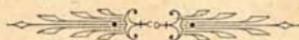


# ACÇÃO

## Publica e Privada



Estudo sobre os arts. 407 e 408 do Código Penal, em  
confronto com os arts. 412 e 428 do  
projecto em discussão no Congresso Nacional, accom-  
panhado de Decisões do Supremo Tribunal  
Federal e de diversos Tribunaes dos Estados

PELO ADVOGADO

**Joaquim Guimarães**



PAPELARIA E TYP. DE A. MOREIRA DANTAS  
24—Rua Primeiro de Março—24

1898

✓ 341.4323  
de 963  
1898

BIBLIOTECA NACIONAL FEDERAL

Este volume foi registrado

sob número

2.590

do ano de

1946

# RASÃO DE ORDEM

---

Não tive a velleidade de escrever uma obra sobre os importantissimos assumptos que envolvem os penultimos artigos doCodigo Penal da Republica.

Reconheço terem se debatido, em tão elevada esphera, propectos juriconsultos, que a cada passo divergem e firmam, lá mesmô nos tribunaes, doutrinas inteiramente oppostas; e não poderia pretender elucidar questões para cuja analyse, em grande parte, concorreram as opiniões e trabalhos desses luminares da difficilima sciencia do Direito.

Penso, entretanto, não ser inutil este desprencioso trabalho. Si me dominasse o orgalho ou a vaidade de renome não o publicaria.

Como trabalho scientifico, nenhum merito pode ter; mas acho-me convencido de que tem o merito da concatenação de muitas opiniões dispersas de provadas competencias e de muitos tribunaes, relativamente ao assumpto, facilitando assim o esforço e o estudo dos que, como eu, desejam acertar.

Victoria, Março de 1898.

*Joaquim Guimarães.*



## SERVINDO DE INTRODUÇÃO

---

O espirito investigador do eminente Ortolan já havia assegurado que a historia da Humanidade obedece, em seu desenvolvimento, á força de certas necessidades geraes, resultantes da propria constituição do homem, e formulou, como reguladoras de taes necessidades ou do proprio desenvolvimento humano, as leis da — GENERALISAÇÃO — lei universal, que preside á successão dos acontecimentos como á das cousas; a lei da — PROPAGAÇÃO HUMANA, — que se manifesta por uma communicação incessante das ideias, das paixões, dos costumes bons ou máos de homem a homem, de cidade a cidade, de povo a povo; a lei da — SIMILITUDE — consequencia da lei precedente, pois que a propagação traz a semelhança, e a lei do PROGRESSO, lei final, que assenta no caracter essencialmente perfectivel do homem e que pelo trabalho continuo dessa perfectibilidade nos faz chegar do mal ao bom, do bom ao melhor, da fraqueza á força, da treva á luz, do erro á verdade (1).

Concatenação perfeita da vida social da Humanidade, essas leis bem podem se resumir em uma unica, que é a lei do progresso, já definida e explica-

---

(1) *Elements de Droit Penal*, pag. 18.

da pelo profundo Spencer, como consistente exclusivamente na transformação do homogêneo para o heterogêneo, nesses termos formulada: — « Toda a força activa produz mais de uma mudança, toda a causa produz mais de um effeito. » (2).

Mas, vivendo os povos em sociedade, a missão de realisar o progresso commum torna-se incompativel com as forças unicas do homem individualmente; portanto, a alguém deve competir essa incumbencia.

« O bem da nação, diz Bluntschili (3) é o primeiro fim do homem de Estado; o coração de patriota se inflamma pela salvação da patria. Assim entendido, continúa elle, a missão do Estado comprehende o progresso e o aperfeiçoamento do direito, assim como sua pacifica applicação, — o aperfeiçoamento de todas as relações communs da vida, assim como a conservação da sociedade pela reparação e punição das injustiças prejudiciaes a todos. »

Missão elevadissima a desempenhar, o Estado precisava naturalmente de um meio para nesse sentido attingir ao que Platão chamava — « MORALIDADE » ou ao que em Roma significava: « SALUS POPULI SUPREMA LEX EST », isto é, para attingir ao progresso social, e nenhum poderia corresponder tão bem a esta necessidade como a lei.

Toda a sociedade organisada deve encontrar o seu sustentaculo na sabia instituição das leis que regulam equitativamente as multiplas relações individuaes, destacando-se, d'entre ellas, uma, considerada commummente, de maior importancia, já pelos fins especiaes a que se destina, já porque nella se baseiam todas as outras que igualmente tendem ao perfeito equilibrio e conservação da propria sociedade.

---

(2) *Lei e causa do progresso.*

(3) *Theorie de l'Etat, pag. 287.*

Como lei chamada fundamental de um povo, aquella que preceitua sobre a organização propriamente dita do edificio social, creando e definindo os direitos primordiales do homem, estabelecendo sob uma fórma politica a força realisadora do bem social commum, encarnada na bella discriminação dos poderes publicos ou politicos, a par da fixação de competencias originarias, a Constituição, emfim, sentir-se-ia mal e todo o mechanismo da sua organização esphacelar-se-ia, irremediavelmente, si não fosse o individuo obrigado a respeitá-la, mantendo-se nos limites da sua orbita de acção pelo receio que infunde a lei criminal na violação das normas sociaes, na violação dos direitos alheios.

Que significação teriam os direitos de propriedade, de liberdade, de associação, de reunião e tantos outros que se concretisam na personalidade humana, si o proprio homem, deixando-se levar pelo instincto predominante do egoismo, não fosse, em bem da communhão social, coagido a respeitar os direitos de outrem, pelos beneficos effeitos da lei criminal ?

A fórma reguladora de toda a actividade humana consiste hoje no principio fundamental seguinte sobre que repousa todo o equilibrio das relações sociaes : — *Põe em acção as tuas energias até onde não entrem em conflicto com as energias alheias* — ( 4 ).

Este principio é característico de toda a liberdade humana, abrange o circulo e traça os limites de todos os direitos possiveis pela necessidade que impõe de respeitarem-se reciprocamente as energias dos outros homens no meio social; mas, permaneceria a quem do seu elevado fim si esse dever do respeito mutuo não se tornasse positivamente verdadeiro

---

(4) Vide S. Romery: *Philosophia do Direito*.

## VIII

para os que soffrem ou receiam uma invasão dos seus direitos.

D'ahi, o dizer-se, com todo o fundamento, que os direitos não valeriam sem a força coercitiva social, por onde, exclusivamente, a sociedade poderá garantir a sua existencia e attingir aos seus fins.

Indubitavelmente, podemos asseverar que essa força coercitiva caracteriza-se principalmente pela sanção penal para a transgressão dos direitos: e, si os factos positivamente demonstram que sem repressão não ha direitos possiveis, ou não poderão existir sem o meio coercitivo equivalente, é porque esse meio, que faz do direito uma realidade, pode ser equiparado ao mesmo direito na sociedade actual.

Si o direito tem a sua base na sociedade que assenta no direito pela sabia instituição das leis, já podemos comprehender a subida importancia das leis sociaes, para que os legisladores, no desempenho da mais alta manifestação da soberania nacional, não cheguem a descurar-se das mais vivas necessidades do povo que representam.

Pois que, não podemos considerar como mais importante do que a lei básica de um povo—a sua lei eriminal, não poderemos, todavia, consideral-a muito a quem: e, sob o ponto de vista da efficacia das leis, ella será collocada ao lado da lei fundamental, como o sustentaculo de todas as leis, de todos os direitos, pelo conjuncto de suas disposições repressivas contra os attentados á ordem e as usurpações das energias alheias.

Em uma sociedade, porém, visando as leis um fim immediato, conforme a necessidade para que foram creadas e um fim mediato, que trazem todas as leis, consistentes no bem commum; no meio da diversidade de leis de toda a especie, deve sempre presidir a harmonia entre si, de modo que, umas não vão fe-

rir ou collocar em conflicto disposições de outras, pois, muito embora as regras da hermeneutica, a interpretação das leis é sempre perigosa, maximé em uma sociedade como a nossa recentemente organizada sob um regimen ainda desconhecido, e onde a applicação dellas deve ser feita por numerosos tribunaes, que podem firmar intelligencias diversas sobre o mesmo ponto de direito, e é certo que para isto já concorre grandemente o caracter dos tribunaes.

E, si não podemos évitár que um mesmo corpo collectivo dessa ordem, em curto espaço de tempo, firme doutrinas oppostas sobre uma disposição de lei: ao menos, é preciso que o legislador procure, quanto em si couber, cohibir que cada tribunal encontre fundamento para firmar uma doutrina á parte, com prejuizo exclusivo do direito, da lei, a que só poderia ter presidido o intuito da unidade de vistas, no momento da sua formação.

Como todas as leis, e mais ainda do que todas, as leis criminaes devem escapar a essa dubiedade de expressões, a essa maleabilidade de estructura, por isso que são leis que dizem respeito á liberdade individual e muitissimo interessam á ordem social.

Não aconteceu assim, porém, com o nosso Código Penal, onde o legislador, definindo o crime e determinando as acções, parece não ter obedecido á clareza e á perfeição que devia imprimir a sua definição, nem tão pouco modelou-se pelo regimen federativo, muito a attender-se entre nós quando se legisla.

Quanto á definição que deu do crime, entendemos não ser ella satisfatoria, precisando de reforma.

Dois são os aspectos, segundo os quaes, tem se definido a entidade perturbadora da ordem social: — o philosophico e o legal.

Tomando uns o lado pratico, formal ou legal,

outros o lado theorico, methaphisico ou philosophico, cada qual tem se esforçado por fazer comprehender, no circulo que traça, todas as manifestações ou modos de existencia do crime, merecendo reciprocamente a critica da imperfeição e da deficiencia.

D'entre os conceitos philosophicos, parece-nos sobresair o que nos deu *Berinini*, citado pelo dr. João Vieira, em resumo das doutrinas modernas de que Garofalo tornou-se um arduo defensor :

« O facto do homem violento ou fraudulento que infringe as relações fundamentaes da sociabilidade, prohibido por lei e determinado por motivos ante-juridicos e ante-sociaes, que revelam no agente a falta absoluta ou relativa de sentimentos altruistas fundamentaes; necessarios á adaptação do individuo á sociedade. ( 5 )

Ponhamos, porem, á parte, o conceito philosophico do crime para o encararmos no ponto de vista legal, debaixo do qual o nosso Codigo definiu-o: *a violação imputavel e culposa da lei pena!*

Por muito tempo criticou-se a definição do art. 2º. do Codigo de 1830 ; e, dando preferencia á definição do Codigo da Italia de 1808, o dr. João Vieira assim se expressava em 1889 :

« Em um Codigo, que é uma lei positiva, uma definição que pode originar duvida sobre qualidades da acção e condições e estado do delinquente é de todo o ponto inconveniente, sendo preferivel, a definir o crime, dar d'elle um conceito preciso e conciso, que não constitua a synthese de uma opinião ou theoria dominante e não impeça mais adeante harmonisal-a com a theoria ou opinião que substituir a antecedente. A lei deve facilitar sempre e nunca embaraçar o progresso continuo da sciencia, que infeliz-

mente fôrma, quasi sempre, um contraste com as normas legislativas cuja fixidez não se deve exaggerar. Assim, dizendo-se que crime é todo o acto contrario á lei penal, tem se dito tudo. »

Tal era a opinião do distincto lente da Faculdade de Direito do Recife, sem embargo da divergencia de fundamentos da responsabilidade criminal, a que mesmo alludiu em seu commentario philosophico e scientifico.

Uma outra razão de preferir o dr. João Vieira a definição do Codigo de Italia, consistia em que, a tomar-se como exacta a definição do Codigo Brasileiro, dar-se-ia corpo ao falso conceito da existencia dos crimes culposos, e por tal fôrma condemnava a definição que fazia do crime: — a acção ou omissão voluntaria contraria á lei penal.

Na verdade, a definição do Codigo de 1830 dava logar a duvidas que se originavam do emprego da palavra *voluntaria*, alem de não ser comprehensiva dos crimes culposos definidos pelo mesmo Codigo; mas, si bem ponderarmos, não sanava todas as questões a definição do Codigo Italiano para merecer a preferencia do dr. João Vieira.

Effectivamente, quem define o crime—todo o acto contrario á lei penal, irremediavelmente acha-se de pleno accordo com a escola positiva que assenta a base da responsabilidade penal exclusivamente na defesa social, pouco se importando que o delinquente seja um louco, um desequilibrado, um suggestionado ou um individuo que agiu sciente, consciente e voluntariamente.

« *Tout être vivant lutte pour son existence: et par suite tout action qui en menace ou trouble les conditions naturelles d'existence individuelle ou sociale, détermine de sa part une réaction directement ou indirectement défensive, qui sera directe ou indirecte* ( sui-

vant le degré de développement psychique de l'animal, et on sait que les phénomènes psychiques ont une origine et un caractère protectifs) selon que cette réaction peut dès—à—présent éviter les conséquences de l'attaque, ou bien, par la répression de l'auteur, en prévenir le renouvellement. (6).

Repousa ahi o fundamento da nova escola positiva que, refutando o fundamento da escola antiga, acerca da responsabilidade penal, ainda se expressa pela bocca do mesmo Ferri :

*L'école classique a toujours dit que pour réunir la responsabilité pénale à la responsabilité physique il est nécessaire, comme « conditio sine qua non » que le lien de la responsabilité morale ou (culpabilité) existe chez l'auteur du crime. Et cette responsabilité morale est fondée par l'école classique sur deux conditions : volonté libre et intelligence (ou conscience) normale chez l'auteur du crime.*

*L'école positiviste dit, au contraire, que puisque il n'y a pas de libre arbitre ou volonté libre, il n'y a non plus de responsabilité morale ; mais cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas non plus la responsabilité pénale ou légale. Sa théorie radicale est donc celle-ci : que pour avoir la responsabilité pénale, la responsabilité physique suffit, etc. (7)*

Não ha negar, portanto, o reconhecimento da incoherencia em que cahiu o illustrado mestre ado-

(6) H. Ferri *La sociologie criminelle* pag. 293.

(7) *Obra cit* pag. 324. Ferri previne a hypothese de conceber-se que do fundamento da responsabilidade, assim formulado pela escola positiva, venham a suppor que a sociedade, reagindo contra todo o acto ante-social, não tivesse em consideração as condições psicologicas do agente para adaptar á offensa e ao offensor os meios defensivos. E' assim que elle se pronuncia : « Si com effeito, a sancção ou reacção é determinada em todos os casos pela acção, independente-

ptando a definição do Código Italiano, em face da qual verifica-se a imputabilidade legal do individuo pela simples relação do acto consigo mesmo, isto é, pela simples responsabilidade physica da acção praticada.

A nosso ver, nada mais é a definição do Código Italiano do que a synthese perfeita da doutrina da nova escola, com verdadeira impossibilidade de harmonisal-a com outra theoria qualquer, quando é certo que elle refutou a definição do Código Brasileiro por constituir a synthese da doutrina classica, que só na liberdade moral assenta a responsabilidade criminal.

Entretanto, não somos defensores da definição do Código de 1830.

Reconhecemos que por ella se excluia o conceito dos crimes culposos e que por isso é defeituosa, sem embargo da impossibilidade que sempre existiu de serem justificados taes crimes e harmonisados com os fundamentos da responsabilidade penal, em que assenta a escola classica. Si só da vontade livre pôde resultar o crime, verdadeiramente incompre-hensivel se torna a punição de consequencias imprevistas dos actos, em si licitos e legalmente aucto-risados.

mente da vontade, da intenção e da pretendida culpabilidade do agente, todavia, a intensidade e a qualidade desta reacção variam, d'um a outro caso, tanto na ordem social como na ordem physica e biologica.

«Aquelle que precipitadamente atirar-se por uma janel-la terá o pesçoço quebrado e morrerá; ao passo que o que cae em passeio não terá sinão uma perna fracturada. O que ingerir veneno—morrerá, emquanto que o que tiver uma indigestão não terá sinão uma ligeira molestia; e o que fatigar demais o cerebro durante um dia terá apenas uma fraquesa transitoria, ao passo que o que abusar delle durante mezes e annos poderá chegar á demencia.

Mas, nem porque a escola positiva justifique hoje a punição de taes factos, considerados criminosos e puniveis, podemos tambem adoptar a definição que os inclue, como a do Codigo de Italia. Somos dos que reconhecem a impossibilidade de adoptar-se a definição que traduza a synthese de uma escola, não porque vejamos n'isso um embaraço aos progressos da sciencia, como disse o dr. João Vieira, mas, porque pensamos que um Codigo deve estar sempre em harmonia com os principios que estabelece e não será perfeito o corpo de leis penaes que obedecer a principios exclusivos de uma escola scientifica qualquer.

Pode ser sustentavel theoreticamente qualquer escola scientifica no terreno do direito criminal, mas, praticamente, traria sempre inconvenientes inconciliaveis com a necessidade da perfeita justiça na punição do crime.

Precisavamos, portanto, procurar definir o crime, mais de accordo com os preceitos leaes, do que com os principios philosophicos, e outro não poderia ter sido o intuito do legislador de 1890.

Indiscutivelmente, elle pretendeu sanar os defeitos da definição do Codigo de 1830, mas na fôrma que deu á definição do crime, affirmam uns ter sido

« Do mesmo modo, o ignorante ou o inepto encontram uma reacção social bem differente da que encontra o commerciante fallido ou o louco escandaloso ou cocheiro involuntariamente homicida.

« E para cada uma d'essas variedades de sancções sociaes variam o gráo e a intensidade, segundo as condições do acto, do agente e da sociedade.

« Tanto importa dizer : a sancção social é sempre independente da culpabilidade do agente, mas *ella varia de qualidade e de intensidade segundo as condições especiaes do acto commettido, do individuo que age e da sociedade que reage.* » Sociologie — pag. 394.

empregada a palavra — *culposa* — em sentido generico, isto é, como significativa de toda acção ou omissão dolosa ou estritamente culposa; outros, em sentido restricto. Para accomodar, porem, o emprego da palavra — *culposa* — à definição, foi-lhe preciso empregar a palavra — *imputavel* — no seu sentido estritamente etymologico ou grammatical, isto é, como significativa, tão sómente de uma relação physica entre o agente e o facto por elle praticado, de modo que, segundo a definição do art. 7 do Codigo, só podemos dizer que os factos dolosos acham-se nella comprehendidos, si dermos á expressão — *culposa* — uma significação extraordinariamente ampla.

Na verdade, como incluir no conceito da culpa, no sentido restricto, os factos dolosos, quando é certo que a culpa exclue a intenção relativamente ás consequências do acto d'onde se origina?

O mais alto gráo da culpabilidade, o sentido mais amplo, em que juridicamente poder-se-ia empregar a palavra *culposa*, dentro da significação estricta, é aquelle que repousa sobre a culpa lata ou maxima, de que são exemplos os crimes preterintencionaes, regulados pela denominada — *culpa informata dolo*; — mas esta não pode ser comprehensiva dos factos verdadeiramente dolosos em si.

D'ahi, o dizerem os juristas que a culpa lata se *avisinha* do dolo, o que não quer dizer, porém, que com elle se confunda. Portanto, ao passo que o legislador de 1890 deu á palavra — *culposa* — toda a extensão da sua significação, evidentemente procedeu de modo contrario, com relação ao conceito da imputabilidade, pois que, verdadeiramente, não nos parece que tivesse empregado bem a palavra — *imputavel* — do art. 7.

Tolomei, depois da distincção que faz entre a simples *imputabilidade*, *responsabilidade* e *imputa-*

*ção*, demonstra que esses termos são empregados como synonymos, porque a qualidade que torna, moral e legalmente, imputavel o acto, é a mesma que torna responsavel o agente.

Não ha criminalista que, pretendendo significar essa relação do individuo com as consequencias do acto que praticou, não empregue a palavra imputabilidade como synonyma de responsabilidade, e o illustrado Fioritti não a empregou n'outra accepção, do que temos exemplo no seguinte trecho citado pelo dr. João Vieira: « geralmente se consideram imputaveis todos aquelles actos que se podem attribuir a uma pessoa como o producto do seu character, isto é, todos aquelles actos que permitem um juizo ethico sobre a indole do agente. Imputavel penalmente são todas aquellas acções que fazem pronunciar sobre o character do agente um juizo ethico extraordinariamente desfavoravel, isto é, que o revelam temivel para a sociedade, segundo o principio que a mente agudissima de Garofalo assentava como pedra angular do novo edificio criminal ».

Ferri, tratando do problema da responsabilidade penal perante os Codigos, assim se expressa: « os outros Codigos do meu conhecimento não contém nenhuma disposição preliminar sobre a imputabilidade ou punibilidade, porque todos começam por estabelecer, ao contrario, a condição geral da irresponsabilidade, etc. (8).

Garraud diz : — « a *culpabilidade* e a *responsabilidade* são consequencias tão directas, tão immediatas da imputabilidade que as tres idéias são muitas vezes consideradas como equivalentes e as tres palavras como synonymas » (9).

(8) *Sociologie*, pag. 364.

(9) *Precis de Droit Crim.* pag. 147.

Ainda a tal respeito escreve Haus : « Imputar um facto a uma pessoa é afirmar que esta é culpada e por consequencia que ella deve responder por elle perante a justiça. Assim, a possibilidade de attribuir uma acção a alguém ou a imputabilidade suppõe a culpabilidade e esta acarreta a responsabilidade do agente. A imputabilidade ou a moralidade do facto e a culpabilidade do autor são pois expressões synonymas » (10).

« Os factos não são imputaveis, escreve Ortolan, sinão quando temos de responder por elles; e dizer que temos de responder por elles é dizer que elles devem nos ser imputados; de tal modo que ninguem pode se limitar, por maior simplicidade, a uma ou outra d'essas expressões; a da imputabilidade é mais technica em direito penal.

« O que é preciso para a responsabilidade e por consequencia para a imputabilidade é o conhecimento do bem ou do mal moral, do justo ou do injusto da acção. Imputar um facto a alguém é pois afirmar que elle é, em primeiro logar, a causa efficiente e em segundo logar a causa esclarecida sobre a justiça ou injustiça d'esse facto. A primeira condição da imputabilidade é a liberdade e a segunda é a rasão moral ou o conhecimento de justo ou do injusto da acção. (11)

Resumindo, o conceito da imputabilidade pode ser tomado em tres sentidos: — imputabilidade physica — exprimindo a simples relação material do agente com o seu acto; — imputabilidade moral — significando essa relação material, porém intelligente e voluntaria do acto praticado; — e imputabilidade social — como significativa da responsabilidade que sobre o agente peza pelo acto praticado.

(10) *Droit Penal Belge* vol 1<sup>o</sup>. n. 291 *in fine*.

(11) *Elements de Droit Penal* vol 1. n. 222.

Carrara já havia dito que a imputabilidade moral é a condição da imputabilidade social (12) o que não impediria de resumir-se a necessidade da punibilidade do individuo na expressão imputabilidade penal, — pois parece-nos que ella adapta-se aos principios das escolas scientificas ; e não é sinão por isto que os criminalistas a empregam ordinariamente, sem incoherencia dos fundamentos em que assentam a responsabilidade criminal.

Na verdade, para o classico, haverá imputabilidade penal concorrendo livre arbitrio ; para o positivista, ella existe independente do livre arbitrio ; para o eclectico ella se firma na voluntariedade, na livre determinação dos actos do homem, e assim chegamos á conclusão de que qualquer que seja a theoria, adapta-se a ella a imputabilidade penal.

O Codigo, portanto, não podia ter empregado a palavra imputavel no sentido que lhe dão Ortolan, Haus e outros porque, para estes escriptores, só pode haver imputabilidade, havendo voluntariedade do acto e conhecimento do justo ou do injusto da acção, o que se resume nos dois elementos seguintes, constitutivos do crime para a escola classica : — *libertas concilii aut intellectus* — *libertas judicii aut intellectus*.

Neste sentido, definir o crime : — *a violação imputavel e culposa da lei penal* — significaria simplesmente expressão pleonastica, porque na palavra — *imputavel* — já se acharia comprehendida a culpa amplamente considerada como fez o Codigo.

Vê-se de tudo que mal foi empregada a palavra — *imputavel* — pelo legislador, pois que a analyse repelle igualmente o sentido etymologico da palavra e o Codigo não podia tel-a empregado no sentido da imputabilidade physica, não só por não ter adoptado

---

(12) *Cours de Droit Criminel* § 31.

os principios da escola positiva, como porque, nesta accepção, o seu emprego seria desnecessario.

Realmente, si com a palavra *imputavel* quiz a lei exprimir a simples relação physica do agente com o seu acto, poderia tel-a dispensado, desde que tomou a palavra *culposa* no seu sentido amplo. Não se concebe violação *culposa* sem a existencia do violador; e como não se pode violar a lei sem que entre em movimento a actividade do agente por meio da acção ou omissão, segue-se que no conceito da culpa, assim ampla, estaria já comprehendida a relação physica que se quiz exprimir com o emprego da palavra — *imputavel*. Quem dissesse, portanto, violação *culposa*, teria necessariamente affirmado um acto praticado por alguem que seria o criminoso.

---

O Codigo Portuguez definiu o crime: — *o facto voluntario declarado punivel pela lei penal.*

*E' delicto toda acção ou omissão voluntaria punida pela lei,* disse o Codigo Penal Chileno.

Taes definições, como desde logo se nota, incidem na mesma censura da do Codigo de 1830, isto é, incidem na censura de não abraugerem todo o definido.

Carrara deu esta noção do crime: — *A infracção da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um acto exterior do homem, positivo ou negativo, moralmente imputavel* — como si no conceito do crime podesse influir o fim com que as leis são promulgadas, ou como si podesse existir lei que não houvesse transposto essa phase complementar.

Garraud julgou dever dar do crime a seguinte definição que suppomos digna de censura: — *O facto prohibido ou ordenado pela lei penal anterior com a*

*sancção de uma pena, o qual não encontra justificativa no exercicio de um direito.*

O autor quiz comprehender na sua definição não só os factos como os não factos criminosos, isto é, os crimes commissivos e os omissivos; porem deu, quanto a este ultimos, uma fórma tal á sua definição, que bem não se pode comprehendel-a, porquanto, considerar como crime o facto *ordenado* pela lei penal anterior com a sancção de uma pena é uma verdadeira aberração do pensamento. Quando a lei penal ordena um acto ou facto, somente a transgressão da sua determinação constituirá o crime e só para essa omissão é que ella estatue a penalidade.

Não é este, entretanto, o sentido que se pode dar á definição de Garraud, segundo a sua fórma. Decomposta a definição, teremos duas ordens de crimes caracterizados uns pelos factos *prohibidos* pela lei penal anterior com a sancção de uma pena; outros pelos factos *ordenados* pela lei penal anterior com a mesma sancção de uma pena.

Na primeira quiz o autor comprehender os crimes commissivos; na segunda, os crimes omissivos. Quanto a estes, porém, é que julgamos ter se expressado contrariamente á sua intenção, pois que, nem a lei pode crear uma sancção penal para os factos que ordena ou permite nem taes factos assim ordenados ou permittidos podem constituir crime.

O projecto da commissão da Camara dos Deputados, em discussão no Congresso Nacional para substituição do Codigo actual, sem ter querido definir o crime, conforme reza sua exposição de motivos, diz, entretanto, no art. 11 : — *Constitue crime ou contra-venção toda a acção ou omissão contraria á lei penal.* O que significa isto sinão uma definição do crime? A acção ou omissão contraria á lei penal nada mais é do que a infracção dessa mesma lei e quem

assim define o crime incorre sem duvida na censura de Franck que, a proposito da definição do Codigo Penal Francez, se manifesta :

« Impor o nome de delicto a tudo o que é uma infracção da lei penal é cabir n'um circulo vicioso ; é dizer que a acção punivel ou digna de punição é a que é effectivamente punida pela lei ; é dizer que o opio faz dormir porque tem uma propriedade lethargica » — ( 13 ).

Parece, por outro lado, que os autores do projecto pretenderam, por semelhante definição, banir todo o elemento intencional do crime, filiando-se a principios que repudiaram na exposição de motivos.

Assim é que poderíamos perguntar :

A acção ou omissão contraria á lei penal poderá sempre e em qualquer hypothese ser imputavel ao seu autor ?

E' o proprio projecto que responde negativamente com as prescripções dos arts. 24 e 26, onde diz :

« Não são responsaveis criminalmente os que por defeito congenito ou adquirido, do cerebro, ou perturbação funcional respectiva não tiverem a livre determinação de seus actos.

Tambem não são responsaveis criminalmente :

Os menores de nove annos contra os quaes não se poderá proceder ;

Os maiores de nove e menores de quatorze annos si tiverem agido sem discernimento. »

Eis ahí a incoherencia em que labora o proprio projecto.

Não se diga que embora a irresponsabilidade dos exceptuados nos arts. 24 e 26 do projecto, o crime existe e que portanto acham-se de harmonia os arts. 11 e 24.

Todo o crime suppõe necessariamente a existencia do seu autor que será irremediavelmente o criminoso, para o qual não pode deixar de existir uma penalidade. Depois, a rasão da irresponsabilidade de taes pessoas assenta na ausencia da livre determinação dos seus actos e d'ahi é que devemos tirar o criterio para conhecermos o crime e sabermos quem seja o criminoso.

Sendo rasão da irresponsabilidade criminal a falta de determinação livre dos actos do homem, sabemos já que o conceito da voluntariedade deve forçosamente entrar no conceito do crime que não foi coherentemente definido pelo art. 11 do projecto.

Neste sentido foi mais correcto o projecto substitutivo do dr. João Vieira definindo o crime: — *o facto voluntario e intencional contrario á lei penal* — desde que, á semelhança do projecto da comissão da Camara dos Deputados, adoptou como base da responsabilidade criminal a livre determinação dos actos humanos.

Quanto á palavra intencional por elle empregada, pensamos que prevaleceram no espirito do autor do projecto substitutivo, as considerações de Ferri, censurando a theoria eclectica que faz assentar a imputabilidade penal na voluntariedade do facto independentemente do livre arbitrio :

• O elemento psychologico do crime, que tambem tem o seu valor na theoria positivista, para estabelecer as condições do acto e do agente, ás quaes deve-se adaptar a reacção da sociedade, como veremos a cada passo, não é constituído somente pela *voluntariedade* do facto : porque ha tambem a *intenção* e o fim do agente.

• A voluntariedade tende ao acto em si mesmo : a detonação da espingarda é voluntaria ou accidental : a palavra ultrajante no artigo do jornal foi proposital ou uma falta typographica, etc.

«A intenção tende ao motivo pelo qual quiz-se commetter o acto; dispara-se uma espingarda para matar, para intimidar ou para gracejar,— escreve-se a palavra ultrajante para calumniar ou para revelar a verdade.

«O fim tende ao effeito em virtude de que querendo-se um acto com tal intenção procurou-se atingil-a. Dispara-se a espingarda para matar, mas com o fim de vingar um ultrage ou de usurpar uma herança, de roubar ou de se defender, etc». (14)

Sem embargo, porém, do cuidado com que procurou o dr. João Vieira definir o crime, julgamos censuravel a sua definição.

Acceitamos o emprego da expressão *facto* como significativo da acção ou omissão criminosa, ao contrario do que pensava o autor do projecto substitutivo quando censurou a definição de Berinini que acima adoptamos como conceito phylosophico do crime.

