a 176, adecisSodo aresto citado.

Entretanto, mesmo no vigor desse código, que no **art. 174,** incrimina o que « fabricar ou *falsificar* qualquer papel de credito, que se receber nas estações publicas *como moeda* etc.» a soluçõo do caso nfio foi esi.rictamente jurídica.

A locução genérica de FALSIFICAÇÃO, diz Pessina, *abraça* também uma figura de facto que em França deu logar a sentenças discordantes da autoridade judiciaria, isto é, aquella de apagar num papel de credito publico a marca da annullaçfio feita para pol-a novamente na circulação como papel moeda valido e sincero. Hélie notou como de grande rigor *o* aresto da Cassação franceza de 9 dezembrode 1807 que considerou subsistente a falsidade do papel moeda naquelle facto e invocando a autoridade doutro aresto da mesma Corte de 25 de fevereiro de 1836, opinou que em tal caso a nota annullada em si mesma ê uma nota verdadeira e nfio contrafeita, e que por isso nfio ha falsidade no papel de credito valendo como moeda *.

Nós nfio podemos, responde Pessina, acceder & esta maneira de interpretação; porque a lei estabelece duas hypotheses (como nosso cod. ant art. 174), uma das quaes é a contrafacçfio (fabrico) *ex integro,* e outra é a *falsificação* e esta comprehende em si mesma o facto de dar ao papel moeda verdadeiro de valor inferior a apparencia de papel moeda de valor superior, como por exemplo, quando a um titulo de credito publico que representa uma renda de cinco liras se dó a apparencia dum titulo de cincoenta ou cem liras annualmente *.

« auveau Hélie e Villey, OMR. CIT. 2° vol. n. 607, pag. 303. • Pessina, BijtMBNTi DI DIRITTO PENALE, Napfili, 1882-85, 3° yol. S 314, pag. 175.

O caso está agora comprehendido no Projecto de 1899, art. 234, pelo preceito geral de — dar mediante alteração, a moeda fora de curso apparencia de moeda corrente.

A fonte foi o art. 249. III alínea do Projecto de 1893,| cujas fontes foram o cod. allemão, §146e ocod. húngaro, art. 203, ultima alínea.

si. O outro caso previsto na segunda parte do mesmo art. 243 do nosso cod. é, pela costumada formula casuística, o — de formar cédulas, ou bilhetes do Thesouro Nacional ou dos bancos, com fragmentos ou pedaços de outras verdadeiras.

A pena ê irrisória, porque trata-se do facto de fazer uma nota de valor superior com partes de notas de valor inferior.

E' um caso typico de alteração da moeda verdadeira, trate-se da moeda melallica ou de moeda papel, que estaria comprehendido no art. 242, 2ª parte, si não fosse o art. 243.

Os projectos comprehendem a espécie, o de 1899, art. 234, segunda alínea no — alterar de qualquer modo moeda verdadeira, dando-lhe apparencia de valor superior.

No art. 244 e ultimo deste capitulo, ocod. prevê casos que s8o equiparados á moeda falsa e estão previstos em varias leis.

Já fizemos justiça a taes disposições que não precisavam figurar aqui, mesmo por impróprias como formulas dum código.

Tudo quanto dissemos commentando este capitulo pôde ter applicação *seiva tis sercandis* aos projectos de revisão.

Assim, o de 1899, como fizeram todos os anteriores, arts. 234 e 235, abrange a matéria do Código, arts. 239 a 243.

E'. ainda assim que o Projecto, na primeira parte do art. 23*4, comprehende as quatro formas typicas da moeda falsa, contrafacção, alteração em geral, alteração da moeda, fora de curso para tornai-a corrente e introducção na circulação.

No § Iº, o Projecto contempla a forma especial da *bilhonagem',* Código allemão art. 150; húngaro, art. 203.

No § 2°, o Projecto contempla a espécie qua o Código omittiu da *fraude monetária* que prevê.

A fonte do Projecto foi o primitivo e a deste os códigos citados.

O Código italiano, art. 258 e o allemão, § 148, referem-se | a quem *recebe* de boa fé, como boa, moeda falsa c depois passa-a para evitar o prejuízo.

Receber, diz vou Liszt, suppõe transferencia por parte de outrem, o portanto, não com prebende o facto de obter o agente as moedas por acto unilateral, *furtar, achar,* etc:*

A solução do Código húngaro, art. 203, é differente.

Assim, os traductores francezes deste Código, Martinet el Dareste, dizem :

« Esta expressão *kapott* é mais larga que a franceza, *reçu* (recebido) e com prebende *todos* os modos segundo os quaes se pode chegar a posse dum objecto. Ella se estende, por exemplo, aos objectos *achados* ou *furtados*'.»

O nosso Código neste ponto a t tendeu ao que acontece *sempre,* a introducção da moeda falsa *lucre faciendi causa :* mas esqueceu a outra espécie, *damni sibi citandi causa'.*

Os interpretes do Código italiano, ao menos Garrara, Pessina, Negri, Crivellari e outros, não alludem á questão que estabelece o dissentimento a que nos referimos na espécie entre o Código allemSo e o húngaro.

A espécie do art. 236 do Projecto é uma figura nova, que teve como fonte os códigos citados, para preencher a lacuna do nosso Código.

A' vista do silencio absoluto deste neste ponto, entre nos, não se pode processar por moeda falsa o fabrico, detentençfio, etc-... de instrumentos para contrafazer ou alterar moeda.

O facto é um acto preparatório, como dizem Garrara e Pessina : so pôde ser incriminado como delicto *sui generis*\ por disposição especial que alias não existe. Alguns códigos não prevêem mesmo a espécie, deixando-a impune nessa phase de preparação do crime.

Assim, o código húngaro a omilte, consagrando, porém, a seguinte disposição :

« Art. 205. O *concerto (complot,* art. 132) tendo por fim commetter o crime determinado no art. 203, será punido, si fòr seguido dum acto *preparatório,* com *três meses* de prisão, no máximo.»

Commenlando este artigo,dizem os traductores do Código que este artigo não existia no Projecto. A Gamara dos Deputados o havia votado com uma primeira redacção que punia somente a *provocação,* mesmo não seguida de effeito, com uma pena que podia ser elevada até um anno de prisão. A Gamara alta abaixou a pena até tresmezese exigiu que a provocação tivesse sido seguida ao menos por um *concerto* entre os culpados. Neste estado da questão, a Gamara dos

[1] Von Liszt, TRATADO PB DIREITO PENAL, traci. do Dr. José Mygino. Rio de Janeiro, 1899, vol. 2°, pag. 390.

* Mtrtinet e Dares IP, CODE PENAI, HONCROIS. Paris, 1885, art, 209, not. 1.

Deputados entendeu que era mais simples usar do termo! já definido de *complot e* de referir-se ao art. 132. Donde se conclue que o art. 137 relativo aos casos de impunidade dos *complot a* deverá igualmente ser applicado '.

I

As leis, cujas disposições transcrevemos como texto em seguida ao do Código Penal, quasi não exigem explicação.

A primeira, de n. 515, de 3 de novembro de 1898, no art. 14, estabeleceu *«* que o crime de moeda falsa *não* prescreve em tempo algum *em favor* do réo domiciliado ou bomisiado em paiz *estrangeiro».*

O Código Criminal, anterior de 1830, art. 65, dizia de modo geral: « as penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum.»

O decreto do Governo Provisório n. 774, de 20 de setembro de 1890, arts. 4º e 5° estabeleceu a prescripçSo das penas, o que foi mantido no Código Penal vigente, arts. 71 e 72.

A nova lei nega mesmo a prescripçSo do crime, ainda não julgado, aos ausentes no estrangeiro.

Trata-se de matéria de que já nos occupámos commentando a parte geral do Código objecto de outro livro. [2]

Essa lei estabeleceu medidas de rigor como essa, attendendo á impunidade e consequente desenvolvimento do crime de moeda falsa.

A Constituição Federal, no art. 72, dispõe:

« § 31. E' mantida a instituição do jury.»

Contra esse enxerto que não estava no projecto de constituição pronunciei-me explicita e formalmente no Congresso Constituinte.[3]

Não obstante a disposição constitucional, geral e imperativa, a citada lei n. 515 retirou do jury para os juizes seccionaes(federaes), o julgamento da *moeda falsa* e outros; e mais, negando-lhes, além da prescripçSo a fiança e consagrando o próprio effeito retroactivo, arts. 12 a 14.

Depois do erro constitucional, é o caso de dizer: *abyssusl abyssum inoocat.*

Mas, deante dos rigores da penalidade da moeda falsa ; isto é, da pena de morte, até pouco tempo applicada e da prisão perpetua ainda hoje, é muito justa a observação de Garraud:

Não exaggeremos, em fim, os perigos públicos do crime de moeda falsa: «a melhor garantia da moeda nacional, dizia o relator da lei franceza de 28 de abril de 1832, *está na\ sua perfeição* ».

[1] Martinet e Dares te, COD. CIT., art. 205, nofc. 1.

* Do auctor: COD. COMMBNTADO, ETO. Rio de Janeiro, 1896-97, 2 vol., pag. 317, XXXVII.

[3] Discurso na sessão de 28 de janeiro, 1891 — CONSTITUINTE — *Annacs. do Congresso barional,* etc., vol. 2o, app., pags. 61 o 62.

K

E a estatística tem vindo confirmar estas palavras. Depois de ter passado por augmenlos successivos, de 1826 a 1850, o numero médio de accusações de moeda falsa experimentou em seguida oscillações sensíveis, de um per iodo quin-quennal a outro; mas, na realidade, o crime tende a decrescer : 66, algarismo máximo, de 1846 a 1850, e 34, de 187*3 a 1880, seja 48 %> menos.

A mesma proporçflo se tem mantido, mais ou menos, de 1881 a 1885, porque, durante este ultimo periodo, o numero médio annual de accusações foi de 49. *

A. outra lei que consignámos também no texto, ó a de n. 561, de 31 de dezembro de 1898, que, no art .4°, retira também do jury o julgamento das infracções, que prevê.

Conforme os arts. Iº e 2° do texto, são equiparados a moeda falsa quaesquer títulos ao portador, ou com o nome deste em branco, sejam apólices ou outros de denominação differente, emittidos pelos governos dos Estados ou dos municípios, uma vez que sejam empregados como moeda; sendo o infracçfio sujeita ;'i sancção do art. 241 do Código Penal.

A disposição e tão simples que não exige explicaçfio; mas o principal responsável pelo abuso foi o Governo Federal que nfio providenciou em tempo para ao menos tirar o pretexto para as emissões agora punidas.

Trata-se de um paiz vastissimo, de communlcações difflceis e demoradas, de população disseminada, onde nfio ha a quantidade necessária de moeda divisionária, miúda, de troco, para as transacções.

s». Consignaremos a jurisprudência applicavel do cod. crim. anterior e do vigente.

« As aggravantes dos §§ 4 e 9 do art. 16 do cod. crim. (cod. pen. art. 39, §§ 4 e 6) são elementares do crime de introducçfio de notas falsas na circulação » : Acc. Relação *Recife,* 18 de dezembro de 1874.

Sobre a *fraude* nfio ha duvida ; nfio assim sobre o *motivo reprovado ou frívolo.*

O moedeiro falso, tanto pode ser arrastado pela miséria ao crime, como pratical-o para tornar-se opulento, motivo *reprovado;* ou para fazer fallar de si, para alcançar essa triste celebridade. Os famigerados Afionsos Coelhos sfio capazes disso ; eis ahi o motivo *frívolo*

« Commette o crime de moeda falsa o individuo que introduz na circulação cédulas formadas de partes de cédulas verdadeiras »: Revista crime, n. 2566, de 3 de novembro de 1886.

[1] Garraud, OBR. OIT., vol. 3º, pag. 80, n. 65.

Foi esse facto e talvez outros semelhantes que deram origem á disposição casuística do cod. pen. art. 243, 2° parte.

« O examo feito na Caixa de Amortização, á requisição da autoridade processante, por empregados habilitados, demonstra a falsidade das cédulas examinadase equivale aí corpo de delicto dirigido o presidido por autoridade policial ou judiciaria.

« A *passagem* de moeda falsa em dias diversos e a differentes indivíduos nfio constilue por isso roais de um crime, para que aos seus autores seja applicado o máximo da pena em que incorreram com o augmento da sexta parle, nos termos do art. 66 do cod. penal.

« O tribunal superior pôde impor ao appellantc pena maior do que a imposta na sentença appellada »: Acc. do Supremo Tribunal Federal, 23 de setembro de 1899 '.

A primeira parte deste ultimo aresto está de occòrdo com outros da jurisprudência italiana sobre o art. 256, paral-lclo ao 241 do nosso ; era a hypothese no caso e conforme a qual, nos termos de tal artigo, se tem num crime só (até) quando o *mesmo falsifica dor* de moedas as dispende ou as mette em circulação. Portanto, appllca-se uma so vez a pena com minada pelo citado artigo *.

O caso nfio é idêntico, mas é semelhante, ou antes mais grave, porque ô réo que reúne as funeções *úe falsifica dor e\ passador.* Garrara parece ser da mesma opinião.

Contra o Accordflo, cm ambas as suas parles, fez interessantes observações, uma das nossas mais nataveis revistas jurídicas[3].

« O individuo que falsifica, ao mesmo tempo, bilhetes, ou notas do Tbesouro e cédulas de qualquer estabelecimento bancário commette um sò crime e nfio dotis»: Acc. Relaçfio da *Corte* *.

« Consideronde que tendo sido convencidos os três últimos rcos da autoria e coparticipaçfio dedous crimes da mesma natureza (arls. 241 e 247), nfio se lhes podiam impor conjunctamente as penas marcadas para os dous crimes, porém, somente a pena mais grave, no grão máximo de um delles, com o augmenloda sexta parte, como determina o §2° do art. 66 do cod. penal»: Acc. do Supremo Tribunal Federal, 2 de agosto de 1896.

[1] O DIKKITO, vol. 7°, pag. 592; »ol. 41, pag. (535; vol. 81, pag. 112, e vol. 82. pag. 386.
[9] Crivellari, OBR. CIT., vol. 7", pag. 173, n. 35, III.
[5] REVISTA «R JURISPRUDÊNCIA, Rio da Janeiro, 1900. vol. 8º, pag. 153 ; Garrara, PROORAMMA, Pari. Spec. vol. 7° pap. 270, §3582.
* Paula Pessoa, COD. CRIM. ANNOTADO, Rio da Janeiro. 1877, art. 174, not. 539, pag. 280.

E' mui lo duvidosa a doutrina do aresto em face do cod. pen. porque no art. 40 define o crime da mesma natureza *para os effeitos da lei penal,* em geral, « o que consiste na violação do *mesmo* artigo ! »

Ora, na espécie se tratou de passar moeda falsa e falsificar estampilhas de sei lo, factos previstos nos dous distinctos artigos citados.

« Sendo a fraude elemento constitutivo do crime de introducção de notas falsas, nfio pode ser considerada circumstancia aggravante para elevação da pena. Em falto de qualquer outra aggravante e nfio havendo otlenuantes, a pena legal é a do gráo médio»: Acc. do Supremo Tribunal Federal 3 de fevereiro de 1897 *.

« As circumstoncias dos §§ 8º e 17 do Código criminal (Código penal, art. 39, §§ 2° e 13, premeditação e ajuste) nfio são elementares e sim oggravantes no crime de moeda falsa »: Accórdõo da Relaçfio da *Corte,* de 2 de abril de 1878 — *O Direito,* vol. 1G, pag. 613).

«Incorre no art. 174 (Código Penal, arls. 239e 240), aquelle que fabrico moeda tão grosseiramente que nfio possa passar por boa »: Revista crime n. 2140, de 18 de outubro de 1873.

A decisão deste aresto é muito absoluta.

Talvez tivesse concorrido para ella uma velha disposição encarnada no nosso direito.

Effectivamente, em relaçfio a moeda de *cobre,* a lei n. 52, de 3 de outubro de 1833, dispõe o seguinte :

« Art. 7.° Julgar-se-á falsa, e como tal sujeita a todos as disposições a respeito, a moeda de *cobre* que fôr *visivelmente imperfeita em seu cunho,* ou que tiver de menos a oitava parte do peso com que íoi legalmente emittida nas differentes províncias.»

E' verdade que no Projecto de 1893 nfio adoptamos a attenuonte do Código italiano, art. 259, para o caso em que a falsidade seja facilmente reconhecível; mas o aresto pode autorisar a punição até de fraudes, mediante cousas que não sõo moeda, como si o fossem. A' vista do que acima expuzemos, nossa opinifio é muito differente (n. 79).

Carlos Perdigõo conforma-se com o aresto.

« Commetteo crime do art. 175 (Código Penal, art. 241), aquelle que introduz dolosamente na circulação, embora com outras moedas estrangeiras, libras esterlinas falsas, moedas estas que teem curso legal neste Estado, por serem recebidas nas estações publicas»: Revista crime n. 2325, de 29 de março de 1879.

*** Supremo Tribunal Federal—**JURISPRUDÊNCIA, **ETC, em 1893, pag. 113; em 1897, pag. 111.**

Devemos notar que o nosso Código penal vigente pune 0 crime de moeda falsa *estrangeira,* art. 239.

«Incorre no art. 175 (Código Penal, art. 241) o que introduz na circulação nota falsa, sabendo que o é »: Accór-dflo do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 1879'.

« Considerando que estando duvidoso, si o réo recebeu as notas reconhecidas falsas de *boa* ou má /<*, e não se tra tando de dolo civil, era que poderá ser admissível a prova presumptiva, mas sim de dolo criminal, *não* pôde o lo w *condemuado* por virtude de presumpções, ainda que veliementes sejam, e sendo, como é, a prova duvidosa »: Accórdflo da Relação da *Corte,* de 23 demarco de 1873 *.

A' vista do que acima dissemos, preferimos a doutrina deste aresto á do anterior.

Deixámos de tratar neste titulo dos papeis, cuja emissão é também vedada sob a sancçflo penal da lei n. 177 A, de 15 de setembro de 1893, art. 3°, § I°, porque taes papeis nflo são moeda falsa, nem a esta aqui parados.

Isto é bem demonstrado por Inglez de Souza, numa obra recente, na qual aliás elle commenla a citada disposição penal daquella lei especial.

Effectivamente, ao facto incriminado faltfio as caracterísiticas da moeda falsa, porque si a respeito da moeda, como a respeito dos direitos *reaes,* se pôde dizer que vale *erga omrtes,* maximé num paiz, como o nosso em que toda a moeda fiduciária, seja nacional ou dos bancos, tem curso forçado, nada disto se realisa no papel particular, contendo promessa de pagamento em dinheiro, ao portador ou com o nome deste em branco.

Entretanto, na presupposição talvez de considerar tal papel como um equivalente da moeda, ao menos miúda ou de troco e assim concurrente á do Estado, cujo monopólio viola, a lei citada pune o (acto que o nosso Código penal havia omi Ilido, seguindo nós este exemplo nos nossos projectos de 1893 e 1897, não assim o de 1898, que, convertido no de 1899, contém um capitulo especial, o 2° deste titulo, com um artigo nestes termos, sob a epigraphe de *emissão illegal.*

«Art. 237 Emittir, sem autorisaçSo legal, nota, bilhete, vale postal, formula com valor, papel ou titulo ao portador, ou com o nome deste era branco:

1 Pena — multa do quádruplo do valor emittido, a qual recahirá integralmente tanto sobre aquelle queemittiu, como sobre o portador.»

[1] **Carlos Perdigão, MANUAL DO COD.** PENAL. Rio **de** Janeiro, 1882, **1*** vol., **pags, 470, 473 e** 489.

[1] **Ferreira Tinoco,** COD, **CHIM.** ANXOTADO. **Rio de Janeiro,** 1886, **art. 175** not. **161, pag.** 301.

Três differenças ha entre o projecto e a lei.

O projecto é absoluto e nem contém a resalva da autorisação legislativa para a emissão; depois, enxerta, não sei porque o *vale postal* e a *formula com valor;* e finalmente supprime a pena de prisão simples de quatro a oito mezes comminada pela lei.

Encarnadas neste titulo taes figuras, entre a moeda falsa e congéneres, aliás punidas com pena contravencional, é forçoso applicar-lhe os princípios geraes do titulo que aqui temos exposto.

Em relação, porém, á especialidade de taes figuras e á sua correlação civil e criminal com os *títulos ao* portador, reportámo-nos ao livro especial que já citamos na parte indicada, onde se discute também a questão de competência do processo alheia á nossa tarefa [1].

CAPITULO II

FALSIDADE EM SELLOS, ESTAMPILHAS E OUTRAS

CÓDIGO

Art. 245. Falsificar papeis de credito do Governo Federal, títulos da divida publica, bilhetes e letras do Thesouro Nacional ou do Governo dos Estados, que não circulem como moeda:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, multa de cinco a 20 % do damno causado e perda, para a Nação ou Estado, do papel achado e dos objectos destinados à falsificação.

Art. 246. Falsificar o sello publico do Governo Federal ou dos Estados, destinado a authenticar ou certificar actos ofBríaeg:

Pena — de prisão cellular por S3is mezes a um anno.

Art. 247. Falsificar estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes ou coupons de juros de títulos da divida publica:

Penas—de prisão cellular por um a quatro annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 248. Falsificar bilhetes de estradas de ferro, ou de qualquer empreza de transporte, pertencentes á Nação ou aos Estados:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 249. Falsificar cheques e outros papeis de bancos, letras e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam ou não, transferíveis por endosso:

Penas —do prisão cellular por um a quatro annos e multa de cinco a 20 % do damno causado ou que se poderia causar.

Art. 250. Usar de qualquer papel, ou titulo, dos indicados precedentemente, como verdadeiro, sabendo ser falso:

Penas — as do artigo antecedente.

[1] H. Inglês de Souza, TÍTULOS *AO* PORTADOR, Rio de Janeiro, 1898, pag. 93, cap. III, *per* totum.

C0MMENTARIO

83, Justificando o Projecto de 1893, seguido neste capitulo pelos posteriores, conforme notámos na *exposição de\ motivos* do de 1897, dissemos naquella do primitivo:

o o projecto comprehende também a falsificação e o uso respectivo do sello, estampilhas fiscaes e postaes e bilhetes de estradas de ferro e outras emprezas de transporte, assim como de cunhos, sellos e marcas de contrastes, etc. Alterou-se os artigos correspondentes do vigente Código penal para excluir factos mal qualificados sob esta epigraphe e melhorar a redacfio dos mesmos artigos, *verbi gratia,* relativamente á falsidade de bilhetes de emprezas de transporte que o código restringiu ás de propriedade de União ou dos Estados, sem razão plausível, inctuindo-ee afinal espécies congéneres que escaparam ao novo código *. »

A matéria dos artigos do texto está catalogada na I[a] secção do cap. II com o subtítulo—das falsidades — neste titulo do Código. I A classificação, como sempre, é injustificável, conforme veremos melhor com a analyse da matéria, confrontando-se este capitulo com o dos projectos de revisão.

O Estado, diz Pessina, e os outros entes moraes que vivem sob a tutella do Estado, adoptam algumas formas abreviadas que são signaes ou symbolos da sua autoridade *(stem-ma, signum publicum, emblema)* e se servem delias pura authenticar a proveniência dum acto delles; e para obter a uniformidade constante destes signaes são adoptados instru- $_{t}$ mentos para impressão dos mesmos sobre certas cousas, como são os sellos, cunhos, marcas ou carimbos, punções e utensis semelhantes. Algumas dentre as legislações do século 19°, seguindo o Código francez de 1810, herdaram sobre esta matéria os mesmos rigores tradicionaes com que era punida a mosda falsa, chegando até a punir com a morte a falsificação do sello do Estado [3].

A Orden. Liv. 5", Tit. 52, pr., punia também com a morte os que falsificavam o signal ou sello do Rei.

Mas o senso jurídico dos criminalistas modernos orientou outras legislações contemporâneas por um caminho diverso e mais rasoavel. O Código italiano de 1859 moderou um pouco o rigor do Código francez ; mas, com o exemplo de vários Códigos allemães, o Código toscano de 1853 considerou este delicio reduzindo-o á sua forma mais simples e verdadeira.

[1] EXPOSIÇÃO DK MOTIVO6 *do Projecto* de 1893, pag. 14.

[1] Cliauveau, Ilélie o Villey, OBR. CIT.. *2»* vol., pag. 306, n. 310

O Código italiano vigente seguiu a orientação do Código toscano e descendo ás especialidades desta forma de delinquência, lhe fixa normas acceitaveis '.

O Código penal no texto desta secção intercallou disposições, como as dos arts. 245 e 249 no meio doutras muito diversas, embora em relação *á* matéria geral d*i* titulo, aliás tão subdividida em especialidades.

O nosso Código fez o mesmo que se nota no art. 139 do Código francez, sobre cujas disposições observa com rasão Garraud, que pune taes crimes que não se assemelham senão pelo nome: « a contrafacção do sellodo Estado e a contrafacção ou falsificação, quer de effeitos emittidos pelo Thesouro Publico com seu timbre, quer de bilhetes de banco, autorisados por lei ». Teria sido mais lógico regular estes crimes distinctamente. E com effeito, entretanto que a contrafacção do sello do Estado tem uma grande analogia com os crimes previstos pelos arts. 140 e seguintes (arts. 246 e 247 do nosso), a contrafacção dos effeitos públicos, dos bilhetes de banco assemelha-se, quer ao crime de falsidade em escriptura publica, quer ao prime da moeda falsa.

E' mister notar, emfim, que a lei pune a *contrafacção* ou *falsificação, ouso e a introducção* em França dos effeitos de bilhetes contrafeitos ou falsificados, mas não faz questão da sua *exposição.* Deve-sc concluir que o facto, commettido por um cambista, de offerecer ao publico em sua vitrina ou mostrador bilhetes de banco, que elle sabe serem contrafeitos com a intenção de pol-os em circulação, não cahiria sob a saneção de nenhuma disposição de nossas leis repressivas. [8]

Realmente não se poderia considerar este facto como um começo de execução da introducção na circulação, isto[3] é, do uso, mas quando muito como uma preparação deste uso.

Esta doutrina se adapta a interpretação dos arts. 245 e 249 do nosso código, que parece ter tido aqui como fonte o código francez, a censura do qual também lhe cabe; assim como é de notar que o nosso código, em relação aos papeis do art. 249, só se refere ao seu uso, como 6 expresso no art. 250.

Sobre a matéria do art. 245 do nosso código parallela ao art. 139 daquelle outro, diz Garraud que se trata de effeitos que o thesouro publico põe em circulação, depois de tel-os revestido com o seu timbre, para amoedal-os, taes como os *bons* do thesouro. Estes effeitos representam o papel de moeda e sua contrafacção pôde ser assemelhada, sob o ponto de vista da repressão, á das moedas de ouro ou de prata (art. 132, § 1).

[1] Pessina, MANUALE CIT. Part. sec. 9 198. pag. 217.

* Garraud, ouu. CIT. 3º vol. pag. 110, n. 91

[1] Ilélie, PRATIQUK ORIMINBLLE CIT. 2º vol. pag.. 147, n. 231.

A condição constitutiva do crime, condição que deve figurar nò qualificação e no quesito proposto aojury, 6 que a contrafacção ou falsificação tenha versado sobre os effeitos do thesouro revestidos do seu timbre. Dahi três consequen-j cias: I[a] a disposição seria evidentemente inappiicavel a contrafacção dos effeitos emlttidos pelo thesouro, que não tivessem seu timbre ; -2[a] ella seria também inappiicavel, bem que se possa duvidar, á contrafacção dos effeitos que levam habitualmente o timbre do thesouro, si o autor da contrafacção não tivesse imitado este timbre sobre o effeito emit-tido. Este acto seria sem duvida alguma punível, mas calaria somente sob a comminaçfio dos arts. 145 e 147 do código francez (208, 258 e 259 do nosso) conforme o autor do crime fosse ou nSo funecionario publico; 3« não se pôde igualmente assemelhar aos effeitos do thesouro, cuja contrafacção é reprimido pelo art. 139 (245 do nosso) os chamados *bons* obsidionaes *obsidionauã',* que se emittem ás vezes numa cidade sitiada para representar a moeda metallica e que são assignados pelo chefe militar ou chefe civil, pelo general ou pelo prefeito *.

Sobre o mesmo art. 139 do código francez parallelo ao art. 249 do nosso, ainda os mesmos autores, variando ligeiramente na forma observam que a disposição relativa «á contrafacção ou falsificação de bilhetes de banco autorisados por lei » só se pode applicar aos bilhetes do Banco de França, pois que este estabelecimento tem o monopólio exclusivo, em França, da emissão de *bons* ao portador, immediatamente conversíveis em moeda metallica, mediante somente a sua apresentação. Os *bons* emittidos pelos outros bancos não constituem sinão *escripíos* ou *papeis* de commercio ou de banco, e, por conseguinte, á contrafacção ou falsificação não ê imposta sinSo a pena estabelecida pelo art. 147, que corresponde aos arts. 258 e 259 do nosso.

Em todos esses crimes a lei assemelha o *uso* ou a *introducção* a *contrafacção* ou a *falsificação.* O uso constítue um crime distincto (nosso codigô, art. 250), quando elle é commettido por qualquer outra pessoa que não o contra-factor mesmo. Neste caso, não ô necessário que tenha havido intelligencia e accôrdo ou concerto entre aquelle que emitte um bilhete de banco, ou um *bon* do thesouro falsificado, e aquelle que o fabrica ; é mister, mas basta que o uso tenha tido logar com conhecimento de causa, *scientemente.* [8]

[1] Blanche & Datruc, OBR. CIT. 3" vol. pag. 108, n. 82; G arraud, OBBCIT. 3» vol. pag. 112, n. 93.

* Chauveau, Hélie e Vielley, OBR. CIT. 2" vol. pag. 299, n. 604; Blanche & Dutruc, OBR. CIT. 3° vol. pag. 109, ns. 83 o 84; G arraud, OBR. CIT. 3° vol. pag. 113, ns. 94 e 95.

■ E' o que resulta lambem do nosso código, arts. 245, 249 e 250, combinados.

O systema do nosso código na classificação dos arts. 245 e 249 diverge muito dos projectos posteriores. ■

Assim, a figura do art. 245 comprehende o facto de « falsificar papeis de credito do Governo Federal, títulos da divida publica, bilhetes e letras do thesouro nacional ou do governo dos Estados que não *circulem como* moeda. » W O código esqueceu os municípios, inclusive o mais importante da Republica, o do districto federal.

Conforme os projectos posteriores e o definitivo de 1893, art. 235, todos os títulos a que se refere o artigo do texto são considerados como moeda ou a ella equiparados e, pois, estão comprehendidos no capitulo anterior que já commentámos.

Do mesmo modo o código no art. 249 considera uma figura especial deste capitulo o facto de— « falsificar cheques e outros papeis de bancos, letras e títulos commercíaes de qualquer natureza, sejam ou não transferíveis por endosso ».

A disposição é um pouco vaga e obscura ; mas, segundo os citados projectos, o de 1899, arts. 235 e 253, combinados, o que dentre taes títulos não fòr considerado moeda ou ã esta equiparado, está col locado entre as escripturas publicas, apphcandc-se a pena respectiva no caso de falsidade delle.

Os projectos definiram com precisão as espécies nos arts. 235 e 253.

84. Passando agora á matéria propriamente deste capitulo, ô a primeira figura do texto a do art. 245 do código que os projectos reproduziram menos na pena que foi augmentada, e accrescentando-se ao sello da União e dos Estados, o dos municípios, conforme o projecto de 1899, art. 238'.

I Quanto á União, o decreto do Governo Provisório n. 4, de 19 de novembro de 1889 — estabelece os distinctivos da bandeira e das armas nacionaes, e dos *sellos e sinetes* da Republica — dizendo quanto â parte que nos interessa :

« Art. 3.° Para os *sellos e sinetes* da Republica servirá de symbolo a esphera celeste, qual se debuxa no centro da bandeira, tendo em volta as palavras — *Republica dos Es-\ tados Unidos do Brasil*.

H E conforme o art. I^{o} é — «a esphera celeste azul, atravessada por uma zona branca em sentido obliquo e descendente da esquerda para a direita, com a legenda — *Ordem e . Progresso* — e ponteada por vinte e uma estrellas, entre as quaes a da constellação do Cruzeiro, disposta na sua situação astronómica, quanto a distancia e ao tamanho relativos, representando os vinte Estados da Republica e o Município Neutro. » (Districto Federal).

Sobre a espécie, parallela a uma do art. 139 do código franeez, dizem os seus interpretes que o sello do Estado

nfio se deve confundir com o timbre nacional e os sellos das autoridades, de que tratam os arts. 140 e 142 (247 do nosso) ;| na pratica administrativa se distingue em grande e pequeno sello. O grande é o que é reproduzido em relevo sobre lacre ;j o pequeno não consiste sinão numa impressão a secco. O primeiro é preso por laço ou qualquer presilha ao objecto, o outro lhe ê appliçado directamente.

I Mas esta distincção não tem importância acerca doj crime de que tratamos, porque a lei pune a *contrafacção* ou o *uso* tanto do pequeno como do grande sello. Não ê questão, de resto, da *falsificação* que restaria impune. *

O nosso código, arls. 246 e 250, pune a falsificação e o uso ; e o decreto citado se refere a sello e sinete.

A seu turno dizem Chauveau e Hélie que não crêem que tal disposição tenha jamais sido applicada. Trata-se aqui de um crime, por assim dizer imaginário. O grande sello do I Estado não é apposto sinão a alguns dos actos emanados da autoridade superior e esta apposição, que não é mais do que uma simples formalidade não ajunta força alguma ao acto mesmo ; nenhum interesse pois ha em contrafazel-o. ²

A' vista do que dizem os autores francezes, parece que do extremo rigor tradicional chegou-se á indifferença do acto ou a sua impunidade pelo desuso da lei, ou inopportu-nidade de appUcação.

Entretanto, sobre o art. 264 do código italiano parallelo também ao art. 246 do nosso, diz, ao contrario, Crivellari que o sello do Estado é aquelle que se applica aos actos, leis ou decretos que fazem parte da collecção offlcial dos actos governativos, e de tal apposição se faz menção na formula da promulgação, conforme a lei de 23 de junho do 1854, n. 1735. A sua guarda e applicação competem ao ministro guarda-sellos. Qualquer publicação de lei ou decreto I não revestida delle seria *nulla.*

Disto se comprehende qual seja a importância desse signal e como a sua contrafacção acarretaria consequências graves.

Para garantir a authenticidade delia de qualquer ataque, para reprimir qualquer ataque que á tal authenticidade seja leito é entendida a disposição em exame. ³

Entre nós não ha ministro que seja guarda-sellos.

Conforme a lei n. 23 — de 33 de outubro de 1881, que *rcorganisa os serviços da Administração Federal,* ao ministro da justiça não foi attribuida tal funcção e — «os actos

< Blaoche & Dutruc, Oua. CIT. vol. 3° pag. 103, n. 81; Gan-aud, OBR. CIT., vol. 3°, pag. 111, n. 92.

» Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 2°, pag. 306, u. 610. »

Crivellari, Onn. cit., vol. 7", pag. 194, art. 264, n. 52.

do Poder Executivo sob a forma de decretos ou regulamentos serão expedidos com a assignatura do Presidente da Republica e do Ministro respectivo » — arts. 4° e 8°. ly Justificando no código italiano a disposição parallela ás dos arts, 246 e 250 do nosso, Carrara nota que o legislador tem punido tanto a contrafacção do sello do Estado como
0 uso do mesmo, ainda que contrafeito por outros.
1 Na primeira figura deste crime, a lei não se occupa absolutamente si aquelle que tem contrafeito o sello, o tinha contrafeito para servir-se delle, como no falsifícador da moeda não cogitou de determinar a priori o escopo de pól-a em circulação. Sobre esta classe de crimes, o dolo é intuitivo na acçSo mesma da adulteração, e as consequências damnosas são tão graves, que não é necessário subtilizar muito sobre os detalhes que servem a concretísar o crime. Não é só o damno material que a lei tem em mira, punindo os crimes de falsidade, mas também o damno potencial, o qual assume maior ou menor proporção, quer pelos objectos con trafeitos, quer pelo modo da contrafacção, quer finalmente pelo destino dos objectos mesmos.[1]

Sejam quaes forem, porém, as divergências entre a pratica do direito francez e italiano e as consequências resultantes do rigor deste ultimo, é certo que entre nós o facto é punido porque pode acarretar não nullidades, mas damnos e prejuízos, facilitando por outro lado a realisação de outros crimes.

A falsificação do sello do Estado pôde concorrer para levar mais facimente a effeito a falsificação de um titulo ou diploma em que se costuma appôl-o , pôde facilitar a abertura, de envolucros encerrando papeis, cujo conteúdo deve ficar em segredo, ao menos durante algum tempo e em outros casos.

E* com razão o que o legislador pune nos arts. 246 e 250 nas condições do nosso direito que diverge assim, tanto do direito italiano como do francez.

Passemos ao art. 247 em queocod. pen. pune quem falsificar estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes ou *coupons* de juros de títulos da divida publica.

Quanto a esses *coupons,* todos os projectos e o de 1899, art. 235, os equipara â moeda, incluíndo-os na falsidade desta de que nos occupamos no cap. I deste titulo.

Em relação á matéria de que vamos nosoccupando e em geral do titulo, justificando os arts. 264 e segs. do cod. ital. parallelos aos do nosso, dizia o ministro Zanardelli em 1887, que a autoridade social adopta os signaes que se chamam sellos, sinetes, cunhos, carimbos, quer para attribuir authen-

[1] Carrara. COMMBMTO *ove,* , art. 264, pag. 168.

Ucidado aos próprios actos, quer para certificar, sob a garantia da fé publica, a identidade, a bondade ou legitimidade de algumas cousas determinadas, quer finalmente, como meio para arrecadar algumas taxas. De onde ê de interesse universal tutellar a sinceridade dos sellos offlciaes, declarando serdelicto contra a fé publica qualquer alteração maliciosa dos mesmos sellos. *

Estas sfio as razões da lei, diz Majno, a qual talvez, com as disposições do presente cap. se tem deixado dominar por aquelle fetichismo, pelos symbolos que já temos tido occasião de notar commentando o art. 201 (n. 986). SI de facto em algum caso a falsificação de sellos ou cunhos representa já por si mesma a violação effectiva de um direito, muitas vezes ao contrario ella não é sinâo o complemento de uma falsidade documental com a qual poderia confundir-se. '

A observação de Majno não é applicavel ao nosso cod. que é até escasso na matéria, nem mesmo aos projectos de revisão que ainda teem lacunas diante da profusão nos últimos annos das disposições liscaes sobre a variedade de sellos dos diversos impostos, maxime federaes.

Os projectos de revisão, acostando-se mais ao cod. Ital. e o de 1899, no cap. Ill deste titulo desenvolve as espécies do art. 247 do titulo e a exemplo das disposições sobre a moeda falsa, consigna numerosas modalidades das alludidas espécies em relação às estampilhas, sellos, cunhos instrumentos acerca da falsificação, uso de uns e outros, detenção ele.

Essas modalidades, como já notámos, escaparam ao código mesmo quanto á moeda falsa.

Os regulamentos fiscaes estabelecem penas pecuniárias para factos si não idênticos, semelhantes, em alguns casos sem prejuízo da pena criminal do art. 247 ou de outra qualquer sobre a falsidade de papeis em geral.

85. No art. 248 o cod. pune a quem falsificar bilhetes de estrada de ferro ou de qualquer empreza de transporte | pertencente a nação ou aos Estados e cujo uso comprehende a norma geral do art. 250.

O cod. pen. aqui, além de restringir muito a disposição, ainda omittiu o Município que no Districto Federal conta as mais importantes emprezas de transporte.

E para melhor intelligencia do artigo do texto e dos projectos que o modificaram vamos relembrar o estudo da sua fonte, o cod. ital., art. 273.

[1] RBLAZIONK H de Í887, n. CXIX.

• Majno, o BR. crr. 1" vol. art. 264, pag 732, u. 2,020.

E' punida neste artigo, diz Crivellari, a contrafacção ou alteração dos bilhetes das vias férreas ou de outras em-j prezas de transporte e o uso de taes bilhetes contrafeitos ou alterados.

O código de 1859 (como o nosso de 1830) não continha disposição alguma a respeito, e por isso tinha surgido a duvida sobre a natureza do crime que se commettesse com aquelle facto, isto é, si era falsidade em escriptura publica ou um crime de falsidade innominado. A corte de Cassação de Turim resolveu em 1885 a questão declarando constituir o facto aquella ultima espécie contra a opinião do Procurador Geral que sustentava tratar-se de falsidade em escriptura publica.

Também Ambrogio Negri lembra que a commissão da camará dos deputados observava não dever estar comprehendida, como delicto contra a fé publica, a falsificação e o uso de taes bilhetes falsificados, das vias férreas e menos ainda a falsificação dos carimbos ou sinetes de outras emprezas publicas de transporte de pessoas ou cousas ou o uso destes instrumentos falsificados.

Si tal disposição podia talvez subsistir a respeito dos bilhetes das vias férreas porque se pôde dizer que a propriedade dos bilhetes das vias férreas 6 sempre do Estado e a administração delias concedida á uma sociedade provém da administração das obras publicas e que vias férreas poderiam em qualquer dia reverter ao Estado; não acontece o mesmo pelo que respeita ás em prezas publicas de transporte, como são os *omnibus* e os *tramtrays.*

A industria do transporte não differe de nenhuma das outras industrias; e se não ô crime contra a fé publica falsificar o bilhete de entrada num theatro, não se vê porque deva ser crime contra a fé publica falsificar o bilhete de uma empreza de transporte.

O ministro Zanardelli não acolheu essa observação tendente a abolir a disposição do art. 273. A censura era dirigida especialmente á contemplação em tal espécie penal das emprezas de transporte.

Mas, o ministro, para não acolher aquella observação aliás assas fundada, inspirou-se na idéa de favorecer o commercio equiparando ás vias férreas também as outras emprezas de transporte que de certo modo a ellas se alliam.

Duas são as hypotheses previstas (arts. 248 e 250): a primeira esta no facto material da contrafacção ou simples alteração; a segunda no uso dos bilhetes contrafeitos ou alterados, ainda que sem o concurso da falsificação, desde que, porém, esta seja conhecida no momento do uso. fc

A commissSo de revisão, diz Crivellari, propunha que fossem consideradas como emprezas publicas de transporte somente aquellas que fossem autorisadas pelo Estado, por

uma província ou por uma Communa, nfio considerando ler direito a esta protecção as outras emprezos que estivessem privadas desta autorisação. Tal proposta, porém, não foi acolhida; em todo caso cremos que sob o nome de em prezas publicas de transporte não se deve entender uma empreza qualquer, mas aquellas que funccionarem autorisadas por uma autoridade publica. *

Os projectos de revisSo e o de 1899, art. 240, alargaram o sentido da disposição, sendo-llie entretanto a ppl içáveis as modalidades das normas geraes sobre as espécies deste capitulo.

Os bilhetes referem-se por sua generalidade *ás pessoas* ou *cousas.*

O art. 250 do texlo consagra uma norma geral em relaçfio ao capitulo sobre o uso doloso de tudo quanto se prevô nas espécies dos arts. 245 a 249 e por isso não precisa mais explicação.

Os projectos de revisão contém mais uma figura nova que no de 1899 é a seguinte :

«Art. 242. Contrafazer ou alterar marca, sello ou cunho de contraste ou avaliador, cujo certificado tenha, por lei, fé em juizo: <3

Pena — prisão com trabalho por quatro mezes a um anno».

A disposição não figura no código italiano, mas vê-se desde o código francez, art. 140: código húngaro, art. 412; hollandez, art. 217; portuguez, art. 230; e hespanhol, art. 215.

A falsificação das marcas dos fieis contrastes não pôde ter outro objecto, diz Pacheco, que o commetter um verdadeiro roubo, dando por metal bom e de lei o que não é sinão falso e depreciado. Este roubo, porém, mais vil que o de um particular, porque é dirigido contra a sociedade inteira não pôde deixar de ser um delicto publico desde que destróe as garantias ordenadas pela lei para garantir a tranquilidade e segurança das trocas.

No mesmo sentido se manifesta Silva Ferrão -.

Sabe-se, diz Blánche que o ouro e a prata, em razão da sua grande ducilidade, não podem ser empregados ou trabalhados em estado de perfeita pureza. E' mister, para dar-lhes a dureza que lhes falta, juntal-os em proporções diversas a outros metaes inferiores.JElm França, a indus-

' Crivellari, OIIR. OIT., vol. 7º pag. 200, art. 273, n. 01; Negri, *in* Cogholo, OBR. CIT., TOI. 2», par*. I A, pag. 390, n. 110; Maino, OBR. OIT. 1» vol. art. 273, pag. n. . 2 £ach*co t EL CÓDIGO PENAI, *concordado y comentado,* Madrid, 1888— 1889, 2º vol. art. 215, pag. 285 ; Silva Ferrão, TBEORI* DO DIREITO PENAL ETC. Lisboa, 1856—1857, vol. 5", art. 230, pag. 231.

Iria não é livre em variar estas proporções como ella o entende. • Julgou-se prudente a regulamentação a este respeito. Ella não pôde sinôo escolher entre as *ligas* autorisadas pela lei; ella ê obrigada a fabricar todas as obras argentarias ou de ourivesaria conforme um dos *títulos* prescriptos, isto ê, de fazer entrar em sua composiçfio uma ou outra das quantidades que a lei tem tido o cuidado de determinar. Estas terião ficado provavelmente inefficazes si a lei não tivesse commettido ao governo assegurar a execução pela fiscal isação dos estai leleoimentos de garantia e applicação das *marras.* E' a contrafacção ou falsificação desta marca que 0 art. 140 do código francez pune *.

Eis a explicação da nova figura dos projectos.

1 Na nossa jurisprudência não ha quasi arestos collecionados sobre a matéria deste capitulo.

« O crime de fabricação ou falsificação de estampilhas de sello adhesivo não é crime de moeda falsa. » Revista crime n. 2.610 de 4 de fevereiro e Accordão Revisor de S. Paulo de 8 de maio de 1888.

Ta es arestos forfio proferidos na vigência do código criminal anterior que silenciava na espécie do art. 247 do código penal actual.

« Crime de falsificação de estampilhas do sello federal (art. 247 do código penal) e de apólices de divida publica estadoal fart. 245), ainda que commettidos pelos mesmos indivíduos com as circumstancias de contemporaneidade dos factos e identidade de instrumento, nenhuma relação de connexidade têm entre si. Pelo que, seus respectivos processos devem correr em juizos diversos, competindo a justiça federal o processo e julgamento do primeiro e a justiça local o do segundo dos ditos crimes.» Accordam do Supremo Tribunal Federal, 5 maio 1897 *.

CAPITULO III

I FALSIDADE EM PAPEIS

CÓDIGO

Art. 208. Commetterão também prevaricação os funecionarios públicos que*.

J£ I°, fabricarem qualquer auto, escriptura, papel ou assignatura falsa, em matéria pertencente ao exercício de suas, funeções;

2°, attestarem como verdadeiros, e feitos em sua presença, factos e declarações não conformes á verdade; omittlrem ou alterarem declarações que lhes fossem feitas ;

[1] **Blanche,** OBR. GIT. **yol. 3", art.** 140, **pag. 131, n. 95. * O** DIREITO, **vol. 4(1,** pães. **57 « 42ff:** vnl. **73,** pag. **546.**

3°, falsificarem cópia, certidão, ou publica-fórraá, de um acto de ofílcio, seja suppondo um original que não existe, seja alterando o original;

4°, attestarem falsamente a identidade, estado das pessoas e outros factos em acto do offlcio, destinado a provar a verdade desses mesmos factos ;

5°, cancellarem, ou riscarem, algum de seus livros oíílciaes ; não darem conta de autos, documentos, ou papel que lhes fossem entregues em razão do offlcio, ou os íirarem de autos, requerimentos ou representações a que estivessem juntos e lhes tivessem ido as mãos, ou poder, em razão do emprego ;

6°, passarem certidão, attestado, ou documento falso, para que alguém seja incluído, ou excluído, do alistamento eleitoral:

Penas — de prisão cellulrr por um a quatro annos, perda do emprego e multa de 200$ a 5001000.

Art. 258. Fazer escriptura, papel ou assignatura falsa sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir, cum o fim de crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, e multa de cinco a 20% do damno causado, ou que se poderia causar.

Art. 259. Incorrerá nas mesmas penas :

§]." o que fizer em escriptura, ou papel verdadeiro, qualquer alteração da qual resulte a de seu sentido, ou de natureza a produzir um effeito jurídico diverso, como seja alterar algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou modo de pagamento ;

§ 2." O que concorrer para a falsidade como testemunha, ou por qualquer outro modo;

§ 3.° O que usar scientemente de escriptura, titulo, ou papel íalso.

Art. 260. Em nenhum caso a falsidade, que reunir todos os elementos de sua definição legal, constituirá elemento de outro crime.

COMMENTARIO

se. E' muito difflcil commentar este capitulo formado pelos artigos do texto, pelos quaes se vê que o Cod. penal havia deslocado para o seu tit. V., o art. 208, contendo matéria que elle repete neste titulo, porque não se regulou na classilicação que fez dos crimes que prevê aqui pela sua objectividade juridica.

A exposição de motivos do projecto de 1893, previnirá a ordem deste commentario, ao mesmo tempo que adiantará ideias sobre o assumpto :

« O capitulo sobre a falsidade em escriptos ou papeis inclue os factos que o Código anterior enumerava em três títulos differentes, art. 129 §8°, árts. 167 e 265, e que o novo Código reproduz, seguindo o mesmo systema nos arts. 208, 251 a 260 com a enumeração das diversas modalidades da falsidade, mas omittindo a da escriptura ou outro papel publico por particular.

O novo Código encontrou largo subsidio do Código Italiano neste ponto, mas nflo fixou, como este, as noções da

falsidade cm suas modalidades e applicou pena inalterável a casos diferentes por sua gravidade, conforme fez o anterior, que alias abaixou o mínimo da pena, contando que esta circumstancia adaptasse a pena a gravidade da offensa.

Mas o nosso systema de applicaçâo de penas não se presta a esse fim o por isso o Código de 1830 devia ser alterado, assim como o actual, que pune o funccionario publico culpado da falsidade mais grave como o que attesta falsamente a identidade de pessoa !

O Código de 1830 é lacunoso, o actual merece piofunda alteração.

O projecto recorreu a" sua fonte, mas aproveitou-a sempre com cuidado, valendo-se das disposições do Código húngaro e allemão, menos na casuística já censurada dos Códigos francez e belga.

O projecto completa o Cod. anterior e simplifica o actual neste ponto, resumindo as modalidades da falsidade em relação ao escripto ou papel e ao seu autor, fazendo as distincções dos códigos modernos a que correspondem differenças na penalidade, comprehendendo todas as espécies contidas em um e outro Código.

O projecto afasta-se de ambos, só punindo a falsidade em escripto particular, quando o autor ou outrem fizer uso do papel falsificado.

Na Itália, antes da unificação penal, vigorava a lei subordinando essa puniçfio á interpellaçfio do culpado, que evitava a pena declarando que não se serviria do escripto particular falso.

Entre essa tradição e a punição absoluta, o meio termo é fazel-a dependente do uso do documento.

Esta foi a solução alli, na Hungria e na Allemanba, sendo que nesta o código exige o uso mesmo do escriptura publica ; quanto <í particular, a falta do uso constituo tentativa, mas impune pela lei.

O Código hollondez diversifica ; mas para punir a falsidade, mesmo da escriptura publica, exige o desígnio de se fazer uso delia. *

O Código do cantão de Zurich faz da espécie elemento do crime de fraude e não crime especial.

O projecto inclue outras espécies de falsidade, como a que tem por fim a prova de factos verdadeiros, a que assemelha a de documentos públicos, a dos títulos commerciaes e testamentos olographos, pois que o dos cerrados pela intervenção do official publico são considerados papeis públicos pela doutrina corrente.

ZanardellT, RBLAZIONE çrr. JII. Pag. 183.

Quanto n falsidade da atteslação na identidade de pessoa, diz Lacointa, que o projecto britannico attinge a falsidade material, e *intelleciual',* punindo com trabalhos forçados perpétuos aquelle que se torna culpado de *personation,*\ dando-se ou fazendo-se passar por outrem.[1]

Em resumo, neste capitulo a falsidade do funecionario em funeções c em documento publico 6 a mais grave', se-igue-se a do particular nestes documentos e finalmente a de qualquer em papeis particulares, além das outras modalidades de menor gravidade.

A terminologia brazileira é pobre, nSo tendo uma palavra só para exprimir todos os documentos públicos e outra para os particulares, como tem o italiano: *atto, scrittura,* ol que é embaraço sério na redacçflo de um código penal no titulo de que nos oceupamos.[2]

Os projectos de revisfio, inclusive o de 1899 arts. 244 a 253 melhoraram sem duvida o cod. vigente, ordenando muito melhor a matéria.

Daremos uma idéa geral histórica e pbilosophica do objecto do capitulo para depois passarmos á doutrina e á especialidade das respectivas disposições.

A legislação que quasi alcançou o nosso cod. crim. de 1830 punia com a morte a falsidade em negocio cujo valor tivesse alguma relevância: Orden. doliv. 5º Tit. 53, § Iº.

No direito romano, a falsidade *documental* era a principio punida na espécie no testamento falso e era punida com a *aquce et ignis interdição*; depois se ampliaram as determinações sobre a falsidade, considerando-se como falsidade a suppressão do testamento verdadeiro e estendendo-se a pena da *Lese Cornélia* a qualquer outra escriptura, quer publica, quer particular, que fosse falsa, assim como ao uso sciente do documento falso; e a delictos próprios de falsidade se juntaram as falsidades impróprias, ou as *quasi* — falsidades, que eram antes casos de fraude.

No direito germânico, ao falsiflcador de documentos se cortava a mão. Também o direito ecclesiastico consagrou amplo desenvolvimento ao *erimen falsi,* equiparando a falsi ficação o uso e a posse de documento falso; e puniu os falsifi cadores de documentos com a excommunhfio, quando leigos, e com a degradação e o abandono á justiça secular, quando clérigos. §3

Na legislação intermédia foi gravemente punida a falsidade dos escriplos e perpeluou-se a determinação romana, que enumerava entre falsidades varias espécies de delictos que são antes fraudes que falsidades.

[1] CODE PENAL D'ITAUB, pag. 184,

i* Expasn.Ão jin MOTIVOS *da projecto de* íS.0.9, pap. 14.

No século XIX ocod. rranccz delineou minuciosamente além dn falsidade dos moedas o do papeis de credito, a falsidade dos emblemas, a falsidade das escripturas que distinguiu em publicas, particulares e commercfaes, juntando-lhes a falsidade d'outros documentos de menor importância.

O direito penal inglez, o americano o o russo distinguem a falsidade em publica ou particular conforme temem mira lesar interesses públicos ou particulares.

Oscods. italianos, á excepçòo do toscano, seguiram o cod. francez, quer nas varias espécies de documentos viciados pela falsidade, quer nos diversos modos concretos por que a falsidade se manifesta. Ao contrario, ocod. toscano reduziu a poucas formules todas as hypothoses relativas oj falsidade dos escriptos; e a este systema acostou-se o novo cod. ital. nos uris. 275 a 284. *

Os projectos de revisflodo nosso código penal tiveram por fonte o vigente código ituliano.

Escreve Gaio que—*Jíunt scripíurtv ul quod actum est\ \facitiu8 por cos probari possit;* c Benthan, entre os modernos disse que a esunptura servia para fornecer uma prova permanente e autbentica dos factos.

Oro, diz lambem Pessina, escripturas fazem fé plena pelo seu conteúdo (escripturas publicas); ora, recebem da lei o reconhecimento duma forço probante que não é plena, mas torna possível a sua integração com outra prova (escriptos particulares), e em todo caso a lei attribue a escripta uma efficacia jurídica determinada.

A sua adulteração, portanto, viola u fé que nello tem a sociedade inteira, a *publica Jlcles.*

Os documentos tem entre si valor diverso, segundo se trata de documento original, copia ou certidão, segundo a importância dos factos que são destinados a aulhenticar e conforme provém da autoridade publica ou da mão do particular.

Donde resulta que qualquer que seja a natureza do documento, a falsidade delle constitue violação da fé publica. *

A expressão *falsidade,* tomada no sentido mais largo, com prebende qualquer alteração ainda não dolosa e segundo Cujacio—*falsam est qnfdquid in cevitate non est, sed pro oeritate àdsecoratur*— em sentido mais reslricto, chama-se, porém, falsidade a alteração dolosa da verdade e que Farinado definia:— *falsitas est cerítatis dolosa mutatio et alterius praejudicium /'acta;* e em sentido ainda mais reslricto, diz Crivellari, é a alteração fraudulenta da verdade

[1] Pesina, MANIJALK CIT. Pari. scc. § 201, pag. 221.
[1] Negri, *apud* Cogliolo. OHR. CIT. vol. 2º Pari. I A, pag. 396, a. 110.

nos casos determinados pela lei contra os falsarios. Nós de»| vemos occupar-nos da falsidade em sentido restricto, istoé, da falsidade em actos ou escriptos, entendida como alteração dolosa da verdade sobre um acto ou escripto, executada em) dam no doutrem. *

H £*?"• Antes de tudo, diz Pessina, é mister firmar o conceito fundamental da falsidade nos escriptos de accordo com esta ultima fonte legislativa (ocod. ital.) e a doutrina commum dos criminalistas, que tiveram em vista os projectos aliud idos.

Os três elementos essenciaes do *crimen falai,* isto é, a *imitação da verdade,* o *dolo* e a *possibilidade do prejuiso] doutrem,* precisSo ser elucidados, quanto â falsidade dos do cumentos, a

I. A *imitação da* verdade consiste em dar ao que nfio é verdadeiro a forma exterior própria dos documentos verdadeiros. E portanto;

1.° Uma falsidade de testamento presuppõe que se realize a falsidade num testamento que tenha formas essenciaes para sua validade, conforme a lei, e isto se estende a qualquer documento que por lei deva ter uma forma determinada

2.° A *simulação* entre as partes ou contrahentes, ainda que contenha alguma cousa de não verdadeiro, não pode ser confundida com o crime de falsidade, desde que as partes quizeram concordemente, que o acto ou escripto dissesse aquillo que nelle se enuncia *(aliud falsum, aliud* ■ *simulai ioj.*

3.° Nem toda inverdade contida num acto pôde constituir falsidade; mas a mentira para constituir a falsidade deve recahir naquella porte do acto que é destinada a dar ou fazer fé do seu conteúdo.

4.° Si o artificio para a imitação da verdade é destinado a lesar os direitos de alguém, é mister que isto aconteça sem sciencia deste—*negueunt fraudari gui sciunt et consentiunt.*

5.° A imitação da verdade pode verificar-se, quer com o falsilicar-se o escripto ou escriptura na sua materialidade, quer com o narrar a falsidade, quanto ás pessoas que interveem no acto, ou quanto aos factos que no mesmo acto devem ser enumerados; no primeiro caso se tem a falsidade *material',* no segundo a falsidade *moral.* A imitação da verdade dá logar a duas formas: uma das quaes é fabricar inteiramente um acto nfio verdadeiro (contrafacção), a outra ô a alteração dum documento verdadeiro, de modo a fazel-o dizer o contrario do que elle deveria enunciar. E a estas formas se pôde juntar: — 1) aquella forma que o nosso coei. pen., incoherentemente, colloca, ao mesmo tempo, no art. 208, n. 5°, do texto

Crivellari, OBR. CIT. vol. 7° pag. 210, n. 66.