Porque aquelle criminalista começou dizendo que crime era—o facto do homem violento ou fraudulento, etc—o dr. João Vieira, pensando que o crime não consistia somente no facto, escreveu: «pode ser um não facto, embora a materialidade da infracção só se accentue quando a *inacção* ou omissão produzir factos positivos, mas não nos proprios crimes de *inacção* em sua cathegoria». (15)

Pensamos contrariamente ao mestre:

Todo o facto será necessariamente o resultado de uma acção e a respeito desta já dizia Tobias Barreto: — o conceito da acção não se entende somente no sentido stricto, significando um facto positivo, isto é, o phenomeno exterior de uma determinação voluntaria que se afirma pela actividade; mas envolve tambem o conceito da omissão até onde esta importa

(14) *Obra cit.* pag. 366.

(15) *Com. ao Cod. Crim.* pag. 55.

um facto, manifestado sob forma negativa, repousando egualmente sobre uma determinação da vontade que se afirma pela *inacção*.

D'ahi duas ordens ou cathogorias de crimes, a que a doutrina dá o nome de commissivos e omisivos. (16)

Temos aqui, pois, refutada a razão da censura á definição de Berinini, o que mesmo reconhece hoje o autor do projecto, quando dá do crime a definição de — facto voluntario e intencional, contrario á lei penal.

O facto, como resultado da actividade do delinquento não é sempre um facto positivo, mas ao contrario pode ser negativo, caracterizado pela *inacção* que não exclue por isto a actividade criminosa de quem delinque.

Mas a lei não pune somente os factos voluntarios e intencionaes que lhe são contrarios. Os inintencionaes, os factos culposos, encontram no proprio projecto substitutivo uma penalidade correspondente. Dir-se-á que não são crimes? Porque então a lei os reprime?

Eis ahi o lado atacaval da definição do projecto substitutivo. Não se pune o crime por excepção de criminalidade. Pode haver excepção para a justificativa do fundamento da sua existencia, mas no dominio da lei essa excepção torna-se incomprehensivel.

Queria o dr. João Vieira uma formula que abrangesse todo o definido? ncontral-a-ia na seguinte expressão: — Só é punivel o facto voluntario e intencional ou simplesmente culposo contrario á lei penal. N'outros termos: — crime é a violação voluntaria e intencional, ou culposa da lei penal.

Tratando-se, porem, da codificação do direito penal, nunca pôde bastar ao legislador o definir crimes e estabelecer penas.

Sua missão seria sempre incompleta, seu trabalho defeituoso e impréstavel, si a par da declaração dos crimes e da criação da penalidade não cogitasse, ao mesmo tempo, de implantar de modo insophismavel o direito capital em um Codigo, de fazer valer as suas determinações, o que em regra é conferido á sociedade mesma pela benefica instituição do ministerio publico. (17)

Incompatível com a sociedade de hoje o sistema de accusação da primeira phase do imperio romano, em virtude de cujos principios cada qual podia

(17) Não pode haver sociedade adeantada sem leis consagradas á protecção da ordem e dos direitos de todos contra os impetos e as paixões individuaes.

Da necessidade da repressão dos crimes ou actos lezyvos do direito alheio, originou-se a instituição dos tribunaes como um grande passo progressivo no desenvolver da sociedade humana, contra a feição mythologica das sentenças no periodo primitivo da vida social.

Era natural que a instituição dos tribunaes reclamasse a criação de uma magistratura incumbida de trazer, por assim dizer, o culpado deante do juiz ou do tribunal.

Nas sociedades primitivas caracterisadas pelos costumes da familia ou tribu e fortemente dominadas pelo espirito religioso, a accusação constituia como que um rigoroso dever para aquelle que assistia a mão culpada roubar a propriedade ou derramar o sangue.

Para as tribus primarias, a punição do culpado neutralisava a colera divina ed'ahi o fundamento, o dever daquelle que assistia o crime promover a punição do delinquente.

Era o periodo patriarchal da sociedade em embryão, cujos costumes foram conservados ainda mesmo em uma civilisação mais adeantada.

Sem os prejuizos dessa superstição, passou então o direito de accusar a pertencer a cada cidadão continuando porem a residir no povo e a pertencer-lhe desorganisadamente

accusar e o juiz devia limitar-se ás provas offerecidas pelas partes, sem autoridade para proceder a um só acto de instrucção; nem lhe convindo, por outro lado, o systema inquisitorial da segunda phase do direito daquelles tempos, em que era corrente não haver necessidade de accusação e o Estado procedia *ex-officio*, assentando o seu direito no interesse social, (18) era natural que a acção em materia penal fosse objectivo de grande importancia para o legislador de 1890.

Era de esperar que tal assumpto fosse tido na devida consideração desde que mais complicado era o regimen politico adoptado em 15 de Novembro,

os poderes governamentaes, chegando este periodo até a epocha do imperio romano.

Derrocado este, constituíram-se dos seus desmembamentos Estados Monarchicos, e os poderes militares e feudaes absorvidos pelo rei foram então delegados a poderes secundarios.

Ao lado dos grandes corpos judicarios que administravam a justiça, em nome do rei, appareceu, depois de uma longa serie de transformações, um corpo de officiaes publicos encarregados de zelar pelos interesses do soberano, de advogar o seu throno, de fazer reprimir as usurpações sobre os seus dominios; e como segundo as idéias monarchicas da epocha todos os interesses sociaes se confundiam com os interesses do soberano, o advogado das causas do rei tornou-se o defensor da ordem, o accusador official de todos os que infringissem as leis.

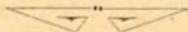
E' nas capitulares de Carlos Magno que se vae encontrar o germen da instituição do ministerio publico, sendo posteriormente melhorada pelos parlamentos.

Na França, pois, teve o ministerio publico o seu berço; e pela grande Reforma de 1789 foi mantida essa instituição como um progresso sobre as ideias das sociedades antigas, como uma necessidade oriunda do estado dos costumes publicos nas sociedades modernas — *H. Corne — Encyclopedie de la science politique.*

(18) *Lion — La Philosophie du Droit pag. 279.*

por força do qual deviam ser respeitados principios a elle inherentes e convinha sobretudo evitar interpretações de dispositivos doCodigo, a pretexto de competencias invadidas.

Si não podemos, entretanto, suppor que fosse intuito da nossa lei penal invadir attribuições dos Estados, ou que pouca importancia se ligasse a determinação da acção publica e privada, de que se occupa oCodigo Penal, o certo é que n'elle se nota uma especie de confusão na materia do seu art. 407 onde importantissimas questões se tem levantado, reclamando uma solução condigna com os principios por elle proprio admittidos.





## PARAGRAPHO 1.º

Haverá logar a acção penal :

§ 1.º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a.

§ 2.º Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se :

1.º Os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante ;

2.º Os crimes de violencia carnal, raptó, adulterio, parto supposto, calunnia e injuria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274.

§ 3.º Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inaffiançaveis, quando não for apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Uma questão importante se suscita, em face desse dispositivo, e resume-se em saber si o art. 407 encerra materia da esphera do direito criminal, que deva ser regulada pelas denominadas leis substantivas ; ou, da esphera do direito processual, para que deva ser abrangida pelas leis adjectivas.

N'outros termos, poder-se-ia perguntar :

Legislando os Estados sobre o processo, materia da sua competencia, podem em suas leis abranger a materia do art. 407 ?

Esta questão, que a principio parece de facil solução, demanda, todavia, um serio estudo sobre o que seja, ou deva se entender por materia de direito e matéria de processo ; ou, antes, sobre o que sejam leis substantivas e leis adjectivas.

Opiniões illustradas não hesitaram em negar aos Estados competência para disporem sobre a materia do art. 407, ao passo que os tribunaes têm diversamente decidido a questão, como adiante veremos.

Nós, entretanto, distinguiremos no alludido artigo a determinação da acção publica e privada, do que elle contem de meramente processual, residindo visivelmente nessa falta de distincção, tão necessaria, toda a controversia que até agora se tem levantado.

Duas, portanto, serão as questões de que nos occuparemos, formuladas, para melhor clareza, nos termos seguintes:

A pura determinação da acção publica e privada compete, por força de preceito e principios constitucionaes, exclusivamente, á União.

A fórma, porem, de taes acções, até certo ponto comprehendida e absorvida pelo art. 407 do Codigo, entra na competencia dos Estados, por força dos mesmos preceitos e principios constitucionaes.

Quanto á primeira asserção, ponderemos, antes de tudo, que tendo sido promulgado o Codigo Penal em 1890, portanto, antes da Constituição Federal, que só o foi em 1891, precisamos, por isso mesmo, buscar nesta as razões da nossa convicção.

A Constituição declarou, em seu art. 34, que competia ao Congresso Nacional, privativamente :

« § 23 — Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e sobre o processo da justiça federal. »

---

Sem embargo de ter sido a promulgação do Codigo anterior á Constituição, não hesitamos em affirmar que a materia do art. 407, até certo ponto, é, por sua natureza, de direito e não processual.

Embora em um periodo de completa reorganisação, o

legislador que surgiu do brilhante feito de 15 de Novembro, revolucionario, por assim dizer, confeccionando e lançando á sociedade, que ia nascer de novo para um meio mais amplo e liberrimo, as bases em que devia assentar, não esqueceu nem podia absolutamente esquecer os principios da fôrma republicana que devia reger o paiz ; e todos os seus actos, d'entre os quaes destacamos o Codigo Penal e o Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, demonstram que elle soube modelar-se por aquelles principios, discriminando desde logo o que devia pertencer á competencia dos Estados — do que devia, para estabilidade da fôrma governamental adoptada, ficar pertencendo á competencia exclusiva da União.

O governo provisório, como poder revolucionario, resumindo em si todas as forças, todos os poderes da nação, não podia esperar que seus actos fossem repudiados, sinão pelos orgãos que definitivamente se constituissem, que mais tarde apparecem, oriundos da soberania nacional, livremente manifestada pelas urnas.

A fôrma proclamada era a federativa, a propaganda tinha assentado no coração popular as vantagens desse benefico systema governamental dos povos adeantados, e ao poder revolucionario cumpria, desde logo, proceder de accordo com os principios propagados e então em voga, salvo, todavia, ao Congresso, ao Poder Legislativo de direito, a faculdade de modificar, supprimir ou reformar o que encontrasse do governo de facto, porque só elle, só o Congresso, seria soberano para considerar inaceitaveis os actos do governo, de facto constituido, reorganizando-os ou sancionando-os expressa ou tacitamente.

Deveriamos, pois, logica e prudentemente esperar, que toda a legislação promulgada ao tempo da Constituinte, fosse pelo Congresso expressamente aceita, como temos exemplo no Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, ou tacitamente admittida, desde que não fosse contraria aos principios federativos consagrados pela Constituinte.

Si no primeiro caso achava-se o Dec. n. 848 de 11 de

Outubro citado, por ter a Constituição em seus artigos 59 e 60 admittido a materia do alludido decreto, manifestamente acha-se, no segundo caso, a materia de todo o Codigo Penal vigente, como é facil deprehender-se da acquiescencia que lhe prestaram os legisladores constituintes com a unica reforma contida no § 9.º do art. 72, relativamente á acção penal para punição dos crimes de responsabilidade.

Da leitura dos annaes do Congresso Constituinte evidencia-se que foram questões debatidas no seio do primeiro parlamento republicano—a dualidade da legislação e da magistratura; e, desse estudo, nos convencemos de que a Constituição, estabelecendo, em desgraçada hora, a dualidade desta, recusou o seu assentimento á dualidade daquella; e, emquanto positiva e inilludivelmente declarava no n. 23 do artigo 34, que só ao Congresso Nacional competia legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica, no artigo 63 determinava que cada Estado, regendo-se pela Constituição e leis que adoptasse, egualmente respeitasse os principios constitucionaes da União, entre os quaes acha-se o de legislar sobre o direito propriamente dito.

A estrutura do novo regimen politico, por força do qual deviam e devem-se guardar, como indispensaveis á sua propria natureza, certa discriminação de competencias entre poderes legislativos da União e dos Estados, determinou a acceitação da disposição constitucional do art. 34 n. 23, agora reclamada em abono de nossa opinião, a qual, analysada á luz dos principios, donde se originou, tende, necessariamente, a ser interpretada em favor da União e contra essa febre invasora de attribuições, por parte dos Estados da Republica (1)

Que importa que a Constituição viesse posteriormente ao Codigo, si ella, fixando as competencias legislativas, reservou para a União a de legislar sobre o direito, e o Codigo acha-se incluído na materia de direito?

Embora fosse o Codigo anterior á Constituição, não

---

(1) *Story Com. á Const. Americana* vol. 2.º § 436.

houve desharmonia entre esta e elle e as considerações acima, que fazemos, escudados na opinião do illustrado Story, commentador da Constituição Americana, resolveriam a duvida que outros tem levantado em favor da União.

Encarada, porem, mais de perto a questão, nos convenceremos do erro em que laboram os adeptos da doutrina opposta.

Têm elles argumentado com o facto, aliás verdadeiro, de, no dominio da legislação transacta, achar-se a materia do citado artigo no Codigo do Processo; e dali têm concluido em favor da opinião que julga processual a determinação da acção publica e privada, ou do procedimento *ex-officio* da justiça na repressão dos delictos.

Os invocadores desse argumento, d'entre os quaes notamos o dr. Alfredo Pinto, ex-juiz de direito da comarca de Ouro Fino e um dos signatarios do projecto da commissão da Camara dos Deputados, esquecem-se de que, no dominio do regimen decahido, tanto as leis substantivas como as adjectivas, na phrase de Bentham, nasciam de um sò poder constitucional, qual o legislativo geral, sem discriminação de competencias da ordem do direito publico constitucional.

Que invasão de attribuições constitucionaes poderia resultar de encontrar-se a materia do art. 407 do Codigo actual, no Codigo de 1830, ou na lei processual de 1832, si ambas essas leis originavam-se da Assembléa Geral?

As acções, não tirando a sua natureza da collocação em que, por ventura, se achem, nesta ou naquella lei; não existindo, como não existia, no regimen decahido distincção de attribuições constitucionaes para tal fim, entre a Assembléa Geral e as antigas Provincias, nenhum inconveniente resultava de ser a materia, sobre que discutimos, comprehendida no Codigo do Processo ou no Codigo Criminal.

Côm o regimen que temos, porém, dá-se inteiramente o contrario, pois existem entre os Estados e a União as attribuições constitucionaes do art. 34 n. 23, por força da fórma federativa adoptada, convindo muito discriminar-se a materia

de direito da de processo, as leis substantivas das adjectivas, não só em bem dessas entidades juridicas, como em bem daquelles que no fóro litigam.

Um illustrado escriptor, ha muito, já havia nos fornecido um criterio para essa discriminação, quando ensinava que as leis substantivas podem existir por si, sem necessidade de outras que as completem ou dêm-lhes execução; ao passo que, as adjectivas não existem sem as primeiras (2)

Si merece conceito a opinião emittida não deveremos mais insistir na duvida; a questão está resolvida.

No intuito, porém, de demonstrar o character processual de toda a materia do art. 407 do Codigo, o Dr. João Monteiro, provector lente da Faculdade de Direito de S. Paulo, no parecer apresentado sobre o projecto do novo Codigo, assim se expressou — . . . « Mas, em que consiste a discriminação entre as leis materiaes e as formaes? Discriminem-se os tres momentos fundamentaes de qualquer legislação perfeita e ter-se-á a resposta. O primeiro delles tem por objecto a determinação das regras do direito em these; o segundo, a organização judiciaria ou o mechanismo que realisa a força do direito; o terceiro, finalmente, o processo ou o complexo das normas, segundo as quaes, funciona a organização judiciaria para applicar as regras abstractas de direito ás relações de direito concretisadas.

« Eis ahi, continua elle, no primeiro desses momentos, temos a lei substantiva ou material, isto é, a substancia ou materia juridica das relações de direito; no segundo e terceiro, a lei adjectiva ou formal, isto é, as normas do modo segundo o qual as regras de direito passam do mundo abstracto — legislativo para o dominio concreto da vontade individual. E pois, no espirito do regimen federativo e na letra da nossa Constituição, sómente podem ser decretadas pelo Congresso Nacional as leis do 1.º momento e só essas obrigam em todo o territorio da União. »

---

(2) *Ribas, Direito Civil vol. 1.º pag. 197.*

Onde acaba, porém, a esphera das leis substantivas e onde começa a das leis adjectivas, foi, ao que nos parece, o que não disse o Dr. João Monteiro.

Esses tres tempos para o complemento perfeito de uma legislação e condições viaveis de qualquer sociedade adelantada, sem a discriminação de tudo o que possa entrar para o conceito das leis que devem nascer do primeiro ou dos dous outros momentos, deixam a questão na mesma contingencia.

Quaes os limites das leis substantivas e o começo das leis adjectivas? Si nos responderem que são as regras do direito abstracto, bem podemos affirmar que a acção, o direito concedido ao ministerio publico para agir em nome da sociedade na repressão dos crimes, acha-se nellas comprehendida.

Acção e direito, ali, estão tão identificados que não podemos conceber uma cousa sem outra, o que bem confirma a nossa opinião, em contrario á do distincto lente.

Si não podemos conceber acção do ministerio publico sem um direito inherente a elle para exercital-a, é claro que esta acção corresponde, confunde-se mesmo com esse direito: e como havemos de distinguil-o?

Parece não haver duvida, que qualquer que seja o caracter da acção, civil ou criminal, com ella encontraremos essencialmente ligado o direito correspondente, e dizer-se, por exemplo, nesse sentido, direito ou acção, importa tão somente uma questão de formula de expressão.

Ninguem tem direito sem acção nem poder-se-á admittir esta com reserva daquelle ou vice-versa.

A lei que crea a acção crea o direito, e esse direito não é sinão o mesmo direito abstracto do primeiro momento dos apresentados pelo lente da Faculdade de S. Paulo.

Façamos, porem, mais outras considerações, até onde possamos mais convictamente demonstrar o nosso modo de pensar relativamente á questão.

O artigo que analysamos creou as acções em materia criminal, e estas, relativamente á sua natureza, não podem

divergir das acções em materia civil, porque ambas as especies tendem a assegurar ao seu possuidor um mesmo direito em abstracto, tendo simplesmente fórmas e orbitas diversas.

A acção, do verbo *agere*, obrar, é definida por P. Baptista—o *direito* de invocar a autoridade publica e de obrar regularmente perante ella para obter justiça (3)

Justiniano definiu a acção o — *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* — definição que só foi criticada, por entenderem uns, que no verbo — *debetur*, achavam-se comprehendidos, tão somente, os direitos pessoaes, com exclusão dos reaes, tendo, por isso, sido completada com a seguinte expressão : *ou o que nos pertence* (4)

Mas, si é certo que essas definições mais parecem adaptár-se ao civil, nem por isso padece duvida o character que ellas asseguram ás acções, para que como taes possam ser consideradas, ou tidas como o — *jus persequendi in judicio*, — de que falava o jurisconsulto romano.

Até ali, isto é, até o *jus persequendi* comprehendem ellas, tanto uma esphera do direito como outra, tanto o direito civil, como o criminal, donde se deve concluir que, quem diz acção, diz direito, porque a todo o direito, ha de, necessariamente, corresponder uma acção da qual não é possível apartar-se.

E o mesmo P. Baptista mais explicita tornou a sua opinião, acerca das acções, quando, depois de definil-as, disse: — «do exposto segue-se que as acções são *direitos* em garantia de outros direitos preexistentes, etc.»

Não é diferente a opinião do eminente Dalloz, quando define as acções — «direitos particulares que nascem da violação de outros direitos e que tendem, quer a fazer cessar esta violação quer a remediar-lhe os effeitos.» (5)

O jurisconsulto Gaio já assim se expressava :— *omni*

---

(3) *Theoria e Prat. do Proc.* § 2.º

(4) *Mayns Cours de Droit Romain* § 49.

(5) *Rep. de Jur.* vol. 3.º pag. 20 n. 69.

*autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones* (6)

Era, talvez, fundados nesta classificação, e especialmente no que dizia respeito ás acções, como affirma Gaio, que os romanos estatuiram—nem sempre ser o injuriado o unico habilitado para invocar a acção criminal, pois que podiam chamar ou attribuir a si as injurias, e, consequentemente, tinham direito de acção, como si fossem os proprios offendidos:—o marido pela mulher; o noivo pela noiva; o pae por seus filhos; o herdeiro pelo testador, pelas injurias que depois da sua morte lhe fossem assacadas, etc. (7)

Ainda n'esse mesmo direito romano, onde as acções tiveram a sua origem, como substitutivas da força bruta para a consecução do direito, entre os povos barbaros, distinguindo-se os diversos sentidos em que era tomada a palavra acção, vamos chegar á convicção de que, si ellas, por vezes, significavam o proprio facto do litigante agir perante os tribunaes, por outras vezes, significando a fórma, segundo a qual elle agia ou fazia valer o seu direito, (d'onde impropriamente chamou-se acção), significavam tambem o direito de agir ou o proprio direito.

Assim é que, percorrendo-se os tres periodos da historia das acções, dos tempos de Roma, desde o systema das acções da lei (*legis actiones*) até o do processo extraordinario *extraordinaria judicia*—a pardo mero processualismo das chamadas acções—*sacramentum*,—*judicis postulatio*,—da *conditio*,—da *pegnoris captio* e da *manus injectio*—encontramos a divisão das acções sob o ponto de vista da sua natureza e do fim a que se applicavam em—acções concedidas para reclamar uma cousa, acções que tinham por fim fazer pronunciar uma pena e acções mixtas (8)divisão que ainda hoje predomina sob o fundamento de reaes, pessoaes e mixtas (9)

(6) Inst. Liv. L.<sup>o</sup> tit. 2.<sup>o</sup> n. 12

(7) V. da Silva, Historia do Direito Romano pag. 364.

(8) Sequens illa divisio est, quod quedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quedam paene persequendae quedam mixtae sunt.—Inst. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 6.<sup>o</sup> § 16.

(9) Paula Baptista § 8.<sup>o</sup>; Ord. liv. 3.<sup>o</sup> tit. 11 § 4.<sup>o</sup>

Está claro que quem não possuisse essa cousa, quem não tivesse, emfim, direito á ella, não poderia usar da acção nem pedir pena alguma.

O conceder-se taes acções nada mais importava do que conceder direitos; e acção e direito, n'esse sentido, se confundiam mesmo entre os romanos.

Sob o systema das acções da lei, quem usava do *sacramentum*, a mais antiga fôrma do processo romano? Quem tinha em seu favor um direito. O *sacramentum* era applicado tanto aos direitos pessoaes, como aos reaes.

Do dialogo que enchia esta especie de acção, quando por exemplo tratava-se da reivindicacção de um escravo, nos convencemos de que o *sacramentum*, em si, não era propriamente o direito, a acção, como a possuímos; porém, era a fôrma de fazer valer esse direito, a qual prendia-se a este de tal modo, que só podiam usar della os que tivessem direito:

*«Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui.»*

O réo respondia pelas mesmas palavras, tocando ambos na pessoa do escravo, e o Pretor dizia-lhes: *Deixai vós ambos este homem.*— *«Milite ambo hominem, etc.»*

Emfim no proprio systema das acções da lei, si não as encararmos em si isoladamente, mas, attendermos antes á razão, em virtude da qual ellas tinham logar, concluiremos que todas ellas achavam-se presas a um direito, confundindo-se em these com esse mesmo direito, pois que originavam-se d'elle.

Praticamente consideradas, eram verdadeiros meios de execução do direito, distinguindo-se d'este por consistirem em puras formalidades conforme a especie, como nós distinguimos entre acção e demanda; mas, estudadas em abstracto, tanto importava, por exemplo, dizer que tinha-se o *sacramentum*, como dizer que tinha-se o direito de propriedade quiritaria sobre um dado objecto; tanto signifi-

cava dizer que tinha-se a *conditio*, como dizer-se credor de uma divida sobre objecto certo, etc. (10)

Do direito romano, passou esse modo de serem encaradas as acções para o direito dos povos modernos, e Ortolan, criticando o artigo 1.º do Código de instrução criminal de França, por entender que a acção é direito que pertence á sociedade e que só o seu exercicio pode ser delegado aos funcionarios, órgãos do ministerio publico, positivamente diz: «a acção publica é de direito penal; a acção civil é de direito privado e entretanto ella se liga intimamente ao direito penal, etc.»

Anteriormente já o mesmo Ortolan havia dito que o delicto origina dois direitos: — o de punir o culpado; o de fazer reparar o prejuizo occasionado. O primeiro, continua elle, não pertence sinão á sociedade; o segundo pertence á parte offendida. D'um, nasce para a sociedade o direito de agir perante a autoridade competente para obter esta punição; do outro, nasce para a parte offendida o direito de agir para obter esta reparação: DIREITOS SANCCIONADORES QUE SE CHAMAM: UM—ACÇÃO PUBLICA—E O OUTRO—ACÇÃO CIVIL. (11)

Entre nós, P. Bueno, invocado por alguns, em apoio da opinião contraria á que sustentamos, sem embargo de explicar materia meramente processual, relativamente á acção publica e privada do antigo Cod. do Proc. Criminal, assim se expressa:

«A acção criminal publica é o direito do poder publico de demandar perante os tribunaes a punição devida pela violação de suas leis, etc.

A acção criminal particular é o direito que a lei concede ao offendido ou a seu legitimo representante de demandar, etc.» (12)

Diz-se, porém, que a competencia do ministerio

---

(10) Fresquet. Traité de droit romain vol. 2.º pag. 416 e 415.

(11) Obra cit. ns. 1.672 e 1.674.

(12) Apont. sobre o Proc. Crim. pag. 57.

publico para o exercicio da acção criminal acha-se ligada á organização judiciaria, da competencia dos Estados, e que, portanto, a estes, cumpre legislar sobre ambas as cousas.

O equívoco, em que manifestamente cahem os que sustentam essa theoria, é evidente, além dos absurdos a que ella conduz.

Si a organização judiciaria entra na competencia dos Estados, não é sinão por força do artigo 63 da Constituição Federal que, concedendo-lhes essa faculdade, recusa-lhes entretanto que em suas leis se opponham aos principios geraes estabelecidos, e nem ligado se acha á organização de um Estado o direito de exercer a acção penal; tão somente o exercicio, a fórma desse direito poderia ter ligação com a organização de qualquer Estado, o que não são uma e a mesma cousa.

A admittir-se como verdadeira tal doutrina, teriamos que os Estados, em sua assim ampla faculdade de legislar, poderiam considérar, á sua feição, publicos ou privados, quaesquer ordens de crimes, fazendo, por exemplo, depender a punição delles da intervenção da parte directamente offendida, ou do caso de flagrancia, e isto seria invalidar as disposições do legislador.

A competencia do ministerio publico para exercitar os direitos da sociedade, quando ella o determina, não pode deixar de estar ligada aos termos da lei penal, não procedendo contra a nossa opinião o argumento de podem os Estados extinguir essa instituição, por ser considerada materia de organização judiciaria da sua competencia, como o entendeu um Acc. do Tribunal da Bahia.

Quando a semelhante modo de pensar não se podesse oppôr o artigo 408 do Codigo, por entender-se que tambem exorbitou, mantendo tal instituição para integral cumprimento de lei penal, parece-nos que por mais ampla que se considerasse a liberdade de organização dos Estados, tal amplitude devia circumscrever-se aos limites da

Constituição Federal, em virtude da qual não podem os Estados deixar de manter aquella instituição, pois o seu art. 83 declara em vigor as antigas leis no que não forem contrarias ao regimen estabelecido ou aos principios federativos.

Ora, o ministerio publico accentuou-se em Portugal pela Ord. Manoelina do liv. 1.º tit. XII e §§, passando d'ahi para as Ord. Philip. do liv. 1.º tit. XV; e suas funcções foram reguladas pelo Alv. de 31 de Março de 1742, pelo Dec. de 1.º de Março de 1758, sobrevindo depois a lei de 18 de Setembro de 1828, Dec. de 30 de Dezembro de 1830, Reg. de 3 de Janeiro de 1833 e Lei de 3 de Outubro de 1834, que constituíam a nossa legislação, a respeito, quando se proclamou a Republica.

Longe, porém, de ser ella contraria aos principios federativos adoptados pela Constituição de 24 de Fevereiro, antes adapta-se á esta, reclamando a manutenção da instituição do ministerio publico, como indispensavel no regimen federativo sob que vivemos.

É n'esse regimen que a soberania dos poderes publicos mais reclama independencia e perfeição, e tanto não poderíamos dizer do poder judiciario, si houvesse de agir tambem como parte na investigação dos crimes e dos delinquentes.

Si no regimen monarchico nunca foi compativel com a indole do poder judiciario, o funcionar elle como parte exclusivamente nos pleitos da sua competencia, seria irrisorio que na Republica Federativa, na mais elevada fórma de governar, voltasse o poder judiciario á condição perigosa e deprimente de si mesmo, dos tempos historicos.

Si é facto incontestavel que a divisão dos poderes politicos tem sido admittida por todas as constituições modernas como uma garantia contra o despotismo, (13) mesmo dentro d'essa divisão não seria impossivel um poder judi-

---

(13) Lastarria. Politica Positiva, pag. 238.

ciario despotico, desde que se lhe permittisse promover e julgar a acção penal, accusar e ao mesmo tempo condemnar o delinquente.

Tal, entretanto, seria o resultado da suppressão da instituição do ministerio publico, resultado inteiramente incompatível com a fôrma federativa que nos rege.

Apreciada, pois, a questão pelo seu lado verdadeiro, isto é, tomada a determinação da acção, como materia de direito propriamente ditó, somos dos que pensam que merece grande consideração o regimen politico debaixo do qual se legisla.

Nos paizes, onde a legislação deve ser *una*, por força do systema politico adoptado; na França, por exemplo, (Republica Unitaria, regimen centralizador,) que distincção, que não fosse meramente scientifica, poderíamos fazer entre leis substantivas e adjectivas?

Si a organização judiciaria d'esse paiz, que tem por base as leis de 27 ventoso, do anno VIII, a de 20 de Abril de 1810, a de 30 Agosto de 1883, além dos decretos e textos do Codigo de instrucção criminal, bem como toda a legislação emana de um só poder — o legislativo geral, sem limitação de competencia constitucional, quer se trate de leis substantivas, quer de leis adjectivas, não podemos deixar de reconhecer, que toda a distincção, nesse sentido, não passará nunca do terreno simplesmente theorico, sem offensa de direitos constitucionaes d'este ou d'aquelle poder.

O mesmo podemos asseverar, relativamente á Belgica, onde tratou-se da distincção da acção publica e privada nas leis de 18 de Junho de 1868, de organização judiciaria, na de 17 de Abril de 1878, que organisou o processo. (14)

Entretanto, quer o Codigo Penal Francez, em seus arts. 331 a 333, quer o Codigo Penal Belga, nos arts. 373 a 378, occuparam-se da acção publica e privada, repetin-

---

(14) Haus, Droit Penal Belge ns. 1.055 e seguintes.

do-se tal assumpto nos Cods. de instrucção criminal respectivos.

Não tivessem, porém, os legisladores d'esses paizes se occupado de tal materia em leis processuaes ou vice-versa, e isto não tiraria á acção o seu caracter de acção, de direito substantivo, nem offenderia á competencia constitucional alguma.

Foi o que se deu entre nós, no regimen decahido, onde, sendo omisso o Codigo de 1830, estatuiu-se sobre a acção publica e privada no Código do Processo de 1832, sem que, por isso, se possa dizer que sejam ellas do dominio do processo, pois que temos o testemunho insuspeito de P. Bueno.

No regimen actual, porém, urge que façamos as devidas distincções, abandonando-se o veso de immiscuir materia de leis substantivas com as leis adjectivas e vice-versa, já que temos consequencias praticas diversas, e os Estados precisam respeitar os principios constitucionaes da União.

Entretanto, como procederam elles?

Logo em sua organização, á semelhança do que dispõe o art. 20 da Constituição Federal, não houve nenhum que não concedesse aos seus deputados e senadores a prerogativa de não poderem ser presos nem processados criminalmente sem previa licença da Camara respectiva:

«Os deputados e os senadores não poderão ser presos nem processados criminalmente sem previa licença de sua Camara, salvo o caso de flagrancia em crime inafiançavel. *Art. 10 da Const. do Pará.*

— Os deputados e senadores, depois de haverem recebido o diploma, até nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente sem previa licença de sua Camara, salvo flagrante delicto em crime inafiançavel. *Art. 14 da Const. da Bahia.*

— Os deputados e senadores desde que forem reconhecidos, até nova eleição, não poderão ser presos, salvo

caso de flagrancia em crime inafiançavel, nem processados criminalmente sem previa licença de suas Camaras. *Art. 17 da Const. de Pernambuco.*

— Os deputados e senadores serão inviolaveis por suas opiniões, palavras e votos no exercicio do mandato e só poderão ser presos e processados com licença da Camara a que pertencerem, salvo o caso de prisão em flagrante por crime inafiançavel, etc. *Art. 16 da Const. de Alagoas.*

— Durante o mandato os deputados não poderão ser presos nem processados criminalmente sem previa licença da Assembléa, salvo o caso de flagrancia em crime inafiançavel... *Art. 9.º da Const. de Sergipe.*

— Nenhum deputado poderá ser preso sem previa licença da Assembléa Legislativa, salvo em caso de flagrante delicto por crime inafiançavel... *Art. 14 da Const. do Rio.*

— Os deputados e senadores desde que tiverem recebido diploma, até nova eleição, não poderão soffrer imposição de qualquer penalidade, ser processados criminalmente nem presos sem previa licença de sua Camara, salvo caso de flagrancia em crime inafiançavel... *Art. 17 da Const. de Minas.*

— Nenhum senador ou deputado enquanto durar o mandato, pode ser preso sem previa licença da respectiva Camara, excepto em flagrante delicto.

§ unico. Em qualquer caso, formado o processo até a pronuncia exclusive, a autoridade processante remetterá os autos á Camara respectiva para que decida si deve ou não continuar o processo.

Si a Camara resolver negativamente, ficará, enquanto durar o mandato, suspenso o processo, salvo ao accusado o direito de preferir julgamento immediato. *Art. 10 da Const. de S. Paulo.*

Com que fundamento estas e outras Constituições pretendem amesquinhar o poder judiciario conferindo á de-

putados e senadores estadoaes, prerogativas de que não podem gosar?

Tanto importa um cerceamento á acção do ministerio publico, uma flagrante violação do art. 407 e seus §§ que conferiram o direito de acção publica ou privada ao offendido sem discriminação de delinquentes. Si é certo que a Constituição Federal modificou n'esta parte o alludido artigo, fazendo depender de licença o processo dos representantes da nação, não foi sinão porque podia fazel-o na sua ampla attribuição de legislar sobre o direito propriamente dito, faculdade que é defeza aos Estados pela mesma Constituição da Republica.

O respeito aos principios constitucionaes da União é uma necessidade e até um rigoroso dever para os Estados, quando legislam, e não podem deixar de ser considerados inconstitucionaes taes dispositivos, embora tambem erroneamente chamados constitucionaes.

Como facilmente depreheende-se, o deputado ou senador estadual, a respeito de quem sua Camara nega licença para processal-o, no periodo do seu mandato, fica a salvo de toda a legislação penal, torna-se um ente excepcionalmente privilegiado, porque nem mesmo no caso de flagrancia poderá ser attingido pelos effeitos da lei que violou, escudado na prerogativa do cargo.

É á sua Camara que compete decidir si o processo deve ou não continuar e os factos demonstram que esses processos chegam sempre áquella corporação envolvidos na mais *atroz perseguição politica*, resultando d'ahi a impunidad do delinquente.

Seja ou não o mesmo o que succede no Congresso Nacional, a realidade é que ahi a competencia da Camara ou do Senado é legalmente inatacavel, quando, outro tanto, não podemos dizer da competencia das Assembléas Estadoaes.

Das Constituições que temos em mão, só a de São Paulo, deixa vêr a possibilidade de continuar o processo,

quando negada a licença, o que não torna absolutamente justificavel sua disposição. Supponha-se, embora, que a prescripção dos crimes, em taes hypotheses, suspenda-se na duração do mandato, teremos sempre um entorpecimento aos meios de acção do ministerio publico ou da parte offendida, o qual não é de modo algum autorisado pelo nosso Codigo.

A par d'estas usurpações constitucionaes, são frequentes os exemplos de leis attentatorias do art. 407 do Codigo, verdadeiramente modificadoras ou ampliativas do direito de acção publica ou privada, e, no emtanto, os tribunaes vão fazendo a maior confusão no meio de uma diversidade de julgar consideravelmente offensiva dos direitos do cidadão e da propria sociedade.

Vêmos, por exemplo, o tribunal de S. Paulo declarar por accordão de 13 de Dezembro de 1895 que as Assembléas Estadoaes podem restringir a materia do art. 407 do Codigo Penal, por ser ella meramente processual. (15)

---

(15) Accordão em Tribunal, exposta e discutida a materia da petição a fls. 2, em denegar a ordem de *habeas-corpus* impetrada com o unico fundamento de não ser exercitavel a acção criminal de damno, mesmo no caso do art. 329 § 3.º do Cod. Penal, em que se capitulou o indiciamento dos pacientes, sinão por queixa da parte offendida ou de quem tenha qualidade para represental-a, salva a hypothese do flagrante delicto, a qual não se verificou na prisão arguida de illegal como deduz-se do mandado de fls. 7, expedido á requisição do delegado de policia que *ex-officio* instituir inquerito ácerca da destruição das typographias dos jornaes *Santos Commercial e Tribuna do Povo*, occorrida na noite de 4 para 5 do corrente mez. E assim indeferem a dita petição, porque:

1.º A lei deste Estado, n. 109 A, de 30 de Setembro de 1892, que admite a denuncia do ministerio publico, mesmo fóra da prisão em flagrante, nos crimes de damno e furto, não incorre na censura de inconstitucional, visto ter sua razão de legitimidade no art. 34 n. 23 da Constituição Federal que firma a competencia das legislaturas estadoaes para estatuir sobre o direito processual respectivo, no qual se comprehende não só o do modo pratico do exercicio do direito de acção, (formalismo d'esta) como as condições de legitimidade para a manifestação externa d'esse direito, (objectivismo da acção) como demonstrado se vê com profunda erudição e irresistivel clareza na monographia do Dr. João Monteiro publicada na *Revista da Faculdade de Direito*, de 1893, §§ 11 a 14; no parecer da mesma faculdade de que foi relator aquelle illustre professor, sobre o projecto da reforma do Cod. Penal (*Revista da Faculdade*, vol. 11 pags. 114 e 115, de 1894) e tambem em decisões de alguns tribunaes estadoaes, notadamente o de Revista, da Bahia, no accordão publicado a pag. 42 do vol. 5.º n. 1 (Setembro d'este anno) da *Revista dos Tribunaes* d'esse Estado.

Em identicas condições decidiu o tribunal de justiça do Estado do Piauhy, por accordão de 7 de Dezembro de 1893, tendo felizmente encontrado energico protesto d'um seu illustre membro, cujo voto vencido é digno de ser estudado. (16)

2.º Sendo inafiançavel o crime pelo qual verificou-se a prisão preventiva dos pacientes, ordenada pelo juiz de direito, competente para a formação da culpa, não se póde deixar de considerar legitima essa ordem, *ex-vi* do disposto no art. 13 da Lei 2.033 de 1871, muito embora não tivesse havido provocação da parte offendida, mas sómente representação da autoridade policial, art. 29 § 1.º do Reg. n. 4.824, pois, do disposto no artigo 407 do Código Penal, não resulta a limitação d'aquella faculdade aos crimes inafiançaveis que forem denunciaveis pelo ministerio publico, acrescendo que o damno, previsto no § 3.º do art. 329, é equiparado ao roubo e consequentemente passivel, como este, da acção publica. São Paulo, 13 de Dezembro de 1895.—*Souza Lima*, presidente. Indeferi o pedido unicamente pelo 1.º motivo do accordão.—*Brotero*. Votei de accordo com o voto do presidente.—*Xavier de Toledo*. Votei de accordo com os fundamentos do voto do presidente.—*Ignacio Arruda*. Vencido, porquanto, entendendo com a maioria (?) do tribunal que incorre em vicio de inconstitucionalidade a lei n. 109 A de 30 de Setembro de 1892 e não tendo havido flagrante delicto ou representação da parte offendida, considero illegal a prisão dos pacientes, desde que envolvidos em crimes de damno e é certo que pelo n. 1.º do § 2.º do art. 407 do Cod. Penal não ha lugar a acção penal em relação a crimes d'essa natureza, sinão mediante queixa da parte offendida, si não tiver havido prisão em flagrante.—*Ferreira Alves*. Votei contra a soltura pelo segundo fundamento do accordão.—*Oliveira Ribeiro*. Votei com o segundo fundamento.—*Canuto Saraiba*, votei denegando a ordem de *habeas-corpus*, sómente pelo segundo fundamento do accordão.—*Pinheiro Lima*, vencido, de accordo com o voto do Snr. ministro Ignacio Arruda.

(16) Vistos, examinados e discutidos os presentes autos, em que são recorrentes os bachareis Clodoaldo Freitas, Julio Lustosa do Amaral Nogueira, Emygdio Pedreira e capitão Antonio Joaquim Diniz e recorrido o Juiz de Direito da 1.ª vara d'esta Capital, que os pronunciou incurso no art. 319 § 1.º combinado com os arts. 316 e 317 do Cod. Penal :

Considerando que não procede a preliminar suscitada pelos accusados, de ser o promotor publico incompetente para denunciar nos crimes de injurias contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica, em razão do officio *ex-vi* do que preceituam a Constituição d'este Estado art. 71 § 50 n. 2 e o Reg. estadual n. 27 de 18 de Julho de 1892 art. 84 § 3.º n. 4:

Considerando que pelos arts. 34 n. 23 e 65 n. 2 da Constituição Federal, competindo á União legislar sobre o direito criminal e aos Estados sobre o processual da justiça estadual, é visto que a disposição do art. 407 do Cod. Penal, prohibitiva da acção publica nos crimes de injuria, não póde obstar a observancia das leis estadoaes citadas, as quaes são conformes á Constituição Federal, posterior ao dito Código e portanto derogatoria do que n'elle existir de contrario ou inconciliavel com a indole e essencia do regimen federativo ;

Considerando que, segundo os principios scientificos e exemplos de legislações adeantadas, são leis processuaes não só as que traçam as clausulas, requisitos ou formalidades que os actos juridicos devem revestir, como tambem as que constituem os orgãos judiciais, que estabelecem sua marcha e competencia, que regulam o direito de invocar a autoridade publica

O modo de julgar d'esse tribunal, de accordo com o qual julgou o Tribunal de Revista da Bahia, por accor-

(acção) e determinar a creação e organização dos tribunaes, ao passo que são leis criminaes propriamente as que modificam os delictos e prescrevem as respectivas penas.—Pimenta Bueno, Apontamentos sobre o Proc. Crim. tit. prelim. cap. 1.º secção 1.ª n. 2.—Ramalho, Elementos do Proc. Crim. part. 1.ª § 1.º—P. Baptista, Proc. Civil §§ 2.º e 69.—Tribuen, Droit Criminal.—Ortolan, Carré, Cours Elementar da org. judiciaria part. 2.ª liv. 1.º tit. 1.º, Sentença do Supremo Tribunal de 29 de Abril de 1893;

Considerando que a disposição do art. 407 do Cod. Penal não define crimes nem estabelece penas e sim fixa a competencia do promotor publico, delimita suas attribuições, e consequentemente, envolve materia meramente processual, da competencia exclusiva dos Estados, e não criminal, da esphera dos poderes federaes;

Considerando que sempre em nossa legislação foi considerada processual a materia do art. 407, pois o Cod. do Proc. Crim. de 1832 regula o exercicio da acção criminal, publica e particular, destaca-lhe a competencia do ministerio publico, designa os casos de denuncia e de queixa privada, como o fez indevidamente o cit. art. do Cod. Penal, exorbitando do seu objectivo proprio e especial;

Considerando que o art. 83 da Constituição Federal, mandando continuar em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não for contrario ao systema do governo firmado pela Constituição e aos principios n'ella consagrados, autorisa que se observe e se entenda a competencia do promotor conforme estava estatuido na legislação preexistente e como caracteristico processual;

Considerando que essa intelligencia tem recebido a consagração dos Estados, como o de Minas, que pela lei n. 18 de 28 de Novembro de 1893, art. 210, alterou o art. 407 do Cod. Penal, permittindo ao promotor exercer a acção criminal nos casos de calunnia e injuria contra empregado publico no exercicio das suas funcções;

Considerando que é manifestamente inconstitucional e *ipso facto* inexistente o Dec. Federal n. 121 de 11 de Novembro de 1892, que faz extensiva a lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891, quanto á acção publica, ao furto (um dos crimes comprehendidos, a par da injuria, na excepção do art. 407 do Cod. Penal) *de gado de qualquer especie, competindo aos Estados a determinação dos respectivos processos e julgamentos*; porquanto, legislando sobre o caso de denuncia, de exercicio da acção publica, violou a Constituição Federal, art. 34 § 23, em virtude da qual, só aos Estados compete legislar sobre materia como esta, processual, segundo se evidencia do elemento historico do mesmo decreto, em cuja elaboração soffreu viva impugnação, por causa de sua inconstitucionalidade;

Considerando que a lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891, a que faz referencia o citado decreto, é igualmente insubsistente por inconstitucional, visto como manda vigorar o Dec. n. 3.163 de 7 de Junho de 1893 que dispõe:

«Art. 1.º Admitte denuncia e será julgado pelo jury o crime de furto de gado»—invadindo, assim flagrantemente, a competencia dos Estados, pois que o julgamento é acto por excellencia processual;

Considerando que a lei e decretos citados, bem como o art. 407 do Cod. Penal collidem com a Constituição e regulamento estadoaes e com a Constituição Federal, e n'este caso, cumpre aos tribunaes decidir-se por esta que é a Lei suprema do paiz, sobre que se baseam as leis ordinarias e da qual decorre a autoridade e força obrigatoria que encerram;

Considerando que não só é racionalmente inherente á missão do jul-

ção de 19 de Abril de 1895, (17) os fundamentos do seu veredictum, parece, não se compadecerem com o systema

gador a função de, no conflito de leis, decidir-se por aquella que mais conforme for á Constituição nacional, assim como, que se acha expressamente consagrada esta attribuição no art. 59 § 1.º letras a e b do Estatuto Federal ;

Considerando que está plenamente provado o facto delictuoso e a responsabilidade legal dos accusados ;

Considerando que o recorrente, bacharel Clodoaldo Freitas, como juiz de direito que provou sel-o, não podia responder perante o juiz processante *ex-vi* da disposição do art. 61 § 3.º do Dec. Estadual n. 27 de 18 de Julho de 1892 ;

Acordam confirmar, como confirmam, o despacho recorrido, pronunciando os recorrentes, bachareis Julio Lustosa do Amaral Nogueira, Emygdio Pedreira e capitão Antonio Joaquim Diniz nos arts. 319 § 1.º do Cod. Penal combinado com arts. 316 e 317 ; e reformar o mesmo despacho em relação ao recorrente bacharel Clodoaldo Freitas, pelos motivos expostos. Custas pela municipalidade e pelos recorrentes em partes relativas. Theresina, 7 de Dezembro de 1893.

*Augusto Colin*, presidente. Vencido ; votei pela nullidade do processo, por considerar incompetente o promotor publico para officiar no caso vertente, em face da lei criminal vigente que adoptou um plano, essencialmente novo, de competencia do ministerio publico, tornando denunciaveis todos os crimes e exceptuando, apenas em homenagem a preceitos muito sagrados do lar domestico, dos brios do cidadão e das conveniencias pessoais, aquellos, que, como o de injuria, se acham especificados nos ns. 1.º e 2.º do § 2.º do art. 407 do Cod. Penal, a respeito dos quaes cabe sómente proceder por queixa da parte offendida e não em virtude de denuncia do promotor (art. 407 do Cod. Penal). Na hypothese dos autos, a ventilada questão preliminar de incompetencia do promotor, para agitar a acção criminal e promover os termos do respectivo processo, é da maior importancia, sobre tudo attendendo-se que a lei de competencia é de ordem publica o que em tal materia, segundo principio inconcusso do direito, tudo deve ser entendido restrictamente e o que não for expressamente concedido, presume-se vedado (art. 1.º do Cod. Penal.—Dir. vol. 7.º pag. 720 e vol. 61 pag. 113 e Av. de 20 de Agosto de 1851).

Com effeito, a primeira condição do poder, diz Pimenta Bueno, é a sua legitimidade, ou por outra, a incompetencia é um fundamento irrecusavel de nullidade—*non est major defectus, quam defectus potestatis*, ou ainda como exprime Pereira e Souza:—*para validade dos actos juridicos torna-se imprescindivel que seja legitimo e competente o poder que os ditou*. E' verdade que a Constituição estadual no art. 71 § 5.º n. 2 e o decreto n. 27, tambem estadual, no art. 84 § 4.º conferiram ao promotor publico a attribuição de denunciar, nos casos de injurias e calumnias, irrogadas contra os agentes ou depositarios do poder social, em razão do cargo.

Estas disposições de leis estadoaes, porém, forçoso é reconhecer e convir, não podem ter applicação nem effeitos juridicos, por serem incompativeis com oCodigo Penal da Republica e com a Constituição Federal dentro de cujos limites estão restrictamente circumscriptas todas as Constituições e leis estadoaes *ex-vi* do preceito formal e categorico do art. 63 da mesma Constituição Federal que assim se insereve: «cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitadas os principios constitucionaes da União». N'estas condições, dado o antagonismo entre a Constituição Federal, oCodigo Penal, a Constituição e o decreto estadoaes, é dever do juiz ou Tribunal applicar as disposições predominantes, que na especie são as da

federativo, em face de cujos principios, deve ser sempre interpretada a Constituição Federal ou uma lei da União.

Constituição e leis federaes, segundo o regimen federativo adoptado (Story e Ruy Barbosa). Este mesmo principio já foi reconhecido e sufragado pelo mais elevado e mais autorizado interprete das leis, o Supremo Tribunal Federal, e tambem pelo proprio tribunal de Justiça do Estado. Digo que as citadas disposições das leis estadoaes são incompativeis com o Codigo Penal, porque este, em seu art. 407 § 2.º presereveu—*ser caso de queixa da parte offendida o crime de injúria ou calúnnia* e não de denuncia do ministério publico, e com a Constituição Federal, porque esta no art. 65 n. 2 estatuiu :—*aos Estados é facultado em geral todo e qualquer poder que lhes não for negado por clausula expressa da Constituição*, e no art. 34 n. 23 —*ao Congresso Nacional compete privativamente legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processo da justiça federal*. D'onde se deixa vêr claramente que a lei suprema e fundamental do paiz reservou aos Estados a facultade ou o poder de legislar sómente sobre materia processual das justiças estadoaes. Mas, a acção penal de que falla o novo Codigo, no art. 407, será materia de direito criminal e por conseguinte da competencia do Congresso Nacional, ou materia de processo, e n'este caso da competencia dos congressos regionaes ?

Segundo o direito antigo e a opinião dos illustres escriptores, citados no accordão, a acção penal, entre nós, era materia processual, tanto que tinha o seu assento no Codigo do Proc. Crim. arts. 37 e 74. Hoje, porém, no dominio da nova lei penal que nos rege e que consagrou, em suas disposições, como melhor doutrina, adoptada pelos codigos criminaes modernos, especialmente o Codigo italiano, posto em execução a 1.º de Janeiro de 1890 e seguida por jurisconsultos da estatura d'um Garafalo e d'um Pessina, que confeccionaram, dissentiram e prepararam aquelle Codigo, monumento de sabedoria, a acção penal constitue materia de lei substantiva ou parte integrante da lei criminal, e por isso mesmo foi contemplada pelo nosso legislador no ramo do direito que em seu seio encerra sómente materias de direito criminal—o Codigo Penal.

Não se deve confundir a acção, que é o direito de pedir a applicação das penas ou a punição dos delinquentes, com o processo que é o conjunto de formalidades prescriptas pela lei, para regularidade da acção em juizo. O poder que define, enumera os crimes e presereve as penas é o mesmo competente para determinar as acções que podem ter maior ou menor extensão, conforme o legislador julgar conveniente. As leis que regulam a marcha das acções em juizo, são leis processuaes, mas não assim as que têm por fim determinar as mesmas acções, as quaes resultam da consagração de um principio de direito, e, portanto, a acção penal, de que faz menção o Codigo, é materia de direito criminal, sobre que os Estados não podem legislar, desde que a Constituição Federal no art. 34 n. 23, só lhes deu competencia para o que fôr puramente materia de processo das justiças estadoaes.

Tanto assim é, tanto é isso uma verdade que, posteriormente á promulgação do Codigo Penal e do pacto fundamental da Republica, votou o Congresso Nacional, não só a lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 mandando revigorar o Dec. n. 3.163 de 7 de Julho de 1883 que dava ao promotor publico a attribuição de denunciar os crimes de furto de gado vacuum, cavallar e muar, e dos productos da lavoura, si não tambem o Dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892, em que o mesmo Congresso, melhor explicando, esclareecendo e desenvolvendo o seu pensamento, contido na lei n. 21, tornou extensiva a acção publica, alli mencionada, ao furto de gado de qualquer especie e declarou *competir aos Estados a determinação das fórmas dos processos e julgamentos respectivos*. Ora, desde que o Congresso

Vimos que a faculdade, pretendida pelos Estados, para a determinação da acção publica ou privada iria nulli-

Nacional, poder competente, deliberou sobre a materia d'esse e de outro projecto, convertendo-os em leis do paiz, é manifesto que, por essa fórma, firmou sua competencia, dando, ao mesmo tempo, ao Codigo Penal e á Constituição Federal interpretação declarativa, de que a acção penal é materia de direito criminal, e não de direito processual—da competencia das justicas dos Estados; porque, do contrario, teria rejeitado esses projectos, como excedentes das suas attribuições.

Quando se trata de conhecer uma lei, declara o eximio mestre de direito—P. Baptista:—o seu elemento historico é de subido valor; porque, ás vezes, a historia da lei é a sua melhor analyse. Recorrendo-se á historia da lei fundamental da Republica Brasileira e das leis orgánicas supracitadas, depara-se ahí com os seguintes dados, que derramam bastante luz sobre o assumpto. Por occasião de ser discutida a Constituição Federal, duas escolas surgiram no seio do congresso constituinte, uma, queria que o direito civil, commercial, criminal e processual pertencesse aos Estados, e outra, chefiada pelos distinctos juriconsultos José Hygino e Amphilophio, propugnava pela unidade da legislação, e venceu, escapando apenas da competencia da União o direito processual, sob proposta do Dr. Leovigildo de Filgueiras, segundo consta dos annaes parlamentares.

Quando, tamem no Congresso Nacional, discutiu-se a materia do projecto de lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 e do projecto do decreto n. 121 de 11 de Novembro de 1892, as opiniões se mostraram divergentes, entendendo uns que a materia de ambos era exorbitante da competencia do Congresso Federal, e entendendo outros, ao contrario, que ella cabia na esphera de suas attribuições e que a theoria opposta é que era inconstitucional, erronea e perigosa, porque feria a Constituição federal e tendia a anarchisar, no paiz, a legislação criminal; que a bem da União, quiz o legislador que fosse unitaria. Em uma e outra casa do parlamento foi vencedora a ideia de que a acção penal é materia de direito criminal e não de direito processual, ideia que recebeu a sancção do Presidente da Republica, sendo ambos os projectos mandados promulgar, como leis dos Estados Unidos do Brazil. Mas, votando a lei n. 21 e o Dec. n. 121, o Congresso Nacional procedeu dentro do circulo traçado pela Constituição Federal, ou ultrapassou os poderes que n'ella lhe foram conferidos pelo legislador constituinte? Por leis inconstitucionaes, segundo o grande e profundo estadista Ruy Barbosa, se entendem aquellas que excedem os poderes do Congresso Nacional. Estarão a lei e o decreto supracitados n'estas condições?

Não, certamente.

Conferindo a Constituição Federal, no art. 34, poderes expressos ao Congresso Nacional e não podendo mencionar todos, conferiu-lhe ao mesmo tempo, sob a formula geral, outros «implicitos», quaes os dos ns. 33 e 34 do mesmo art. 34, isto é, o poder de «decretar leis e resoluções necessarias ao exercicio dos poderes que pertencem a União, e o de decretar leis orgánicas para completa execução.» Ora, a faculdade de interpretar declarativamente ou de explicar o art. 34 n. 23 da Constituição Federal (o que não importa uma reforma constitucional) não póde deixar de estar comprehendida nos poderes «implicitos» contidos naquelles §§ 33 e 34, a menos que não tivessem effectividade os poderes delegados á União e completa execução a mesma Constituição.

Foi em virtude d'esses poderes que o Congresso Nacional, em sua ultima sessão, apresentou e discutiu projectos de lei referentes aos arts. 20 e 42 da lei fundamental, aquelle, sobre immunidades parlamentares, e este, sobre a eleição de presidente da Republica. Disposição identica á da Con-

ficar a vontade do legislador nacional a qual presume-se ser a vontade de todo o paiz.

stituição Federal Brasileira, ha sido entendida por egual fórma, nos Estados Unidos da America do Norte e na Republica Argentina que se regem por constituições eguaes á nossa. Dir. vol. 61 pag. 109. Prover as necessidades do exercicio dos poderes federaes e completar a execução da lei constitucional são actos que entram na competencia do Congresso Nacional e não na competencia do judiciario federal, que tem attribuições especificadas. (Art. 34 ns. 33 e 34 da Constituição e Dir. vol. 61 pag. 121.)

O proprio Supremo Tribunal Federal, que no dizer do eminente parlamentar Dr. Manoel Victorino é o poder, por excellencia, fiscalizador do cumprimento da Constituição Federal pelos poderes federaes e estadoaes, já reconheceu a constitucionalidade da lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 e o Dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892, como se evidencia do seguinte «considerando» de uma sentença sua publicada no Dir. vol. 61 pag. 222: «Aos recorrentes, continúa livre o seu direito de proporem a acção competente contra os membros actuaes da junta, para se substituirem a elles no exercicio dos respectivos cargos, si não fôr attendida a contestação, que deverão fazer aos membros nomeados pelo governador, da perfeita constitucionalidade da lei no principio consagrado na Constituição Federal «de pertencer ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, criminal e commercial, competindo aos congressos estadoaes a regularisação da fórma dos «processos e a criação e organização dos seus tribunaes.»

Pelo que acima demonstrado fica, conclue-se logica e evidentemente que a Constituição Federal não é derogatoria do Codigo Penal, que subsiste, em completo vigor, em todos os seus artigos e paragraphos, e que nada tem de repugnante com a natureza e indole do systema de governo federativo que nos rege. As disposições das leis estadoaes impugnadas, em face da Constituição e do Codigo Penal, envolvem e symbolisam uma invasão de attribuições do poder federal, invasão, que poderá trazer como consequencia o desequilibrio e a desharmonia entre os dois poderes federal e estadual, e, por consequinte, o enfraquecimento das forças da Nação e do Estado.

Segundo o mechanismo das novas instituições, esses dois poderes devem girar, cada qual dentro da esphera, que lhes foi traçada pela Carta Constitucional da União. Embora elles existam e se exercitem, como diz um illustre publicista, nos mesmos limites territoriaes e com relação a um mesmo povo, todavia são inteiramente separados e independentes, e é precisamente n'essa separação, n'essa independencia, que está a harmonia dos principios, a belleza do systema, a garantia dos direitos individuaes e o senhor da paz publica e da estabilidade social.

Si os Estados podessem, dentro dos limites da sua esphera, legislar sobre a materia concernente á «determinação das acções,—materia criminal, da competencia do Congresso Nacional—á conclusão seria o aniquilamento completo do regimen, pela invasão do poder estadual em assumpto das attribuições do poder federal.

Entretanto, com relação ás fórmas, para regularisação das acções determinadas pelo poder competente, a competencia dos mesmos Estados transparece á luz dos preceitos constitucionaes; podendo, n'este particular, adoptar os principios e regras que tiverem por melhor. (Dir. vol. 61, pag. 111 e 112).

Considerar a acção penal materia de processo, em vista das leis federaes, é attentar contra a unidade da legislação criminal, que, na phrase de Woolsey, é uma das condições da federação; é desconhecer a indole do systema politico federal; é desnaturar o principio da inteira separação e independencia dos poderes federal e estadual, em summa, estabelecer a confusão, a

Pois que se trata tão simplesmente de interpretação do art. 407, em confronto com a disposição do art. 34 n. 23

balburdia e a anarchia no seio d'elles, quando é certo que um dos principios basicos do systema «da dualidade judiciaria com um funcionamento paralelo» é a prohibição consagrada do art. 162 da lei fundamental, como uma garantia de autonomia e independencia das justicas federal e estadual.

No Estado de Minas, é exacto, o congresso respectivo, votando a lei n. 18 de 28 de Novembro de 1891, consagrou, em seu art. 210, disposição igual á das leis estadoaes, de que tratam os outros; mas, tambem não é menos verdade, que alli, a lei n. 18 votada, tem sido contestada por inconstitucional, não só por parte do procurador geral do Estado, como pelo juiz substituto de S. João de El-Rei. (\*)

Finalmente, em apoio e sustentação da doutrina exposta ahí está ainda a valiosa e respeitavel opinião do illustre professor de Direito Criminal, o Dr. João Vieira, que actualmente occupa uma cadeira no seio da representação nacional.

A acção penal de que trata o novo Código, diz elle, é materia de lei «substantiva», e, como tal, da competencia do Congresso Federal; é esta a interpretação que á Constituição tem dado o mesmo Congresso—com a votação da lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 e Dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892.

Emquanto o Congresso Federal não votar uma lei, conferindo ao promotor publico competencia para denunciar e promover os termos do processo nos casos de injurias e calumnias dirigidas contra os depositarios do poder social em razão do cargo, *ad instar* do que fez quanto aos crimes de furto de gado e de productos da lavoura, permanece em seu inteiro vigor, como disposição da lei unitaria, o art. 407 do Código Penal. N'este presupposto assim votel, levado pela convicção de que a especie dos autos não era caso de denuncia do ministerio publico e sim somente de queixa da parte do honrado governador do Estado, o Exmo. Snr. Dr. Coriolano de Carvalho e Silva, por ser esta a verdadeira doutrina, a doutrina que se harmonisa com a letra e espirito dos codigos penal e fundamental da Republica, que, como leis unitarias, não podem ser alteradas pelos poderes legislativos estadoaes nem inobservadas pelas justicas da União e dos Estados.

Tratando do estylo dos codigos, Bentham, esse espirito superior e logico que faz o orgulho da Inglaterra, disse que «as suas palavras» devem ser pesadas como os diamantes e que a phrase legal deve ter força, harmonia e nobreza.

De accordo com os meus illustres collegas, votei tambem pela incompetencia do juiz processante, e, por consequente, pela reforma do despacho recorrido; quanto ao accusado bacharel Clodoaldo Freitas, que tendo provado ser juiz de direito, não pôde responder a processo perante juiz de categoria igual á sua, como preceituam os arts. 29 § 2.º da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871 e 61 § 3.º do Dec. estadual n. 27 de 18 de Julho de 1892.—*João Gabriel Baptista*, relator.—*Clementino de Aguiar*.—*Burlamaqui*. Vencido na preliminar da nullidade, nada oppondo á procedencia do facto principal. Foi voto vencedor o do Sr. Desembargador Osorio Mendes.