(contra os empregados públicos) e no art. 326 relativo ao damno, visando lucro, ou nflo; e segundo os projectos da revisão, na *suppressão* ou *destruição dum documento verdadeiro,* equiparadas assim a *falsificação.* — 2) a outra forma em que a falsidade do escripto pôde commetter-se, isto ê, o *uso sciente de documento falso* sem ter concorrido para a falsificação, espécie esta do 259 § 3°, do texto do coei. penal e prevista nos projectos, sendo que o de 1899 scinde, não sabemos porque, em duas a mesma figura. *

II. 0 dolo no crime de falsidade documental ou instrumentaria consiste na *consciência* e no *propósito,* quer de fazer valer como documento contra a verdade um escripto ou papel em que se contenham enunciações falsas pro-duetivas de efreitos jurídicos, quer de destruir a prova existente de um facto verdadeiro, afim de que se consiga a insubsistência deste. A necessidade de um tal *propósito* é expressa no adagio jurídico : *non nisi dolo maio falsum;* e este dolo máo foi sinthetisado na locução : *in alterius pra?judicium ;* mas elle iiiclue não só o propósito de lesar o direito de um individuo dado. mas também, em geral, o de violar qualquer dictado jurídico ainda que esta violação acarrete vantagem a alguém. Daqui resultam como corol-larios: 1°, que não pode haver uma *falsidade culposa,* pela contradicção que não a consente; 2º, si com o acto falso se chega a construir uma prova escrlpta falsa ou um principio falso de prova por escripto de um facto verdadeiro, mas que não pôde ser documentado, haveria sempre o crime de falsidade em documento, porque o estado verdadeiro, real, das cousas seria a falta de uma certeza jurídica, e este estado verdadeiro das cousas é substituído por um estado não verdadeiro, isto é, a existência de uma prova legal. Quando muito, o *primordium oeritatis,* isto é, o facto verdadeiro a respeito do qual se faz uma prova falsa para certi-flcal-o, pôde considerar-se como causa de attenuaçfio no crime de falsidade, mas a falsidade não é excluída e isto, sobre que silencia o nosso Código Penal, está estabelecido em todos os projectos de revisão [2].

[1] PROJECTO DE 1899 :

* Art. 247. Supprimir, ou destruir no todo ou em parte, escripto verdadeiro, causando com isto prejutao publico ou particular, etc.»

Art. 245. Usar de qualquer escripto falso ou falsificado, como si fosse verdadeiro, sabendo que o não é, etc.

Art. 251. Fazer uso ou se aproveitar por qualquer modo de escripto ou papel falso, ainda que não tenha concorrido para a falsidade, etc,

[2] PROJECTO SE 1899:

« Art. 252. Commetter qualquer dos crimes previstos nos artigos antecedentes, fazendo uso, para si ou para outrem, de prova falsa com o fim de confirmar lacto verdadeiro, etc.

III. O ultimo elemento essencial da falsidade punível, islo é, a *possibilidade de damno,* manlfesta-se a respeito dos escriplos nas condições que elles teem de produzir um qualquer effeito jurídico. Deste principio resultam diversas consequências: 1", a falsidade documental para constituir, crime nuo exige que tenha acarretado prejuízo a alguém ; basta somente que ella tenha a possibilidade de prejudicar, isto é, de conculcar um preceito juridlco na sua substancia e verdade ; 2», esta possibilidade de prejudicar é um elemento essencial para qualquer espécie de falsidade; faltando elle, faltaria o crime. Alguns juristas, dizem, nota Pessina, que elle se exige somente na falsidade do escripto particular, porque *a* falsificação das escripturas publicas, ainda sem este elemento da possibilidade do damno,êoffensiva a publica fé; mas, a offensa é publica fé não pôde realisar-se senão emquanto a *falsa prova* pôde lesar uma relação jurídica, dando ao não verdadeiro apparencia de verdadeiro e o Código italiano (erg. dos arts. 275,27G, 278,279 e 280), textualmente resolveu o problema no sentido de exigir a possibilidade do damno em qualquer documento falso, seja publico ou particular. O nosso Código Penal, arts. 258 e 259 fornece o mesmo argumento sobre escriptos particulares, tendo *esquecido* a falsidade da escriptura publica por particular ! Todos os projectos seguiram nisto o Código italiano e o de 1899, nos arts. 244 e 247 a 250; 3ª, um coroliariodo principio antecedente é a theoria da nenhuma criminalidade da falsidade quando ella recahe em um escripto ou escriptura que pôde ser atacada por nullidade—*falsitas rnilla nul I um potest\ afferre prcejudicium.* Assim como esta formula e entendida no seu sentido exacto, alheio a exaggerações, porque nem sempre a nullidade tira ao acto a força de produzir consequências jurídicas. Assim : *a) si* a nullidade tira ao acto a força de escriptura publica, mas não a de um escripto particular, permanece a falsidade, senão de escriptura publica, ao menos de escripto particular ; *bj* o acto ou aocumento de um offlcial publico incompetente, quando *prima facie* está I privado de efficacia jurídica por esta incompetência, não podendo ter efficacia alguma, exclueo crime de falsidade; *c)* quando o conteúdo do acto ou documento é substancialmente nullo, e esta nullidade não é daquellas que só o processo por falsidade pôde descobrir, mas é *prima facie* visível, não ha logar para o crime falsidade ; *dj* quando se trata de violação de formas precisa distinguir aquellas que *dant esse \rei* das formas não essenciaes; é assim que um testamento cerrado, nullo por falta de approvação ou por faltas a seu turno nesta approvação, não pôde dar matéria, quando falso, a incriminação por falsidade ; mas um escripto particular pelo qual se contrahe uma obrigação, si nelle é somente falsa a assignatura, pôde valer como principio de

prova por escripto e portanto não ha duvida que é matéria de crime de falsidade *.

88. Estabelecidos estes princípios geraes sobre o crime de lalsidade em documentos ou escriptos e papeis, vamos tratar das diversas espécies de falsidade, conforme a differente importância delias.

E aqui precisa distinguir a falsidade em acto, escriptura ou papel publico, a falsidade em escriptos particulares, e a falsidade em documentos de menor importância.

I. A falsidade no acto, escriptura ou papel *públicos* para distinguir-se das outras tem uma condição fundamental, isto é, que recaia em um escripto, o qual no caso que fosse verdadeiro teria a nota da *publicidade,* ou seja de provir de funccionario ou offlcial publico a quem a lei attribúe a faculdade de passal-o ou lavral-o e de ter as *condições formaes* estabelecidas pela lei para gosar da efflcacia de um acto publico. [a]

Neste ponto, Garrara observa, que o código italiano art. 275, paralielo ao art. 208 do noss J e 248 do projecto de 1899, adoptou a palavra *forma,* em vez de *escreve,* para attingir o crime no seu verdadeiro conceito, evitando a escapatória, que o offlcial publico faça escrever por outros o resultado de suas cogitações criminosas. [3]

O nosso código e o citado projecto não empregam a mesma expressão ; mas este ultimo, art. 253, a exemplo dos anteriores, refere-se ao facto de *redigir* ou *subscrever,* o que tira toda duvida no caso.

A — A lei positiva, diz Pessina, faltando nesta matéria do *offlcial publico,* não pode ser entendida no sentido que foi dado á esta locução pelo art. 207 do código italiano.

O' offlcial publico relativamente ao documento falso, é aquelle que pela lei é revestido da qualidade de certificar a existência de alguns fac*os e é portanto depositário da fé publica, nos termos do art. 28í.

O nosso código penal não contém indicação alguma sobre isto que esta previnido nos projectos de revisão. *

B — O offlcial publico, diz ainda Pessina, pôde incorrer por dous modos no crime de falsidade em escripto, papel

• Pessina, OBR. CIT., § 202, pag. *222.*

′ Carlos de Carvalho, NOVA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, Rio de Janeiro. 1899, arts. 253 e seguintes.

[3] Carrara, COMMENTO CIT. art. 275, pag. 173.

* PROJECTO DE 1899 :

« Art. 253. Para applicação das disposições doa artigos antecedentes (art. 248) são equiparados aos funccionarios públicos todos aqnelles que estão autorisados a *redigir* ou *subscrever* escripto ou papel ao qual a lei *attribúa fé publica* »

ou acto publico. O primeiro destes modos está delineado no art. 275, o segundo no apt. 276 do código italiano.

O primeiro está previsto no nosso código penal, artigo 208, ns, I° e 3° a 6°; e nos projectos de revisão, no de 1899, art. 248, lettras *ate,* o segundo no código art. 208, n. 2.°; e no projecto de 1899, art. 248, lettra *d.* [1]

O primeiro modo *(falsidade material)* consiste em que o official publico no exercido das funcções *redige* ou *sub- \ serem* no todo ou em parte um documento falso, ou *altera um documento verdadeiro.*

O outro modo *{falsidade moral ou intellectual)* terá lugar si osofficiaes públicos, recebendo, redigindo ou subscrevendo um acto, documento, escripto ou papel, no exercício das suas funcções, « attestarem como verdadeiros, e feitos em sua presença, factos e declarações não conformes á verdade; omittirem ou alterarem declarações que lhes fossem feitas.»

A respeito de ambos os modos, é evidente que se exige, não só o dolo, isto é, a consciência da inverdade substituída á verdade, e o escopo de lesar o direito na sua substancia, mas a possibilidade do prejuízo publico ou particular.

Ambos os modos, por isso mesmo, são equiparados pela lei na intensidade criminosa e punidos com a mesma pena — cod. pen. art. 208; projecto de 1899, art. 248.

Quando, porém, a falsidade recaia em um instrumento publico e authentico e tal que por lei faça fé até á querella de falsidade, pela própria natureza do instrumento falsificado, esta circumstancia não imporia aggravação de pena pelo nosso cod. comosuecede no cod. Uai. art. 275.

A aggravanfe figurava no projecto de 1893, foi eliminada no de 1896, restabelecida no de 1897 e afinal supprimida no de 1899. *

[1] PKOJECTO de 1899:

«Art. 248. Commetter o funccíonarlo publico, em exercido da suas funcções, alguma falsificação de que possa resultar prejuízo "publico ou particular :

a) expedindo certidão, cópia ou traslado de termo, auto ou. qualquer escripto publico ou particular não existente ;

6) expedindo certidão, cópia ou traslado falso de termo, auto ou qualquer escripto publico ou particular;

Pena— prisão com trabalho por dous a seis annos.

c) fazendo, uo todo ou em parte, escripto publico ou particular ialso, ou acto alterando o verdadeiro ;

d) certificando como verdadeiro e realisado em sua presença facto ou acto não conforme á verdade; omittindo ou alterando a verdade, em relação a esse mesmo facto ou acto, o te.»

* PROJECTO DE 1897:

« Art. 245. II. Pena — prisão por um a cinco annos ; e si a escriplura ou papel tiver por lei fé publica einquanto não for arguido de falso — por dous a seis annos.»

Além disto, o official publico pôde commetter falsidade em papeis públicos, não só em peças originaes, mos também em cópias delias e nas certidões do conteúdo delias. E para estas falsificações as normas estabelecidas são estas:

1) A falsidade commettida por official publico nessas cópias autbenticas, que nos termos da lei fizerem as vezes da peça original que falte, é equiparada á falsidade dos papeis públicos originaes.

O nosso cod., art. 208, n. 3° não diz isto explicita, mas implicitamente.

Mas isto está dito claramente nos projectos, como fez o cod. ital. art. 275. *

2) Os offlciaes públicos que falsificarem cópia, certidão, ou publica'forma, de um acto de officio, seja *suppondo* um original que *não existe,* seja *alterando* o original, ô punido com a mesma pena que o nosso cod. art. 208 n. 3º, estabeleceu neste mesmo artigo para todas as modalidades da falsidade do funccionario publico.

E si se tratar de peças que por lei tem fé publica até que sejam arguidas de falso, a alludida aggravante só figura nos projectos de 1893 e 1S97, art. 245, n. II.

3) Quando a falsidade se realise por obra dum official publico em uma certidão concernente ao conteúdo de escriptos ou papeis, conforme o nosso cod., art. 208, a pena varia, mas ella é menor segundo os projectos, no de 1899, art. 248, leltras *a* e *b.*

89. C— A falsidade em escriptura ou qualquer papel publico pôde também ser commettida por individuo que não seja funccionario publico e nesta forma se pôde distinguir varias espécie?. Assim o crime pode reulifar-se em taes condições pelo modo seguinte:

lj O nosso cod. pen. não estabelece, nem neste cap. nem no cap. único do tit. V, a figura commum da falsidade em acto ou papel publico commettida por particular de modo que nas espécies por elle não previstas, o crime ficará impune, se crime se pôde chamar: *nullum crimen sine lege.*

Foram os projectos, que a exemplo do cod. ital. especialmente, suppriram a lacuna.

Mas, depois desse silencio estupendo do cod. vigente os projectos de 1896 e 1899 neste cap. suppriram pelo peior systema a lacuna, porque definem as espécies, arts. 244a 247, sem dizerem si se trata de falsidade em papel publico e particular ; e repetindo no art. 248 algumas das mesmas espe-

[1] PROJECTO DE 1899, art. 248: ^

« § 1." Aos originaes **são** equiparadas as cópias aullienlicas, **quando** na **forma** da **lei** estas **fazem** as vezes».

cies e outras nflo, embora possam ser commctiidas também por funccionario publico a que se refere o mesmo art. 248.

2) Si a falsidade fòr commettida na cópia de um acto ou papel publico nos modos a que já nos referimos ou si na forma da lei tiver fá publica até ser arguida, uenhuma aggravacão resultará, segundo o nosso coa. pen. pela razão dada de ter silenciado e nem perante os projectos pelo systema a que acabamos de alludir nas disposições citadas que nenhuma coordenação guardaram entre si. ■

Entretanto o projecto de 1893, alterado pelo de 1893 e restabelecido pelo de 1897 somente com uma disposição observaram ns espécies assim como as modalidades dos arts. 275 e 278 do coa. Uai. figuradas aqui nestes dous números. *

Conforme o projecto de 1899, poderá ficar impune o funccionario publico que commetter certas espécies de falsidades anexar do casuísmo e repetições das disposições.

■V) E' outra espécie de falsidade, na forma de que tratamos e ainda sobre que o nosso cod. silenciou, o facto previsto nos projectos e no de 1899, art. 249, e paragrapho único, de afflrmar falsamente ao funccionario publica a própria Identidade ou estado de outra pessoa, *ou qualquer outro jacto* em acto publico, destinado a provar a verdade, podendo dahi resultar prejuízo publico ou particular.

O inciso que nfio estava nos projectos de 1893 e 1897, torna vaga cobscura a disposição.

A pena ô aggravada tratando-se de um acto de estado civil ou da autoridade judiciaria.

E *è* primeira espécie ê equiparada a forma de attestar falsamente a própria identidade ou a de terceiro em titulo ou outro qualquer papel commercial.

De nada disto cogitou o cod. pen. vigente.

II. A falsidade em *escripto particular* se realisa por aquelles mesmos modos porque se realisa em escriptura publica.

Mas cila tem uma nota própria que a distingue da outra e esta ô que o escripto *particular* falso emquanto nflo é produzido o permanece *inactivo* no poder do falsario ou de outro individuo, não e apto a prejudicar e reduz-se á preparação do crime. Em summa, o crime por ella não é realizado só com a fabricação da falsidade, seja por contrafacção, seja por alteração. E portanto para a criminalidade da falsidade

[1] Projecto de 1897 :

« Art. 246, Com as penai respectivas estabelecidas nos ns. II e III do artigo aniecendsnte, menos a terça parte, será punido aquelle que não sendo funccionario publico commetter qualquer falsidade pelos modos previstos nas respectivas disposições. »

0 Art. JMõ prevê a falsidade em papais públicos.

em escripto *particular,* se exige como condição essencial *o uso do mesmo,* quer *este uso* seja feito por parte de próprio falsario, quer por parte de outro individuo.

Este uso pode ser *judicial* ou *extrajudicial*; mas elle constitue sempre para a falsidade em escripto particular o *momento de consumação do crime*.

Assim ê que só quando tem logar o uso do documento particular, quer por obra do autor mesmo da falsidade, quer por obra de outrem, o autor da falsidade e o utente sabedor estão sujeitos á mesma pena, conforme a disposição de vários códigos inclusive o ital., art, 280.

90. Nós já nos referimos á questão, oitando a expo* sição de motivos do projeoto de 1893 e manifestando a nossa opinião (n. 86).

Entretanto, Chauveau & Hélie e Garraud sustentam opinião contraria, justificando o código francez, cuja doutrina aliás está hoje abandonada por quasi todos os códigos modernos de primeira ordem, aos quaes, além dos citados, no principio deste capitulo, podemos addicionar o código portuguez, art. 232 que considera o não-uso circumstancia attenuante da falsificação e os códigos da America do Sul que seguiram o italiano e os outros já citados. *

Assim Vasquez Acevedo, citando alguns desses códigos e outros, diz, commentando o art. 245 do código uruguayano, que o código italiano menciona expressamente o ele* mento do uso a que faz referencia Pincherli, diferentemente do nosso e dos projectos Zanardelli e Savelli que nada diziam a respeito.

O silencio que guarda o código da Republica, seguindo os projectos que lhe serviram de modelo, não significa outra cousa mais sinão que se considerou subentendida a circumstancia enunciada'.

A seu turno Rivarola commentando o art. 282 do código argentino parece opinar também que o uso é indispensável á incriminação do papel falso particular *.

Qual a solução do nosso código penal ?

Diante da interpretação destes dous últimos códigos c especialmente do código do Uruguay, que teve como fonte commum com o nosso, o código italiano, parece que o silencio do código sobre a condição do uso, do mesmo modo que naquelle código deve ser interpretado a favor do indiciado.

[1] Chaureau, Hélie e Villey, o Ba. OIT. vol. 2º pag. 480, n. 726 ; Garraud, OHR. CIT. 3º vol. pag. 70, n. 56.

' Vasquez Acevedo, CONCORDÂNCIAS Ã ANOTACIONEI DEL OODIOO PENAL, Montevideo, 1893, art. 245, pag. 216.

* Dr. Rivarola, BXPOBICION Y CRITICA DEL CÓDIGO PENAL, Buenos Ayres, 1890. pag- 221, n. 1149, 3° vol.

E' verdade que os a ris. 258 e 259 do texto dividem as espécies, referindo- se distinctamente ao uso e ás formas da falsificação, mas isto não resolve a questão, porque éj claro que a simples falsificação por um é punível desde que por outro se faça uso delia. O código criminal de 1830, art. 168 declarava - « Si da falsidade resultar *outro* crime, a que esteja imposta pena *maior,* nella *também* incorrerá o réo.

No art. 260 o código penal estabelece que em « nenhum caso a falsidade (particular), que reunir todos os elementos de sua definição legal constituirá elemento de outro crime ». Parece que o legislador aqui teve em vista evitar o abaixamento da pena si o facto dado concorrendo como elemento do estellionato podesse ter a attenuante do pequeno valor previsto no art. 339.

Mas além de que, em geral, a disposição do art. 260 é contraria á doutrina, o conceito está em contradicção com disposições do art. 338 que define como uma das formas do estellionato no n. 8º « usar do falso nome, falsa qualidade falsos títulos etc. . » sem excluir a característica da falsidade legal que haja sido commettida para obter esses meios ou artifícios fraudulentos.

Si não fora tal contradicção o art. 260 constituiria uma objecção á interpretação que lhe damos.

E isto dizemos, porque o nosso código penal que não tem escola, nem systema teria adoptado o contrario do código allemáo e outros citados e sobre o qual diz von Liszt:

« Segundo o código penal imperial, a falsificação de documento consta de dous actos que podem occorrer separadamente no tempo e no espaço, *a falsificação* e o *uso* do documento. Destes dous actos é porém o ultimo que *prepondera.* Descarte o *caracter essencial* do crime de falsificação é abandonado e torna-se decisivo o ponto de vista da *burla* *.»

Entretanto nos projectos de 1893 e 1897 adoptamos a doutrina que agora defendemos de novo '.

Os projectos de 1896 e 1899 preferiram o velho ponto de vista abandonado do código francez, salva interpretação igual á que pôde ser dada ao código vigente, attenta a falta de clareza na redacção dos citados projectos apezar de casuísticos.

O nosso cod. pen. arts. 258 e 259 pune coma mesma pena a falsidade em escriptos particulares.

[1] von Liszt, OBR. CIT. 2° vol. pag. 399, § 100.

* PROJECTO DE 1897 :

« Art. 244. Fabricar alguém, no todo ou em parte, um escripto ou papel particular falso, ou alterar o verdadeiro, e, servir-se delle ou outrem delle. podendo resultar prejuízo publico ou particular etc. »

O cod. não faz excepção alguma para certos títulos inclusive commerciaes, como se pôde ver dos seus arts. 248 e 249 onde estabelece a mesma pena.

Affastou-se aqui do seu modelo o cod. francez.

Também o cod. ital. art. 284 e outros consagram um augmento de pena, dizendo, sobre aquelle, Pessina que ha uma circumstancia aggravadora do delicto pela indole de certos escriptos particulares; porque a elles é attribuida uma exequibilidade tal que expõe a risco de damno irreparável os respectivos effeitos jurídicos. Estes escriptos particulares, privilegiados por sua efflcacia como titulos exequíveis ou executivos, se bem que sejam papeis particulares, são, o *testamento olographo,* as *letras de cambio* e todos os *titulosl de credito transmissíveis por endosso ou ao portador.*

A falsidade que se realisa em relação a estes papeis é equiparada na intensidade criminosa e por consequência também na pena a falsidade commettida em escriptura publica *.

Todos os projectos, porém, consagram a alludida aggravante [a]. I

Os projectos só não se referiram ao testamento *cerrado* porque este é considerado como escriptura publica attenta a sua approvaçâo por tabellião publico : ê aliás a solução do direito italiano, segundo Majno [3].

A falsidade do escripto *particular* está naturalmente subordinada aos princípios communs da falsidade em geral. K Os arts. 258 a 260 conceituam taxativamente taes falsi-l dades e por isso mesmo dispensam mais explicações.

O mesmo havia feito o cod. no art. 208 no aspecto único em que considerou a falsidade do escripto ou papel *publico* isto é, como só podendo ser praticada pelo funccionario publico, conforme as exemplificações materiaes do citado artigo ; semelhantes em todas as referidas disposições as do cod. franc. arts. 145 e segs. e belga, arts. 194 e segs.

O art. 208 n. 6. também trata ainda de matéria eleitoral, ao que nos referimos no cap. 11 do tit. I.

91. Passamos a citar alguns arestos.

« 1.° E' condição do crime definido no art. 259 § I° do cod. penal a contrafacção ou alteração do documento, eque seja feita sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se quer prejudicar.

• Péssima, ona. CIT. pag. 226, §§ 203 e sgs. »

Projecto de 1899 :

« Art. 253. E aos escriptos ou papeis públicos são equiparados os testamentos olographos, as letras de cambio, e todos os titulos de credito ao portador, ou transmissíveis por endosso assim como as obrigações nominativas não equiparadas por lei á moeda.»

•Majno OBR. CIT. I° vol. art. 284, pag. 768, n. 2.069.

I « 2.° As palavras empregadas na citada disposição Ia lei penal referem-se a alterações mnteriaes nas clausulas»! declarações e factos do documento Verdadeiro; @ a redacção do mencionado art. do cod. pen. bem o diz nas palavras —j alterar o algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou modo do pagamento.

« 3.° As alterações da verdade são de ordem material susceptíveis de ser demonstradas, verificadas e reconhecidas physicamente, e conseguíntemente não commette o crime alludido quem escreve um saque em uma letra de cambio, ou da terra, posteriormente ao seu acceite. ™ « 4.° O nosso código penal nflo cogitou da *falsidade intellectual,* mas só do *falso material,* resultante da verificação do vicio do documento cm seus dizeres, comad-diçOes ou emendas, clausulas ou condições neúe existentes »: AccordSo do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 23 de setembro 1897, *relator,* Sal vedor Munis; com um notável voto vencido do *presidente* Muníz Barreto. I O voto vencido foi vencedor no seguinte julgado : I

I « l.° São elementos constitutivos do crime de falsidade : I *a)* *a* alteração da verdade!

b) a Irttertcao de prejudicar;

c) UM prejuízo effectlvo ou potencial.

[3 2.° Na falsidade pôde occorrer : 1° a *falsificação* de um documento (art, 258 do cod. pen.); 2° a *alteração* de um documento verdadeiro (art. 259 § 1°.

3.° Nesta Ultima hypothese, o documento alterado com o fim de creãr, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação passa por uma *tr^ansfor maçáo,* ou com a *addicção* de palavras ou cifras, ou com o *cãncellamento* destas, Sendo *substituídas ou Hão.* de modo a exprimir e attestar o documento, juridicamente, cousa diversa da do primitivoestado.

4.° Em qualquer destas modalidades, a alteração dá VeFdade só se integra quando com a alteração material do documento concorre a *illegalidade do agente.*

5.° A intenção de prejudicar, consiste *intentio nocendi,* isto é, na intenção directa e positiva de prejudicar a outrem ou consiste no *anímtis nocenal.* isto é, quando o falsarlo quer prejudicar sem ser directamente; e, neste segundo caso, é indispensável o *damno effectivo,* para completar-se o deliCto.

6." Desde que haja *animus nocendi* sem o *damno effectioo,* dever-se-hão classificar os factos imputados ao réo, não como falsidades, mas como melhor convier : | Acc. do Conselho do Trib. Civ. Crim. 20 junho 1898. Muniz Bafreto, *presidente e relator.* [1]

[1] REV. DE JURISPR, CIT. Iº vol. pjig. 95; 4º pag. 104.

Com relação ao primeiro aresto devemos dizer que é milito absoluto o seu 4º conceito de que o nosso cod. pen. não cogitou dn falsidade *intellectual,* mas só do falso material.

Ao contrario ha exemplos dàquella COm relação a actos oii *factos* no art. 208, no 2º; e com relação a pessoas (falsidade *pessoal,* como alguns chamam) nó mesmo art. 208 n. 4.

Ha falsidade *material,* diz Crivellari, quando a mudança da verdade recáe sobre o escrlpto, Isto é quando não está declarado nelle o que devia estar, ou está escrlpto de modo differente. Neste caso, a mudança da verdade ê a falsidade *instrumentaria* que êíndifferente que succeda por fabricação, alteração ou suppressão, isto é, que se crôe o documento, que se transforme em qualquer de suas partes, ou sem alte-ral-o, seja elle subtrahldo ou destruído, suppressão que o cod francez, art. 439, considerou um crime contra a propriedade, no que osegulo o nosso cod. art. 326, conforme já notamos.

A falsidade é *pessoal* e não somente *nominal,* quando a mudança da verdade não recáe somente sobre as qualidades duma pessoa, mas sobre o próprio ser da pessoa mesma, isto é, quando se simule uma pessoa por outra enão somente uma qualidade por outra : cod. pen. art. 208, n. 4.

Chama-se emflm, falsidade *intellectual, moral ou ideológica,* aquella que se encontra em um acto ou escripto mesmo exteriormente verdadeiro, quando contém declarações não verdadeiras e diz-se exactamente *intellectual* porque o documento não é falso nas condições de sua própria entidade, mas são falsas as Ideias que nelle se querem affirmar como verdadeiras. O exemplo typico é o dum testamento que reconhece uma divida Inexistente e não é um documento felso, nem delle pode surgir uma falsidade documental. (*)•

Não insistimos nisso, porque os autores, ora elimlnão da doutrina a falsidade *pessoal,* reduzlndo-a ás duas outras, ora sustentam que toda falsidade é *material.*

Negri lembra a controvérsia mesmo em theoria, referindo-se a Carrara, Arábia e outros (*).

E' exacto como se lê no voto *vencido* do citado aresto que o nosso cod. pen. teve como fonte directa ou indirecta o legislador da Lulzlanla e de Nova York, bastando cotejar o art. 287 deste cod. com o art. 258 do nosso.

Chaveau e Hélte que elogião a disposição notão-lhe o defeito de não abranger a falsidade *intellectual,* além de exigir a realisação do damno para a punição.[3]

[1] Crivellari, OBR. CIT. rol. 7º pg. 210, n. 67.
* Negri, *apud* Cogliolo, OBR. CIT. vol. 2º Part. I A, pg. 401 § 17.
* Chauveau, Hélio e Villey, OBR, CIT. 2° vol. pag. 339, n. 640.

■ « Para existir o delicio de falsidade em documentos e papeis particulares (art. 258), e necessária a concurrencia! de três critérios essenciaes : I°, a alteração da verdade ;J 2°, a intenção fraudulenta; 3", o prejuízo ou a possibilidade de preiuizo, istoé, crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação. Não existe o deiicto de falsidade na alteração de uma escripturação mercantil para encobrir ol desfalque, anteriormente praticado, de quantia recebida; com fim determinado». Sentença do Dr. Viveiros de! Castro, juiz do Trib. Civil e Criminal, 22 de novembro de 1895.*

«E* elemento do crime de falsidade o prejuízo real ou possível ». Sentença do juiz Macedo Soares, 10 de julho 1 de 1875.

E' conforme, cita o aresto, a disposição docod. crim. anterior art. 187 *in fine* que refere a multa *ú* uma porcentagem do *damno causado, ou que se poderia causar.*

« E' a n nula do o processo em que foi o réo condem nado por crime de falsidade, visto não se ter procedido a corpo j de délicto no documento e assignatura reputados falsos, formalidade substancial em crime dessa ordem». Acc. Supremo Tribunal Federal, 11 de julho de 1896.[a]

« Falsidade —Elementos constitutivos do crime de fal sidade em escriptos particulares. — Uso sciente de docu mento falso—Intelligencia dos arts. 258 e 259.do cod. penal». Decisão do Dr. Affonso Miranda, juiz do Trib. Civil e Criminal, 23 de agosto de 1899. j3

(« A. responsabilidade inherente aos escrivães pela guarda de autos e papeis que lhe são entregues em razão do of-flcio, illide-se com a certidão negativa do distribuidor geral, por isso que o acto da distribuição é o título correlativo da guarda e entrega.— O não cumprimento, portanto, de portarias, por parte dos escrivães para a entrega de autos, sem a prova da respectiva distribuição, não constituo o crime de prevaricação, do art. 208 n. 5 do cod. penai.

« As leis criminaes devem ser entendidas* *stricti júris,* não sendo admissível a interpretação extensiva, por analogia ou paridade para qualificar crimes e applicar-lhes penas». Acc. da Corte de Appellação, 3 de outubro de 1899. 3

H ' Viveiros de Castro, SENTENÇAS B DECISÕES CIT., pags. 14 e 141.

[1] Do autor : A REVISÃO nos PROCESSOS FENAES. Rio de Janeiro 1899. App. pag. 374. n. 63.

[3] O PIRBITO, vol. S°, pag. 170; vol. 80, pag. 426; e vol. 81, pags. 150 o 250.

I

CAPITULO IV

FALSIDADES EM ATTESTADOS, PASSAPORTES E OUTRAS

CÓDIGO

Art. 251. Falsificar, ou alterar passaporte para o attribuir a pessoa, logar ou tempo diverso :

I Pena — de prisão cellular por seis raezes a um atino.

Art. 252. Attestar falsamente bom procedimento, indigência, enfermidade, ou outra cireumstancia, para promover em favor de alguém beneficência, soccorro publico, ou particular, isenção de serviços e ónus públicos, ou a acquisição ou gozo de algum direito civil ou politico :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a umauno, e privação do exercício da profissão por igual tempo.

§ l.° Si por effeito de attestado falso uma pessoa de são entendimento for recolhida a hospício do alienados, ou soffrer qualquer outro damno grave :

Penas — de prisão cellular por um a três ânuos, e privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condemnação.

§ 2.° Si o attestado falso for pasmado para qualquer dos fios precedentemente mencionados, com intenção de lucro :

Penas dobradas.

Art. 253. Usar scientemente de attestado falso : I

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

Art. 254. Falsificar um attestado para qualquer dos fins declarados nos artigos anteriores :

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

Art. 255. Falsificar por qualquer mo lo despacho ou commumcação telegraphica, ou nelle supprimir, trocar ou augmentar palavras, lettras, ou signaes, que invertam-lhe o sentido :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos. Paragrapho único. Si este crime fôr praticado por empregado da repartição dos telegraphos :

Penas — de prisão cellular por igual tempo, e perda do em prego. .\

Art. 256. Usar de certidão, ou attestado falso, ou verdadeiro, mas referente a individuo de nome idêntico, para se fazer alistar como eleitor, ou excluir alguém do alistamento:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Art. 257. Fazer emendas, ou alterações, nos assentamentos do registro civil sem as resalvar, ou ratiflear, na conformidade dos regulamentos e pelos meios por estes permittidos :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Paragrapho único. Em igual pena incorrerá o que, não sendo empregado do registro, praticar essas alterações e emendas.

M o». Justlficando o projecto de 1893, dissemos sobre[1] esta secção do cod. pen. que epigraphamos neste cap. de modo diferente, o seguinte :

«O capitulo que se segue comprehende casos especiaes de falsidade de menor importância, salvas certas aggra-J vantes especiaes. ■

M O código de 1830 não as comprehendia, mas o novo código, que se valeu do largo subsidio do italiano, não aproveitou bem a sua fonte; generalisando casos que ella especifica para nflo reprimir espécies quasi indlfferentes e incluindo outros que devem ser classificados em lugares diversos ou nflo mencionar. I

. Incluímos entre os documentos falsos o *porte de armas* (licença para andar armado), cujo significado nflo pode ser outro e espécies que se ligam a dispositivos do projecto acerca da execução das penas e vigilância especial da pofitíla. * *m* Nesta secçflo, como então dizíamos, o código italiano parece ter sido a fonte principal do nosso.

Pessina, classificando as figuras parallelas daqtielle código que elle denomina de «falsidade em certificados ou outros», diz a respeito delias que aqui se enunciam falsidades que recaem em documentos de menor importância que as escripturas publicas e os escriptos particulares.

Também Garraud, de accordo com Chauveau e Hélie e Blanche, nota que taes factos constituem em vez de crimes, *delictos* pelo código francez, conforme nisto com a san doutrina e a legislaçflo doutros povos e isto ô motivado pelai pouca importância queapresentfio estas alterações da verdade tanto para a ordem publica, como a respeito dos particulares. Mas é mister nflo esquecer que ellas nflo constituem menos verdadeiras infracções por falsidade e para serem puníveis devem reunir os três elementos essenciaes de toda falsificação: a alteração da verdade num escripto ou papel, a intenção írandulentae o prejuizo possível. Aliás os dous últimos elementos, a intenção e o prejuizo, resultSo *prima fade* da maior parte dos íactos reprimidos pelos arts. 153 e seg. (parallelosaos251 e segs. do nosso); mas, onde os factos incriminados puderem ser susceptíveis de duas explicações, o juiz terá o cuidado de enunciar o fim fraudulento com o qual elles devem ter sido executados para serem puníveis.

Garraud relembra o principio de que nflo ha *falsidade culposa* e somente *dolosa,* conforme opportunamente explicamos, sendo aqui também a opiniflode Blanche, embora nflo tenha parecido a Garraud muito claro o pensamento daquellc.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO de 1893, pag. 15.

O mesmo enslnflo outros autores franceses. [1]

Não obstante, o código allemão, § 363, colloca nas *cort* traoenções,* algumas das espécies deste capitulo, mas não todas.

Seguindo quasi á risca a ordem do próprio código italiano é que Pessina classifica as espécies parallelas do nosso.

Como quer que seja, essas diversas espécies são as seguintes:

1.» A falsidade de passaporte, itinerário, guia, porte de armas, etc...

Este crime consiste em duas formas:

Tanto em contrafazer, alterai, usar falsificado ou alterado, ministrara outrem para que delle faça uso, passaporte, itinerário, guia, licença para porte de armas ou qualquer outro documento semelhante relativo a viagem, estada ou residência do condemnado.

Como em tirar passaporte ou outro documento dentre os Indicados no artigo antecedente, attrlbuindo-se nos mesmos falso nome, sobrenome ou cognome, ou falsa qualidade; oii cooperar por sua afflrmattva para obter oalludiao documento em taes condições. [2]

[£ Vê-se que a segunda forma representa aggravantes da primeira.

Entretanto o código penal no art. 251 do texto *só* se refere a *passaporte*; e o que mais é, esqueceu a forma que pôde ser a mais frequente, isto e, o *uso,* de modo que entre nos quem Usar dum passaporte falso não commette crime algum» á vista deste artigo combinado com o art. 1° : *nullum crimen sine lege.*

Uma segunda espécie é a falsa revelação ou declaração.

EUa consiste em Inserir dado falso oii deixar de inserir os verdadeiros, nos seus registros ou communicações, quem por lei ê obrigado a tel-os especiaes e sujeitos a. inspecção de autoridade, ou a ministrar-lhe informações [s] relativas ás próprias operações industrlaes ou profissionaes.

Esta figura contemplada no cod. ital. não existe no nosso cod. pen.,queno art. 257 só se refere ao facto de «fazer emendas ou alterações nos assentamentos do registro civil sem as resalvar, ou ratificar, na conformidade dos regulamentos e pelos meios por estes permittidoS. Em Igual pena incorrerá o que, não sendo empregado do registro, praticar essas alterações e emendas.»

[1] Oarraud, OBR. OIT, vol. 3." pag, 272, n. 201; Blanche e Dutruc, OBR, OIT. 3º vol. pag. 546, n. 264, Ckauveau, Helie e Vlley, OBR. CIT. vol. 2°| pag. 492, n. 736.

« PROJBOTO DE 1899 arte. 258 e 259.

* PROJECTO DE 1899, art. 357.

Nfio ha maior confusão de ideias do que a que se nota nessa disposição.

A figura pelos termos é a d'um facto que pôde ser motivado apenas por negligencia do funccionarfo e bastaria para punil-o a disposição regulamentar.

Si se tratasse, porém, de verdadeira falsidade, ella estaria eomprehendida no art. 208.

I Peior é ainda a disposição do paragrapho único do art. 257, porque presuppoe que um individuo não empregado do registro possa fazer nelle emendas ou alterações das que podem ser resalvadas ou *ratificadas.* 3

E' um crime imaginário, e como o cod. não contempla a figura da falsidade em acto publico, em geral, por parti cular, quem commetter o facto de falsificar os assenta mentos do registro civil ficará impune. I

U No art. 255 o cod. pen. prevê o facto de « falsificar por qualquer modo despacho ou communicação telegraphica, ou nelle supprimir, trocar ou augmentar palavras, lettras ou signaes, que invertam-Ihe o sentido ».

No paragrapho único do mesmo artigo o cod. contempla a aggravante da qualidade de ser o agente empregado do telegrapho.

Si o cod. pen. seguisse á risca o seu systema, a figura relativa ao empregado devia estar no titulo «dos crimes contra a boa ordem e administração publica » e no cilado art. 208 que se refere ás falsidades commettidas pelos empregados públicos e em tal titulo é que o cod. allemão, § 355, contempla o facto, assim como outras figuras que o cod. collocou ainda em outro titulo « dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos ».

Tanto no art. 255, como no art. 257, o cod. pen. esqueceu o *uso* e portanto nos casos figurados, não é crime pelo cod. usar de telegramma falso ou valer-se da falsidade effectuada no registro civil, salvo provando-se que o utente é lambem o falsificador.

Sobre o uso de telegramma falso, diz von Liszt:

«Assim, a entrega de um telegramma assignadocom um nome falso só excepcionalmente poderá ser considerado como falsificação de documento, porquanto pelo telegramma a expedir o empregado do telegrapho não é enganado e nenhum documento recebe o destinatário recebendo o telegramma expedido. Só é diverso o caso, quando (e, segundo a lei sobre os telegraphos de 15 de junho de 1891 é isto sem duvida possível; o expeditor é convidado a fazer a prova da legitimidade de sua assignatura ou a faz voluntariamente. Neste caso a entrega do telegramma constitue o facto de usar para o fim de enganar, [1] »

[1] Franz von Liszt, OBR. CIT. 2º rol. paga. 402, not. *2* « c e 507.

93. A terceira espécie é constituída pelos *attestados falsos que* ocod. pen. conceitua e enumera nosarts. 252 a 254.

Ocod. no seu texto, especifica no art. 554 a falsificação *material,* no art. 253 o uso do attestado falso, e no art. 252 a falsidade *intellectual,* contemplando nos paragraphos deste ultimo artigo as aggravantes que prevê.

Estos disposições foram melhoradas nos projectos de revisão. '

Tanto umas como outras tiveram como fonte o cod. ital. sobre cujos arts. 289 e291, parallelos aos arts. 252 a 257 do texto, mas somente relativos a attestados médicos, observa Ambrogio Negri, que como regra ordinária não se pode dizer que os certificados ou attestados de moléstia ou outra imperfeição pessoal passados pelos médicos, cirurgiões

[1] PROJECTO DE 1899:

* Ari. 254. Dar por favor o medico attestado falso, destinado a fazer fé perante autoridade:

Pena — multa de 100$ a 500f000.

I. Si o crime fôr commettido por paga ou esperança de alguma recom pensa:

Pena— multa de 200$ a 1:000$000.

II. Si por effeito do attestado falso alguém fòr admittido ou retido em uma casa de alienados, ou soflrer qualquer prejuizo grave:

Pena — prisão com trabalho por oito mezes a dous annos.

III. 81 o crime, previsto em o numero antecedente, fôr commettido com a circumsiancia mencionada em o numero um deste artigo.

Pena — prisão com trabalho por um a três annos.

§ 1.° A's penas respectivas deste artigo fica sujeito também aquelle que fizer uso de attestado falso.

S 2.° A' metade das referidas penas fica sujeito aquelle que der ou prometter paga ou recompensa para obter attestado falso, além da perda da quantia que tiver sido dada e fôr apprehendida.

Art. 255. Expedir ou dar o funccionario publico, ou outrem que por lei possa fazel-o, certificado ou attestado, em que alfirme ou declare falsamente Som procedimento, capacidade, indigência, ou qualquer outra circumstancia quo habilite a pessoa a quem se referir o certificado ou attestado a obter beneficência, ou confiança publica ou particular, cargo ou emprego publico, favor ou beneficio da lei, isenção de serviço, ónus ou funcção publica:

Pena— multa de 200$ a 1:200$000.

Paragrapho único. A' metade da pena acima comminada fica sujeito aquelle que do certificado ou attestado falso fizer uso.

Art. 256. Contrafazer, aquelle que não tiver as qualidades especificadas nos artigos antecedentes, certificado ou attestado da espécie nelles prevista, alterar qualquer desse; documentos quando verdadeiro, ou de algum dos mesmos fazer uso :

Pena— prisão com trabalho por dous a seis messes.

Art. 260. Commetter o funccionario publico, em exercicio de suas funcções, algum dos crimes previstos no art. 256, ou de qualquer modo tomar parte na execução delle :

Pena — prisão com trabalho por oito mezes a dous annos.

Art. 261, Induzir em erro alguma autoridade, apresentando-lhe papel, attestado ou documento verdadeiro, attribuindo-o falsamente a si ou a outrem:

Pena — de prisão com trabalho por dous a seis mezes.»

e outros profissionaes sanitários sejam documentos públicos, desde que os médicos salvo investidos da autoridade de uma funcção publica especial, sfio pessoas particulares que exefei cem uma profissão livre.

Nos códigos modernos, a qualidade de documento pu-| blico em taes attestados de médicos, derivou-se de um critério objectivo, antes do que subjectivo, desde que o cara-! cter de taes certificados deve ser o de fazer fé perante a au-j toridade.

K O critério pois pelo qual as legislações em geral se uni-[1] formisaram, para infligir pena menor aos delidos commet-tidos por médicos no passarem, por mero favor, certificados falsos de moléstias, é fundado essencialmente sobre a (feita de força obrigatória era taes documentos, sobre a ausência de interesse pessoal nos médicos, e sobre a gravidade das duvidas em que versa o homem d'arte ao passar taes certificados, quando nfio está certo dos soffrimentos annuncia-dos pelo cliente,e quando, attestando a saúde exporia talvez a perigo a vida humana.

Mas a benignidade da lei cessa, quando o medico, o cirurgião, ou outro profissional sanitário se tenha deixado induzir a passar ou dar certificados falsos por donativos ou promessas, porque em tal caso, um acto de mera condescendência pessoal, ainda que imprudente, vem a transforma r-se em acto de perversidade, resultante de uma grave perversidade de impulso e dos caracteres mais manifestos do dolo penal pelos dons ou promessas que se constituem o premio da criminalidade,

Em tal caso os códigos modernos usam de uma justa severidade.

O dom porém não deve ser constituído pela retribuição da visita feita pelo medico, mas deve realmente resultar como um premio pactuado ou recebido em recompensa da falsidade praticada. Nem o corruptor que instigou por tal modo o crime deve ficar immune da pena; elle que coope? rou na violação da lei deve ser igualmente punido. *

Mais ou menos seguindo as mesmas idéas doutrinam os autores francezes que commentam o respectivo cod. alterado neste ponto pela lei de 13 de maio de 1863. [3]

O nosso cod. pen. ainda enxertou neste capitulo o aít. 256, que 6 um delicto *eleitoral* apezar de ter tratado de taes crimes nos arts. 165 a 178; art. 207, ns. 15 a 17; e

[1] Ambrogio Negri *apud* CoglioJo, OBR. CIT. rol. 2º Part, I. A. pag. 537 § 32, n. 259.

[1] Garraud, OBR CIT. vol. 3° pag. 290, n. 213; Chauveau, Hélie e Yilley OBR. CIT, vol 2* pag. 515, n. 759; Blanche e Dutruc, OBR. CIT. vol. 3ºI pag. 577. n. 295.

art. 208, n. 6° que pela própria numeração se vê que se acham em títulos muito differentes.

O que ha a notar especialmente sobre os arts. 262a 254 do texto, é que o nosso cod. pen. não discrimina os attestados dos médicos, nem de outros autoridades dos attestados dos simples particulares ■

H E' fora de duvida que nflo se tratando de attestados médicos ou de autoridades, os que são dados ou passados por particulares, como documentos meramente graciosos que sfio, nflo podem servir de elemento de criminalidade, sob pena de absurdo.

Taes documentos quando muito poderiam servir, conforme as circumstancias, de elemento do crime de estellionato, mas nflo de falsidade.

E' a solução no direito italiano, uma das fontes e talvez principal do nosso código.[1]

A transcripçfio que fizemos do projecto de 1899 esclarece as figuras do texto.

CAPITULO V

DA CALUMNIA, FALSO TESTEMUNHO E PERJÚRIO

CÓDIGO

Art. 2Gl. Asseverar cm juizo conto testemunha, sob juramento ou afflrmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade ; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer:

11.* Si a causa em que se preshir o depoimento for ciyil: Pena — de prisão cellular por três mezes a um anno. § 2.° Si a causa for criminai e o depoimento para a absolvição do acc usado:

I Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 3." Si para a condemnaçao:

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Art. 262. Todo aquelle quí, intervindo era causa civil ou criminal, no caracter de perito, interprete, ou arbitrador, fizer, ou escrever, declarações ou informicões falsas, será punido com as mesmas penas, guardadas as distineções do artigo anterior.

Paragrapho único. A pena será augmentada da terça parte si o aceusado deíxar-se peitar, recebendo dinheiro, lacro, ou utilidade, para prestar depoimento falso, ou fazer declarações falsas verbaes ou por escripto.

Na mesma pona incorrera o peitante.

[1] Míijno, OBR. CIT. 1" vol art. 291 pag. 777, n. 2077.

Art. 263. Não terá. logar imposição de peua si a pessoa que prestar depoimento falso, ou fizer falsas declarações em juízo, verbaes ou es-í criptas, rotractar-se antes de ser proferida sentença na causa. H

Art. 264. Dar queixa, on denuncia, contra alguém imputando-lhd falsa e dolosamente factos que, si fossem verdadeiros, constituiriam; crime e sujeitariam seu autor a acção criminal:

Pena — a do crime imputado.

GOMMENTARIO H

I *&4:*. Preveniremos a explicação do capitulo repetindo na parte respectiva o que noutro lugar dissemos sobre a ultima secção deste titulo do código e as disposições do primitivo projecto de revisão :

« Quanto ao ultimo capitulo deste titulo, considerando o projecto como *diffamação* o que póde-se dizer vulgarmente entre nós se chama *calumnia,* deu-se a este vocábulo a significação que só em parte lhe attribue o código de 1830, art. 235, collocando a aceusação calumniosa sob o titulo da calumnia.

O código actual colloca neste logar este facto e o perjúrio.

O projecto classifica sob um só capitulo as figuras congéneres, corrigindo as noções existentes, de modo a discriminar as varias espécies entre si.

Assim, o *perjúrio* é a falsidade em juizo, pelo juramento ou affirmação da *parte,* em causa *civil*.

Segue-se a acção calumniosa e a simulação de provas, uma modalidade desta, com as penas graduadas em relação á gravidade da aceusação.

O projecto repelliu o *talião* que o código actual, desenterrou das tradições da vindicta, como fez o Código Portuguez e subsistia nos italianos anteriores e em alguns dos cantões suissos. *

I E o talião cruel em certos casos, falha em outros, porque não se deve punir o falsario que consegue fazer punir o innocente com uma pena ligeira, com a mesma pena imposta a este.

O código de 1830, no art. 235, mitigava o talião, tendo no art. 169 edictado penas muito severas para o que chamou *perjúrio,* isto ê, para o testemunho falso.

O projecto também regula os casos de retractação, instituto que acceitou, apezar da diversidade das legislações sobre elle.

E adoptou uma nova figura de incriminação geral, a que consiste em condições restrictasno facto daquelle que deixou de avisar a autoridade ou ao interessado de provas capazes

[1] I.acointa, CODK PENAI. D'ITAMB, pag. 105.

de salvar um innocente; ella figura no código da Hungria, art. 230, e os projectos da Austria, de 1881 (§ 176) e de Neufchatel, nfiô faltando outros, como reconheceu Zanardelli na Itália, embora não o tenha admittido no seu código. *

O falso testemunho obedece também em geral ás regras expostas e ao falso testemunho são equiparadas as perícias, traducções e actos semelhantes falsos, consignando e coordenando o projecto a falsidade em juizo com a aggravante do suborno.[2]

Nos vamos tratar neste capitulo do que na doutrina e na legislação se chama *a falsidade em juizo.*

Este crime pode realisar-se por quatro formas differentes, conforme o código italiano, arls. 211 a 221, e outros, que as consideram como delictos contra a administração da justiça: a *simulação de crime,* a *calumnia, declaração falsa* da testemunha, perito ou interprete e o perjúrio da parte litigante em juizo.

O nosso código penal nos artigos do texto não contempla, nem a primeira forma, nem a ultima; o mesmo silencio nota-se no projecto de 1899; os projectos porém de 1893, 1896 e 1897 só não contemplam a primeiro forma, isto é, a simulação de crime *per se,* contemplando as outras três inclusive o perjúrio.

Em primeiro lugar, tratemos da *calumnia.*

Gomo diz Crivellari, o crime de calumnia é uma das mais graves offensas que se possa fazer á justiça publica e o mais odioso ultrage que se possa imaginar em prejuízo de um cidadão.

O calumniador tenta converter a justiça e os magistrados que a representam em instrumentos da própria iniquidade para. arrastal-os a condemnação do innocente e expõe este aos perigos e aos damnos dum julgamento por um facto de que elle não é auctor.

E' um delicto mais grave do que a simulação de crime o facto previsto no art. 234 do texto do código, aliás incompleto, mas corrigido nos projectos de revisão, de 1899, arts. 262 e 263.

Dizia Marciano: *calumniari est falsa crimina intendere,* isto é, accusar alguém por um crime de que sabe ser innocente.

A calumnia distingue-se da simulação de crime, porque consiste na indicação dum ou mais individuos como culpados de crime, entretanto que na simulação de crime não se accusa ninguém.

Todas as legislações são concordes na punição do calumniador.

[1] RtxAzioNK CIT. III, pag. 112, not. 1.

[2] EXPOSIÇÃO DB MOTIVOS DO PROJECTO de 1893, pag. 15.

O código francez reunia numa só cathcgoria a calumnial e a diffamação calumniosa.

A lei de 17 de maio de 1819 occupando-se desta deixou somente subsistir no código, art. 373, a denuncia calumniosa.[1]

Mas, como nota Pessína, ellas são dislinctas entre si, porque a calumnia presuppõe uma queixa ou denuncia por crime intentado perante a justiça ou a autoridade do Estado,, ao passo que a diffamação calumniosa ô uma accusação que .se formula perante a consciência publica, e pôde ter como conteúdo, quer attribuir a alguém um facto delictuoso, quer altribuir-lhe somente um facto deshonroso. *f,*

Mas note-se, entre parenthesis, que conforme o nosso cod. art. 315, a diffamação que elle chama calumnia é só e sempre a attribuição dum facto criminoso.

Commentando o cod. Uai. art. 212, parallelo ao art. 284 do texto do nosso, Garrara observa que este crime dieta do por ideias baixas de vingança, ou por profunda malvadez, ê de grave entidade pelas consequências deploráveis que pôde ternas relações da pessoa quedelle é victima, como nas relações da administração da justiça, a qual procede no exercício do próprio ministério sobre uma base falsa.

Em relação á moralidade de sua externação, a calumnia ê *verbal* ou *directa,* e *real* ou *indirecta,* resumindo-se a primeira na denuncia ou queixa á autoridade por um terceiro, como autor dum crime, ao passo que não o ê; e re-duzindo-se a segunda a simular os traços ou vestígios dum crime contra um innocente. O cod. ital. art. 212 compre-hende ambas essas formas do crime.

Entretanto o nosso cod. art. 264, só comprehendc a primeira forma e não a segunda que omittiu, o que porém foi supprido nos projectos de revisão.

E como trata-se, diz ainda Garrara, dum crime que tem por elemento principal a incriminação dolosa dum Innocente, é absolutamente necessário que o autor saiba e conheça a innocencia da pessoa por elle calumniada, sem o que não se poderá nunca fallar da concretisação do crime mesmo. Ficão portanto excluídas desta forma de criminalidade as informações arriscadas, precipitadas, ligeiras, di-ctadas por animo máo ou por espirito de maledicência.

Este dolo característico da acção, prescindindo do disposto no art. 45, não entendeu o legislador saliental-o com as expressões costumadas de *dolosamente* ou *intenção de prejudicar,* como prescreviam o cod. toscano e o de 1859, pela razão de que o dolo e o prejuízo á pessoa calumniada estão encarnados na acção mesma da denuncia falsa e na consciência da innocencia da victima.

[1] Manche & Dutruc, OBR. Crr. vol. 5° pag. o 12, n. 408.

~ÃTTcpnTrãrlõi #nosso cod. pen. ãrt7 264, não obstante a disposição geral do art. 24, diz : — imputando-lhe falsa e *dolosamente* factos etc...

OK. A seu turno, diz Pessina que as condições do crime de calumnia são duas :

1} a accusação de crime formulada contra alguém ;

2) a consciência no accusador da innocencia daquelle que elle accusa.

Quanto á primeira condição, a lei italiana não exige accusação formal; basta produzir a *notitia criminis* com a indicação do autor do crime.

O conteúdo da accusação deve ser um facto criminoso; e a forma necessária é a da *inscriptio* e da *subscrijitio ia crimen*. Assim que uma accusação anonyma não póde dar lugar à calumnia, salvo si se tratar de simulação dos vestígios ou indícios dum crime, porque neste caso também a denuncia anonyma pode dar origem a um procedimento penal.

Isto eslá de accordo com o projecto de 1899, art. 262; mas é inapplicavel ao nosso código vigente art. 264, porque este não contempla como forma da calumnia a simulação de crime.

Entretanto convém notar sobre este elemento da calumnia que o art. 264 do nosso código parece exigir uma queixa ou denuncia em forma, porque a sua dicção é muito differente da do código italiano seguida pelos projectos.

Assim, não sabemos, si conforme a lettra do art. 234, poder-se-hia considerar como elemento da calumnia a queixa nas condições previstas na lei n. 76 de 16 de agosto de 1892 que — reorganisa o serviço policial do Districto federal — quando diz:

«Art. 16. Cabe á acção da justiça publica o procedimento para a punição ao crime de furto, sem embargo da excepção do n. 1 do § 2º do art. 407 do Código Penal, quando provado o procedimento official por *queixa* escripta ou *verbal* reduzida a termo, da parte *ojfendida.i»*

Duvida idêntica suggere o caso em relação á uma especie da lei n. 628 de 28 de outubro de 1899 que — amplia a acção por denuncia do Ministério Publico e dá outras providencias, quando diz:

« Art. 1.° Compete a acção penal por denuncia do Ministério Publico nos crimes de:

I. Furto;

Paragrapho único. A acção publica será iniciada *sob representação do ojfendido,* si o furto se der entre parentes e affins até o 4º gráo civil, não comprehendidos na

disposição do art. 335 do Código Penal que continua em vigor.» *

■ A dicção rígida do art. 264 oppõe-se á qualquer ampliação aliás vedada pela não menos rígida do art. 1°.

As duvidas que suggere o nosso código penal são tanto mais serias, quanto as legislações não são uniformes. S

A' opinião de Pessina, de accordo com a jurisprudência italiana, se acostam outros, dentre estes Perroni Ferranti que combate a opinião diversa de Puglia. vj

Ao contrario em França, o código, art. 373, exige a denuncia *por escripto* e sobre esta base se tem formado alií a jurisprudência e a doutrina dos autores. [2] "-

Quanto agora ao segundo elemento da calumnia, elle Icomprehende duas condições ou requisitos: um e a *falsidade* do seu conteúdo e o outro ô a *consciência de tal falsidade.*

Não ha necessidade sempre de um julgamento penai, que se encerre com a prova da falsidade da accusação, para dar logar ao processo por calumnia, podendo tanto a falsidade da accusação, como a sciencia dessa falsidade serem provadas sem que seja mister um julgamento penal análogo; mas, para dizer-se provada a calumnia e preciso que se prove uma e outra condição, isto ê, a innocencia do accusado e a consciência desta innocencia no a cousa dor.

Esta opinião de Pessina, Impallomeni e outros é pelo menos restringida por Innamorati quanto â calumnia sob a forma de simulação de crime, chamada também *real* e *indirecta,* de que alias não cogitou o nosso código e somente os projectos[3].

Quanto ao que respeita á penalidade comminada a este crime, a lei italiana diz Garrara, reconheceu *a priori* a autonomia do delido da calumnia, abandonando as vetustas theorias da medida do talião condemnadas pela sciencia. I Na medida da pena si tem distinguido uma gradação somente nas relações das consequências do processo Iniciado sobre a base da falsa denuncia, augmentando a pena no caso que esta tenha tido como êxito uma condemnaçao do calumniado e proporcionando tal augmento com a maior ou menor entidade da condemnaçao[4].

I Os projectos de revisão do nosso código estabeleceram as modalidades das espécies graduando por ellas a penalidade;

[1] REVISTA M JURISPRUDÊNCIA orr.. vol. 8* paga. 102 o 201. onde vera *eommentaHoê* a citada lei com referencias a anterior e o regulamento da ultima, dado pelo Dccr. *a.* 3175 de 4 de novembro de 1809.

* Perroni Ferranti, *apud* Cogliolo.oun. orr., vol. 2º Part. I A, pag. 30, •. 3. Chauveau, He lie e Villey, OBR. onr., vol. 4» pag. 605, n. 1838.

Innamorati, aut DELITTI CONTRO I/AKMIKUTRASIONII DELIA OIOSTUIA, ltoma, 1895, Dag. 91.

* Carrara, COHMKMTO CIT. art. 212. MB. 133: Pewlna, MAMUALB OIT. p«g. 166, g 151».

mas, os projectos de 1896 e 1899, seguindo o código, estabeceram o talião para o caso de condemnaçSo do calum-niado *.

Sobre a intelligencia do art. 264 do texto vamos citar alguns arestos.

« Quando a requerimento de alguém se procede ao competente inquérito policial contra um supposto delinquente, não pôde este, por esse simples motivo, usar contra esse requerente da acçSo penal autorisada pelo art. 264 do código penal.