(\*) Foi mesmo em virtude do relatório do Sr. Procurador Geral do Estado de Minas que as assembleas d'esse Estado votaram a Lei n. 72 de 27 de Julho de 1893, em cujo art. 42 lê-se: «A acção publica regular-se-á pelas disposições da legislação federal, revogado o art. 210 n. 1.º da lei n. 18 de 28 de Novembro de 1891.»

da Constituição Federal, não virá fóra de proposito o que ensina um commentador da Constituição Americana para

(17) Accordão em Tribunal de Revista, que exposta e discutida a materia da causa, dão provimento ao recurso intentado, não como pretende o juiz recorrente, por desharmonia entre a decisão recorrida e a evidencia resultante dos debates e provas dos autos, mas pela manifesta nullidade do processo desde seu inicio em razão da incompetencia do Ministerio Publico para promover, como promoven, os termos da acção—independentemente de provocação do representante legal do paciente.

De feito:

Nos delictos de violencia carnal, qual o de que tratam os autos, é por via de regra inadmissivel a acção publica. Em taes delictos—dil-o explicita e terminantemense o art. 407, § 2.º, n. 2, do Codigo Penal—sómte caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274—isto é, excepto;

«1.º, si a offendida fór miseravel ou asylada de algum estabelecimento de caridade;

«2.º, si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

«3.º, si o crime fór perpetrado com abuso do patrio poder ou da autoridade do tutor, curador ou preceptor.»

Ora, no caso occorrente, não se verifica absolutamente nenhuma dessas duas ultimas hypotheses.

E, quanto á primeira, foi o Codigo Penal na parte a ella referente, alterado, entre nós, pelo art. 99 § 3.º da Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892, que em todos os casos de acção privada, isto é, sómte intentavel por queixa da parte, fez terminantemente depender a intervenção do Ministerio Publico, nos termos respectivos, nem só da circumstancia de ser o offendido pessoa indigente, como ainda mais, da *precedencia* do requerimento d'este «ou do seu representante legal.»

Em taes condições, pois, é obvio, que a falta de provocação da Promotoria Publica pelo representante legal da offendida,—(já que d'esta, por ser ainda menor ao tempo do allegado crime, não podia partir tal provocação), determinando a prevalencia, na especie, da regra geral da incapacidade da acção publica, tornou illegitima a intervenção do advogado da justiça na presente causa, dando lugar, d'essarte, á invalidade do processado.

Ponderou se—é certo—por occasião da discussão do assumpto: d'um lado—que, tratando o citado dispositivo do art. 407 § 2.º n. 2 do Codigo Penal—de materia de *competencia* e, em taes condições, *não podendo ser modificado em nenhuma das suas partes, por lei estadual qual a de 15 de Julho citada*, devera-se a esta preferir o mesmo dispositivo, para considerar-se, legitima no caso, a intervenção do Ministerio Publico, uma vez que não se deixará de demonstrar a indigencia da offendida; e d'outro lado:—que fóra, a requerimento do irmão d'esta, que o Promotor publico interferira na hypothesis, e, desde que o primeiro era e não podia deixar de ter-se como representante legal da segunda, mui legitimamente provocára elle a favor d'esta acção official do representante da Justiça publica.

A improcedencia, porém, de qualquer d'essas razões é manifesta.

Realmente:

Quanto á primeira, é incontestavel que só o que no Codigo Penal constitue direito material ou *substantivo*, segundo a expressão de Bentham, direito, cuja unificação a Constituição Federal (art. 34 n. 23) manteve na dupla esphera do direito privado (civil e commercial) e do direito penal,—isto é, sómte o conjunto dos preceitos propriamente penaes, ou qualificativos dos crimes e comminatorios das penas respectivas—é que são insuscetiveis de modificação por parte dos poderes legislativos estadoaes.

casos como este e para outros semelhantes. Ouçamos a sua palavra autorizada :

No tocante ás disposições, referentes ao chamado direito *adjectivo*, ou processual, (e não são poucas as d'esse genero contidas no precitado Código) estas, inquestionavelmente, podem ser alteradas como approuver áquelles poderes, *ex-vi* do proprio citado dispositivo constitucional, que, attribuindo ao Congresso Nacional competencia privativa para «legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica, e processual da JUSTIÇA FEDERAL», deixou, por este modo, inteiramente livre aos corpos legislativos estadoaes o organisarem as legislações processuaes dos respectivos estados, como bem entendessem, uma vez «respeitados», está entendido, «os principios constitucionaes da União» (Constituição da Republica art. 63), e bem assim os preceitos da legislação geral, comprehendidos na esphera *substantiva*, cuja invasão pelos poderes legislativos estadoaes, acarreta *ipso facto* tanto quanto a do Estatuto ou Carta Federal, a invalidade das leis d'estes poderes emana-das. (Citada Constituição art. 59 n. 3, § 1.º, letra b).

Ora, o direito processual—designado hodiernamente pela expressão mais apropriada e mais comprehensiva de direito *judiciario*—se biparte em dois ramos ou departamentos, perfeitamente caracterizados, é certo, *mas inteiramente connexos ou inseparaveis*; a) um—o direito formal ou processual no sentido estrieto—relativo ás formulas e termos que devem ser observados para a apuração da verdade nos juízos penaes; b) o outro—a *organisação judiciaria*—que entende com a determinação da ordem, das jurisdicções, com o estabelecimento dos diversos órgãos, pelos quaes se exercitam as funções do organismo judicial, com a predelimitação, emfim, do circulo de acção de cada um d'esses órgãos, isto é, com a fixação das respectivas competencias ou attribuições. Verdade seja, que não tem deixado de haver quem, obedecendo á tendencia geral da especialisação «cientifica, determinada, aliás, pela necessidade da divisão do trabalho intellectual, entenda que os dois preditos ramos, no ponto de vista scientifico, constituem duas disciplinas distinctas, autonomas, e que, consequentemente, cumpre estudal-as á parte ou em separado. Esse, porém, não é o sentir dominante e nem absolutamente pôde ser acceito, porquanto, como adverte o notavel professor de direito e processo criminal na Universidade de Messina, «impossível é separar a materia referente ao processo penal—as normas e as fórmias que se devem seguir para obter a reintegração da ordem juridica—da que respeita á organisação da magistratura e ás suas funções. (FERDINANDO PUGLIA, Manuale di Procedura penale, 2.ª ed., pag. 11.)

Seja, porém, como fôr, e dado que, sob o aspecto scientifico, se deva, de facto, considerar a segunda materia separadamente da primeira, a verdade é que tal separação não tem razão alguma de ser na esphera da legislação.

N'esse terreno, ou os preceitos relativos á organisação judiciaria e os attinentes ao processo, formem ou deixem de formar um só corpo de leis, elles constituem um todo compacto e uniforme; devendo-se considerar a primeira materia—parte integrante da segunda, e d'ella portanto inseparavel—para o effeito de ter-se como competente para estabelecer as normas referentes áquella, o mesmo poder a quem incumbe legislar sobre esta. Nem d'outra sorte—seja dito—se ha entendido entre nós. Ahí estão as leis respectivas que deixam esse ponto superior a toda controversia.

Mas, si assim effectivamente é, si aos poderes legislativos estadoaes cabe competencia para legislar nem só sobre o direito processual no sentido estrieto, como sobre a *organisação judiciaria* dos respectivos estados, é evidente que a Lei estadual, que, como a citada de 15 de Julho, sem invadir a esphera nos preceitos penaes propriamente ditos, limita-se, como na especie,

«Na interpretação de um poder, devem ser considerados como parte do mesmo poder, todos os meios ordinarios e apropriados á sua execução. Isto resulta da propria natureza e fim de uma Constituição; ao conferir o poder ella o não limita a uma fôrma de execução exclusiva de todos os outros». (18)

Si, entrando na competencia do poder federal, a attribuição de legislar sobre o direito criminal, não entrasse simultaneamente a de fazer executar a lei penal por meio

---

a traçar as normas a seguirem-se em relação á propositura da acção privada em particular, e que, não só mantendo a instituição do Ministerio Publico (que alias podia ter abolido), como conservando-lhe a competencia para intervir nas acções d'aquella especie (competencia que por igual poder-lhe-ia ter tirado *in totum*) faz depender, em todo o caso, tal intervenção—d'essa ou d'aquella condição, como a exigida no citado art. 99 § 3.º da Lei n. 15— a Lei estadual que assim procede—não estatuinto absolutamente sobre o direito substantivo, não provendo em relação á materia penal, e portanto, gyrando no circulo traçado aos poderes legislativos estadoaes pelo citado art. 34 n. 23 da Constituição da Republica—não pôde deixar de ser acatada pelo poder judiciario, mui embora convenha essa ou aquella norma de natureza processual contida noCodigo Penal, a cujos autores fallecia absolutamente poder para, pela só inserção de prescripções d'essa especie entre seus dispositivos, fazel-as mudar de natureza, isto é convertel-as em *adjectivas* em *substantivas*.

No que respeita ao segundo argumento não colhe elle mais do que o primeiro.

Realmente, pelo simples facto de ser-se irmão d'um menor, não se é representante *legal* d'este. A representação *legal* das pessoas naturaes—á qual se dá igualmente, como a das pessoas juridicas, o qualificativo de *necessaria*—é—segundo a propria expressão está a indicar—filha da Lei; funda-se sempre n'uma «*prescripção legal*» (PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. II n. 143.)

Ora, nenhum dispositivo existe em nossa legislação que, em hypothese alguma e para qualquer fim, confira a alguém, pela simples circumstancia de ser irmão d'outro, de menor idade, e ainda que sem os respectivos paes a representação juridica d'este.

Consequentemente, não se pôde ter o irmão da offendida como representante legal d'ella, quer para os effeitos extrajudiciaes, quer para os judiciaes.

N'estas condições, pois, não sendo licito aquelle requerer, nos termos do já citado art. 99 § 3.º, da Lei n. 15, a intervenção do Ministerio Publico, em relação á especie, não ha, tambem, contestar a illegitimidade d'essa intervenção e a consequente nullidade do todo o processado. Bahia e Tribunal de Revista, 19 de Abril de 1895.—*Salvador Pires*, V. P.—*Lopes de Castro*, relator.—*Americo Barretto*, vencido quanto ao fundamento do Accordão. Concedi a revista quanto a nullidade do plenario.—*J. Spinola*, vencido.—*Pacheco de Mello*.—*Castro Lima*.—*B. Dantas*.—*Cotrim*.—*J. Aguiar*. Concedi a revista por nullidade do plenario. *P. Mariani*, vencido.—*Souza Lima*. Fui presente.—*Rezende*. Deixou de votar, por impedido, o Exmo. Sr. Commendador Vasconcellos.

(18) Story, § 430.

da acção publica, medida ou determinação indispensavel para sua boa e uniforme execução em toda a Republica, teriamos que esse poder federal tornava-se impotente para conseguir os fins a que se destina e isso repugna á indole do systema federativo adoptado e á propria organização social, para cujo desenvolvimento faz-se preciso estirpar, ou, pelo menos, punir uniformemente, em casos identicos, o individuo criminoso.

Outras regras porém ainda nos fornece o escriptor Americano e que nos parecem adaptar-se á questão:

«Todas as vezes que o poder dado ao governo geral precisa, para ser efficaz e adequadô ao seu fim, de ser exclusivo, verifica-se o caracter da justa illação de que é elle realmente exclusivo; e n'esta hypothese importa pouco si é ou não exercido.

«Todas as vezes que o poder, por sua propria natureza, não é incompativel com o poder simultaneo da parte dos Estados, já quanto á sua natureza, já quanto ao seu exercicio, pertence elle aos Estados».

Taes são algumas das regras indicadas pelo illustrado escriptor para interpretação dos textos constitucionaes, as quaes têm perfeita applicação á questão.

Que devemos concluir d'ahi?

Confrontado o art. 407 do Codigo Penal com a disposição constitucional que deu aos Estados a faculdade de legislar, verifica-se que não poderiam ser efficazes as disposições da lei penal, ou, pelo menos, que haveria possibilidade de conflicto entre ella e as leis estadoaes, si não fosse competente a União para declarar a uniformidade da acção penal em todo o territorio da Republica.

E, si é claro que ha incompatibilidade na simultaneidade de competencia da União e dos Estados para a determinação da acção penal, forçosamente devemos concluir, *a contrario sensu*, em attenção á ultima das regras acima, que só á União deve caber esse poder, só ella pôde ter essa competencia.

Naturalmente, assim o comprehendeu o Supremo Tribunal Federal por accordo de 27 de Janeiro de 1896, confirmando a sentença do tribunal de S. Paulo acima transcripta, (19) não pelos seus fundamentos de inconstitucionalidade do art. 407, mas tão sómente por achar-se o indiciado pronunciado e vigoñar naquelle Estado o art. 18 § 2.<sup>o</sup> da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871, que não admite constrangimento illegal na prisão determinada por despacho de pronuncia ou sentença de autoridade competente. (20)

Foi ainda firmado nos mesmos principios federati-vos e preceito constitucional que o Supremo Tribunal adoptou a doutrina que sustentamos, annullando em revisão um processo crime de acção privada intentado por denuncia da promotoria publica d'uma comarca de S. Paulo, onde se pretendeu que o Estado tinha competencia para restringir ou ampliar o art. 407 no que elle tem puramente de direito. (21)

---

(19) Vide nota 15, pag. 18.

(20) Vide Dir. vol. 71 pag. 266.

(21) Vistos, expostos e discutidos estes autos de revisão criminal em que é recorrente o réo Evaristo da Silva, condemnado pelo Jury da Comarca da Franca, Estado de S. Paulo, como incurso nas penas do art. 332 do Código Penal:

Considerando que procede a allegação da nullidade do processo por ter sido iniciado em virtude de denuncia do promotor publico incompetente para dal-a no crime de furto, attento o disposto no art. 407 § 2.<sup>o</sup>, n. 1, do Código Penal;

Considerando que essa nullidade subsiste apezar da Lei de S. Paulo n. 109 A, de 30 de Setembro de 1892, que admite o procedimento official no crime de que se trata;

Considerando que, com effeito, a citada lei estadual é inconstitucional, porquanto, ao poder legislativo dos Estados, cabe sómente legislar sobre o direito processual e não sobre as materias de direito criminal, propriamente dito, as quaes foram privativamente reservadas ao poder legislativo da União. (Const. Federal, art. 34 n. 23);

Considerando que, si a acção como demanda, pertence ao direito processual, como direito de demandar em juizo (*jus perseguendi*) pertence ao direito denominado substantivo (direito material em contraposição ao formal), segundo a distincção classica igualmente admittida, que o legislador constituinte não podia ignorar nem deixar de ter em vista ao traçar a linha divisoria entre a competencia legislativa da União e a dos Estados em materia juridica;

Considerando que com essa distincção se harmonisam as disposições

Foi, entretanto, como vemos da nota supra, voto vencido o do Snr. ministro Americo Lobo que, fundado na impossibilidade da creança subtrahida dar queixa contra seu offensor, em não ser conciliavel a disposição do art. 388 do Codigo com o dever do promotor apresentar denuncia nos casos de omissão do registro de nascimentos e em outros argumentos constantes do seu voto, pensava que a disposição do art. 34 n. 23 da Constituição Federal podia se harmonisar com a lei n. 109 A, do Estado de S. Paulo, a qual peremptoriamente alterou o art. 407 do Codigo na parte de direito que contém.

Com a devida venia, notamos que a argumentação do illustrado ministro, si, *de jure constituendo* é inteiramente procedente até certo ponto; *de jure constituto* pode provar que o legislador brasileiro foi defeituoso na confecção do Codigo Penal, como que deixando impune, em algumas hypotheses, o crime de parto supposto, pela impossibilidade de um offendido interessado na punição do facto, mas, não

---

do art. 407 do Codigo Penal, e que, portanto, taes disposições não podem ser alteradas por leis estaduais;

Dão provimento ao presente recurso, para julgar, como julgam, nullo todo o processo. Supremo Tribunal Federal. 31 de Março de 1897.—*Aquino e Castro*, presidente.—*José Hygino*.—*Pindahyba de Mattos*.—*João Pedro, Ribeiro de Almeida*.—*Perreira Franco*.—*Bernardino Ferreira*.—*Figueiredo Junior*.—*Americo Lobo*, vencido. O Codigo Penal promulgado antes da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, substituindo a queixa da parte offendida, fórma ainda viva da vindicta particular, pela denuncia do Ministerio Publico, excluiu esta nos crimes de furto e damno, em que não haja prisão em flagrante, e nos crimes previstos nos arts. 266-271, salvo as excepções do art. 274, assim como nos dos arts. 279, 285, 315 e 320, a que poderia acrescentar o do art. 276 *in fine*.

Si a reforma em si boa, outro tanto não affirmo em relação ás excepções postas, uma das quaes, a do art. 279 § 2.º, está acima de toda e qualquer duvida, por não existir adulterio desde que assinta o conjuge-leso. Sobreleva a impossibilidade do filho substituído ou sonogado pela mãe, dar queixa contra ella, até a idade de quatro annos, que é o tempo da prescrição do crime de parto supposto (arts. 85 e 285.)

A necessidade da queixa, dada pela creança subtrahida ou por seu representante (?), não se coaduna com a denuncia obrigatoria do Ministerio Publico acerca da omissão do registro do nascimento (art. 388) e tão pouco com a denuncia do crime classificado no art. 290. Menos se justifica a excepção relativa aos crimes de violencia carnal e rapto: o ultraje publico ao pudor, sem offensa á honestidade pessoal de alguém, é de acção do promotor da justiça (art. 282; mas depende da queixa da pessoa offendida, quando

nos parece que possa servir de fundamento para interpretar-se o texto constitucional em favor da competência dos Estados para a determinação da acção penal.

Ha inconvenientes ali, que seria de bom aviso evitar. Não seria, por exemplo, a vantagem de ver punidos os crimes de parto supposto, ou a necessidade de serem conciliadas algumas disposições de interesse quasi exclusivo da pessoa offendida ou da sua familia, em respeito a cuja honra fez a lei algumas concessões, que suavisariam os perigosos effeitos de uma interpretação do art. 34 n. 23 da Constituição Federal em favor da competencia dos Estados, que, a pretexto de legislarem sobre o processo ou sobre organização judiciaria, iriam invadindo a esphera da competencia da União, dispondo para casos de interesse geral, da exclusiva competencia do Congresso Nacional, pelos principios federativos dominantes.

Defectuoso como é, o Codigo Penal relativamente a esse e a alguns outros pontos, cumpre ao poder legisla-

---

consistir n'um estupro ou n'um rapto; da mesma fôrma, pertencem á acção publica quaesquer violencias ou ameaças irrogadas a quem quer que seja (arts. 180-184; mas escapam d'essa denuncia, si forem acompanhadas de execução de acto libidinoso; a honra da mulher offendida só pôde ser vingada pela paciente; todavia, ninguém consulta a vontade da miseravel ou da asylada, e basta que seja o offensor um preceptor para que se legitime a denuncia do órgão da justiça. Assim quanto ás injurias: por mais atrozes e disseminadas que sejam, só ao offendido compete querellal-as; isto não obsta a que o Ministerio publico inicie e prosiga no processo, si dirigidas com o fim de provocar duello ou em pena de sua rejeição (art. 314) ou si effectuadas com instrumento aviltante (art. 305).

Não admite acção official o crime de damno equiparado ao roubo pela violencia de que se revestiu (art. 329 § 3.<sup>o</sup>), nem o crime de furto de objectos tão insignificantes, que seja affecto ao julgamento de tribunaes correcçionaes.

Promulgado o Codigo Penal, sobreveio a Constituição da Republica que autorizou os Estados a legislarem sobre o direito processual de suas Justicas, e lhes conferiu a facultade de amnistiar e perdoar os crimes communs e os delictos politicos que não interessarem á União (art. 34 ns. 23, 27 e 28, art. 48 n. 6, arts. 63 e 65 § 2.<sup>o</sup>; lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 art. 83). Logo que se organisaram os Estados, operou-se uma reacção contra as excepções do art. 407 do Codigo e outros preceitos adjectivos n'elle intercalados: o Estado de Minas Geraes, por exemplo, no art. 210 (infelizmente agora revogado) da lei n. 18 de 28 de Novembro de 1891, instituiu a acção publica nos crimes de furto e damno; no mesmo anno se publicou a lei federal n. 21 de 24 de Outubro, mandando subsistir o decreto n. 3.163

tivo acompanhar o modo de julgar dos tribunaes e, inspirando-se nas decisões que forem calmas e reflectidas, corrigir os erros do legislador provisório, dando-nos novo Código ou leis complementares do actual, como nos deu a lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 e a lei n. 121 de 1893.

De facto, si a lei é feita para remover e attender as necessidades de um povo, sómente a pratica poderá dizer si ella corresponde ou não aos fins para que fôra creada.

Applicando a lei aos casos occurrentes, só os tribunaes poderão fixar, dentro dos limites constitucionaes, si é ella boa ou má, perfeita ou incompleta, e o poder legislativo andar sempre bem orientado, si de accordo com decisões sabias fôr supprindo as lacunas da nossa legislação.

Para nós, na republica federativa o poder judiciario é o poder por excellencia destinado a reprimir os desmandos e inadvertencias do poder legislativo.

---

de 7 de Julho de 1883. No anno seguinte dispoz o art. 16 da lei n. 76 de 16 de Agosto, que no Districto Federal haja procedimento official nos crimes de furto, desde que seja provocado por queixa escripta ou verbal, reduzida a termo.

Poucos dias depois o Congresso Paulista decretou, em 30 de Setembro, a lei n. 109 A, de que se trata nos autos.

Essas e outras leis reactoras encontram plena justificativa na necessidade imperiosa da repressão dos delictos. A diffamação systematica, brandida como arma de guerra contra os orgãos dos poderes politicos da União e dos Estados, pôde exigir que sejam punidas as affrontas mediante acção publica; vae n'isto um direito ou antes um dever de conservação da ordem social. O poder nacional ou estadual não deve ficar manietado ante os autores de crimes de sensualidade animal que se reproduzem n'esta ou n'aquella zona, multiplicados pelo contagio da imitação e pela impunidade. Cabe a mesma observação quanto aos crimes de damno e furto, cuja execução é favorecida pelo modo como se guardam os productos agricolas, em sitios isolados e accessiveis, e como erram os rebanhos em pastagens francas.

Tenho para mim que a lei paulista, ora fulminada, é não só conveniente e necessaria, mas obedece aos dictames do Pacto Federativo, que ella pratica e desenvolve; sua legitimidade deriva-se *prima facie* da citada lei federal n. 76, a qual, acatando as raízas da competencia dos Estados, que não quiz transpôr, limitou o dispositivo do seu art. 16 sómente a este districto.

Já me referi ás anomalias do art. 407 § 2.º do Código, cujas excepções exceptionadas apagam a differença estabelecida outr'ora, entre crimes publicos e particulares; não ha, pois, desconhecer que em todos os delictos seja lesado o Estado e o confirma o art. 408, quando em todos os termos das

Tem-se, entretanto, affirmado competencia aos Estados para a determinação da acção publica e privada, com fundamento no § 9.º do art. 72 da Constituição, que garante a todos indistinctamente o direito de representar mediante petição aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

O sr. ministro Americo Lobo formulou assim o seu argumento: «Este artigo innovou o art. 407 do Codigo onde não se vê sequer o esboço da denuncia popular, á qual corresponde, para os Estados, a que se applica o direito de decretar a acção publica nos delictos communs.»

Si é certo que a boa interpretação repelle a analyse de uma dada disposição da lei isoladamente e em qualquer assumpto é sempre perigoso esse modo de penetrar-se nos intuitos do legislador, maximé, quandô, interpretando, temos de obedecer a principios importantes como são os federativos sobre que assenta a Constituição, é claro, que confrontando-se o § 9.º do art. 72 com outras disposi-

---

ações intentadas por queixa, torna obrigatoria a audiéncia do Ministerio Publico. N'estes termos, não importa a distincção constitucional acima feita, infringente da regra juridica, que prohibe distinguir onde a lei não o fez.

Em verdade, si o *jus persequendi* faz parte indivisivel do direito substantivo, como diz a sentença, é certo que elle é ainda mais inseparavel do offendido, a quem se não póde recusar.

Portanto, não viola lei alguma o Estado que, assoberbado pela propagação de certos delictos, sob a immineéncia do desbarato da fortuna particular e do imperio da immoralidade, instituir a acção publica para reprimil-os.

A constituição Federal, ampliando o theor do art. 179 n. 30 da Carta de 25 de Março de 1824, dispoz no art. 72 § 9.º:

«E' permittido a quem quer que seja representar, mediante petição aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.» Este artigo innovou o art. 407 do Codigo, onde não se vê sequer o esboço da denuncia popular, á qual corresponde, para os Estados a que se applica, o direito de decretar a acção publica nos delictos communs. O Codigo do Processo Criminal e todas as novas leis adjectivas contrariam a distincção constitucional que impugno, porque comprehendem em si o *jus persequendi*. Outra contrariedade lhe offerecem as leis republicanas, mostrando que os autores da Constituição e do Codigo Penal jamais cogitaram d'elle.

O projecto de Constituição foi publicado primitivamente sob o n. 510, aos 22 de Junho de 1890, e no § 10 continha o § 9.º acima transcripto (art. 72). Aos 11 de Outubro, promulgaram-se o Codigo Penal, sob n. 847, e n. 848 o decreto organico da Justiça Federal. Pois bem, no art. 52

ções da mesma Constituição, havemos de concluir pela improcedencia da extensão que se tem pretendido dar áquelle § 9.º do artigo 72.

Como poderá corresponder á acção popular de que trata o texto constitucional, o direito dos Estados decretarem a acção publica e privada?

Não é isto materia de direito criminal da competencia do Congresso Nacional?

A ampliação que fez a Constituição do art. 407 não chega a tanto.

Realmente, a todos em geral é permittido representar contra os abusos das autoridades, denuncia-las e promover-lhes a responsabilidade, respeitadas porém os preceitos constitucionaes.

Si a Constituição reservou o direito de legislar sobre o direito propriamente dito ao Congresso Nacional, parece evidente, quanto á materia de que nos occupamos, que o § 9.º do art. 72 deve estar, quanto possivel, subordinado ao n. 23 do art. 34 da mesma Constituição, a menos que não queiramos admittir uma prejudicial contradicção entre os textos constitucionaes.

Visto que a determinação da acção penal entra na ordem das leis substantivas, a faculdade conferida a quaes-

---

do ultimo decreto se confere a qualquer do povo o direito de denunciar concurrentemente com o Procurador da Republica os crimes politicos e de responsabilidade de alçada federal—direito omisso no art. 407.

Á distincção constitucional, hoje vencida, si de um lado levanta uma muralha chinesa impediendo da formação do nosso direito, do outro prejudica a autonomia e até a conservação da ordem publica dos Estados, porque annulla legislações deliberativas tomadas dentro da esphera da competencia local e sacrifica ou tolhe a missão maxima do Estado que é a manutenção da paz e portanto a repressão dos delictos.

Em summa, justifico meu voto reduzindo a questão ao crime de que se trata e assim direi que não desconheço nos Estados o poder constitucional de crear a acção publica nos crimes dos arts. 330 e 332 do Codigo, pois que ella existe para os factos identicos definidos no art. 223 e menos lhes nego a faculdade de revogar uma disposição adjectiva, conforme a qual o larapio que se deixa prender está sujeito aquella acção, mas d'ella isento o que resiste á prisão flagrante e zomba de seus perseguidores, frustrando o clamor publico, como si a sociedade, á moda espartana, seja mais affrontada no primeiro e devesse ao segundo um premio de virtude.—*H. do Espírito Santo*, vencido.—*João Barbalho*, vencido.—*Manoel Murinho*, vencido.—*Fui presente, Lucio de Mendonça*.

quer, de denunciar, só póde ser exercida, quando o crime fôr de acção publica, por leis da União, pois que a ampliação do § 2.º do art. 407 só attinge os crimes de responsabilidade, nos quaes quiz o legislador constituinte que qualquer do povo tivesse, simultaneamente com o ministerio publico, o direito de acção.

Concluir-se, porém, do texto do § 9.º do art. 72 da Constituição que os Estados podem decretar a acção publica ou privada ou que tal disposição se applique a toda a especie de crimes, é ferir o art. 34 da Constituição, em virtude do qual a determinação da acção não é materia de processo, além de que poderíamos chegar, quanto á segunda conclusão, a resultados como este:—é tão culpado o autor de um crime de acção publica como o que commette um de acção privada. Todos, porém, indistinctamente, podendo, pelo art. 72 § 9.º, promover a punição dos culpados, teremos que a distincção capital entre acção publica e privada ficaria sendo superflua; e, pela propria legislação federal, todos os crimes seriam de acção popular.

Repellindo uma tão perniciosa doutrina, foi que o Supremo Tribunal Federal, revendo o accordão do Tribunal do Piauhy, acima transcripto, declarou ser nulla a lei de organização judiciaria do Estado na parte em que disposer sobre a determinação da acção publica ou privada—da competencia do Congresso Nacional. (22)

---

(22) O Supremo Tribunal Federal, depois de vistos, expostos e discutidos os presentes autos de recurso, para revisão do julgamento pelo qual foi o Dr. Elias Firmino de Souza Martins, á sua revelia, condemnado com outro, por crime de injurias impressas, dirigidas ao governador do Estado do Piauhy, a sete mezes de prisão simples e multa de 600\$000 como incurso no art. 319 § 1.º combinado com os arts. 316 e 317 do Código Penal.

Considerando :

Que sendo da esphera do Direito Penal a determinação da acção publica ou particular, para a punição dos delictos, segundo a sua natureza e gravidade, ao Congresso Nacional compete, privativamente, por força do disposto no art. 34 n. 23 da Constituição da Republica, o determinar os casos em que cabem taes acções ;

Que, por isso, o Código Penal, que é lei da União, no § 2.º do artigo 407, firmando o principio geral da competencia do Ministerio Publico para dar denuncia em todos os crimes publicos ou particulares, exceptuou expressamente do procedimento official a punição dos crimes de injuria e

Tão desgarrados do verdadeiro caminho, porém, andam os tribunaes estadoaes, que não querem se conven- cer da necessidade da unificação do direito nem do dever, que, antes de tudo, lhes assiste, de attender sempre e tanto quanto possível á fórma governamental dominante.

Em contrario á decisão do Supremo Tribunal, de que acabamos de fallar, trouxe a Revista dos Tribunaes uma decisão do Tribunal de Revista do Estado da Bahia, pela qual, suppondo-se ser impossivel separar a materia referente ao processo criminal da que respeita á organisa- ção da magistratura e ás suas funcções, concluiu aquelle Tribu- nal, escudado na attribuição dos Estados legislarem sobre o processo e sobre sua organização judiciaria, que competia a estes fazer depender a intervenção do ministerio pu- blico, nos casos do art. 274 do Codigo, da condição de re- quisição do offendido, o que a nosso vêr equivale a esta- tuir sobre a determinação da acção penal.