« Se qualquer pessoa apresentar queixa contra um supposto delinquente e for ella declarada improcedente no despacho de nfio pronuncia, não pôde também ser processado o queixoso com fundamento no citado art. 264 : Accordao do Conselho Supremo da Corte de Appellação de 2 de abril de 1895.

« O delicto de denuncia calumniosa se constitúe quando alguém imputa a outrem falsa e dolosamente factos que se fossem verdadeiros constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal.

«A sentença de impronuncla não contilúe decisão judiciaria definitiva.

«A errónea apreciação de um facto nfio constitúe a má fé » : Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 27 de fevereiro de 1899.

Acceilamos a doutrina destes arestos quando firmam o principio de ser essencial o dolo no denunciante, isto ê, a consciência da innocencia do denunciado; isto, não obstante as observações da Revista que os publicou aliás comprehensivas de outros pontos do julgado .[2]

[1] PROJECTO DE 1899:

« Art. 262. Dar queixa, ou denuncia em juizo, ou perante autoridade competente para encaminhal-a, imputando falsamente um crime a outrem ; ou simular contra alguém vestígio, ou indicio material de crime;

Pena — prisão com trabalho por um a três annos, e perda do oiti cio ou mprego publico que exercer.

Paragrapho único. Si por effeito da falsa imputação for alguém condcmnado:

Pena —a mesma do crime em que o condemnado tiver incorrido.

Art. 263. As penas estabelecidas no artigo antecedente serão diminuídas de dons terços, quando o culpado do crime previsto no mesmo artigo retractasse da imputação, ou revelar a simulação, antes de qualquer procedimento contra a pessoa calumniada; e serão diminuídas da metade, si a retractação ou revelação realisar-se posteriormente, mas sempre antes de ser pronunciado o *veredietum* dos juizes de facto nos julgamentos do jurv, ou a sentença nos outros juízos ou tribunaes, acerca do facto falsamente imputado.»

* REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA OIT., vol. 2°. Pag. 97; vol 5º, pagina 422, com *obssrvações.*

A mesma doutrina resultava da disposições do código criminal de 1830 quando dizia:

«Art. 235. AaccusaçSo proposta em juizo, provando-se ser *calumniosa, e intentada de má fé,* será punida com a pena do crime imputado, no gráo minimo.»

Dos dous arestos que vão seguir não concordamos com a doutrina do primeiro á vista do que expuzemos sobre a matéria.

« Para que exista a denuncia calumniosa é necessário que a falsidade do acto criminoso attribuido ao querellado, seja demonstrada por uma decisão judiciaria definitiva.

« Não se pôde considerar decisão judiciaria o despacho do promotor publico requerendo o archivamento do inquérito » : Sentença do mesmo juiz de 11 de fevereiro de 1895.

«São elementos constitutivos do crime de denuncia calumniosa a falsidade dos factos arguidos e má fé do denunciante » : Sentença do mesmo juiz de 5 de agosto de 1895. »

O crime previsto no art. 264 do código penal não existe sem que, quem apresentou a queixa contra outrem, imputando-lhe falsa e dolosamente factos que, se fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam o seu autor á acção criminal, tenha decaindo por sentença definitiva.

«Não se entende por sentença definitiva o despacho de não pronuncia, ainda que confirmada em gráo de recurso, mas a decisão de ultima instancia soberanamente julgada.

«Intelligencia do art. 264 do código penal e do art. 327 do código de processo criminal» : Accorduo do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 5 de setembro de 1896 — Salvador Muniz, *relator.*

« Denunciação calumniosa. Intelligencia do art. 264 do código penal » : Accordão da Relação de *Petrópolis* de 11 de setembro de 1898, Palma, *relator,* com voto *oencido* Santos Campos.[2]

Não podemos acceitar a doutrina deste aresto, porque o art. 264 do código penal refere-se á queixa ou denuncia simplesmente e nem ao menos se refere *â aceusação* proposta em juizo como fazia o código anterior, art. 235 ; portanto, dados os elementos constitutivos do crime, isto é, a falsidade e a consciência desta falsidade no queixoso ou denunciante, a acção se consumma com a apresentação da queixa ou denuncia calumniosa.

[1] **Viveiros** de **Castro,** SENTENÇAS K DECISÕES OIT. Paga. **17, 43** e 83. * **O DIREITO, *OI. 75,** pag. **255; vol. 74, pag. 104.**

A doutrina sobre o código italiano, fonte do nosso, conforme Pessina, cuja opinião expuzemos (p. 292) é contraria ao aresto. *

Também o art. 827 do código do processo criminal não suffraga o aresto.

oo. 0 nosso cod. pcn., arts. 261 a 263, que são os outros deste capitulo prevê o *falso testemunho,* que ê uma forma diversa da antecedente da *falsidade* judicial.

Os projectos de revisão alteraram muito o cod. pen. nesta matéria, edictando o de 1899, art. 265, ainda o talião, que o cod. abandonou aqui.

A mais grave das formas entre a falsidade judicial é a declaração falsa das testemunhas.

O falso testemunho é como o perjúrio e com differença do suborno, um delicio *formal:* não é uma tentativa, nem admitte a noção da tentativa, quanto a si.

O homem, mostra Innamorali, que tem necessidade de provar, que tem necessidade de saber, precisa recorrer para dar fé ás próprias palavras, ou para instruir-se dos factos que elle pessoalmente não presenciou, ao dicto, ao testemunho doutrem. Servir-se de testemunhas para saber, descobrir e provar o que interessa, é meio primitivo, natural, inevitável para o homem.

A justiça não poderia absolutamente sem testemunhas proceder, tanto que não ha processo em que não figurem testemunhas, entretanto que é accidental o concurso d'outros meios de prova; e na linguagem popular e commum, que inadvertidamente reflecte as situações de facto mais obvias e maisgeraes encontramos a palavra *prooa* adoptada por si só como synonima para indicar sem mais outra a *prova testemunhal.*

Portanto basta enunciar que interessa em summo gráo & administração da justiça que as testemunhas sejam verídicas ; e por isso disseram: Claro, que—*arbitror nullum esse crimen perniciosius republico?-* — e Farinacio que — *falsi testes pej ores sunt furibus, latronibus et abigeis.*

E Chauvéau e Hélie, recordando taes sentenças, observam que o falso testemunho é com effeito um acto grave em si mesmo: a testemunha trahe um juramento solemnemente prestado e seu perjúrio tem por fim transviar a justiça e impor uma mentira aO seu julgamento. Mas a gravidade deste crime depende principalmente do objecto ao qual se applica o falso testemunho: depoimento falso é uma arma occulta com o auxílio da qual o agente despoja suas victimas, asdeshonra ou as assassina; este crime participa, pois, ora do furto, ora da calumnia, ora do assassinato; algumas

[1] Pessina, M ANU ALE OIT. § 159, pag. 167, pr.

vezes nfio tem por fim sinfio velar o crime para subtrahir o culpado à pena e éa sociedade inteira que se acha lesadaI por esta deplorável fraqueza.

O cod. francez, arts. 361 a 366, collocou no mesmo § o falso testemunho, o suborno de testemunhas e o falso juramento prestado em matéria civil *.

Innamorati, alludindo a estas palavras, accrescenta que ellas são fortes, mas com certeza não são excessivas, embora não exactíssimas não entendidas nos seus devidos termos.

Entende-se que o falso testemunho é uma forma em que pôde entrar ou pôde conter matéria diversa; mas nfio se creia que a sua natureza e essência dependa do seu escopo, diante do qual viria aliás a assumir a funcçfio d'uma tentativa.

A sua natureza ontológica, a essencialidade que a constituo ê a offensa á justiça e não outra cousa, de modo que guarda em sua exhibicão sua constante autonomia entre as maneiras diversas por que se externa e diante dos diffe-rentes escopos que mira.

Como não é mais essencial ao falso testemunho o ser acompanhado do juramento, assim o evento produzido pôde aggraval-o, mas nfio lhe pôde dar côr ou caracter o evento a que se dirija ou a matéria a que se refira.

Quando ao juramento e á invocaçfio de Deus testemunha e vingador se dava importância preponderante e exagerada consideraçfio, o falso testemunho foi reputado um sacrilégio, um crime contra a religifio, e logicamente conslderou-se que o crime não existisse sinfio acompanhado e garantido pelo juramento.

Ao objectivo da justiça publica se deve, uma vez subtrahido aos influxos theologicos, modifícal-o e afflrmar como crime o falso testemunho ainda mesmo não acompanhado de juramento.

E assim, se se fosse desllsando pelo declive que se propõe o agente «segundo a natureza do crime que quer realizar » poder-se-ia correr o risco de consideral-o delicto *imperfeito* desde que não tivesse attingtdo o seu escopo e de nfio consideral-o punível quando dirigido a um fim bom como, por exemplo, seria a absolvição de um indiciado innocente.

E' só reduzindo-o ao seu objectivo da offensa á administração da justiça social, cujo ambiente todos teem interesse e direito que nfio seja perturbado pela falsidade ; é só assim que se justifica e se comprehende ver em si mesmo o falso testemunho um delicto *perfeito* e nfio ser licito, nem mesmo com o escopo de salvar innocentes, mentir. [2]

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol 4°, pag. 532, n. 1775. * Innamorati, **OBR CIT., pag. 113.**

P9HMIM!

/

Nas leis anteriores ao direito romano era já punido gravemente o testemunho falso.

No direito romano anliquissimo foi estabelecida como pena para a testemunha falsa a *praecipitatio* e *saxo*; posteriormente a *Lex Cornélia de Jalsis* classificou entre os *crimina falsi* o falso testemunho.

Nas leis germânicas era cortada a mão que a testemunha folsa havia levantado porá perjurar em prejuízo de outrem.

O direito canónico puniu a falsidade judicial com as mais rigorosas penitencias.

E no direito antigo italiano a calumnia foi punida com o critério quantitativo do talião e isto apparelhou a gradação da pena da calumnia nas leis modernas.

Aord. do liv. 5°, tit. 54, punia, conforme os casos, o mesmo crime, com a morte, açoites, degredo perpetuo ou temporário.

O código francez classificou entre os delictos contra as pessoas a calumnia e o falso testemunho, estabelecendo normas coherentes com as idéas jurídicas, as quaes attri-buem á prova testemunhal um valor inferior ao da prova escripta e commettem a sua avaliação ao critério moral do juiz.

Nos códigos italianos anteriores as doutrinas do código francez foram reproduzidas. Mas o código sardo de 1859, tinha introduzido uma distincção no crime de testemunho falso, attribuindo a este a significação exclusiva da afflr-mação da inverdade como verdade, e contemplando como um crime menor, e do mesmo afflm, a *occultação da verdade* por obra da testemunha.

Esta gradação não se achava no código toscano, conforme o qual é *falsidade* não só a afflrmação dolosa da inverdade, mas também a occultação da verdade. *

&"?. O código italiano vigente, arfc. 214, no dizer de Pessina, enuncia odelicto de falso testemunho delineando todas as formas possíveis: « é testemunha falsa' aquelle que depondo, como testemunha, perante a autoridade judiciaria, *affirma a falsidade,* ou *nega a verdade*, ou *cala,* no todo ou em parte, *aquillo que sabe,* em relação aos factos sobre que é interrogado. »

Os projectos de 1893 e 1897 não fizeram mais do que traduzir esse conceito; mas nos posteriores de 1896 e 1899 elle é um pouco differente.[2]

> Pessina, MANUALE CIT. pag 169, § 162.

' PROJECTO DB 1899:

« AH. 265. Depor falsamente em juizo como testemunha, negar a verei ade ou calar no todo ou em parte o que souber acerca de qualquer facto ■obre que for interrogado,... etc. »

■ Mas o conceito do art. 261 do texto ó muito diffe-rente, porque o nosso cod. diz que é testemunho falso— « *asseverar* em juizo como testemunha, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa, e a na-j tureza do processo, uma *falsidade;* ou *negar* a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer. »

Commentando a fonte do nosso cod., nota Carrara que a nova locução do texto parallelo reconduziu o crime da falsidade em juizo ao seu verdadeiro conceito. No projecto se tinha concretisado o delicto, também quando o depoimento fosse dado á uma outra autoridade que não fosse a judiciaria. Isto não era exacto, porque o julgamento a que a falsidade é relativa não pôde ter logar sinão perante magistrados, seja nas audiências ou sessões dos tribunaes, pre-torias ou cortes, seja no jury.

No crime de testemunho falso conceituado no art. 214 do cod. ital. está comprehendida também a reticencia, a qual além de ser contemplada com a palavra *cala,* por índole e effeitos é affim da disposição da falsidade. E na verdade o silencio se reduz á uma falsidade, porque se diz ignorar o que se sabe. Relativamente aos effeitos, ella acarreta igual prejuízo á justiça, transviandoa do recto caminho e impede que este seja descoberto e seguido.

Do contexto do artigo, diz ainda Carrara, o que se concilia com o nosso cod., art. 261 §§ 1 a 3 e os projectos, é evidente que se contempla tanto o depoimento falso nol juizo *penal,* como no *civil,* si bem que o primeiro por suas consequências e pela solemnidade com que é feito mereça uma punição maior.
M Não' é mister que o *juramento* acompanhe o depoimento, porque tal circumstancia pode constituir uma ag-gravante, nunca um elemento necessário do crime, toda a vez que a figura deste se classifica entre os crimes contra a administração da justiça, e não contra a religião. *

Note-se, porém, á vista do exposto que o nosso cod. pen. omittiu a *reticencia* e portanto entre nós é crime o facto da testemunha que *cala* o que sabe sobre as cousas para que é chamada a depor.

Em segundo logar, note-se que também não ha crime da parte da testemunha que não *jurar* ou não fizer a afflrmação de dizer a verdade.

E por isso diziamos que o conceito do art. 261 era muito differente da sua fonte, seguida pelos projectos de revisão.

Carrara, COMMENTO CIT., art. 214, pag, 135.

mm

O principio na jurisprudência franceza é que não ha depoimento falso sem juramento.

Mas, si o incapaz dissimula sua situação legal e depõe, ou o presidente da *Cour d'Assises* no uso de sua faculdade discricionária chama qualquer pessoa simplesmente para dar informações e ella faz declarações sob juramento, é claro que ha depoimento e punivel quando falso. *

No art. 262, o nosso cod. pen. equipara a testemunha o perito, interprete ou arbitrador, punindo-os com as mesmas penas.

E effectivamente, como diz Pessina, que por delicto de falso testemunho se deve entender não só a declaração falsa da testemunha em sentido estricto, mas, além disto, a falsa deposição do *interprete,* e o laudo ou parecer falso, quer escripto, quer oral, do *perito,* porque no fundo, o perito certifica, afflrma ou attesta factos, cujo conhecimento presuppõe certas aptidões especiaes que servem para esclarecer a justiça; e o interprete ê ao mesmo tempo testemunha e perito em juízo quando é admittido, quer a traduzir de um idioma para um outro, as declarações oraes ou os documentos, quer a esclarecer disposições ju-diciaes de surdos ou de mudos, ou de surdos-mudos. [a]

O paragrapho único do art. 262 prevê o *suborno,* mas está ião mal collocado que parece referir-se somente aos interpretes e peritos quando se refere também ás testemunhas.

Ainda sobre disposições parai leias do Cod. ital. arts. 218 a 220, fonte do nosso, e principalmente dos projectos, expõe Crivellari, em resumo, que o legislador erigio aqui o suborno em crime especial, como aggravante do testemunho falso e cujos elementos especificos se podem reduzir a três.

Assim, ê mister em primeiro logar que haja um suborno de testemunha, interprete ou perito, o que é difficil conter numa formula comprehendendo todas as variantes, mas juridicamente significa *determinar, excitar, induxir, instigar* uma testemunha, perito, ou interprete para commetter o delicto de testemunho falso.

■ Em segundo logar, é mister que o suborno se refira ou seja dirigido á testemunha afim de que esta commetta o crime previsto nas respectivas disposições, isto é, pelo nosso Cod., arts. 261 e 262.

Portanto, foro das hypotheses previstas não ha suborno. Não haveria no caso em que elle verse para que a testemunha *cale,* porque, como vimos, esta hypothese está fora do nosso

lilancke & Dutruc, OBR. CIT. vol. 5.°, pag. 431, n. 355.
Pessina, MANUALE CIT., pag. 168, § 161.

Código. Também só ha suborno referente á deposição perante os juizes e tribunaes, porque isto é condição do falso testemunho.

O terceiro e ultimo elemento a que allude Crivellari parece-nos inapplicavel ao nosso Código, cuja dicção é differente do Cod. italiano, art. 218, por não exigir como esta que o depoimento falso se realize. Isto, entenda-se, bem em relação ao subornador ou peitante, porque quanto a testemunha, sem que ella deponha e falsamente o suborno não pôde produzir o seu effeito.

E nem isto é de admirar porque *o* suborno é uma aggravante do testemunho falso e nelle está encarnada. *

Resta a *retractaçâo* prevista no art. 263 do texto e cuja disposição só comprehende a retractaçâo *extinctioa* e não a *attenuante,* ao contrario dos projectos de revisão, de 1899, art. 267, que prevê uma e outra.

Justificando a retractaçâo *extinctioa,* diz Carrara, que quanto á impunidade concedida áquelle que se retracta em tempo útil da inverdade ou falsidade, se bem que nem todos os códigos europeus, especialmente o francez e o belga a reconheção, a maior parte porém a toma em consideração.

Também em França a opinião unanime dos tribunaes é concorde em reparar ou supprir esta lacuna da lei.

Assim Chauveau e Hélie sustentam que sendo elementos do crime de testemunho falso a possibilidade de damno e a desorientação da acção da justiça e não verifIcando-se estas, circumstancias com a retractaçâo subsequente feita pela testemunha falsa em tempo útil, o crime desapparece e é lógico que disto derive a impunidade do culpado [2].

Depois Carrara dizendo que é difficil achar o momento *ad quem,* a retractaçâo pôde produzir a impunidade, dis-cute-a especialmente em face do direito italiano .[3]

O alludido momento conforme o texto do nosso código art. 263 é, *antes de ser proferida* SENTENÇA *na causa*—o que se deve entender por sentença *definitiva,* ou ao menos *final,* ainda que dependente de recurso e de *revisão* sem nenhuma duvida, porque é um recurso extraordinário que presuppõe sentença *definitiva* passada em julgado . *

Convém notar que os projectos de revisão melhoraram muito o código vigente neste capitulo extremando rigorosamente as espécies e as suas modalidades, comprehendendo as diversas gradações da pena e referindo-se precisamente ás isenções de pena, assim como ás aggravantes e atte-

[1] Crivellari, ODR. CIT., vol. 6°, pag. 570, ns. 151 e seguintes.
* Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 4», pag. 554, n. 1794.
* Carrara, COMMENTO CIT., art. 216, pag. 137.
* Do autor; A REVISÃO DOS PROCESSOS PENABB, Rio de Janeiro. 1899 Cap. II, pag. 17.

/

imantes, o que absolutamente deixou de fazer o código penal nos concisos e deficientes artigos do texto.

os. Em todos os projectos estava previsto o *perjúrio,* mas na ultima votação da camará dos deputados foi appro-vada uma emenda suppressiva da respectiva disposição do projecto de 1896, art. 262, de modo que a figura não existe na redacção final que é o projecto de 1899 que mantém assim o silencio do código penal vigente.

A questão portanto, só pôde ter para nós um interesse theorico e histórico.

No parecer da com missão parlamentar que acceitou a emenda suppressiva a Iludida não ha uma palavra justificando essa acceitaçâo.

E como o perjúrio não figura no código nem no projecto de 1899 nos limitaremos a dizer pouco sobre elle que pôde ser definido: o *juramento* falso ou a *ajflrmaçâo* de *falsidade da parte* perante o juizo em causa *civil.* A matéria é controvertida entre os autores. Assim é verdade que Puglia reconhece ser uma grave questão, a que respeita ápunibilidade do *perjúrio* em um julgamento civil.

O ministro Zanardelli, relatando o seu projecto convertido no código italiano vigente alludia aos três diversos systemas adoptados na doutrina e na legislação acerca da questão.

Observaremos somente que o novo código collocou entre os delictos de que tratamos o perjúrio no julgamento civil, sem distincção de falsidade de juramento *decisório* e falsidade de juramento deferido pelo juiz, *suppletorio.*

E aqui surge a questão sobre a conciliação da antinomia possível entre o art. 221 do código penal italiano e o art. 1370 do código civil, onde está estabelecido, que se foi prestado o juramento deferido ou referido não se admitte a outra parte provar a falsidade delle. E na verdade, como poder-se-ia evitar-se que se exclua a prohibiçâo do art. 1370? Como se poderia evitar a prohibiçâo da prova testemunhal conforme as normas civis, deferindo antes o juramento, e depois impugnando, com querela penal que abre a instancia ã prova testemunhal, a verdade do juramento prestado para obter a titulo de damnose interesses resultantes do crime aquillo que não é permittido obter em acção civil por falta de prova por escripto ou de principio de prova escripta ?

A jurisprudência franceza, tratando também ella de pôr em harmonia o código civil e o penal teem estabelecido como princípios, que não se possa admittir a prova do perjúrio no juizo penal, quando esta não é admissivel por direito civil e que não se possa constituir como parte civil o prejudicado pelo juramento'.

[1] Puglia, MANDALE CIT. 2" vol., art. 221, pag. 141.

Os mesmos princípios seriam acceitaveis sob o império do novo código penal *.

O relatório alludido responde ás objecções de Puglia, assignalando o exemplo das outras legislações *.

E efectivamente Pessina, resumindo a historia e a controvérsia sobre o *perjúrio,* nota que o código francez, além do italiano, tem de seu lado nesta parte admittido o perjúrio, o direito inglez eo americano, os códigos allemães, a lei sueca de 1864, o código penal belga, o do império allemão, o do Tessino, o de Zurich e o hollandez[3].

99. Vamos consignar alguns arestos sobre o testemunho falso, como interpretativos dos arts. 261 a 263 do texto.

«Para dar-se a constituição jurídica do delicio de testemunho falso, devem concorrer as diversas condições do art. 261 do código penal.»

Estas condições são:

a) que o agente do delicto tenha deposto como testemunha em causa ou processo;

b) que tal causa ou processo esteja a (Tecto ó autoridade judiciaria ou a *policial, quando funeciona como tribunal de justiça* ;

c) que a testemunha haja prestado juramento ounfflrmaçfio;

d) que tenha asseverado uma falsidade ou negado a verdade, no todo ou em parte sobre circumstancias essenciaes;

e) que tenha agido coma intenção de enganar a justiça.

« Deve distinguir-se o testemunho falso em causa civil do testemunho em causa criminal.

Cumpre também differenciar-se o depoimento a lavor da absolvição do aceusado em causa crime do prestado para a sua condemnação.

A retraclação do testemunho falso para a isenção da pena só é admissível nos termos do art. 263 do citado código.

O testemunho falso pôde consumar-se quer no juízo preparatório ou summarianle, quer no plenário.» (Accordam do conselho do Tribunal Civil e Criminal, 2 de Abril 1898, Muni/ Barreto, *presidente e relator.)*

«O crime do art. 261 do código penal só é punível depois de proferida sentença na causa.

' Oarraud. Owi. **cit.,** 5º **rol.** pag. 25, n. 21.
• Majno, **Oft*. cir.** 1* **vol., pag.** AM, n. 1085, art. 221.
* Pessina, MANUALE **cit. paf. 173** f 165.

Assim tratando-se de depoimento em uma simples justificação para documento, o testemunho falso só se verifica si na causa em que fòr ella apresentada, o juiz lhe der valor probatório ao proferir a sentença julgadora.«Accordam do conselho do Trlbjnal civil e criminal, 30 de novembro de 1899, Muni/. Barreto, *presidente e relator.*

A' vista do que opportunamente expuzemos não concordamos com a doutrina de que o depoimento falso possa ser incriminado e punido quando prestado ante a autoridade policial, ainda mesmo por absurdo *legis,* fazendo de tribunal de justiça, (n. 97). A doutrina do aresto de 2 de abril de 1898 foi alterada pelo seguinte :

« O art. 261 § 3º do código penal presuppõe o depoimento falso prestado para a condemnação do réo, e portanto não pôde o depoimento ser considerado tal em summario julgado improcedente. Só ha testemunho falso no depoimento que assevera uma falsidade ou nega a verdade. In telligencia do art. 261 do código penal. » Accordam da Corte de Appellação, 3 de outubro de 1899.

« O crime de falsidade só se constitue depois que o depoimento da testemunha se torna *definitioo e irrevogável,* sendo preciso que a falsidade se dô sobre ponto principal da causa. «Accordam Relação *Minas Geraes,* 24 de outubro de 1896 [â].

« são elementos constitutivos do crime de testemunho falso:

Iº. que o depoimento seja prestado em juizo, sob juramento ou afflrmaçõo, qualquer que seja o estado da causa ou a natureza do processo;

2º. que a alteração da verdade no todo ou cm parte verse sobre circumstancias essenciaes do facto ;

3°. que do depoimento resulte um prejuízo ou a possibilidade de um prejuízo;

4º. que haja da parte do delinquente intenção fraudulenta.

E' necessário provar que a falsidade do depoimento resultou do dolo, da má fé da testemunha. Na ausência de prova presume-se um equivoco, um erro não intencional.

E' necessário que o depoimento da testemunha tenha sido prestado *emjuuo.* A expressão *juizo* só comprehende o tribunal competente para instruir o processo civil ou penal e sobre as formas determinadas na lei do processo.

Inquérito policial não constitue juizo, porque é um simples acto preparatório de averiguação, um documento que instrue a denuncia ou queixa.

• REVISTA BK JURISPRUDÊNCIA CIT., rol. 3». pag. 138; *vol* 8º. pag. 101.

' O DIREITO, vol. 80, pag. 563; vol. 81, pag. 267.

Não podem, portanto, Incorrer na sancçfio penal de testemunho falso os depoimentos prestados no inquérito policial.

E' também necessário que o depoimento prestado seja irrevogável, não possa mais ser retractado. Por isso não constitue testemunho falso os depoimentos prestados na j formaçfio da culpa, porque a testemunha pôde ainda retra-ctar-se no plenário, restabelecendo a verdade dos factos.

Demais, o código penal gradua a pena segundo o depoimento ê prestado para absolvição ou condemnaçâo, absolvição j ou condemnaçâo somente pôde ter logar no plenário, limitando se a pronuncia a averiguar a existência do crime e os indicios vehementes de quem seja o delinquente.» Sentenças do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 20 de junho e 12 de setembro de 1895 e 13 de fevereiro de 1896. *

Não podemos subscrever o principio dos arestos, conforme o qual o testemunho falso não pôde ter logar na formação da culpa ou instrucção do processo, quando o código penal, art. 261, diz: *qualquer que seja o estado da causa* e desde que as razões dadas nos mesmos arestos provam demais. A condição da testemunha da instrucção poder ainda retractar-se no plenário, seria razão para considerar consumado o crime somente no plenário e não negar o crime. Do mesmo modo, si o código penal, art. 261, §§ 2° e 3°, gradua a pena conforme o depoimento é prestado para absolvição ou condemnaçâo, isto quer dizer, não só que a sentença pôde ser dada com fundamento em depoimentos prestados no plenário, mas também prestados no summario, cuja testemunha falsa pôde não retractar-se até o momento do julgamento e nem mesmo comparecer na occasião deste. Aliás a doutrina corrente, interpretativa da fonte do nosso código, é a que defendemos.

A expressão *autoridade judiciaria,* diz Crivellari, comprehende tanto as autoridades civis como as penaes; e das penaes tanto aquellas a quem compete o processo *instructorio* como aquellas que são encarregadas do julgamento. [a]

« Elementos constitutivos do crime de testemunho falso. A expressão *causa civil* empregada no art. 261, § 1° do código penal, refere-se unicamente aos feitos debatidos contradictoriamente entre as partes e submettidos a decisão do juiz.

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS B DECISÕES CIT., pags. 18, 51, 94 e 162.

* Crivellari, OBR. CIT., vol. 6°, pag. 529, n. 122; Majno, OBR. CIT.,| vol. 1°, pag. 257, n. 1.061.

Não podem ser comprehendidos nella os actos de jurisdicçflo voluntária.

A justificação em juizo não ôuma *causa* e sim um meio de prova.

NSo incidem na sancçâo penal os depoimentos falsos prestados em justificações.

O officio publico extingue o pátrio poder. Intelligencia do art. 253 do Código Penal.» Sentença do Dr. Viveiros do Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 22 de dezembro de 1898. »

TITULO VII

DOS CRIMES CONTRA OS BONS COSTUMES E A ORDEM NA FAMÍLIA.

CAPITULO I

VIOLÊNCIA CARNAL E OFFEN8A8 AO PUDOR

CÓDIGO

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aqnelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menoridade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta.

pena — de prisão cellular por um a saia annos.

§ 1." Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

pena — de prisão cellular por seis mez>s a dous annos.

g 2." Si o crime foi* praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269% Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência eutende se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypno-tismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos.

COMMENTARIO

100. Este titulo corresponde aos VIII e IX do cod. pen. no capitulo do primeiro dos quoes estuo as disposições dos artigos do taxto sob a epigraphe Incompleta de — violência carnal.

O cod. dividiu sem rozGo, nem systema, a matéria como estava ordenada na sua fonte, sobre a qual entretanto diz Cerrara que neste titulo o legislador italiano reuniu as duas series de crimes contra a ordem das famílias e o bom costume, pela grande difficuldade mesma que se encontra em classificar qualquer das espécies criminosas, isto é, de collocal-a numa serie antes do que noutra. ■ Ha crimes que importam uma offensa complexa, interessando ao mesmo tempo a paz da familia e a ordem moral, como o rapto, o adultério e semelhantes.

Este systema seguido pelo cod. ital. já o cod. toscano o havia adoptado.

A moralidade humana, diz Pessina, differentemente do direito, é confiada a guarda do pudor, entretanto que a actuação do direito é confiada ao constrangimento.

Entre as violações da moralidade ha uma que constituiu mesmo matéria ae incriminação e punição por obra dos legisladores e foi a violação da castidade por incontinência.

Esta intrinsecamente considerada é offensa á moralidade ; mas pôde tornar-se matéria de incriminação em três hypotheses, segundo se trata da moralidade individual, da moralidade domestica ou da moralidade social.

Em primeiro logar, a incontinência lesa a *integridade moral do individuo* constrangendo-o a conjuncções corpóreas illicitas.

Em segundo logar, a incontinência offende outras vezes também a moralidade domestica e a ordem das famílias.

Finalmente, a incontinência desnudada ás vistas do publico, pôde offender o senso da *moralidade social,* forçando a consciência publica a ser espectadora de factos illicitos que violam a pureza dos costumes.

Em nome destes três aspectos, o legislador pôde legitimamente punir os factos de incontinência, mas fora destes limites, a punição dos mesmos viria a confundir a ordem moral com a ordem jurídica.

E como observa Costanzo Calogero, a razão punitiva se tornaria a mais patente violação da livre personalidade humana quando se propuzesse o escopo de guardar ou vingar a virtude da pudicícia, e no estado jurídico, naquelle em que, quanto possível, se realisa a harmonia perfeita entre o direito do Estado e o do individuo, não se pôde admittir da parte da autoridade outra cousa mais do que o incitamento ô virtude, porém nunca a punição do vicio.

Cada qual deve ser livre em seguir ou não os preceitos da moral, livre de ser continente ou não, e ê somente quando exorbita dos seus direitos individuaes, ou quando a sua actividade vem collidir com os direitos doutrem que o Estado pôde intervir para restabelecer a ordem juridlca perturbada. A incontinência e as offensas ao pudor por si mesmas não podem constituir delicto e para que caiam sob a sancção da lei penal é necessário que contenham a violação do dever juridico de respeitar os bons costumes e a pudicícia dos outros.

Em todos os outros casos o vicio da incontinência embora torpe, damnoso e lamentável escapa do domínio da lei jurídica para entrar sob a forma de peccado na lei ethica ou moral.

E Na historia jurídica o estabelecimento preciso de limites da punição dos factos de conjuncção illegitima só se revela como o resultado dos progressos da consciência moderna na distincção entre o direito e a moral.

As legislações da antiguidade e dos tempos medievaes contém punições severas para os factos que têm raizes no impulso da libidinagem e que tomaram a denominação de *illicitus coitus* ou de *delicta carnis.*

O direito romano com a *L. Júlia de adultereis,* não só punia como *delictos contra os bons costumes* o adultério, cuja punição a principio era abandonada á vindicta do marido, e o punia com graves penas que attingiram, sob Constantino e Justiniano, ao extremo supplicio, mas equiparou no processo e na pena, ao adultério outros factos de simples incontinência contra mulher virgem ou viuva de vida honesta, puniu com pena capital também o rapto das virgens, puniu igualmente com a infâmia o torpe mister do *lenocínio* e especialmente sujeitou á pena do adultério o marido que prostituísse a mulher; e impoz a pena da *damnatio ad metalla* além da perda do pátrio poder ao pai de família que prostituísse a própria filha, ao que Justiniano addicionou a pena do exilio com previa fustigação.

Ainda a bigamia era considerada como adultério. E em geral no direito romano surge a noção dum delicto contra os bons costumes com o nome de *injuria ad-versus bonos mores.*

No direito germânico, era também considerada como uma grave offensa á sociedade humana a violação da castidade pessoal; e não só o adultério dava lugar a graves punições, mas extrema severidade attingia aquelles que na pnrase de Tácito eram *cor por e infames.*

•' Carrara, COMMBNTO CIT. art. 331, pag. 198; Costanzo Calogoro, APUD Cogliolo, OBR. OIT. 2º vol. Part. I A, pag. 971.

I E a isto se deve accrescentar o rigor com que o direito ecclesiaslico por influencia da theología moral chrislã incriminou todas as formas de conjuncção carnal illegitima.

Assim, nfio só o adultério foi punido severamente, mas também a *bigamia, o rapto, o lenocínio,* o *estupro,* o *in~\ cesto,* a *sodomia,* a *vénus monstruosa* ou *nefanda* deram) lugar a supplicios atrozes prescriptos pelos legisladores até á appariçfio dos no^os códigos no século 19°.

I Neste ponto são celebres pela influencia do direito canónico as Ordens, do Liv. 5º Tits. 23 a 33. * *m*

Com as ideias reformadoras da justiça criminal, com a consciência esclarecida pela distincçfio entre o direito e a moral, pela qual nem todas as offensas á esta constituem uma ofifensa aquelle, os legisladores do século 19° modificaram em grande parte a incriminação dos factos relativos os conjuncçõesillicitas.

É si bem que alguma cousa permanecesse das antigas tradicçõesjuridicas, também surgiram três aspectos fundamentaes que assignalam as condições e os limites para a incriminação dos (actos denominados *delicia ca mis.* São elles: l) a lesão violenta do pudor individual; 2) a lesão do sentimento da moralidade social como ultrage aos costumes pu-blicos; 3) a lesão do direito da família. *

íoi. Em geral sobre os nossos códigos neste titulo e sobre este capitulo do vigente, tivemos occasiãode dizer o seguinte que adianta a explicação dos artigos do texto.'

« E' um titulo lacunoso no código de 1830 e merecedor de séria revisão no actual, embora este tenha melhorado óquelle supprindo mesmo até certo ponto as lacunas.

Aquelle primeiro código executado com jurisprudência melhor não teria salientado na pratica os defeitos reaes que possue, sendo os mais notáveis a inutilidade das penas em alguns casos dos que nos oceupa, a ponto de punir o atten-tado ao pudor (art. 223) com um a seis mezes de prisão simples (detençao) e não definir de modo mais harmónico com a sciencia medico-juridica e as conveniências da repressão crimes torpes e odiosos.

Si o código vigente suppriu em parte as alludidas lacunas, o que poderia ter feito uma pratica intelligente sem prejuízo mesmo dos famosos *faoorabilia ampliando, in dúbiopro reo,* etc..., entretanto, fel-o de modo a justificar censuras fundadas em relaçSo a doutrino, e, o que é imperdoável, e em relação ós penas, o que é iníquo.

Contra a doutrina denomina o código actual de *estupro* o conjuneção carnal violenta da mulher honesta, quando,

' Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES CIT. pags. 206 e segs. '
Pessina, MANHALK CIT. pasr. 256, § 228.

nfio obstante a divergência sobre o significado do vocábulo entrejuristase médicos, é certo que andou melhor avisado o legislador de 1830, empregando-o como termo genérico, abrangendo o commercio violento ou voluntário e até todos os attentados ao pudor.

Já no direito romano, e os textos são irrecusáveis, o estupro comprehendia todos esses factos — o adultério e o acto carnal consummado mesmo *cum masculis.*

Puglia compendia toda a controvérsia, chegando â conclusão de que o estupro é o género de que as espécies são o *conhecimento* carnal com violência e a seducção. *

O projecto acceita a noção, conforme o uso mais geral, e separa o atlentado ao pudor como uma forma especial de criminalidade, considerando a *violação* (estupro violento), o defloramento e a simples offensa ao pudor caracterisada por copula carnal com a mulher honesta, mediante seducção, como espécies do género estupro.

Mas, para harmonisar a epigraphe com o texto, a refere aos estupros, e attentados e offensas ao pudor.

Não obstante toda essa descriminação, para facilidade da pratica judicial, tanto a copula carnal figura como aggravante, como o defloramento e esta forma na opinião da autoridade citada.[1]

Ao contrario do código actual que pune com a pena de um a seis annos de prisão, tanto o attentado (violento) ao pudor, como a corrupção do menor de 21 annos, o projecto pune este ultimo facto com pena correspondente mais ou menos á metade da outra, de modo geral, quando se trata, por assim dizer, de uma corrupção diffusa ou indistincta abrangendo o acto *cum masculis,* e aggrava a pena no caso de defloramento e no de copula carnal com mulher honesta, menor de 18 annos, figura esta que o novo código não reproduziu, sem razão aliás para isso, á vista de quasi todos os outros códigos.

O projecto, quanto ás idéas capitães deste capitulo, nem seguiu o código italiano, cujas syntheses aggravadoras, porém, aproveitou, nem o allemão e o húngaro, mas um meio termo talvez semelhante ao hollandez.

O código italiano não faz distincção de sexo para punir a violência carnal e a corrupção de menores sob as suas differentes modalidades.

O allemão e o húngaro, porém, refere-se á mulher e edictam penas especiaes para os actos carnaes contra a natureza, ou antes entre indivíduos do mesmo sexo, sem duvida para abranger as suas differentes formas a respeito

[1] Puglia, i REATI DI LIBIDINE, Napoli, 1886, pag. 13. [1] OBR. OIT., pag. 31.

doa boro codigôl **ou amd** **Ire si o** **homo fez**
VA J O MUI 1 lendo **a ped** il

neerofilj **prlmída de oonti** **frar explicitamente» ou por**
M **•«««• ■ (ira a natureza,**
disp
pun
criíi
Iril-e diffi *: (\<t* **traio** carnal entre ixo.
llí*strlnpre-í«o .i **campo del** **»vete**
áa vezes **na Jurispruden** **i e na medi** **a'da**
tentativa da ofensa* ao **ir**
vi duos do me*»n sexo *<* ***m***
Um doa autores do j a No correr deste
ver **quanto é extravogi** *i* de
tentativa **em** crimes **ha ia**
mente, como por exeri
até com *oiol* **■■■■ ■■■ a oa**
código poderem is resoH **Na**
mesma occasiãoj lirio **se re-**
feria a estudo seu sobro **ero de** cri-1

minalidada de que se tq *m*
0 ayatema do proj i e **pr^** ii **esics se pMocionam.**
hollandez, portuguez **e •** **os que** **|n<** **da** **o**
\f j>4 ı"ı mvArfi n ifflp i fã~menor **honesta caracteri-**
m, por seu contexto, aos pe-1
defloramento a da copu
sam eaa~~u~~j espeei* >. maL
ritos, os questões que neaie terreno aj podem levantar
sempre sobre **OÍ Jactos que constituam tentativa ou crime consummado, certas aggravantes ou qualificativas, o prova material dolles, ate.** ■
Ir Os livros dos especialistas nos desvelam as questões que toes factos podem suscitar, * ■
■ **A** classificação **lega! dos factos nem sempre <í Isenta de duvidas muito sérias e só a jurisprudencia-medlcal Tranceza é disto um exemplo. ***

[1] KraiTi-Kbiiig, LC PMCCHMTU —— iLI, Torino, **1889.** i>ae. 144.
[1] Masciíki. Tr.vrr.vTO **M NSMCIMA** I.BOAL», Napoli, 1891. »ol. 3°, I **pag.** 188. ■
* J.ião Vieira, **COMMSXTARIO** CIT. Recife, 1889, ***pag.* 75.**
[4] **Joio** Vieira, **o a*n»mo,** Uooife, **1880.**
■ * Taylor, TRAITK **M MBPKII» UCOALB,** Paris, **1881, p»g, 815.**
• firi&nd a eiiaudô, **MIPBCIXK LCOALI, Paris, 1879-1880, rol. 1*,** Pag. **W,**

A par das autoridades francezas, inglezas, allemães d austríacas, podemos citar Lombroso, Zilno e outros. *

O projecto uno aceitou o principio do código belga, art. 374, de que « ha attentado desde que ha começo de ex ecução », porque quiz separar completamente a *tentativa de violação, do attentado* (violento), ao pudor, discriminando-os até por uma clausula negativa na definição deste. E E a essa diversidade de noções corresponde a da pena lidade; porque, ao contrario do código actual, o projecto pune mais gravemente a tentativa de violação do que o attentado.

O projecto não contém a puniçOo do incesto, como acontece em outros códigos e assim elle só será punido implicitamente contido em outras formas de offensas ao pudor.

Também não incluiu o ultraje publico ao pudor ou hones tidade individual de alguém, como fazem o código portuguez e o italiano, que punem duplamente como delicto e contra venção quasl que o mesmo facto.

M
m Entretanto, a figura nas contravenções uma espécie que suppre o caso.
I E como o projecto de 1893 quasi não diverge dos posteriores e o estudo comparativo delles com o cod. pen. auxiliará a interpretação dos artigos do texto, seja-nos licito repetir aqui a resposta que demos a censuras feitas ao mesmo projecto, do mesmo modo que nos referiremos a outras criticas alias fundadas sob os seus respectivos pontos de vista.

A resposta á primeira ê a que passamos a transcrever, citando agora entre parenthesis os artigos correspondentes do cod. vigente neste titulo que a mesma critica abrange em differentes pontos delle.

M O illustre censor tem tanta rasão na critica do art. 284 (cod. pen. art. 266) quanto ao fundo, como quanto a forma, isto é, nenhuma. .%

■ Havia o *Projecto* usar até de palavras obscenas sem necessidade copiando, por exemplo, o código allemão 1 RS E' um dos pontos onde a sua *technica* (delle) falha inteiramente.

Si o artigo começa — *violar* uma mulher — é visto que technicamente inclue a ideia do estupro violento como acontece, por exemplo, no código portuguez art. 393, cuja epigraphe correspondente á figura é simplesmente a palavra — violação.

[1] I DKLUTI Dl UBIMNE B Dl AMORE, B tEZIONI Dl MEDICINA. LEOAIB, Napoli, eto.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO P&OÍEOTO DE 1893. pag. 15.

As expressões — relação *carnal* —, sem pleonasmo, não podiam ser substituídas por outras apropriadas e de sentido mais extenso. *

O *Projecto* adoptou uma formula muito sua e correcta. *Inde irae* ?

Mas si já apontou o código portuguez para justificar as primeiras expressões e dar o seu sentido; as segundas estão no código hollandez que nos arts. 242 a 245 emprega as ! expressões, ter uma illegitimo, ou por-se em — illegitima, *relação* carnal etc... [2].

I A rubrica do cap. I do lit. VII está perfeitamente justificado na *Exposição de motivos»*

No art. 297 (cod. pen. art. 274; o lapso não é do *Projecto* mas da crítica que foi leviana ou inepta.

Imputa-se-me a imperdoável falta de não fazer bem a referencia material a disposições que podem dar lugar a injustiças na pratica, porque não ponderei que a falta de I referencia do código italiano é porque um certo artigo está em titulo diverso ! paginas 81 — 82.

O motivo principiaria por condemnar o legislador ita liano. I

úu Depois não é exacto que no código italiano o tal artigo esteja em titulo diverso. I

m A chave do enygma que tão difficil pareceu ao illustre censor é outra. 6

■ Nem o *Projecto,* art. 297, (c. p. art. 274) nem o código italiano art. 351, se poderia referir na oggravação aos arts. 287 e 335 (c. p. art. 266; porque a morte ou a lesão suppõem a violência e neste caso os factos não caberiam nestes últimos artigos e sim em outros comprehendidos naquelles;

Si a corrupção com actos de libidinagem, e offensas a? pudor equiparáveis (art, 287) (c. p. art. 266) dão lugar a lesões ou a morte, já não se trotaria de taes figuras, mas de estupros e attentados ao pudor (arts. 284 e 285) (c. p. arts. 266 e 268;.

A que vem Casper e Tardieu que se referem a *attentados* aos costumes ?

Neste capitulo a censura tem descahidas curiosas.

Porque não dizer ascendente affim V (pog. 39); ella não o diz e as expressões são rigorosamente jurídicas. *

[1] Projecto de 1893:

«Art. 284. Violar ama malhar, constrangendo-a nlguem com violência ou ameaça, a ter eomsigo, relação carnal, ele...»

* IJrusa. Cooic* Pnuut OLAXDMS. Fíreoee, 188?,

* Vld. Borges Carneiro, Dnu.no Civil., Lisboa 180T, *f* rol | 102, ptf. 1». ^

Sobre o ultimo capitulo do tit. VII é o caso de dizer : chama, antes que te chamem, isto ê infelizes as expressões *polygamia* e *bigamia* usadas pelos códigos que a censura, enumera destruind>se a si mesma.

£ Eu deixo ao simples bom senso de qualquer leguleio decidir: si, é preferível usar de expressões genéricas tiradas de epigraphes geraes até de títulos de códigos que seguem systema diverso de classificação, isto é, o *analytico* como é o allemõo, quando o *Projecto* segue o *eccletico* ;

Ou designar a *bigamia* por esta própria expressão, *o casamento contra a lei* também por estas outras expressões, que caracterisam outras figuras e assim por diante nas respectivas secções comprehendidas no capitulo « dos crimes contra a segurança do estado civil ou domestico.»

A lógica do illustre censor foi aqui posta a prova, porque sustenta que si *bigamia* e crime, a *polygamia* não é, ai esta é, aquella nâo.

Como ê tudo isto incrível transcrevo:

« Nem *polygamia,* porque significando este vocábulo o casamento de um com muitos cônjuges vivos todos... poder-se-hia suppor licita a *bigamia*, mas também nem *bigamia,* porque sendo esta o segundo cusamento vivo o primeiro cônjuge (isto é que ê porluguez de lei),... com absurdo maior ficaria impune a polygamia.» Omitto na citação uns parenthesis inúteis.

O *Projecto* suppunha que sendo punível a *bigamial* que ê o menos, estaria punida a *polygamia* que ê o mais e por isso mudou essa palavra dos nossos códigos por aquella outra.

O *polyganio* pode ser um *reincidente,* e será a pena ainda mais aggravoda.

E o i ilustre censor, famoso lente de processo e de hermenêutica, esquece a regra de que a lei não pôde ser interpretada de modo a que dê lugar a absurdo.

Depois, citando o código chileno, cujo conceito da bigamia consagra quasi que pelas mesmos termos o do *Projecto,* art. 301, (cod. pen. art. 283) finalisa por estas palavras, cujos grifhos parece que se referem ao *Projecto* mas não, se referem ao código francez e ao allemõo e ê um *primor* de interpretação jurídica (pag. 83):

« E dissemos melhor do que todos (o chileno, igual ao *Projecto,* nas palavras aproveitadas), porque a expressão (no singular ?) *dissolvido o anterior, dissolução do precedente* — poderá fazer suppor que, no caso, por exemplo,, de três casamentos, não haverá crime si o segundo estiver dissolvido e não o primeiro, pois o segundo ê que ê o *anterior»* ?

Haverá critica mais sensata o profunda?

No nrt. 305 ora mister usar daquelle «fora dos casos *do* artigo antecedente» para descriminar bem as figuras fáceis de confundir com a do artigo citado.

A censura ultima sobre duas figuras do rapto (pag. III) é feita resumindo-se os arts. 28.9 e 390 (cod. pen. arts. 270 e 272) de tal arte, que este figura com duas palavras Esta *lealdade è* plenamente dismentida pela lettra 1 daquelles artigos que, conforme sua fonte *(o* cod. ítal.)> í punem mais gravemente o rapto da mulher casada do que 0 da solteira ou viuva maior de 21 ânuos.

E mais ríflo disse em todo este capitulo (96—112) que aliás compõe-se principalmente de transcrlpções.*

lo». £ porque a fonte dos projectos de revisão foi o código vigente, Interessando por isso á interpretação deste as estudos dos trabalhos preparatórios da mesma revisão, lembramos que justificando o projecto de 1897 «Iludíamos ao primitivo de 1893 e ao seu substitutivo de 1896, dizendo:

«O substitutivo reproduz a nova redacção, nfio obstante as alterações que fez ao projecto, mos fazendo a seu turno ligeiras modificações áquella redacção.

No mais reporta-se á exposição de motivos do pro jecto primitivo que é lambem multo minuciosa sobre este titulo.

m As alterações alludidas se reduziram a supprimir as expressões «com trabalho», dizendo-se simplesmente/W-*são,* attento o plano do substitutivo; eliminar a condição do requerimento para dissolver o laço conjugal quando a mu lher se prostitue, sendo proxeneta o marido, e a inclusão das expressões, supprimidas sem razão, no art.. 288 — ou declarado nullo —- pois que o casamento pôde ser nullo ou annullavel—-Decr. n. 181, de 24 de janeiro de 189J), arts. 81 e 63 » *.

M Posteriormente *o parecer* a que já temos alludido d'uma com missão do nosso Instituto da Ordem dos Advogados Brazilelros — do Rio de Janeiro fazia a critica dos projectos de 1893 e 1896, principalmente deste e na resposta que en tão demos, faziamos por nossa vez a critica do código penal) vigente, cujo autor era o illustre relator da referida com-missão.

A nossa resposta fríza os defeitos do código penal que ora commentamos e por isso passamos a repetll-a aqui.

No terceiro e ultimo capitulo *o parecer* se refere d parte especial dos projectos, isto é, a dous títulos dos nove do pro-

' **O** PROJECTO **»o COD. PEN.** *e a Faculdade de S, Paulo,* **Recife, 1895, oap. X, pag. 40,** cap. **XIV pag. 58.**

* **EXPOSIÇÃO** DE MOTIVOS *do projecta de* 1897, **pag.** 11.

jecto primitivo, mas referi ndo-se quasi exclusivamente ao *substitutivo* de 1896.

O parecer esquece a exposição de motivos do projecto primitivo, bem minuciosa sobre este ponto c por isso não ha remédio slnão voltar ao assumpto nos pontos alli questionados.

Em relação aos crimes de *estupro* o parecer não atten-deu que todos os projectos, calcados aliás sobre o primitivo, definem nitidamente as varias figuras, confusas e diffusas no código vigente, que confunde até como *género* as *espécies* ou antes figurando estas sem género que as comprehenda e de modo ião desordenado que o *ottentado* ao pudor, a \ojfensa ao pudor e o que lhe aprouve chamar e definir de *estupro* se confundem, parecendo que espécies mais graves suo punidas com penas menores e vice-versa, artigos 266 a 268.

M O código vigente considera como violenta a offensa ao pudor de pessoa de menor idade, sem duvida menor de 21 I annos.

R E refere-se ainda à essa menoridade como extremo do defloramento. B

Quasi tudo isso está notado com as lacunas preenchidas no projecto de 1893.

Agora o parecer acha que o projecto referlndo-se era casos diversos ó menoridade de 12 e 15 annos, para caracte-risar ou aggravar as respectivas figuras, devia estabelecer a Idade de 16 annos que é a admittida em nossa lei para o casamento!

Que relação necessária, porém, ha entre tudo isto, a maioridade *civil* e a *nubilidade t*

A tirada moralisante e sentimentalista cahe no vácuo, desde que o projecto é mais rigoroso que o código, porque elevou a penalidade e estabeleceu figuras que o código omittiu. H

Quanto ás differentes idades, o projecto não podia ele-val-as mais do que fez acima das marcadas nos códigos eu-ropeus de paizes onde o desenvolvimento psychico e sexual ê mais tardio do que entre nós.

I O código penal argentino abaixa em alguns casos todas essas Idades; e ainda mais o código do Uruguay.[1]

O projecto, quanto és idéas capitães deste capitulo, nem seguiu o código italiano, cujas syntheses aggravadoras, porém, aproveitou, nem o allemõo e o húngaro, mas um melo termo talvez, semelhante ao hollandez, portuguez c outros que com estes se relacionam.

[1] Vid. Malagamga, *Codiab Penal,* Buenoa-Airea, 1896. pag. 160; Acevedo *Código Penal,* Montevideo 1893, pag. 238.

■ No código hollandez a presumpção de violência ou a aggravante resultado facto da idade da victima abaixo de 12 e 16 annos.

Swinderen resume a legislação comparada favorável aosl projectos. *

O parecer ainda neste titulo nota o que chama confusão do *lenocínio* com o *caftismo,* previsto no art. 278 do código vigente e, ao contrario do parecer, reproduzido no projecto com penas tripla e quintuplamente aggrava-j das de prisão e multa no art. 294 § 1° n. IV.

Todo este alarma é produzido pela impunidade dos *ca/tens* que só, quando estrangeiros, podem ser deportados.

A culpa é do projecto mais rigoroso ? Não; é talvez dos processos mal instruídos ou do jury.

:• Agora vejo que as idéas do projecto neste ponto são justificadas em obras notáveis.

B A razão da injusta censura é porém do systema do parecer, ou que se afigura ao parecer dever ser o dos códigos, fazer um artigo ou mesmo um titulo para um caso dífflcil de reprimir; mas esqueceu que o código vigente não tem sancção para a *rebellião,* nem para a falsidade de papel *publico* commettida por *particular* e confunde nas suas extensas casuísticas os crimes mais diversos de funccâo, tornando difficil, senão impossível, saber qual pena deve ser applicada, porque á reproducção de conceitos idênticos com denominações differentes corresponde a diversidade de penas.

Admira *que o parecer* não tenha notado a suppressflo do crime de adultério que figura no código vigente, pois que ainda reina controvérsia em estudos recentes; o código italiano é criticado sobre os seus *despropósitos* em matéria de adultério e sustenta-se que a pena deve ser admittida como *ultima ratio* contra elle.

M Também é verdade que podemos citar, em contrario, outro livro apenas sabido do prelo até com a data do armo vindouro no frontespicio, que aponta a Inglaterra, Genebra e New-York, onde nflo ha pena alguma contra o adultério. •'«

Antes de deixar este ponto devo notar que com cuidado meticuloso foi elaborado este titulo, conforme resulta mesmo da exposição de motivos.

' Swinderen, *Droil penal w.luel dam U$ JMII/* ba$ et á Vttrangtr,* Oroningur, 1891-54, 3" vol., p&g. 51.

■ ' Viwzi, Sus *reati uuuali,* Torino 1896, pae.. 132. ■

* Grani, SUM.A rONiBiMTA »BI,I/ADI/I.TRRIO, Toriao, pag. 172.

* Gambam>ta, L'ADUI,TKRIO, Toriao 185J8, pttg. 230.

De novo no ultimo substitutivo procurou-se com esforço fazer o melhor diante mesmo dos trabalhos e estudos de que actualmente são objecto crimes de tal natureza por todas as faces porque possam ser considerados.

A prova está em que factos torpes como os que serviram de base ao processo do vicioso Oscar Wilde passaram das Ipaginas sensacionaes das gazetas a serem tratados nos livros dos scientistas competentes, livros que muita vez são logo traduzidos como o que temos sob as vistas. *

No próprio tratamento psychico e suggestivo das perversões sexuaes cada dia se descobrem novos horisontes. *

Eis ahl a resposta que demos aos differentes pontos deste titulo visados pela critica do alludido parecer. [3]

Estabelecidos os princípios geraes, e com referencias ao estudo comparativo entre o Código Penal o os projectos de revisfio podemos passar a tratar especialmente da matéria do primeiro capitulo.

Antes, porém, seja-nos permittido recordar palavras que escrevemos fazendo dispretenciosa rescensfio de um livro theorico e pratico ao mesmo tempo, mas orientado pelas idéas modernas do direito que estudamos. [1]

A *fome* e o *amor* silo dons instinetos que dominam a natureza humana, como a toda animalidade terrena, variando apenas de modalidade e intensidade pela disciplina da cultura social, condições mesologicas, etc.

Isto resulta bem da bella introducção que abre o livro. • «As espécies vegetaos c animaes, diz Carmelo Grassi, obedecem ao império de duas tendências, ao impulso de duas funeções, de conservação a primeira, de reproducçfio a segunda ; á primeira, corresponde a necessidade de luetar para existir, á segunda a necessidade de amar para repro-duzir-se.»

E no prefacio, que Morselli escreveu na esplendida monographia de Pio Viazzi *Sui veati sessuali,* a these é magistralmente desenvolvida, destacando-se ahi estes trechos :

« Niguem poderá negar que a funeção sexual oceupe, uma parte principalissima, tanto na existência do individuo como na vida dos aggregados sociaes.

No individuo, o faculdade reproducliva é, sem duvida, a mais fundamental : talvez também si se observam as

• Uaffalovteta, *L., Uranismo* (trad do Dr. Bruni) Torino, 18D6, pag. 49; A. Moll, *Les Perversiones de Vinttinn yinital* (trad.) Pari/.. 1833,| pag« 27-1.

' LA TERAPIA RIIOOEST1VA UELLB PSICOPATIE SESRU.U.I dei Dl". VOIX Schrenck —■ NoUsing, (Irad.j| Torino, 1897, pags. 166.

[1] A REVISÃO DO CÓDIGO i'BNAL na *Revitta Académica,* Recife, 1897; cap. VI, pag. 36.

[4] Viveiros de Castro, OS DKLICTOS CONTRA A HONRA DA MULHER. Rio de Janeiro, 1897.

cousas de um ponto geral de vista, si se reflecte nas ho-j diernas indagações sobre a formação e sobre o desenvolvimento do mundo orgânico, a vida do ser *indioiduo* nflo tem) outra origem e outra razão natural, excepto esta *a confm nuidade da vida universal.* Assim a mesma funcçflo conserva tiva, aquella que mira manter a integridade individual, ô adquirida e conservada pelo ser vivo somente como meio de defesa ou como instrumento da sua funcçflo de reprodução.

m O ser *se nutre porque deve reproduzir-se.* Explicar o porque o ser deva reproduzir-se ô achar a soluçflo do problema mesmo da vida, mas isto é do domínio da metaphysica, nflo da sciencia positiva...

I « E o psychologo e o sociólogo, nflo inconsiderados que, levflo a analyse scientiflca até os primeiros elementos, nflo tardam a ver que dous são os grandes motivos só dessa manifestação da *psichâ* individual no seio da sociedade elementar humana : *pão* e *amor.* Mas o primeiro ô, na realidade, somente o meio e o instrumento para assegurar ao individuo a consecução do segundo. Assim, a individualidade da procura do *pão* se acha unicamente explicada com a universalidade da necessidade suprema da espécie, o *amor.»*\

A importância do problema não diminue, mesmo regeitando, como faz Morselli, a hypothese paradoxal de Mário Morasso que, ao lado da questão *social,* possa surgir uma questão *sexual.*

I 103. O Código Penal epigrapha os artigos do texto como de *violência carnal,* em vez de *estupro* ou outra palavra ou phrase mais geral que comprehenda modalidades que elie prevê nas respectivas disposições sobre factos era que não entre a violência.

No Direito Romano, o estupro era punido mais pelo fundamento da offensa á religião e ã moral do que sobre o do direito violado, por isso não se exigia a condição negativa da falta de consentimento da pessoa estuprada; e quando o constrangimento se unia ao estupro, o meio adoptado era uma razão de aggravaçâo do delicto. í

K Foi o Direito Germânico que pòz em relevo a violência como condição do delicto.

Mas com o direito ecclesiastico surgiu de novo como razão de incriminação a impureza do facto em si mesmo.

E sobre esta base até o secuio 18° (como servem de exemplos as Ordenações, do Liv. 5° nesta parte) os chamados *delicia carnis,* como o estupro, o incesto, a sodomia, a venera bestial foram punidos severamente pelos legisladores.

[1] Artigo do autor no *Debate* n. 90, de 18 de janeiro de 1898. H

Pouco a pouco, porém, as querellas por estupro com o fim de obter o *aut nubat aut dotet* fez surgir a necessidade de circumscrever a acção, apparecendo na Itália a Pragmática de 1779 que restringia a punibilidade do estupro a hypo-these do ultrage violento a castidade pessoal, ou do ultrage, embora não violento, mas feito â moralidade publica.

E em geral os códigos modernos começando pelo írancez contiveram dentro de ta es limites a punição de qualquer acto de libidinagem sobre pessoa do mesmo sexo ou de sexo diverso.

Os antigos criminalistas, diz Pessina, e as leis antigas adoptaram o nome de *estupro* para designar em geral a contaminação duma pessoa, fazendo-a sujeitar-se ao desafogo da libidinagem. Si a pessoa que se sujeita aos actos de libidinagem doutrem, a isso presta se voluntariamente, ha concurso de vontades que peccam perante a moral; e somente quando não concorre a vontade da pessoa estuprada, apparece a criminalidade objectiva do estupro, porque então a pessoa soffre violência, *vim patitur,* e sem sua vontade em sua castidade corpórea.

Tal contaminação offerece razões de maior gravidade:

l.o Si o concubito tem logar com pessoa do mesmo sexo — o que aliás não observa o nosso cod. pen. art. 266, porque pune com uma só pena qualquer que seja o sexo,

2.° Si a lesão moral realisar-se na pessoa de uma virgem - o que também não observa o cod. pen. art. 266 e 268 combinados, punindo com a mesma pena seja a mulher virgem ou não.

3. ° Si com o concubito concorrem offensas materiaes ô pessoa — cod. pen. art. 274.

4.° Si o concubito tiver logar por obra daquelles que são chamados a guardar ou educar a pessoa violada — código penal art. 273.

E por outro lado, o crime apresenta menor intensidade criminosa, si a pessoa sujeita á libidinagem, por ter já antes feito mercado do seu corpo, ê considerada privada do pudor e da honra — cod. pen. art. 268, § 1. I Mas a essência do crime está na *violência contamina-dora soffrida sem o próprio consentimento.*

O nosso cod. penal, como vimos, não denomina, na epigraphe, de *estupro* os factos dos artigos do texto, embora nestes empregue a mesma expressão, mas a de *violência carnal,* conforme o cod. ital., sem declinar, entretanto, a *eorrupção de menores* que comprehende no art. 266, paragrapho único.

A *violência carnal* se distingue em duas espécies, conforme a doutrina.

Uma e é a mais grave ê constituída pela conjuneção corpórea illicita, que corresponde ao que foi chamado *es-*

tupro pelos criminalistas e pelas legislações, pelo nosso cod. crim. anterior, projecto de 18'3 e pelo nosso próprio cod. pen. nos arts. 268 e 269; a outra, menos grave, é constituída por qualquer acto de libidinagem que ultrage o pudor da pessoa e está prevista nos arte. 266 e 267.

O crime de estupro ou violência carnal é o constrangimento de uma pessoa *de um* ou *de outro* sexo para a conjuncção carnal.

Mas o nosso cod. no art. 268 do texto só refere o estupro á *mulher,* seguindo assim o cod. portuguez art. 392 e a sua fonte o cod. francez, art. 332, imitado pelo cod. belga, art. 375, ao contrario do cod. ital. que comprehende um è outro sexo.

Conforme Blanche, o estupro, *viol,* consiste no facto de abusar de uma mulher sem a participação da sua vontade.

Ou, como dizem Chauveau e Hélie, este crime contém em si mesmo a sua própria definição. Entende-se por *oiol,*\ segundo Jousse, toda conjuncção iliicita commettida por força e contra a vontade de uma pessoa. Os dous elementos do crime são pois o commercio illicito e a violência.

O § 2.° do art. 268 não é elemento do crime, mas uma circumstancia agravante especial que pôde augmentar ai intensidade da violência, mas já a suppõe ; está coordenada com a disposição sobre o crime.

Este presuppõe necessariamente esses dous elementos, a *vénus iliicita* e a violência material, physica, ou moral para obtêl-o.

O primeiro destes elementos é a base de facto do crime de estupro; elle pode offerecer nos seus vários momentos as gradações do crime tentado, frustrado ou consumado.

O nosso código penal como sabemos não contemplou o crime frustrado.

A *copula* é um elemento essencial do crime; não é sinão por este único facto que elle é consumado. Si ella não èl constatada, o titulo da accusação não pode ser mais do que uma tentativa de estupro, e se esta tentativa não reunir os respectivos caracteres determinados pela lei, o facto constituirá um attentado ao pudor previsto no nosso código, art. 266 do texto. *

O outro elemento, isto é, a *violência* não é circumstancia aggravante, mas condição essencial do crime. O constrangimento, em regra geral, deve ser provado e pode realisar-se por meio de *violências* ou *ameaças.*

Mas ha casos em que não é mister a prova do constrangimento, porque a lei equipara a elle qualquer condição ou estado que implique a impossibilidade dum consentimento

■ Chauveau, Hélio **e Villey, Oim.** CIT. vol. **4*** pag. **313, n. 1579.**

verdadeiro e livre ..na pessoa sujeita á conjuncçfio carnal; conforme os arts. 272 e 273 do texto que opportunamente apreciaremos.

O nosso código penal no art. 268, do mesmo modo que o francez não define o *estupro,* mas como este código não deixou aos interpretes conceitual-o; pois que si não definio alli mesmo o crime, delle dá uma definição muito extensa no art. 269, diffusa e deficiente, apezar das exemplificações materiaes de que se serve na mesma disposição que não exhaurem todos os casos, porque excluem outros que não podem ser incluídos, nem mesmo por analogia ou paridade, aliás vedada no art. 1°.

O código portuguez art. 393, que elie abandonou neste ponto é muito mais comprehensivo.

O art. 268 apezar de abusivamente casuístico só comprehende os casos communs de violência physica ou moral, psychica.

Os outros casos ficam fora do texto e não constituirão o estupro.

O código portuguez art. 393, mais cauteloso refere-se « á *fraude* que não constitua seducção ».

Realmente, commentando o art. 332 do código francez, Blanche pergunta si o crime não existirá sinão no caso em que a posse da mulher só tenha sido obtida por meio da violência ? E responde que a lei não o diz, nem podia dizel-o.

A pureza das mulheres é para ella mesma um bem tão precioso; ella interessa tão essencialmente á moral publica, á honra, á segurança e á constituição mesma das famílias, que a lei devia defendel-a, não somente contra as violências, mas ainda contra as *surpresas* de toda natureza. O art. 332 não definio o estupro, mas n8o o restringe no caso em que o culpado tenha usado de violência. A generalidade dos termos desta disposição permilte crer que ella considera que ha estupro todas as vezes que a mulher não tem consentido no acto brutul de que ella tem sido victima. A mulher que não está exposta sinão á violência physica ou moral pode ainda defender-se. Aquella que é *surprendida durante seu somno* ou adormecida por poções narcóticas não pode li-vrar-se. Ella não tem sinão a lei para salvaguarda e a af-fronta que ella soffre não é menos offensiva, não é menos um estupro que aquelle que é o resultado da violência.[1]

Estes princípios teem sido consagrados pela corte de cas sação, cuja jurisprudência o mesmo autor, Chauveau e outros citfio referindo espécies que o art. 269 do texto não comprehende! *

O art. 269 comprehende todas as formas de somno ou insensibilidade produzidos artificialmente ou por factos de

[1] Blanche & Dulruc, Onit. CIT. vol. 5° pag. 108. na. 96 e 97.

terceiro, mas esqueceu o caso mais vulgar e natural, o somno normal que em muitas pessoas é exclusivamente por índole pesado, profundo.

0 código belga, comprehende outros casos.

Sem ser tao casuístico como o nosso, o código belga é mais genérico:

« Art. 375. Será punido com a reclusão aquelle que tiver commettido o crime de estupro *(viol),* quer com o auxilio de violências ou de ameaças graves, quer por *astúcia,* quer abusando duma pessoa que por efíeito duma moléstia, por alteração de suas faculdades, ou por *qualquer outra causa accidental* tiver perdido o uso dos seus sentidos ou delle tiver sido privada por qualquer artificio. »

Os criminalistas e médicos legistas discutem as variadas e difficeis questões que o assumpto suscita, e entre nós delias si occupou *ex-professo* Viveiros de Castro. *

Referindo-nos á obra do mesmo autor nosso que já citamos, vem ainda a propósito sobre os arts. 268 e 269, recordar observações que opportunamente fizemos.

E' consagrado ao estupro o *seguinte* capitulo do livro.

O autor segue o systema adoptado na matéria do que tratou anteriormente, isto é, didáctico e pratico ao mesmo tempo.

Dá-noso conceito da espécie figurada e analysando-o nos dá os elementos constitutivos das formas delictuosas, apreciando de per si cada modalidade do delicto *in genere*.

Assim são consideradas, em seu conteúdo e alcance ou effeitos, a violência physica, a moral, a fraude, o somno, a incapacidade no consentimento e outras condicções semelhantes ou equiparáveis, como a menoridade de 16 annos, o abuso da autoridade publica ou privada e certos estados produzidos pela suggestão hypnotica e o uso de narcóticos, anesthesicos, etc.

Discute e resolve certas questões pertinentes ao assumpto e concernentes as mulheres casadas e viuvas e a relativa á dirimente ou attenuante de factos que possam ter prostitutas como sujeitos passivos do delicto.

Noto aqui que, erigida a *fraude* em elemento do estupro, como uma forma de violência, será ás vezes quasi impossível distinguir a espécie da outra do art. 267 do código penal, que emprega a mesmíssima palavra e, neste caso, *quid júris,* estupro ou defloramento *1* E sendo as scenas differen-tes a questão da applicação de qualquer delias é bem seria.

E de modo geral o assumpto se liga á theoria geral do capitulo, a propósito de cujo objecto Pio Viazzi, criticando o

[1] Viveiros de Castro, os DBLICTOS CONTRA A HONRA DA MULHER CIT. pag. 87, cap. III, *o estupro.*

código italiano, diz que é licito suppor além disto que taes disposições do código não se possam referir àquella ingénua adoração do sexo feminino, frueto do falso romantismo da época qua até hontem universalmente e até agora nas classes de instrucção e educação media é levada a considerar sempre a mulher vtetima das insidias e enganos masculinos. [4]

E Por mais geral que fosse a feição dada à esta parte do livro, elle não se oceupa dos attentados ao pudor vis-a-vis dos estupros, objecto de outra monographla do autor e a cujo titulo acima nos referimos.

Mas vem a pello consignar o que, sobre o nosso projecto de 1893, diz aquelle criminalista italiano referindo-se a disposições correspondentes do código italiano ao qual prefere o; projecto:

« Teria ido bem, na minha opiniôo, explicar claramente na figura do art. 331 a ideia única da união sexual violenta do homem com a mulher e na figura do art. 334 todas as outras qualidades de conjuneções e de quaesquer *substitutivos,* concedendo ao juiz maior extensão de pena tanto no máximo como no minxmo.

« A" parte a latitude da pena pelo que respeita ao máximo que eu, na segunda destas figuras de delicto, quereria mais elevado, se acostam, até um certo ponto a taes ideias as vistas do projecto de código penal apresentado ultimamente á camará dos Deputados do Brazil pelo Dr. João Vieira de Araújo.

« Este projecto, calcado em grande parte sobre principios da escola positiva, prevê no art. 284 o facto do homem que, com violência ou ameaça, vilola uma mulher constrangendo-a a ter relação carnal com elle.

« No art. 285 reprime o facto de quem *attenta contra o pudor* de pessoa de um ou de outro sexo, constrangendo-a com a violência ou ameaça, a commetter ou a soffrer actos de libidinagem, fora de toda a hypothese de tentativa de delicto previsto pelo artigo precedente».

Aqui se prevê suficientemente a fixar os limites do conceito na parte que se refere ás formas mais graves de violação do direito d'outrem ; se recae, porém, na falta costumada de distineção suffleiente pelo que respeita ás formas menos graves e que facilmente podem ser confundidas com outras não puniveisou merecedoras de consideração especial, com a expressão muito vaga de *attentado ao pudor.* [a] .

Entretanto, os que aceusam o projecto de traducção do código italiano, esquecem que neste, como em muitos outros

[1] Pio Vlaizi, 801 REATI 8E88UAM OIT p&g. 12.

[4] Idem, OBR, oiT, pag. 32

pontos, elle se afastou muito sciente, conscientemente da-l quelle código que foi um dos seus modelos, como reconhece agora Viazzi traduzindo e interpretando fielmente as respectivas disposições.

104. A outra espécie de violência carnal de menor intensidade do que o estupro é o ultrage violento ao pudor individual, constituído por actos de libidinagem, sem que com elles se vise ou se mire a conjunccfio carnal.

Esta forma de delinquência exige sempre que se tenha! empregado como meio de constrangimento a violência ou ameaça ou se haja realisado uma daquellas hypotheses que constituem o constrangimento presumido, de que offerece exemplos o nosso Cod. Pen. arts. 272 e 273 citados.

Uma norma commum a estas duas espécies de crime de violência carnal, isto é, o estupro e o atíentado ao pudor previstos nos arts. 266 e 268 do texto é que constitue uma aggravante o concurso simultâneo de duas ou mais pessoas na pratica dum ou doutro crime.

O art. 26S § 2° estabelece essa aggravante para o estupro, mas esqueceu-a para o attentado a > pudor, art. 266.

No § I° do mesmo art. 26S, o cod. contempla, ao contrario, outro caso, em que a estuprada for uma mulher publica o í prostituta, mas esqueceu também de applical-a ao art. 266, talvez suppondo que uma meretriz não seja passível de tal crime, caso em que então elle entre nós é impune, o que constitue uma immoralidadc da parle do legislador, attento o alcance da disposição.

Sobre a matéria do art. :66 o que acabávamos a pouco de expor está de accordo oma doutrina adoptada peio cod. ital. e outros e pelos projectos de revisão, mas a matéria do texto diversifica muito.

hl O cod. pen. art. 266 dá do *attentado ao pudor* uma definição muito semelhante até nas palavras ao cod. portuguez, art. 391.

O conceito é muito differene de outros códigos v. g. o ital. porque este referiu tanto o estupro como o attentado ao pudor á pessoa dum e doutro sexo, ao passo que o art. 268 refere o primeiro á mulher e somente o segundo á pessoa dum ou doutro sexo no art. 266.

Este ultimo foi também o systema seguido no cod. francez, arts. 3H e 333,2« parle e belga, arts. 372 e 373. I Mas o nosso cod. pen. vigente diverge não somente do nosso cod. crim. aulerior, mas também do cod. francez.

O que se podia chamar attentado ao pudor, conforme o j m>sso cod. de 1830 era a figura do seu art. 223 que punia uma das espécies do género estupro com pena ínfima aliás « quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo á alguma *mulher,* sem que se verifique a copula carnal.»

O nosso cod. pen. art. 266 tendo restringido o conceito do attentado ao pudor conforme fez o cod, portuguez, art. 391, affastou-se muito da fonte primitiva ou mediata.

Effectivamente, conforme Garraud, e os autores que temos citado, o attentado ao pudor resultante do facto mesmo immoral ou obsceno, praticado voluntariamente, nada tem que ver com o *movei* do agente do crime: pouco importa[1] que até tenha querido satisfazer a sua *lubricidade,* ou *qualquer outra* paixão, si aliás o facto apresenta os caracteres especificados pelos arts. 331 e 332 do cod. francez.

Não se poderia pois crer que o fim do agente, no attentado violento ao pudor, deva ser necessariamente de satisfazer uma *impulsão carnal.* Um acto impudico commettido sobre a pessoa doutrem, ou sobre sua própria pessoa oin o auxilio doutrem tem sem duvida quasi sempre por movei o instincto genesiaco; mas o acto constituiria um attentado ao pudor, ainda mesmo que fosse devido a. curiosidade, ao ódio ou á vingança. *

A mesma interpretação é dada pela jurisprudência allemfi ao § 174 do respectivo cod pen. Nos termos duma decisão do tribunal do império de 28 de fevereiro de 1880: « são qualificados como *aclos impudicos* os que offendem os bons costumes e A decência relativamente á sexualidade; importa pouco porém que directa ou indirectamente, eiles sejam commettidos para dar satisfação aos desejos sexuaes».

Entretanto, Crivellari, notando neste ponto o rigor da jurisprudência franceza, cita um aresto da Corte Suprema de Vienna, de 16 de junho de 1863, em contrario à tal jurisprudência, isto é, desconhecendo o attentado violento ao pudor quando o escopo do agente do crime não é a satisfação da paixão venérea.[3]

E' innegavel, porém, que para que haja offensa ao pudor nada pôde influir que o sujeito activo do crime tenha a intenção de desafogar a sua lubricidade.

A jurisprudência franceza não deixa nenhuma duvida, citando os autores espécies bem características.[4]

Entretanto, o art. 266do nosso código parece restringir esse conceito do attentado, p >rque emprega as expressões « com o fim de saciar paixões *las -iças* » embora accrescente — ou por *depravação moral.*

A interpretação não è fácil deanle do preceito geral c rígido do art. I° e ainda porque aqui, lendo sido a fonte do

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 4° pag. 473, n. 4")8.
* Berner. TRATTATO OIT. § 174, pag. 3(>2.
* Crivellari, OBB CIT ,7° vol., pag 4i3, n 5.
* Chauveau, Helle e Villey, vol 4», pag 300, n. 1572; Blanchei & Dulruc, vol. 5°, pag. 129, n. 105

código o portuguez, art. 391, este emprega expressões mais! genéricas — por outro qualquer motivo.

E', pois, uma disposição que fora dos actos evidentemente lúbricos, se prestará tanto á accusaçâo, como á defeza do indiciado.

Quld júris si a espécie se verificar ?

Provavelmente ficará impune, salvo si o facto fôr praticado em logar publico, porque entoo incidirá no art. 282 que edictauma pena irrisória. Outra questão. Empregando o art. 266 a expressfio *attentado* e ainda mais, a exemplo do código francez de 1810, declarando o código belga, art. 374, que — o attentado existe desde que ha *começo de execução* » — poderia parecer que trata-se duma verdadeira tentativa elevada a crime saí *generis* e por isso não comporta mais a *tentativa de attentado* ?

A solução é que não ha tal tentativa, desde que houver começo de execução ; por ser considerado já tentativa ou crime consumado, o agente incide só e exclusivamente no art. 266.

A questão está resolvida nesse sentido pela jurisprudência franceza, conforme attestam todos os autores sendo que a opinião isolada de Carnot, deante das disposições paral-lelas do nosso código, não prevaleceu, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

IOE». O art. 266 contém um paragrapho único, impondo a mesma pena « áquelle que *corromper* pessoa de *menor* idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem ».

Trata-se aqui duma outra forma de criminalidade contra a castidade pessoal e que é delineada como corrupção por actos de libidinagem sobre pessoas de *menor idade,* enten-dendo-se a menor idade civil, isto é, até 21 annos, porque o código não fixa outra idade no art. 266, paragrapho único do texto.

Pessina, referindo-se á disposição parallela do código italiano, art. 335, observa que a hypothese como alli foi formulada veio dirimir uma controvérsia suscitada em França e na Itália na interpretação dos códigos anteriores. Vários interpretes consideravam, em sua maior parte, que houvesse delicto de excitaçõo á corrupção, quer servindo á libidinagem doutrem, quer servindo á própria libidinagem. O art. 335 dirime a controvérsia, bastando para isso coflfron-tal-o com as normas relativas ao lenocínio, que consiste em servir a libidinagem doutrem.

Foi também o que fez o nosso código penal, art. 266, paragrapho único, distinguindo a espécie do *lenocínio* agora previsto nos arts. 277 e 278, figura que não existia no código criminal de 1830.

A disposição do paragrapho único, semelhante á do código italiano, art. 335, estabelece que, também sem recorrer

á violência ao pôde incorrer em crime realiaando actos de libidinagem, quando estes são praticados sobre pessoas de menor idade, isto é, até 16 annos, por aquelle, e até 21 pelo nosso.

A locução adoptada pelo cod. ital. e imitada pelo nosso, ê a de *«corromper* uma pessoa de 16 anpos *mediante* actos de *libidinagem».*

A essência do delicto não consiste na violência que constrange â impudicicia, mas em uma quasi violência, isto ê, em caricias ou affagos para seduzir *(illecebrae* adescatrici) a pessoa menor de 16 annos. *

Mas, o nosso cod. pen., no paragrapho único do art. 266, como vulgarmente se diz, não tem eixo.

Imitou a locução do cod. ital., mas o absurdo aqui tocou ás raias do disparate, punindo tal figura com pena superior á do defloramento e igual á do attentado ao pudor com violência e ao estupro, como se vê confrontando os arts. 266, 267 e 268 !

Punir com 6 annos de prisão cellular um individuo que é encontrado beijando e abraçando uma mulher quasi de 21 annos e punir com 4 annos o autor do defloramento de uma moça apenas núbil, é um facto que transtorna todos os princípios jurídicos da interpretação, um dos quaesê negar que o legislador commetta absurdo.

Aqui é evidente o disparate.

O cod. pen. seguiu no arranjo do art. 266 e paragrapho único, o cod. port , art. 391 paragrapho único, que também este equipara a pena da *corrupção* a do *attentado,* mas o nosso cod. não viu que o port. inflige a pena *correccional* e que esta, conforme o art. 64, não obriga a trabalho e não pôde exceder a dous annos !

Pelo cod. ital., art. 335, a pena é de 30 mezes, no máximo e multa, salvo qualificativas especiaes.

A pena do paragrapho único do art. 266 ainda será augmentada pelos qualificativas e aggravantes do art. 273.

A' vista da collocação do § e da doutrina, além do que dissemos citando Pessina sobre a fonte da disposição, ô fora de duvida que trata-se de crime que se refere á pessoa de um ou doutro sexo e que o facto não chegue por sua importância a constituir attentado, art. 266, ou tentativa de defloramento ou de estupro, arts. 267 e 268.

A disposição do paragrapho único do art. 266, semelhante a algumas da Orden. do Liv. 5°, torna-se inconciliável com a do art. 272. que presume violência tratando-ee de pessoas menores de 16 annos e aqui eleva a menoridade aos 21 annos.

■ Pessina, OBR. CIT., pag. 258, § 231.

Sobre a espécie é menos rigoroso á vista da differença de idade marcada no cod. ital.

Gommentandoa disposição parallela á do nosso cod., opina Puglia, que trata-se do deiicto de corrnpçfio de uma pessoa menor mediante *actos de libidinagem.*

Sustentam alguns que a existência deste deiicto está subordinada a duas condições : I[a], que os actos de libidinagem sejam praticados com o escopo de corromper ; 2[a], que ellejs sejam praticados contra pessoa não corrompida. Quanto a primeira condição, observamos que no systema do novo cod. não parece ser ella necessária, porque haverá sempre corrupção, tanto si os actos de libidinagem tiverem sidocom-mettidoscom o objectivo de corromper, como si tal objectivo não tiver existido.

Não é necessário porém que os actos de libidinagem sejam exercitados sobre a pessoa que se quer corromper, sendo sufflciente que esta seja testemunha de actos libidinosos. *

A opinião de Puglia não está de accôrdo com a doutrina contraria, quasi unanime, dos mais notáveis autores italianos, nem com a respectiva jurisprudência na interpretação do questionado art. 335 do cod. ital.

E' sabido que os elementos do crime de que se trata são os actos de libidinagem e a corrupção.

Os actos de libidinagem, diz Majno, repetindo arestos da jurisprudência, puniveis segundo o art. 335, podem ser praticados ou *sobre* a pessoa do menor ou simplesmente *na presença* delle. A conjuncção carnal, seja natural, seja contra a natureza, incide, pois, sob a disposição citada quando não seja acompanhada de violência verdadeira ou presumida — ou, conforme o nosso código, não possa incidir no art. 267.

O outro elemento é a *corrupção.* A propósito, o relatório ministerial observa que para determinar com maior precisão e clareza a noção do deiicto em questão, o legislador o faz consistir no *corromper effectioamente* uma pessoa menor de 16 annos.

A commissâo da Gamara dos Deputados observa por sua vez que o conceito de um *attentado á innocencia* está expresso com a palavra *corromper,* a qual impede também que se confunda a obra perigosa da seducção com um acto fugaz lesivo do pudor.

Isto é o contrario do nosso código, art. 267, que pune menos o defloramento por seducção, engano, etc.

A commissâo do Senado, depois de haver recordado que, segundo alguns, os actos libidinosos para constituir crime deviam ser praticados contra pessoa que já não estivesse cor-

[1] Puglia, MANOALB OIT., vol. 2[o], art. 335., pag. 216.

rompida, declara que — si não se pôde negar que seria *contradictorio* fallar de *corrupção* de pessoa *corrupta,* não é menos verdade que podem haver gráos também na *corrupção* e que seria imprevidente a lei si não attingisse o facto daquelle que se propuzesse a impellir na carreira da corrupção até a mais desmarcada libertinagem um impúbere que nella já se tivesse iniciado.

Tentar-se-hia em vão, porém, traduzir estes conceitos tão exactos como subtis, num preceito legislativo e assim comprehendendo-os numa formula geral, convém abandonal-os á apreciação do juiz.

Ainda Majno, resumindo a jurisprudência italiana, accrescenta que, na conformidade desses conceitos, foi julgado que si o menor já tem chegado á corrupção total, qualquer outro contacto libidinoso com elle não tornaria o seu autor responsável de corrupção ulterior; entretanto, ao contrario, os actos corruptores podem succeder-se em tempo diverso, por obra perniciosa de mais pessoas e com intensidade progressiva, de sorte que quem completa a ruina da innocencia e da virtude não é menos culpado do que quem a tem iniciado, nem a sensualidade precoce do menor pode sempre valer para excluir o crime. *

Constanzo Calogero, a seu turno, que pensa que a lei, não distinguindo, comprehende tanto a corrupção physica como a moral, fundado nos arestos que cita, diz que quando o paciente já está corrompido não existe o crime.

. Crivellari. cuja obra nesta parte é recente, doutrina no, mesmo sentido. [a]

Pio Viazzi, que escreveu uma explendida monographia sobre os delictos sexuaes, elogiando a obra de Crivellari, continuada por Suman, emilte como uma máxima, o mesmo principio. [3]

O nosso cod. pen., no paragrapho único do art. 266 do texto, deve ser interpretado mais benevolamente do que o art. 335 do cod. ital., não só porque a pena é de um excesso absurdo, mas também porque o paragrapho eleva a idade do sujeito passivo do delicto aos 21 annos.

Antes de concluirmos este numero, seja-nos permitlido registrar as observações favoráveis, ainda feitas neste ponto por Pio Viazzi, já sobre o nosso projecto de 1897, em estudo ao qual adeante nos teremos de referir nas observações contrarias. Fazendo uma critica do referido projecto, principalmente sobre a parte *geral,* entretanto, diz:

[1] Majno, COMMENTO CIT., art. 335, 2º vol., pag. 60, ns. 2203 e 2204. [3] Constanzo Galogero, *apud* Cogliolo, OBR. CIT , vol. 2°, parte I A, pag. 1085, § 4º; Crivellari, OBR. CIT., 7° volume, pag. 540, art. 335n. 32. • Pio Viazzi, Sui REATI SEBBUALI. Torino, 1896, pag. 77, cap. V.

«Quanto á parte especial nos **limitamos IT^miPvIstã^** sobre as disposições relativas aos deiicti.s sexuaes, como nquellos que melhor podem reflectir, ainda em um projecto puramente jurídico — os novos estudos. E notámos sem mais a impressõo de clareza que resulta neste projecto de 1897 do uso rasoavel e apropriado do *nomen juría,* o Innocente espan talho do nosso legislador. Mas aqui, critlcos imparciaes, não abundaremos noa elogios.

A primeira figura dellctuosa é a violenta conjuncçâo carnal com a mulher; melhor do que o nosso Código, onde o sujeito passivo pôde ser masculino ou femenino, cousa que engendra confusão entre as hypothcses de coito e certas formas de seus substitutivos, á parte a estranha supposiçfio da violência carnal da mulher contra o homem.

Sfio consideradas depois as formas da violência presumida, análogas áquellas do nosso Código, e como estas defeituosas, relevando, na expressão verbal, a figura dellctuosa da simples materialidade das circumstancias. Ora, nunca se poderá rasoavelmente encontrar commercio carnal punível como violento onde, do estado de inferioridade ou de incapacidade physica ou moral da pretendida vtctima o presumido réo não tenha efectivamente aproveitado.

No art. 273 são contemplados numa só figura delictuosa os actos violentos de libidinagem e as offensas ao pudor sobre pessoa de um e de outro sexo, confusõo que nós temos demonstrado errónea na nossa obra: *aobre os delidos sexuaes*.

Assim como ha actos de libidinagem (como a pederastia, a *fellatio in ore* e semelhantes) que acarretam comsigo maior contaminação do que aquelía que acarreta o coito normal, assim não parece razoável o limite da pena, para essas hypotheses, igual no máximo ao mínimo da pena fixada para a conjuncçâo carnal violenta.

A corrupção de menores ê figurada como no nosso código. Assim também, as limitações ao procedimento por estes crimes relativas á queixa particular. Não ha traços de qualquer pesquiza para achar modo de fechar o caminho ás mais fáceis extorsões.

- íoe. Resta dizermos alguma cousa sobre o art. 267 do texto, em que o código penal estabelece a figura do defloramento ou defloraçfio.

E' uma espécie disforme do género estupro e em que não entra como elemento a violência.

Fora melhor uma disposição mais genérica, sem se referir ao defloramento.

[1] PÍO VíaZZi, ARCIIIVIO Dl PSICIIIATRIA, SCIBNZB PENALI ED ANTROPOLOGIA CRIMINALE, yol. 29, fase. I — II —X» *souola positiva e lanuova Icgislatiane ucnale brasiliana,*

Os projectos de revisão, entretanto, a estabelecem, estabelecendo também a da conjuncçSo carnal com mulher honesta, menor de 18 annos, mediante seducção, como faz o projecto de 1899, art. 277.

Os projectos, quanto a figura do art. 266 do código, não fizeram mais do que reproduzir, modificando, o mesmo código vigente que tem como fonte o código anterior.

Entretanto, Silva Ferrão, commentando o art. 892 do código penal portuguez de 1852, que teve como uma de suas fontes o nosso cadigo criminal de 1830, depois de referir-se a criminalistas e medico-legistas para fundar a doutrina contraria a que exige um signal physico da offensa da virgindade como elemento de taes crimes, diz:

Em apoio desta doutrina vêem exemplos práticos de todos os códigos em vigor no mundo civilisado. Os códigos francez, hespanhol, austríaco, da Baviera, Sardenha, Duas Sicilias, da Allemanha e outros não conteem cousa alguma que respeite a violação da virgindade.

Somente existe o código do Brazil, art. 219, concordância única dentre os códigos modernos.

Conservou assim, modificada a penalidade, a legislação anterior commum aos dous paizes, Portugal e Brasil, que a nosso vêr não deverá subsistir na reforma que se fizer dos respectivos códigos.

A legislação a que allude Silva Ferrão é a Orden. do Liv. 5º TU. 23, alterada pelo Alvará de 6 de outubro de 1784.

O voto que fazia o insigne autor não foi ouvido, nem mesmo em Portugal, cujo código de 1886, art. 392, reproduz a mesma figura.

Entre nós e recentemente, ô de diverso parecer Viveiros de Castro, ao qual se refere Pio Viazzi, ainda a propósito dos projectos de 1896 e 1897, dizendo:

« E' punida a seducção de rapariga honesta, menor de 18 annos. Para quem, como nós, não crê na seducção masculina, ou para quem, também, crendo, tenha um conceito adequado da dignidade feminina, uma disposição semelhante representa ou um erro, ou o indicio de um atrazo na evolução da moral sexual no povo onde adquire vigor.»

Ella se achava no antigo código criminal do império, foi supprimida no código vigente e renasce agora nos dous projectos João Vieira e Milton. Também um magistrado brazileiro a julga asperamente: « Este novo delicto de seducção, assim escreve, é um perigo e uma injustiça. Primeiramente o que se entende por *mulher honesta,* para o effeito deste artigo V Não pôde ser a virgem, porque o delicto seria o deflo-

« Silva Ferrão, o BR. CIT, vol. 7º, art. 392, pag. 218.

ramento. Não pôde ser a casada, porque o delicto seria o adultério... Não pôde, pois, tratar-se senão de joven já deflorada por outrem, a qual continue a viver em companhia de sua familia de um modo recatado e sério. Mas, é licito ao legislador conceder-lhe uma presumpçfio legal de honestidade? Quem pôde garantir que contactos successivos não a estejam encaminhando ou a tenham já encaminhado para o grande exercito da prostituição clandestina ? *

De resto, como já observava Pacheco i-xcellen temente, no seu com menta rio ao código hespanhol, o lei não deve ser convertida num cerbero, guarda de mulheres espertas e praticas que não visam senão dispor do seu corpo, segundo as exigências do seu temperamento e os caprichos da sua vontade. [2]

Ja tivemos occasião de dizer referindo-nos ao nosso autor e agora ao insigne Pio Viazzi :

« Não concordamos, porém, com o illustre autor na critica que faz ao projecto de código penal, por haver reproduzido uma das figuras do (código criminal de 183), isto é, n seducção de mulher honesta, menor de i8 annos, justificada opportunamente, quando entre nós se tem propugnado até pela punição de factos semelhantes, como v. g. o *lenocínio* constituído pelo commercio da prostituição com mulheres maiores, o que muitos códigos não admittem e pelo menos não offerecem na pratica vantagens ó repressão, pela maior difflculdade na prova.

E' verdade que não são raros os casos de seduzidas-seductoras, mas o argumento provaria demais, porque a outra figura, que subsiste, a do defloramento, tem os mesmos inconvenientes e para obviar, pelo menos a maioria1 delles, seria necessária uma solução radical, isto ê, "deixar somente no código o estupro em suas varias modalidades, do facto com o elemento da violência real ou presumida.

O código italiano, porém, que seguiu esse caminho, não está isento de acerbas censuras que lhe lêem feito u >taveis autores e entre elles o que já citámos na monographia geral sobre taes crimes.

Nós só defendemos a doutrina dos projectos para ir além da opinião dos citados autores que nos honraram com a sua critica, istoé, eliminar a figurado defloramento e substi-tuil-a por outra mais comprehensiva, mas .que exclua o elemento da violação da virgindade.

[1] Viveiros de Castro, os DEUCTOS CONTRA A HONRA DA MULHER. Rio de Janeiro, 1897, pag. 44 — Acceito o complexo da argumentada), não a primeira objecção, porque não ha estupro sem violência ou ameaça, ou, ao menos, som uma idade, no sujeito passivo, interior aos 12 annos.

* Pio Viazzi, ARCQITIO Dl P1ICBIATRIA. BCIENZB PENAM 14D ANTROPOLOGIA CRIMINALB vol. 29, fase. I — II— *La seuolapositiva e la nuova legislatione pcnale brasiliana.*

In jure condendo ou de *jure constituto* nós andamos neste ponto divorciados de todas as legislações dos povos maiscullos neste momento.

Neste ponto ê preferível ao nosso direito, o allemSo.

A seducção e a copula com uma rapariga honesta, menor de 16 annos, ê punida, diz Berner, pelo § 182 do cod. allcmão.

A razão desta lei acha-se «na falta natural de defeza da pessoa juvenil e na facilidade em seduzil-a ».

Para o crime, pois, não se exige enganos ou artifícios especiaes, mas somente que « o homem se tenha aproveitado da inexperiência e da pouca defeza da rapariga».

Uma defloração anterior não exclue necessariamente a honestidade da rapariga.

A opinião de Berner esto de accôrdo com a jusrisprudencia alIemS, da qual elle cita os arestos do tribunal do império, de 23 do março e 10 de maio de 1882. *(Decisões,* IV, pags. 269 e 462.) Este ultimo declara:

« O conceito da *honestidade,* no sentido moral-sexual, não é a mesma cousa que a *virgindade* no sentido physico. A *defloração* pude ter-se verificado por acaso, por moléstia, ou por crime de ter.jeira pessoa, sem que por isso á rapariga se possa arguir immoralidade alguma. . ó uma copula voluntária ou uma conducta deshonesta, fundada no animo transviado da rapariga, pôde, em regra, estabelecer a deshonesti-dade no sentido da lei. [1] »

' No direito inglez é punida a conjuncção carnal com menor de 16 annos sem o requisito da defloração. [2] »

Com maior rigor na penalidade, o código hollandez, art. 245, quanto is menores de 16 annos.

lOC. O código do Uruguay, art. 284, e o da Argentina, art. 139, definem o estupro voluntário como praticado contra mulher virgem.

Apezar disto, o Dr. Tejedor em nota a este ultimo código, diz que — «o estupro suppõe, pois, mulher virgem, ou *ao menos, de conducta regular ate então,* e que se tem deixado seduzir por esperança de casamento ».

O Dr. Rivarola, a seu turno, diz:

«As condições do estupro, delicio do art. 130, são:

1», a virgindade da offendida ; pfr 2", idade maior de 12 annos e menor de 15 ;

3U, seducção ».

A virgindade da offendida, collocada como condição essencial do delido a que se refere o art. 130, faz supp0r que seja também condição da consumação do delicto o *dejlora-*

[1] Berner, oim. crr., pag. 369, §§ 179 e 182 do código alio mão. *
Seymour Hauris, ODR. OIT., pag. 123.

mento, reputando-se que este existe, segundo as conclusões medico-legaes, produzindo-se a ruptura da membrana hymen.

I *Não* me parece *jurídica* esta conclusão.

Ura facto qualquer pôde reputar-se consumado, cu não, quando esto inteiramente realisado o propósito do autor.

No estupro, *não* ha porque perguntar-se si é ou não propósito do autor a ruptura do hymen. Propósito indubitável é a satisfação de seus appetites sexuaes. O realisado em mulher ainda não tocada, ainda pôde entrar no requinte de sua sensualidade. O damno que disto se segue é de consideração, porque importa affronta e deshonra para a victima. Mas, a affronta e a deshonra nascem de haver sido manchada pela satisfação do desejo venéreo; *não* nasce dum *accidente physico* que, na generalidade dos casos, pôde produzir-se no acto da primeira copula, masque por *muitas* circumstancias ou disposições naturaes, pôde não occorrer.

Tanto me parece isto exacto, que sempre considerou-se possível que o estupro fosse commettido em mulher não donzella. Já o Digesto distinguia o adultério do estupro, com estas expressões: *adulterium in nupta admittitur: stuprum in* VIDUA *vel* VIRGINE *vel* PUERO *committitur.*

Pacheco define o estupro, o gozo duma donzella, conseguido por seducção; mas, esta definição parece-me limitada ao estupro de que pôde occupar-se a lei.

Considero mais exacta a definição de Garrara: «o conhecimento carnal da mulher *livre e honesta,* precedido de seducção verdadeira ou presumida e nâo acompanhado de violência ».

Concorda também com esta definição a nota de Te-jedor que annotando as palavras *mulher virgem* accrescenta *ou pelo menos de boa fama.*

M Entretanto, Vasquez Acevedo, annotando o cod. uruguayano, aft. 284, cuja dicção é a mesma do argentino, art. 130, depois de referír-se a opinião do Dr. Rivarola e de Tejedor, parece affastar-se, até certo ponto, da opinião daquelle e inteiramente da do ultimo, observando entretanto que pelas razões qua adduz Rivarola, entende que a lei falia de mulher virgem no sentido de donzella ou mulher que em todo caso não tem conhecido varão. *

Invocámos esses autores para mostrar que apezar, da lettra das disposições, que explicam, a sua interpretação é duvidosa.

E taes códigos não fazem do defloramento uma condição do crime consumado e menos uma figura de crime,

[1] Dr. Rivarola, ofla. OIT., 2° rol. pag. 146, n. 5S4_"; Vasquez Acevedo, OBR. OIT., pag. 245, art. 284.

como os nossos, inferiores neste ponto a elles e muito mais aos europeus acima citados que nem incluem o elemento da virgindade, quanto mais o defloramento, para erigil-o em figura de crime.

Aquelles códigos seguiram os hespanhoes, arts. 366 e 458.

Seja como fòr, porém, á vista do que até aqui temos exposto, não concordamos, nem com Viveiros de Castro, nem com Pio Viazzi sobre o assumpto, objecto dos projectos nesta parte, pois que, a figura que deveria ter sido eliminada era a do art. 267, ou antes formulada de modo mais genérico que não exigisse o elemento da virgindade para caracterisai-a.

Vamos concluir este numero fixando os caracteres ou elementos constitutivos da figura do art. 267, isto ê, defloramento

Na lettra da disposição do texto taes elementos s3o :

I°, *mulher de menor idade* que, sem outra indicação quer dizer *civil,* isto é, de menos de 21 annos, que ê a maior idade civil.

Ao contrario de Viveiros de Castro, entendemos que a menor obtendo supplemento de idade está comprehen-dida no artigo, só podendo o supplemento ter effeitos puramente civis;

2°, o *emprego de seducção, engano ou fraude.* Sobre este elemento a que se refere também o cod. Mal. art. 331, diz Crivellari, que ã violência carnal foi pelo legislador equiparada a conjuncção carnal conseguida por *meios fraudulentos,* empregados pelo culpado; figura esta de delicto que Carrara chama estupro, e outros, estupro com *seducção.* O conceito da seducção ê de difficil determinação, muitos são os elementos de que resulta, subjectivos uns, objectivos outros, que, segundo as circumstancias, podem variar. Para que haja, porém, seducção é necessário que o agente empregue meios ou artifícios idóneos para *enganar* a pessoa de que quer abusar e tanto que arraste á conjuncção carnal. Entre os vários casos de seducção, não ê esquecido o da promessa de casamento não realisada, qualquer promessa que pelas condições e idade da pessoa tenha um caracter de seriedade que possa induzir em *engano.*[1]

Mas como o código argentino emprega a palavra *seducção* e o Uruguay, a exemplo dos códigos hespanhoes que servem das expressões *interoindo engano,* ouçamos um dos seus interpretes.

A *seducção,* diz Rivarola, é a ultima das condições enunciadas para caracterisar o estupro punível. Certa-

[1] Crivellari, OBR. CIT.. TOI. 7°, pag. 532, n. 26.

mente que o termo diz demasiado e ao mesmo tempo diz pouco.

A seducçfio verdadeira, diz Carrara, tem por substratum indispensável, no sentido juridico.o *engano.* A mulher que na linguagem vulgar se diz *seduzida* porque seu pudor foi vencido pelos rogos, attenções assíduas e ternuras insistentes do amante, ou ainda pelos impulsos da ambição ou avidez ou pela exaltaçSo excitada dos seus sentidos, não pôde dizer-se *seduzida* no sentido jurídico.

Reconhecido o principio de que a objectividade do delido de estupro deve achar-se na offensa ao direito da mulher, e recordado o outro principio de que ella é senhora de dispor livremente de seu corpo, não é possível encontrar elemento de seducção senão onde o consentimento da mulher fique destituído de todo valor jurídico.

Parece haver perfeito accòrdo entre estas conclusões e os termos *inter cindo engano* que substituem nocod. hes-panhol a *seducção* que emprega nosso artigo.

Tanto a formula *seducção* como a de *intervindo engano* deixará assas demasiado ao critério dos tribunaes, sendo ainda possível que chegue a ser de todo ponto inefficaz a lei.

Tanto Rivorola como Vasquez Acevedo, se referem a Pacheco que restringe muito a interpretação do cod. hespanhol e oriental. *

Pensamos, entretanto, que o nosso cod. penal, art. 267, aexemplo do nosso cod. crim. de 1830,art. 224, devia ter empregado somente a expressão seducção, como fazem o cod. port. art., 392, e o argentino, art. 130; deixando o engano ou a fraude que podem caracterisar até as espécies dos arts. 266 e 268, como é coerente na jurisprudência franceza;

3º e ultimo elemento — o *defloramento* ou defloraçâo.

A' vista do que até aqui expuzemos e do confronto que temos feito do direito hespanhol, inclusive das republicas que tiveram nelle a sua fonte, estamos em diametral opposição a Viveiros de Castro.

Assim realisado completamente o defloramento,está consumado o crime; si elle é incompleto, haja ou não copula, não ha mais .lo que *tentativa.*

Si nem incompleto esto, haverá a hypothese do paragrapho único do art. 266.

Os arts. 266, primeira parte, e 268 estão fora do escholio, porque incluem o elemento da violência.

A opinião de Viveiros de Castro póde-se adaptar aos códigos hespanhoes que prevêem o estupro de mulher vir-

[1] Rivarola, OBR. CIT., 2° vol., pag. 148, ns. 588 e 589; Vasquez Acevedo, OBR. CIT., art. 284, not., pag. 246.

gem, mas não incluem como elemento a defloração: ao nosso direito nunca tal interpretação poderá ser adaptada.

As licções medico-legaes sobre o defloramento convencem apenas que de um elemento tão duvidoso não se deveria ter feito condição constitutiva de crime.

Entre nós, o sábio professor de medicina legal na Faculdade de Medicina da Bahia, o Dr. Nina Rodrigues, tem provado quanto são difficeis de resolver as questões que se ligam ao defloramento pela própria complexidade delias, mesmo sob o ponto de vista anatómico, conforme as interessantes publicações do insigne autor, no paiz e no estrangeiro.

Nada disto, porém, suffroga a interpretação contraria, porque o objectivo, o escopo do crime 6 a defloração; o coito, a conjuncção carnal é o meio que pôde acarretar aquella, completa, *consumação,* incompleta, *tentativa,* ou nem incompleta, pelo menos sem prova certa dapericia. *

108. Vamos registrar aqui sobre o capitulo arestos referentes ao cod. anterior e ao vigente.

A' vista das doutrinas desenvolvidas no commentorlo, não nos referiremos especialmente aos arestos, salvo aos últimos sobre um ponto a que nuo alludimos.

« Tendo sido justa e legalmente appllcadas ao recorrente as penas do art. 205 do código criminal (cod. Pen., art. 304), pelos ferimentos e offensas physicas praticados na região anal da menor Eugenia, mostra-se, porém, que contra as disposições do mesmo código lhe foram impostas as penas do art. 222 (cod. pen., art. 268), visto que se bem tivesse havido offensa pessoal causando dor á dita menor, não se verificou a copula carnal, e neste caso tinha logar a applicaçQo do art. 223 (cod. pen., art. 266) e não do 222 (cod. pen., art. 268) em que o recorrente foi condemnado. » Acc. do Supremo Tribunal de Justiça, 21 de maio de 1879. I

« Factos criminosos successivos, embora praticados com uma só intenção, constituem delictos diversos.

A tentativa nos attentados contra o pudor nem sempre ê punida com a simples penado art. 223 do cod. crim. (cod. pen., art. 266j, mas no caso com as dos arts. 201 e 222, combinados com o 34 do mesmo código (cod. pen., arts. 303 e 268 combinados com o 13)». Acc. revisor da Rei. *Ouro Preto,* 16 de setembro de 1879.

« o deflorador de mulher menor de 17 annos, sendo casado, è condemnado nas penas do art. 219 do código cri-

[1] Vide Nina Rodrigues, REVISTA MEDICO-LEGAL, Bahia, 1895, pag. 42 — *Un cas ourieux d'hymen double avec difloration unilatêrale ;* DES FORMES OK L'IIYMEN *ct de leur role dans la ruptura de oette mcmbranc* nos *Annales d'hygitne publique ct de medicine légalu.* Paris, numero do junho, 1900, pag. 33 do opúsculo estralado dos Annaes.

minai (cod. pen., arts. 267 e 273) ». Acc. do Supremo Tribunal de Justiça, 4 de setembro de 1880.

« CondemnaçSo nos arts. 205 e 222, combinados com o art. 34 do código criminal (cod. pen., art. 268 combinado com o 13 e art. 304), por facto violento contra o pudor sem verificaçõo da copula; com o voto vencido opinando pela applicaçãodo art. 223 (cod. pcn., art. 266), isto é, attentado ao pudor e não estupro». Acc. Rei. *Ouro Preto,* 27 de maio de 1881.

« O art. 222 (cod..pen., art. 268) éapplicavei ao caso de violência feita á uma mulher caiada para com ella ter-se copula carnal». Acc. Rei. *Recife,* 23 de maio de 1884. *ji* « As penas do art. 222 (cod. pen. art. 263) absorvem as do art. 205 do código criminal (cod, pen., art. 304)». Acc. Rei. *Porto Alegre,* 30 de maio de 1890. [1]

« As espécies contidas nos arts. 266 e 268 do código penal constituem *nuatices,* senão gradações do género—violência carnal— sob cuja epigraphe se acham no cap. 1° do tit. 8º do código e tanto mais quanto, pelas expressões — violentada com abuso de confiança —empregadas na denuncia, foi por estar precisado o facto de modo a se dever classifical-o de *estujiro,* como define o art 269 do código penal, sem embargo de denominação diversa ao mesmo, por elle dada (attentado ao pudor)». Acc. Rei. *Ouro Preto,* 19 de novembro de 1892. Augusto Olyntbo — *voto vencido, opinou* que «tendo sido o réo pronunciado pelo crime de *attentado ao pudor,* art. 266 do código penal, não pôde ser aceusado de *defloramento* ou *estupro,* arts. 267 e 268 do mesmo código, que são crimes de natureza distincta, embora classificados sob a mesma epigraphe.

« Em ambos a copula é uma circumstancia especial, porque delia depende a sua constituição, o que não se dá com o attentado contra o pudor.

« Não se verificando a copula, pôde dar-se a tentativa de violência (violação) si o facto reveste es caracteres exigidos no art. 13 do código penal, ou então attentado ao pudor nos termos do art. 266 que corrigiu as lacunas do art. 223 do antigo código criminal, tendo por fonte próxima o art. 392 do código portuguez, que accentúa a sua natureza distincta daquelle.» -

E' strictamenle jurídico o voto vencido; sobre o Accordão não podemos emittir juizo quanto á boa ou má applicação do direito, á espécie, porque isto no caso excederia da nossa tarefa, estando a questão relacionada com o

[1] O DIREITO, vol. 19, pag. 548;'vol. 20, pag. 239; vol. 23, pag. 389; vol. 30, pag. 380; vol. 34, pag. 426, e vol. 52, pag. 577. * O DIREITO, vol. 70, pags. 89.

processo, além de não estar bem caraclerisada; mos a sua doutrina em geral também é verdadeira.

o A menoridade da offendida é circumslancia essencial no crime de defloramento. Um passaporte não é prova de idade». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 1 de agosto de 1895.

« Elementos constitutivos do estupro — A violência não se presume, precisa ser provada. Analysc psychologica da prova — Regras para constatar a violência ». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 13 de novembro de 1895. *

« São elementos do crime de defloramento— I°, a copula com mulher virgem, tendo na grande maioria d08 casos, como consequência, o dilaceramento da membrana hymen — 2°, que a virgem seja de menor idade, e — 3°, que seu consentimento fosse obtido por seducção, pelo engano ou pela fraude.

« A promessa de casamento é um poderoso meio de scducção, quando havia motivos para a offendida acreditar na seriedade da promessa ». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 19 de novembro de 1897.

São elementos constitutivos do crime de defloramento : *a)* que exista.a copula completa ou incompleta ; *b)* que a mulher seja virgem ; *c)* que tenha menor idade; e *d)* que haja consentido enganada pela seducção ou fraude.

« Deve presumir-se, salvo prova em contrario, a virgindade da moça de família recatada.

« Não é possível determinor-se por meio do corpo de delicio a época do defloramento anterior a oito dias.

« Para que a seducção seja elemento constitutivo do crime de defloramento, deve ser enganosa a causa efflciente delle, e a sua forma mais frequente é a *promessa de casamento* ». Idem, idem, de 24 de maio de 1899. [2] H 109. No caso dos crimes de estupro e defloramento, este crime serve de circumstancia oggravante daquelle. (Sentença de 20 de fevereiro 1877).

Crime de estupro praticado cm menor de 12 annos, sendo casado o autor — art. 268 combinado com oart. 273 do código penal. No caso ê aggravante a circumstancia prevista no art. 41, § 3° do código penal, isto é o defloramento aggrava o estupro : Accórd. do Supremo Tribunal Federal, 17 fevereiro 1897 — com os votos *vencidos* dos ministros Figueiredo Júnior, Manoel Murtinho e Ribeiro de Almeida.

No crime de estupro, quando fôr virgem a offendida, esta circumstancia constitue o aggravante do art. 41, §3doco-

[1] Viveiros de Ca a Iro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT., paga. 37, 40, 258 e 272.
* REVISTA I>E JURISPRUDÊNCIA CIT., TOÍ. I°. pag. 265; vol. 6°, pag. 366.

digo penal. Sentença do Dr. Pereira Lins, juiz na cidade de Minas, 30 de julho 1898. *

A origem da doutrina destes três últimos arestos relativos ao código criminal anterior e ao código vigente foi a decisão do ministério da justiça, n. 512, de f» de novembro de 1862 e só ao seu objecto nos referimos, attenta a Jurisprudência que se tem tentado firmar desde o tempo do impe-; rio pelas Relações e agora pela alta autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Thomaz Alves parece inclinar-se â doutrina dessa decisfio ; tendo antes notado que Silva Ferrão observava dever o legislador brazileiro e portuguez ter distinguido o estupro violento quando acompanhado ou nfio do defloramento. *

Mas o novo código portuguez, arts. 392 e 393, do mesmo modo que o anterior e os nossos, nfio inclue na violação para constttuil-a ou aggraval-a a offensa á virgindade da vicli ma.

A questfio manteve-se no mesmo estado nos códigos dos dous povos.

Entre nós parece que alludia á referida decisão Tobias Barreto quando dizia sobre o código anterior: «O código desconhece o conceito da *concurrencia ideal* e da *concurrencia real dos delidos,* como também parece que nfio entrou nos seus cálculos a idêa do delicio *continuado,* do delicto *momentâneo* ou *duradouro, transitório* ou *permanente.* Destas lacunas, ainda mais aggravadas pela ausência de uma verdadeira doutrina scienliiica e uma praxe regular, que as possam supprir, resulta o espectáculo de um sem numero de disparates observados nas decisões do governo, que se arvora em criminalista *ex-cathedra,* e nos julgados dos tribunaes sempre incertos, vacillantes, e tateando as trevas da sua própria incerteza. Assim, ha cousa alguma demais divertido, do que ver sobre a hypothese do art. 222 do código criminal (código penal, art. 268) levantar-se a questfio — si sendo virgem a mulher violentada, e menor de 17 annos, deve o réo responder nfio só pelo crime daquelle, como pelo do art. 219 (código penal, art. 267) *1* Só conheço de mais ridículo o serio imperturbável com que o governo responde ao *jurista,* que o consulta, que o planeta attráe o satellite, e os dedos de cada mõo são justamente cinco. *

Nesta citaçfio, que é um incidente em artigo sobre matéria diversa nfio se pôde apprehender a opinifio do insigne autor

[1] O DIREITO, vol. 15, pag. 109; e vol. 73, pag. 425; REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA CIT., vol. 4°, pag. 56.

[1] Thomaz Alves, OBR. CIT., vol. 3», art. 222, pags. 389 e 398; Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 7°, art. 394, pag. 231.

* Tobias Barreto, ESTUDOS ALLEUÃKB. Recife, 1883, pag. 52 — *Dos de-liotos por omissão.*

que julga disparatadas as decisões e ao mesmo tempo que o governo responde *6* questão onde nSo ha questão.

Seja como fòr, a nossa humilde opinião é contraria aos arestos dentre os quaes no do Supremo Tribunal Federal alias figuram três ministros vencidos.

Entendemos que o legislador não podia ter em vista a aggravante geral do art. 41, § 3º, isto ê, a *natureza irreparável do damno* no defloramento, sem fazer menção dessa ctrcumstancia que inflúe para aggravar a pena contra os preceitos terminantes, que estabeleceu — arts. 1 e'36.

Depois, dispondo o código, no art. 37, que a «circumstancia aggravante *não* influirá, todavia, quando fòr elemento *constitutivo* do crime » — no caso do art. 268 occorre, que si o *defloramento* não é elemento da figura do crime deste artigo, a copula com violência o inclúe ao menos na maioria dos casos eeis ahi contra o art. 37 a aggravante, funccionando ao mesmo tempo como tal e como elemento constitutivo.

Finalmente, o art. 268 inclúe no § Iº uma attenuante e no § 2º uma aggravante, e ainda como disposições communs, o código contempla nos arts. 272 e 273 outras aggravantes, sem declinar a do defloramento no estupro violento. I

Todas essas aggravantes estão coordenadas com os conceitos das espécies em seus respectivos elementos constitutivos e portanto o silencio do cod. por si só é eloquente, parecendo que quiz separar inteiramente a figura I do art..267 da do art. 268, sem absolutamente relacional-a, como fez o cod. crim. de 1830, o portuguez de 1852 a que este serviu de fonte e ainda o portuguez de 1886.

Parece-nos que a interpretação não pôde ser outra e os arestos citados tentam firmar uma jurisprudência contraria ao código.

Uma outra questão que a jurisprudência suscita e cuja • solução poderia induzir á uma jurisprudência semelhante a dos arestos citados, mas por outro fundamento que não a aggravaçfio simples da referida circumstancia:

Na hypothese figurada do defloramento e estupro violento é possível juridicamente applicar o § 3º, do art. 66 do cod. pen. para ímpôr ao agente do crime e no máximo, a pena mais grave, isto é, a do art. 268?

Respondemos também pela negativa, porque pelas razões que demos, no caso ha duas espécies de crimes previstos em disposições differentes, sendo que a do art. 268 pôde e deve necessariamente e quasi sempre acarretar um dos elementos da outra.

Não ha dous crimes distinctos, nem concurso, *real* nem mesmo *formal* de crimes, e pois o art. 66, § 3º é in-appli cavei.

O desenvolvimento dos princípios relativos, quer ás circumstancias aggravantes, quer ao concurso de crimes

e de penas, sendo objecto da parle *geral,* nos limitamos a citar outro trabalho nosso sobre a matéria. *

Dos autores que escreveram sobre o cod. crim. anterior, só Francisco Luiz é que, referindo-se á decisfio ministerial citada, observa que ella era muito censurada por que neutralisava o art. 219 naquelle caso. [2]

Neutralisava, diremos nos, todo systema de graduação de penas, porque pelo facto de considerar como aggra-vante do art. 222, o facto previsto no art. 219, não parava ahi, mas mandava applicar a pena no grão máximo, quando na hypothese de haver alguma attenuante, como v. g. a aa menor idade, embriaguez, ele, a pena só poderia ser imposta no médio; o que era uma infracção dos arts. 15, 33 e 63 do referido código: *abyssus abyssum inoocat.*

CAPITULO 11

DO RAPTO

CÓDIGO

Art. 870. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher bonés ta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violência, não se verificando a satisfação dos gozos genésicos . I Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 1.° Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento :

Pena — do prisão cellular por um a três annos.

§ 2.° Si ao rapto seguir-se o defloramento ou estupro, o raptor incorrerá na pena correspondente a qualquer deste? crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte.

Art. 271. Si o raptor, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da família, soffrerà a pena de prisão cellular por seis mezes a um anoo.

Paragrapho único. Si não restituir-lhe a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro :

Pena — de prisão cellular por dous a doze annos.