Assim é que disse o citado accordão: . . . «Si aos poderes legislativos estadoaes cabe competencia para le- gislar nem só sobre o direito processual no sentido stricto como sobre a *organização judiciaria* dos respectivos Estados,

---

calumnia, em que sómente cabe proceder por queixa da parte offendida- ainda mesmo quando seja autoridade e no exercicio das suas funcções;

Que assim estabelecida, por lei geral da União, a competencia unica do offendido para offerecer queixa contra seu offensor nos crimes de injuria e calumnia, não pôde lei alguma estadual derogar essa disposição;

Que, portanto, carecia de poder o Congresso do Estado do Piahy, para, ampliando a competencia limitada pelo Código Penal, estender tam- bem aos crimes de injuria commettidos contra agentes da autoridade publica, a acção do promotor para officiar nos respectivos processos como denun- ciante; e

Que, conseguintemente, contrária á Constituição Federal, não pôde deixar de ser considerada a lei do Estado do Piahy, que organison a sua justiça, na parte em que conferiu aos promotores publicos attribuições que lhes foram negadas pelo Codigo Penal da Republica;

Reforma a sentença que condemnou os ditos réos, para julgar, como julga, insanavelmente nullo, desde sua origem, o alludido processo, á vista da manifesta incompetencia do órgão da justiça publica para denunciar e promover processo por crime d'essa natureza. Pagas as custas *ex-causa*.

Rio de Janeiro, 1 de Dezembro de 1894.—*Aquino e Castro*, presidente.  
—*Pindabyba de Mattos*.—*Barão de Pereira Franco*.—*Piza e Almeida*.—*José Hygino*.—*Bernardino Ferreira*.—*H. do Espirito Santo*.—*Americo Braziliense*.—*Fernando Osorio*.

é evidente que a Lei estadual que, como a citada de 15 de Julho, sem invadir a esphera dos preceitos penaes propriamente ditos, limita-se, como na especie, a traçar as normas a seguirem-se em relação a propositura da acção privada em particular e que não só mantendo a instituição do Ministerio Publico (que aliás podia ter abolido) como conservando-lhe a competencia para intervir nas acções d'aquella especie (competencia que, por igual, poder-lhe-ia ter tirado *in totum*) faz depender, em todo o caso, tal intervenção d'essa ou d'aquella condição como a exercida no citado art. 99 § 3.º do Lei n. 15—a Lei estadual que assim procede—não estatuinto absolutamente sobre o direito substantivo, não provendo em relação á materia penal, girando no circulo traçado aos poderes legislativos estadoaes pelo citado art. 34 n. 23 da Constituição da Republica—não pôde deixar de ser acatada pelo poder judiciario, mui embora convenha essa ou aquella norma de natureza processual contida noCodigo Penal, a cujos autores fallecia absolutamente poder, para, pela só inserção de prescrições d'essa especie entre seus dispositivos, fazel-as mudar de natureza, isto é convertel-as em *adjectivas*, em *substantivas*.» (23)

É facto que entre a determinação da acção e o seu exercicio ha profunda differença: si este pôde constituir uma funcção do ministerio publico, não podemos dizer o mesmo da determinação da acção e torna-se incontestavel que fazer depender o procedimento official da justiça de requisição da parte offendida, não é sómente dispôr sobre o exercicio da acção, mas conservar-lhe o caracter de privada, a despeito dos casos do art. 274 do Código, quando, em taes hypotheses, deve intervir o promotor, por força das circumstancias d'esse artigo.

Fundou-se aquelle Tribunal na distincção de Puglia sobre o direito processual e d'ahi tirou as conclusões que fundamentaram a sua decisão.

---

(23) Vide nota 17 supra.

O professor da Universidade de Messina, porém, não podia afirmar que fosse, sempre, em quaesquer condições, sob qualquer regimen, impossivel separar a materia de processo da de organização judiciaria.

Tal impossibilidade, assim entendida, tornar-se-ia absoluta e de effeitos negativos.

Si considerarmos, porém, o que disse Puglia, sob um ponto de vista relativo, isto é, em confronto com a legislação e a forma governamental adoptada por este ou aquelle paiz, concluiremos que não ha impossibilidades, sinão legaes e as nossas leis não as decretaram.

Ao que escreveu Puglia, por assim dizer, para a Italia unitaria, opporemos a opinião de Story modelada pela forma federativa sob que vivemos.

E, por ventura, determinar a acção penal importa coartar as funcções do orgão da justiça de nomeação dos Estados?

A questão é outra e limita-se á interpretação do texto constitucional sobre que exclusivamente assenta.



## PARAGRAPHO 2.º

Si assim pensamos no que, puramente, diz respeito á determinação da acção publica ou privada, outra é a nossa opinião quanto á fórma que essas acções possam ou devam ter, o que até certo ponto, foi absorvido pelos paragraphos do art. 407 que discutimos.

De facto. Si attentosamente analysarmos aquelle artigo, em face dos mesmos principios federativos invocados e fundados na verdadeira distincção entre materia de direito substantivo e de direito adjectivo, necessariamente concluiremos que o Codigo de 1890 exorbitou quando, no art. 407, deu conjunctamente com as acções a sua fórma.

E têm egualmente applicação aqui as regras que acima exposemos para interpretação da materia em virtude das quaes dissemos no § antecedente que a fórma das acções até certo ponto comprehendida ou absorvida pelo art. 407 do Codigo, entra na competencia dos Estados por força dos mesmos principios constitucionaes que dão á União a determinação da acção em materia criminal.

Quem contestará que a queixa ou a denuncia são fórmas ou modos pelos quaes o ministerio publico exercita as acções penaes?

O pensamento do legislador criminal, indubitavelmente demonstrado no art. 407, foi tornar de acção publica todos os crimes e contravenções, com excepção dos de furto e damno sem prisão em flagrante, dos de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calunnia e injuria, cuja acção só aos offendidos conferiu, a menos que não se tratasse dos casos do art. 274, em que, por excepção ao preceito da acção privada, conferiu ao ministerio publico a acção.

Foi além da sua intenção, porém, declarando que n'uns casos haveria logar a acção por denuncia e n'outros por queixa.

Posteriormente, os crimes de furto de gado vaccum, cavallar e muar e os de productos da lavoura foram considerados tambem de acção publica e ainda d'esta vez immiscuiu-se o legislador no dominio do processo, tão sómente por determinar que n'esses crimes se desse *denuncia*.

Francamente, ha n'essa determinação do modo de ser iniciada a acção, materia de processo, porque os Estados podiam, como podem, sem alterar a natureza da acção publica ou privada ordenar que, no primeiro caso, o ministerio publico inicie o processo por queixa, conferindo o dever á parte offendida de intentar a sua acção por denuncia, sem invasão de attribuições constitucionaes da União.

Si é certo que parece mais compativel com o ministerio publico, levar o facto criminoso ao conhecimento dos juizes e tribunaes por meio de denuncia e não por queixa, nem por isso podem os Estados ficar obrigados a mandar iniciar a acção por denuncia, porque a sociedade representada pelo ministerio publico offende-se tanto com a existencia do crime quanto o que d'elle foi directamente victima e póde perfeitamente assentar no facto da offensa recebida a necessidade da queixa, talvez mais do que a da denuncia.

Do mesmo modo, podia o Estado determinar que, dado um crime de acção privada, o offendido levasse-o ao conhecimento dos juizes por meio da denuncia desde que por uma ou por outra fórma chega-se ao fim da lei criminal, que é a punição do perturbador das condições vi-taes da sociedade.

Como puras fórmas ou modos de começar o processo criminal, pensamos que, não havendo pelas leis do Estado alteração na natureza da acção penal. póde elle ser iniciado por queixa ou por denuncia, quer se trate de acção

publica quer de acção privada, sómente regulando a materia, a lei do Estado onde o crime se dêr.

Não pareça haver contradicção entre o nosso modo de pensar e a censura que fazemos aos accordãos acima.

O Estado de S. Paulo pela Lei n. 109 A, não legislou sómente sobre a fôrma do processo mas sobre o direito, sobre a natureza da acção nos crimes de furto; o de Piauhy procedeu do mesmo modo quanto aos crimes de injuria; e o da Bahia, fazendo depender a intervenção do promotor publico de requisição ou representação da parte offendida ou do seu representante legal, nos casos exceptuados do art. 274, alterou a natureza da acção pois que assim determinar é fazer continuar o character de acção privada, nos casos taxados n'aquelle artigo, ou melhor impossibilitar a punição de um crime tornado publico, por suas condições especiaes.

D'aqui, portanto, devemos concluir pela competencia da União ou do Poder Federal para a determinação da acção penal, sendo forçoso reconhecer que os §§ 1.º e 2.º do art. 407 não respeitaram a competencia dos Estados, pela fôrma que deram desde logo á acção em um e outro caso, isto é, no caso do crime publico e particular, carecendo, por isso, de urgente reforma do Poder Legislativo da Republica.

Si o principal objecto de uma Constituição deve ser estabelecer o accordo entre os poderes, prevenir os conflictos violentos e impedir que taes conflictos se perpetuem, preparando para esse fim os meios de resolução pacificos e expeditos, como bem ensina o publicista Boutmy analysando a Constituição Americana; e, sendo certo, que os Estados, relativamente á União, são poderes entre si distinctos com orbitas de competencia diversas, devemos concluir pela necessidade de harmonisal-os com o poder geral da União, restituindo-lhes o que acha-se absorvido pelos §§ do art. 407, isto é, a autoridade para darem á acção penal a fôrma que mais acertada entenderem, mandando que se

iniciem os processos por queixa ou por denuncia, quer se trate de acção publica ou privada.

Assim, ficariam perfeitamente discriminadas as competencias entre a União e os Estados, si, por exemplo, tivesse dito o legislador de 1890:

---

Compete a acção penal:

§ 1.º Ao ministerio publico e á parte offendida ou a quem tiver qualidade para represental-a, em todos os crimes e contravenções previstos por este Codigo, quer haja flagrante delicto quer não.

Exceptuam-se: — os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calunnia e injuria, cuja acção é privativa da parte offendida, salvo, si nos crimes do tit. VIII capitulos 1.º e 2.º se verificarem as hypotheses do art. 274, porque então tornar-se-á a acção publica.

§ 2.º Haverá logar o procedimento *ex-officio* quando o ministerio publico não promover a acção dentro dos prazos fixados em lei, salvo quando o crime fór de acção privada.

Si o intuito do legislador foi não facultar a acção publica nos crimes de furto e damno, sinão quando houvesse flagrante, poderia ter assim formulado o art. 407:

---

Compete a acção penal:

§ 1.º Ao ministerio publico em todos os crimes e contravenções, excepto nos de furto e damno não tendo havido prisão em flagrante.

§ 2.º A' parte offendida ou a quem tiver qualidade para represental-a, nos crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calunnia e injuria, salvo si nos crimes do titulo VIII cap. 1.º e 2.º se verificarem as hy-

potheses do art. 274 em que a acção tornar-se-á publica.

§ 3.º Nos crimes inafiançaveis, procederá *ex-officio* a autoridade competente para a formação da culpa, quando não fôr nos prazos legais intentada a acção penal, salvo si a inafiançabilidade disser respeito á crimes de acção privada.

---

E assim nos expressamos quanto a redacção do art. 407, especialmente, quanto ao § 3.º, porque parece-nos que ficariam perfeitamente delimitadas as competencias entre a União e os Estados, cabendo a estes legislarem sobre o modo de ser iniciada a acção em juizo; e, mais ainda, porque somos nós que pensamos que a declaração da afiançabilidade dos delictos, como a determinação da acção, importam materia de leis substantivas, por serem ambas geradoras de direitos.

Quem pede uma fiança, deve necessariamente es-cudar-se n'um direito e a declaração da afiançabilidade dos crimes não é fórma de processo; o modo de assignar-se ou de conceder-se a fiança póde sel-o, porém, o mais deve competir ao Congresso Nacional.

---

Do que temos dito, conclue-se, claramente, que o Codigo Penal é defeituoso, não tendo distinguido entre as materias de direito propriamente dito e as de processo, sendo entretanto para admirar que cogitando-se, no seio do Congresso Nacional, de reformal-o, melhorando-o, não se tivesse ligado importancia a estas questões capitaes.

A commissão nomeada para apresentar parecer sobre o Codigo Penal de 1890, depois de acurado estudo, como diz, concluiu o seu trabalho apresentando á Camara dos Srs. Deputados um projecto de Codigo Penal em substituição ao Codigo actual e da leitura d'esse projecto sob

o n. 176 de 1896 redigido para 3.<sup>a</sup> discussão do projecto n. 250 de 1893, verificamos que permanecem de pé todas as questões levantadas perante os tribunaes, pois que a Comissão nada mais fez do que copiar para o art. 412 do seu projecto a disposição do art. 407 do Codigo vigente com a unica differença de supprimir aos crimes de furto a acção privada.

Diz o art. 412 do projecto apresentado :

«Haverá logar a acção penal :

§ 1.<sup>o</sup> Por queixa da parte offendida ou de quem tiver o direito de represental-a.

§ 2.<sup>o</sup> Por denuncia do ministerio publico em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se :

I. Os crimes de damno não tendo havido prisão em flagrante.

II. Os crimes de diffamação e injuria.

III. Os crimes de violencia carnal, offensas ao pudor e rapto, salvo si a offendida fôr miseravel e pedir a intervenção do ministerio publico, si fôr asylada em algum estabelecimento de caridade, ou si o crime fôr commetido com abuso do patrio poder ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.

IV. Os crimes mencionados nos arts. 6,162, 170, 171, 299 (*1.<sup>a</sup> parte*), 313 (*1.<sup>a</sup> parte*) quando a paciente fôr conjuge, 333 (*1.<sup>a</sup> parte*) e 334. (24)

§ 3.<sup>o</sup> *Ex-officio*, quando a denuncia não tiver sido dada no prazo da lei.»

Não satisfez porém ao Dr. João Vieira o projecto apresentado em substituição ao Codigo Penal e por consi-

---

(24) Os artigos acima do projecto dizem respeito a brasileiro no estrangeiro e a estrangeiro que naturalisou-se; a vilipendiação de cultos ou de cousas que lhes pertençam; a revelação de segredo confiado; a entrada em casa alheia; a lesões corporaes leves; a abuso de disciplina ou correção; a apropriações indevidas; e a achada de objectos perdidos.

deral-o defeituoso, por sua vez apresentou á Camara dos Srs. Deputados um projecto substitutivo do primeiro e apelar da exposiçào de motivos que apresenta, tambem, em seu projecto de 30 de Junho do corrente anno, não resolveu as questões de que nos occupamos, consignando, ao contrario, a mesma confussão entre materia de direito e de processo, tal como temol-a pelo Codigo actual.

Assim é que disse o Dr. João Vieira no art. 428 do seu projecto substitutivo:

«A' excepção dos casos previstos nas disposições anteriores haverá logar a acção penal: Por denuncia do ministerio publico ou *ex-officio* em todos os crimes e contravenções.»

As disposições anteriores a que se refere o artigo acima são as do tit. 7.º cap. 1.º e 2.º, isto é, são as que dizem respeito á violencia carnal, offensas ao pudor e rapto, onde diz o projecto :

### DISPOSIÇÃO COMMUM

«Pelos crimes previstos nos artigos antecedentes só se procederá por queixa da parte, a qual não será acceita depois de um anno a contar do dia em que o facto foi commettido ou chegou a noticia de quem tiver o direito de apresental-a em logar do offendido.

Tera logar o procedimento official quando o facto :

I. fôr commettido em logar publico ou accessivel ao publico ;

II. quando fôr commettido com abuso do poder paterno ou tutellar ;

III. quando tiver causado a morte do offendido ou fôr acompanhado de outro crime que a lei puna mediante processo *ex-officio* e com pena restrictiva da liberdade pessoal não inferior a quatro annos.»

Nos crimes de rapto—arts. 278-279, nos de injuria e diffamação—arts. 323-330 e outros, determina ainda o projecto que só se procederá por queixa da parte offendida dentro dos prazos estabelecidos.

Manifestamente, o projecto do Dr. João Vieira, no que diz respeito á materia da acção penal, é muitissimo peor do que o projecto da Commissão da Camara dos Deputados ainda que este tambem houvesse confundido a determinação da acção com queixa e denuncia.

Fixar o prazo da prescripção da acção privada, como fez o projecto do Dr. João Vieira, e, ao mesmo tempo, declarar que esse prazo conta-se da data em que chegar o crime ao conhecimento de quem tiver o direito de representar a pessoa offendida, é querer legislar estabelecendo margem para duvidas e discussões intrincadas.

Como se ha de provar a epocha da chegada d'essa noticia? Deverá merecer credito a affirmativa do pae, tutor, curador, etc.?

Pois não é tão facil illudir-se essa disposição? A epocha para a propositura da acção, dando logar a prescripção d'esse direito, não deve assentar n'uma incerteza.

A prescripção do direito da acção deve sempre contar-se da data do commettimento do crime e si é possível que um crime dos que dizem respeito á honra da familia, só chegue ao conhecimento dos que têm o direito de representação, seis, oito ou doze mezes depois de praticado, tambem é certo, que raras vezes assim acontece, e ha remedio em prolongar-se o tempo da prescripção, si é que isto constituiu a razão da disposição do projecto.

Outros motivos, ainda, nos levam a considerar peor o projecto do Dr. João Vieira, no que diz respeito a acção penal, e são que não vemos razão para que só possa intervir o Ministerio Publico no segundo caso do n. III das disposições communs acima transcriptas, quando o factio seja acompanhado de outro crime que a lei puna mediante

processo ex-officio e com pena restrictiva da liberdade pessoal por mais de quatro annos.

Si o fundamento da acção privada consiste tão sómente no respeito á honra da familia, ella só deve circumscrever-se áquelles crimes que disserem respeito exclusivamente á honra, porque a punição d'estes, só á parte offendida pôde interessar.

Acompanhado um d'esses crimes de qualquer outro já não é sómente o offendido, o interessado na sua punição e não comprehendemos como se deva restringir a intervenção do Ministerio Publico sómente áquelles, cuja pena fôr superior a quatro annos.

Depois, o Dr. João Vieira em seu projecto, nem ao menos, seguiu o criterio do projecto da Commissão, que deu acção privada aos crimes de offensas physicas leves, para que invocasse em seu favor o argumento de ter resultado de um crime de acção privada outro crime de acção privada. Não, elle pensa que as offensas, embora leves, merecem a attenção da sociedade; deu-lhes acção publica, quando existirem como crimes isolados, para cahir na incoherencia de, apparecendo ellas como resultado de outro crime, tomarem o caracter de crimes de acção privada.

Note-se, porém, que não justificamos o systema adoptado pelo projecto da Commissão, tornando privada a acção nos crimes de offensas physicas leves, como o era pelo antigo Cod'go do Processo Criminal.

Si a tendencia do direito criminal moderno é tornar todo o crime de acção publica, acabando-se com o resquicio do direito de vingança de que se originou a queixa entre os romanos; e si a razão de manter-se tal distincção entre crimes de acção publica e de acção privada reside exclusivamente no respeito á familia, por excepção, admitimos que nos crimes relativos á honra das familias mantenha-se a acção privada, mas tão sómente n'elles.

Pois, si o projecto n. 176 da Commissão da Camara

dos Deputados tornou de acção publica os crimes de furto e damno, onde mais deve se interessar pela punição do delinquente a pessoa offendida do que a sociedade, porque havia de tornar de acção privada os crimes de offensas physicas, embora leves, onde mais deve se considerar offendida a sociedade do que a pessoa offendida?

Eis ali outra incoherencia que precisava ser corrigida pelo legislador e que certamente o será, pois que devemos, quanto possivel, nos approximar, na confecção do Codigo Penal, das sabias theorias da escola positiva que faz hoje o orgulho da moderna Italia. (25)

---

(25) Reconhecemos o perigo de serem adoptadas *in totum*, n'um Codigo, as doutrinas da escola positiva com as suas investigações anthropologicas e com o seu criterio da temibilidade para a punição de delinquente, assim como tambem reconhecemos o perigo de adoptar-se desde já a sua theoria no que diz respeito á acção publica e privada.

H. Ferri em sua Sociologia a pag. 440 diz: «O exercicio da acção penal pelos cidadãos póde ter duas fórmas conforme elle é conferido sómente á pessoa offendida pelo delicto, ou tambem a qualquer outro cidadão. A primeira fórma já admittida entre os povos civilizados tem necessidade de muitas reformas, sobre tudo no que diz respeito á subordinação da acção penal á queixa do offendido, que deve ser restricta e mesmo abolida. Na verdade, posto que este direito fosse até aqui regulado por leis, sómente em consideração á gravidade juridica e material do delicto, é preciso d'ora em diante que elle seja considerado em relação á perversidade do delinquente, porque a sociedade tem muito mais interesse em se defender contra o autor d'um pequeno delicto, si elle é um criminoso nato ou alienado ou habitual, do que defender-se contra o autor d'um delicto, mesmo mais grave, si se trata d'um criminoso de occasião ou por paixão.

E a necessidade da queixa privada para certos delictos não é mais do que uma fonte de abusos e de transacções desmoralisadoras entre offensores e offendidos».

Garofalo, occupando-se da distincção da acção em publica e privada, diz: «Com tal divisão esquecem completamente os delinquentes, não indagam si elle é reincidente, si o modo por que perpetrou o delicto é ou não a revelação de um malfeito perigoso, etc. Um simples cidadão offendido torna-se assim o arbitro da função social, da repressão. E' elle o juiz da conveniencia de fazer soffrer uma pena ao violador de uma lei social; é elle quem decide si a bem da segurança social convém prender o delinquente ou deixal-o livre, etc.»

A distincção entre acção publica ou privada, a existencia desta nos Codigos modernos, ainda que como excepção d'aquelle não se concilia, é verdade, com o fundamento do direito de punir, como tem sido modernamente admittido, não se concilia enfim com a defeza social, que não devia ficar dependente da vontade do offendido. O Ministerio Publico, soffre por assim dizer uma solução de continuidade no exercicio da acção para repressão dos delictos, mas seja dito em abono de uma verdade dura: — entre nós, especialmente, assim o exige o socego e a tranquillidade do lar domestico, porque só para os crimes que o affectam justificamos a acção privada. 39

### PARAGRAPHO 3.º

Sem embargo das considerações que fizemos acerca da determinação da acção e da materia de processo que envolve o art. 407, tomemo-lo tal qual se acha e estudemos em face da sua disposição o modo de julgar dos nossos tribunaes.

Consigna elle que haja logar a acção penal:

«§ 1.º Por queixa da parte offendida ou de quem tiver qualidade para represental-a.»

O projecto n. 176 da Commissão da Camara disse:

«§ 1.º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver o direito de represental-a.

Não ha differença como vemos, pois que a palavra *qualidade* do art. 407, corresponde á palavra *direito* do artigo 412 do projecto.

---

O nosso Ministerio Publico é, de ordinario, o mais susceptivel á paixão e ao partidarismo e muitas vezes vêmol-o, qual misero instrumento, subordinado á prepotencia de governos até boçães. Custe-nos, embora, assim nos exprimir, mas é preciso que digamos a verdade. Na nossa terra o capitulo dos crimes de responsabilidade é substituido pelo regimen da impunidade, acariada pela politicagem dos governos de aldeia; e sendo como é o nosso Ministerio Publico exercido, quasi sempre, por individuos politicos, que até nas Capitaes, longe de desempenharem com criterio as suas funções, sahem pelas ruas a fazer meetings e a injuriar adversarios, seria temerario proporcionar-lhe o ensejo de penetrar no lar domestico, a pretexto de punir os crimes, quando o seu fito talvez fosse exercitar uma vingança contra um adversario politico. Nosso estado de adiantamento ainda não exige a supressão da acção privada em certos crimes e esteja embora ella em conflicto com o fundamento do direito de punir, fazemos votos para a sua manutenção no Código Penal. Ha de prevalecer por enquanto a opinião do illustrado Carrara quando disse:

«A. acção criminal pertence em these á sociedade e aos seus representantes que se acham investidos d'ella; d'ahi se chamar-se acção publica. Algumas vezes, por amor á paz, á reputação ou aos interesses do offendido, a lei acha conveniente fazer depender da vontade da pessoa lezada, a punição do delicto que lhe prejudica. Esses delictos tomam então o nome de delictos dando logar á acção privada.—*Cours. de droit criminel* §§ 547 e 548.

O § 2.º do art. 407 faz comprehender os intuitos do legislador na confecção d'esse § 1.º, e notamos desde já que por mais ligado que se supponha o § 1.º á excepção do n. 2 do § 2.º, não devemos concluir que só o offendido possa usar da acção penal.

Desde que o facto criminoso não estiver comprehendido nos enumerados no n. 2 do § 2.º citado, isto é, não fôr de acção puramente privada, o offendido poderá propôr si quizer a sua acção, resultando d'ahi o seguinte criterio na competencia das acções penaes: o offendido pôde promover a punição do delinquente qualquer que seja o crime de que foi victima; ao Ministerio Publico compete cumulativamente com o offendido a acção penal até onde esta não fôr privativa do offendido.

Fazemos esta observação porque, á primeira vista, parece que, tendo o Codigo dado o direito de queixa ao offendido nos crimes de acção privada, ao passo que para os demais creou a denuncia por consideral-os publicos, só nos crimes de acção privada poderia a parte offendida apresentar a sua queixa. Mas, como em qualquer crime sempre ha um offendido, a razão que justifica a queixa nos crimes de acção privada, justifica-a á nos de acção publica.

Ma's ainda se justifica a amplitude d'esse direito ao offendido porque, dado um crime de acção publica, si o orgão da justiça conserva-se inerte, não procurando desaggravar a sociedade nem abafar o alarma por elle produzido, o offendido, não porque lhe seja licito exercer uma vindicta, mas, para corrigir a inercia criminoso do Ministerio Publico, poderá apresentar a sua *queixa*, afim de que, verificada a verdade, seja punido o delinquente e defendida a sociedade.

A disposição d'esse § 1.º, porém, encerra varias questões originadas do direito de representção que elle confere ao pae, tutor, curador ou conjuge, levantando-se tambem uma questão acerca da extensão ou verdadeira compre-

hensão do que seja a *parte offendida*, sobre as quaes muito conveniente será consultar o modo de julgar dos tribunaes:

Tem direito de representação o pae, pela filha maior de 21 annos, que abandonou o lar domestico, quando se tratar dos crimes dos arts. 267-267 do Codigo Penal?

Tem direito de representação o irmão pela irmã orfã?

O filho póde ser considerado parte offendida para o fim de promover accusação contra o assassino de seu pae?

Tem qualidade o padrasto para representar a enteada, no juizo criminal?

Taes são, além d'outras, as questões que se prendem ao § 1.º do art. 407, cujas decisões a respeito transcrevemos abaixo para facilidade dos que estudam formar o seu juizo a respeito.

Pela affirmativa foi decidida a primeira questão em sentença do Tribunal de Appellação do Estado da Bahia, a 18 de Dezembro de 1896, sendo o seu modo de julgar confirmado por accordão do Supremo Tribunal, de 27 de Fevereiro do anno passado.

Sem embargo do acatamento que votamos ás decisões do Supremo Tribunal, não hesitamos em subscrever a nota de *destoante dos textos expressos da lei*, escripta pela Redacção do—*O Direito*—no final da transcripção do ultimo accordão, visto como a especie de que se tratava não comprehendia o caso do filho-familia, dependente da representação de seu pae, em virtude do patrio poder, hypothese unica em que poderão ter applicação a Ord. do Liv. 4 titulo 81 § 1.º, a Prov. de 24 de Maio de 1823 e o Dec. de 1 de Fevereiro de 1848. (26)

---

(26) Vistos estes autos, etc. Negam a ordem de *habeas-corpus* impetrada por Sebastião João Longo, por serem improcedentes as nullidades allegadas contra o despacho que o pronunciou no art. 270 § 2.º do Codigo Penal, visto ter o pae direito de dar queixa por sua filha ainda que maior de 21 annos, porque o *filho familia*, qualquer que seja a idade, permanece sob o patrio poder;—o perdão da offendida não póde pôr termo ao processo *ex-vi* do art. 244 da lei n. 15 de 15 de Julho de 1892 em virtude de tratar-se de um crime inafiançavel, e a falta de corpo de delicto ape-

A segunda questão foi resolvida negativamente pelo Tribunal de Revista do Estado da Bahia em accordão de 19 de Abril de 1895, (27) parecendo-nos que duas opiniões não se podem levantar a respeito.

Attendendo á incapacidade natural dos menores, as nossas leis jámais os collocaram na contingencia de não poderem, por isso, fazer valer os seus direitos, dando ao pae, mãe, tutor ou curador a faculdade de represental-os em juizo e fóra d'elle, e, si algumas vezes elles apresentam-se perante os tribunaes, por si, ou representados por alguém que não seja qualquer das pessoas indicadas, não é senão por uma negligencia dos juizes que se descuram do cumprimento dos seus deveres.

De facto a Ord. do Liv. 4.<sup>o</sup> t.t. 102 impõe ao juiz o dever de não deixar em suas Comarcas orfãos sem tutores que os representem em todos os actos da sua vida, e é raro vermos cumprido esse humanitário dever, pela inercia que alguns juizes demonstram no desempenho do seu cargo.

Pensamos que foi correcta a decisão do Tribunal da Bahia na parte em que considerou pessoa incompetente, portanto, sem qualidade, o irmão para representar a irmã offendida, pois não havendo tutor nomeado e querendo-se instaurar um processo em que haja um menor offendido,

---

nas influria para a classificação do crime e não para mudar a sua natureza e por esse motivo não constituir nullidade que dê logar á concessão da ordem requerida. Tribunal de Appellação da Bahia, 18 de Dezembro de 1896.—*L. Vasconcellos*, presidente e relator.—*Castro Lima*.—*R. Dantas*.—*J. Spinola*.—*Americo Barreto*.—*Lopes de Castro*.—*J. Aguiar*.—*Souza Lima*.—*Cotrim Leão*.—*Guimarães Serne*.

—Vistos e relatados estes autos de recurso de *habeas-corpus* em que é impetrante o bacharel Lauro Lopes Villas-Boas, a favor do paciente recorrido Sebastião João Longo negam provimento ao recurso interposto a fls. 35 d'estes autos. Supremo Tribunal Federal, 27 de Fevereiro de 1896.—*Aquino e Castro*, presidente.—*Pindabyba de Mattos*.—*Ribeiro de Almeida*.—*João Pedro*.—*H. do Espirito Santo*.—*Bernardino Ferreira*.—*José Hygino Vencido*.—*Americo Lobo Vencido*. Sendo nulla a queixa, incompetente é o juiz da pronuncia, visto que o processo equivale a ter sido instaurado *ex-officio*. (Cod. Penal, art. 407 § 3.<sup>o</sup>)—*Manoel Martinho*.—*Figueredo Junior*.—*Vencido*.—*João Barbalho*.—*Macedo Soares*.—*Pereira Franco*.—Fui presente, *Lucio de Mendonça*.

(27) Vide nota 17 supra.

41

o remedio é requerer-se ao juiz de orfãos a nomeação de tutor que instaure a accusação em nome do offendido, podendo qualquer cidadão, ainda mesmo extranho, requerer essa providencia. (28)

A terceira questão foi tambem resolvida negativamente pelo Tribunal da Relação de Ouro Preto em accordo de 18 de Janeiro de 1896, declarando-a de inteira procedencia, ou assentando os fundamentos de assim decidir nas juridicas razões apresentadas pelos advogados que funcionaram no processo em favor do réo. (29)

(28) P. Pessoa. Proz. Crim. nota 676.

(29) «Os representantes ou continuadores do pae morto mesmo no fóro civil são todos os seus filhos e não alguns d'elles. D'onde—só todos os filhos representam activa e passivamente o pae fallecido; e na hypothese em questão, tão sómente dois dos filhos da victima acudiram a juizo e tardamente.

A appellarmos, portanto, para o direito civil, o que não fóra licito, ainda assim os dois filhos de Jacob Andries, sem o concurso dos demais irmãos, não podiam invocar a representação legal do morto.

Em materia criminal, porém, por sua natureza *stricti juris*, o direito de representação do offendido, bem mais limitado, é definido pelo Código do processo criminal, que dispõe:

Art. 72. A queixa compete ao offendido, seu pae ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, conjuge.»