COMMENTARIO

lio. Collocamos neste capitulo somente os dous artigos do texto, embora o código collocasse outros que conteem disposições communs a este e ao anterior e devem constituir um capitulo especial.

[1] Do autfl'.' COD. **PEN.** COMMENTADO C1T., 2" vol., **COJW.** XXII, XXIII e XXXIV.

* Francisco Luiz, **COD.** CRIMINA'- CIT., art. 222, ftOla.

m

Sobre o projecto de revisão que guardou essa ordem dissemos :

No cnp. II deste titulo figura o *rapto* classificado em diferentes códigos como crime contrario á liberdade individual ; mas é evidente a razão de seguir outros que o collocam neste logar, tratando-se de objectivo libidinoso ou de casamento, que se torna no caso predominante na classificação.

Nfio obstante a critica de Puglia, ao projecto italiano convertido em lei, o rapto comprehende não só a *abdtirçáo,* a *tirada,* como a *retenção* da mulher. *

Elle tem hoje esphera muito mais lata do que a da noçãol romana : *raptores virginwn honestaram.*

Sob certo ponto de visto, crime mais grave do que varias espécies do capitulo anterior, o projecto elevou as penas do código vigente, coordenou as aggravantes applicaveis, assim como as attenuantes da restituição da pessoa raptada edo fim do casamento, tornando, porém, esta attenuante, que é a substituição da prisão, pela detenção, dependente do arbitrio do juiz, que não a applicara, si o fim envolver especulação de lucro, como previa Zonardelli justificando o código italiano. *

Cohefentemente com taes princípios, a isenção da penalidade em taes crimes só terá logar a aprazimento da offendida. ou quem a represente legalmente, conforme o novo código. [3]

Todos os projectos de revisão differem pouco entre si neste titulo e por isso convêm registrar toda critica sensata de que forão objecto mesmo somente os nossos, isto é, aquelle e o de 1897; ainda porque o estudo imparcial até de autores estrangeiros relativamente ao assumpto auxilia a explicação e interpretação do código vigente. Assim em estudo que já citámos sobre os projectos de 1896 e 1897 Pio Viazl observa :

« A figura infeliz do *rapto consensual* é reproduzida quasi em termos idênticos aos do nosso código (ital.) e assim também a do lenocínio desinteressado e não habitual, viceversa, não é considerado como figura de delicio o incesto; e como temos já procurado demonstrar algures, cremos que é um mal. As offensas ao pudor publico e á decência e as exposições e publicações obscenas forão collo-cadas entre as *contravenções.* »

[1] Puglia, OUR. CÍT.., pag. 98,
[1] RELABIONE III, pag. 227.
[3] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 17.

Na citada monographia o autor expõe a sua opínifio sobre a doutrina do rapto, desenvolvendo-a muito ainda em outra obra. [1]

Os nossos códigos, o de 1830, art. 227 e o vigente, artigo 270 do texto, já comprehendiam o rapto consensual ou impróprio. E, ao contrario da opinião do illustre autor, entro nos defende essa forma de rapto um alto magistrado e professor, cuja orientação nada tem de suspeita ás idéas positivas doutrinadas pela nova escola italiana. *

Permitta-se-nos algumas idéas geraes para depois passarmos a explicação do texto.

No direito romano punia-sc com pena capital o rapto, desde que este succedesse, sendo indifferente o consentimento ou não da mulher raptada.

Ao contrario, as leis germânicas puniam o rapto sempre que se eflectuasse sem a vontade da mulher raptada; e a pena era o *loehrgeld.*

Só *o* lei dos Wisigodos uniformisou-se com a severidade do direito romano, o que explica a ferocidade da nossa Orden. do Liv. 5°, til. 18 na imposição da pena de morte e na indistincção entre o rapto com violência ou não, o que só parece ter sido modificado pela lei de 6 de outubro de 1784, conforme a opinião dos interpretes portuguezes, sendo a tirada dum lugar para outro apenas uma nggravante a arbítrio de juiz, mas sendo a pena em geral a do estupro voluntário. [2]

Entretanto o direito canónico estabeleceu o conceito da punibilidade menor do rapto por causa de matrimonio e da impunidade deste quando o raptor tivesse o consenso da mulher e o casamento precedesse a copula.

Na idade media os preceitos do direito canónico exerceram sua influencia nas leis seculares.

Nas legislações modernas se distingue o rapto violento do fraudulento, mas a pena em algumas foi a mesma, porque só se admittiu o rapto por *seducçâo das menores,* como uma subespécie do rapto *violento* ou por *insidia.*

O rapto ô uma segunda espécie do género delicto contra o pudor individual e consiste no apossar-se ou apoderar-se *per vim aut per insidias* duma pessoa de maneira que ella possa facilmente sujeitar-se aos desejos libidinosos de outrem sem poder defender-se.

[1] Pio Vlaczi, ARCIUVIO CIT. , *artigo citado* : Sm REATI SESSUALI CIT , cap. VIII; Ir. RATTO COMMENTO, etc. Milano 1897.

[9] Lima Drummond, ESTUDOS DE DIREITO CRIMINAL, Rio de Janeiro, 1898, pag. 101, *do crime de rapto.* Quanto á critica geral do cod. pen. neste cap. vid. Carvalho Durão, O DIREITO, vol. 55, pag. 222, VIII, *rapto, e emboscada*

[1] Mello Freire, JÚRIS CRIMINAL» LUSITANI INSTITUTIONEB, *Conimbrieoe,* 1860, tit. <", § 17 ; pag. 62; Pereira e Souza, Qna. CIT., pags. 215 o 2S6.

Oro, este facto, diz Pessina, que era si mesmo é uma captura privada,assume uma importância especial segundo a forma do propósito particular que ora pôde se effectuar contra a pessoa raptada actos de violência carnal e ora pôde ser algum acto menos criminoso, isto é, constranger a pessoa mesma, ou as pessoas sob cujo poder ella acha-se a consentir num matrimonio e nesta segunda hypothese, si bem que de menor gravidade, o caracter criminoso do rapto não se distingue menos, quer porque é um meio indirecto de constranger a vontade doutrem a cousa a que se não tem direito de constrangel-a, quer porque, também não se realizando em tal coso actos de libidinagem, basta somente a facilidade da realização delles para com isto lesar-se a liberdade pessoal e a fama ou honra da pessoa raptada. *

E isto responde também áquelles que querem classificar fora deste titulo o crime de rapto como, entre nós, opina Lima Drummond na citada monographia, cujo mérito reconhecendo num juizo bibliographico,nos pronunciamos contra sua opinião. [3]

E recentemente Suman observa que, tratando-se de examinar o delicto de rapto, segundo a doutrina, a primeira pesquizo que se deve fazer é a que se refere a suo *classiJlcaçOo,* o respeito do quol os escriptores e os legislações não estão muito de occordo. Em dous partidos se dividem os contradictores. Um é o daquell s que pretendem coHocar o rapto entre, delictos que *ojfendem o pudor,* e esta opinião apoia-se sobre o critério de que este delicto lesa a integridade moral do sujeito passivo, tira-lhe sem o seu consentimento a castidade corpórea, pois que, dizem elles, para ser punivel deve realizar-se com o fim do libidinagem.

O outro partido o colloca entre os crimes *contra a Uberdade indioiâual.* Estes sustentam não se poder collocal-o entre os delictos contra o pudor, porque si de facto foi praticado com o fim de matrimonio, nenhum pudor ficaoffendido, esi o fim fosse a libidinagem, não seria sinão uma aggravanteda violência carnal. Não pôde ser collocado entre os crimes contra a ordem das famílias, porque não é necessário que a raptada não seja livre por si mesma ou não tenha família para que o crime exista. Não pôde estar emflm entre os crimes contra a moralidade individual, porque para ter-se o crime, não é necessária violação alguma da pudicícia ou do pudor, como seu elemento, nem o facto somente da abducção ou da retenção implicam uma violação de tal natureza. Depois de todas estas exclusões, concluem pela collocação delle entre os crimes que offendem a liberdade

[1] Pessina MANUALK cit,, pag. 265, § 238.
[4] Lima Drummond, *Estudos,* CIT. ,11, pag. 101

individual, quando o pudicicia nfio tenha sido offendidn, ou 0 integridade mornl da mulher não tenha sido violada.

A classificação deste crime, concilie Suman, deve estabelecer-se, si se quer que seja justa, segundo um exame altento do fim a que se propõe o culpado. Dous podem ser os fins que tornam delictuoso o rapto, a libidinagem ou o matrimonio. Estes fins lezam : o primeiro o pudor, o segundo a ordem na família, logo a sua própria classe é a dos crimes contra o bom coslume e a ordem na família « que lógica e' racionalmente devem constituir uma classe única, embora alguns escriptores e algumas legislações as considerem como distinctas. O critério que nós enunciaríamos como mais exacto foi adoptado pelo código italiano. * :

O nosso código cie 1830 collocou o rapto no capitulo o dos crimes contra a segurança da *honra* » e sob o titulo geral de crimes contra a segurança *indioidual* e precedendo os capítulos « dos crimes contra a segurança do estado civil e domestico ».

O código vigente dividiu a matéria comprehendida num só titulo do código italiano em dous, no VIII e IX e epigraphou-os quasl como o código anterior.

Todos os projectos de revisão adoptaram o titulo do código italiano.

Seguem ainda essa classificação os códigos hespanhóes, anterior e vigente, que collocam o rapto sob o titulo de crimes contra a *honestidade,* seguido pelo código argentino ; sendo a classificação do do Uruguay a mesma do italiano.

Os autores inglezes classificam ρ mesmo crime entre os outros contrários aos bons costumes. [2]

1 Franz von Liszt colloca o sequestro ou rapto do homem entre os crimes contra a liberdade e o rapto de que tratamos entre « ρs crimes contra a liberdade *sexual* e o sentimento *moral».* [8]

111. A noção do raptodada pelo art. 270 do texto do nosso código penal 6 o « *tirada* do lar domestico, para fim libidinoso, de qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-n por seducção ou emboscado, ou obrigando-a por violência, não se verificondD a satisfação dos gozos genésicos».

Este conceito do código vigente é tão incompleto, como o era o do código anterior, arts. 226 e 227, quando se referia somente *6 tirada* da mulher.

A essência do facto do crime de rapto está no apossar-se da pessoa de alguem levando-a ou retendo-a em lugar onde

[1] Crivellavi e Suman. oim. CIT., 7"vol., pag. 505, n. 42.
[2] Vide Stephen, A DIOEST CIT, pag. 207, cap. XXVIII; Scymour Harris, PRISCIPLBS, ETC. Part 2ª cap. II, pag. 126.
[3] Franz von ^H_2_onu^cjT_{lf}_ToK^°$_2$jiags. 107 e 117. .

»

f
"
f

se ache á discrição de outra pessoa, e pelo seu objectivo com m um, que ê o desafogo da libidinagem ou obrigar ao matrimonio, se distingue do *sequestro* da pessoa, sem que entretanto possa deixar de ser considerado uma forma deste.

Ora, essa posse da pessoa d'outrem pode ter lugar, quer como *subtracção* ou *tirada* da pessoa (*abduetio de loco ad loeuni),* quer como *retenção* n'um lugar determinado. B Verinca-se exactamente aqui o mesmo que a respeito ja se notou sobre o *sequestro* da pessoa, sem ser para fim libidinoso (tit. 3°cap. I° n. 31).

Os nossos códigos esqueceram a *retenção,* de modo que, verificado o facto do rapto por esta forma, elle deixará de ser punível, salvo como estupro, adultério, etc, si fôr ocaso.

Os projectos de revisão suppriram isso, e o de 1899, art. 278.

Essa ê a materialidade do delicto, que justamente con siste na tirada ou retenção. "".I

[■* O elemento substancial do delicto, por via de regra ad optado como meio de realisal-o, é o constrangimento, isto é a, violência ou ameaça, ou o *engano per rim aut per insidias* O código, art. 270, emprega diffusamente as expressões — attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violência.

No código italiano, tratando-se de pessoa cuja idade é menor de 12 annos, a' impossibilidade moral d'um consentimento verdadeiro fez com que o legislador alli considerasse o rapto como violento ou fraudulento, sem ser necessário o elemento da *dolência* ou do *engano.*

Em vista da disposição geral do nosso código no art. 272, essa modalidade pôde ser incluída no art. 270 em relação as menores de 16 annos.

m Os projectos de revisão mencionaram expressamente essa sub espécie, e o de 1899, art. 279, n II.

O art. 270 do texto não faz distineção entre o rapto da mulher casada ou não, o contrario fizeram os projectos de revisão, o de 1893, art. 279, punindo o d'aquella com pena maior.

A razão desta tutela rigorosa das pessoas casadas, diz Garrara, reside na homenagem que o legislador presta, ao poder marital, que fica atacado pelo crime ao mesmo tempo que a honra, integridade e liberdade da pessoa raptada. 3 & Esta forma de rapto juntamente ao de pessoas menores, era aquella que os antigos chamavam *raplus in parentes vel in tutores.*

Quanto ao que respeita ao rapto de pessoas menores, não occorre gastar palavras, diz o mesmo autor, para demonstrar a opportunidade e justiça d umasanceão mais grave, porque se revelam a *priori* por si mesmas.

Entretanto o nosso código, arts. 270 e 272, npplica a mesma pena, tendo os projectos seguido o código italiano, e o de 1899, art. 278 e 279 n. II.

Este outro elemento da menoridade, que caracterisa o rapto, haja violência ou não haja, varia com a idade menor para fazer variar a pena e tem ainda outro aspecto, ou constituo uma sub-especie no art. 270 § 1° do texto, onde o nosso cod. prevê o facto do rapto de maior de 16 e menor de 21 que haja prestado o seu *consentimento.*

Este paragrapho está no mesmo artigo que se refere a attraccSo da seducção ou emboscada : mas estas condições não caracterisam a espécie, porque o § 1° não faz referencia alguma ao principio do artigo, ou á sua primeira parte, que! aliás comprehende a mulher de qualquer idade e equipara a violência a essas mesmas condições.

O cod. seguio, pois, neste § I^{o} do art. 270, a disposição parallela do cod. ital. art. 341, que exclue também, além da violência e da ameaça, o *engano*; e sobre a qual Pessina observa que este facto seria fuga antes que rapto, quer se manifeste sob a forma apparente da *tirada* ou subtracção (única prevista pelo nosso cod.), quer sob a de *retenção,* e punido, não obstante o consentimento da pessoa que se diz raptada, attendendo-se á inexperiência da menor e á subtracção da pessoa á guarda, protectora delia, que é inherente ao pátrio poder e á tutela.

M Carrara censura esta disposição, principalmente porque nota indistincção na menoridade.

Os projectos seguiram o cod, vigente, o de 1899, artigo 279 n. I.

No art. 270 § 2^{o} do texto, o nosso cod. estabelece que « si ao rapto seguir-se o *defloramento* ou o *estupro,* o raptor incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, com *augmento da sexta parte* ».

Está claramente subentendido que não incorrerá nas penas do rapto; e o cod. assim estatuiu, por parecfer-lhe, ou que o caso poderia offerecer duvida, quanto á applicação do art. 66 §§ I^{o} ou 3^{o}, ou quiz graduar especialmente a pena para evitar a aggravação, *ex-vi* daquelle § I^{o} ou talvez a at-tenuação possível, conforme as circumstancias, proveniente da applicação do § 3^{o}, que em these aggrava, mas na hypo-these podia attenuar o crime.

A fonte da aggravante do § 2^{o} do art. 270 do nosso cod. foi a legislação das republicas hespanholas.

Assim, o cod. do Uruguay, art. 292, diz que «quando o rapto fôr seguido de violação ou estupro, a pena será a mesma destes delidos, *augmentada de um gráo* ».

A propósito, diz Rivarola « que a violação e o estupro são delictos eminentemente maiores em gravidade que *o* rapto. A lei (cod. arg. art. 137) dispõe que quando no rapto

V

houver a violação ou estupro se imporá a pena destes delidos, considerando-se o rapto circumstancia *aggracantc* (n. 608).»

O nosso cod. penal omiltiua espécie de rapto com *o fim de matrimonio,* deixando assim na lei a lacuna que existia no cod. anterior, arts. 226 a 228, eá vista das quaes Carlos PerdigSo opinava muito juridicamente que não sendo 0 rapto para fim libidinoso, mas de casamento, não ha rapto. *

Essa interpretação que se ajusta ao cod. vigente era dada ao cod. port. de 1852. art. 395, confrontado por Silva Ferrão com o nosso anterior, uma de suas fontes.

O cod. port. vigente, art. 395, emprega a mesma dicção *Jlm âcshonesto,* mais branda que o fim libidinoso. [2]

A mesma doutrina tem servido de interpretação ao cod. hespanhol, art. 461, ainda que este não empregue as expressões objectivo deshonesto, *miras deshonestas,* conforme a respectiva jurisprudência e puna o rapto de menor de 23 annospor seducção. [3]

Os cods. da Argentina e do Uruguay não declinam o fim libidinoso, mas elle é subentendido pelos interpretes, entre elles Rivarola e Vasquez Acevedo ; mas respectivamente, os arts. 135 e 290 referem-se de modo expresso ao fim do casamento.

Este autor, repetindo parte das observações daquelle, consigna estas palavras :

« Na doutrina em geral e ainda na linguagem commum, se convém em que pelo rapto se deve entender a subtracção de uma mulher com o objectivo, *mira,* de satisfazer desejos sensuaes ou casar-se com ella...

1 «A 'excepção expressa se encontra com motivo do rapto, executado com a intenção de casar-se. *

Entre nós desde 1830 que não ê punível o rapto por motivo de casamento.

Os projectos de revisão é que previram a espécie, o de 1899, art. 279, havendo, está subentendido, violência, ameaça ou engano.

O projecto de 1893, art. 292, a exemplo do italiano, autorisava a substituir a prisão pela detenção, o que o projecto de 1897 não reproduziu por um lapso e os de 1896 e 1899 porque só consagram a prisão.

":. Carlos Perdigão, oim. crr.,2° vol. art. 226 a 228, paga. 397 e 400, 6ª questão.

* Vido Silva Ferrão, oim. crr., vol. 7º, art. 395, pag. 237.

■ Viada y Villaseca, OBR. CIT., 3º vol., pag. 145.

* Vasquez Acovedo, OBK. CIT., art. 288, not. pag. 218; Dr. Rivarola ; OBR, CIT., 2" vol., pag. 159, na. 598 e 599.

È' fácil a justificação dos projectos, porque o acto cm si mesmo e sem figurar-circumstancias concomitantes contêm em sua essência a violência ou a fraude para forçar a um casamento contra vontade.

A attonuante justificasse também pela menor gravidade do facto, desde que o fim não é a satisfação de desejos libidinosos, ella era, porém, facultativa, afim de que ojuiz deixasse de applical-a quando o objectivo do matrimonio mesmo velasse a perfídia de especular com os haveres da viclima ou qualquer esperança de lucro.

Uma observação geral deve ser feita sobreoart. 270 do texto e é que, por mais momentânea que seja a *retenção* ou, antes, porque o código não com prebende esta, effectuada que seja a abducção, a *tirada,* está consummado*o crime e em qualquer momento ulterior que outros intervenham para manter e auxiliar o rapto, serão estes co-réos, co-autores ou cúmplices, cenformeas circumstanci8s.

na. Passemos aoart. 271, do texto que contém uma allenuante ; mencionando o seu paragrapho único uma aggravanle.

A *restituí to in integram* da pessoa raptada,« si o raptor, sem terattenlado contra o pudor e a honestidade da raptada, *{voluntariamente* y o que esqueceu o nosso código) restiluir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, oueol-locando-a em logar seguro e a disposição da família «importa uma grande diminuição de pena, ou antes a sua reducção a de seis mezes á um anno.

Todos os projectos, ode 1899, art. 279, n. Ill, conteem essa attenuante, mas formulada por differentes modalidades, que fazem variar a pena de dous mezes a um anno.

A fonte da disposição foi o cod. Uai., art. 342, c por isso fundado no elemento histórico da elaboração deste, com razão Lima Drummond opina que a locução empregada pelo nosso código e pelos projectos é exemplificativa enão taxativa.

Mas, conforme a opinião de Suman, tal attenuante é | excluida no caso do cod. ital. art. 341,1 *capooerso,* paral-lelo ao nosso código art. 270, § 1, desde que este prevê a hypothese do consentimento da pessoa raptada, em tal idade que excluo a violência presumida, c que admitte a volta expontânea da menor, mas não a restituição ã liberdade, por parte do raptor, porque em tal hypothese se suppõe que á pessoa raptada nunca tenha sido tirada a liberdade. A exclusão ainda de tal hypothese é além disto demonstrada pela medida da pena para os casos do art. 341, do cod. ital. fixada pelo art. 342 (do nosso, arts. 270 e 271), segundo o qual ou não haveria diminuição alguma, ou a pena seria au-

Majno, OIIR. CIT. Part. II, pag. 176 ti. ??28 art. 340

wmmmm

■*S*

gmenlada, portanto inútil ou prejudicial, a verifIcar-se uma circumstancia favorável, si se quizesse applical-a também naquellecaso. *

A' hypolhese, portanto, do nosso corligo, art. 270, § 1°, não é applicavel a attenuante prevista na primeira parte do art. 271.

Da mesma opiniflo 6 Costanzo Calogero, que aliás citando Mangano justifica bem a attenuante adoptada pelo nosso código art. 271 do texto que estamos explicando c sobre cuja disposição parallela do italiano, como sua fonte, diz Garrara, que o rapto como facto que por sua natureza constituo um crime *formal,* se manifesta independentemente do effeito e do escopo atlingidos pelo culpado. Igualmente não perde a sua natureza jurídica ainda na hypothese que o raptor tenha voluntariamente restituído á liberdade a pes soa raptada sem fazer-lhe nenhuma offensa. ?]

Certamente que na espectativa destes resultados benignos do crime e ainda para favorecer outras resoluções favoráveis do raptor, o legislador tem diminuido muito a pena. -

Vamos tratar da ultima disposição deste capitulo, que ê o paragrapho único do art. 271 do texto do nosso código penal. E' uma disposição *sui géheris* porquo ella não foi tomada nas fontes principaes do legislador de 1890, isto é, nem no código italiano, franceze congéneres, nem no nosso código de 1830, onde não existe.

A disposição figurava no código da Baviera, art. 200, e no código porluguez de 1852, arts. 332, 344 e 397, sobre o cárcere privado, oceuIlação de menor e rapto, reproduzido no vigente, nos mesmos artigos, tendo lido ambos como fonte o código hespanhol.

Levy Jordão justifica a disposição; Silva Ferrão, porém, com razão a censura. •"

A fonte próxima de tal disposição deve ter sido, com modificação na pena aqui, o código argentino, art. 138, conforme o qual « o raptor que não entregar a pessoa raptada *(rabada.),* ou não der razão satisfactoria do seu paradeiro será punido como *homicida* ».

A fonte do código argentino foram os códigos hespa- j nhóes, vigente, art. 452, e anterior, art. 370, que sem falla-rem de *homicídio,* como o argentino, impõem a pena de *cadeia perpetua.*

′ Crivellari e Suman, OBR. cie, vol. 7», art. 342, n. 62, pag. 585.

* Costanzo Calogero, *apvd* Cogliolo, OURA CIT., vol. 2º, pari. I A, pag. 1160; Carrara, COMMBNTO CIT. , art. 312, pag. 207.

» Levy Jordão, OBU. CIT., TOI. 3º, pag. 263, art. 332; Silva Ferrão, OI.R. CIT., vol. 6», pag. 285, art. 332, pag. 325, art. 344, vol. 7º, pag. 247, art. 397.

E aos mais notáveis e autorisados interpretes de taes leis ê que devemos recorrer para justificar ou censurar a nossa, que as imitou, assim como interpretal-a melhor para o fim de saber si ella deve ser applicada ou não, apezar da máxima — *dura lex, scd lex.*

Pacheco, commentando a citada disposição do código hespanhol anterior, principia perguntando si o art. 370 falia somente dos réos de rapto no sentido deste capitulo, ou falia dos réos de qualquer sequestro de pessoa, no sentido de attentado contra a liberdade, ainda que nõo seja com propósito carnal ? Ha aqui uma duvida, diz elle, que bem pôde occorrer a qualquer, e que de facto occorreu a Alvarez e Vizmanos que o precederam numa obra semelhante a que elle estava escrevendo.

Depois observa, si se atlende á epigraphe do capitulo; si se attende também a que a palavra *rapto* nõo tem no código outra applicaçõo ou diversa intelligencia, este artigo 6 simplesmente um complemento dos anteriores : *pessoa* não quer dizer outra cousa que mulher; sua esphera está * reduzida a esses propósitos matrimonia es ou deshonestos, que ô para que os raptos se deliberam e se executam.

Mas, si se attende, pelo contrario, a que essa própria palavra pôde ter outra significação vulgar; a que nesta também deve constituir um delicto; e que nesse delicto se pôde verificar esta própria circumslancia de perder-se e nõo apparecer a pessoa *sequestrada (robadaj* a que era natural que a lei dissesse qualquer cousa para este caso e a que o preceito deste artigo se applicaria com identidade de razão na hypothese que vamos suppondo e para a qual não se encontra nenhum outro, fácil será deduzir que não é uma pretenção desarrazoada a de que estamos fazendo obrigação, e que não se pôde repellir com desdém os que têm dado esta interpretação tão extensa e tão geral ao preceito que estamos examinando neste instante.

Gomo quer que seja, quando se verifica um rapto daquelles de que falíamos neste titulo, e em consequência delle, ou posteriormente a elle, e sem que se possa dar explicação satisfactoria do seu paradeiro, se perde ou desapparecea mulher raptada, não entra em duvida o que devefazer-se respectivamente ao raptor.

Aleiolha-o muito justamente como responsável dum delicto *presumido,* o qual sendo, conforme todas as probabilidades a morte daquella victima, não pôde deixar de ser castigado com a severidade que encontramos neste preceito.

Temos aqui uma presumpção *júris,* cujos effeitos são tão poderosos. .*t* ,

Si contra ella se provasse alguma cousa, então já estará dada essa satisfactoria explicação de que se falia e com a

qual termina ou se extingue a pena de que estamos fatiando. *

A seu turno, Viada y Vilaseca, acompanhando a Pacheco na justificação do art. 462 do vigente código hespanhol, diz que o raptor que não dá razão do paradeiro da mulher raptada ou explicação sntisfactoria sobre sua morte ou desappari-ção, *dá a suspeitar* que a esse crime de rapto tem juntado outro traiçoeiro e infame, o assassinato da mulher, objecto de sua torpe e criminosa cubica,

Esta mesma presumpçao é a que vem estabelecer o artigo, impondo ao raptor a pena de *galé perpetua,* que constitue o gráo médio do assassinato commum.

Cremos inútil advertir que si em contrario á essa presumpçâo/ítris *tantum,* bastante para condemnar o culpado, apresentasse este uma justificação suficiente a acreditar-se que a morte ou desapparecimento da pessoa raptada foi devida á outra causa, alheia a todo delicto de sua parte, já não seria applicavel a disposição deste artigo, incorrendo, porém, o culpado na respectiva responsabilidade do delicto de rapto commettido na conformidade de qualquer dos artigos anteriores.

E conforme o nosso código penal em qualquer das hypotheses do art. 270 do texto e quando o caso porventura occorresse, ainda em qualquer dos arts. 272, ou 273 que áquelle se referem.

Vemos assim a defesa que fazem Pacheco e Viada á disposição parallela á do nosso código art. 271, Paragrapho único. Mais adiante teremos de confrontal-as com a de Rivarola.

Depois Viada y Vilaseca suscita mais precisamente do que Pacheco, como vimos, a questão de saber si a disposição do art. 462 é applicavel aos reos de qualquer sequestro *(roboj* de pessoa, ainda que não seja mulher, e que, portanto, não se haja executado com escopo deshonesto?

E responde que Pacheco se inclina a crer que o preceito do artigo é também applicavel, por identidade de razão, ao caso que ventilamos, fundando-se para isso em que não existe no código outra disposição ao mesmo referente.

Por muito apreço que nos mereça, diz Viada, tão distincto jurisconsulto e commentador, não podemos conformar-nos com a sua opinião sobre esta espécie. ■ O art. 462 se refere aos *réos de delicto de rapto,* de que se tem fallado nos dous artigos anteriores, segundo os quaes temos visto que não ha rapto sinfio de mulher e executado com *objectivo deshonesto,* que sem estas duas cir-

[1] Pacheco, OBRA cn\, vol. 3", pag. 150, art. 370.

cumstancias essenciaes nfio pode haver delicto de rapto em nenhum dos casos previstos nos citados artigos.

E st no de que nos occupamos o legislador castiga com a única e severíssima pena de galé perpetua, 6 sem duvida alguma porque para a imposição desta tem levado em conta nao só o facto da morte provável da mulher raptada, qué constituo a dita presumpçflo, como também o delicto *contra* a *honestidade* de que ô aquelle outro facto consequenclal.

Ficará por isso isento de pena outro sequestro que se faça de qualquer pessoa que nfio seja *mulher,* nfio executado com propósitos carnaes, quando nfio appareça a pessoa sequestrada ?

Indubitavelmente nfio; si do processo instruído para averiguação do facto resultam dados e indicios para crer que o aulor do sequestro tem dado a morte á pessoa sequestrada, se lhe imporá a pena do homicidio ou do assassinato, conforme o coso.

E si só resultasse o facto do desapparecimento da pessoa sequestrada, em sua completa nudez, sem outro dado antecedente, nem indicio, nfio poderia applicar-se ao caso, sem uma interpretação extensiva que repugna ás leis penaes, essa presumpçfio que estabelece o artigo, e menos a pena que nelle se estabelece, para cuja imposição, como temos aito, tem levado em conta o legislador nfio só o attentado contra a liberdade, como também o attentado contra a honestidade da mulher raptada, cujo elemento ultimo nfio concorre, nem pôde concorrer no facto de que tratamos. Este acha-se indubitavelmente comprehendido no § 1° do art. 503 (415 do código de 1850), que sem duvida Pacheco nfio teve presente emittindo sua opiniSo, o qual castiga com galé temporária, em seu grão máximo á galé perpetua, ao que detém illegalmente a qualquer pessoa, e *não dá razão de • seu paradeiro ou não proua haoel-a deixado em Uberdade.* Esta, pois, e uõo a do art. 462 será a pena applicavel ao caso de que se trata. *

Nós temos dlsposição semelhante sobre o sequestro de pessoa nessa hypothese, embora punida com pena menor e igual á do paragrapho único do art. 271, no art. 183.

113. Vejamos agora a opinifio de Rivarola, fonte próxima do art. 271, paragrapho único, do nosso código.

Diz este autor que o art. 138 do código argentino dispõe que o raptor que nfio entregue a pessoa raptada ou nfio dê razfio satisfactoria do seu paradeiro, seja castigado como homicida.

Neste artigo, tomado textualmente ao projecto Tejedor, se crôa uma presumpçfio *júris* da *maior gravidade* e trans-

[1] Viada y Vilaseoa, OBRA CIT., vol. 3°, art. 462, pag»149.

cendencia, muito especialmente si os processos não permittirem o uso da revisão.

E' muito provável que o rapto seja executado no interesse de terceiro e mediante remuneração, sem que o autor material do facto saiba do destino que terá a pessoa raptada nas mãos do mandante do delicto.

Mas ainda que assim não seja, condemnar um homem como homicida, *sem que esteja provada* a morte da victima, me parece uma cousa tão caprichosa, dados os progressos da sciencía penal, que quasi se poderia chamal-a uma monstruosidade.

Castigue-se o caso com uma pena grave, tão grave como a do homicídio, si se quizer, mas sujeita á condição de reduzir-se á uma medida determinada si apparecer a pessoa raptada.

A forma, que é má, dada á disposição do nosso cod. consiste em haver traduzido como texto legal estas palavras do commentario de Pacheco: « si se perdesse ou desapparecesso a mulher raptada, não ha duvida alguma no que se deve lazer a respeito do raptor. A lei olha-o muito justamente como responsável desse delicto presumido, o qual, *sendo segundo todas as probabilidades, a morte daquella victima,* não pode deixar de ser castigado, etc. »

Mas esta consideração não besta para punir-se um homicídio *presumido.*

Uma questão que discute o mesmo Pacheco, aeerescenta Rivarola, sobre a applicação desta disposição é, si ella se refere somente a réos de *rapto,* no sentido que no capitulo se dá á palavra, ou se refere aos réos de qualquer *sequestro* de pessoa no sentido de attentado contra a liberdade, ainda que não seja com propósitos carnaes e se inclina á esta ultima solução que tem sido justamente contestada por Viada y Vilaseca *. Basta em minha opinião ter presente que se trata de *deUctos contra a honestidade* para pensar que de maneira alguma pôde estender-se a disposição deste art. 138 ao caso que suppôe Pacheco [2].

Subscrevemos em geral a opinião de Rivarola e de accordo com o autor que cita contra Pacheco, em que tamisem o art. 271 paragrapho único do nosso cod. só se applica ao *rapto,* e não ao sequestro com fim de lucro do art. 362 ou outra qualquer forma que se cogite, mas de objectivo differente.

O art. I° do cod. se opporia á esta extensão.

[1] Viada y Vilaseca, OIIR. CIT. vol. 3" art. 462, pag. 149. — Este autor igualmente combata e bem a opinião de Pacheco; embora justifique como este o cod. hesp. na adopção da famosa presumpcão *jurts tantum,* como vimos,.

* Br. Rivarola, ODR. CIT. vol. 2° pag. 163 ns. 609 e 610.

Mas, como vimos,, o nosso cod. pen. art. 183, contém disposição semelhante relativa ao *sequestro* como crime contra a liberdade pessoal. I Admira, porém, que no art. 362 punindo *o sequestro* com fim de lucro e punlndo-o com a pena de 2 a o annos de prisão, não estendesse a *presumpção* neste crime mais odioso talvez, com certeza mais ignóbil que o de rapto, e ainda mais que o do art. 183, por vingança ou outro motivo.

E falíamos de presumpção, porque a pena máxima do art. 271 paragrapho único é quasi a do gróo médio do homicídio simples, art. 294 § 2°, igual ao máximo da espécie do § 1° e superior ú do § 2° do art. 295.

Parece-nos que não obstante a lettrada lei, tal disposição -do nosso cod. pen. é inapplicavel não obstante a máxima a que antes alludlmos : *dura lex sed lex.*

Não só a disposição não deveria ser cumprida por sua antinomia evidente com outras até posteriores, como também porque praticamente encontra elia obstáculo invencível no seu cumprimento.

O nosso cod. pen. não falia de homicídio presumido, mas presumpção tacita ha na disposição e elia está por isso manifestamente em opposição com a do art. 67 que declara — *nenhuma* presumpção *por mais vehemente* que seja darô logar á imposição de pena.

E' aliás um principio encarnado no nosso direito, que mesmo para pronuncia é mister a certeza da existência do delido, embora em relação ao sujeito do delicio bastem os indícios — Cod, do Proc. Crim. arts,144e 145 ; Decr. n. 848, art. 63.

Este Decr. éda mesma data do cod. pen. mas ainda a sua numeração é posterior, sendo de notar que elle revigora em phrase enérgica o preceito do cod. do proc. crim.

Mas a *Consolidação* das leis referentes á Justiça Federal elaborada com autorisação da lei n. 221 de 20 de novembro de 1894 e approvada pelo Decr. n. 3084 — de 5 de novembro de 1898, declara expressamente:

« Art. 171. Bastam indícios vehementes para a pronuncia do indiciado; *nenhuma* presumpção, *porém,* por *mais* vehemente que seja, dará logar a *imposição* da pena. » (Cod. do Proc, art. 145; Cod. Penal., art. 67; D. n. 848, art. 63.)

«Art. 185. Quando o juiz *n 3o* obtenha *pleno conhecimento do delido* ou indícios vehementes de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que *não* julga *procedente* a queixa ou denuncia.» (Cod. do Proc, art. 145 ; R. n. 120, art. 286 ; D. n. 848, art. 64).

Attentos todos esses motivos contrários á doutrina que combatemos dos autores citados e ao mesmo tempo ao nosso direito, é que os nossos projectos de 1893 e 1897 não reprodu-

ziram tal disposição "do código vigente, que também não figura no de 1899.

A mesma nota póde-se applicar a presumpção contida no art. 183, que prevê o sequestro como forma de crime contrario a liberdade pessoal.

Também nenhum projecto de revisfio reproduziu essa outra presumpção.

Ha poucos arestos colleccionados da nossa jurisprudência sobre a matéria deste capitulo:

« O rapto não suppõe sempre o defloramento. O crime de rapto por violência não se presume, e deve ser provado com o exame da paciente, exame que só pôde ser effectuado com consentimento delia. O cúmplice de rapto não está sujeito a penas differentes das impostas pelos arts. 226 e 227 do Código Criminal, em referencia ao artigo 35.» (Cod. Pen., arts. 64, 270 e 271.) Sentença de 2 de abril de 1878.

« Não é punivel o rapto da mulher maior de 17 annos, commettido sem violência, antes de se achar em execução o Código Penal vigente. » Acc. da Relação do *Recife* de 3 de novembro de 1891.

« Rapto da victima de defloramento por outro que não o deflorador e casamento posterior deste com a raptada. » Acc. da Relação de *Petrópolis* de 19 de março de 1895.

« Crime de rapto por seducção. Desde que não se tem obtido pleno conhecimento dos elementos constitutivos do crime, é julgada improcedente a queixa. Intelligencia ao art. 270 do Código Penal ». Acc. do Superior Tribunal de Justiça do *Natal* de 11 de agosto de 1897.

«Rapto e defloramento, arts. 267 e 270. Elementos do crime de rapto e defloramento.

O crime de rapto é a *tirada* do lar domestico de mulher honesta com a intenção de satisfazer desejos sen-suaes. » Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 23 de dezembro de 1895. *

CAPITULO III

DISPOSIÇÕES OOMMUNS AOS CAPÍTULOS ANTECEDENTES

CÓDIGO

Art. 272. Presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.

-------- lo DIREITO, TO!. 44, pag. 57; vol. **57,** pag. **108 ; vol. 70**pag. 282, **e TO!. 74. pag. 415 ; Dr. Viveiros de Castro, SENTENÇAS *E* DECIBOBS, CITS., paga. 39 e 267.**

i

Art. 273, As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sesta parte:

1°, si o criminoso (br ministro de qualquer comissão religiosa ; 2º, si fur casado ;

3º, si for criado, ou domestico da offeodida, ou de pessoa de sua família.

E com augmento da quarta parte :

4º, si for ascendente, irmão ou cunbado da pessoa offendida ;

5º, si for tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.

Paragrapbo único. Alem da pena, e da interdicção em que incorrera tambam, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida.

Art. 274. Nestes crimes haverá logar o procedimento offlcialda justiça somente nos seguintes casos :

Iº, si a offendida for miserável, ou asylada do algum estabelecimento de caridade ;

2º, si da violência carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saúde da offendida ;

3º, si o crime for perpetrado com abuso do pátrio poder, ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.

Art. 275. O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime for commettido.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigara a dotar a offendida.

Paragrapbo único. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a apraz i meu to do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.

COMMENTARIO

ii4fc. O nosso Código Penal collocou no capitulo do rapto as disposições do texto com que organisamos este capitulo especial, porque ellas se referem também ao capitulo anterior que trata da violência carnal.

Apezar de tudo, rigorosamente não podemos collocar aqui também as disposições do paragrapho único do art. 277 sobre o lenocínio e transportar tudo para diante depois que tratássemos desta ultima forma dos crimes que estamos examinando, conforme melhor fizeram os projectos de revisão.

Assim, justificando o de 1893, dissemos :

« As disposições communs aos capítulos anteriores regulam a penalidade nos casos de morte ou de lesões pessoaes occorridas como resultantes dos factos previstos no titulo ', consignam certos effeitos civis como adjectos ás penas impostas nos capítulos anteriores; incluem a attenuante de ser a offendida uma meretriz publica; e, finalmente, con-

templam a isenção da pena pelo facto do casamento, mas com a restricção a que já nos referimos. » [1] B Realmente trata-se aqui de disposições que a lei estabelece formulando circumstancias aggravantes e attenuantes especlaes para os crimes contrários ao pudor particular ou publico.

Isto posto, como razão de ordem, passamos a tratar da matéria do capitulo. ffl

Antes, porém, de fazel-o seja-nos licito dizer ainda alguma cousa sobre o § 1° do art. 268, que aqui devia ser collocado, mas não foi, não só para não mutilar a disposição do código, desmembrando o citado § 1" do respectivo art. 268, como principalmente porque o código penal só refere a attenuante da qualidade de meretriz publica aos crimes do capitulo I e não aos do capitulo II.

Este ponto de vista dó código penal é atrasado e hoje contrario, quer á doutrina clássica, quer á positivista. ^

E nem se explica que tendo aqui também como fonte o código italiano o abandonasse.

Nota-se, porém, accentuadamente que o código nos artigos sobre o rapto excluiu a meretriz e é nisto que se salienta a lacuna.

Pio Viazzi na notável monographia que já mencionámos, citando copiosa bibliographia, expõe a doutrina acceitavel.

Graças á autoridade de Decio, que na lei romana professa a regra *meretrices nulli sui copiam denegare possitnt,* prevaleceu entre os antigos a doutrina da impunidade do *rapto* de meretrizes publicas, quasi reputando-as/anccionarios públicos, a que fosse inlerdicto recusar o seu offlcio a quem o reclamasse, equiparando-as a um albergue e assim fazendo-se materialmente o ignóbil confronto, no asseverar que tanto o albergue como a meretriz podem ser forçados a dar a hospedagem um e a receber a outra o macho. Esustentou-se até também a impunidade, no caso que se tratasse de meretriz que tivesse voltado á vida honesta.

Carmignani opina que, sendo a pessoa raptada uma meretriz, se commetteria, sim, uma violência, mas não propriamente um rapto ; mas acrescenta com a autoridade de Bohemero, não se poder considerar como meretriz aquella que depois de ter abandonado o vicio, delle depois se tivesse arrependido.

Precisa, porém, advertir que, quando em espécie fiasse acompanhado de aggravantes particulares, como violência publica, era punido também com a morte, entretanto não faltou quem, inspirando-se no ódio contra o *peccado,* repudiasse impiedosamente qualquer distincção.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO de 1893, pag. 17,

Não era, portanto, geral o critério da impunidade.

D'um excesso, porém, passou-se a outro, e Carraro, por exemplo, e com eUe muitos outros, sustentaram que devendo referir-se o rapto aos deiictos contra a liberdade pessoal, disto deriva como consequência necessária que no delicto de rapto a qualidade de meretriz na raptada não] pôde assumir importância que diminua a quantidade natural do malefício. *

« Ora é bem verdade, conclue Viazzi, que por mais abjecta e infame que seja a condição de uma mulher, ella conserva pleno e inteiro o seu direito a liberdade individual; mas, como nota justamente Tuozzi e como nós já temos antes dito, não se desconhece no rapto todo e qualquer effeito em damno da honestidade da mulher, da moral publica e da família, ainda quando nenhum acto libidinoso fosse consum-mado na occasião de um rapto de mulher : tal effeito inevitavelmente se apresenta, menos quando a mulher é meretriz.

E por isto está bem no código a attenuante de tal qualidade, que se adapta também, como também opina Carrara, aos critérios da menor *temibilidade* do réo, isto é, do menor *damno mediato* (segundo os pontes de vista), podendo calcular-se que o raptor de uma meretriz não teria ousado fazer outro tanto *vis-á-vis* de uma mulher honesta.[a]

O nosso Código Penal, não referindo nunca o rapto á meretriz, como iizeram os projectos de revisão, de 1899, art. 284, tornou impune o facto e talvez de modo absoluto, porque,tratando-se de fim libidinoso e não estando previsto o caso neste titulo, entrará em duvida si poderá ser classificado no titulo dos crimes contra a liberdade pessoal praticados por outros moveis ou com outros escopos que não os do presente titulo.

A lacuna sciente e consciente não se justifica ante a doutrina, como acabamos de vêr, e é simplesmente immoral.

A solução do caso pelo Código é esta sobre a meretriz: Si uma meretriz fôr raptada, o autor do facto não commette crime algum. Si entretanto seguir-se o estupro, elle incorrerá no art. 268 com a attenuante do § t° do mesmo artigo.

E' escusado dizer que não tem lugar a aggravante do § 2° do art. 270, porque esta disposição só se refere à mulher honesta raptada nas condições do mesmo art. 270 e § I°, não estando a meretriz comprehendida, como vimos, em nenhuma das modalidades do rapto.

[1] Carrara, FROORAUMA, Part. Spec. §§ 1526 a 1528 e 1697. ' fio Viazzi; II RATTO extraindo da *Enciclopédia jurídica italiana,* Milano 1897, pag, 90-94e notas com os autores ahi citados.

V

iie$. Tratemos agora das disposições dos artigos do texto do Código Penal neste capitulo entre as quaes figuram algumas que elle repete no seguinte, pela ma divisão que fez da matéria. H

í» O Código no ert. 272 estabelece que presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados nos dous capítulos anteriores, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos.

Os projectos variam, tendo os de 1893 e 1897 se acostado mais ao italiano e os de 1896 e 1899, arts. 272 e 279 fixado a menor idade para a conjuncção carnal em 15 annos e para o rapto em 12.

Trata-se aqui de uma presumpçflo *júris et de jure* e que, verificada, induz a considerar como violentos os crimes contra o pudor.

Isto quer dizer que o constrangimento, em regra geral, devendo ser provado,si se realizou por violências ou ameaças, ao contrario, no caso de que se trata, não é mister tal prova, e somente da idade, porque a lei equipara ás violências e à ameaça o estado ou condição da pessoa que importa a impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro, na pessoa menor sujeita a conjuncção.

Aliás, nós já nos referimos ao assumpto nos capítulos anteriores onde o Código devia ter coordenado tal aggravante e não collocal-a aqui; sendo de notar que em relação ás disposições communs, elle collocou algumas alli, trocando as bolas, como se diz vulgarmente e lhe succede muitas vezes.

Passemos és disposições propriamente communs previstas nos artigos do texto.

Além de outras especiaes, ellas são aggravantes, attenuantes ou mesmo dirimentes. I

■ Jô nos referimos a attenuante, e para o Código dirimente e attenuante; restam as outras.

As circumstancias aggravantes, conforme a doutrina e as legislações, são de duas classes: a 1ª, relativa ao poder de que abusa o culpado e que acarreta comsigo a consequência jurídica da perda delle ; a 2ª, a que se deduz das consequências graves dos delictos contra o pudor.

Todos os projectos de revisão e o de 1899, arts. 282 e 283, com prebendem ambas as classes.

Mas o Código omitte a segunda classe, embora tenha alludido aos factos que a constituem para regular no art. 274 a acção publica e não para consideral-a como tal, isto ê, como aggravantes os mesmos factos. 3}

9 Isto não foi feito conscientemente, mas um dos innumeros cochilos que deu elle adormentado.

Temos, portanto, no Código, somente as aggravantes da primeira classe contempladas no art. 273 do texto e conforme

O qual as penas estabelecidas para qualquer dos crimes de que até aqui temos tratado neste titulo, são applicadas com augmento da *sexta parte* ou da *quarta,* si o crime fôr commettido pelas pessoas que a disposição do citado art. 273 enumera; occorrendo ainda, que, além da interdicção em que incorrerão também, o ascendente (pai ou avós) perderá todos os direitos sobre a *pessoa e bens* da offendida, conforme estabelece o paragrapho único do mesmo art. 273.

O Código neste paragrapho único restringe as incapacidades e perdas de direitos aos ascendentes; os projectos estendem-nas aos tutores.

Sendo essas consequências civis do crime effeitos do crime *ex vi legís,* ainda quando a sentença não as mencione, nellas incorrem os condemnados.

Sobre a razão justificativa de taes disposições, quasi Intuitiva, ellas já figuravam no direito romano até em relaçfio ás escravas offendidas, quando se tratava do lenocínio :

Lenones paires ei dominós, qui suis vel ancillis pec-candi necessitatem imponunt; nec jure frui dominii nec tanti criminis patimur libertate gaudere.

E a razão que suggere ao legislador taes perdas de direitos, diz Crivellari, muito bem se comprehende. Quem se torna culpado de crimes deste género não pôde mais gozar da confiança ou da fé publica e se tem tornado indigno de um offleio delicado como é o de vigiar a educaçfio de menores. *,

Aliás, a disposição figura no Código italiano, art. 349, húngaro, art. 235 ; allemSo, §§ 173 e 174 ; hollandez, art. 249; belga, arts. 378 e 382 e outros.

Apreciando a citada monographia de Viveiros de Castro neste ponto, dissemos :

« Nos capítulos que seguem vem o complemento da matéria antecedente e outros assumptos mais da esphera do direito substantivo que do adjectivo e finalmente o ultimo pertinente ao direito civil.

Assim, o capitulo IV se oceupa das aggravantes especiaes em taes crimes, estabelecendo vistas geraes sobre a matéria, ao mesmo tempo que se refere ás disposições do código vigente, resolvendo duvidas que ellas suscitam.

D'entre estas destacamos a que nega a aggra vante derivada da qualidade de ministro de qualquer confissão religiosa, porque hoje pela lei civil pode elle casar-se.

Quanto ao incesto, écerto que alguns autores propugnam pela sua punição, como delicto *sui generis*; mas elle figura

[1] Crivellari, OBR. CIT., vol. T°, pag. 616, art. 349, n. 101.

no código como aggravante das espécies e nos casos taxativamente enumerados que pelo defeituoso systema casuístico inclue casos que deviam ser excluídos, ou ao menos não equiparados a outros e não abrange todos que uma expressão geral teria abrangido.»

Basta-nos accrescentar que o Código, no art. 273, n. 1, deveria ter restringido a aggravante ao criminoso que fosse ministro de qualquer confissão religiosa que lhe impuzesse o celibato ou esta fosse um voto de obediência ou o de não recosar-se, etc.

Rigorosamente ella não deveria figurar na lei como circumstancia especial, mas comprehender-se em outras com forma mais geral, como fizeram os projectos.

Hoje os ministros de qualquer religião se podem casar, ó verdade, mas os da igreja cathõlica raramente afrontarão as penas canónicas, a degradação, a excommu-nhão, ele.

Da matéria do art. 274 deviamos tratar, para evitar repetições, quando commentassemos o art. 407, que faz referencia aquelle.

Entretanto convém deixar o artigo já explicado adiantando ideas, repetindo antes de tudo o que algures dissemos, em relação á citada obra do nosso autor :

« Trata-se aqui da acção publica e da acção privada em taes crimes.

Embora o modo, a forma de exercer a acção seja da alçada do direito processual ou judiciário, o determinar si ella deve ser official ou particular é da esphera do puro direito substantivo.

E com relação aos crimes de que se trata, o autor discute longamente a questão de saber si nelles deve caber a acção publica ou somente a privada e resolve preferindo o uso daquella ao desta.

Dissentimos desta solução.

O processo para punir taes factos deve depender geralmente, como os de injuria e difTamaçâo, da acção parti-cular do offendido, salvo casos especiaes de publicidade ou escândalo ou o concurso de crimes, como a morte ou es lesões pessoaes qualificadas ou graves, o caso de abuso de autoridade, etc.

Os inconvenientes que o autor aponta nesta doutrina não são excluídos da que adopta, sendo certo que os mais sérios podem ser obviados por disposições adequadas que figuram nos códigos relativas á prescripção de curto prazo, à prohibição de renuncia da queixa e do perdão em certo estado do processo e outras providencias attinentes a embaraçar as *chantages.»*

Os factos a que se refere o art. 274 para regular a acção penal, como vimos, não constituem aggravantes, como

nos códigos italiano, srt. 351, belga, art. 376 e outros Imitados pelos projectos de revisão. * Gommentando este ultimo código sobre a sua disposições diz Nypels, que ella é um novo exemplo da doutrina da lei sobre o dolo eventual, s=»

lie. Passem JS ao art. 275 do texto.

■ Este artigo, assim como o anterior, que deviam formar uma só disposição, são paralleloe aos arte. 336 e 344 do Código Italiano.

■ Juslificando-os diz, entre seus interpretes Costanzo Calo- (gero, que nestes crimes o legislador tem sabiamente crido que muitas vezes o damno social do escândalo resultante da accusaçfio seria muito maior do que aquelle que emana do Cacto, ficando pouci conhecido, quando o oflendldo nfio se lamenta, que ú dubla oflfensa da moralidade publica é sancção sufflciente a certeza da punição, si a parte lesada o reclama ; que o julgamento se refere sempre a delicados segredos domésticos c a factos que legitimamente interessam á pessoa ofTendida conservar velados e tem estabelecido por isso que, salvo casos excepcionaes, nos quaes a moralidade publica realmente ofTendida exige uma reparação exemplar, na maior parte dos casos para proceder contra os culpados é necessária a querela da pessoa prejudicada.

Basta que a lei punitiva attlnja todos aquelles factos criminosos que além de terem lesado o direito individual, teem também perturbado a tranquillidede social, como nas excepções dos ns. 1 a 3 do art. 274, quando nfio fosse por outra causa, pelo temor da repetição do delicio; mas, diz Garrara, si o procedimento contra um delicio poda causar prejuízos a desordens talvez mais graves, mais permanentes o mais senslveli que aio sejam aquelles resultantes do delicio mesmo, s razflo publica quer que a Intervenção do ministério penal se *mggtéktê* S certas roínlições, e precisa- menteâ condição do<

!• «oflendido.

O !.--U? >rém, consid^lfcilgS imiolo «st» dal dc-stes í nosso código art. 274J, além de derrocar s »4ifo art.407 do procedimento ofikiai da uma norma cancelai /art. 275 do texto) a

I preso
*öe no
ais a *i*

um snno [sei

dí/ no art. *21 :*• oti

*W, *lā* *—* ; - kfc M«

!.•«

leria tido direito de querelar im lugar da pessoa oflen-dida. *

Depois de um anno de voluntário silencio, quando os vestígios do crime teem desapparecido e se tem até perdido a memoria do facto torpe, a querela não poderia ser intentada para reivindicação da honra da família, mas seria instrumento de vingança tardia ou de vergonhosas extorsões. [2]

Sobre a matéria da prescripção e interpretando o art. 371 do Código Penal Belga, Nypels nota que o relator da commissSo da camará examinou a questão quanto ao rapto; elle partilhou a opinião dos commentadores, que consideram o rapto como um delicto *successico* e concluem dahi que a prescripção não corre tanto que a pessoa raptada permaneça nas mãos do raptor. A jurisprudência se tem pronunciado neste sentido.

Notemos, além disto, accrescenta elle, que o rapto por seducção, seguido de casamento, não é punível sinão no caso em que o casamento seja annullado.

E' pois no momento em que a null idade do casamento tem sido definitivamente decretada que nasce o direito ao procedimento e em todo caso não é sinão neste momento que a prescripção pôde começar seu curso. [3]

Não ê o Código Penal vigente que estabelece princípios sobre os quaes se possa resolver essas e outras questões.

Tratamos da matéria noutro livro sobre a parte *geral* do código. [4] VJ

xw. Finalmente, no art. 276 do texto o nosso Código Penal estabelece que o nos casos de defloramento, como nos de estupros de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

O nosso código, entretanto, sem razSo alguma, exclue o *raptor* da obrigação de dotar a offendida; o que só faz o direito portuguez.

O Código Criminal anterior, fonte próxima do actual estendia a mesma obrigação ao rapto.

A fonte do código anterior foi o antigo direito portuguez, isto é, a Orden. do Liv. 5° tit. 23 e Alvará de 6 de outubro de 1784 § 9°. Disposição semelhante figurava no código Leopoldo da Toscana, art. 98.

[1] O art. 275 do texto nmiltiu as ultimas palavras e pois pela nossa lei a prescripção começa a correr sem distincção possível da época do facto Os projectos ile 1893 e 1897 a cosi aram-se ao cod. italiano, mas os de 1896 e 1899;art.411 n. III, não contém prescripção especial e nas excepções em que permitte a acção publica não se refere ao concurso da morte ou de lesões pessoaes graves.

» Costanzo Calogero, *apud* Cogliolo, OBRA CIT.,2° vol., Part. I[a] A, pag. 1271.

* Nypels & Serva is, OBRA CIT., 2[o] vol. art. 371, pag.478, n. 5.

* Con. PENAI, COMMBSTADO CIT., 2O vol.. cap.XXXVII, pag.371, na. 198 a SOO.

O art. 400 dos códigos portuguezes contém a mesma disposição que o nosso código vigente imitou naquella exclusão do rapto, sciente ou inconscientemente ô o que não sabemos. *

A disposição é um resíduo do excellente systema da satisfação do damno do código de 1830, mutilado na lei de 3 de dezembro de, 1841 pelo qual temos sempre nos batido e que só escapou do naufrágio, porque essa obrigação de dotar a offendida figurava como uma das penas nos artigos respectivos daquelle código.

Talvez por isso é que Thomaz Alves cita a decisão n. 262 de 17 de junho de 1865, conforme a qual parece que na forma do art. 63 da citada lei, o dote como satisfação devia ser pedido por acçôo civil; devendo o condemnado insolvavel» segundo o art. 32 do código anterior ser conservado na prisão o tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação.

Esta parece que era a opinião ao autor citado com referencia á decisão V

■ Nem eram fundadas as hesitações de Carlos Perdigão sobre a natureza e modo de effectividade do dote [3]*

Hoje a questão esta até certo ponto resolvida pelo art. 276 do cod. vigente mandando que a sentença que condemnaro criminoso o obrigue a dotar a offendida.

Levy Jordão referindo-se aos autores reinicolas allude a regras consoantes ao calculo da satisfação [4].

Nós pensamos que si o juiz puder condemnar no quantum deve fazel-o ; porque mesmo pensamos, em geral, como temos sustentado, que hoje avista do art. 69 lettra *b* do cod. vigente, sendo um dos effeitos da condemnação a indemnisaçâo do damno, não restará mais depois da sentença criminal do que liquidar o quantum no execução. [5]

Quanto a regras para avaliação bastam as dos arts. 21 e seguintes do cod. ant. que Silva Ferrfio elogiava e o nosso civilista, Lacerda de Almeida as reputa *magnificas**.

E vem a pello recordar aqui palavras que algures dissemos :

Nas attinencias do direito civil com o criminal acerca da satisfação, apezar do hybridismo da nossa legislação, as opiniões de quem escreve estas linhas são conhecidas.

[1] Silva. Ferrão, OBR. CIT., vol. 7º, art. 400, pag. 258; Levy Jordão, OBR. CIT., vol. 4º, art. 400, pag. 172.

* Thomaz Alves, OBR. CIT. vol. 3° pag. 384, art. 219. '

Carlos Perdigão, OBR. CIT. vol. 2º art. 219, pag. 353.

* Levy Jordão, OUR. CIT. *loo. cit.*

* EXPOSIÇÃO DE Motivos do projecto de 1897, tit. X, part. geral, pag. 6, *satisfação do damno.*

[8] Lacerda de Almeida, *Obrigações,* Porto Alegre 1897, pag. 334, not. 36.

*

Para isso ê forçoso registrar ainda aqui o nosso dissentimento sobre um ou outro ponto desta parte do livro quanto á satisfação como resultado ou effeito da condemnação criminal.

Il Theorica e praticamente é diversa a nossa opinião quer sobre a interdependência da acção civil e criminal para *m* haver a satisfação ou punir o crime, quer sobre a necessidade de nova condemnação no civil para aquelle fim, quando I a satisfação e um dos effeitos da condem nação.

Sobre esta ultima questão está exposto o nosso modo de vôr nos últimos trabalhos do projecto de código penal I em ultima discussão na camará dos deputados *,

Isto pelo que toca peculiarmente ao nosso direito que passamos a comparar com outros em que figura a disposição do art. 276 do texto do nosso cod.

Assim o cod. do Uruguay diz :

Art. 299. Os rêos de violação, estupro e *rapto* serão também castigados por via de indemnisação :

« 1° a dotar a offendida, si for solteira ou viuva ;

« 2° a dar *côngruos* alimentos a prole que for sua, segundo as prescripções do código civil. »

Vasquez Acevedo aponta como fonte desta disposição o cod. chileno, art. 370 e a qual concorda com as do cod. peruano, art. 276 e argentino, art. 139.

Sobre este artigo, cuja redacção parece haver preferido o nosso cod. art. 276 do texto, e ainda fortifica a nossa opinião, diz o dr. Rivarola :

« Pelo art. 139 se prescreve que os réos de vioTação, estupro ou *rapto* serão, demais, *condemnados* (é delle o gripho) a dotar ô offendida, si fôr solteira ou viuva, *em proporção* ás suas faculdades.

« Ainda que o que se dispõe por este artigo é que o condemnodo deve a indemnlsacSo civil, falla-se de condemnação em tal sentido, que creio ser *manifesta intenção* da lei prescrever que na *mesma sentença* em que se impõe a pena corporal se *imponha a pecuniária**.

As palavras deste autor parecem ter inspirado a redacção do art. 276 do texto.

E o direito argentino mandando regular o dote em proporção das faculdades do criminoso obedece à orientação moderna do instituto da satisfação antecedida pelo nosso cod. de 1830 influenciado pelas idéas de Bentnan e não pelas que nos lembrou depois Levy Jordão referindo-se aos praxistas reinicolas.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS CIT. 1897, pag. 6.

|« Dr. Rivarola, OBR. CIT. 2* vol. pag. 177, n. 621.

Mas a fonte do direito neste ponto das republicas hespanholas foram Os códigos da antiga metrópole, anterior] art. 372 e vigente, art. 464.

E por isso sobre aquelle artigo reproduzido por este, tanto que Gonsalez y Serrano, não o commenta, como corrector da obra de Pacheco, diz este, cujas ideas ainda se conformam com as nossas sobre as regras geraes da satisfação aqui applicaveis:

A responsabilidade civil, isto é, a indemnisação do damno causado, é uma das consequências de todo delicto: assim se tem estabelecido num capitulo especial no livro primeiro do nosso código.

Não faz pois a lei no artigo (372) que acaba de transcrever-se, nenhuma excepção particular para os delictos de que tratamos/ não foz mais do que applicar nelle os princípios geraes aos casos de *rapto,* violação ou estupro.

Era isto conveniente paro evitar duvidas e imprimir á jurisprudência o caracter pratico que podia pedir-lhe a razão.

Três géneros de indemnisação se estabelecem ou declaram aqui. Primeira: a que consiste em *dotar* a mulher offendida: Segunda: que acarreta comsigo o reconhecimento da prole, caso haja: Terceira: a de alimentar á essa mesma prole. Realmente, não cremos que seja possivel alguma outra indemnisação.

I O dote tem logar quando a mulher offendida é solteira ou viuva. Isto se concebe bem. Sendo casada, seria repugnante que se fallasse de dinheiro entre seu marido e o offensor. Quiçá poderá haver, quiçá haverá n'outras sociedades, congratulamo-nos que na nossa nSo haja-a.

Qual será a.quantia em que poderá consistir o dote? A lei não o disse. Nem podia dizel-o, porque neste particular não cabe esse género de regras. Os tribunaes o dirão, tendo em conta sobretudo a classe e circumstancias da mulher offendida, *mais ainda porém as do que a houver enganado.* Si a um homem de posses medianas não se pôde, por exemplo impor sinão um dote de dous a ires mil *reates,* a um poderoso ou abastado bem pode condemnar-se a outro de doze ou quinze mil *duros.* O arbítrio ou faculdade judicial *não* tem ponto neste limite, porque não se trata de multa e sim de indemnisação.

O reconhecimento da prole não poderá verificar-se em todos os casos. Devera ordenar-se e levar-se a effeito si estiverem livres e com a possibilidade de contrahirem matrimonio: claro está que não se mandará, nem praticará, quando por qualquer causa esse matrimonio a propósito for impossível. A lei criminal tem aqui que submetter-se á lei civil.

Não succede o mesmo no terceiro ponto, no dos alimentos. O preceito do artigo ô absoluto e deroga qualquer disposição contraria. Sejam filhos do incesto, do adultério, do qualquer crime os produzidos pelo *rapto,* pelo estupro ou violação, os alimentos são uma pena que este artigo impõe, e de que a pratica não poderá prescindir de hoje em diante.

I Só temos a accrescentar a estas observações magistraes que a disposição da lei hespanhola é preferível a nossa pela sua sabedoria, previdência e humanidade tão salientadas peio seu notaveí commentador.

• nw. Resta o paregrapho único do art. 276 do texto deste capitulo, conforme o qual « não haverá lugar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz de orpnãos, nos casos cm que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida si fôr maior».

Aqui a primeira duvida é de saber si o código neste paragrapho iinico se refere ao rapto lambem que elle excluio do mesmo art. 276.

R A raptada por este artigo não tem direito a dote. Avista deste preceito, o casamento com a raptada será uma dirimente *1*

Opinamos afirmativamente, porque si o código nega satisfação pecuniária a raptada, não pode sem absurdo negar-lhe a mais completa que pode haver no caso, a plena reparação moral do casamento que lhe faltaria, si o sujeito activo do facto não achasse no casamento uma dirimente da criminalidade delie ou a isenção ou extincção mesma da pena.

Entretanto, Silva Ferrão dá intelligencia contraria ao paragrapho único do art. 400 do código portuguez de 1852, Igual ao de 1886 que o nosso parece ter imitado, dizendo que — si a *raptada* qui/er *habilita r-se* para uma destas alternativas (dote ou casamento), cumpre que se deixe estuprar ou violar.

Parece-nos que o legislador portuguez soffreu a influencia do direito canónico pelo seu espirito de sujeição â igreja catholica.

Levy Jordão, outro notável commentador não diz isso, mas recorre ao *corpus Júris canonici* quando commenta a disposição. *

()s projectos de revisão consagram a dirimente, aliás vulgar nas legislações, o de 1S99, art. 285.

' Pncheco, ou», **orr. vol.** 3"., **arl.** 372, **pag. 159.**

* Silva Ferrão, **OUR.** crr. **vol.** 7», **arl. 400.** pag. 861: **I.«vy** Jordn"), **ORR. OIT. vol.** 4° **arl. 400, pag. 172.**

s.m **ti**

O código vigente, salva aquella duvida seria, melhorou o anterior, arts. 219, 225 e 228 que nenhuma distincçfio fazia acerca do casamento, originando por isso duvidas na pratica.

Assim em 1863, D. Francisco Balthazar da Silveira, presidente da Relação do Recife, dava o seguinte parecer sobre o assumpto em face do código anterior de 1830 :

O art. 225 do código criminal não pôde ser entendido e applicado isoladamente, sua disposição é relativa, é subordinada a ultima parte do art, 219, com o qual harmonisa-se o art. 228.

Si se quizer dar-lhe intelligencia e execução isoladamente, quantos perigos, quantos absurdos não teremos?

E na hypothese presente vê-se um dos mais damnados attentados!

Um negro escravo (conservávamos ainda a nefanda monstruosidade da escravidão) dizendo que quer casar-se com uma moça livre e branca !

E si for ella de tamil ia honesta "<■

E si pertencer a família de elevada posição ? S

Veja-se quantos perigos e escândalos para o bem estar e paz das famílias, e no estado de nossa educação, costumes e civilisação.

E si isto 6 admissível, horrível quando o crime é resultado de seducção, caricias e affagos, o que será quando for elie perpetrado por fraude ou violência °*l*

Não basta, pois, que o rèo diga que quer casar-se é necessário, é *essencial* que *siga-se* o casamento.

Mas, ha de seguir-se observando-se *em tudo* os princípios de direito, e as prescripções *positivas* e certas de nossa legislação, que regulam a matéria.

Deve a victima declarar *livremente,* si concorda com semelhante união, que máos fructos promette, sendo o resultado do crime.

E *além* do consentimento da infeliz, deve havel-o de seu *pai, tutor,* ou *curador,* ou do *juiz,* que para tanto tem jurisdicção.

Esta disposição no nosso código criminal tem sem duvida por fonte a antiga legislação, cujas determinações combinão com o que acabo de expor, como vê-se na Orden. Liv. 5º Tit. 16 § 3, e no Tit. 23 in princ , acrescentando esta ultima — si for convenhavel, de condição para com ella casar.

Isto mesmo é sustentado no *Repertório das Ordenações,* tom. Iº pag. 371.

Estes mesmos princípios são estabelecidos por Mello Freire, *Institutiones Júris Criminalis,* onde no § 17 do tit. 4º, desenvolvendo a matéria, diz quasi no fim — *non ad eam praecise uxorem ducendam, sed ad dotem pro*

illius qualitate et conditione... E no 10° § do tit. 10 diz a mesma cousa.

E nem deve reputar-se revogada esta legislação, pois nada ha nella de Imposição de pena; e sim ê estabelecida em harmonia com as disposições do direito civil, do qual vem a ser uma verdadeira consequência.

Vô-se igual doutrina seguida em Blackstone, que (pag. 211, vol. 4°) diz : *might redeem tlie qffender Jrom lhe execution ofhis sentence by accepting /Um for her husband.*\

Os mesmos princípios são sustentados por Chauveau e Hélie, quando tratao de explicar e desenvolver o art. 357 do código penal frnncez, cujas disposições aliás não são bem seguidas pelo nosso código. *

A vista portanto do que fica ponderado, deve o juiz de direito dar execução ao código criminal, procurando em tudo evitar perigos e escândalos, entendendo os seus antigos em relação, subordinados uns aos outros, e em harmonia com o que é determinado nos outros lugares da legislação que nos rege. *

Pacheco, commentando o art. 371 do cod. hespanhcl parai leio aos do nosso anterior faz desenvolvidas observações no mesmo sentido.[3]

A lettra do texto do paragrapho único do art. 276 do nosso cod. vigente dissipou as duvidas neste ponto.

xi©. E a disposição, em geral, pôde ser justificada com as razões que dá Carrara do art. 352 do cod. Uai. sobre cujo mérito não faltaram oppositores que preconisando o systema adoptado pelo cod. toscano não estavam dispostos a reconhecer no facto ao casamento entre a pessoa violada ou raptada, a faculdade dirimente da responsabilidade e dos| effeitos da condemnação em homenagem ainda ao principio da *res judicata.*

Razões porém, mais poderosas de conveniência politico-social levaram os prodomos sobre essa opposição.

E' um facto que com o casamento subsequente entre o culpado e a viclima, desapparecem plenamente todas as consequências deploráveis do delicto, nem ahi a moralidade publica iua decência são em nada interessadas, ao contrario, si antes ficaram abaladas, em consequência do matrimonio se têm plenamente tranquillisado.

Uma acção penal intentada depois do consorcio legal das pessoas directamente interessadas, assumiria um certo caracter de odiosidade, vindo quebrantar a união de duas almas no ponto mais solemne e reparador.

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 4°, urt. 357, pag. 506, n. 1754.

* O DIREITO, vol. 1ª pa?. 20.

* Pacheco, OBR. CIT. vol. 3", art. 371. pag. 157, n. IV.

Por outro lado, si para o estupro e o rapto o legislador tem subordinado a acção penal a querela da parte, haveria certa incoherencia em não fazer calculo desta faculdade, seja também ampliando-a fora dos limites dos arls. 336 e 344 (nosso cod. art. 274) em face dum facto mais saliente, qual é o do vinculo indissolúvel que une os dous seres protogo-nistas do crime.

Mas o nosso cod., art. 276 paragrapho único parece negar a dirimente no caso de ter sido o culpado condemnado e estar cumprindo a pena, isto é, não abrange na redacção a cessação dos effeitos da condemnação pois que diz somente: *não* haverá lugar *imposição* de pena.

Isto porém ê absurdo e os autores se manifestam em contrario.

Si o matrimonio se contrahe depois da condemnação, diz Gostanzo Calogero, cessa a execução e os effeitos penaes delia.

Em taes cases, dizia o ministro Vigliani no seu rela-rio, a moralidade publica fica satisfeita, a lei recobra o seu império e impõe que tudo e para sempre se vote ao esquecimento.

Não ha duvida alguma que o casamento é a melhor reparação que o culpado possa offerecer á victima do delicto e o legislador quiz com esla sabia disposição encora jal-a o mais possível. Crivellari e Suman a seu turno, abundando nas mesmas ideias acerescentam, resolvendo bem uma duvida seria na espécie :

Nem o beneficio se restringe só ao culpado que contrahe matrimonio, mas também a todos aquelles que concorreram no crime, em relação aos quaes cessa todo procedi-mente: é a actuação completa do conceito mesmo da dirimente. Realisada a reparação do crime não deve restar vestígios em prejuízo de ninguém. *

A' vista do desenvolvimento que demos á matéria deste capitulo nos limitamos a registrar a jurisprudência sobre ella sem annotal-a, podendo, entretanto, ser cotejada com as nossas idéas emittidas.

I «A prescripção do art. 275, do cod. pen. refere-se aos casos de queixa privada, e não aquelles em que ao promotor incumbe a denuncia.» Decisão do Tribunal da *Baldo,* 4 de maio de 1893.

« O direito de queixa privada no crime de defloramento prescrevo no prazo do art. 275, do cod. penal.» Acc. do Sup. Trib. de Justiça de *Belém,* 14 de dezembro de 1895.

[1] Garrara, COMMKNTO CIT., art. 352, pag. 211; Cogliolo, Owi. CIT. 2" vol., Parte 1* A, pag. 1280 §6°; Crivellari e Suman. OBR. CIT. vol. 7°, art. 3T.2, n. 104. pag. 617.

«Crime de defloramento—Rapto de victima por outro que não o deflora dor e casamento posterior deste com a raptada.

« O procedimento official contra o raptor não tem logar cr-ct* do art. 275. do cod. penai.» Acc. Relação *Petrópolis,* 19 março 1893.» Crime de rapto com defloramento.« Procedimento official quando tem logar.

« Miserabilidade da offendida — arls. 269,270 § 2º, 273 § 2° e 274 do cod. penal: » Acc. da Relação, *Petrópolis,* 20 de março de 1895.

« () casamento da menor de 14 annos com o seu offensor não tem logar, si a mãe da offendida lhe recusa o seu consentimento por motivos ponderosos. Intelligenciadosarts. 17 c 91, da lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890, c 270 paragrapho único do cod. penal.» Sentença de 2 de março de 1895. *j H « Quando nos crimes de violência carnal e de rapto ha o procedimento official da Justiça de accordocom o art. 274, do cod. penal, a prescripção da respectiva acção penal não 6 mais regulada pelo art. 275, e sim pelo art. 85, do citado código.» Acc. do Tribunal Superior, *Belém,* 2 de outubro de 1897.

« Quando o casamento é procurado como meio de evitar a imposição de pena do crime de estupro, caso previsto no paragrapho único do art. 276, do cod, penal, depende a sua realisação da licença do juiz (arts. 7°, § 7º e 17 do decreto n. 181, de 1890).

« E sendo essencial para a validade do casamento o consentimento dos contrahenles, não se pôde effectuar, si a menor for da tenra idade de nove annos e nenhum desenvolvimento intellectual tiver.» Acc. Relação, *Petrópolis,* 8 de julho de 1898. [a]

A Revista de Jurisprudência como *observações* insere a contra minuta do Juiz, cujo despacho aliás foi confirmado nesse Accordão.

m

CAPITULO IV

DO LENOCÍNIO

CÓDIGO

Art. 277. Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem:

Pena — de prisão cellular por um a dous ânuos.

Paragrapho único. Si este crime for commettido por ascendente em relação á descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada

[1] O DIREITO, vol. 04, pg. 519 ; vol. 70, pg. 92, 282 e 285; o vol. 67, • 451. M

» KEVISTA. DE JURISPRUDÊNCIA, CIT. vol. 2º, pag. 409 ; vol. 5º, pag. 56.

da educação ou guarda de algum menor com relação a este ; pelo marido com relação á sua própria mulher:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annoa. Além desta pena, e da interdicção em que incorrerão, se imporá mais:

Ao pai e mãi a perda do todos os direitos que a lei lhe concede sobre a pessoa e bens do descendente prostituído;

Ao tutor ou curadpr, a immediata destituição desse múnus ;

A* pessoa encarregada da educaclo do menor, a privação do direito de ensinar, dirigir ou ter parte em qualquer estabelecimento de instrucção e educação;

Ao marido, a perda do poder marital; tendo logar a acção criminal, que prescreverá em três mezes, por queixa contra elle dada somente pela mulher.

Art. 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constrangendo-as, por intimidações ou ameaças, a empregaremrse no trafico da prostituição ; prestar-lhes, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação e auxílios para auferir, ou directa ou indirectamente, lucros desta especulação:

Pena — de prisão cellnlar por um a dous annos e multa de 500$ a 1:000$000.

COMMENTARIO

1JBO. Este capitulo corresponde ao 2° do Código neste titulo, porque do 2° fizemos dous, como ficou explicado no capitulo anterior sobre as disposições communs á violência carnal e ao rapto, que o Código havia conglobado com as referentes a este ultimo crime somente.

Justificando o projecto de 1893, dissemos sobre a matéria :

O capitulo relativo ao *lenocínio* ou *proxenetismo,* no meio da diversidade de conceitos, dos códigos, estrangeiros, foi inspirado pelos do italiano, que seguiu principalmente o austríaco, allemão e hollandez.

Mas o projecto, a exemplo da simplicidade do código húngaro, reuniu em um só conceito tanto a excitação como o auxilio, á prostituição ou corrupção de menores com o fim de servirá libidinagem de outrem.

O projecto inclue as aggravantes derivadas das qualidades das pessoas e da violência, para ferir com penas mais graves, fulminando com a dissolução do vinculo conjugal no caso em que *o proxeneta* ou rufião seja o marido.

Aggravando o facto, quando habitual, assim como o lucro, será punido o infame e sórdido mister mais rigorosamente. *,

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS *do projecto* de 1893, pag. 17.

Nas epochas históricas da Grécia, Sólon punia o lenocinio com a multa; no tempo de Eschino a pena dos alcoviteiros era o extremo supplicio. Um dos capítulos de accusação que se fazia a Aspasia, era o*de ter recolhido em sua casa mulheres de condição livre, que ella prostituía para Péricles.

■ Os romanos não puniam a principio o lenocinio sinão com a simples infâmia :

Praetoris verba dicunt infâmia notatur qui lenociíiiuni fecerit. E por lenocinio entendia-se o trafico habitual de conjuncçoes illicitas praticadas com escopo venal; o preço recebido era o que constituía o delicto e deste preço nascia a infâmia.

Muito mais terde se comminou em vão a pena da mu-| tilaçfio do nariz e das orelhas para os donos de lupanares e seus fornecedores e a do chumbo fundido na bocca e nas fauces para aquelle que tivesse prostituído ou instigado ó prostituição uma rapariga que lhe tivesse sido confiada pelos pais e em vão o lenocinio do pai foi punido com a *damnatio acl meta lia.*

Nas antigas leis germânicas não se achavam fontes relativas ao lenocínio.

Mas entre os ostrogodos o rufianismo a par do rapto e do adultério era punido de morte e uma capitular de Carlos Magno de 802 condemnava os rufiões a carregar as costas as mulheres por elles prostituídas até á praça do mercado, e em caso de recusa a ser açoutados e as mulheres a serem açoutadas conjunctamente com as prostitutas.

Também a Igreja no direito canónico, que se mostrara piedosa e benigna para com as meretrizes, foi severa e violenta para aquelles que por dinheiro se tornavam intermediários da prostituição, fulminando-os com a excommunhão, e com penas temporaes, mesmo, do açoite, prisão, confiscação e morte.

I As Ordens, de Portugal, liv. 5°, tit. .'5, 32 e 33 puniam com açoites, degredo e em alguns casos com a morte os rufiões e alcoviteiros.

■ O nosso Código Criminal de 1830 desprezou neste ponto o elemento histórico portugucz e, ao contrario dos Códigos então existentes, não incriminou o proxenetismo ou lenocinio,] que o Código Portuguez de 1852, art. 406, adoptou, reproduzido pelo de 1886, arts. 405 e 406.

H Foi o nosso Código Penal vigente de 1890 que pelos arts. 277 e 278 do texto deu entrada no direito brazileiroao lenocinio.

Eis em resumo a historia do lenocinio. *

[1] Costanio Calogero *apud,* CoglLolo, OBR. CIT., vol. 2», part. I[a] A# pag. 1164 ; Pereira e Souza, CLASSES DOSCRIMES, ora-, pag. 238.

A ultima espécie dos delictos contra o pudor, diz Pes-sina, é a acção que se exercita sobre a vontade d'outrem, débil pela idade ou pelo sexo, para arrastal-a na via da cor-i rupção ou da prostituição. Este Qelicto nfio é constituído pelo simples facto de intrometler-se em qualquer relação ou negocio impudico d'outrem, mas haure a sua criminalidade da violação da liberdade moral da pessoa com a efficacia das seducções para o vicio. E', portanto, torpe, sobretudo quando torna-seum mister habitual, como fonte de lucros,ou quando provém daquelles que deveriam custodiar a honra da pessoa. *

O direito sobre o assumpto varia muito não só em relação á velha escola, que reflecte sua influencia em leis modernas, mas também relativamente a estas leis mesmas da actualidade.

íssií A velha escola, diz Suman, considerava no lenocínio duas figuras diversas, o *simples* e o *qualificado.* Con-sideravase *simples* o trafico habitual da pudicícia de outrem: é a figura do art. 278 do nosso cod. pen. no texto, ainda que emmaranhada com outros elementos concomitantes, mas essenciaes e constitutivos delia.

Qualificada era considerada a prostituição feita pelos ascendentes dos descendentes ou da mulher pelo marido, ou da pupilla pelo tutor: são as figuras comprehendidas no paragrapho único do art. 277 do texto que se refere ainda á pessoa encarregada da educação do menor.

A escola moderna, ao contrario, não considera sinâo uma figura, e a qualidade do culpado não é sinâo uma circumstancia que augmenta a quantidade do crime.

Escriptorese legislações concordam em considerar haver lenocínio quando se excite ou favoreça a prostituição, mas igual accordo não manteem quando se trata de fixar os outros elementos jurídicos.

Ha escriptores e legislações que não fazem questão da idade do sujeito passivo, seguindo o conceito da velha escola que considera haver crime, qualquer que seja a idade da pessoa, cuja prostituição se excite ou favoreça.

O nosso cod. pen. no art. 277, primeira parte do texto, seguiu o velho systema.

Alguns outros, ao contrario, limitam a protecção ás victimas menores, como fez excepcionalmente o paragrapho único do mesmo art. 277 do texto relativamente á pessoa encarregada da guarda ou educação do menor.

Algum escriptor e alguma legislação exige no proxeneta o habito do torpe mercado, o impulso da venalidade (artigo 278 do nosso cod.); para outros, ao contrario, estas cir-

[1] Pessina, MAN i'ALE CIT., § 241, pag. 269.

cumstancias não são sinão critérios para medir a quantidade do crime. Faz caminho, porém, o conceito de que a habitualidade e a venalidade devem ser consideradas como elementos constitutivos do lenocínio, quando a victima é maior.

O art. 278 consagra este conceito, embora quanto ao elemento do *habito,* não o declina nominalmente, mas inferi ndo-se bem da disposição.

■ Finalmente, consideram alguns ser indífferente que a prostituição aproveite a própria, ou á libidinagem de outrem; entretanto que outros opinam que o elemento constitutivo do crime é que a prostituição deva servir exclusivamente ao desafogo da libidinagem de outrem. *

Este ultimo conceito é também o do nosso código vigente, como resulta da lettra e espirito dos arts. 277 e 278 do texto.

Sobro o lenocinio, diz von Liszt, as novas legislações formam dous grupos.

Ao passo que o direito dos paizes latinos, França, Bélgica, Hespanna e Itália pune somente a corrupção de menores, os cods. ollemães offerecem uma mescla variada das mais differentes disposições, não raro casuisticamente formuladas, das quaesasdo cod. prussiano. comquanto não se distinguissem jDor especial clareza, passaram com Insignificantes alterações para o direito imperial e teemdado occasião á uma serie de questões difficilimas. O projecto de 1892 somente em parle as evitava. O chamado *trafico de raparigas* considerado em si, não é sujeito a penas.

Só o é como um acto de proxenetismo, accrescenta neste logar o traductor da obra, opinando que « o trafico de mulheres brancas » é uma figura criminal que deve ser prevista pela lei penal. Assim faz o projecto suisso, art. 10 í-, vero commentario de Stoos. [a]

No citado ante-projecto, art. 118, pune-se o chamado trafico de brancas, ê verdade, mas daquelle que por *arti-\ficio (ruse, Eist), ameaça ou violência,* tiver procurado entregar uma mulher a outrem com um fim de libidi-gem— assim como, sob o$_3$ nome de proxenetismo pune outras formas congéneres.

Aos paizes latinos que cita von Liszt podemos addicionar Portugal, Uruguay e a Republica Argentina e fora dos paizes latinos ainda a Ilollanda.

Entre nós, Lima Drummond é contrario a estesystema, censurando por isso o projecto de revisSo do nosso codigb de 1893, que entretanto em tudo mais neste capitulo elie

* CriveUari & Suman, OBR. CIT.. vol. 7», pag. 592, n. 68.
* Von Liszt, OBR. CIT., 2º vol., pag. 134, not. *b.*
* VoRENTWURF *ZV* XINBM ScHWRIZRRISCHBX STRAFOESETZBOCn, arta. 116 a 118, pag. 66.

prefere ao de 1896, reproduzido em geral no de 1897 e afinal assim approvado em 1899 pela camará dos deputados.

A obra do nosso autor é um estudo dclles e do código e copioso confronto dos estrangeiros. *

Pio Viazzi, ao contrario, expondo as suas opiniões sobre o assumpto, faz a critica do código italiano e chega á con-clusfio que elle é ainda rigoroso neste capitulo do lenocínio.

Vô-se por aqui que se trata d'uma questão muito completa e que nSo ê fácil ao legislador resolvel-a em concisos preceitos nos códigos, quando a controvérsia se mantém na doutrina e reflecte a variedade, a que já alludimos, das legislações.

i;3S5. Passemos aos artigos do texto.

O art. 277 conceitua o lenocínio, dizendo que è o facto de « excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem »,

O código penal teve sua fonte no código portuguez, art. 406, a seu turno teve como fonte o código fran-cez, art. 334, modificado pelo belga, art. 379, consoante com a lei belga de 15 de junho de 1846, que havia addioio-nado ao texto do código francez as palavas *«para satisfazer as paixões doutrem* ».

A dinerença principal do nosso código vigente entre o seu texto e essas fontes consiste em nSo exigir como elemento do crime a *menoridade* da victima, tendo-se assim apartado do systema dos paizes latinos na matéria.

Os elementos constitutivos do crime previsto no art. 277 do texto são: I°, o facto de excitar favorecer, ou facilitar a prostituição d'alguem ; 2°, com o fim de satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas d'outrem ; 3°, que o agente tenha tido a consciência, a vontade consciente de prostituir à pessoa com o fim de satisfazer os desejos deshonestos ou as paixões lascivas d'outrem.

Quanto ao primeiro elemento, a questão de saber quaes são os actos que constituem o facto de excitar, favorecer ou facilitar a prostituição è deixada á apreciação dos juizes. Entretanto o crime não existe sem que o agente tenha effectivamente praticado qualquer desses actos.

E' necessário que o agente se tenha tornado culpado ao mesmo tempo de factos comprehendidos sobre cada uma dessas expressões ? Certamente que não; o texto mesmo, pela disjunctiva *ou* exclue esta interpretação.

Basta que o agente tenha quer excitado, quer favorecido, quer facilitado a prostituição doutrem.

E' a opinião de Nypels e Serva is apoiados nas jurisprudências belga e franceza. <

O art. 277 do texto nfio pune somente o *proxeneta,* isto è, aquelles que mediante um lucro, fazem mister de excitar, favorecer e facilitar a prostituição *(lenocinium quaestuariumj*; elle pune igualmente aquelles que sem pensamento de ganho, se fazem internediarios, *corretores* de prostituição *(lenocinium gratuitumj.* N'uma palavra,) não fazendo o art. 879, distincção, o delicto existe fora dos factos de proxenetismo propriamente dito, isto é, independentemente do trafico vergonhoso que caracterisa o *café*-I *tismo,* a profissão infame de *caften.* Todos os inlromis-sores de prostituição, qualquer que seja o movei que os faça agir.CQhem soba sancçfio da lei, uma vez que os outros elementos do crime ahi se encontrem. B E' a opinião de Garraud e a doutrina dos arestos da Cassação franceza sobre o artigo parallelo do respectivo código. 2

Também o nosso código no art. 277 nfio exige o *habito* no Intermediário da prostituição, e por isso mesmo afasta todas as questões a respeito suscitadas em França e na Bélgica.

Empregando o nosso cod. a expressão *alguém comprc*-hende não so pessoa dum ou doutro sexo, como de maior ou menor Idade.

Aliás 6 a solução do cod. italiano, quanto ao sexo, dizendo *pessoa de menor idade* para compreheuder ambos os sexos. '

Quanto á idade o cod. é, como dizemos, geralmente assim entendido, mesmo porque seguiu systema opposto aos dos paizes latinos, como vimos.

0 2» elemento é que a prostituição sirva para satisfazer os desejos deshonestos ou as paixõos lascivas d'outrem. 9 Hoje em França, attestam 1 '.lanche e Dutruc, todos os criminalistas opinam que o art. 334 do seu código não se applica sinfio aos intermediários da prostituição e nfio á prostituição ou seducção pessoal.

O nosso nõosoffre duvida referindo-se *& outrem.*

Era também a opinião de Chauveau e Hélie; e a de Puglia sobre o código italiano que nos parece aliás muito claro. *

Nypels & Servais, OBR. CIT., 2^{O} vol. art. 379, pag. 507, n. 2. » Garraud, Obr. cit., vol. 4°, pag. 502, n. 487. » Majno, *obr. cil.* vol. 2», art. 348, pag. 82, n 2243. * Manche e Dutruc, OBR. CIT. vol. 5", art. 334, pag. 166, n. 142, uveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 4° pag. 253.U. 1533; ChauveaL, Puglia, f,.. ftf. 9o \fi«l ov.t fílri nníT 99.4. MANUAL CIT. 2" **vol. avl.** 345, pag. 224.

Entretanto, dizem Nypels e Serva is, **a** lei *não* **exige que** a pessoa arrastada ao deboche pelo culpado seja differente daquella que este teve por fim favorecer as paixões.

Ao que aecrescenta Garraud, que importa pouco que o] agente de corrupção tenha menos procurado excitar as paixões d'outrem do que satisfazer sua própria lubricidade.

Pondo de porte a hypothese deste ultimo autor, de que o facto habitual de reunir menores para as depravar mutuamente, entra certamente nos termos da lei — hypothese que acceitamos, si não couber no art. 266 paragrapho único, mesmo sem o habito, ambas as opiniões são contrarias ál nossa lei. *

O art. 277 refere-se expressamente aos desejos e paixões <*Voutrem ',* é mister por isso a coexistência de três pessoas para constituir a figura do crime, isto é, o proxeneta, a viclima, e o terceiro ou a pessoa *dífferente*, cujos desejos ou paixões devem ser satisfeitos.

Chauveau e Hélie, attento o estado da jurisprudência que elle estudo, estabelecem como uma primeira regra nesta meteria que o art. 334 não seapplica á seducção pessoal e que não attinge sinSo as pessoas que favorecem o deboche dos menores, não para si mesmas, mas para satisfazer o incontinência d'outrem. [a]

E' mister accentuar, quanto ao segundo elemento, que estamos explicando que não 6 necessário que o facto tenha sido seguido de effeito, isto é, que a pessoa visada pelo culpado tenha sido manchada pelo deboche.

O delicto, diz Nypels, resulta unicamente do papel de proxeneta, dos esforços que elle faz para corromper e prostituir. Ao legislador não importa o resultado destes esforços.

Ao contrario, os commentadores também sobre outro ponto, diz o citado autor e com elle Chauveau, Hélie e Blanche, todos fundados nas jurisprudências franceza e belga, que a lei não fazendo distincção alguma, ella se applica igualmente áquelles que entregam á prostituição raparigas que antes do facto do lenocínio já estavam corrompidas e mesmo aquellas que estão inscriptas na policia como prostitutas. Admittir o contrario seria crear umaexcepção que não está na lei.

"O proxenetismo constitue além disto por si mesmo e independentemente de seus effeilos a respeito daquelles *ois-â-vis* dos quaes se exerce, um mal social sufficiente para que a pena que ojOtinge seja, em qualquer hypothese, justificada.

[1] Nypels e Servais. OBR. CIT. vol. 2" pag. 509, n. 7: Garraud, Obr. cit. vol. -1° n. 487, pag. 504.

[a] Çhauveju, Hélie e VHley, OBR. CIT. vol. 4* pag. 258, n. 1535. *in flne,*

Modernamente Gorraud e Puglia allíam-se a essas opiniões. *

Resta o terceiro e ultimo elemento do crime do art. 277 do texto.

O elemento intencional que suppõe esta disposição é o dolo ordinário, a vontade consciente de commetter o facto punivel, isto é, a vontade de excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshones-tos ou paixões lascivas d'oulrem.

Assim, diz Nypels, não cahe sob este artigo o indiciado, cujos actos teem satisfeito as paixões d'outrem, quando elle não tem tido, praticando-os, a intenção criminosa exigida para tornar os actos puníveis, seu fim não sendo sinuo o de dar curso a suas próprias paixões.

E a vista do que temos dito, é inadmissível a opinião de Garraud, que estende a estes últimos actos a saneção da lei.

Passemos ao paragrapho único do art. 277 do texto. Este paragrapho comprehende circumstancias oggravadoras ou qualificativas, que tornam mais grave, augmentandoa pena. applicavel ao facto e aggravando mesmo os effeitos da condemnaçfio quando certas pessoas forem os sujeitos activos do crime; tal é o lenocínio sacrílego, na phrase de Pessina, exercitado por aquelles que deveriam educar a vida moral da pessoa, e, ao contrario, abusando do poder, arrastam-na no caminho da corrupção; sendo taes corruptores especificados pela lei mesmo e que, conforme enumera o paragrapho único do texto, são :

O ascendente em relação ao descendente;

O tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum *menor* com relação a este ;

O marido com relação á sua própria mulher.

Nota-se aqui que o nosso código nem fez uma enumeração mais completa,como faz o código italiano, art. 345, nem empregou termos mais genéricos, como o código belga, art. 381. Entretanto no capitulo anterior, art. 273, não só as classes de pessoas são exemplificativamente enumeradas de modo mais completo, como também o código usa de termos mais genéricos.

Em relação aos *ascendentes,* conforme Blanche, a circumstancia é applicavel, tanto ao parentesco legitimo, como ao *natural* e *adoptivo.*

i Nypels & Servais,omt. ciT., 2º vol. pag. 510, ns.S e 9sobreo art.370 Chauveau, Hélie, e Villey, *loo. eii.,* na. 1548 o 1519, pag. 273 ; Blanche e Dutruo, *loo rit.,n.* 15ò, pag. 102; Garraud, *loo.* cít. pg. BIO, n. 491; I Puglia, *loo.* cif. pg. 225, art. 315.

* Nypels & Servaie, *loo. on.,* pag. 511, n. 11 ; Garraud, *toe.* cif., pag. 515, n. 493.

Concebida era termos absolutos, ella comprehende todos três.

Mas Nypels se oppõe á essa opinião, observando que é admissível estender a aggra vante ao filho natural *reconhecido,* mas não ao *adoptivo,* porque a adopção não produz sinão um parentesco fictício, que o legislador não tem levado em conta, mesmo para o parrlcidio, e pois com maioria de razão elle crê que não deve ser levado em conta aqui.

Quid júris pelo nosso código ? Faltando-lhe elementos de interpretação, é mais prudente e razoável a opinião dê Nypels.

Foi julgado que a aggravação comminada aqui era applicavel ao padrasto ou segundo marido da mãi da victima : é, diz o aresto, um ascendente por alliança ou affinidade. O texto porém, do paragrapho único não comporta tal extensão; também ella foi repellida pela Cassação franceza.

Entretanto estas questões entre nós teem um interesse pratico que não existe em outros paizes, *v. g.* na Bélgica, pela boa redacção dos respectivos códigos.

E um ponto constante para sempre assentado na doutrina e na jurisprudência que sob as palavras ■— que tem autoridade sobre a victima — que o nosso código deixou de empregar, comprehende-se não só a autoridade de direito, derivada da lei, como a de facto, cuja fonte são as circumstancias e a posição das pessoas.

Assim teem autoridade, quer de direito, quer de facto, não só as pessoas que o nosso paragrapho enuncia, como também o pai adoptivo, o padrasto, o patrão ou amo, et,[1].

0 paragrapho se refere de modo geral á pessoa encarregada da educação ou guarda de algum *menor* com relação a este.

Na classe de *instituidores* comprehendem-se todas as pessoas ligadas á vigilância da pessoa e ao ensino do discípulo, deveria comprehender-se os artistas mesmos em relação aos seus aprendizes, si quizerem excluil-os da classe antecedente.

Assim, é mister comprehender no texto do nosso paragrapho os mestres de musica, dansa, desenho, etc, eo ministro da confissão religiosa que dá lições de cathecismo, moral, etc. Era assim no antigo direito francez e belga, fonte actual que o nosso código penal reproduzio.

E' lastimável ainda aqui a lacuna do nosso paragrapho em relação aos domésticos ou criados, que o código prévio aliás noart. 273. <

[1] Nypels & Serrais, *loe. oit.* art. 381, pftg. 498, u. 1 ; Mancho & Dutruc, *loc. oit,* pag. 137, n. 111.

Neste ponto, tratando-se do lenocínio do marido .os, projectos de 1893 e 1897 fulminavam, como um effeito da condemnação, a dissolução do vinculo conjugal; o projecto de 1896 tornava-a dependente do requerimento da mulher.

Mas no de 1899, pendente do Senado, não figura a disposição, por haver ella sido supprimida na Gamara dos Deputados.

A. intransigência dos catholicos e a orthodoxia dos positivistas viram na reforma uma' porta aberta para adopção do divorcio, rejeitado mais d'uma vez no nosso Congresso Nacional.

B O final do paragrapho torna dependente o processo do marido proxeneta da queixa da mulher e estabelece a breve prescripção de três mezes para o caso.

Quanto á acção, conforme a doutrina, diz Suman, considera-se que ella deve ser publica em taes crimes, attenta a torpeza do facto.

Costuma-se fazer uma excepção no caso em que o cul pado seja o marido e isto por considerações de prudência, achando-se opportuno deixar ao arbítrio da mulher offendida o direito de tutelar os seus interesses, o seu decoro e da sua família. I

Salva esta excepção, o nosso código penal, art. 407, conformou-se com a doutrina, admittindo a acção publica para os crimes deste capitulo.

O código italiano, art. 348, no caso de ser a mulher *menor,* admltte também a querela daquelle, que sendo ella nubll, teria o pátrio poder ou a tutela.

i?23. Passemos & matéria do art. 278, que aliás ja está explicado, em relação aos princípios geraes, com o que dissemos sobre o art. 277, constituindo o art. 278 antes uma aggravante ou qualificativa do lenocínio, ou o seu congénere, que o uso entre nós tem appellidado de *raftismo, e caften* o agente, o sujeito activo do crime, caracterisado pelo *habito* e pelo *lucro;* especialmente na segunda parte do mesmo art. 278.

A' vista do que, vamos quasi que apenas reproduzir como doutrina os arestos dos nossos juizes e tribunaes sobre a disposição do texto.

O art. 278 do código penal considera o delicto de lenocínio sob duas modalidades — I^{a}" prestar por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação e auxílios ao trafico da prostituição; -=■ 2« induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza e miséria, quer constrangendo-as por intimidações e ameaças a empregarem-se no trafico da prostituição, dominando, porém, as duas modalidades como elemento constitutivo do delicto que o accusado tenha agido com o fim de auferir lucros directos ou Indirectos — *causa quatstus et lucri habendi.*

• « Nflo importam em negação do fado criminoso as declarações da offendida em %vòr do accusado. E' um facto psychologico bem conhecido o terror que o *caften* exerce sobre a prostituta que elle explora.» Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 26 de junho de 1996. *

Esta sentença versa sobre espécie comprehendida na primeira parte doart. 278, embora se faça nella também referencia á segunda parte do mesmo artigo para abranger ambas as modalidades da figura criminosa.

Na mesma sentença se pôde lêr :

« O delicto de *caftismo,* si é lícito usar deste neologismo hoje geralmente empregado, uma das modalidades do art. 278 do Código Penal, compõe-se, nos termos deste citado artigo, de três elementos :

I°, induzir mulheres a empregarem-se no trafico da prostituição ; 2°, que obtenha esse resultado, quer abusando de sua fraqueza e miséria, quer constrangendo-as por violências e ameaças; 3°, que tenha por fim obter lucros directos ou indirectos. »

O Código Penal não falia de *hábito,* mas quando se exija este elemento, elle resulta conforme a doutrina e a jurisprudência franceza, por exemplo, de três factos ou casos, pelo menos, praticados pelo proxeneta em favor de outrem contra uma só mulher; e assim nada mais fácil de estabelecer e provar o *habito* contra taes indivíduos.

Com referencia ã segunda parte do artigo a que allude a sentença, como dissemos, a opinião do juiz que a firma está no aresto que vamos apontar e de cujo tribunal civil e criminal no julgamento da espécie fazia parte.

O aresto pôde reduzir-se á seguinte these contraria á do aresto da Corte de Appellação que o reformou :

« Para haver o crime de lenocínio da segunda parte do art. 278 do Código Penal, *basta* a existência de *qualquer* dos elementos, *assistência, habitação ou* auxílios, constantes da citada parte do mesmo artigo. »

Este aresto foi seguido de um outro no mesmo sentido:

«Incorre nas penas do art. 278 (2ª parte) aquelle que, auferindo lucros, presta habitação a mulheres para se empregarem na prostituição. » Acc. do Trib. Civ. e Crim. 12 junho 1897.ª

A *Revista* observa que a jurisprudência da Corte de Appellação exige, *alem* da habitação, o concurso simultâneo da assistência e auxílios.

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS K DECISÕES CIT. **paga. 34 o 215 — *lenocínio.***

*. **«REVISTA** DB JURISPRUDÊNCIA », vol. 8", **pag.** 381.

A *Revista* alludia, citando mesmo, ao seguinte aresto : « Para haver o crime de lenocínio da segunda parte do art. 278 do Código Penal, é *essencial* a existência *simultânea* dos três elementos, *assistência, habitação* E *auxílios,* constantes da citada parte.» Acc. da Camará Crim. da Corte de Appellação de 9 de julho de 1897, reformando o Acc. da Camará Crim. do Trib. Civ. e Crim. 13 março 1897. *

O aresto condemnalorio anterior do Tribunal Civil e Criminal, sobre o qual não se pronunciou a Corte de Appellação, porque não tomou conhecimento do respectivo recurso, deu logar á revisão do processo pelo Supremo Tribunal Federal, que cortou todas as duvidas pela seguinte decisão :

« Commette o crime de lenocínio quem só presta *assistência,* ou quem presta tão somente *habitação* ou *auxilio* a prostitutas para auferir lucros desta especulação, não sendo necessário o concurso simultâneo dessas três condições para constituir o dito crime. » Intelligencia do art. 278, segunda parte, do Código Penal. Acc. do Supremo Tribunal Federal de 17 setembro 1898. [2]

Em resumo, pode-se dizer que, alem da intenção criminosa, os requisitos da espécie da segunda parte do art. 278 do texto são : I°, prestar, por conta própria ou alheia, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação ou auxilio a mulheres com o fim de empregarem-se no trafico da prostituição: 2°, auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação.

Realizados estes requisitos, temos precisamente a espécie do texto nessa parte do artigo.

Restam duas questões, a da *tentativa* e a da *cumplicidade,* que notaremos em poucas palavras, porque a applicação dos principies pertence á parte *geral* do Código.

Quanto á tentativa, a questão se resolve facilmente.

O lenocínio, diz Suman, é um delicto material; logo, para ser consumado é necessário o evento, isto é, que a pessoa seduzida tenha sido effectivamente prostituída.

Os affagos, as manobras embora, insidiosas e prolongadas, si não attingirem o escopo, darão a figura do conceito, que será punível si naquellas manobras, naquelles modos insidiosos houver a idoneidade necessária para constituir o elemento material da tentativa punível, conforme o nosso código, arts. 13 e 14.

[1] REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA , vol. i°, pag. 92.

[1] O DIREITO, vol. 81, pag. 138. O voto do tribunal foi unanima. A *informação* prestada pelo Dr. *Muni* Barreto,* presidente do Tribunal Civil e Criminal, e os fundamentos do Accordão, cujo relator foi o ministro João Barbalho, usaram, completaram e desenvolveram a doutrina eatricta-mente jurídica sobre a espécie, constituindo o melhor commentario da segunda parte do art. 278 do Código Penal.

Sobre a cumplicidade, o mesmo autor, contra a opinião de outros, 6 de parecer que não ha razão para supprimil-a o respeito do seductor, em cujo favor age o proxeneta desde que concorram na espécie os caracteres gera es da cum plicidade. *

Os autores belgas e francezes reputam essa questão interessante, mas seria e delicada, principalmente porque exigindo os respectivos códigos o *habito* para caracterisar o lenocínio, é difficil estabelecel-o e proval-o a respeito de terceiro, a cujo serviço se põe o proxeneta.

Dahi a divergência entre os autores, por exemplo, entre Nypels e Blanche e mesmo na jurisprudência.

Modernamente Garraud opina pela cumplicidade uma vez bem caracterisada. *

A questão ê mais fácil de resolver, conforme o nosso direito, porque o código penal no art. 277 não exige absolutamente o *habito* para caracterisar as respectivas figuras; e no art. 278, como vimos, não exige tal elemento de modo expresso, parecendo que propositalmente o eliminou.

« E' confirmada a sentença que condemnou os recorrentes como incursos no art. 278 do Código Penal, por crime de *lenocínio* ; menos na parte relativa á multa, visto ter sido esta accrescentada pelo Tribunal da Relação, que assim veio alterar a sentença em prejuízo dos réos appel-lantes, o que não podia fazer, desde que não ê cabido o procedimento *ex-ojhcio* e com a sentença conformou-se o Appellado. » Accordão do Supremo Tribunal Federal de 19 de setembro de 1896. [3]

A decisão está deaccordo com a doutrina mais seguida, porque no caso o ministério publico não foi appellante, mas appellado somente.

CAPITULO V

I DO ADULTÉRIO OU INFIDELIDADE CONJUGAL

CÓDIGO

Art. 279. A mulher casada que commettor adultério será punida com a pena de prisão cellular por um a três annos.

§ 1.° Em igual pena incorrerá:

I 1." O marido que tiver concubina tenda e manteúda ; 2.°

A concubina;

' Crivellari & Suman, OBII. CIT., vol. 7°, pag. 594, *a.* 72:

* Garraud, OBUA. CIT., vol. 4°, pag. 517, n. 495; Chauveau, Hélio e Villey, vol. 4°, pag. 276, ns. 155 e 1552.

* Do autor; A RHVISÃO nos PROCESSOS PENAES, CIT. Appendice, pag. 389, n. 71.

3.° O co-réo adultero.

§ 2.° A accusação desto crime é licita somente aos conjugas, que ficarão privados do exercício desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adultério.

Art. 280. Contra o coréo adultero não serão admissíveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos es-criptos por olle.

Art. 281. A acção de adultério prescreve no fim de três mezes, contados da datado crime.

Paragrapho único. O perdão de qualquer dos cônjuges, ou suai reconciliação, extiogue todos os effeitos da accusação e condemnação.

COMMENTARIO

1S4. Este capitulo não figura nos projectos de revisão, lendo sido supprimido successivamenle nos de 1893, 1896 e 1897e mantida a supprcssãonode 1899.

Justificando o projecto primitivo, dizíamos :

O projecto eliminou o capitulo relativo ao adultério ou infidelidade conjugal, cuja sancçSo penal á commissão não parece, nem séria, nem efficaz, e é desmoralisadora.

Criminalistas da escola clássica, Filangieri, Pessina, Lucchini, Tissot, Brusa, de Foresta, ílosshirt, como da moderna anthropologica, negam o caracter criminoso ao adultério, preferindo como sancção mais efficaz o divorcio. *

Outro não ê o pensamento de Berenini dentre os da moderna escola. [2]

. E um dos chefes e fundadores delia, em obra monumental, colloca entre os *substitutivos pcnaes* de ordem familiar o divorcio que, uma vez admittido, impediria muitos crimes, de bigamia, *adultério* e homicídio, invocando dados estatísticos interessantes, cuja apreciação confirma as observações psychologicas e da experiência. [3]

O adultério não é crime no direito inglez e outr'ora era sujeito aos tribunaes ecclesiasticos, que, conforme Stephen, podiam applicar penas *espirituaes* e também a detenção até seis mezes; mas depois esse mesmo foro especial deixou dei se occupardelle. *

Não é punido também, nem pelo Código de Genebra de 1874, nem pelo de New-York de 1872. [5]

O projecto não podia manter como crime um acto que, si para alguns é um peccado susceptível de penas-espirituaes,

[1] Vide Puglia, ODR.V CIT., pag. 114.
[1] Berenini, OFFESK E DIFESE, Parma, 1886, I.
* E. Ferri, SOCIOLOGIA CRIMINAIS, Torino, 1892, 3» edição, pag. 342.
* Blakstone, COHMENTARIO, vol. 4° pag. 234.
* Vide Zanardelli, RELAZIONE III, pag. 235.

é para outros a infracção de um contracto a que deve corresponder sancção puramente civil.

Para os crimes de que pôde ser victima a mulher casada as formas geraes provêem até no caso em que ella, sem ser violentada, seja raptada por meio de engano ou por este meio seja oftêndlda em seu pudor, sendo menor.

O projecto não quiz transportar uma forma de criminalidade que figura no Código Allemão, § 179, e Húngaro, art. 245, conforme a qual pôde ser punida a fraude daquelle que illude uma mulher casada, afim de ter com ella commercio carnal.

E' uma hypothese quasi gratuita, que se presta a *chantages* (extorsões) e quasi se confunde especialmente no ultimo código com a bigamia, que o projecto previne.

« Resulta da exposição de motivos, dizem os interpretes do Código da Hungria, que o caso em que o homem contrahe casamento, dissimulando outro ainda subsistente, bem que incidindo sob a definição deste artigo (art. 245) e dos artigos relativos á bigamia (254 e 255), deverá ser considerado como um caso de bigamia. » *

Em summa, a eliminação do adultério do quadro da criminalidade do projecto, si é uma originalidade, tem honrosos precedentes, quanto a outros assumptos no código de 1830, que reduziu a disposições legislativas idéas inexistentes nos anteriores, alem de que trata-se da abolição de um instituto imposta por motivos imperiosos de conveniências domesticas e de moralidade social.

E si espíritos vacillantes na solução de taes problemas affirmam que nem a separação dos corpos, de origem divina, nem o divorcio de fonte humana os resolvem, muito menos o fará a sancção penal do adultério, que antes de tudo para os nossos costumes é um expediente desmoralisador para os cônjuges e a família. [2]

O projecto foi censurado nesta parte no parecer que temos citado da commissão especial da Faculdade de S. Paulo, respondendo, porém, ao qual fizemos estas observações:

Termina o capitulo «dos vícios de doutrina » a censura á suppressão no *Projecto* do crime de adultério (pags. 94 a 96).

Os argumentos são curiosos, como sempre, sobre todos os pontos salientes dos assumptos.

Não se diz que para os anthropologistas « o problema penal se reduz a substituir as penitenciarias por manicomios (na technica delles, mas contradíctoriamente *manicomios penaes)*» ?

[1] Martinet & Dar este, **OBRA** CIT. , pag. **100, nota 1. * Lecornec, Lu DIVORCE, Paria,** 1892. **XU, pag.** 226. **Vide EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do Projecto de** 1893, **pags. 17 o 18.**

O illustre censor mataria assim com um traço de penna *a nova escola,* pois que Lucchini, Aramburu e outros negam que aquelle instituto seja positivista. *

O outro argumento é uma petição de principio, porque si a sancção penal ê inefficaz e desmoralisadora, o seu succedaneo ou substitutivo deve ser a sancção civil, e assim a que vem a observaçfio de que o divorcio « não pôde *absolutamente* ter applicação entre nós, *sinão* entre aquelles para quem o divorcio rompe o vinculo conjugal» ?

Trata-se do que deve ser e não do que é. I Ou o illustre censor quer subordinar o estadista na solução dos problemas sociaes a preconceitos dos credos religiosos e seitas philosophlcas ?

O illustre censor tão clássico, como ê, acha contradictorios os clássicos citados na *Exposição de motivos.*

E digo entre parenthesis, não invoquei Puglia, mas mandei vel-o, porque se refere á controvérsia (pag. 18, nota 54).

A *Exposição de motivos* justifica demais a suppressão feita no *Projecto.*

I Injustificável, porem, ê a incongruência de fazer a apotheose do *uxoricidio,* citando livros *romanescos* (pags. 62 e 96) e fazer a apologia ao mesmo tempo da sancção *penal* do adultério: ea tragl-comedia applicada ao direito. E' caso de dizer: *ils heurlent de se trouvêr ensemble.* [3]

Passemos emflm a matéria do capitulo, uma vez que é lei vigente.

Ha nos arts. 279 a 281 do texto do nosso Código Penal uma verdadeira mistura de fontes de onde elle hauriu essas disposições.

Assim, a fonte do art. 279 foi o código anterior, arts. 250 a 253, o qual tinha tido a seu turno por fonte o Código Francez, ao qual se assemelha especialmente o belga.

A collocaçâo do capítulo ê que é differente nos nossos dous códigos, porque o de 1830 collocava tal crime no titulo correspondente ao do actual, relativo á segurança do estado civil, conforme a opinião hoje de Pessina e outros, que negam que seja um crime principalmente contra o pudor.

Nypels pensa bem que é não só um crime contra os costumes, mas também contra a ordem na família e por isso deve estar neste titulo, como fizeram os projectos de revisão do nosso código, tratando aqui do assumpto na respectiva exposição de motivos o de 1893.

O art. 279 do texto corresponde aos arts. 336 a 339 do Código Francez e ao Código Belga, arts. 387 a 390.

• Lucchini, I SIUPLICIBTI, Torino, 1886, pag. 284; Aramburu, LA NUKVA CIÊNCIA PENAL, Madrid, 1887, pag. 343.

* 0 PROJECTO, ETC. *e a Faculdade de S. Paulo,* pag. 73.

Conseguin temente, os autores francezes e belgas é que nos podem dar melhor a explicação do nosso código neste artigo.

Si, dizem Chauveau e Hélie, a gravidade de uma infracção se mede unicamente sobre a gravidade de seus resultados, o adultério tomaria logar entre os delictos os mais funestos; não somente elle attinge a santidade do casamento e abala esta base da sociedade, mas também elle destroe as affeições da família, desfaz a família mesmo, deprava e corrompe os costumes, accende os ódios, desperta as vinganças e torna-se uma das causas mais activas dos crimes mais odiosos.

Todavia, o legislador, sem perder de vista essas consequências fataes, não fez abstracção de um outro elemento de todo delicto, de toda pena, isto é, do grão de immo-ralidade que suppõe o adultério no estado actual dos nossos costumes ; elle entendeu, para estabelecer e graduar a pena, constatar não somente a chaga que incessantemente lavra no corpo social, mas também em que grão a consciência geral o condemna ou o escusa, e si o agente que soffre a influencia dos prejuízos e dos costumes não haure nesses costumes e nesses prejuízos mesmos uma certa attenuação da acção que elle tem commettido. *

Tal é, com efleito, o pensamento expresso dos motivos do Código de 1810. Mas, admittindo mesmo a influencia fatal deste prejuízo, é licito pensar que o legislador francez lhe pagava um tributo um pouco largo quando determinava como pena applicavel ao marido adultero uma simples multa.

O legislador belga foi mais equitativo.

O nosso código, do mesmo modo que o francez, o belga e outros, não define o adultério.

Esta palavra, porém, na phrase dos autores citados.é portadora de sua própria significação, e a sua etymologia só explica o seu sentido: *adulterium ad alteram thorum oel uterum accessio.* O adultério é a profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal consummada corporalmente: *alieni thori violatio,* como dizia Farinacio.

Referindo-se á falta de definição da lei franceza, Garraud accrescenta que é de tradição que o adultério suppõe a reunião e a coexistência de três condições: 1ª, a consummação das relações illicitas; 2ª, o facto que os culpados, ou ao menos um delles, seja casado; 3ª, a vontade ou a intenção criminosa. P São esses, portanto, os elementos constitutivos da figura do art. 279 do texto do nosso código ; e nelles se accordam os outros autores que aqui temos citado interpretando as mesmas fontes.

[1] Chaveau, Hélie e **Villey,** OBRA **CIT., 4" vol. jmg. 343. n. 1603.**

A união dos sexos é o facto *material* do delicio; ella deve ser *consumada,* porque a lei não pune a *tentativa.* Já era assim na antiga jurisprudência. Todo habito ou familiaridade, diz Fournel, que não tendesse á satisfação dos sentidos seria incapaz de produzir um adultério. O acto o mais obsceno commettido com uma mulher casada não é um adultério si elle não consuma esta união natural dos sexos.

138. Passemos ao segundo elemento, isto ê, o facto de ser casado um dos culpados.

Nypels suscita e resolve aqui uma questão.

O divorcio dissolve o casamento, e consequentemente exclue dahi em diante o adultério da mulher divorciada.

A separação do corpo, ao contrario, faz subsistir o casamento; a mulher separada do corpo fica ainda obrigada ao dever de fidelidade ao seu marido; si ella viola este dever, ella pôde ser processada por adultério.

Quanto ao marido, elle não é punível por adultério sinfio quando entretém uma concubina na casa conjugal: depois do julgamento que tem decretado a separação, não ha mais casa conjugal: o marido pode, pois, impunemente, entreter uma concubina, ainda mesmo na casa que era, antes da separação, a casa conjugal.

Isto não ê equitativo, mas 6 conforme á lei. *

Nós não admittimos outra solução ante o art. 279 do texto do nosso Código Penal, que pune o adultério do « marido que tiver concubina teúda e manteúda», mesmo fora do domicilio conjugal.

|\i" ; A nossa separação dos corpos é quasi um divorcio, embora não importe a ruptura do vinculo conjugal.

O decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, diz:

«Art. 88. O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas autorisa a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido. »

Que no caso de adultério possa ser punido tanto um como outro dos semi-divorciados, seria uma solução fácil e ao mesmo tempo equitativa.

Mas entendemos que, sinão a lettra, o espirito do nosso direito se oppõe a isso.

E' pelo menos uma inferência do § 2º do art. 279, que declara ficarem os cônjuges privados do exercício do direito de accusaçSo deste crime, si por *qualquer modo* houverem *consentido* no adultério. Esta condição presuppõe a convivência de facto dos cônjuges como meio de vigiarem-se mutuamente, sendo o consentimento uma presumpção dedu-

« Nypels, OBRACIT., vol. 2º, art. 387, pag. 536, n.5.

zida dos actos, circumstancias e manifestações occurrentes nas suas relações mutuas, o que absolutamente não se pôde dar na separação.

O Cod. Itaf., art. 355, e o do Uruguay, art. 303, consideram a separação legal como uma attenuantee aquelle ainda como tal o abandono do lar pelo outro cônjuge, e no art. 356 nfio admitle a querela da parte do cônjuge que deu causa à separação.

O Cod. Argentino não resolve a questão, mas o Dr. Rivarola segue neste ponto a solução do direito francez.