Offendido, ensina-nos a simples razão e os mestres—*est qui passus*, aquelle que soffreu immediatamente a violencia, é a victima do delicto; offendido, na hypothese emergente foi Jacob Andries, o infeliz que succumbiu aos ferimentos produzidos pelo tiro desfechado pelo não menos infeliz réo.

Mas o citado art. 72 não dá ao filho do offendido o direito de queixa; não só porque ao proprio pae o confere, sendo menor o filho offendido, como porque não pudera concedel-o a todos os filhos, mas sómente a alguns d'elles; o que não fóra justo, pois o seu fundamento seria pura e simplesmente a filiação que milita a favor de todos.

A todos, como dissemos, não era possivel o direito de queixa; por isso é bem de vêr-se que consistindo o direito na *facultas agendi*, na pratica, os mesmos direitos a varias pessoas arrastaria aos demais desastrosos absurdos, e a uma situação tal, cuja solução juridica seria um impossivel. Em verdade imaginemos um crime de acção puramente privada em cujo processo um dos filhos desistisse e perdoasse o offensor, extinguindo-se a acção penal *ex-vi* do art. 71 do Código Penal e um outro filho com tão bons direitos que o primeiro, a invocar extineta a acção, e chegaremos á conclusão da impraticabilidade da acção criminal por parte dos filhos do offendido.

Sobre o que levamos dito, cumpre ponderar que o offendido nem sempre succumbe ao delicto.

E então como o art. 72 não declara que a queixa só cabe aos representantes do offendido, na falta do mesmo, seremos forçados a estender aquelle direito a um e outros, e as difficuldades continuarão de pé, avolumadas do grosseiro absurdo juridico de um filho representar em juizo e, para assim dizer, tutelar ao pae, *sui juris* e no exercicio pleno de seus di-

Realmente, já P. Bueno, tratando da representação legal, fazia sentir a necessidade de dar-se tal direito aos descendentes e aos irmãos do offendido fallecido, expressando-se nestes termos; «Os irmãos, mormente quando substituem os paes pela ausencia ou enfermidade destes, DEVERIAM ter a mesma faculdade de representação, pois que prevalece a mesma razão, fazem as vezes de pae. (30)

Nosso direito porém não admittê assim a representação e já o Sr. P. Pessoa dizia: «Na queixa não se dá reciprocidade e assim o filho não a pôde dar a respeito do seu pae. (31) (32)

A ultima questão foi resolvida affirmativamente pelo Dr. Viveiros de Castro fundando-se elle em que o art. 407, em seu § 1.º, que analysamos, não exige que a queixa seja dada pelo pae ou tutor; e do emprego da palavra *qualidade* concluiu que, ou se tratasse de filho ou de enteado, desde que habite no lar de alguém, faz parte da familia d'esse alguém, está sob a sua guarda e protecção e incumbê-lhe, portanto, zelar como um sagrado deposito, etc.

Não obstante os julgados que cita o Dr. Viveiros de Castro e especialmente o do Tribunal Supremo da Hespanha, de 9 de Novembro de 1881, como fundamentos do seu modo de decidir, divergimos da sua opinião.

E' sempre perigoso fazer derivar um direito de meras considerações; e si ha meios legaes para que, por elles, em dados casos se resolva uma questão, a decisão que não assentar n'esses meios poderá ser tida como absurda.

Si as nossas leis determ'nham que haja um tutor ou curador que represente o menor ou interdito, si im-

---

reitos quando ao proprio pae só assiste identico direito, sendo o filho offendido menor, e, pois, não podendo figurar em juizo por si.

Consequentemente—ao filho fallece competencia legal para accusar o offensor de seu pae, e assim já doutrinava o aviso de 31 de Março de 1863 o que é confirmado pela unica excepção do art. 324 do Código Penal.»

(30) Apont. sobre o proc. crim. n. 131.

(31) Cod. do Proc. Crim. nota 676.

(32) Vide nota ao art. 408.

põem mesmo o dever ao juiz de não deixar em suas comarcas orfãos sem tutor é porque quizeram que tivessem um representante legal para todos os actos da sua menoridade ou interdicção, para que em caso algum ficassem prejudicados em seus direitos por falta de quem os representasse. Nossas leis, portanto, são terminantes, como vimos acima e na especie que subiu á conclusão do Dr. Viveiros de Castro o padrasto poderia ter sido o tutor da offendida.

Si não se investiu d'essa qualidade para representá-la, parece-nos que deveria ter sido declarada perempta a accusação.

Quem será, por ventura, mais naturalmente, representante d'um menor ou interdicto? O padrasto ou um seu irmão?

A doutrina do Dr. Viveiros leva a dispensar-se a representação do tutor ou curador todas as vezes que o menor tiver um irmão que se apresente por elle, ou alguém que o tivesse creado e tratado como filho.

Ha na verdade entre os irmãos verdadeiros laços de consanguinidade que não podemos admittir entre padrasto e enteado e negar ao irmão a representação do irmão, sem duvida, será mais desconhecer os laços respeitáveis da solidariedade familiar, os sentimentos mais santos da natureza humana do que negal-a entre padrasto e enteada.

E si a lei considera illegitimo o irmão para representar a irmã offendida, ensinando P. Pessoa que o remedio é requerer-se a nomeação de um tutor, conforme vimos, com maioria de razão deve considerar-se illegitimo o padrasto para representar a enteada.

E supponmos que o Supremo Tribunal não confirmar a decisão do Dr. Viveiros de Castro, como parece facil deprehender-se de uma sentença sua em que apesar de declarar que o direito para dar queixa pelos filhos não é sómente conferido a quem tem o patrio poder, ensina que

basta para justificar aquelle direito o reconhecimento não  
CONTESTADO por escriptura publica. (33)

Infiro d'esta decisão ter sido pensamento do Tribunal não reconhecer tal direito quando, sem embargo de existir uma escriptura publica de reconhecimento, houver contestação da parte de alguém ácerca da qualidade de pae.

O que torna-se dispensavel pela integra do accordo é o patrio poder, mas não a qualidade de pae, pois que realmente no caso de filhos simplesmente naturaes póde dar-se essa deslocação.

Pensamos, pois, que entre nós, a autoridade sobre a pessoa do offendido, para os effeitos criminaes, deve derivar da lei, não bastando que exista como ensina Boitard.

43



## PARAGRAPHO 4.º

Entremos na analyse do § 2.º do art. 407 que mandou haver logar a acção penal:

«Por denuncia do ministerio publico em todos os crimes e contravenções.»

O art. 412 do projecto n. 176 da Commissão da Camara diz :

«§ 2.º Por denuncia do ministerio publico em todos os crimes e contravenções.»

A's considerações que fizemos ao começar o estudo do § 1.º do art. 407, applicadas inversamente a este § 2.º, que deve se achar de harmonia com o § 1.º, temos a acrescentar que tanto o ministerio publico como a parte offendida podem promover a punição do autor de um delicto, pois que não sómente nós crimes de acção privada, como nos de acção publica ha um offendido.

Não nos deu, porém, este §, como o havia feito o antigo Codigo do Processo, a denominada acção popular que cabia a qualquer do povo, nos crimes definidos no art. 74 e seus §§, e a suppressão d'essa acção é que justamente poderia trazer margem para ser interpretada a acção publica como exclusiva do ministerio publico, isto é, com exclusão do direito do offendido.

Dissipada, porém, essa duvida pelo confronto do § 2.º com o § 1.º, precisamos saber si a acção publica que cabia a qualquer do povo pelas antigas leis acha-se supprimida entre nós.

Não trepidamos em affirmar que o § 2.º do art. 407 foi ampliado pela Constituição de 24 de Fevereiro, que no § 9.º do art. 72 dispoz :

*«E' permittido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.»*

Si a responsabilidade dos culpados só pôde ser promovida no juizo criminal e por meio de acção, e si como já vimos precisamos interpretar esta disposição em confronto com a do n. 23 do art. 34 da mesma Constituição, é claro que o § 9.º do art. 72 nada mais fez do que ampliar a disposição do § 2.º do art. 407, creando a acção popular para os casos de responsabilidade dos funcionarios publicos, devendo entender-se a expressão culpados alli empregada como subordinada a—funcionarios publicos—e a expressão denunciar, não como fórma de processo, mas como a faculdade de levar o facto ao conhecimento dos poderes publicos, emfim como a declaração do direito de agir perante os tribunaes.

E' sempre difficilimo interpretar, mas si não podemos querer admittir ignorancia do legislador constituinte, confundindo fórma de processo com materia de direito; si não podemos justificar uma terrivel contradicção entre a disposição do § 9.º do art. 72 e a do n. 23 do art. 34 da Constituição, não devemos entender de outro modo a expressão—denunciar—alli empregada.

Dar-lhe uma interpretação ampla, isto é, sem consideração aos demais textos constitucionaes, é sancionar a doutrina da acção popular, sem restricções, para todos os crimes e contravenções, sem distincção de publicos ou privados, communs ou de responsabilidade, pois que o final do § 9.º diz : *«promover a responsabilidade dos culpados»* e não pôde ser culpado sómente o funcionario publico, á cuja classe, entretanto, deve estar subordinada tal expressão.

Ora, o legislador constituinte não se manifestou nem poderia se manifestar contra a criação da acção privada para os crimes, cuja punição, por motivos ponderosos, mais interessam á pessoa offendida e á sua familia do que á sociedade; como poderia, pois, facultar a quem quer

que fosse o direito de denunciar taes crimes, si é que a interpretação do § 9.º do art. 72 não diz respeito exclusivamente á classe dos funcionarios, contra cujos abusos facultou a acção popular?

Vemos, entretanto, o Tribunal de Appellação do Estado da Bahia declarar, por accordo de 24 de Agosto de 1894, que só ao promotor publico cabe denunciar, isto é, só a elle cabe a acção criminal para punição dos crimes de responsabilidade, e annullar um processo de responsabilidade instaurado por denuncia de um do povo, firmando que a queixa compete ao offendido ou a quem tiver qualidade para represental-a, sem que ella possa abranger factos referentes a terceiro, salvo connexão directa. (34)

Tanto importa não conceder sinão ao ministerio publico a acção penal para punição dos crimes de responsabilidade e, conforme entendemos, tal decisão é contraria ao preceito constitucional do art. 72, que deu a quem quer que fôr a acção penal nos crimes d'essa natureza.

Feitas estas considerações ácerca da acção popular do § 9.º do art. 72 da Constituição, vejamos como se têm pronunciado os tribunaes sobre a materia dos ns. do § 2.º do art. 407, onde, dando-se ao ministerio publico a acção penal em todos os crimes e contravenções, disse o legislador :

---

(34) Vistos, relatados e discutidos, depois de sorteados os adjuntos, estes autos de responsabilidade criminal, em que é recorrente o juiz de Direito da Comarca de Ilheós, instaurados por denuncia de Francisco Ribeiro Caniço contra o Bacarel João da Motta Ramos Costa, por diversos actos praticados contra o denunciante e outros, tomam conhecimento do recurso interposto, *ex-officio* para annullar todo o processo por violação do dispositivo do art. 407 doCodigo Penal que, regulando a acção penal, sómente ao ministerio publico confere a attribuição de dar denuncia, permittindo unicamente a queixa á parte offendida ou quem tiver qualidade para represental-a sem que esta possa abranger factos referentes a terceiros, salvo conexão directa.

Extranham a inconveniencia de linguagem e a ausencia de fundamentos juridicos na resposta do accusado, pelo que o advertem.

Pague o denunciante as custas. Bahia e Tribunal de Appellação, 24 de Agosto de 1894.—Luiz Vianna, presidente.—J. Spinola.—Salvador Pires, —Macedo de Aguiar.

«Exceptuam-se:

1.º Os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante;

2.º Os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calumnia e injuria em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvo os casos do art. 274.»

O projecto n. 176 da Comissão da Camara disse:

«Exceptuam-se:

1.º Os crimes de damno não tendo havido prisão em flagrante;

2.º Os crimes de diffamação e injuria;

3.º Os crimes de violencia carnal, offensas ao pudor e rapto, salvo si a offendida fôr miseravel e pedir a intervenção do ministerio publico, si fôr asylada em algum estabelecimento de caridade ou si o crime fôr commetido com abuso do patrio poder ou da autoridade do tutor, curador ou preceptor;

4.º Os crimes mencionados nos art. 6.º, 162, 170, 171, 299 (1.ª parte) 313 (1.ª parte) quando o paciente fôr conjuge, 333 (1.ª parte) e 334. (35)

## FURTO

Apreciando as questões relativas ao n. 1.º da excepção do art. 407, devemos notar que, publicádo o Codigo Penal, o criterio para distinguir entre a acção publica e privada nos crimes d'essa especie, foi logo modificado pela Lei n. 21 de 14 de Outubro de 1891 que mandou continuar em vigor as disposições do Decreto n. 3.163 de 7 de Julho de 1883. (36)

---

(35) Vide nota supra.

(36) Dec. n. 3.163 de 7 de Julho de 1883:

Art. 1.º Admitte denuncia e será julgado pelo jury o crime de furto de gado vaccum, cavallar e muar.

Art. 2.º A disposição do artigo antecedente applica-se tambem ao

45

Pelos textos d'esse decreto, em confronto com as disposições do Decreto n. 121 de 11 de Novembro de 1892, explicativo da lei n. 21 e do Dec. n. 3.163, vê-se que o pensamento do legislador foi distinguir entre materia de de direito e de processo, pois que a necessidade das leis posteriores ao Cod'igo consistia na determinação da acção publica nos crimes de furto, e não na determinação da forma do processo, como é facil verificar dos termos do mesmo Decreto n. 121 de 1892. (37)

Si pela publicação d'essas leis complementares do Codigo Penal cabe alguma censura ao legislador, esta deve consistir em ter subordinado a acção publica, em taes hypotheses, á vontade do offendido, pela necessidade de representação para que possa o promotor agir, pois bem não se comprehende que, dependendo a acção da representação da parte offendida, seja ella considerada acção publica.

Si publica é a acção em taes casos, dever-se-ia desde logo autorisar o procedimento do ministerio publico sem dependenc:ia de representação de pessoa alguma; si privada, não comprehendemos como possa funcionar o orgão da justiça, a não ser em casos como os do artigo 274, onde razões de ordem publica aconselham essa intervenção.

Promulgado, porém, o Codigo Penal, foi em 14 de

---

furto de producto: 1.º da lavoura, inclusive estabelecimentos viniculos; 2.º dos estabelecimentos de salga ou preparação de carne, peixe, banha e couros; 3.º dos cortes de madeira.

Art. 3.º Para se dar a denuncia no crime de furto de que trata o art. 2.º é essencial que os objectos não estejam recolhidos a depositos, armazens ou celleiros.

(37) Dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892.

Art. 1.º A lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 comprehende, quanto á acção publica, o furto de gado de qualquer especie, competindo aos Estados a determinação da forma dos respectivos proecessos e julgamentos.

Art. 2.º Nos crimes a que se refere a mesma lei, a acção publica será iniciada sob representação do offendido, e perime pela desistencia d'este, pagas, n'este caso, por elle as custas.

Art. 3.º O furto de gado vaccum, cavallar e muar será punido com a penalidade do art. 330 § 4.º do Codigo Penal, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrario. Capital Federal, 11 de Novembro de 1892, 4.º da Republica.—*Floriano Peixoto*.—*Fernando Lobo*.

Novembro do mesmo anno, publicado o Dec. n. 1.030 que organisou a justiça do Districto Federal e dando regulamento a essa organização veio o Dec. n. 1.034 A de 1.º de Setembro de 1892, que no artigo 49, com referencia ao artigo 166 do Dec. 1.030, determinou que o crime de furto seria sempre de acção official da justiça do Districto Federal, sem embargo da excepção do n. 1.º do § 2.º do art. 407 do Código Penal. (38)

Surge então a seguinte questão:

O dispositivo do art. 49 do Dec. n. 1.034 A modificou a excepção do n. 1.º do § 2.º do art. 407? ou melhor:— O art. 49 citado tem applicação em todos os Estados da União, para o effeito de tornar de acção publica todos os crimes de furto sem dependencia de prisão em flagrante ou de representação da parte offendida?

Para resolver a questão devemos, antes de tudo, ponderar que o Dec. n. 1.034 A de 1.º de Setembro de 1892 é anterior á Lei n. 121 de 11 de Novembro do mesmo anno, e sendo principio corrente em direito criminal que as leis não retroagem sinão quando são favoraveis ao delinquente, embora a Lei n. 121 apparecesse para explicar o Dec. n. 21 de 11 de Novembro de 1891, não podemos fazel-a retroahir a esta data, para o effeito de não attingir a disposição do art. 49 do Dec. n. 1.034 A de 1892.

Esse argumento, não póde ferir o preceito da Lei n. 121 que sendo, como é, posterior ao Dec. n. 1.034 A, revogou o citado art. 49, restabelecendo a excepção do n. 1.º do § 2.º do art. 407, muito embora a opinião em contrario do Dr. Viveiros de Castro. (39)

---

(38) Dec. n. 1.030 de 14 de Novembro de 1890.

Art. 166. Incumbe ao ministerio publico em geral:

§ 1.º Denunciar os crimes e contravenções, as infracções das posturas municipaes e dos regulamentos do Governo, as quebras dos termos de bem viver e de segurança em todos os casos não exceptnados pelo artigo 407 do Código Penal.

§ 2.º Dar queixa em nome do offendido, a seu requerimento ou de seus representantes legais com prova de falta absoluta de meios para exercer a acção criminal, que privativamente lhes pertença, salva a disposição do art. 279 § 2.º do Código Penal.

(39) Vide A Nova Escola Penal pag. 288.

Consideremos ainda que toda a legislação citada provem do Congresso Nacional, que deve haver unidade na determinação do direito como são as acções, e concluiremos que embora o art. 49 tenha dito que o crime de furto é de acção publica no DISTRICTO FEDERAL, não podemos admittir, por força dos principios que regem a materia, que assim o seja para o Dictriocto Federal, vigorando entretanto a excepção do n. 1.º do § 2.º do Codigo para todos os demais Estados.

Não ha duvida, portaato, que o art. 49 do Dec. n. 1.034 A modificou o n. 1.º do § 2.º do Codigo e que sua disposição devia entender-se para todos os Estados da Republica tão sómente até a data do Dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892, que por sua vez modificou o n. 1.º do § 2.º do art. 407, revogando, porém, a disposição do artigo 49 em questão.

Não se diga que o Dec. n. 1.034 A deve vigorar no Districto Federal por ser uma lei local e ter o Congresso competencia para legislar sobre o direito como sobre o processo.

Contra semelhante objecção vem o poderoso argumento constitucional da unidade do direito, e, relativamente ao Districto Federal, elle não pôde constituir excepção.

Em taes condições, pois, pensamos que bem decidiu o Superior Tribunal de Alagoas, quando em sentença de 19 de Julho de 1894, annullou um processo por crime de furto em que indevidamente funcionou a promotoria publica, visto não ter havido flagrancia nem representação da parte offendida nos termos da lei. (40)

---

(40) Vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação criminal vindos do municipio da Viçosa, em que é appellante Manoel Francisco Nogueira da Silva, conhecido por Manoel Rio, accusado de ter furtado um cavallo pertencente a Pedro Desiderio e appellada a Justiça, accordam em tribunal dar provimento á appellação para annullar todo o processo e julgar perempta toda a acção pela incompetência do Dr. Promotor Publico para denunciar e promover os termos da acção.

O Codigo Penal no art. 407 § 1.º nega ao promotor publico faculdade de denunciar o crime de furto salvo o caso de flagrante delicto, pelo que implicitamente revogou o Dec. n. 3.163 de 5 de Julho de 1883, que facul-

Egualmente decidiu o Tribunal da Relação de Ouro Preto em 30 de Novembro de 1895, reformando uma ordem de *habeas-corpus* concedida a réo preso em flagrante delicto de furto, (41) além de outras decisões singulares identicas, sendo manifestamente inconstitucionaes os citados accordões do Tribunal de S. Paulo, do Piauhy e da Bahia, por alterarem, com as modificações introduzidas nas leis processuaes respectivas, o art. 407 do Codigo, penetrando no dominio do direito. (42)

Nos crimes de furto notamos um rigorismo excess-

tava a denuncia independente de prisão em flagrante no crime de furto de gado vaccum, cavallar e muar.

E' verdade que este decreto não só foi restaurado pela lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891, que derogou o referido art. 407 do Codigo Penal pelo facto de tornal-a dependente de representação do offendido. Do termo de informação do crime a fls. 6 e dos depoimentos das testemunhas do sumario verifica-se que não houve prisão em flagrante e que por conseguinte não se deu uma das hypotheses em que o ministerio publico podia ser parte na acção por crime de abigeato.

Não se tendo verificado o flagrante deijeto só podia ter logar a intervenção do ministerio publico mediante representação do offendido; mas dos autos tambem se verifica que tal representação não houve e que o Promotor publico baseou unicamente sua denuncia no referido auto de informação do crime feito *ex-officio* pelo Commissario de Policia da Viçosa. Julgando perempta a acção pela manifesta incompetencia do Promotor Publico para denunciar na especie dos autos, mandam que seja posto em liberdade o appellante si por al não estiver preso e condemnam a municipalidade nas custas.....

.....  
Macció, 15 de Julho de 1894.—*Rocha Lima*, presidente.—*Jorge*, relator.—*Adalberto Figueiredo*.—*Amorim Lima*.—*Faro Mendonça*. Fui presente.—O Procurador Geral.—*Coelho Ramalho*.

(41) Accordão em Relação etc. Que relatados, expostos e discutidos estes autos de recurso de *habeas-corpus* em que é recorrente o juizo da Comarea do Prata e recorrido Elias José Jorge, dão provimento ao recurso interposto *ex-officio* do despacho a fls. 14 v. que mandou pôr em liberdade o paciente, e o reformam para mandarem como mandam que seja elle de novo recolhido á prisão, por isso que do auto de prisão a fls. 7 se verifica que o recorrido fôra preso pelo commandante do destacamento policial em acto de furto de animal, o que é confirmado pelas duas testemunhas que conduziram o preso e que assignaram o auto, revestido das formalidades legais e pela informação do subdelegado á fls. 14, circumstancia que nos crimes do art. 330 do Codigo Penal dá logar a acção publica, como dispõe o artigo 407 § 2.º n. 1 do mesmo. Custas pelo recorrido. Ouro Preto, 30 de Novembro de 1895. *Braulio*, presidente.—*Gama Cerqueira*.—*Prestes Pimentel*.—*Rezende Costa*, vencido.

(42) Lei n. 109 A, de S. Paulo:

Art. 1.º Nos crimes de damno e de furto ainda que não haja prisão em flagrante é admissivel a denuncia do ministerio publico.

Art. 2.º Revogam-se as disposições em contrario.

sivo da parte do legislador de 1890 com a disposição do art. 334, onde, sem embargo de pertencer a cousa á herança ou á communhão em estado de indivisão, verifica-se o crime de furto.

Podemos mesmo afirmar que o legislador foi illogico creando crime em taes hypotheses, pois sendo elemento característico do furto, essencial, portanto, para sua existencia, que a propriedade da cousa pertença á terceiro, não tendo o Codigo se afastado d'este criterio nos arts. 330 e seguintes, não podia sem certa incoherencia de principios capitaes declarar o furto em qualquer hypothese da tirada da cousa indivisa.

Realmente a cousa indivisa não pertence verdadeiramente ao que d'ella se apodera, mas, por outro lado, não deixa de lhe pertencer; e torna-se incontestavel, que, si o individuo não a possui *in totum*, tem, entretanto, n'ella, uma parte ideal qualquer, e muitas vezes não se apropria de mais do que lhe póde tocar por occasião da divisão da herança ou da cousa commum.

Teria o legislador seguido este criterio, aliás justo, para a declaração do crime de furto no caso da herança ou bem commum?

Pela disposição do art. 334, parece que, quer o individuo se aproprie de uma parte correspondente ao que lhe póde tocar na divisão da cousa commum, quer se aproprie de mais ou do todo, commette o crime de furto e os co-herdeiros ou consenhores têm sobre elle a acção penal.

Pelo direito romano o co-herdeiro que se apropriava dos effectos de uma successão não commettia o crime de furto e tinha em seu favor o principio ou preceito legal: —*rei hereditarie furtum non fit.* (43)

A antiga jurisprudencia franceza mandava presumir que taes subtrações não eram feitas com intenção de furto, e Jonsse, citado por Chavean et Helie, fundado nos principios do direito romano, ensinava que a pena contra o

---

(43) L. C. D. expil hæredit.

herdeiro que sonegava os effeitos de uma successão era: —ser declarado herdeiro puro e simples; ser privado do direito ás cousas subtrahidas.

Sobreveio o novo Codigo Penal Francez e alguns escriptores sustentaram a mesma doutrina, a despeito do art. 379, fundados em que este artigo não admite furto sinão das cousas pertencentes a outrem; e em que os principios da antiga jurisprudencia não haviam sido formalmente abrogados.

Combatendo esses argumentos manifesta-se o mesmo Chavean e pergunta:—Do principio de que a cousa hereditaria pertence, em parte, ao co-herdeiro que d'ella se apodera, deve-se concluir que esta cousa não sendo exclusivamente de outrem não possa tornar-se objecto d'um furto?

Não permanece ella na propriedade alheia quanto as partes que não pertencem a esse co-herdeiro?

Deve-se distinguir entre o furto da parte de uma cousa e o furto da sua totalidade? Como o direito, mesmo indiviso, do agente ao terço ou ao quarto d'esse objecto, poderá legitimar a subtracção fraudulenta das partes que não lhe pertencem?

Depois de citar duas decisões da Côte de Cassação, uma refutando a objecção nascida dos arts. 792 e 801 do Codigo Civil Francez, que considera o herdeiro puro e simples, não como uma pena, para o effeito de excluir a criminalidade do furto; e outra em refutação ao argumento que se pretendeu tirar do art. 380, que não concedeu a acção de furto entre ascendentes, descendentes, etc., o mesmo escriptor ensina que a «regra que exige como um elemento do furto que a cousa subtrahida pertença a outrem, não distingue si essa propriedade é total ou parcial.»

«Basta para constituir o delicto, continúa elle, que uma porção d'esta cousa pertença a um terceiro, e o agente não será, desde então, admittido a oppôr a questão de pro-

priedade, si não allegar que se trata da propriedade de toda a cousa.» (44)

Lesellyer, citado pelo mesmo Chavean, parece-nos que respondeu á argumentação d'este quando pergunta : «Pode-se dizer que uma cousa que nos perteuce em commum não nos pertença no sentido do art. 379? Si assim o é, quanto ás partes indivisas d'esta cousa que pertencem aos outros co-proprietarios, não se póde dizer o mesmo quanto ás partes que nos pertencem.»

Não é justa a opinião de Chavean et Helie, em qualquer hypothese da tirada da cousa commum.

Sejam, por exemplo, cinco os herdeiros a uma herança, ella decompor-se-á em outras tantas partes. Um co-herdeiro apropria-se de parte correspondente ao seu quinhão. O facto de não se achar materialmente dividida a herança, não póde tirar-lhe o direito de propriedade a essa parte.

Eis ahi uma hypothese em que, a despeito do art. 334 do nosso Codigo, pensamos não poder 'haver o crime de furto, visto não poder elle recahir sobre cousa que não seja alheia.

E não sendo cada um dos herdeiros por si só, proprietario da cousa subtrahida, a quem compete propôr a acção criminal?

Comprehende-se a importancia d'essa questão, pois que divulgamos desde já a possibilidade da annullação de um processo criminal, por illegitimadade de pessoa, conforme a especie de que se tratar n'um crime de furto da cousa indivisa.

Diversas podem ser as hypotheses, convindo distinguir o caso em que ainda não houve partilha d'aquelle em que já foi a cousa partilhada.

Na primeira hypothese, isto é, dando-se o furto no decurso do inventario, ainda convém distinguir o caso de ser o inventariante um extranho d'aquelle em que tal cargo fôr exercido pelo cabeça de casal ou por outro herdeiro.

---

(44) Theor. do Cod. Penal n. 3.181.

Pensam alguns que uma vez furtada a cousa inventariada, o inventariante, cabeça de casal ou não, deve intentar a acção penal, reconhecendo os que assim pensam competencia juridica no inventariante para a propositura da acção penal com fundamento no facto de poder elle intentar as acções possessorias e de ser responsavel pela integra da cousa partilhavel.

Na verdade, ao inventariante, cabeça de casal, ou não, assiste esse direito que assenta no facto da posse da cousa e torna-se, desde logo, notavel a disparidade entre simples detentor e o proprietario de uma cousa.

Não exigiram as nossas leis para a concessão dos interdictos mais do que a posse pura e simples da cousa, ao passo que só se póde caracterisar o furto pela subtracção da cousa, concorrendo a existencia de um offendido que não póde ser e o inventariante não successor, nos precisos termos do Codigo Penal.

Os remedios meramente possessorios, na esphera do direito civil, tendem tão sómente á conservação, á integridade do acervo, cujo dever é conferido pelas leis ao inventariante e outro tanto não podemos dizer da acção penal, pois o fim limita-se em regra á punição do delinquent, acontecendo tambem que qualquer que seja o seu resultado só póde acarretar dispendio para o monte, e não crêmos que o inventariante, simples gestor, possa em casos taes ser juiz da necessidade de punir o criminoso quando a lei penal declara terminantemente que a acção criminal compete ao offendido e diz-se tal no crime o que soffre directamente a offensa—*qui passus est*,—salvos os casos de representação expressamente exceptuados.

Isto quanto ao inventariante que não reunir em si a qualidade hereditaria.

Sendo porém o inventariante o cabeça de casal ou outro herdeiro—póde elle ser considerado competente para a propositura da acção penal?

Sem embargo da manifesta differença entre mate-

ria de direito civil e de direito criminal, julgamos indispensavel fazer a exposiçào de alguns principios relativos ás cousas em estado de indivisào, pois que podem elucidar a questào sob o ponto de vista em que a encaramos :

O Codigo Civil Portuguez formulou o seguinte principio regulador das relações reaes dos condminos : «o proprietario em commum, consorte ou co-proprietario exerce conjunctamente com os outros seus consortes todos os direitos que pertencem ao proprietario singular EM PROPORÇÃO DA PARTE QUE TEM NA PROPRIEDADE EM COMMUM. (45)

Este principio, porém, acha-se sujeito : 1.<sup>o</sup> á restricção resultante da existencia de outros direitos eguaes ; 2.<sup>o</sup> á restricção que resultar das convenções entre os condminos.

Mas si a parte que um condmino tem na propriedade indivisa é puramente ideal, segue-se ser da natureza da indivisào que cada co-possuidor tenha direito sobre a cousa em todas as suas partes ou sobre todas as cousas que constituem a totalidade da communhão. (46)

Estes preceitos parece conciliarem-se com a exigencia que faz o Codigo Penal de um offendido, a quem deve competir a queixa em taes casos.

Sem duvida que cada co-possuidor, só devendo exercer o seu direito na proporção da parte que tem na propriedade commum, e por outro lado, tendo direito sobre todas as cousas que constituem a totalidade da communhão, aquelle que se utiliza, ou melhor, subtrahе uma parte superior á que podia lhe tocar, foi além da proporção que firma o primeiro preceito e ao mesmo tempo offendeu ao direito dos demais consenhores.

Existe, portanto, um offendido em cada um dos outros co-proprietarios ou herdeiros e qualquer d'elles que se apresente em juízo justificará a sua qualidade de offendido,

---

(45) Cod. Civ. Port. art. 2.176 a 2-186.

(46) Laf. Dir. das Cousas § 30 e nota.

sendo por consequência competente para propôr a acção penal.