E' escusado notar que Garraud opina do mesmo modo que Nypels e outros autores francezes e belgas. *

Vamos referir-nos á mesma doutrina seguida por autores italianos e allemães, resolvendo ao mesmo tempo outra questão que este elemento do adultério ainda suscita e que para nós aliás nfio offerece duvida.

Para haver delicto, diz Puglia, precisa que o casamento seja juridicamente realisado, de onde resulta que si a mulher está *ecclesiasticamente* unida com um homem e se une carnalmente com outro, ou si o matrimonio é nullo por impotência absoluta do marido ou por outras causas, fica excluída a noção do delicto de adultério. E aqui observamos que si em seguida á unifio carnal, que se pretenda qualificar como adultério, se apresenta em juizo o pedido de nullidade do casamento, precisa suspender o processo penal até a decisfio do juizo civil.

E porque a separação pessoal admittida pelas leis civis italianas nfio exclue o vinculo conjugal, haverá adultério quando a mulher separada do marido unir-se carnalmente com outro homem. *

A simples separaçfio de cama e mesa, diz Berner, nfio dissolve o matrimonio; assim, o cônjuge separado pôde tornar-se responsável de adultério, si bem que em tal caso a pena seja muito limitada. [3] -

Nós adoptamos a opinião de Carrara pelos motivos em que assenta.

Para sustentar que a separaçfio legal dirime a criminalidade e faz cessar o caracter publico do adultério, diz elle, argumenta-se com a consideração de que a punibilidade do adultério tem o seu principal fundamento na incerteza da prole, no perigo que ao marido ameaça de alimentar filhos que nfio sfio seus e no relaxamento dos vínculos da família;

[1] Dr. Rivarola, OBR. CIT., vol. 2*, pag. 122, xi. 561 \ Garraud, OBRA CIT., 4° vol., pag. 539, n. 516.

[1] Puglia, MANUALB CIT., 2° vol., art. 353; pag. 229. Eate autor reproduz a opinião de Pessina : *Elemenii cit.,* 2° vol., § 154, pag. 311, II.

* Berner, OBRA CIT., pag. 359, cod. ali., § 172.

de onde resulta que todos estes perigos, sendo eliminados, parece cessar toda a razão de punibilidade.

Accrescenta-se também que a honra do marido não vem de certo modo a ser vulnerada pelos desregramentos da mulher que não está mais sob o seu governo, e da conducta da qual cessou para elle toda responsabilidade diante do publico. [1]

Accrescenta-se ainda que em muitos casos a separação pôde ter sido decretada por causas resultantes de culpa do marido e então pareceria bárbaro si a mulher, que a justiça tem julgado dever subtrahir á sua brutalidade, abandonasse-a como joguete perpetuo da mesma, dando a ello força para infligir-lhe moléstia continua com querellas por qualquer suspeita ou atiral-a no cárcere por uma fraqueza que não o prejudica eda qual foi elle mesmo em substancia a primeira causa culpável.

Estas razões, confessa Garrara, induziram-no a adherir á opinião de Giuliani.

Elle renova estas observações commentando o Código Italiano. [a]

Sobre a outra questão o Dr. Rivarola faz a seguinte observação :

« O *casamento* CIVIL, por exemplo, dâ lugar a possibilidade de que se discuta, si lera logar a acção de adultério contra a mulher que se houver ligado por um vinculo *puramente* RELIGIOSO, sob o império da lei que exige o civil. No caso tratar-se-hia de um casamento *illegal* e a acção de adultério não pôde fundar-se sinão sobre a existência de um casamento legal.» [3]

' Entre nós é a própria Constituição Federal que declara noart. 72:

I «§ 4.° A Republica só reconhece o *casamento* CIVIL, cuja celebração será gratuita.»

Uma questão *prejudicial* que se pôde levantar na acção criminal por adultério.

[1] O nosso decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, diis:

« Art. 92, Si a mulher condemnada na acção do divoroio *continuar a usar do nome do marido,* poderá ser accusada por este como incursa noa arta. 301 e 302 do Código Criminal. »

ISstes artigos correspondem á seguinte disposição do nosso Código Penal vigente :

« Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, etc.

« Paragrapho único. Em igual pena incorrerá a mulher que, condemnada em acção de divorcio, continuar a usar do nome do marido. »

E' uma contravenção punida com 15 a 60 dias de prisão cellular. E' o *coup de gráce* na questão.

» Carrara, PROORAMMA., *Part. Spec,* 3° vol., § 182, pag. 329. O mesmo, COMMENTO CIT. arts, 355 e 356, pag. 215.

* Dr. Rivarola, OBRA CIT. *loo. cit.* n. 560.

Uma mulher é processada por crime de adultério, diz Hoffman ; ella sustenta, como meio de defesa, que o casamento que ella tem contrahido está inquinado de *nulUdade* A validade deste casamento poderá ser julgada pelo tribunal correccional *incidentemente* com o processo de adultério ? Sim, diz Haus. Mas a maior parte dos autores responde não e com mais razão, conforme a nossa opinião[1]

A' opinião de Hoffman se alliam Chauveau, Hélie e Blanche; a mesma divergência se nota entre os autores italianos, quanto á jurisdicção que deve resolver o caso.

Nypels e Garraud, porém, são de diverso parecer.

Opinamos com este que as questões de existência ou validade do casamento se podem levantar *incidentemente* diante dos tribunaes criminaes quando a infracção que faz objecto do processo suppõe no accusado ou indiciado a qualidade de esposo como no crime de *adultério* ou no de bigamia.

Qualquer que seja a hypothese, é mister reconhecer aos tribunaes criminaes o direito de verificar a *existência* ou a *validade* do casamento ou dos casamentos, das quaes depende o fundamento da querela ou da accusação. Não se trata, com effeito, como se diz muitas vezes, de uma questfío devolvida muitas vezes pela lei aos juizes civis, o art. 326 do Cod. Civil, indicando que « estes tribunaes são os únicos competentes para estatuir sobre as reclamações de estado », porque este texto é especial á filiação e é um erro dar-lhe o caracter de um principio regendo todas as questões que interessam á constituição da familia. Na ausência de uma disposição excepcional, é mister ater-se á regra geral, conforme a qual o juiz chamado a conhecer de uma infracção está naturalmente investido do poder de verificar a existência de todos os elementos constitutivos desta infracção e por conseguinte de decidir, estatuindo sobre o fundo do processo, todas as questões relativas a estes elementos. [2]

Mas sobre o fundo do direito, mesmo no crime de adultério, diz von Liszt, que é condição deste a existência material de um casamento (portanto não nullo), embora impugnável, annullavel.[3]

Berner, considerando o adultério, *vis-à-vis* do *dioovcio* como dissolução do vinculo conjugal, diz que a extensáo da pena a casos de consequências menos graves não é possível. Somente onde tem logar aquella consequência da dissolução é a pena fundada legalmente.

[1] Hoffman, QUEBTIONS PREJUDICIEIJ.ES CIT. 2° vol. pag. 479, n. 495.
[*] Garraud, OBRA CIT., vol. 4°, pag. 536, n. 511 *b.*
[3] Dr. Franz von Liszt, OBRA CIT.., 2° vol., § 114, pag. 161 *infinc.*

Tal consequência nSo se pode verificar quando o matri monio é *nullo;* um casamento nullo nflo pôde ser dissol vido, mas somente declarado nullo, com o que não só não re sulta uma consequência damnosa, mas, ao contrario, um restabelecimento da ordem moral e jurídica. Alguma cousa menor do que aquella consequência se verifica quando os cônjuges se separem de cama e mesa, mas não se realise a dissolução do vinculo. *

Nos não nos conformamos com a opinião restricta de von Lszit que Berner não parece seguir ; porque entendemos que seja o casamento *nullo* ou *annullacel* elle não offerece base para assentar um dos elementos essenciaes do crime, isto ô, um casamento realmente existente juridicamente, preferindo a opinião de Garrara sobre este ponto.

Este ultimo autor, alludindo á opinião de Brousse, diz que alguns distinguem entre nullidade *absoluta* e nullidade *relativa K* O matrimonio nullo por nullidade absoluta não existe aos olhos da lei: não pôde, por conseguinte, produzir o effeito do adultério; mas o matrimonio nullo por nullidade relativa, subsiste até quando aquelle dentre os cônjuges que tinha direito de fazel-o rescindir, nflo o tenha feito e ate este momento o cônjuge esto ligado pelo dever de fidelidade. H Por mais seduetora, porém, que possa parecer esta dis-tineção, duvido que se possa admittil-a, pela razão de que a nullidade (uma vez declarada), tirando ao cônjuge offen-dido o direito de dar utilmente o perdão, acarretaria o absurdo de reduzir *&* peior condição o adultério, cujas núpcias tivessem sido viciadas. [3]

Insistimos mais nestas questões para fazer applicação dos princípios communs ú *bigamia* no seguinte capitulo, sem necessidade de repetições.

ião. O terceiro e ultimo elemento constitutivo do delido do adultério ê a intenção culpável, o dolo ordinário ou ma fé.

A vontade criminosa pode fallar n'uma mulher casada, quando, por exemplo, induzida em erro por engano, ou privada do uso de seus sentidos por qualquer artificio, ella se tem entregado a um estranho, crendo entregar-se a seu marido. O facto innocente em relação á ella con-stitue no caso o crime de estupro para o seduetor.

As leis romanas citam um outro caso de ausência de dolo, aquelle em que uma mulher, crendo-se viuva, depois de indícios sérios e prováveis, entreteria ligações com um outro individuo.

lierner, OURA CIT,, pag. 359, n. 2.
Brousse, DE I/ADULTERE, pag. 196.
Garrara, PROORAMMA CIT., § 1883, pag. 334, *m fine*.

Sena mister, diz Nypels, provas bem convincentes da noa fe da mulher para que esta hypothese fosse admittida como causa de justificação.

Puglta, seguindo a Pessine, enumera minuciosamente casos negativos de dolo especifico, incluindo o da *seducção.* que o ultimo nfio incluo e cuja opinifio preferimos, porque realmente a simples seducção da mulher casada encarna o dolo especifico do seu adultério. *

O § 2° do art. 279 do texto do código penal diz que a acçusaçao deste crime ô licita somente aos cônjuges que ficarão privados do exercício deste direito, *si por qualquer modo houverem consentido* no adultério.

Esta disposição reproduz a do art. 252 do cod. ant cuja ronte mediata ou remota foi o direito romano adoptado na Ord. do Liv. 50 Tit. 25 § 9, tendo sido talvez a fonte próxima o cod. hespanhol de 1822, art. 684que repetia o antigo direito hespanhol e portuguez.

O direito romano punia no caso o marido por lenocínio e aorden. punia marido e mulher e mais o cúmplice ou coroo.

Está subentendido que si houver mais do que *consentimento* ou este fôr acompanhado de condições que caracterisem o lenocínio, neste incorrerá o marido pelo nosso código.

O consentimento justifica a excepção, porque equivale á remissão ou perdão da offensa, antecipa-o por assim dizer, não é mesmo uma reconciliação, porque não chegou a haver dissentimento.

O cod. peiorou a disposição do anterior que dizia consentimento *em qualquer tempo* e não *por qualquer modo.* o que 0 differente e pôde originar duvidas na pratica.

A queixa devia caber quando o facto não constituísse lenocínio, o que seria mais lógico, como eram o direito romano e o direito antigo delle oriundo.

A queixa privativa e exclusiva do cônjuge é justificada pela própria natureza intima das relações entre os cônjuges, decoro da família e a mesma conveniência publica de não in-tentar-se processos escandalosos onde e quando os mais interessados o evitam.

Passemos ao art. 280.

A disposição não existia 110 cod. anterior o as suas fontes devem *ep sido os cod. portuguez, art. 401, ou o francez, art. 338, imitado pelo belga, art. 388.

Silva Ferrão censura bastante tal disposição, que realmente estabelece um principio de divisibilidade na prova,

[1] **Nypels, OBR. CIT., 2O VOI., art. 387.** pag. **537, n. 7: Puriia. MANDATE CIT.,|^VO1., art.** 353, **pag. 231**; Pessina, ELEMENTI *«».? **vJl.** 2o,

quando o processo deve ser indivisível pelo art. 279 § 1° n.3».

M Garraud diz apenas, que a lei não tem querido que se pudesse intentar processos temerários, fundados sobre indicios frivolos e tantas vezes enganadores.

A' vista de tal disposição, nota-se entre o nosso cod. anterior e o vigente uma differença.

Pelo primeiro código, art. 253, a accusação devia ser intentada conjunctamente com a dos co-reos; pelo código actual, art. 280, só isto será possível si houver flagrante ou as provas contra o co-réo forem documentos escriptos por elle.

Garraud, seguindo Blanche e a jurisprudência franceza, diz que a prova escripta que a lei colloca sobre a mesma linha do flagrante delicto resulta de cartas-missivas ou outras peças emanadas do indiciado.

|

Esta condição ê substancial, mas ô sufficiente e delia é mister concluir que a confissão feita pelo indiciado em complicidade e consignada num interrogatório a elle feito diante do juiz da instrucção, deve ser assemelhado á uma peça escripta e constituir a prova exigida pelo art. 338 do código francez. *

Com relação á matéria dos arts. 279 e 280 encontramos o seguinte aresto:

Crime de adultério—seus elementos caracteristicos.

O abandono do domicilio conjugai não é isoladamente uma presumpçSo de adultério; não se provando que elle tivesse como fim o adultério, prevalece a presumpção da innocencia do cônjuge accusado.

Intelligencia dos arts. 279 e 280 do código penal: sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 14 de agosto de 1897. [a]

Passemos ao art. 281 e Paragrapho único e ultimo do texto do capitulo do código, que não tem semelhante no código anterior.

A disposição do artigo tem a sua fonte no italiano, art. 356; a do paragrapho no código portuguez, art. 402, paragrapho único; sendo um pouco semelhante a do código belga, arts. 387 e 389.

Para justificar a reducção do prazo da prescripção do crime de adultério a três mezes, basta considerar com Garrara, que a sabedoria da disposição que fixa em três mezes a prescripção da acção penal para semelhantes crimes, se

i Silva Ferrão, OBR., CIT. 7° rol., art. 401, pag. 271; Garraud, OBR. CIT., »ol. 4°, n. 526, pag. 556. Levy Jordão opina com o primeiro —*Obr.* cit.,[1] 4» 70l. art. 401, pag. 183.

* O DIREITO, vol. 74, pag. 301.

revela por si mesma, desde que se tenha em mente a indole especial do crime, e ás facilidades que o legislador deve conceder para reconduzir a paz ás famílias em que houver turbação. Além disto, não é logicamente presumível, que um marido ou uma mulher, que por três mezes ficaram inertes sob o peso d'uma injuria tão grave, sejam induzidos depois a agir pela razão somente de reivindicar o seu amor próprio ou a sua dignidade offendidos. *

O art. 281 diz três mezes contados da data do crime quando na sua fonte estava—do dia em que o cônjuge oflendido tenha lido noticia do facto.

E realmente o offendido pôde ter estado ausente.

E a propósito Pessina observa que sobre o significado da *noticia* havida surgem interpretações oppostas; mas a palavra da lei é muito clara, porque a *noticia* importa não só o annuncio ou informação pura e simples, mas também o conhecimento adquirido com tal gráo de credibilidade de gerar a convicção em relação a verdade do facto mesmo. [2]

O nosso código penal não viu isto, preferiu *tout court* impedir quasi a acção penal.

A matéria do paragrapho único do art. 281 é uma consequência do direito que tem o cônjuge de não dar queixa ou de desistir da accusação.

Mas no caso deste paragrapho Silva Ferrão censura a disposição do código portuguez de 1852, art. 402, por se estender ao co-réo.

Realmente o código belga, que contém disposição semelhante, não estende o beneficio, conforme a opinião de Nypels, ao co-réo. [3]

CAPITULO VI

DO ULTRAGE PUBLICO AO PUDOR

CÓDIGO

Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoa, ultrajam e es canelai isam a sociedade :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

[1] Carrara, COMMENTO CIT., art. 356, pag. 215. »

Pessina, MANOALK CIT., § 249, pag. 279.

* Silva Ferrão, OBR. CIT., 7" vol., art. 402, pag. 277. Nypels, Obr. CIT., 2o vol., art. 387, pag. 538, n. 9.

COMMENTARIO

i'z~. Este capitulo corresponde ao V deste titulo do código penal pelo arranjo que fizemos já anteriormente notado e justificado.

No projecto primitivo de 1893 não incluímos o ultrage publico ao pudor ou honestidade individual de alguém, como fazem o código italiano e o portuguez que punem duplamente como delicto e contravenção quasique o mesmo facto.

Também a disposição do texto não figura nos projectos posteriores. O nosso código anterior, art. 280, punia como contravenções taes factos, estendendo a punição aos escriptos, art. 279, como modernamente fazem o código italiano e outros.

A' parte a casuística costumada da dicção do texto, a sua fonte foi o código italiano, art. 338, ou antes o respectivo projecto de 1887, tendo disposições semelhantes o código irancez, art. 330 e o belga, art. 385.

Gommentando as disposições parai leias do código italiano, diz Majno, que a defesa da decência publica 6 objecto de taes disposições, tendo a sociedade direito de ser respeitada no sentimento do pudor, na sua dignidade. *A. publicidade* é a base essencial da existência deste delicto.

E realmente, os termos do art. 282 do nosso código nfio deixam duvida sobre isto. O mesmo autor, referindo-se especialmente ao art. 338 observa que actos que podem parecer incriminados por este artigo podem incorrer em penalidades mais graves doutras disposições deste titulo. I -Quanto ao elemento intencional, consiste no escopo de causar ultrage ao pudor ou uos bons costumes.

Conforme Impallomeni, a acção deve ser voluntária, mas nem por isso se deve exigir a intenção de fazer offensa ao pudor ; offende o pudor e os bons costumes aquellc que voluntariamente age de modo a offendel-os e não é necessário que se queira offendel-os, *

CAPITULO VII

DA BIGAMIA, PARTO SUPPOSTO E OUTROS FINGIMENTOS

CÓDIGO

Art. 283. Contrahir casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro cônjuge:

Pena — de prisão oellular por um a seis aunos.

[1] Majno, COMMBNTO CIT., Part. II, art. 338, pag. 70, n. 2220 a 2222.

Paragrapho único. Si a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrera nas penas de cumplicidade.

Art. 284. Celebrar o ministro de qualquer confissão as coremonias religiosas do casamento, antes do acto civil:

Penas — de prisão cellular de um a seis mezes e multa de 100$ a 5001000.

Art. 285. Simular gestação e dar parto alheio por seu; ou tendo realmente dado a luz filho vivo ou morto, sonegal-o ou substituil-o :

Pena — de prisão cellular per seis mezes a dous anãos.

Paragrapho único. Em igual pena incorrerá :

I°, o marido, ou pessoa que cohahite com a ré e que auxiliar» ou simplesmente assentir a perpetração do crime;

2°, o facultativo ou parteira que, abusando de sua profissão, cooperar para o mesmo resultado, impondo-se-lhe mais a pena de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da prisão.

Art. 286. Deixar de lazer, dentro de um mez, no registro civil, a declaração do nascimento de criança nascida, como fazel-a a respeito de criança que jamais existira, para crear ou extinguir direito em prejuízo de terceiro :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Art. 287. Fazer recolher a qualquer asylo de beneficência, ou estabelecimento congénere, filho legitimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes do seu estado civil:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 288. Usurpar o estado civil de outrem, fingindo parentesco, ou direitos conjugaes, por meio de falso casamento; ou simular o estado de casado para prejudicar direitos de alguém ou de família:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

COMMENTARIO

188. Reduzimos a este capitulo a matéria do código penal que constitue o seu tit. IX, menos o cap. IV que, segundo opportunamente notámos, pertence a outros títulos e nelles tem sido e ha de ser tratada. Não fizemos dos artigos do texto a distribuição conforme o plano dos projectos de revisão, porque elles conteem matéria que o código não contém, e o código contém matéria que elles não conteem.

Entretanto dissemos, justificando o projecto primitivo, especialmente sobre os dous arts. 283 e 284 do texto, que são os únicos que correspondem aos do projecto :

Em relação ao conteúdo e mérito das disposições, convém fazer algumas observações.

Assim, em relação á bigamia, se tomou como confronto os modernos códigos dos cantões de Friburgo, art. 203, e Zurich, art. 120, da Hungria, art. 251, Itália, art. 359, e Baviera, art. 297..

O nosso código de 1830 exige como extremo da bigamia que o primeiro casamento não se tenha dissolvido, o que é

muito vago, e o actual não segue a melhor doutrina adoptada nos citados códigos, que, em face de outros, é preferível, porque não deixa insoluta a questão e nem a resolve contra os dieta mes dasciencia. *

O elemento necessário a existência do crime é a validade do casamento anterior e por elle é igualmente responsável, tanto o casado como o solteiro, que com o casado se casou ; podendo nós dizer como Puglia, referindo-nos ao paragrapho único do art. 283 do nosso código penal vigente, que não sabemos a razão da menor gravidade da pena estabelecida para aquelle que, sendo livre, contrahe casamento com pessoa ligada por matrimonio valido. *

Tem sido sempre de tradição na Hungria considerar a validade do primeiro casamento como uma condição essencial do crime de bigamia.

O direito penal allemão se contenta com um casamento putativo. [3]

Muitos códigos, taes como o hollandez, o austríaco, etc, não dizem expressamente, si um dos elementos da bigamia é a validade do primeiro, casamento.

Mas, do mesmo modo que os códigos acima citados, fazem da validade uma condição *sine qua non* da declaração da culpabilidade.

Em presença de termos menos formaes que nestes códigos, a jurisprudência, especial meu te em França e na Bélgica, se pronuncia no mesmo sentido.

O código allemão, § 171, e o projecto austríaco, § 184, dispõem em sentido contrario, elles declaram que ha bigamia, si o novo casamento é contrahido antes que o precedente tenha sido dissolvido, annullado ou declarado invalido. *

A doutrina que preferimos não soffreu impugnação, nem no seio das commissões e nem das camarás italianas, subsistindo o projecto Zanardelli nesta parte sem alterações. [5]

A outra figura criminosa é um succedaneo das disposições relativas ao código actual e do anterior, mas alterada de accordo com o que parece ser o direito vigente diante doi art. 72 § 4º da Constituição.

A fonte próxima foi o novo código da Hungria, cujos annotadores consignam judiciosamente que não se trata de

[1] Zanardelli, RELAZIONE CIT., 111, pag. 247.

[a] **Puglia, 1 REATI *hl* LIBIDINli E CONTKO I BUONI COSTUMI,** Nupoli, 1880, pag. 134.

[3] Martinet & Daresle, CODB PENAL HONGROIS, Paris, 1*85, art. 851, nota.

* Lacointa, CODE PENAL D'ITALIB, Paris, 1890, art. 359, nota

• Villa RELAZIONE CIT., Roma, 1888, pàg. 231; 0<s'a, RELAZIONE CIT.. Torino, 1888, pag. 229.

Impedimêlitõpõr casamento ãrííêriõr^ a que se refere o artigo] precedente, reprimindo o facto especialmente. H

A penalidade attinge com outra pena accessorla o juiz e official que concorrerem para o facto.

O ultimo capitulo deste titulo comprehende a suppressõo troca e supposição de estado que resumem os modos de alterar o estado civil, cuja veracidade é uma das bases da sociedade familiar, como dizia Zanardelli no parlamento italiano. *

Em relação somente ao respectivo estado civil é do que aqui se trata exclusivamente, no tocante a outras relações, o infante e tutelado por sancções penaes diversas que figuram no titulo relativo a pessoa.

As rasões da classificação foram dadas no referido parlamento. *

No direito romano o delicto das *binae nuptiae* era punido a principio com a infâmia e dava lugar a consequências civis de reparaçõo. Depois, a *Lex Júlia de adulteras* punia como culpado de estupro aquelle que *Jlcto coelibatu* contra-hisse novas núpcias, e punia como adultera a mulher que contraída segundas núpcias, vivendo ainda o marido. Mas Justiniano exasperou a pena até o ultimo supplicio.

Dos germanos, Pessina recorda as palavras de Tácito : *singulis uxoribus contenti surtt, exceptispaucis qui non libidine sed ob nobilitatenx plufimis amoiuntur nuptiés.* A igreja christã fortificou o conceito da punição severa da bigamia e entre as varias penas contra ella adoptou também a excommunhuo.

E sobre estas fontes a legislação intermédia puniu severamente a bigamia.

Assim a Orden. Liv. 5°, Tit. 19, punia com a morte o crime de bigamia.

H Entretanto o rigor da pena foi moderado nas leis do século 19°. A' pena de 12 annos de galês do código de 1791 substituiu o francez de 1810 a de trabalhos forçados temporários.

Mas os códigos posteriores farão muito mais além na attenuaçSo. O direito inglez pune os bígamos com a servidão penal até 7 annos ; e o autor citado ainda, refcrindo-se ao Código Penal do Brazil que impõe o cárcere com a obrigação do trabalho por 1 a 6 annos, accrescenta que em geral a legislação contemporânea é mais branda do que as precedentes para este delicto.[3]

[1] RELAZIONB CIT. III, pag. 250; Villa, RELAZIONE CIT., pag. 231, Costa, RELAKIOKE CIT., pag. 231.

[1] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do *projecto* de 1893, pag. 18.

[3] Vid. Carvalho Durão sobre a critica deste cap. do cod. 0 DIREITO, vol. 55, pag. 211, VI, *Bigamia e aleivosia.*.

39. Os criminalistas alludem, pelo menos, á controvérsia enlre os autores sobre a questão de saber, si a bigamia deve constituir ou não uma figura criminosa especial,

Pessina no mesmo lugar não suscita, mas justifica o conceito.

Suman também justifica-o, referindo-se á opinião contraria.

Este ultimo autor observa, em resumo, que o bígamo produz com o seu facto um alarma, pois que todo marido e toda mulher pode temer tornar-se victima do mesmo engano.

A segurança publica ê offendida e esta offensa só se previne com a pena. Seja também a bigamia uma violação de contracto, mas trata-se de um contracto, cujas condições são estabelecidas pela lei, porque regulam os direitos dos cônjuges e a ordem nas famílias.

Lesadas, pois, estas condições, são lesados os direitos e le a ordem sobreditos, e é desta lesão que além do dam no do offendido, nasce aquella perturbação entre os cidadãos que reclama a intervenção da justiça punitiva. E' por isso que outros sustentõo o caracter delictuoso do facto e que nos vemos que esta segunda opinião seja a mais exacta.

Pessina, a seu turno, argumenta com a instituição monogâmica do matrinr mio peia *individua vitae consuetudo,* que veda absolutamente que, subsistindo o vinculo conjugal, qualquer dos cônjuges contraía um outro casamento. E não sõ este deve ser fulminado por nullidade radical, mas *dece ser incriminado,* como estando em contradicção com o principio organic > (monogamia) da sociedade domestica, como um facto em que *ha necessidade mesmo da falsidade* para poder verilicar-se, e como um facto que produz consequências damnosas, quer delle nasça prole, quer se limite a uma simples união sexual que permaneça infecunda.

Todas as nações que teem acolhido o principio monogâmico têm incriminado aqnelles que passam a contrahír um segundo casamento quando seu primeiro casamento não esto ainda dissolvido.

Entretanto, graças ao progresso das ideias jurídicas, a punição pelo delicto de bigamia torna-se sempre mais attenuadá e correspondendo melhor á natureza do delicto na legislação penal moderna, sendo todavia sempre notável a maior severidade para a bigamia do que para o adultério e o concubinato. *

i Crivellari & Sumau, OBR. crr., vol. 7º, pag. 672, n. 139: Pessina, **MANOALB CIT., § 251, pag.** 280. No **mesmo sentido:Garraud, OBK.** CIT. **vol. *i'', pag. 557, n. 527.***

Seja-nos licito consignar a opinião de Pio Viazzi, que implicitamente refuta a contraria:

O conceito do crime de bigamia contém cm si uma contradicção nos termos,

O que faz o *Chiunque* do código e dos tratados para contrahir um casamento, si elle já está ligado por outro valido ¥ O primeiro vinculo exclue a possibilidade do segundo ; logo, o segundo casamento não existe, porque a sua nullidade, *à\ priori,* está já determinada pela validade do primeiro.

O elemento intencional deveria ser procurado na vontade de contrahir um segundo matrimonio, entretanto o culpado tem a sciencia de estar vinculado pelas primeiras núpcias; mas este conhecimento do vinculo precedente é também sciencia da impossibilidade legal absoluta do novo vinculo, donde resulta que a vontade de *contrahir* se reduz a vontade de *simular o contracto.* A objectividade do delicto se faria consistir na offensa do primeiro contracto; mas o primeiro contracto não pôde resentir offensa de mil contractos suc-cessivos, os quaes não teem a força de atacar em nada a substancia delle.

O facto é este. A monogamia e a indissolubilidade, formas legaes, não podem encontrar offensa sinfio no *Jacto* contrario ao seu conteúdo real, então teremos *adultério ou concubinato.*

E supprimido este ultimo titulo conforme pensamos, dizemos nós, ficariam *jure constituto,* as ouiras sancções relativas aos factos contrários aos bons costumes e á ordem nas famílias.

As apparencias de legalidade (celebração de casamento') conclue o mesmo autor, que tal *facto* venha assumir, não mudam a substancia delle e nem cream de frente aos direitos familiares uma figura nova de offensa.....

Viazzi ainda observa que ha sempre modo de achar nelle um facto d'outra sorte punivel.

Na mais benigna das hypotheses ha mentira na declaração de *estado livre,* e si concorrem *falsidades* ulteriores *empapeis,* poderão ser applicadas as penas relativas, levando em conta a maior gravidade da falsidade em proporção á importância da funccfio que se exercita.

Não ha outro crime, si se trata de crime na sua simplicidade.

Depois, o mesmo autor exemplifica os casos que figura como representanti vos de crimes a que pôde dar lugar o facto que o código italiano, o nosso e todos consideram como um delicto *per se,* isto é, a bigamia.

Em primeiro lugar o adultério, quando a celebração das núpcias seja acompanhada da consummação material do falso casamento — *adultério* para a mulher, *concubinato* para o homem.

Depois, haverá no mesmo caso uma figura especial de conjuncçflo carnal fraudulenta, por seducção, como diz Carrara, quando um casado «cônscio da sua situaçfio, illuda uma donzella ignara e a leve ao altar ». A conjuncçflo carnal com engano não é prevista expressamente pelo código italiano, mas esta forma de bigamia e contemplada, em parte, também quando não haja consumação de matrimonio, na qualidade de aggravante, na alínea doart. 359, queaugmentâ a pena « si o culpado tenha induzido em erro a pessoa com a qual tenha contrahido matrimonio, sobre a liberdade do estado próprio ou da outra ». ' E a propósito, aceitando por um momento o systema do Código italiano, não sei dar a razão do por que a commifsâo real não acolheu a prudente proposta de Brusn, que para evitar equívocos, queria additar — tenha induzido em erro *com artificios fraudulentos,* — não tendo justificado a aggravante, só porque o culpado tenha feito a declaração de ser livre — necessária para qualquer caso.

Surgirá a verdadeira e própria fraude, mixta, si as circumstancias fizerem emergir a figura delia, com os outros crimes, quando da parte do réo se haja posto em obra um engano para conseguir o matrimonio fictício, com o escopo d'uma vantagem qualquer. *

130. Passemos á analyseespecial doart. 283 do texto do nosso código penal, cuia fonte parece ter sido o art. 249 do código anterior, reproduzido nos portuguezes, art. 337, sendo que a dicção deste é mais semelhante á do código hespanhol anterior, art. 385.

Não podia porém ser mais infeliz a redacção do art. 283 do texto, porque alterou para peior a do código anterior e é mesmo iuferior á redacção tão censurada por duvidosa do código penal francez, art. 340, belga, art. 391, e outros.

O nosso código penal, timbrando só em ser casuístico, considera que ha bigamia no facto de «contrahir matrimonio mais de uma vez, *sem* estar o anterior *dissolvido* por sentença de *nullidade,* ou por *morte* do outro cônjuge».

O nosso código penal esqueceu outro caso — a *annullação,* porque si a interpretação deve ser rigorosa, como não pode deixar de ser, si se alambicam os termos e os *casos,* os casos e termos não incluídos expressamente ficam naturalmente fora da sancçôo penal.

E quando o código penal foi publicado já vigorava a mezes a lei n. 181 de 24 de janeiro de 1890, arts. 61 e63, que, conforme dissemos, distingue nestas disposições o casamento *nu/lodo annullacel.*

* A aggravante não figura no nosso código, mas foi adoptada no projecto de 1899, art. 287, paragrapho único, que acerescenta: *iltudindo-a* sobre o seu estado, ele. .

* Pio Viazii, Sui REATI 8E88UALI, OIT. cap. XI, *Bigamia.*

De modo que da exquisita redacção do art. 283 resulta o absurdo de que haverá bigamia quando tiver havido um primeiro casamento *nullo,* mas não haverá quando o casamento fòr *annullavel,* porque o código nem declina esta hypothese, nem dá uma formula geral, como fazem outros.

E' o direito de outros paizes, ás avessas, como, por exemplo, o inglez, onde não escusa da imputação de bigamia oppôr que o segundo matrimonio é nullopor consanguinidade ou outro vicio; mas si é *nullo* o primeiro, o segundo fica. isento da tacha de bigamia; entretanto não está isento, si o casamento seja *somente* ANNULLAVEL. *

Assim, o código allemão diz, o que ê muito differente:

«§ 171. O casado que contrahe um novo matrimonio antes que o precedente seja *dissolvido, declarado invalido* ou *nullo,* como também o solteiro que contrahe matrimonio com pessoa casada, conhecendo-a como tal, etc.»

E o de Zurich:

«§ 120. E' culpado de bigamia o cônjuge que, sabendo estar ainda vinculado por casamento precedente *valido,* contrahe outro.»

No mesmo sentido também os códigos suissos dos cantões de Vaud, art. 206; Valais, art. 209; Friburgo, art. 203; Tessino, art. 267; Genebra, art. 203 e outros, cuja comparação pôde ser apreciada em obra especial. [a]

O anteprojecto do código penal suisso único define a bigamia:

«Art. 126. O cônjuge que, antes da *dissolução* de seu casamento, contrahir novo, etc.»

Nota-se aqui que se deixa á pratica, a applicação ou á execução da lei, a solução das questões. [3]

O código da Baviera, obra prima no seu género e talvez até hoje em certos pontos, dispõe:

«Art. 297. O esposo que, duraute a constância de um matrimonio *valido,* contrahir novo com outra pessoa» etc.

Devemos notar de modo especial que nesta questão de doutrina estamos de accordo com o illustre autor dos *Estudos de direito criminal,* que escreveu um capítulo magistral de exposição, de critica e de legislação comparada sobre o assumpto.

O nosso código anterior dizia:

«Art. 249. Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro.»

[1] Seymour Harria, OBR. crr.cap. 8", pag. 88.

* Cari Stooss, SCHWEUERISCHEN STRAFOESETZBUCHER , Basel und Genf, 1890, paga. 442 e segs.

[3] VORENTWURF ciT.. art. 126, pag. 70.

Foi a fonte alterada do art. 283, sendo a fonte primitiva o código penal francez, igual ao belga, cujos termos são :

«Aquelle que, estancio vinculado pelos laços do matrimonio, contrahir um outro antes da dissolução do prece-, dente, etc...»

Da analyse dos elementos do crime se tornará evidente o absurdo do texto do nosso código penal e que uma praxe racional, outros princípios e outras disposições do nosso direito impõem o dever de melhoral-o na applicação.

O primeiro elemento do crime 6 que o agente esteja vinculado pelo laço matrimonial. E\ pois, mister que o casamento anterior seja *valido* aos olhos da lei, si não é valido não é um vinculo jurídico.

Si no momento do segundo casamento ser contrahldo o primeiro estivesse dissolvido pela morte de um dos esposos, a celebração do segundo casamento não constituiria mais crime de bigamia, ainda quando o esposo sobrevivente que contrahe esse casamento ignorasse a morte de seu cônjuge, porque, neste caso, bem que o pensamento do agente possa ser criminoso, o facto material do crime effectivamente não chegou a produzir-se. *

Seria ainda assim, diz Nypels, e com elle Merlln e Blanche, si o primeiro casamento, bem que *inquinado* de *nullidade,* não tivesse *ainda* sido annullado pelo Juiz, no momento da celebração do segundo casamento. A lei, com effeito, *não* pôde admittir que o casamento *annullavel* (mesmo) torne-se o elemento do crime de bigamia, porque, neste caso, o agente seria punido, *não* como *bígamo, mas* por ter *negligenciado em fazer annullar* o seu casamento precedente.[a]

Merlin pergunta si se pôde condemnar um aceusado antes que a prova do crime que lhe é imputado seja feita de modo irrefragavel ? Não, sem duvida. Póde-se condem-nal-o sem ter a certeza de que a acção que constitue seu pretenso crime não perderá, por um acontecimento que pôde sobrevir, o caracter de crime ? Ainda não. Póde-se condemnar *provisoriamente* ? Absolutamente não. Entretanto, o que aconteceria, si o condemnado por bigamia fizesse declarar nullo seu primeiro casamento? Certamente entSo todos seriam forçados a reconhecer que o pretendido bígamo foi condemnado como tal antes que seu crime fosse constatado; que elle foi condemnado antes que a acçfio que lhe era imputada como crime houvesse sido julgada irrevo-

[1] Lima Drummond, OBR. CIT., pag. 157, cap. VIII, *Bigamia.* AM se **estuda** também os projectos de 1893 e 1896, iguacs aos de 1897 e 1899, todos os quaes seguiram o código italiano o o húngaro.

[a] Vid. com a jurisprudência Blanohe, OBR. CIT., vol. 5". papr. 277, n. **217.**

gavel mente como criminosa; numa palavra, que elle foi julgado provisoriamente.

Frisando as consequências desse raciocínio, Merlin conclue que um systema que conduz a taes absurdos nâo pôde estar de accordo com a lei, como não está, nem com a razfio nem com a humanidade.

Outros autores acostam-se á opinião deste ultimo. * ''- Garraud nota que a Cassação franceza não parecia admit-tir que o accusado por crime de bigamia pudesse prevale-cer-se das nullidades *relativas,* o que a doutrina *toda inteira* combatia; mas num aresto de 1867, a propósito de um processo por adultério, mas cujos motivos se applicam igualmente á bigamia, ella decidiu, com effeito, que uma mulher pronunciada por adultério pôde excepcionar com a nullidade do seu casamento, para fazer cahir o delicto a que este casamento serve de base, sem que se tenha a distinguir si a *nullidade* invocada por ella seja *absoluta* ou si ella seja *simplesmente* RELATIVA.

Assim, Nypels diz que, quando um accusado de bigamia oppõe a nullidade do seu primeiro casamento, esta excepção deve ser julgada *previamente,* ella constituo uma *questão* PREJUDICIAL.[2]

Entre nós *quid júris ¥*

Por peior que seja a dicção do art. 283, felizmente a disposição deste não pôde ser applicada á risca, porque essa assenta numa presumpção, desde que o casamento anterior seja nullo ou annullavel, isto é, na presumpção da validade deste, e éo mesmo Código, art. 67, que declara que nenhuma presumpção, por *mais vehemente* que seja, dará logar á imposição de pena.

Por outro lado, a Constituição Federal, no § 15 do art. 72, dispõe que — *ninguém* será sentenciado *sinâo* pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e *n&fúrmãpor ella* regulada.

Si aquelle preceito do art. 67 do código não éde direito substantivo, mas de adjectivo ou processual, ê a ultima disposição constitucional que o fortifica melhor.

E ainda não étudo. Mesmo para a pronuncia do réo él mister *pleno conhecimento do delicto,* o que importa a sua existência real e indubitável : é o principio estabelecido desde 1832 nocod. do proc. criminal, art. 145.

Elle tem sido mantido com o outro a que nos referimos na legislação da Republica, tendo sido reproduzido em mais

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 4°, art. 340, pag. 411, n. 1672.
.* Vid. também Hoflman, OBR. CIT., vol. 3º, no Índice a palavra — *Bigamia.*

de um documento legislativo ou regulamentar, como no Decreto n. 848, de 1890, arts. 63 e 64, e *Consolidação das leis referentes d Justiça Federal* > de 1898, arts. 171 e 185.

131. A existência de um casamento precedente, como acabamos de ver, é o *primeiro* elemento do crime de bigamia ; o facto de contrahir um novo casamento ou casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido — como diz o art. 283, é o *segundo* elemento do mesmo crime.

E' o facto único, na opinião de Garraud, Nypels, Blanche e outros, é o facto só de contrahir um novo matrimonio nestas circumstancias que constitue o crime.

A bigamia não é, portanto, elles dizem, como se tem pretendido, um crime *successivo, permanente* ou *collectivo,* mas um crime *instantâneo, simples,* que está completo no momento em que intervém o contracto fraudulento diante do official do estado civil.

Majno, Suman, Gostanzo Calogero e outros autores italianos seguem nas pegadas de Carrara a doutrina dos escriptores francezes.

Pessina é de diverso parecer, que reproduz em resumo em obra sobre o código italiano vigente.

O delicto não fica integrado, diz elle, na pura celebração do segundo matrimonio juridico; este é o começo da execução do delicto; mas o delicto se integra com a convivência de facto em que haja a união sexual. Assim que a *consumação* do segundo matrimonio e *consumação* do delicto ; e a celebração só pôde constituir uma tentativa, si a descoberta do vinculo precedente foi o impedimento á consumação do matrimonio e independente da vontade do culpado.

Citando o código italiano, art. 360, accrescenta que a bigamia é um delicto *continuado,* pelo que a prescripção da acção penal contra ella começa do momento em que a tem feito cessar a dissolução delia ou do precedente matrimonio. *

l" A seu turno Viazzi nota que aceitas as noções do código italiano, não se pôde deixar de approvar o disposto no art. 360, destinado, como dizia o relatório ministerial, a remover as duvidas e as controvérsias que surgiram sobre a questão da prescripção em tal crime.

A prescripção decorre do dia em que um dos dous casamentos tenha sido declarado nullo, tratando-se d'um crime (quando se admitta esta figura de crime) *permanentes*

E isto contra a opinião de Garrara, que o crê, ao contrario, um crime *instantâneo.* [a]

[1] Posaina, MANUALECIT., §253, pag. 283; *Elemmti* ctt., vol. 2° pag. 324 i§ 16), onde a doutrina é expendida com argumentos irrefutáveis. * Pio Viazzi, OBRA. crr., pag. 78. V.

Swinderen considera, tanto a bigamia como o adultério, uma ínfraocõo contra o casamento; mas exigindo a relação se-j xual o adultério, e ʌlógico querendo, apezar disso, collocal-os sob o mesmo titulo nfio exigindo para a bigamia a consumação do casamento. *

Também Boissonade, nfio querendo perder a pista dos escriptores da sua pátria, apezar de commentar legislação d'um povo muito differente, cToutros costumes queelle mesmo refere e até d'outro continente e de raça muito diversa, chega á estranha conclusfio que se trata d'um crime, ora *instantâneo,* ora *succeasico,* conforme talvez o ponto de vista...

E vamos reproduzir a sua doutrina, porque para nós o fundamento cardeal da nossa opinião é que a bigamia esta antes na relação social (crime contra os bons costumes) do que na simples infracçfio do contracto (contra o estado civil) e por isso e porque os crimes contra um e outro titulo, Sendo impossíveì de discriminar, estão reunidos sobre uma só e mesma epigraphe geral nos citados projectos. *m* Assim, como diz Boissonade, *bigamia implica o adultério,* com um *maior* mal moral, pois que ella tende a assegurar e a dissimular a sua continuidade, e com um maior mal social, pois que ella altera e falseia o estado civil das pessoas, mesmo o dos filhos; também a despeito da moderação das penas, nfio se deixou no projecto qaponez) de propor uma prisõo mais forte que para o adultério.

Nfio era mister, de certo, considerar a bigamia um crime *continuo; è* verdade que o estado de bigamia dura *emquanto* o novo casamento nfio é declarado *nullo* pela justiça: mas o delicto tem sido-commettido uma só vez e *instantaneamente,* pelo cumprimento das formalidades do segundo casamento, formalidades *tão simples* no Japão que *não* se lhes pôde dar o nome de *celebração.*

Daqui surge para Boissonade uma consequência que a nós parece estranha.

Assim, elle conclue:

Portanto ô a partir do segundo casamento que corre a prescripçfioda acçfio publica, e esta acçfio pôde ser exercida pelo ministério publico, *ex-afflcio* e sem queixa do esposo offendido, porque a ordem social é ainda mais lesada por este delicto que pelo de adultério.

Mas a prescripçfio da acçfio publica, uma vez preenchida, o primeiro marido da mulher bígama poderia ainda processar esta por adultério, porque o delicto é *então* (é impagável este *então)* SUOCESSIVO, sendo *presumido* resultar

[1] Swinderen, OBRA CIT., vol. 3º, pag. 36.

da eo-habitaçSo illegal, tanto que ella não tem cessado ao menos de facto. [4]

Neste ponto o Dr. Lima Drummond segue opinião contraria á nossa. [2]

E de *jure constitulo,* com maioria de razão, mantemos a nossa opinião diante do art. 283 do código penal que condemiiando á pena grave pela intensidade e extensão o bígamo não podia deixar de ter cogitado da consumação do crime pela consumação do casamento, devendo ser classificado como tentativa o facto da celebração do novo casamento ainda não consumado, circumstancia que pôde ser um incitamento ao arrependimento do culpado.

Portanto, de accordo com os mesmos princípios do código italiano, art. 360, deve ser regulada a prescripção, harmonisando-se a regra geral do art. 79 do nosso código penal com os princípios que aqui estabelecemos; isto é, desde que se trata de um crime *permanente* a prescripção só começa do dia da dissolução de um dos casamentos, ou noutros termos, do momento em que cessa a coexistência dos dous casamentos formalmente validos.

Esta doutrina, porém, no direito francez e belga, vai de encontro á respectiva jurisprudência e á excepção de Leselyer, no dizer de Nypels, Chauveau e Hélie, Trebutien e todos os commentadores, dizem que a prescripção começa a correr do dia em que o segundo casamento foi contrahido.

E' diante dessa doutrina e dessa jurisprudência que Blanche citando arestos exclama :

« Si a questão não estivesse tão formalmente resolvida pela Corte cie Cassação, estar-se-hia autorisado a conceber alguma duvida sobre a solução que ella deve ter.

Comprehende-se difílcilmente que 10 annos depois da consumação da segunda união, o bigamo possa viver impunemente entre suas duas mulheres e dar um tal escândalo á sociedade.»

Os autores italianos e a respectiva jurisprudência dão á questão solução contraria, aliás de accordo com o seu código e que aqui adoptamos e conforme os princípios geraes do projecto de revisão, de 1899, art. 84.

O terceiro e ultimo elemento do crime de bigamia é o dolo ou a intenção criminosa, a má fé, na phrase do nosso código anterior e que consiste para aquelle dos contra-ctantes que e casado no conhecimento que seu primeiro casamento não está dissolvido ; e para o contractante que não ê casado o dolo consiste no conhecimento do estado de casado daquelle com o qual elle contracta casamento.

[1] Boissonade, OBRA OIT., pag. 1046, ns. 825 e 82G.

* Lima Drummond, OBRA OIT,, *bigamia,* III, pag. 175 e tegg.

R

I

y A Cassação franceza, sob o código de 1791 decidia que a boa fé justificativa da bigamia nfio pode resultar sinão dei opinião razoável, fundada sobre probabilidades muito fortes que levem a crer na dissolução do primeiro casamento. (B* provável, diz Nypels, .que o Jury em nossos dias admitia igualmente a b >a fé em taes circumstanelas. *

No paragrapho único do art. 283 do texto, o nosso código penal, com a costumada redacção exquisita, si não obscura, Impõe a pena da complicidade ao co-autor dal bigamia, quando for livre ou solteiro; pois que se ambos forem casados hão de incidir no art. 283, primeira parte. | Já fizemos a devida justiça a essa attenuação da pena lidade, que nada justifica, sendo tão criminoso o casado! que casa de novo, como o que nfio ô casado que se casa com pessoa casada. .

I E a vista do que temos exposto até aqui, nfio nos conformamos com o princípio estabelecido no final do importante aresto que passamos a transcrever : ■ « A lei penal brazileira só se applica ao nacional ou estrangeiro que fora do paiz tenha commettido os crimes taxativamente enumerados no art. 5º do código penal.

Os princípios que regulam a extensão da lei penal fora do território constituem matéria de direito *substantivo*. 3

Derogação da lei n. 2615 de 4 de agosto de 1875 e decreto n. 6934 de 8 de Junho de 1878 (regulamento da mesma lei).

A *bigamia è* um crime *instantâneo* e não *continuo',* importância da distíncçfio e especialmente na hypothese dos autos. • Accordão Superior do Tribunal de Justiça de *S. Paulo* de 16 de julho de 1898. ' -Λ

13». Passemos ao art. 284, explicando ainda que muito ligeiramente o conteúdo da disposição do texto, para nós revogada.

o nosso Código Criminal anterior não continha essa figura, que é nova, e não foi reproduzida em nenhum dos projectos de revisão do Código Penal.

A sua fonte próxima foi o decreto n. 521, de 25 de junho de 1890. art. 2°.

Póde-se considerar como fontes primitivas o Código Francez, arts. 199 e 200, e o belga, art. 267.

A infracção prevista e punida por estas disposições, diz Garraud, implica como elemento constitutivo a cele-l

[1] Nypels, oita. OIT., 2º vol., art. 391. pag. 576, na. 2 osegs.; Garraud OBR. CIT , vol. 4º, pag. 561, ns., 532 e aegg.

' O DIREITO, vol 77, pag. 77. A douta redacção desta Revista, no lugar eitado chama justimente a attenção para a importância do aresto e do luetdo e jurídico parecer do respectivo Promotor Publico Dr. Auto Portes, inserindo a íntegra de ambas as peças.

bração religiosa de um casamento pelo ministro de um culto *reconhecido,* sem justificação prévia da recepçSo do acto do casamento por um official do estado civil.

Garraud, de accordo com Chauveau e Hélie e Blanche, opina que não ha crime si, embora não exigindo a justificação, o acto civil tiver sido effectivãmente realisado antes.

O art. 284 do texto retere-se á qualquer confissão, porque não temos entre nós cultos reconhecidos, mas todos tolerados ou independentes, assim como tendo sido celebrado antes o acto civil, não ha crime, porque a disposição não exige prova previa do acto, basta a certeza de ter sido realisado.

Também conforme o direito e jurisprudência belga, basta segundo Nypels que o casamento civil exista no momento da benção nupcial, ainda mesmo que estivesse sujeito á annullaçdo. O texto (como o do art. 284do nosso Código; não exige mais e a razão da prohibição comminada faz falta desde que um casamento civil, mesmo annullavel, tem sido precedentemente contrahido mesmo no estrangeiro.

Assim tem sido julgado que se o casamento civil tem sido regularmente celebrado em paiz estrangeiro, o ministro do culto que dá benção nupcial antes da transcripção na Bélgica do acto da celebração, não é passivel das penas do art. 267 do Código Penal, ainda que soubesse que os cônjuges não tinham feito celebrar seu casamento no estrangeiro sinão para escapar á formalidade dos actos de reverencia .

Estas disposições, accrescenta ainda Garraud, e nisto de accordo também com o direito belga, segundo Nypels, regem, sem distincção, *todos* os casamentos celebrados em França, por esta razão decisiva que se trata de uma lei de policia e de segurança, imposta a todos que se acharem no território. Em consequência, ella se applica : I^{o}, ao casamento exclusivamente religioso que tivesse sido contractado em França, entre um francez e uma estrangeira, conforme as leis do paiz desta estrangeira; 2^{o}, ao casamento entre estrangeiros pertencentes a um paiz em que o casamento civil se confunde com o casamento religioso. Mas estas disposições não se referem sinão ao ministro do culto: as previsões da lei nfio se estendem ás partes contractantes, nem ás pessoas que teem consentido no casamento. *

Esta solução se adapta perfeitamente ao nosso direito.

A infracção, conforme o direito francez e o belga, não exige intenção criminosa alguma, o dolo especifico ; mas é mister um acto voluntário do ministro do culto.

Garraud, OBBA CIT, vol. 3^{o}, pag:. 48% *nu.* 346 e 347.

Bem entendido, diz Nypels, que se trata unicamente de punir a celebração á qual o padre tem voluntariamente procedido, mas não pôde haver questfío de punir um padre,! tomado de alguma sorte de improviso, e diante do qual dous dos seus parochlanos declaram na presença de testemunhas (basta a assistência da missa parochial) quererem unir-se, o que constitue um casamento valido aos olhos da lei canónica.

Esta observação foi reproduzida na discussão do art. 267 do Godígo belga e o ministro da justiça Bara declarou que não podia ser duvidosa.

Não tem razão, porém, a estranheza de Nypels quando accrescenla : « evidentemente, mas isto seria um meio fácil de (Iludir a lei, si fora de um caso extraordinário, se pudesse suppor que as partes se contentassem com esta cerimonia summaria ».

Entretanto é o mesmo autor que logo em seguida faz notar que os termos *benção nupcial* do texto do art. 267 são empregados para designar mesmo o casamento religioso, ainda que a benção, conforme o concilio de Trento, constitua uma ceremonia accessoria e de nenhum modo essencial para a validade do casamento religioso. Em onsequencía tem sido julgado que a celebração, por um ministro do culto catholico, de um casamento *mixto,* sem benção nupcial cahe sob a nossa disposição. *

Está commentado assim o art. 284 do texto, si vigora, e na hypothese contraria a explicação do seu conteúdo servirá para o caso em que uma lei o restabeleça expressamente ou estabeleça disposição semelhante.

Exprimimo-nos assim, porque si na opinião de alguns o art. 284 do texto não está revogado, é certo que ha mais *de* dez annos que vigora o Código Penal e não nos consta que elle tenha dado logar a processo criminal algum, não obstante os innumeros casos de casamentos somente religiosos, não precedidos do acto civil; portanto, pelo menos o desuso da disposição, si não pôde ser uma forma regular da revogação, é o tacto real averiguado.

133. A questão começou no Congresso Constituinte, onde *o* projecto da nossa Constituição Federal na disposição do art. 72, § 4º, dizia : « A Republica só reconhece o casamento civil, *que precederá sempre as cerimonias religiosas de qualquer culto.* »

As palavras gryphadas aqui foram eliminadas, acrescentando-se ao resto do texto subsistente as seguintes que completaram a disposição constitucional: — cuja celebração será gratuita.

' Nypels, OURA CIT. , *2″* **foi., art.** 2(57, pag. 178, na. *2,* 6. 7 e 9.

A commlssão chamada dos 21 dizia sobre este ponto :

« O art. 72, § 4°, da Constituição (do projecto), só reconhecendo o casamento civil, declara que este *precederá sempre as cerimonias religiosas de qualquer culto.* Esta exigência tem perfeita justificação na actualidade, visto que o casamento civil ô um instituto novo entre nós e cumpre que a lei acautele interesses de terceiros e a boa fé dos próprios cônjuges. Como, porém essa medida é por sua natureza de caracter *provisório e importa uma restricção d liberdade individual,* deve cessar logo que tenha penetrado na consciência popular a convicção de que perante a lei só o casamento civil forma e legitima a família e confere direitos civis. Entende, pois, a commlssão deve simplesmente consagrar o principio de que a Republica só reconhece o casamento civil, *ficando* ao Poder Legislativo a *faculdade* de *manter* ou *não* a *precedência* a que allude o texto constitucional. *

Nós deduzimos deste documento legislativo a consequência de que o art. 284 do Código Penal logo pela promulgação da Constituição ficou revogado, ou, pelo menos suspenso em sua execução *si et in quantum* uma lei não declarasse que o acto civil devia ou não preceder o religioso para na affirmativa estabelecer nova sancçfio ou revigorar 0 art. 284, tornando-o exequível.,

A saneção presuppõe a prohibição e si esta desappa-receu do projecto para o legislador resolver depois si ella conviria ou não, mesmo com caracter provisório, a saneção não pôde subsistir por feita de matéria.

1 Como diz Prins, a infracção no ponto de vista jurídico é simplesmente a reunião das condições exigidas pela lei para a applicação da saneção penal. Ella é a *violação* do *principio* consagrado pela *saneção* penal. [a]

No caso, si o principio depende de uma lei futura que o proclame, a saneção penal não consagra principio algum, não tem base jurídica.

Não podemos por isso conformar-nos com a opinião do illustre deputado Gastão da Cunha emíitida na nossa camará sobre o assumpto, em notáveis e brilhantes discursos no fundo e na forma. [3]

• *Projecto de Constituição,* eíc, e 'Parecer acompanhado dos voto* em separado — ANNAES, Congresso Nacional Constituinte, Imprensa Nacional. 1891, pa.es. 81 c 126.

' A. Prins, íSCIENCH FâNALE ET DIIOJT posiTir, Bru-xolles, 1899, pag. 81, n. 142.

• * Gastão da Cunha DISCURSOS de 1*. 20 e 22 de agosto na *Camará dos Deputados*—* Diário do Congresso Nacional», n. 111. de 10 de setembro de 1900, pag. 1347.

E admittida mesmo por interpretação fundada no elemento histórico da Constituinte a vigência da disposiçflo, ella não poderia subsistir por outros fundamentos, conforme depois melhor veremos.

Depois de promulgada a Constituição a questão surgiu exigindo solução urgente.

O Ministério da Justiça por decisões de 15 de abril, 21 e 31 de agosto de 1891 declarou sem vigor o art. 284 do texto docod. penal.

Só pela relevância da questão, importância da doutrina e o momento em que eram expedidos esses actos, os transcrevemos abaixo. *

A. commtssSo de Constituição, Legislação e Justiça da Camará dos Deputados propondo um projecto de lei em que inclue uma disposição substitutiva do art. 284, na respectiva exposição de motivos considera este revogado e incompatível com a completa separação entre o Estado e a Igreja entre nós. [2]

O voto, em separado ao parecer, do illustre deputado Teixeira de Sá, argumentando com princípios geraes para justificar a restricçSo á liberdade religiosa, cita a seu favor a

[1] Os citados avisos do Ministério da Justiça foram as seguintes :

Em 15 de abril, aos governadores dos Estados :

« Circular — Suacitando-se duvidas quanto *á precedência de cerimonias religiosas* matrimoniaes á celebração do casamento *civil,* declaro-vos para os devidos effeilos, que, ncs termos dos §§ 4° e 7º do art. 72 da Constituição, *não* sã pode prohibir que taes cerimonias religiosas sejam celebradas *antes* de effectuado o casamento civd, como se determina no decreto n. 521 de 26 de junbo do anno passado, visto que seria *inexequível* a imposição da pena nelle estatuída, e mediante o processo que estabelece para um facto que *deixou de ser* delictuoso.— *liarão de Lucena.**

Em 21 de agosto, ao Iº secretario da Camará dos Deputados :

« Tendo a Constituição do Rstado de Santa Caiharina preacriplo no art. 92, §21, *& precedeu ia obrigatória do* casamento *civil e religioso,* quando a Constituição Federal a isso se oppõe (art. 72, § 3º), violando deste modo o art. 72 desta, remetto-vos as inclusas copias referentes ao facto de negar-se o juiz de direito da comarca de Blumenau, naquello Estado, a consentir na *prioridade* do casamento *religioso,* visto incumbir ao Congresso, nos termos do art. 35 § 1°, da citada Constituição Federal, velar pela guarda desta e das leis e providenciar sobre as necessidades de caracter federal.— *António Luiz Affonso de Carvalho.»*

Em 31 de agosto, ao governador do Estado do Piauhy :

« Para que façaes constar ao official do registro civil de Amarante, em solução á representação sobre o facto de estar o paroebo da freguezia casando orphãos *sem* que seja effectuado o acto civil, e que deveria ter sido encaminhada por esse governo, declaro-vns que nenhuma providencia pôde ser dada, porquanto *nada* tem o Estado que vêr, em face da Constituição, quanto *à precedência* de *cerimonias* religiosas matrimoniaes á celebração do casamento *civil, como* foi resolvido por aviso de 15 de abril ultimo, quer os nubentes sejam maiores ou menores.—*António Luis Affonso de Carvalho.,*

* PARECEI* n PROJECTO n. 87, *Camará dos Deputados,* 1900.

opinião do Dr. Oliveira Escorei, douto professor na Faculdade de S. Paulo, qi:e aliás não tratou es pecialmente da questão, apenas deu-lhe força com a sua autoridade, subscrevendo a opiniõo emittida pel > *Jornal do Commercio,* contradictada pelo *Diário OJftcial,* registrando o mesmo Dr. Oliveira Escorei com toda isenção de espirito ambas as publicações. *

Ao maior argumento na questão e usado pelo *Jornal,* póde-se simplesmente responder que a chamada commissão dos 21 quando declara « *ficando* ao pcder legislativo a *faculdade de manter ou não a precedência* a que allude o texto constitucional», não podia referir-se ao Dec. n. 521, de 26 de junho de 1890, e cod. pen. art. 284, do contrario teria usado de outra linguagem apropriada ; o Congresso fez neste ponto taboa rasa para que o poder ordinário restabelecesse as disposições, ou estabelecesse novas, de modo que, estava subentendido, não se atacasse a garantia da liberdade religiosa.

Também dous membros da alta magistratura, o segundo bem insuspeito pelas suas opiniões de *jure constituendo,* hnviam-se manifestado logo em 1891 pela revogação do art. 284.

« O cod. penal de 11 de outubro de 1890 está em inteiro vigor, *saloo* disposições *posteriores* em contrario.

« Fallece competência ao poder judiciário deste Estado para punir os infractores da disposição inserta no art. 284 do citado cod. penal que se acha *revogada* pelo art. 72, §4° da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. » *Parecer* do Dr. Vilhena, procurador da soberania nacional na Relação de *Ouro Preto* de 11 de maio de 1891.

« Com aprohibiçãodo cod. penal francez, art. 199, estava o Decr. do Governo Provisório n. 521, de 26 de junho de 1890, do emérito primeiro ministro da justiça da Republica, Dr. Campos Salles(seu actual Presidente); mas infelizmente o fanatismo religioso das deputaçõss de três das nossas antigas províncias, Minas, Bahia e Pernambuco, e de quasi todas do Norte, onde dominam ainda a superstição e o clero, estragou a obra civilisadora da revolução, eliminando das disposições constitucionaesa/>/*ecede/ict'o do casamento *civil.*

Trata-se, no Congresso Nacional, de restabelecer aquella disposição e a do projecto da Constituição offerecido pelo Governo á Assembléa Constituinte. Aguardamos os acontecimentos. »Nota em outubro de 1891 do Dr. Macedo Soares, ministro do Supremo Tribunal Federal, sobre o assumpto a propósito de *jurisprudência estrangeira.* [2]

[1] Oliveira Escorei, COD. PEN. BRASILEIRO CIT., art. 281, nota 242.

*. O DIREITO, vol. 55, pag. 362; vol. 56, pag. 553.' 0 Dr. Macedo Soares 6 um dos redactores desta Revista, que dirigia e então public.va em resumo arestos de Irihunaes estrangeiros.

Felizmente estornos também de accordo quanto á revogação implícita do art. 284, pelo art. 72, § 3°, da Constituição, e mesmo na conformidade do art. 83 desta, com o illustre deputado Azevedo Marques em seus notáveis discursos de 23 e 24 de agosto de 190o, extractados e dados ó estampa como excellente doutrina puramente constitucional e estrictamente jurídica numa das nossas mais importantes Revistas.

E sobre a reforma projectada da *precedência* do casamento civil ou providencia congénere a serie de argumentos é irrespondivel.

Para a lei civil não h a casamento *religioso,* nem este diversifica do concubinato ; a precedência pretendida arvoraria o ministro da religião em fiscal da autoridade civil, além de atacar a independência e as leis das confissões religiosas.

A punição do padre é uma violeneia e a dos nubentes um absurdo palpitante, porque a uns e a outros a Constituição garante a liberdade religiosa, e o concubinato por si só não é punível entre nós.

O argumento, baseado na discussão e votação do art. 72 § 4º não tem valor a favor da precedência e ainda aqui si bem que por fundamentos diversos, as nossas opiniões se harmonisam.

Finalmente, seja-nos permittido autorisar o nosso juizo convicto com a mesma opinião do illustre deputado, reproduzindo aqui integralmente uns trechos dos alludidos artigos: I

« A situação actual do nosso direito prevê, quanto possível, os crimes em questão, já classificados pelo nosso Código Penal, arts. 267, 270, 271, 272 e 273.

« O povo em geral e mesmo alguns profissionaes que, mais ou menos superficialmente, teem cogitado deste assumpto entendem que os casamentos religiosos acobertam dessas penalidades aquelles que os contrahem; mas o JO~| RISTA *não* pôde assim pensar.

« Com effeito, desde que a nossa lei positiva *desconhece* o casamento *religioso,* ella *não* pôde attendel-o como uma razão *dirimente,* como uma *justificativa* desses crimes.

« Portanto todos aquelles que commetterem ta es crimes *acobertados* pela *benção* da divindade, impropriamente procurada para esse fim, *incorrem* na sancção *penal* do nosso direito.» *

[1] REVISTA DB JURISPRUDÊNCIA, vol. 10, paç. 97 e 206 = J. M. de Azevedo Marques — *Casamento civil e religioso — Liberdade de cultos — Ooã. pen* art. 284.

I 134. E' verdade que em vários paizes se tem adoptado como regra obrigatória que o acto civil preceda a cerimonia religiosa.

Assim, dentre elles, pode-se notar o moderno código da Hollanda, que no Hv. 3°, que comprehende as *transgressões* (contravenções) e no tit. -4° — das transgressões concernentes ao *estado civil* — dispõe:

« Art. 4i9. O ministro de um culto que, antes que as partes lhe tenham feito constar que o seu casamento foi legalmente celebrado na presença do official do estado, civil, proceder a qualquer solemniaade religiosa em relaçfio ao mesmo casamento, será punido com a multa no máximo de 300 florins.

£■ Si no tempo em que a transgressão for commettida nfio tiverem ainda decorrido dous annos que o culpado tenha sido irrevogavelmente condem nado pela mesma transgressão, em logar da multa poderá ser applicada a detenção de dous mezes no máximo.»

Por igual, na Suissa, a lei federal de 24 de dezembro de 1874, declara:

« Art. 40. Uma cerimonia religiosa não pode ter logar sinSo depois da celebração legal do casamento pelo funccionario civil, com a apresentação da certidão de casamento.»

Nas *disposições penaes* a lei declara:

«Art. 59. Devem ser processadosepunidos *ex-qfficio* ou por queixa:

« 2°, de uma multa que pode ser elevada até 300 francos os offlclaes do estado civil que tiverem violado os deveres, impostos pela presente lei, *assim como* os ecclesiasticos que tiverem agido cm contrario ás disposições do art. 40. Nol caso de reincidência a multa é dupla e o funccionario será destituído.

Os ecclesiasticos são igualmente responsáveis, para com as partes interessadas, pelas consequências civis.

As partes interessadas teem o direito de recorrer, diante do Tribunal Federal contra as decisões dos tribunaes *cantonacs* sobre a applicação das disposições deste artigo.»

Alfredo Martin, professor da Universidade de Genebra, commentando esta lei, diz:

« Os esposos são livres naturalmente para proceder á uma cerimonia religiosa. Mas esta cerimonia nfio pode ter logar siiRIO depois da celebração do casamento pelo funccionario civil. Os esposos devem apresentar ao ecclesiastico, encarregado de abençoar o casamento, um certificado do casamento (art. 40).»

Diz ainda o notável professor:

« A lei edicta uma responsabilidade penal contra diversas pessoas (art. 59), a saber:

« 3.° Contra os ecclesiasticos que teem celebrado um casamento religioso, sem que a celebração legal tenha tido Iogar (art. 40).»

« A multa é também de 300 francos no máximo e pôde ser dupla no caso de reincidência.

Os ecclesiasticos incorrem também numa responsabilidade civil para com as partes interessadas. Esta responsabilidade pôde ser pesada. Figure-se o caso de um homefti e de uma mulher que accionam o ecclesiastico que tem celebrado a cerimonia religiosa do casamento, tornando-o responsável pelas consequências, talvez muito graves, do facto que elles não teem crido necessário de se apresentar diante do offlcial do estado civil. Por culpa do ministro do culto, elles se acreditavam casados e, entretanto, não o estavam.

Segundo a ultima alínea do art. 59, as partes interessadas teem o direito de recorrer diante do Tribunal Federal contra as decisões dos tribunaes *cantonaes* sobre a appli-cação das disposições do art. 59.

São com effeito os tribunaeS *cantonaes* que, em pri meira instancia applicam estás disposições concernentes a responsabilidade penal e civil. O recurso ao Tribunal Fe deral é concedido as partes, qualquer que seja o valor do litigio.» *

E.. assim outras leis e outros códigos fazem o mesmo, como bem demonstrou, enumerando-os o deputado Gastão da Cunha, na discussão do alludido projecto.

Mas, como também judiciosamente observava a commissão da Camará, adduzmdo uma serie de argumentos e apresentando o projecto citado: «os que raciocinam de modo diverso recorrem ás legislações estrangeiras, que não servem de subsidio para guiar a questão.»

E realmente, vamos dar demonstração disto, recorrendo á lei franceza, igual á belga e que são prototypos no caso, mesmo porque a fonte do nosso art. 284 não podia ter sido outra.

Mas, não tendo que discutir o projecto, nem a questão de modo geral, nos limitaremos ao nosso próprio terreno de commentador que recorre ás autoridades no estudo do direito comparado para melhor conhecer os institutos paral-

[1] **Wolf,** Lo is USUGLLES *de la Confidêration Saísse,* **Lausanne, 1898,**)ags. 77, **91** • 95; Alfred **Martin,** COMMF.NTA.IRE de *la loi fêãèrale* ***oonoetnant 'Hat*** *civil et le wariage,* Oenève, 1897, pags. **127** e 221 i.

lelos ou congéneres, suo historia, significação e alcance, quanto ao que existe ou pôde ser creado na legislação para manlel-a ou innoval-a.

Eis como Chauveau e Hélie abrem a explicação dos arts. 193 e 2)0 doCod. Pen. Francez, parallelosaoart. 284 e a quantos projectos se apresentem para subslituil-o:

« Separando o poder civil e o poder religioso, a lei necessariamente previu que, sobretudo nos primeiros tempos que succederiam á essa separação, os ministros do culto, quer em consequência de hábitos tomados, quer por convicção de seus direitos, tentariam retomar alguns destroços do poder que lhes escapava. Os actos do estado civil, longo tempo confiados ás mãos dos ministros do culto catholico, pareciam -sobretudo dever ser o objecto de taes usurpações.

Já a lei de 7 do Vendimiario do anno IV havia prohibido, sob penas severas, conceder qualquer autoridade aos atlestados relativos ao estado civil e emanados deste ministério.

Foi mister em seguida que o legislador inscrevesse na CONCORDATA de 18 do Germinal do anno X *a prohibição imposta aos mesmos ministros* de dar a benção nupcial ás pessoas que não provassem ter contrahidoo casamento civil. Esta interdicção foi *estendida* aos ministros dos cultos *dissidentes* e do culto *israelita.*

Os arts. 199 e 200 são a SANCÇÃO *destas disposições.*,»|

Ora, perguntamos nós : onde está a nossa *concordata* com a Santa Sé ? Onde está o acto que *reconhece* o culto *israelita,* por exemplo, e um ou outro mais, como .em França %

Responda a Constituição Federal, quê no art. 72, fazendo *a declaração de direitos* enfeixou uma serie de disposições nítidas, enérgicas e insophismaveis neste ponto como o direito cardeal, fundamental da Republica, dizendo assim : |

o § 3.° Todos os indivíduos e *confissões* religiosas podem exercer publica e *livremente* o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas os disposições do direito commum.

§ 4.° A Republica só *reconhece* o casamento *cioil,* Cuja celebração será gratuita.

§ 5.° Os cemitérios lerão caracter *secular* e serão administrados pela autoridade municipal, ficando *livre a todos* os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que *não* offendam a *moral publica e os leis.*

§ 6.° Será *leigo* o ensino ministrado nos estabeleci-1 mentos públicos.

§ 7.° *Nenhum* culto ou igreja gosará de *subvenção ojjieial, nem* terá *relações de dependência, ou alliança* \ com o Governo da União, ou dós Estados.

J 28. Por motivo de *crença* ou *funeção religiosa Ji* nenhum cidadão brazileíro *poderá ser privado* de seus direitos *civis e políticos,* riem extmir-se do cumprimento de qualquer dever civico.

§ 29. Os que allegarem motivo de *crença religiosa* com o fim de se isentarem de qualquer ónus que as leis da Republica imponham aos cidadãos, os que acceitarem condecoração ou títulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.»

Nós deixamos ao juizo dos competentes decidir si diante de um tal direito *constitucional* é possível prevalecer o nrt. 284 do texto do Código Penal ou estabelecer disposiçfio semelhante que attinja nas suas comminações o simplesmente *crente,* ou o *ministro* comotaes, isto é, casando-se, ou casando os outros só ritualmente na qualidade de catho-lico, protestante, judeu, positivista, etc.

Ainda a respectiva *exposição de motivos* desenvolve a necessidade dos citados artigos do Código Francez, nestes termos":

« Os ministros que procedem ás cerimonias religiosas de um casamento, sem que lhes tenha sido provado o acto de casamento recebido pelos officiaes do estado civil, compromèttém o estado civil das pessoas *simples, tanto mais* dispostas a confundir a benção nupcial com o acto constitutivo do casamento, *quanto* o direito de imprimir no casamento o cunho da lei estava *ainda lia pouco* nas mãos desses ministros. Importa qué tão funesto engano não se perpetue.»[1]

13"». Esta ultima observação ataca substancialmente esta emenda offerecída ao projecto pelo distincto parlamentar :

« Ao art. — Não effectuado o casamento civil antes da cerimonia religiosa de qualquer culto — penas — aos *nubentes* — prisão de um a três annos; ás *testomunhas* 15 dias a 60.

Paragrapho único. Nas mesmas penas incorrerão os *nubentes* que, unidos apenas religiosamente, nfio legalizarem sua união no prazo de dous mezes.

Sala das sessões, 22 de agosto de 1900.—*Gastão da Cunha.»*

Na grande obra essencialmente pratica que escreveu sobre aquelle direito, Blanche, a seu turno, quando passa a

[1] Cliauveau, I-Iélie o Yilley, OBRA. CIT., vol. 3°, ar 18. 199 e 200, pag, 65, ns. 916 e 917, '"

tratar dosarts. 199 e 203 do Código Francez, começa por uma advertência preliminar que se deve notar, dizendo :

« As disposições que nós vamos estudar *não* são applicaveis *sinão* aos ministros dos *cultos* RECONHECIDOS em França.

Ésta opinião tem, eu sei, seus contradíctores.

Mas parece-me que ella acha sua justificação na discussão de que os artigos, que me occupam, foi objecto no Conselho de Estado *(Locré,* t. 30, pags. 170 e segs.) Foi, parece, o pensamento que dominou os debates.

E' sem duvida o pensamento de Portalis, quer quando elle examina si ha circumstancias « em que se torne necessário obrigar os *ministros dos cultos organisados* (são delia todos os gryphos) a dar conhecimento a autoridade dos escriptosque el los se propõem a publicar» *(ib.,* pag. 173),. quer quando elle procura estabelecer que si a lei pôde mostra r-se zelosa nos paizes em que os cultos não são sinão tolerados, « não e o mesmo quanto *aos cultos organisados pelas leis, daquelles cujos ministros são nomeados pelo imperador e sujeitos a um juramento* PARTICULAR» *{ib.,* pag. 174); ê ainda o pensamento de Berlier, quando reconhece que se pôde dispensar de submetter a approvação previa do ministro dos cultos as instrucções pastoraes, pois que é affirmado por este ministro «*que os pastores das religiões admittidas em França* conduzem-se de maneira a não inspirar inquietação alguma séria» *(ib.,* pag. 179). Emfim, é o pensamento de Cambacérés, quando faz observar ao Conselho que o Imperador manifestou a intenção que os delictos particulares aos ecclesiasticos constituíssem uma classe a parte,

Quanto aos ministros de cultos que existissem em França, sem serem *reconhecidos* seriam, conforme parece-nos, collocados sob o império do direito *commum.* Si este direito é mais rigoroso que os artigos relativos aos ministros dos cultos *reconhecidos,* elles soffrerão o seu rigor; si elle é menos severo, elles aproveitarão da sua indulgência. *

A' vista destas observações e do que jíi tínhamos adiantado, o projecto art. 5° fez bem em revogar oart. 284; mas, melhor seria ter usado de uma forma de disposição interpretativa, declarando que o artigo estava revogado, afim de retroagir sem duvida possível a favor dos factos já consumados.

Não achamos por isso fundamento para a emenda do illustre deputado Galdino Loreto, um dos salientes collaboradores da reforma em questão, de cujo projecto é relator o nosso distincto collega deputado Alfredo Finto.

[1] Blanohe, OBR. crr. vol. 4° pag. 1, n. 1, introduoção ao estudo drs arts. 199 e 200.

Finalmente, seja-nos licito ainda referir a opinião de Garraud, cuja obra notável tem no momento o mérito pelo menos de ser recente, fazer a critica da lei e em relação a França quasi considerai-a dispensável.

O estado civil, diz elle, resultando particularmente destes três factos, o nascimento, o casamento e a morte, estabele-ce-se por meio de declarações recebidas pelos offlciaes do estado civil, que redigem *actos* nos quaes ellas são constatadas.

A secularisação *(laicisation)* do estado civil, operada pela revolução franceza teve como consequência desviar a intervençfio dos ministros dos cultos na recepção e redacção destes actos. Mas para romper com hábitos e talvez também com resistências fáceis de prever, particularmente por parte dos ministros do culto catholico, a lei de 7 do Vendimiario do anno IV, prohibio sob penas severas, attribuir qualquer autoridade aos certificados relativos ao estado civil e emanados destes ministros.

O legislador foi mesmo mais longe, e, por uma disposição que *viola, n'uma certa medida, a* LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, ordenou aos ministros do culto catholico, de nSo dar a benção nupcial «sinão aquelles que provarem, em bôa e devida forma, ter contrahido casamento diante do official do estado civil».

Esta disposição contida noart. 54, da lei de 18 do Germinal do anno X, foi estendida aos ministros dos outros cultos pelo decreto do 1° do Pluvioso do anno X e art. 53 da ordenança de 25 de maio de 1844.

Si esta *interdicção* tinha uma razão de ser no começo deste século (19°), ella *não* tem mais *quasi* hoje: não ha a temer, com effeito, ver os *interessados confundir* a cerimonia religiosa com o acto constitutivo do casamento, e os ministros do culto, *quer* em consequência de hábitos adquiridos, *quer* por uma convicção *exagerada* de *seus pretendidos* direitos, *enganar* as pessoas que querem receber a benção nupcial. A lei tem crido, nflo obstante, dever sanccionar *duplamente* a prohibição estabelecida contra os ministros dos cul'os.

I Por um lado, com effeito, a sua violação constitue *um dos casos de* ABUSO determinados e reprimidos pelo art. 6º da lei de 18 do Germinal do anno X.

(Nós não temos hoje no Brazil casos de *abuso* do poder ecclesiastico sujeitos a jurisdicção do poder civil, esta ano malia desappareceu com a respectiva separação). Por outro lado, a infracção, da parte do ministro do culto, á esta pro hibição, 6 punida, ora como *delicio* e ora como *crime,* pêlos orls. 19J e 200 do código penal francez. * B

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 3° png. 480, n. 343, pr.

Nessa citação de Garraud salientam-se dous pontos: violar a lei a liberdade de consciência não obstante a posição do Estado *vis-à-vis* da Igreja, diametralmente opposta a que tomamos depois da Republica; e a desnecessidade hoje das disposições ainda vigentes.

£T Sobre o primeiro ponto, o conceito fortifica a opinião que seguimos contraria á existência do art. 284 do código penal.

Quanto ao segundo ponto, a apresentação do projecto provocado por indicação do seu illustre relator o deputado Alfredo Pinto e a discussão na Camará parecem justificar a necessidade de adoptar em lei providencias especiaes.

136. Por motivos geraes e intuitivos, insurgimo-nos com razão contra qualquer penalidade, maxime criminal, cuja applicação attinja os *nubentes* e ainda mais contra o *homem,* somente porque elle pôde ser justamente o nubente arrastado pela nubente a realisar só a ceremonia religiosa.

Nada de pena contra os nubentes *simplesmente* como *taes*.

O projecto, art. 2°, manda applicar ao *nubente* a pena do artigo, para nós de applicação impossível, porque a cerimonia religiosa não é *falso* casamento, não é casamento algum ; aos olhos da lei não tem forma, nem apparencia de casamento, juridicamente não existe absolutamente.

As outras partes do art. 2°, são acceitaveis, mas ellas devem ter um caracter meramente interpretativo, podendo serem reduzidas á emenda do deputado Galdino Loreto, salva a redacção:

« Art. O casamento religioso não isenta de peno os responsáveis por um facto punível.»

A lei não deve chamar *casamento* ao que não é, mas empregar outra locução: por exemplo, *cerimonias religiosas,* como dizem o cod. francez ealeisuissa, ou *bênção nupcial* como está no cod belga.

Dado o caso que reúna os caracteres exigidos pelas disposições respectivas do cod. penal, o *nubente* então, não simplesment *taj.tjicm falis,* ires como um autor de crime contra os bons costumes e a ordem na família, não sendo casado, como não é, poderá incorrer nas penas dos arts. 266, 267 e 268, segundo a hypothese, pois que conforme o art. *i*72, presume-se com violência taes factos praticados contra pessoa menor de 16 annos.

O mais da acção, do processo e das disposições civis não diremos.

Quanto aos ministros dos cultos, só vemos uma providencia para o caso em que fizerem propaganda provada contra a pratica do casamento civil, induzindo os interessados a não realisal-o.

O cod. crim. de 1830, art. 119, continha uma figura de crime especifica, acompanhada doutra genérica, por uma

formula geral, que punia o que por escriptos ou discursos em reuniões politicas provocasse directamente a desobediência ás leis.

E' mister ampliar a formula, sem referil-a a escripto, nem a discurso, porque basta que o facto possa ser provado para ter lugar a punição, e ao mesmo tempo restringil-a ao objecto de que se trata,- isto 6, provocar a desobediência das leis sobre o casamento civil, induzindo os interessados a não realisal-o, contenlando-se com a observância da cerimonia religiosa ou recepção da benção nupcial.

Fora dahi nfio vemos providencia legal adequada que respeite a Constituição Federa}.

No estado actual do nosso direito podemos estabelecer como uma máxima que o chamado casamento religioso nõoexclue absolutamente as sancções do cod. penal sobre o$ factos contrários aos bons costumes.

Mas pensamos e nisto contra o projecto, art. 2° e a emenda substitutiva do deputado Galdino Loreto na parte que um e outro pretendem considerar a cerimonia religiosa uma fraude constituindo elemento do art. 267 do cod. penal — que isto é inadmissível.

Assim pensamos, porque, embora reconheçamos diferença entre a disposição desse artigo e a do art. 331, n, 4º ultima parte, do cod. ital. onde se diz:—ou por effeito de meios *fraudulentos* por elle (o culpado) empregados— todavia ainda a doutrina dos autores italianos deve ser acceita porque se coaduna com as nossas instituições recentes de plena secularisação do estado civil. < E ainda por isso seja-nos licito consignar aqui a opinião de Costanzo Calogero, integralmente, para não alterar o seu pensamento extractando-a e resumindo-a.

Aquelle caso é o único no cod. italiano em que a conjuncção carnal é punida fora do caso de violência real e presumida.

Interpretando a figura do crime é que o insigne autor, depois de demonstrar que ella não pôde abranger a simples promessa de matrimonio, diz :

« Não cremos que o mesmo se possa dizer da simulação de casamento, porque neste caso nós nos achamos de frente á uma verdadeira e própria *fraude* e o consenso surpren-dido a mulher mediante engano não dirime absolutamente a responsabilidade do culpado.

■ «A mulher que na sua honestidade e no sentimento dos seus deveres teria devido achar a força de resistir ás promessas mendazes e ás artes do seductor, acha-se de todo inerme e na impossibilidade de resistir áquelle que se apresenta na falsa qualidade de esposo, forte por seus direitos.

«A insidia usada pelo culpado que tem por effeito reduzir a mulher a uma impossibilidade real e verdadeira de resistir aos appetites delle, da sem duvida alguma a este facto todos os caracteres de delicto. B «A simulação de casamento, portanto, podemos affir-mar que constitue um meio fraudulento nos termos do art. 331, n. 4°.

c< *Bem entendido* porém que tal simulação deve ter todos os requisitos, de modo que o engano da victima seja justificado, e deve referir-se ao *casamento* CIVIL ; porque se tenha sido simulada a *cerimonia* RELIGIOSA, o facto, immoral, tanto quanto se pretenda, sane do domínio do cod. penal.

« O casamento *religioso* ainda que validamente celebrado não produz effeito algum Jurídico e a lei *cioil não* distingue o CONCUBINATO da *condição* daquelles que estão unidos SOMENTE pelo vinculo *religioso.*

« A simulação por isso d'um facto que mesmo reali-sado nada altera nas relações de duas pessoas que se unem casualmente, é claro que não pôde ter effeito algum de frente á lei penal.

«São sem duvida para deplorar os gravíssimos inconvenientes a que tem dado logar o mão costume de celebrar o casamento *religioso antes do cioil,* mão costume graças ao qual tantas infelizes, como ignorantes, se deixando conduzir ao altar, veem-se depois abandonadas como *simples* CONCUBINAS, sem terem modo de fazer valer seus direitos de *mulheres,* pois que taes não são deante do estado civil, mas a taes inconvenientes e ao de milhares de filhos, que não são si não bastardos, porque os seus pais descuidaram-se de collocar-sc na regra com o estado civil, *não* pôde o cod. penal prover.

« O governo, não surdo aos lamentos de tantas victimas da má fé ou ignorância doutros, proverá com lei adequada, e já se falia num projecto apresentado na Camará dos Deputados pelo Ministro da Justiça Bonacci sobre a obrigação de fazer preceder o casamento *cioil* ao religioso.

« Não é aqui o logar de examinar si esta lei, inspirada sem duvida em sentimentos de alta humanidade, *restrinja muito a liberdade* dos cidadãos e *invada* o campo da *actividade individual*, nós cremos porém que o estado não entende impedir, aos cidadãos de considerar como necessária á validade do casamento a funeção religiosa, mas entende somente que o contracto de casamento, que è a base da família e da sociedade, não seja substituído por uma funeção religiosa, civil e legalmente van. Livres os cidadãos de unirem-se religiosamente, o Estado tem o dever de prevenir e até certo ponto de reprimir a falta da união civil que produz gravíssimos inconvenientes de ordem social.

«Esta lei, de natureza especialmente preventiva, uma vez calcada sobre princípios de justiça e de equanimidade é rectamente appliçada protegera justamente contra a má fé a ingenuidade das jovens e, tendendo a regulara condiçflo dos filhos, tutelará uma ordem de interesses de índole geral *.

Sobre estes conceitos geraes temos apenas que rios referir á opinião que já emittimos em relação a reforma que também se projecta entre nós.

Quanto ao móis porém a longa citação convence de que ha uma certa contradicção em só reconhecer o Estado o casamento civil e erigir a cerimonia religiosa em elemento de crime contra o pudor, equiparando a simulação de casamento uma situaçSo onde a lei não vê nada que se possa juridicamente qualificar como casamento; porque a simulação representa ou presuppõe a apparencia, a imitação da formo, da realidade e si estas não existem para a lei, muito menos poderão existir as apparencias, a imitação, a simulação capaz de ser reconhecida pela lei como condição de figura de qualquer crime.

137. Passamos a tratar dos arts. 285 a 288 inclusive, que formam o capitulo III *do parto supposto e outros fingimentos,* do titulo IX do código penal e correspondem ao capitulo VII deste titulo VII deste nosso commentorio.

A fonte próximo do código vigente, embora alterada, foi o nosso código anterior, arts. 25 * e 255.

Mas a redacção foi modelada pelos códigos portuguezes, arts. 3í0e341.

O *parto supposto* que é a espécie do art. 285 figurava na Orden. doLiv. 5°, Tit. 55.

Silva Ferrão censura o código porluguez de 1852 por estabelecer peno mais severo que o suo fonte, o nosso de 183U; e censura ambos também o que se pó:le opplicor oo nosso código vigente, porque incriminam o facto material, sem curarem do fim a que esse facto se dirige, e de quoes serão as suas consequências necessárias, effeclivas ou mesmo possíveis.

Ainda diz elle, que a Orden. e o nosso código anterior tornam essencial para esta incriminação a *simulação* do gravidez. O facto material, sem ser precedido desta *longapremeditação,* não tem importância alguma, porque ninguém acredita. Coe por si mesmo, porque lhe falta a menor sombra de verosimilhança.

Depois de criticar a indis-incção da lei, exemplificando casos ou citando exemplos de factos de parto supposto que

[1] Costanzo Calogevo, *apud* Cogliolo, **Ona. CIT.** vol, 2". **Part.** Iª A, pag. 1042.

não causam damno e nem prejuízo a terceiros, podendo ser quando muito irnmoraes, mas não illicitos, nota o mesmo autor que o notável código da Baviera não contemplou tal figura de crime e a sua origem entre nós foi a Orden. Philippina que teve como fonte o direito romano, nâo aproveitado aliás pelas compilações Manuelina e Affbnsina. I Entre nós Thomaz Alves e Carlos Perdigão, commen-tando o código anterior, manifestam-se, este abertamente contra a disposição parai leia ao art. 285 do texto e uquclle no sentido de restringir a sua applicação, conforme as idéas de Silva Ferroo, pela dificuldade da prova, falta de nitidez nos elementos do crime, ausência de damno real, etc.

Todas estas opiniões convergem para condem na r o nosso código penal.[1]

Pacheco commentando o cod. hespanhol anterior,arls. 392 e393 e vigente, arts. 483 e 484, observa que si se pôde dizer que é dura a lei, de nenhum modo se poderá dizer que seja injusta. A supposição de parto, a substituição dum menino em lugar de outro, não só causam a certos indivíduos um prejuízo incalculável em sua personalidade e interesses como até alarmam e espantam a sociedade inteira. O crime nestes factos que precisamente devem ser de boa fé não pode olhar-se com demasiado horror nem castigar-se com assaz energia.[2] \ . Taes origens explicam a existência da figura nos modernos códigos do Uruguay, art. 312, da Argentina, art. 150, e outros das republicas hespanholas da America.

Rivarola, por isso mesmo insuspeito, censura a casuística (elle não conhece a do nosso) do código argentino, preferindo a dicção do código francez, art. 345, que resume os conceitos das figuras também do nosso Código, arts. 285 a 288, e dá interpretação razoável ás perallelas do mesmo código argentino, que como o do Uruguay e os hespanhóes falia expressamente de médicos e parteiras, no que o seguiu o nosso vigente.

A opinião de Rivarola é do maior valor para a interpretação do art. 285 do texto, tão lacunoso como é, e realmente elle diz que os direitos que se dê ao supposto filho para que proceda a applicação do art. 150, devem ser direitos ínherentes a um *estado civil* que se crêe ou supponha.

Desde que a supposição de gravidez ou de parto não tenha por objecto um interesse daquella natureza, não terá lugar a applicação do artigo.

■ » **Silva Ferrão, OBR. CIT.TOI. 6» pag. 310, art. 310; Thomaz Alves, OBR. riT. vol. 3",** pag. (502. **art.** 254; Carlos Perdigão, **OBB.** <HT. **vol.** 2» **pag. 518, art, 254.**

* **Pacheco, OBR. cir. vol.** 3" **pag. 212,** n. 2. H

Rivarola censura um aresto do Supremo Tribunal hespanhol por applicar o respectivo código até o caso do qual não resultou prejuízo algum, ou á vista da lettra mesmo da disposição que nfio refere o fim ou objectivo do facto, mas está collocada como a do nosso em um titulo bem significativo como o deste — dos crimes contra a segurança do estado civil.

O mesmo autor cita a opinião de Carrara contraria aos códigos, cuja redacção nfio exclue mesmo factos indifferentes. *

No paragrapbo único do art. 285, o nosso Código manda punir com as penas da co-autoria, attenta .a sua technica, salvo si nfio é tal na linguagem, o medico, a. parteira, o marido, ou pessoa que cohabite com a ré, estas duas ultimas si — *simplesmente assentirem.*

Temos no caso até uma criminalidade *post factum* que nem no assassinato pôde ser juridicamente tolerada.

Rivarola nota ainda aqui, nfio sobre o assentimento, absurdo que nfio existe no Código argentino, mas sobre a co-autoria do medico e da parteira, que comquanto pudesse a lei ter deixado avaliar-se a responsabilidade principal ou accessoria dessas pessoas para punil-as correspondentemente, todavia sendo maior a importância do dever violado por taes pessoas, ao mesmo tempo que ellas nfio obram pelos próprios estímulos dos interessados, é explicável a lei.

Qutra questfio, lembrada pelo mesmo autor e que pôde suscitar o art. 150, parallelo do nosso, é a de saber si fallando a lei de direitos que se attribuam a -um *supposto filho,* será Decessario que eflectivamentese apresente uma creatura com tal qualidade, ou se qualificará lambem como crime o lacto, quando em vez. de exhibir-se o filho se produzam falsas provas de que existiu, por exemplo, por falsa inscripçfio de nascimento.

Rivarola adopta a solução negativa.

A doutrina diverge.

Garraud, seguindo Blanche, adopta a soluçõo affirmativà dizendo que o crime de *supposição de filho* pôde resultar igualmente da supposição em uma mulher, mesmo de um filho imaginário. Este facto tem em certos casos consequências muito graves, e servirá de base a actos de usurpação e de espoliação, por exempto, á revogação de uma doação por superveniencia de filho. Sem duvida, quando o filho é imaginário, *não* pôde haver offensa ao estado civil de *ninguém.* Mas, em nossa opinião, a qualificação do art. 345 do Código francez,é independente de qualquer suppressõo de estado. Em vão se dirá ainda, que o crime de supposição de filho implica a

[1] Carrara, PROORAMMA PART. SPBC . vol. 3º, pag. 491, § 1.964.

existência de um filho, porque precisamente o que a lei pune, é a *supposição de Um Jtlho* em uma mulher que Mo tem dado á luz-

Esta opinião de Garraud baseia-se sobre um aresto da Cassação franceza de 7 de abril de 1831, que Chauveau e Hôlie já procuravam justificar antes dos citados autores, reconhecendo que a decisão não tinha sido apoiada em motivo algum.

Nypels combate perfeitamente taes opiniões diante do art. 345, assim como do código belga, art. 363, notando que á Corte revisora de Grenoble nem citara aquelia disposição e mandara processar os indivíduos somente pela falsidade commettida, códigos francez, art. 147 e belga, art. 196.

Nós preferimos a opinião de Nypels, adoptada pelo Dr. Rivarola. *

H A solução no nosso direito não pôde ser outra á vista do art. 285 do texto que não consagra como punível expres samente a espécie, o que seria necessário á vista mesmo do art. Io, 2ª parte que prohibe a interpretação extensiva por analogia ou paridade. d

Nem servirá de argumento a disposição do seguinte art. 286 do texto, porque esta constitue uma outra figura de crime differente da do art. 285.

138. Neste art. 286 ha duas partes : Iª •— « deixar de fazer dentro de um mez, no registro civil a declaração do nascimento de uma criança nascida » ; 2ª — « como fazel-a a respeito de criança que jamais existira, para crear ou extinguir direito em prejuízo de terceiro».

Ha no artigo o absurdo de equiparar o primeiro facto sem gravidade, e commettido por simples omissão, 80 segundo, puuindo-os com a mesma pena, salvo si applicar-se á Iª parle do artigo a condição ultima da 2ª, isto é, para crear ou extinguir direito em prejuízo de terceiro». M A fonte da Iª parte parece ter sido o código francez, art. 346, mas a pena neste é de 6 dias a 6 mezes e multa de 6 a 300 francos e não prisão cellular de 6 mezes a 2 annos ! ■ Acerca da disposição parallela nota Garraud que o facto material do delicto previsto por este texto consiste em uma *omissão* que pôde ser *intencional* ou resultar de uma simples *negligencia.* A lei não fez distincção sob este ponto de vista e ella fulmina aqui a *culpa* do mesmo modo que o *dolo.* Trata-se effectivamente de sanccionar prescripções regulamentares.

[1] Dr. Rivarola, omi. CIT. vol. *2º* cap. XII, pag. 197, Chauveau, Hélie e Villey, ouu. crr. vol. 4" pag. -162, n. 1715; Blanche, onu. CIT. 5" vol. pag. 333, art. 345, n, 257; Garraud, OBR. CIT. vol. 4º pag. 612, n. 576 ; Nypels OBR. CIT. 2º vol., art. 363, pag. 456, n. 17.

Não se traia pois sinflo de determinar: Iº a quem incumbe sob tal sancção penal a obrigação de declarar o nascimento ; 2° onde esta obrigação deve ser cumprida ; 3º em que praso ; 4° o que deve comprehender a declaração; 5° em que casos ella deve ser feita.

Mas para resolver estas diversas questões, importa notar que o art. 286, Iª parte, do texto constituo a sancçfio mesma, das nossas leis e regulamentos sobre o assumpto, compilados recentemente por um dos nossos raros jurisconsultos, conselheiro Dr. Carlos Augusto de Carvalho, dos artigos de cuja *Consolidação* nos vamos servir como do direito constituído vigente.

1.° — o O nascimento será communiçado pelo pai; em sua falta ou impedimento, pela mãe ; no impedimento de ambos, pelo parente mais próximo, sendo maior e achan-do-se presente ; na sua falta e impedimento, pelo facultativo ou parteira que lenha assistido o parto, e por pessoa idónea da casa em que occorrer, si sobrevier «fora da residência da mãe» (art. 29).

A lettra do art. 286» Iª parte do texto não se referindo a pessoas não suscita as questões que levanta em França a necessidade de harmonisar o código civil com o código penal.

Nenhuma das pessoas não designadas nas nossas leis civis pôde ser passível de pena no caso da disposição do texto.

2o e 3º « Art. 29. A obrigação deve ser cumprida, nos lugares e prazos indicados pelas seguintes disposições :

Art. 25. Todo o nascimento que occorrer na Republica, a bordo dos navios de guerra ou mercantes em viagem, ou nos acampamentos do exercito em campanha, deverá ser dado a registro dentro de três dias.

« O registro far-se-ha dos que nascerem:

I. Na Capital Federal, pelo serventuário a que se refere o art. 2, na circumscripção em que tiver lugar o parto ;

II. Nas colónias federaes, pelo empregado, para isso designado ;

III. A bordo dos navios de guerra e mercantes em viagem na forma do art. 31 ;

IV. Nos acampamentos do exercito de accordo como disposto no art. 32 ;

V. Nos Estados, pelo offlcial e no lugar que a respectiva legislação determinar.

Art. 26. O prazo de que trata o artigo antecedente ampliar-se-ha :

a 8 dias, para os que residem de 8 a 43 kilometros de distancia da sede do registro ;

a 20, para os que residirem de 48 a 120 kilometros. a 60, para os que residirem a maior distancia.

Paragrapho único. Si, porém, a menor distancia das mencionadas neste artigo houver autoridade policial, a declaração dever-Ihe-ha ser previamente feita nos termos do art. 31, o que certificará, e em vista da certidão far-se-ha o registro.

|-_. Art. 28. No caso de ter a criança nascido morta, e no de ter morrido na occasifio do parto ou dentro dos 30 dias, bastará fazer uma declaração assignada pelo pae ou mãe da criança fallecida, ou por quem suas vezes fizer e por duas testemunhas presenciaes.

B Art. *5).* Esgotados os prazos dentro dos quaes deverá ser feito algum registro, nenhuma declaração para realiza l-o será attendida sem ordem do juiz competente, que imporá a multa respectiva. »

Principalmente para conciliar este ultimo artigo da *Consolidação* com o art. 286, compilado no art. 56 da mesma, deve-se entender que no caso do art. 50 ha somente multa e só se realiza a infracção do art. 286, quando além dos prazos designados nos artigos citados acima, decorre mais um mez.

Esta solução é contraria ao direito francez, fonte do nosso, mas em França, como na Bélgica, art. 361, os respectivos códigos se referem à lei civil. ■ Entre nós, é impossível harmonisar doutro modo diverso ao que adoptamos, prazos de 60 dias da lei civil com o mez do código penal, assim como a multa com as penas elevadas do art. 286, quando as do código belga são de oito dias a três mezes de prisão e multa de 26 a 200 francos.

4º e 5.° —Os arts. 30, 31 e 32 da Consolidação contém tudo quanto deve comprehender a declaração e os casos em que deve ser feita. *

L Estas ultimas disposições são muito extensas e minu ciosas para que possamos transcrevel-as aqui e por isso ficam apontadas no texto e na nota com as outras mais necessárias. *

kv O seu conhecimento é indispensável, porque á infracção delias é que corresponde a sancção do art. 286.

A 2ª parle do art. 286 teve a sua fonte na 2» parte do art. 341 dos códigos portuguezes. Silva Ferrão que censura c >m razão as disposições relativas ao assumpto, sobre esta parte do artigo diz : quanto á segunda parte, restricta, á falsa declaração de *nascimento e morte* de um infante que nunca tinha existido, o caracter especial e principal do crime é também o da *falsidade* em *prejuízo de terceiro;*

' Carlos de Carvalho, NOVA CONSOLIDAÇÃO CIT. ***Partt** Complementar,* TH. I, **arts.** 25 a *32* e a legislação alii **cilada,**

W **«8**

neste artigo a incriminação é sempre subordinada ao prejuízo de terceiro *real* ou *ideial.*

U Nole-se afinal, que o Godigo no art. 38í> repete quasi a espécie do art. *V6,* primeira parte do texto, sem marcar prazo, como aqui, mas referi ndo-se nos doe regulamentos. Sendo inconciliáveis as disposições, era vez da pena do *delicio,* deverá ser applicada a do *contravenção,* que éj muito menor.

Ha desharmonia, tanto nos elementos dos figuras, e em relação aos prazos garantidos pelas saneções respectivas, como quanto As pena*. A nossa solução evita a iniquidade da applicaçfio de dous mezes a dous o imos dei prisão oeiiular por uma- infracção" *contravencional,* coramelt1dn multa vez por *omissão.*

i:«>. O art. 287 contempla a hypothese de « fazer recolher a qualquer asylo de beneficência, ou estabelecimento o mgencre, iilho legitimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes do seu estado civil ».

A disposição figura no código hespanhol, arts. 392 e 483, uruguayano, art. 313, o argentino, art. 151.

Sobre o primeiro lembra Vasquez Acevedo as observações de Pacheco que elle appllca ao segundo e conforme as quaes nfto se pune a occultaçôo ou *exposição* de um filho simplesmente como toes; sim o roubo (que isto é a occul-| tação) ou a exposição, para fazer-lhe perder o seu estado civil. Do que aqui se trata ô da usurpação commettlda nessa tenra pessoa dos direitos que lhe da o seu nascimento, da suecessão que podia ter dos seus pães, dos benefícios que esperava doutros parentes, do seu nome, da sua condição, da sua existência verdadeira. Quando a oceultação ou a exposição tem tido outras causas; quando si o tem depositado, por exemplo, na *Casa dos Expostos (Inclusa),* por não ter com que alimental-o, o caso 6 muito outro e este artigo não tem applicação alguma. O roubo, a defraudação do estado civil, dessa parte de nossa existência, ô numa palavra, o que com grande justiça quer aqui impedir a lei —— Pacheco, sobre o art. 392 do código hespanhol de 1850.

Também Rivarola observa sobre a disposição parallela á do nosso código:

Constituo a segunda forma do delicio deste titulo a <?a> *posicão* ou oceultação ou supposição de filiação para fazel-o perder o estado de família, ou os direitos que por esse estado lhe correspondem, e a substituição de filiação quer dizer a troca da verdadeira por falsa com o mesmo objecto.

< Silva tVrrfio. Onk. dT..vol. ó\ **pags. 31),** art. **341;** vid. **ô&r*** ratt 1, OHR. CIT., vol. 4º, **pag. 623 ns.** 589 e seguintes.

A enunciação do *fim* a que devem tender aquelles meios para julgal-os como o delicto a que se refere esta disposição, é útil para evitar que os tribunaes cheguem a soluções como a que mencionei, da jurisprudência hespanhola, sobre *parto supposto* (n. 137).

O mesmo art. 483, do cod. hesp. ao referir-se em sua 2* parte, á occultação ou exposição de filho legitimo, tem cuidado de accrescentar: *com animo de faser-lhe perder seu estado civil.*

Incorreria manifestamente neste delicto o pai legitimo que levasse seu filho á *casa dos expostos* [1].

Conforme a doutrina do cod. francez, art. 348, belga art. 366, aquelle hão comprehende em suas previsões, nem o pai, nem a mãe, porque qualquer destes, levando o filho ao asylo não depõem uma criança que lhe tenha sido confiada e o abuso de tal confiança é elementar do crime.

Por outras palavras, os citados códigos incriminam uma espécie parecida com a do nosso art. 287, mas quanto ao facto em si, sem que o autor vise o fim de prejudicar direitos concernentes ao estado civil nesta espécie, noutros termos, devia estar talvez comprehendida nos citados códigos nas disposições relativas á suppressâo do infante. *

Assim Nypels, referindo-se ao respectivo art. 363 do cod. belga, diz:

Nos casos de *exposição,* abandono, tirada ou occultação d'um menino (cod. belga, arts. 354 e segs. 364 e 365) estes factos constituem uma infracção contra a pessoa do menino; elles podem ser processados e punidos, qualquer que seja o estado do menino e quaesquer que sejam os parentes aos quaes elle pertença.

Elles podem, é verdade, constituir também o delicto de *suppressâo de estado,* mas o estado do menino não será prejulgado em nada pela condemnação dos autores da *exposição,* da tirada, etc... De resto, um menimo pode ser tirado à sua família, pode ser occultado depois que todas as condições para constatar sua filiação tem sido cumpridas, e sem que os autores da tirada tenham tido a intenção de supprimir seu estado.

Quanto á França as modificações feitas pela lei de 13 de maio de 1863 no art. 345 do cod. pen., parecem ter determinado uma evolução na jurisprudência, de modo que hoje, na opinião de Garraud, a questão de saber si é mister considerar como um dos elementos essenciaes e constitutivos do crime de *suppressâo* d'um infante, a circumstancia que o culpado,

[1] Vasquez Acevedo, CÓDIGO PENAL CIT. art. 313, Rivarola, OBR. CIT., vol. 2º, pag 505, n. 653.
[1] Vide Blanche, OBR. CIT. vol. 5º, pag. 365, n. 277.

fazendo-o desapparecep, tem tido a intenção de prival-o do seu estado civil, tornon-se uma das questões mais controvertidas do cod. pen. francez; não havendo menos de três opiniões sustentadas sobre ella. *

Esta questão não nos preoccupa, porque conforme o texto do art. 287 do nosso cod. é condição elementar do crime o prejuízo de direitos resultantes do estado civil do filho legitimo ou reconhecido.

O nosso artigo lambem differe do cod. belga, art. 363, como acabamos de ver.

140. Passemos ao art. 288 do texto, ultimo deste capitulo VII do commentario.

As fontes da disposição foram o cod. anterior, art. 255, e os cods. hespanhoes, anterior e vigente, arts. 394 e 485, reproduzidos no cod. do Uruguay, art. 315; da Argentina, art. 153; Chileno, art. 354 e do Peru, art. 291.

Todas essas disposições são mais simples do que a do nosso cod. sempre com o máo veso de ser casuístico, sendo de notar que o cod. uruguayano pune o facto com 18 mezes de prisão no máximo e o nosso com quatro annos de prisão cellular.

Carlos Perdigão, commentando o art. 255, fonte em parte do art. 287 do texto, censura com razão em termos enérgicos e com certo desenvolvimento aquella disposição.

E como em parte as suas observações judiciosas se podem applicar ao cod. vigente que recahiu aqui no mesmo erro, ou ratice, seja-nos licito reproduzir alguns trechos:

«O art. 255levanta três hypotheses *sui generis:*

1.ª Fingir-se o *homem* marido de uma mulher *contra a vontade desta,* para usurpar direitos maritaes ;
I 2.» Fingir-se a mulher casada com um homem para o mesmo fim;

3.ª Si este fingimento fôr combinado entre ambos em prejuízo de terceiro *aggrava-se* o crime.

E' realmente singular este crime escogitado aqui e que *não* conhecemos, nos termos em que esto, em cod. penal algum !

O que pretendeu o legislador prevenir aqui ? A posse do estado pelo casamento *fingido,* ou, como diz elle, *para usurpar direitos maritaes?*

Si assim é, como por outro modo não pôde ser interpretado, então o legislador criminal creou espécie que o Direito Civil, único regulador no caso, não pôde conceber!

[1] Nypels, Oim. crr. 2° vol., **art.** 363, pag. 449, n. 7; Garraud, **Obr. vol.** 4º, pag. 606, n. 572.

Ora, é sabido que, quaesquer que sejam os ramos do direito, ha princípios reguladores e communs, que não podem ser postos em desharmonia.

O estado civil do casamento nfio se prova só *pela sua posse*, ê isso rudimentar, e nem pôde ser invocada para supprir o *auto* ou o *assento de sua celebração,* qualquer que seja o rito pelo qual fosse realizado.

A lei admitte a posse de estado como prova da filiação dos filhos legítimos. Porque a repelle quando se trata de provar o casamento?

Em Locré (t. II, pag. 355, n. 20), encontra -se a explicação que no Conselho de Estado, em França, deu Tronchei, e que a temos por muito boa, principalmente pelos simples termos em que ô dada: « nas grandes cidades, diz elle não é raro ver indivíduos que, sem ser casados, constituem, era relação ao casamento, certa espécie de *posse de estado ;* algumas vezes até a confirmam por contracto de casamento e pela qualidade que tomam nos instrumentos ».

Admitir, como faz o art. 255, *o,fingimento* de casamento *contra a contado da mulher,* para usurpar direitos maritaes, é animar e facilitar de algum modo o concubinato, ou acreditar que este pôde, pela fraude, supprir a prova indispensável do casamento; ô em duas palavras ignorar as disposições do direito a respeito. *

O cod. pen. vigente teve esse artigo, assim como as disposições apontadas dos artigos dos códigos estrangeiros, como fontes do art. 288, mas o conteúdo differe dos últimos que são mais genéricos, porque o nosso cod. seguiu antes o anterior de 1830.

Commentando o respectivo cod., diz Pacheco, que usurpar o estado civil duma pessoa 6 fingir-se ella mesma, para usar de seus direitos; é usurpar sua filiação, sua paternidade, seus direitos conjugaes ; è a falsidade applicada á pessoa ecom o animo de substituir-se por outra real e existente.

I Nenhuma duvida pôde haver em que isto 6 um grande crime e digno da severidade com que a lei o trata.

Será usurpação do estado civil tomar o nome de outro para tirar um passaporte paraeximir-sede alguma vexação, para facilitar alguma cousa queofferece difflcuIdade? *Não o* cremos. Estas são culpas ligeiras que de *modo algum* podia ter presente a lei quando impòz (como fez o art. 288) um castigo tão grave quanto duro. Poderão talvez ser *contravenções (naaso* cod. pen. arte. 379e381); mas de modo algum constituir o delicto de que falíamos. A usurpação do simples nome, quando nfio se trata de privar ao que vertia-

[1] **Carlos** Perdigão, OBK. **orr. vol.** í° art. 255, pag. 525.

deiramente o traz ou usa de algum direito que lhe corresponda, não pôde constituir a usurpação do estado civil a que se refere a lei neste artigo. Isto nos parece *evidente,* por roais que algum *juis* tenho decidido o *contrario**

Subscrevemos *in totum* esta sabia Interpretação; notando que o falso nome para fins de obter dinheiro ou utilidade, é a espécie do nosso cod. pen. art. 380.

E'nra crime mais comprehensivo e *per se* subsistente, conhecido no direito inglez pelo simples nome de *personation.* semelhante ao estellionato e consistindo em obter mercadorias, dinheiro ou outro vantagem mediante falsa declaração de pessoa. Conforme o direito commum *(common lato),* este crime é punível como um *enqano (cheat);* mas certos caso« especiaes são previstos pelo Estatuto. Elle è estrictaroente connexo com a falsidade; e muitos Estatutos provendo contra a falsidade provêem ao mesmo tempo também contra a falsa declaração de pessoa, *false personation.* [3]

Censurando a disposição parallela ao art. 288 do nosso código, diz sobre o argentino Rivarola que no art. 153 pnnindo-se a usurpação do estado civil de outro nos casos *não* enunciados nos artigos anteriores, com a mesma pena de 1 a 3 annosde prisão, se tem levado em confa a importância da defraudação, como devera ter-se levado em conta nos casos anteriores.

A forma em que a lei o tem feito, accrescent8 elle, sem embargo, é censurável. Pelo artigo se impõe a pena de 1 a 3 annos pelo delicto de *usurpação de estado cicil* doutro, sem *prejuízo da pena* que corresponder quando se defraude seus bens ou direitos. Poderia entender-se que si tem havido usurpação de estado *como delicto* MEIO DE EXECUÇÃO, e defraudação *como delicto* FIM, deveria impôr-se as duos penas, com violação dos princípios admittidos sobre connexi-dade de delitos. Não é isto, talvez, o que se tem querido dizer, e sim que *em vez* da pena de usurpação de estado se imporá a de defraudação. Houvera sido mais acertado limi-tar-se a lei a fixar uma pena no máximo, como fez o art. 485 do código h espanhol. [3]

Esto censura refere-se á disposição que corresponde á espécie restricta da ultima parte do art. 288.

No caso deste nosso artigo, ellf será applicado, ou na forma do art. 66 §3°, no máximo da pena mais grave do crime em que houver o réo incorrido, que será a do mesmo artigo, ou de outro que o acompanhar na hypothese.

' Pachaco, PB*. CIT. TOI. 3°, art. 394, pag. 214. * Seymours H&rris, OBR. CIT. pag. 174 not. o. » Rivarola, OBR. CIT, 2º vol., pag. 207, n. 656.

Sobre o *falso casamento*, que ê elemento constitutivo de uma das espécies do art. 288, isto ê, o meio na hypothese figurada de usurpar o estado civil de outrem, fingindo parentesco ou direitos conjugaes—ê o casamento *civil* e não o *religioso,* que o nosso direito vigente não vê como tal a benção nupcial ou a cerimonia religiosa.

Já expuzemos neste mesmo capitulo VII os princípios correntes da matéria neste ponto (n. 136).

Os projectos de revisão melhoraram muito o código penal nesta parte, simplificando as disposições relativas ao assumpto, ao mesmo tempo que tomaram como objectivo principalmente a tutella do estado civil nas formas — da *suppressâo, troca* e *supposição de estado*—conforme declaramos na *exposição de motivos* do projecto primitivo que citamos no principio deste capitulo (n. 128). I Abaixo transcrevemos as disposições do ultimo projecto*

[1] *Projecto de 1899 :*

« Art. 290. Supprimir o i trocar o estalo civil de infante, occttltando-o ou substituindo-o; ou fazer figurar nos registros respectivos infante que não exista:

Pena — prisão com trabalho por dous a seis annos.

Ari. 291. Collocar infante legitimo, ou natural reconhecido, em um instituto de beneficência, occultando o estado civil delle :

Pena — prisão com trabalho por seis a dezoito mezes.

Si o culpado fôr ascendente do offendido:

Pena — prisão com trabalho por um a três annos.

Art, 292. Commetter qualquer dos crimes previstos nos artigos antecedentes para salvar a própria honra ou da mulher, mãi, descendente, filha adoptiva ou irmã, ou para evitar sevícias imminentes:

Pena — prisão com trabalho por dous a seis mezes.»

ÍNDICE O

	PAQS.
O código actual e o futuro código	II
Introducção	I
Parte Especial	V
Dos crimes, contravenções e penas em particular	
Livro I	
Dos crimes e sua punição	
Titulo I	
Dos crimes políticos	
Capitulo I	
Dos crimes contra a segurança da Republica	
Secção I	
Dos crimes contra a independência, integridade e dignidade da pátria	1 — 41
Secção II	
Dos crimes contra a constituição da Republica, forma de seu governo e os poderes da União e dos Estados	41 — 41
Seeção III	
Dos crimeg contra os Estados estrangeiros e seus rrpre-sentantes	48 — 51
Secção IV	
Disposições communs ás secções antecedentes.	51 — 59
Capitulo II	
Dos crimes contra o livre exercício dos direitos políticos	59— 67
Titulo II	
Dos crimes contra a ordem publica	
Capitulo I	
Ajuntamento iIlícito e sedicção	67 — 72
Capitulo II	
Resistência	72 — 78
Capitulo III	
Evasão e não cumprimento de pena	78 — 84
Capitulo IV	
Desacato e desobediência	84 — 89

(•) No tomo 8° ha um índice analytico para facilitar a consulta do texto d o código[1] e do respectivo commentario.

Capitulo V .....
Da associação para delinquir .....
Titulo III .... ,·[1]VV. .' . .
Dos crimes contra o livre gozo ou exercício doa direitos individuaes .....•■**.•*• * -* .....
Capitulo I.....
Dos crimes contra a liberdade pessoal ..... .
Capitulo II .....
Dos crimes contra o livre exercioio dos cultos .....
Capitulo III .....
Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos .....
Capitu'o IV .....
Dos crimes contra a inviolabilidade do domicilio .....
Capitulo V .....
Dos crimes contra a liberdade de trabalho .....
Titulo IV .....
Dos crimes contra a administração publica.....
Capitulo I.....
Peculato ..... '.....
Capitulo II.....
Concussão .....•.....
Capitulo III.....
Peita ou suborno.....■.....
Capitulo IV.....
Abuso de autoridade e violação dos deveres inherontes ás funcções publicas .....
Capitulo V..... .....
Da usurpação de funcções publicas e de títulos ou honras .
Capitulo VI . ... .v» . . . | ::-::
Prevaricação. ..." .....
Titulo V..... . .
Dos crimes contra a incoluraidade publica.....
Capitulo I.....
Do fogo posto, inundação e outros .....
Capitulo II.....J©. . ', „ .....
Dos crimes contra os meios de. transporte e communicação .
Capitulo III . . •'*&***&!£.• ••• ■ ...'t^v;'^
Dos crimes contra a saúde publica.....
Titulo Avulso.....
Crimes contra a Fazenda Publica .....
Capitulo Único.....
Do contrabando.....\, ...^^
Titulo VI. . . ..
Dos crimes contra a *té* publica

•Capitulo I.....
Moeda falsa .....
Capitulo II .....
Falsidade em sellos, estampilhas e outras . .....
Capitulo III ....
Falsidade em papeis .....■
Capitulo IV.....
Falsidades em attestados, passaportes e outras.....J
Capitulo V .....«... *ri*.....
Da caluniniii, falso testemunho e perjúrio.....• • •
Titulo VII.....
Dos crimes contra os bous costumes e a ordem na família.
Capitulo I.....
Violência carnal e oifensas ao pudor.....
Capitulo II.....
Do rapto.....
Capitulo III ..... .
Disposições co mm uns aos capítulos antecedentes.....
Capitulo IV i
Do lenocínio .....
Capitulo V .....
Do adultério ou infidelidade conjugal .....
Capitulo VI.....
Do ultrage publico ao pulor .....
Capitulo VII.....
Da bigamia, parto supposto e outros fingimentos.....l