Concluimos, pois, que ou seja o objecto subtrahido unico a partir, como por exemplo um rebanho, uma certa somma de dinheiro, ou faça parte de todo partivel, o cabeça de casal, por exemplo, não na sua qualidade de cabeça de casal ou de inventariante, mas na qualidade de herdeiro póde e deve intentar a acção penal pelo furto da cousa indivisa sujeita á partilha.

O mesmo podemos dizer da segunda hypothese da cousa indivisa, isto é, quando permanecer em communhão depois de partilhada (47) relativamente aos consenhores.

O direito Francez não consigna uma disposição idêntica á do art. 334 do nosso Codigo, declarando apenas o art. 379 o seguinte, relativamente ao crime de furto:

Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable do vol.

Boitard encontrou n'este artigo tres elementos constitutivos do crime de furto, e ensina de pleno accordo com Garraud (48) que torna-se preciso haver a *subtracção*: que esta seja fraudulenta, isto é, intencional, e que diga respeito á cousa pertencente a outrem.

Todavia não passou despercebida ao illustre Boitard o caso de furto de cousa commun e elle já dizia que aquelle que se apodera de uma cousa na qual tem direito parcial, evidentemente furta a parte d'este objecto que não lhe pertence.

Mas, si a subtracção fôr de parte da cousa commun, correspondente ao seu direito?

D'ahi nasceram as nossas considerações ácerca da propositura da acção penal e o proprio Boitard já reconhe-

---

(47) Só podendo existir o crime de furto de cousas moveis ou se-moventes póde parecer que uma vez partilhada sahe da communhão. A hypothese, porém, é possível quando dois ou mais herdeiros têm parte por exemplo n'um animal, etc.

(48) Précis de Droit Criminal pag. 294. 50

c'a as difficuldades, não sobre a propositura da acção, do que não tratou, mas sobre o crime de furto entre herdeiros e associados. (49)

Entretanto, o legislador, na confecção do art.<sup>o</sup> 334 do nosso Codigo de 1890, cingiu-se ao art. 402 do novo Codigo italiano, tendo despresado, porém, d'este artigo, o que elle a respeito continha de melhor.

Assim é que estatuiu o Codigo Penal Italiano :

Art. 402. Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui per trarne profitto, togliendola dal luogo dove si trova, senza il consenso di colui al quale essa appartiene é punito con la reclusione sino a tre anni.

Il delitto si commette anche sopra le cose di una ereditá non ancora accettata, e dal comproprietario socio o coerede sopra le cose comuni, o dell' ereditá indivisa, da lui non dete-nute. La quantità del tolto si misura detraendo la parte spettante al colpevole.

A última parte d'este artigo foi despresada pelo legislador de 1890 e pela Commissão da Camara, quando julgamos de necessidade conhecer-se a totalidade da herança ou da cousa commum para que se saiba si o objecto tirado póde ou não ser computado na parte do indiciado ou si vae além d'ella ferindo o direito alheio.

O projecto substitutivo do Dr. João Vieira seguiu a que já se achava no Codigo actual, contendo disposição identica á do projecto da Commissão da Camara.

E assim nos expressamos, porque a innovação que ambos os projectos fazem ao artigo do Codigo actual, exigindo que a cousa objecto de furto não entre no rol d'aquellas já detidas pelo accusado, não resolve as questões que se levantam, pois o valor do objecto detido póde ser muito inferior á importancia da parte a que possa ter di-

---

(49) Droit Criminal, pag. 381.

reito o indiciado e julgamos iniquidade fazel-o responder n'este caso pelo crime de furto, tanto mais quando—*rei nostræ furtum facere non possumus*—e Boitard ensina que esta regra é absoluta. (50)

O art. 335 do actual Código contém uma disposição identica á do art. 262 do Código de 1830, onde não reconheceu o legislador a possibilidade da acção criminal por furto entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes e afins no mesmo grau. D'aqui, portanto, decorre uma importante consequencia e é que a disposição do artigo aproveita aos extranhos, que com taes pessoas praticarem o furto, como já havia decidido o Supremo Tribunal de Justiça por accordão de 13 de Novembro de 1861, em gráo de Revista, segundo se vê da nota infra. (51)

(50) Obra e pag. citadas.

(51) Vistos, expostos e relatados estes autos de revista crime entre partes recorrentes José Joaquim Barbosa Serzedello e José Custodio Gomes Pereira e recorrida a Justiça: concebem a revista pedida por nullidade do processo, por não haver base para o processo criminal e não existir o crime de estellionato de que se trata.

Porquanto o facto que se imputa é ter o desembargador aposentado Antonio de Almeida Silva Freire da Fonseca simulado dividas que podessem absorver todos os seus bens com o fim de privar sua mulher da meação na partilha que teria de dar si afinal fosse julgado procedente o divorcio perpetuo que pedia no juizo ecclesiastico, sendo esse facto qualificado como teatativa de estellionato e sujeito á sancção penal do art. 264 do Código Criminal combinado com o art. 34 do mesmo Código; mas não podendo existir este crime entre marido e mulher por não haver uma lei anterior que o qualifique (art. 1.º do mesmo Código), é claro que não existe tal crime no facto de que se trata.

E o art. 262 do mesmo Código declara que não se dará acção de furto entre marido e mulher e ninguem duvida que o estellionato é um furto praticado por meios artificiosos.

De tudo, pois, se vê que não existindo autor do crime não pôde existir cúmplices, não podendo, portanto, os recorrentes ser processados e condemnados como taes.

E nem aqui ha dois crimes diversos como foram capitulados n'este processo porque é um só facto revestido de diversas circumstancias entre si relacionadas.

Acresce mais que os quesitos não estão regulares, pois tratando o juiz dos crimes dos recorrentes apresentou tambem um segundo e terceiro quesitos relativos ao crime do Desembargador Freire, que não é réo n'este julgamento, não se tendo tambem inquirido algumas testemunhas cujo depoimento importava defeza dos réos recorrentes como se nota pela certidão de fls. 237.

## PARAGRAPHO 5.

### DAMNÓ

O que temos dito relativamente ao crime de furto e ás acções entre co-herdeiros ou consenhores, applica-se egualmente aos crimes de damno, convindo, porém, desde já distinguir o damno entre co-herdeiros do damno entre hereus confinantes, a respeito dos quaes decidiam os nossos tribunaes não constituir crime.

Não declarou positivamente o legislador que a destruição ou damnificação da cousa commum ou indivisa constituiria o crime de damno, como o fez a respeito do furto, o que, porém, não significa que deixe de existir o crime, nem que elle exista em toda e qualquer hypothese.

A exposição que, em resumo, fizemos dos principios reguladores da cousa commum devem ter aqui egual applicação.

Desde que o Codigo Penal, fixando o criterio da existencia d'esse crime ex'giu, nos arts. 326-329, que elle consista na destruição ou damnificação, e que esta verse, como, no furto, sobre cousa alheia com a differença da inclusão das cousas immoveis, parece-nos perfeitamente possível a hypothese de uma destruição ou damnificação da parte correspondente ao quinhão hereditario do autor do

---

Portanto, concedida a pedida revista como dito fica, remetam-se os autos á Relação da Bahia que designam para revisão e novo julgamento. Rio de Janeiro, 13 de Novembro de 1861.—*Barão de Montserrat*, presidente.—*Nabuco*.—*Almeida*.—*Siqueira*, vencido.—*Veiga*, vencido.—*França*, vencido.—*Barão de Pirapama*, vencido.—*A. Pantoja*, vencido.—*Brito*.—*Silva Tavares*.—*Azevedo*.—*Mariani*, vencido quanto a redacção.—*Simões da Silva*, vencido.—*Machado Nunes*, vencido. Não votou por impedido o Snr. Conselheiro Ernesto Pereira França.—Vid. Mendes de Almeida.—Arestos do Sup. Trib. pag. 547.

facto e não podíamos, sem incoherencia, reconhecer aqui criminalidade e negal-a no caso do furto.

Si mais difficil se torna a destruição da cousa immovel, outro tanto não podemos affirmar da sua simples damnificação e nem por ser difficil a hypothese de destruir-se, por exemplo, um predio, um immovel, na parte correspondente ao quinhão do destruidor, poderemos concluir pela existencia d'essa especie de crime no caso figurado.

Imaginemos que uma herança compõe-se de tres predios de egual valor e que outros tantos são os herdeiros. Nem porque seja um d'elles destruido por qualquer dos herdeiros, deverão os demais se julgar prejudicados em seu direito que em qualquer hypothese limitar-se-ia tão sómente a um dos predios. E neste caso onde a offensa do direito alheio?

D'ahi concluimos que o que destróe ou damnifica a cousa propria ou commum na parte correspondente não commette crime.

O direito francez parece que estatuiu melhor sobre o assumpto, e mesmo no damno por incendio, desde que não haja offensa de direito nem cause prejuizo alheio, não ha crime.

Não puniu a lei franceza o abuso do direito de propriedade, desde que o acto não traga prejuizo de terceiro, conforme as expressões do § 2.<sup>o</sup> do art. 434 do Código d'aquelle paiz, assim concebido :

«Quem quer que tiver, voluntariamente, posto fogo em edificios, navios, barcos, armazens, estaleiros quando não fôrem habitados nem sirvam para habitação, ou em florestas, mattas de corte ou colheitas pendentes, quando esses objectos não lhe pertençam, será punido com a pena de trabalhos forçados perpetuamente.»

Quanto ao damno simples não foi outro o criterio do legislador francez exigindo no art. 437, como elementos

d'esse crime, que haja destruição ou damnificação, que a cousa destruída seja uma das enumeradas no artigo respectivo, que a destruição seja feita voluntariamente e que a cousa damnificada pertença a outrem. (52)

Outra, porém, é a nossa opinião quanto ao crime de damno entre hereos confinantes.

Convém aqui não confundir o socio ou consenhor com o verdadeiro hereo confinante.

No dominio do Codigo de 1830 o crime de damno foi previsto pelos artigos 266 e 267, e quer se tratasse de hereos confinantes quer não, uma vez damnificada a cousa alheia, estava caracterizado esse crime.

Sobreveio, porém, a Lei de 18 de Setembro de 1850 e mais tarde o Reg. de 31 de Janeiro de 1854, onde declarou o legislador:

«Art. 2.<sup>o</sup> Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias e n'ellas derrubarem mattos ou lhes poserem fogo, serão obrigados a despejo com perda de bemfeitorias e demais soffrerão a pena de dois a seis mezes de prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre hereos confinantes.»

Em virtude de tal disposição veio o art. 88 do Reg. de 1854 citado, mandando que o juiz municipal tomasse providencias *ex-officio*, contra os individuos que se apossassem de terras devolutas ou derrubassem mattos ou n'elles deitassem fogo, determinando o art. 89 que igualmente se punissem esses crimes, quando commettidos em terras particulares, devendo preceder requerimento dos respectivos proprietarios, comtanto que os que houvessem praticado taes actos não fossem  
HEREOS CONFINANTES.

Deixava, portanto, de ter applicação n'esta parte o art. 266 do Codigo e de conformidade com estas disposi-

ções julgou o illustrado Mafra um caso occorrido quando juiz de Direito da Comarca de Mar de Hespanha, (53) sendo

(53) Vistos estes autos, etc. Allega o queixoso, na petição de fls. 2, que o réo mandou derrubar madeiras em terras de seu exclusivo dominio para empregal-as em obra sua, fazendo para esse fim uma picada, com inaudita devastação da matta, o que se verificou pelo auto de corpo de delicto a fls. 17. Pele que seja o réo condemnado nas penas do art. 266, 2.<sup>a</sup> parte, e 257 combinado com o art. 34 doCodigo Criminal, por constituirem taes factos crimes accumulados e successivos de damno e tentativa de furto.

Não convencem os autos (arts. 144 do Cadigo do Processo) que os factos incriminados constituam tentativa de furto.

Bem considerados os termos do art. 259 doCodigo Criminal, é evidente que *tirar a coisa alheia contra a vontade do seu dono*—não exprime apenas o *lançar mão* da mesma coisa, porém em seguida—desvial-a da posse de seu dono e contra a vontade d'este: *«Il n'y a point d'enlèvement de la chose volée quand meme on aurait comencé à mettre la main sur cette chose sans la déplacer.»* (Chauv. Theor. du Cod. Pen. n. 3.151).

Emquanto pois não ha a deslocação—*contractatio est loco movere*, e apenas a simples apprehensão da coisa alheia, «o furto é apenas um projecto» e não o crime o qual se executa e completa pela deslocação.

Assim, é essencial, para ter logar a tentativa de furto, o principio de execução d'essa deslocação, e que ella não tivesse effeito por circumstanças independentes da vontade do réo. (Cod. Crim. art. 2.<sup>o</sup> § 2.<sup>o</sup>)

Os autos, porém, tornam patente que a madeira derrubada, por ordem do réo, ainda se conserva no mesmo logar, que o réo as não fez transportar d'alli para applical-a ao fim que lhe attribue o queixoso e consequentemente não houve o principio da execução e pois a tentativa de furto. A derrubada e preparo da madeira para o uso que o queixoso attribue ao réo, não podem juridicamente considerar-se principio de execução e sim actos preparatorios. Estes, porém, segundo o direito não são puniveis com relação aos delictos que preparam ou facilitam, «por ser base muito fragil para a imputação da intenção criminosa e por dever a lei suppôr e não repellir o arrependimento». São, comtudo, puniveis e punidos, quando, abstracção feita dos delictos que visão, constituem por si crimes especiaes e distinctos. (Chauv. cit. n. 562, Ortolan.—Elem. de Droit pen. n. 798 e seg., e reg. n. 981 e seg.)

E' o que se verifica na hypothese dos autos. Os factos incriminados só podem constituir o crime de damno.

E quando mesmo estivesse provada a existencia da tentativa, nem assim teria logar a accumulção com o crime de damno, como pretende o queixoso.

Sendo unico o facto delictuoso, embora comprehensivo de transgressões de deveres e leis pnaes diversas, taes transgressões, sob a relação do complemento de delicto, poderão aggravar-o, mas não constituem outros crimes; são sim crimes diversos sob o ponto de vista moral, mas perante a lei não destrahem a unidade do-delicto.

O acto ou facto delictuoso é caracterizado pela transgressão mais grave.

Si, porém, os factos constituem, separada e distinctamente, crimes diversos cada um d'elles, tem só, então, logar a accumulção.

Dá-se no primeiro caso o cumulo *moral*, no segundo o *formal*, unico pelo qual se applicam ao mesmo agente penas diversas por diversos crimes. Assim doutrina Ortolan, cit. 1.149 e 1.151-

Isto posto, a tentativa de furto de madeiras derrubadas pelo réo ab-

sua doutrina confirmada pelos tribunaes, nas decisões da Rel. da Côrte de 10 de Novembro de 1876; de 4 de Outubro de 1868, da mesma Rel. da Côrte.—Res. Jur. vol. 4.º pags. 514. Dir. vol. XI pag. 603 e vol. 62 pag. 417, etc.

Essa era a legislação e a jurisprudencia dos tribunaes, sob o ponto de vista da questão, no tempo do Imperio, mas não nos parece que possam prevalecer nos tempos que decorrem pelas considerações adiante, muito embora tenha-se continuado a afirmar e os nossos tribunaes tenham declarado que não constitue damno, actualmente, os actos destruidores ou damnificadores entre hereos confinantes.

Vimos esta doutrina sustentada pelo Juiz de Direito da comarca da Vigia no Estado do Pará confirmando uma sentença do Juiz Substituto da mesma comarca e por pensarmos diversamente seja-nos permittido expender as razões da nossa divergencia. (54)

A antiga legislação conferia ao dominio nacional a

---

soveria, comprehenderia o damno da derrubada, haveria o cumulo moral; mas a ligação dos factos fóra tal que excluira o cumulo *formal*.

Nem, porém, procede a acção pelo crime de damno porquanto: 1.º não provou o queixoso que o terreno em que se fez a derrubada seja de seu exclusivo dominio. Si tres testemunhas do inquerito (que são a primeira, segunda e quinta do summario) depõem que o terreno pertence ao queixoso, taes depoimentos são abalados por duas outras (terceira e quarta do summario) que, como donos d'esse terreno, em parte venderão-no ao réo e depõem que não sabem quaes são as divisas.

Assim, nem para o crime de furto—*rei nostræ furtum facere non possunt*—nem para o de damno, está provado o elemento tambem essencial—*que a cousa seja alheia*; 2.º quando mesmo fosse indubitavel que o terreno é do exclusivo dominio do queixoso, outra era a lei a applicar-se, outra a fórma do processo. Os actos possessorios em propriedades territorias são regidas quanto á sua criminalidade, não pelo art. 266 do Codice Criminal, mas pela lei de 18 de Setembro de 1850 e regulamento de 30 de Janeiro de 1854, e quanto á fórma pelo art. 205 e seg. do Cod. do Processo, *ex-vi* do art. 88 do cit. Regul. E ainda assim as disposições respectivas referem-se e comprehendem sómente a hypothese de não serem as partes hereos confinantes; 3.º concluindo-se do depoimento das testemunhas que o terreno do queixoso e do réo são limitrophes e elles hereos confinantes, ainda mesmo que claramente estivessem distinctos os limites não tem logar a acção criminal pelos factos sujeitos que são verdadeiros actos possessorios, os quaes só dão logar á acção civil. (Lei de 18 de Setembro de 1850, art. 2.º, regulamento de 30 de Janeiro de 1854, arts. 88 e 89, e accordão da Relação da Côrte, appellação n. 6.156 de 4 de Outubro de 1868). Por estes fundamentos nego provimento ao recurso official interposto do despacho de fls. 34 e pague o queixoso as custas. Mar de Hespanha, 14 de Setembro de 1874.—*Manoel da Silva Mafra*.

(54) Vid. Dir. vol.—67 pag. 140.

propriedade dos terrenos devolutos, como ensinam Ribas tit. 4.º cap. 6.º § 11 e F. de Freitas. Cons. art. 55, e do n. 15 da Const. do extinto Imperio nascia a competencia do poder legislativo para regular a alienação dos bens publicos, preceito em virtude do qual nasceu a lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 e seu Reg. de 1854, que trouxeram as disposições dos arts. 2.º, 88 e 89, que vimos de citar.

Unica competente para decretar leis de toda a especie, a Assembléa Geral, no governo monarchico, foi por essa razão considerado modificado o art. 266 do Codigo Criminal antigo, deixando de constituir crime o acto possessorio do hereo confinante.

Com o estabelecimento da Republica mudou-se inteiramente a face da questão, que hoje tem o seu assento na disposição constitucional do art. 64, onde se diz *pertencerem aos Estados as minas e terrenos devolutos situados nos seus respectivos territorios, cabendo á União sómente a porção de territorio que fôr indispensavel para a defeza das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes.*

Em vez de bens nacionaes passaram as terras devolutas a fazer parte do dominio dos Estados, e, parece-nos que já não póde o Congresso Nacional legislar a respeito da alienação d'ellas, nem que deva ainda vigorar a Lei n. 601 de 18 de Setembro e seu Reg. de 1854.

Indubitavelmente, attentos os principios constitucionaes hoje dominantes, não podemos deixar de considerar revogados os arts. 2.º da Lei de 1850 e 88 e 89 do Reg. de 1854, pelo novo Codigo da Republica que definiu o crime de damno sem exclusão de actos possessorios entre hereos confinantes ou não.

Si é facto que o fundamento da não criminalidade entre hereos confinantes assentava na duvida acerca da verdadeira propriedade da cousa destruida ou damnificada e que essa razão predomina até hoje sem embargo da omissão do novo Codigo, não é menos exacto que o direito criminal repelle a interpretação, por analogia ou paridade

e na generalidade dos arts. 326 a 329—acha-se comprehendido tanto o hereo confinante como outro qualquer, bastando para caracterisar-se o crime ali definido que haja um autor do facto (agente imputavel da acção criminosa) que tenha agido dolosamente; que exista o facto material da destruição ou damnificação e que esta diga respeito a cousa alheia.

As exclusões de criminalidade são favores concedidos pela lei debaixo de um certo fundamento e esses favores precisam achar-se positivamente declarados pelo legislador.

Nem podemos comprehender a opinião d'aquelles que suppõem não revogada a legislação antiga a respeito dos crimes de damno, porquanto, ao passo que a lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 e Reg. de 1854, não consideram crime o acto possessorio do hereo confinante, ao mesmo tempo crearam a fórma do processo para os casos em que alguém se apossasse de terras de outrem e n'ellas derrubasse mattos e lançasse fogo, mandando que fossem elles regidos pelo processo admittido para as infracções de posturas municipaes, contido nos arts. 285 e seguintes do Cod. do Proc. com as alterações introduzidas pelo art. 45 do Reg. n. 4.824 de 22 de Novembro de 1871, que baixou para a execução da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro do mesmo anno, denominada de Organização judiciaria.

Dado que alguns Estados, legislando sobre o processo, adoptassem o que havia estabelecido o Cod. do Proc., Lei de 3 de Dezembro de 1841, Reg. de 31 de Janeiro de 1842, Lei 2.033 de 20 de Setembro de 1871 e seu Reg., havemos forçosamente de negar-lhes competencia para mandar vigorar a Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 e seu Reg. de 1854, na parte em que alteraram o artigo doCodigo Criminal antigo, pois que em face dos principios constitucionaes que hoje nos regem, a materia do art. 2.º da citada Lei n. 601 e a que se acha contida nos arts. 88 e 89 do Reg. de 31 de Janeiro de 1854, relativos á declaração de

criminalidade e á determinação da acção penal, entram na ordem do direito substantivo de exclusiva competencia do Congresso Nacional.

Si admittirmos a possibilidade de poderem os Estados mandar por sua legislação, meramente processual, vigorar aquellas disposições, teremos conjunctamente admittido uma invasão de competencia constitucional entre os Estados e a União, accrescendo poder acontecer que alguns Estados considerem revogadas aquellas disposições e que, por consequencia, em uns, seja crime o acto possessorio entre hereos confinantes e em outros não, offendendo-se assim profundamente a unidade que deve existir na esphera do direito substantivo.

Entretanto, de modo contrario decidiu o Tribunal do Recife por Acc. de 23 de Junho de 1893, cujas razões vêm transcriptas no Dir. vol. 62 pag. 417.

O argumento que poderia justificar a doutrina d'este accordão, unicamente poderia ser tirado da disposição do art. 83 da Constituição da Republica, onde se diz que *continuam em vigor, em quanto não revogadas, as leis do antigo regimen no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios n'ella consagrados.*

Esse argumento, porém, torna-se de todo insubsistente, conforme passamos a demonstrar.

Sem embargo de ter sido a disposição constitucional acima, posterior ao nosso Codigo Penal, por consequencia, de existir antes de tal dispositivo constitucional a materia dos arts. 2.º e 88 89 da Lei n. 601 de 1850 e Reg. respectivo, torna-se incontestavel que, a prevalecerem como em vigor as disposições d'estas leis, ellas devem prevalecer *in tótum*—ou pelo menos n'aquillo que contém de direito puramente subjectivo.

Ora, taes arts. das Leis que analysamos, além da isenção de criminalidade pelo acto possessorio entre hereos confinantes, contém determinação do procedimento

*ex-officio*—de que trata o art. 88 do Reg. de 1854, e mais ainda a determinação do character de privada que devia ter a acção contra os que se apossassem de terras alheias, derrubassem mattas, ou n'ellas deitassem fogo,—conclusões a que manifestamente dão logar o emprego da expressão —o mesmo procedimento terão a requerimento do proprietario, etc.—de que usou o art. 85 do Reg. citado.

Si, pois, devem prevalecer taes artigos na parte em que isentam o hereo confinante de criminalidade, devem tambem prevalecer quanto ao direito de acção que cabia ao proprietario, e inutil n'este caso seria a excepção contida no art. 407 § 2.º do Cod. Penal, quanto ao crime de damno, pois diria respeito a um assumpto sobre o qual já havia disposição legislativa.

Além d'isto, as disposições dos arts. 88 e 89 do Reg. de 1854 contém materia de direito substantivo e materia de direito adjectivo e bem não se comprehende que, tendo sido a legislação penal reformada, tendo o legislador de 1850 creado e extinguido crimes, augmentado e diminuido penas, fosse sua intenção deixar em vigor uma parte de artigo de lei anterior quando, definindo o crime de damno de que trata o art. 329 do Codigo, poderia claramente ter dito que não se incluriam na sua generalidade os actos possessorios de hereos confinantes.

Si este facto constituiu uma omissão da sua parte, então digamos que precisamos de legislação, ou de disposição clara e terminante que isente o hereo confinante de criminalidade, mas não queiramos fazer vigorar uma parte de artigo de lei que forçosamente deixou de merecer importancia com a reforma da legislação penal.

Accresce que, o artigo 83 da Constituição mandou continuar em vigor a legislação antiga na parte em que não fosse contraria aos principios consagrados por ella, e vemos que a lei n. 601 e Reg. de 1854 diziam respeito a terras do dominio nacional, ao passo que, pela Constituição, essas terras passaram a pertencer aos Estados. A transfe-

rencia do dominio das terras devolutas para os Estados constitue um preceito novo em nossa legislação e as leis antigas que regulavam taes casos já não podem prevalecer nem regulal-os actualmente, por contrarias que são á Constituição.

Sejamos, pois, logicos e coherentes. Si o Codigo Penal manda ter logar o crime de furto entre herdeiros, na tirada das cousas pertencentes á sociedade, etc., porque se ha de querer validar uma legislação revogada para excluir a criminalidade dos hereos confinantes quando muitas vezes entre elles póde estar perfeitamente caracterizado o crime dos arts. 326-329?

Distinguímos precisamente o caso de se acharem divididos os terrenos limitrophes de duas propriedades, portanto de ser possivel a verificação dos elementos constitutivos d'essa especie de crime e não ha maior absurdo do que negar-se a criminalidade pelo simples facto de serem os seus proprietarios hereos confinantes.

Ou seja provada a existencia de divisão de terras limitrophes, ou sejam ellas divididas naturalmente, de modo a poder se distinguir qual o proprietario que soffreu com o acto damnificador do outro, não vêmos razão para exclusão de criminalidade.

Firmando por consequencia a nossa opinião a respeito, precisamos deixar assentado que entre hereos confinantes póde existir o crime do art. 326-329 do Codigo sempre que os terrenos forem divididos artificial ou naturalmente e poder-se provar á qual d'elles pertence a cousa destruida ou damnificada.

56



## PARAGRAPHO 6.º

Passando á segunda excepção do § 2.º do art. 407 vemos que o legislador negou a acção publica aos crimes de violencia carnal, raptó, adulterio, parto supposto, calúnia e injuria em que sómente mandou proceder por *queixa* da parte, salvos os casos do art. 274, isto é, salvo si :

1.º a offendida fôr pessoa miseravel ou asylada de algum estabelecimento de caridade;

2.º si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

3.º si o crime fôr perpetrado com abuso do patrio poder ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.

Disse o art. 275 :

«O direito de queixa privada prescreve fin-dos seis mezes contados do dia em que o crime fôr commettido.» (55)

Uma importante questão que se resume no salvo d'esse § remissivo do art. 274 é a de saber como deve ser entendida a expressão—*procedimento official de justiça* empregada no artigo.

Não calou no espirito do Dr. João Vieira a divergencia dos tribunaes e em seu projecto substitutivo, dando direito de *queixa* privada á parte por esses crimes (relativos á honra da familia) alterou as excepções do art. 274, mas deixou de pé toda a questão, porque nos crimes de «*violencia carnal e offensas ao pudor*» sendo o facto:

1.º Commettido em logar publico ou accessivel ao publico ;

---

(55) Estaria de accordo com os principios si o art. dissesse :—a acção penal privada prescreve, n'esses casos, em seis mezes, etc.

2.º sendo commettido com abuso do patrio poder ou do poder tutellar, etc.

mandou que tivesse logar o *procedimento official* da justiça.

Ao ministerio publico deu o direito de *denuncia*; á parte offendida deu o de *queixa*, mas verificando-se alguma das circumstancias acima enumeradas, manda ter logar o procedimento official. Como?

Por denuncia ou por queixa?

O projecto da commissão da Camara aproximando-se mais da solução da questão, deixa vêr que o ministerio publico intervirá, sendo a offendida miseravel, por meio de denuncia, mas, ao passo que quiz tornar n'esta hypothese a acção publica, faz, todavia, depender o procedimento da justiça da requisição da mesma offendida o que não deixa de ser um contrasenso, porque, tanto, importa em fazer continuar a acção com character privativo da offendida. Essa questão não é de pouca importancia e diversos processos têm sido annullados por divergencia dos tribunaes, oriunda da confusão que fez o Codigo actual e que fazem os dois projectos entre direito de acção e direito de denuncia ou de queixa.

De accordo com os principios que temos exposto, entendemos que esse *procedimento official da justiça* significa a intervenção do promotor, por denuncia ou por queixa conforme a legislação processual dos Estados, pois queixa e denuncia são modos porque se ha de iniciar a acção penal, são fórmulas de processo, com o que nada tem o Codigo Penal.

Apreciada a questão, porém, em face do Codigo vigente, tem os tribunaes divergido pensando uns que o ministerio publico intervem por denuncia em virtude do § 2.º do art. 407, por tornar-se o crime publico; outros, que elle intervem por queixa, visto, tão sómente representar a offendida, a quem o mesmo Codigo deu o direito de *queixa*, conforme a expressão do art. 275 citado.

Em favor da primeira opinião manifestou-se o Tribu-

nal do Estado do Pará por accordão de 2 de Setembro de 1893 (56) e pelo de 5 de Maio de 1897, (57) manifestando-se em favor da segunda opinião os tribunaes do Estado do Rio, pelos accordãos de 19 e 26 de Março de 1895 (58) e o do Estado de Santa Catharina que declarou inter-

(56) Vistos, discutidos e relatados estes autos de recurso criminal, em que é recorrente o promotor publico da comarca de Vigia e recorridos o Juiz de Direito e Custodio José Borges: Verifica-se dos autos (fls. 3 usque 4 v.) que o juiz substituto da Comarca e os seus supplentes da 1.<sup>a</sup> circumscripção do 1.<sup>o</sup> districto judicial averbaram-se de suspeitos sem declararem o motivo; que a queixa foi recebida e o processo preparado pelo vogal mais votado do Conselho Municipal da sêde da Comarca.

A vista d'isso, e considerando que o art. 249 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 (ainda em vigor) determina que as autoridades referidas no art. 247 *deven declarar por escripto o motivo da suspeição*.

Considerando que *ex-vi* d'esse mesmo artigo e do art. 253 combinados com os arts. 32 e 33 da lei do Congresso d'esse Estado, n. 15 de 14 de Janeiro de 1892, não podia servir no processo o vogal mais votado do Conselho da sêde da Comarca, sem que dos autos constasse a falta ou impedimento de todos os supplentes do juiz substituto;

Accordam em tribunal negar provimento ao recurso para confirmar o despacho recorrido. Custas pela Municipalidade. E como em virtude da excepção do n. 2 do § 2.<sup>o</sup> do art. 407 do Cod. Penal remessiva do art. 274, nos crimes de violencia carnal e rapto ha logar a acção penal por denuncia do ministerio publico (excepção que alterou mas não derogou a salutar providencia estatuida no art. 93 do Cod. do Processo que continua a ser applicada nos casos não comprehendidos no precitado art. 274) mandam que o promotor publico, apropriando-se das peças d'estes autos que lhe parecerem necessarias para basear sua denuncia e instruir o summario, promova, sem perda de tempo a acção penal, contra o indiciado recorrido. Belem, 2 de Setembro de 1893.—*E. Chaves*, presidente interino.—*A. Reserca*, relator.—*A. de Borborema*.—*Genti. Bittencourt*.—*Coimbra*.

(57) Vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação criminal, vindos do tribunal do jury d'esta capital, entre partes, como appellante a Justiça Publica pelo Promotor e appellado Augusto Henrique Cardoso Monteiro:

Regeitada a preliminar, de estar prescripta a acção, pelo fundamento de haver decorrido mais de seis mezes da data do crime á da pronuncia, porquanto, sendo os crimes de defloramento e rapto, no caso de miserabilidade, da offendida, d'aquelles em que ha logar o procedimento official da justiça, e tendo sido este processo promovido por denuncia do ministerio publico, nos termos do art. 407 § 2.<sup>o</sup> n. 2 *in fine* combinado com o art. 274 § 1.<sup>o</sup> do Cod. Penal, a prescripção da acção não pôde reger-se pela disposição excepcional e restricta do art. 275 do mesmo codigo, que expressa e terminantemente refere-se ao *direito de queixa privada*, mas pelos principios que regulam a prescripção geral da acção e que se acham estatuidos no art. 85 combinado com o art. 78 do cit. codigo.

Accordam, em Tribunal dar provimento á appellação para annullar, como annullam o julgamento do libello de fls. 61 em diante; porquanto, esse libello, além de inepto, por não especificar os factos de defloramento e rapto com todos os elementos que os constituem crimes, como a seducção, affim libidinosa, a satisfação dos gosos geneseicos (Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842. Cod. Penal, arts. 267 e 270), afastou-se da pronuncia, addi-

vir o promotor oficialmente por queixa no caso do art. 268, § 2.º combinado com o art. 273 § 2.º do Código, decisão que foi proferida por accordão de 11 de Março de 1892, negando uma ordem de *habeas-corpus* ao réo Antonio Bor-

cionando ao crime por esta reconhecido de defloramento (art. 267), o de rapto (art. 270), sem que novas provas e esclarecimentos viessem demonstrar a concorrência d'este outro crime e a sua conexão ou estreita relação com o crime da pronúncia, na conformidade da boa e sã doutrina ensinada por Pim. Bueno a pag. 111 de seus Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro.»

E essas novas provas e esclarecimentos tanto mais necessários se faziam, quanto é certo que do proprio summario, consta que o defloramento precedeu ao rapto quasi tres mezes e que, tendo o ministerio publico denunciado o réo por ambos os factos, o juiz da pronúncia limitou-se a pronunciar-o pelo de defloramento, e d'essa sua decisão não interpoz o Promotor recurso algum.

E, assim julgando, mandam que, offerecido novo libello e observadas as prescripções de direito, seja o réo submettido a novo julgamento.

Custas afinal.

Como instrução, observam para que não se reproduza no segundo julgamento, que a superioridade em sexo, sendo elementar nos crimes de defloramento e rapto, não deve ser articulada nem fazer objecto de quesito. Belem, 5 de maio de 1897.—*Gentil Bittencourt*, presidente.—*Accioli Lins*, relator.—*Augusto de Borborema*.—*Cunha Moreira*.—*Alfredo Barradas*, vencido quanto á preliminar. Votei para que fosse julgada prescripta a acção criminal.

O Cod. Penal no art. 79 estabelecendo as condições da prescripção da acção, determinou que ella resulte *exclusivamente* do lapso de tempo decorrido do dia em que foi commettido o crime, interrompendo-se pela pronúncia.

E', portanto, o proprio dia do crime o ponto de partida da prescripção e quaesquer que sejam os actos do processo (excepto a pronúncia) praticados durante o lapso da prescripção, nenhum d'elles tem o effeito de interrompê-la, de modo a tornar possível a sentença definitiva após a expiração d'aquelle prazo. A sociedade não tem mais, n'este caso, interesse na punição do delicto.

Assim, em face do nosso Código como tambem em face da doutrina, a prescripção criminal, é uma instituição de ordem publica, toda no interesse da sociedade e não do offendido, tanto assim que, embora não allegada, deve ser pronúciada *ex-officio* (Cod. Penal art. 82).

Firmados estes principios, o legislador criminal subordinou a prescripção da acção aos mesmos prazos que a da condemnação (art. 78 do Cod.), mas, no mesmo tempo, exceptuou d'essa regra geral os casos dos arts. 275, 277 e 281 do mesmo Cod. entre os quaes estão comprehendidos os crimes de defloramento e de rapto.

Para estes, por motivos de ordem moral o retractor do Cod. abreviou consideravelmente o lapso da prescripção, reduzindo-o a seis mezes, mas sempre subordinado ás condições estabelecidas no art. 79 para a prescripção geral.

Si o Cod., no art. 275 empregou a expressão *direito de queixa privada*—foi porque no regimen estabelecido pelo art. 407 § 2.º os crimes de defloramento e de rapto são de acção meramente particular, sem que lhes tire essa natureza o facto de ter logar o procedimento official da justiça quando é miseravel a offendida: o ministerio publico é, neste caso, simples repre-

ges da Silva Mattos, (59) sendo para notar que todas essas decisões têm sempre tido em vista o art. 407 § 2.º do Código Penal onde se inspiraram.

---

sentante d'esta e não pôde admittir-se que n'essa qualidade tenha mais direitos que a parte que representa.

Nem a disposição do art. 190 letra c da ultima reforma judiciaria do Estado modificou o estado da questão; ella não fez mais do que *accentuar a competencia* do ministerio publico para dar queixa n'estes e em outros crimes de natureza meramente particular, em que o offendido por sua pobreza, não possa procurar por si a punição do offensor, mas nada resolveu sobre o lapso da prescripção que continuou a ser o mesmo fixado pelo Cod. Penal.

Subsistem, por tanto, os mesmos motivos de ordem moral que levaram o legislador criminal a abreviar o lapso da prescripção para os crimes definidos no tit. VIII do livro II do Cod. Penal até que elle seja *expressamente* alterado por alguma lei processual.

Por estes fundamentos, votei pela prescripção da acção criminal.

*Paes de Andrade*, vencido quanto á preliminar. Entendia de pleno accordo com as razões de decidir, expressas no voto *supra*, que se achava prescripta a acção criminal.

(58) Accordão em Relação:

Vistos e, após o sorteio legal, relatados e discutidos estes autos de recurso criminal, vindos da Comarca do Rio Bonito, entre partes, recorrente o Dr. Promotor Publico e recorrido o réo não pronunciado Theodoro José Vieira, considerando que o crime tratado n'estes autos é o de rapto com defloramento da menor Augusta (art. 270 § 2.º combinado com os arts. 266 e 273 § 2.º do Cod. Criminal fls. 14) e, em taes crimes, a lei tolhe o ingresso judicial da acção do ministerio publico, para tornar a acção dependente da queixa ou querella da propria parte, ou seu representante, salvo nos casos do art. 274 do Código Penal, um dos quaes é a miserabilidade da offendida, o que aqui se ventila (art. 407 § 2º do Cod. Penal);

Considerando que identico é o dispositivo da lei estadual n. 43 A, de 1.º de Março de 1893 no art. 221, letra a n. XI;

Considerando que o intuito de tão excepcional disposição, não pôde ser outro sinão retirar da publicidade dos tribunaes factos que affectando antes a ordem domestica ou a reputação particular, mais importam em uma lesão individual, por suas condições e consequencias, deixando-se ao impulso proprio do individuo, o desaggravo, mediante queixa de quem soffreu a offensa, e pôde medir o alcance, estando certo de todas as circumstancias que a revestiram, e para que se desterre a possibilidade da diffamação das familias pelas delações de extranhos a ellas, *ne falsis extraneorum contumeliosius jura familiae deformatur*;

Considerando que si pela intervenção do Dr. Promotor Publico, com queixa iniciou-se regularmente o procedimento da justiça publica nos termos do art. 73 do Cod. do proc., desde que o pae da offendida offereceu o attestado de sua miserabilidade de fls. 14 passado pelo delegado de policia do municipio, cumpre precisar ou accentuar: 1.º que na data do attestado, 26 de Maio de 1894, já estava ausente para o municipio e comarca de Magé, o réo, que não foi ouvido no inquerito nem no summario, senão ao depôr a ultima e 8.ª testemunha, fls. 56; 2.º que só por ter sido preso o réo em Magé, no dia 15 de Outubro, fls. 30 e recolhido a cadeia do Rio Bonito em 27 do mesmo mez, fls. 29, e declarando em seu interrogatorio ter de fazer sua defeza por escripto, fls. 57, a produziu a fls. 73 desde logo, allegando em forma de excepção, a illegitimidade do promotor, por não ser miseravel a offendida, o que fez certo com uma justificação processada com citação, pre-



o caracter da acção, tornando-a publica onde é privada ou vice-versa, póde o ministerio publico intentar por queixa ou por denuncia o processo eriminal, nos casos do art. 274

Denunciado o réo pelo Promotor Publico, em 24 de Outubro nas penas do art. 270 combinado com o art. 273 § 2.º do Codigo Penal, e n'elles effectivamente pronunciado, recorreu o Promotor no intuito de ser classificado o crime no art. 273 § unico, por carencia de prova de ter o raptor attentado contra o pudor e honestidade da raptada, em quem não se procedeu corpo de delieto, o que indica nullidade quando o crime deixa vestigios que podem ser ocularmente examinados.

Depois da resposta do Dr. Juiz de Direito que sustentou e fundamentou seu despacho, o réo suscita em petição a illegitimidade da promotoria por não estar provada a miserabilidade da victima, que sendo casada ao tempo da denuncia, só podia ser desaggravada por seu marido Fidelis Gomes, que nem cuvido foi.

Tomando conhecimento do recurso no qual está incluído o requerido a fls., pelo réo com referencia á illegitimidade de parte:

Considerando que as leis penaes, as quaes não admittem interpretação extensiva, por analogia ou paridade, só têm vida ou efficacia mediante a acção intentada por quem competente seja—*leges ipso nihil valeant nisi actoris idonea voce mutina*,— importando em não haver accusador ou apresentar-se quem quer que seja, n'esse caracter, com o inicio de illegitimidade ou incapacidade legal, d'onde provem a nullidade de todo o procedimento, como da queixa ou denuncia formulada contra o direito (Cod. do Proc. Crim. arts. 72 e 73, Lei estadual n. 43 A, art. 335 n. 1.º e Pim. Bueno. *Form. sobre o Proc. criminal* ns. 124 e 130;

Considerando que si o reconhecimento de quem seja o eriminoso, dependente em juizo das condições subjectivas da accusação—*sine vero accusatore nemo condemnari*—e nem se podem impunemente violar as formalidades ou condições expressamente preceituadas por lei penal, sendo o crime sujeito ao de rapto, á acção eriminal, publica ou da sociedade, pelo promotor é por excepção formal contida no art 407 § 2.º do Codigo Penal; restricta, transferindo a Lei ao offendido o demandar a imposição da pena, faltando ao juiz a autorisação de proseguir na acção sem requerimento do proprio offendido ou de quem o represente com as clausulas dos arts. 72 e 73 do Cod. do Proc. eriminal;

Considerando que sendo o intuito de tal dispositivo excepcional, retirar da publicidade dos Tribunaes, factos, que affectando antes á ordem domestica ou a reputação particular, importam mais em uma lesão individual, por suas condições e consequencias deixando-se ao impulso natural do offendido seu desaggravo, mediante queixa de quem soffreu offensa—*passus est*—medir si o alcance é seiante das circumstancias que a revestem — *ne falsis extraneorum contumeliosius jura familie deformentur*;

Considerando que não havendo divergencia qualquer a respeito entre o art. 407 § 2.º do Cod. Penal e a Lei processual do Estado n. 43 A, art. 221 letra a n. XI; ambas essas leis, prevendo a impossibilidade do offendido de fazer valer seus direitos perante os tribunaes, quando o queiram, o que é factivel, adoptaram a regra geral intacta no art. 73 do Cod. do Proc. de ter logar o procedimento official da justiça quando a offendida for miseravel (art. 274 § 1.º do Cod. Penal) e para, no caso, o juiz regular as suas funções de competencia, cumpria certificar-se da miserabilidade da offendida ou pelo meio suggerido pelo Aviso n. 377 de 30 de Agosto de 1865, com

do Código, assim entendendo-se a expressão—*procedimento official*—alli empregado.

Supposto, porém, que a lei estadual tenha disposição

declaração da offendida e reconhecimento da autoridade e salvo ao réo a impugnação de tal declaração ou por outro qualquer meio de prova que convença estar verificada a hypothese de miserabilidade, como a define o art. 73 do Cod. do Proc. para então ser viável o procedimento por queixa, supprindo o da parte e não por denuncia, quando nos autos não existe prova de miserabilidade da raptada, que, *post factum*, casou-se com um empregado da Estrada de Ferro antes da denuncia de fls. 2;

Considerando que ainda no caso de rapto, o Cod. Penal no art. 275, por considerações, de certo, respeitáveis da ordem social, limita o direito de acção privada, na prescripção de seis mezes, contados do dia em que o crime foi commettido, prescripção que, nos termos do art. 82 do mesmo, embora não allegada deverá ser pronunciada *ex-officio*, dão provimento ao recurso de pronuncia de fls. 44, mas para annullar todo o procedimento official aqui exarado, devendo ser intimadas as partes para sua immediata sciencia, inclusive Fidelis Gomes, marido actual da offendida; pagas as custas pelo cofre do Estado. Petropolis, 15 de Março de 1895.—Gomes, presidente.—Santos Campos, relator.—Ferreira Lima.—Carlos Ottoni, sciente.—Petropolis, 25 de março de 1895.—Lobo Moscoso Junior.

(59) Accordam em Tribunal. Que relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* requerido por Antonio Borges da Silva Mattes que allega soffrer prisão illegal por ter sido processado e pronunciado indevidamente, isto porque imputando-se-lhe um crime de estupro na pessoa de uma menor devia ter sido a queixa dada pelo pae da offendida, que não é miseravel e não PELO PROMOTOR, COMO FOI, e

Considerando que si bem que o paciente apresente em seu favor os attestados de um subdelegado de policia e de um inspector de quartairão com os depoimentos de tres testemunhas produzidas em uma justificação, esta prova é illidida: 1.º com um attestado em contrario do juiz de paz; 2.º com o reconhecimento da meserabilidade do pae da offendida pelo delegado de policia, official do batalhão desta guarnição que, procedendo ao inquerito por tal crime, o fez porque considerou-o miseravel, nos termos do direito, como evidencia-se do seu relatorio a fls. 18 v; 3.º com a acceitação da queixa pelo juiz municipal; 4.º com a pronuncia do juiz de Direito; 5.º com as testemunhas do inquerito e da formação da culpa que são contestes em dizer que o pae da offendida é pobre, que possui poucas cabeças de gado, cujo numero não excede de duas a tres, como declara a 2.ª testemunha da formação da culpa; 6.ª porque não são concludentes os depoimentos das testemunhas da justificação, por não darem a razão dos seus ditos, sendo até uma suspeita de parcialidade por ser aggregado do sogro do paciente;

Considerando que, em vista de tudo isto, vê-se que o pae da offendida é miseravel, pois que possuindo elle algumas cabeças de gado que, em Coritybanos, a melhor não excede de 20\$000, e sendo o mesmo trabalhador n'esse logar, não pode sustentar uma acção criminal sem que fique reduzido á extrema pobreza;

Considerando que segundo a doutrina do aviso n. 377 de 30 de Agosto de 1865, firmado por Nabuco, e tomado sob parecer da secção de justiça do Conselho de Estado se deve entender como miseravel aquelle que declara perante a autoridade e esta reconhece que por suas circunstancias não pode perseguir o offensor, salvo ao réo em sua defeza a impugnação de tal declaração;

identica a do art. 407 § 2.º n. 1.º combinado com o art. 274 do Codigo, como deve ser entendida aquella expressão ?

Não padece duvida que o art. 73 do Codigo do Processo foi alterado ou modificado, por isso que foi extincta a acção que cabia a qualquer do povo para dar a *queixa* nos casos de miserabilidade da offendida, e, por outro lado, ao passo que o Codigo do Processo positivamente mandava no mesmo artigo 73 que o promotor iniciasse o processo por *queixa*, o artigo 407 do Cod. Penal, apenas manda que haja logar o procedimento official, donde parece que logicamente deduz-se a necessidade da *denuncia*, visto como a *queixa* é uma fórmula que acha-se mais ligada á parte que soffre directamente a offensa, do que ao órgão do ministerio publico.

Toda a questão, porém, deve resumir-se na seguinte pergunta :

A intervenção do ministerio publico ahí tira á acção o seu caracter de privada ?

---

Considerando que, segundo este aviso, ao offendido basta somente declarar á autoridade competente sua miserabilidade para que ella possa reconhecer *ex-officio*, isto porque, a exigir-se um attestado de qualquer outra autoridade, nada influe, porque assim como este meio de prova pode ministrar á autoridade a de miserabilidade, esta pode ser bem conhecida pela autoridade que tiver de formar o processo, attento o conhecimento que tiver da condição da pessoa :

Considerando que si pode haver abuso da parte da autoridade formadora do processo, reconhecendo *ex-officio* a miserabilidade, o mesmo pode dar-se da parte dos que tiverem de firmar qualquer documento nesse sentido ;

Considerando o mais dos autos e disposições de direito :

Indeferem a petição de fls. 2 e mandam que o paciente seja conservado na prisão em que se acha, pagas as custas pelo mesmo.

Desterro, 11 de Março de 1892.—*Guilherme*, presidente.—*Elisio Couto*.—*M. Bellvão*, vencido. Votei pela expedição da ordem de *habeas-corporis* por considerar não verificada a hypothese de excepção do final do art. 342 do Cod. do Proc. Crim.—*Pacheco d'Avila*—Fui presente.—*Edelberto Campello*. (\*)

---

(\*) Tendo havido recurso d'esse accordão para o Supremo Tribunal Federal este proferiu a seguinte decisão :

Relatados e examinados estes autos de petição de *habeas-corporis*, em que é recorrente Antonio Borges da Silva Mattos indeferem a mesma petição, visto constar dos autos ter sido já o recorrente pronunciado.—Supremo Tribunal-Federal, 6 de Abril de 1892.—*Freitas Henrique*, presidente.—*Aquino e Castro*.—*Pereira Franco*.—*Piza e Almeida*.—*Macedo Soares*.—*Visconde de Sabará*.—*Andrade Pinto*.—*Souza Mendes*.—*Barros Pimentel*.—*Ovidio de Loureiro*.—*Barradas*.—*Amphilophio*.

Não devia tirar.

Mas, então deixam de militar em favor da familia miseravel as considerações attinentes á sua honra, ao escandalo que taes factos proporcionam á sociedade, á vergonha do seu commentario perante os tribunaes e que o legislador mandou guardar relativamente aos abastados, aos protegidos da fortuna? Não será isto uma iniquidade?

Todas estas considerações têm como consequencia fazer do chefe da familia, em cujo seio verifica-se um caso de deshonor, o unico juiz da necessidade de punir o delinquente ou de provocar o escandalo que envolve taes factos; e á primeira vista parece que si o legislador manda intervir a justiça publica, esta deve estar dependente da requisição do offendido, em respeito ao character privado da acção e aos principios em que se baseia, entendendo-se a intervenção do ministerio publico, como um recurso para supprir a escassez de meios da parte offendida.

Assim, na verdade, devia ser si o artigo em questão não encerrasse a excepção da regra que creou e mantem ás acções penaes privadas.

De facto, o art. 274, obedecendo a considerações de ordem publica, sem duvida, sempre muito mais valiosas do que as de ordem privada, determina o procedimento official da justiça, que deve estar independente da vontade de quem quer que seja, tão sómente para os casos que consigna nos ns. 1, 2 e 3 e outro não podia ter sido o seu pensamento sinão tirar á acção o character de privada em taes hypotheses, pois o contrario seria sancionar a impunidade e tornar-se incoherente consigo mesmo.

Na regra geral, para os crimes privados sempre ha uma pessoa incumbida naturalmente de punir o culpado ou de resolver o caso, em respeito á honra pelo silencio, a qual é o chefe da familia, ao passo que nos casos de miserabilidade da offendida, especialmente quando o crime é perpetrado com o abuso do patrio poder, do tutor, do cu-

rador etc., essa pessoa só pode ser respeitada pela justiça, que age ahí, então em nome da sociedade, pela gravidade ou alarma que o crime em taes condições provoca.

A offendida, em tal caso, deixa de ser a filha familia para tornar-se tutelada da sociedade, sendo seu pae a lei, seu direito a justiça.

De tudo isto resulta que, agindo em nome da sociedade, o ministerio publico não pode ficar subordinado aos prazos estabelecidos para as acções privadas e deve perseguir o criminoso dentro dos prazos taxados para as prescripções dos crimes de acção publica, devendo entender-se o prazo do artigo 275 com referencia ou applicação aos casos da regra geral das acções privadas e não áquelles, em que, por excepção, funciona o ministerio publico.

Sem incoherencia não podemos admittir a opinião contraria: Si o promotor funciona representando a offendida nos casos do artigo 274 e sem que a acção perca por isso o seu character de privada, sem que torne-se publica, devemos admittir que só pode a justiça publica funcionar á requisição da parte offendida ou do seu representante legal, quando muitas vezes este é que é o criminoso, além de que, mesmo depois de feita a requisição, ficará o processo dependente da desistencia ou do perdão do proprio criminoso, pois que são consequencias inseparaveis do character privado da acção. Então teriamos a inutilidade da intervenção da justiça na maioria dos casos e a impunidade menoscabando da lei.

De accordo pois com estes principios recusamos o modo de julgar do Tribunal de Appellação da Bahia, firmado pelo accordão de 21 de Março de 1893, (60) em manifesta contradicção com a dec'são do Tribunal de 1.<sup>a</sup> in-

---

(60) Vistos, expostos e discutidos estes autos (tendo o Tribunal admittido que o impetrante fosse representado por procurador), em que o Dr. Francisco Marques de Arango Goes impetra uma ordem de *habeas-corporis* preventivo, por se achar sob a ameaça de ser preso, em virtude de um processo contra elle instaurado na cidade de Santo Amaro, por queixa do Promotor publico e pelo crime previsto no art. 268 e 273 § 2.<sup>o</sup> do Código Penal; e considerando:

Que os arts. 274 e 407 § 2.<sup>o</sup> n. 2 do Cod. Penal determinam que

stancia do mesmo Estado, de 4 de Maio de 1893 (61) si bem que aquelle não se referisse directamente á prescripção do crime, decisaõ esta que encerra a verdadeira doutrina a respeito da acção publica do art. 274, ass'm tambem julgado e acertadamente o Superior Tribunal do Recife em accordão de 28 de Setembro de 1894. (62)

nos crimes de violencia carnal e rapto, somente caberá proceder por queixa, (?) da parte, salvo os casos do mesmo art. 274;

Que de todas as hypotheses figuradas nos 3 numeros do referido art. 274, fundou-se apenas o Promotor para dar queixa contra o impetrante na de ser a offendida miseravel;

Que a expressão miseravel de que usa o Cod. Penal acha-se hoje mudada para a de indigente—pela lei processual deste Estado, n. 15 de 15 de Julho do anno passado, em cujo art. 99 § 3.º ultima parte se encontra a significação da mesma palavra;

Que conforme o mencionado art. 99 § 3.º, ao Ministerio Publico incumbe dar denuncia em nome dos offendidos indigentes, nos crimes de acção particular, somente a requerimento dos proprios offendidos ou de seus representantes legaes (\*) e que os representantes legaes dos offendidos não podem ser outros sinão os designados no art. 72 do Cod. do Proc. Crim.—seu pae ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, e conjuge;

Que, por consequencia, desde que o Promotor Publico não foi requerido pela mãe, a unica representante legal, conforme estes autos, para dar por ella queixa pela offensa (que o corpo de delicto considera antiga) que se diz ter o impetrante feito em sua filha, não podia o Promotor dar, como deu, queixa contra o mesmo impetrante;

Que, a circumstancia de ser a menor estuprada connivente no crime e achar-se incursa no art. 273 do Cod. Pen. e por tal motivo inhibida de requerer a intervenção do ministerio publico, porque seria isso denunciar-se a si mesma, e de não ter a menor mais quem a representasse legalmente, não auctorisa a intervenção da Promotoria pelo facto de ser Curador Geral de Orphãos, porquanto, não ha lei alguma que dê a este funcionario attribuição para dar queixa pelos meiores desamparados por seus protectores legitimos ou legaes;

Que, além disso, o Cod. Pen. estabelecendo que nos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias, só haveria logar o procedimento official em casos especiaes e que o direito de queixa privada prescreveria findos seis mezes contados do dia em que o crime foi commettido (art. 275) claramente determinou que os crimes desta natureza affectam mais a parte offendida e aos seus representantes legaes do que a sociedade, e que taes crimes deixam de ser punidos desde que a parte offendida e seus representantes legaes, sendo indigentes, não requisitaram a intervenção do ministerio publico, ou possuindo meios não quizeam dar queixa contra o offensor;

Que, em conclusão, sendo evidentemente nullo o processo iniciado por parte illegitima (Oliveira Machado, *Habeas-Corpus* 284 letra c); tendo no caso vertente o Promotor publico da Comarca de Santo Amaro dado queixa contra o impetrante sem ter attribuição para isso; tendo direito de pedir uma

(\*) Fazer depender a intervenção do Ministerio publico, nos casos do art. 274 do Codigo, da requisição do offendido ou do seu representante é manifestamente conservar o caracter de privado nos crimes de tal natureza contra os intuitos do § 2.º do art. 407, por força do—salvo—empregado no n. 2 do mesmo § e art.

### Ainda ácerca de tornar-se ou não publica a acção

ordem de *habeas-corporis* todo o cidadão que soffre ou acha-se ameaçado de soffrer uma prisão ou constrangimento illegal (art. 18, § 11. da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871); e julga-se illegal a prisão quando o processo estiver evidentemente nullo (art. 353 § 3.º do citado Cod. do Proc.);

Concedem, á vista do exposto e independentemente de mais formalidades, a ordem requerida, affim de não poder o impetrante dr. Francisco Marques de Araujo Goes ser preso em virtude do processo contra elle instaurado por queixa dada pela Promotoria Publica de Santo Amaro pelo crime previsto nos arts. 268 e 273 § 2.º do Cod. Penal. Tribunal de Appellação do Estado da Bahia, 21 de março de 1893.—L. Vianna, P.—L. Vasconcellos (relator).—Castro Lima.—Benigno Dantas Cotrim.—Lopes de Castro, vencido.—Americo Barretto.—L. Spinola, vencido.—P. Mariani.—Salvador Pires.—Pacheco de Mello, vencido.—J. Aguiar, vencido.

(61) Vistos, relatados e discutidos os autos, vencida a preliminar de ser a offendida pessoa miseravel, dão provimento ao agravo interposto da sentença de fls. 96 *usque* 98 v. que julgou prescripto o crime denunciado a fls. 2, porquanto c praze de seis mezes taxado no art. 275 do Codigo Penal para a prescripção do direito de queixa privada, não tem logar quando é a acção intentada pelo ministerio publico *ex-vi* do art. 274 do Cod. Penal.—Bahia, e sala das sessões do Tribunal de 1.ª instancia, em 4 de Maio de 1893.—João B. Guimarães Cerne, presidente interino.—João Gonçalves Tourinho, relator sem voto.—Arthur Leal.—Ferreira.—Felinto J. Ferreira Bastos.—Candido Cesar da Silva Leão.—Braulio Xavier da Silva Pereira.—João Nepomuceno Torres, vencido.—Votei negando provimento ao agravo e consequentemente confirmando o despacho que julgou prescripto o crime attribuido ao agravado, porque este tem em seu favor a disposição clara e terminante do art. 275 do Codigo Penal que faz prescrever o crime dentro de seis mezes da data em que foi elle commettido. O art. 407, abrindo excepção á excepção n. 2 dos casos do art. 274, não revogou a prescripção em seu citado preceito do art. 275; não pode ser applicado ao caso vertente, em que nem pela offendida nem pela justiça publica, deu-se a pronuncia dentro dos seis mezes da data do crime e só a pronuncia interrompe a prescripção (Cod. eit.)

Acerrese que quando a offendida procurou a justiça publica e esta offereceu a denuncia, ja tinham decorrido mais de seis mezes do crime e portanto ja este estava prescripto, sendó ainda de notar que a offendida não observou as condições do art. 99 da lei n. 15 de 15 de Julho de 1892.

(62) Accordam este Tribunal: vistos, expostos e discutidos os presentes autos, etc., o paciente Angelo Vital persuadido de se achar ameaçado de prisão illegal pede uma ordem de *habeas-corporis* preventivo em seu favor.

Funda sua persuasão em ter sido denunciado pelo Promotor Publico do município de Limoeiro e pronunciado em grão de recurso necessário, como autor do defloramento de Josepha Maria da Conceição, não sendo esta pessoa miseravel e já se achando prescripto o crime.

Considerando, porem, que com as certidões de fls. 6 e 8 se convence de que como miseravel, na expressão da lei, não pode deixar de ser tida a offendida, filha de muí simples e pauperrimo artista;

Considerando que da confrontação dos arts. 78, 225, 275 e 407 do Cod. Penal resulta que a prescripção especial do citado art. 275 não diz respeito aos casos especificados no art. 274, nos quaes tem logar o procedimento official da justiça;

Pelo exposto e o mais destes mesmos autos, não se achando o processo evidentemente nullo por incompetencia da autoridade, ou falta de base legal, negam a ordem impetrada e pague o impetrante as custas.—Recife, 28 de Setembro de 1894.—Francisco Luiz, presidente.—Galvão.—Costa Ribeiro.—Teixeira de Sá.—Caldas Barreto.—Almeida.—Carlos Vaz.

penal nos casos do art. 274 do Código, devemos ponderar que não tem procedencia a argumentação tirada do aviso de 31 de Maio de 1864, de que o perdão do offendido põe termo ao processo, á primeira vista de accordo com o dispositivo do n. 3 do art. 71 e art. 77 do Cod, porquanto já o Av. de 21 de Janeiro de 1867 declarava que a miserabilidade do offendido, dando ao crime o caracter de publico em virtude da intervenção do ministerio publico independente de requisição do offendido, não podia o perdão pôr termo ao processó.

De facto, assim devemos comprehender as disposições do art. 77 do Cod. Pen, pois que não podendo o crime prescrever nos casos do art. 274, sinão subordinado aos prazos da prescripção ordinaria pelo caracter de publico que tomam em razão da intervenção espontanea do ministerio publico, devemos concluir de accordo com esta doutrina que o perdão só poderá produzir os seus effeitos nos demais casos não contidos no art. 274. (63) 63



---

(63) Vid. Acc. da Rel. do Pará de 5 de Maio de 1897 citado a nota 57 supra.

## PARAGRAPHO 7.º

De envolta com os crimes relativos á honra da familia, previu a lei os de calumnia e injuria de que se occupam os arts. 315 a 325 do Codigo, sobre os quaes importantes questões se tem levantado.

A proposito, seja-nos facultada uma censura que nos parece de todo o ponto fundada sobre o systema adoptado pelo legislador, de não permittir, á imitação do Codigo Italiano e de outros, a prova do facto imputado.

Depois de ter considerado injuria :

*a*) a imputação dos vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados que possam expor a pessoa ao odio ou desprezo publico ;

*b*) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra ;

*c*) a palavra, o gesto, o signal reputado insultante na opinião publica ;

o Codigo actual vedou a prova da verdade ou notoriedade do facto imputado á pessoa offendida, concedendo-a simplesmente quando o offendido :

*a*) fôr funcionario publico ou corporação e o facto imputado referir-se ao exercicio de suas funcções ;

*b*) permittir a prova ;

*c*) tiver sido condemnado pelo facto imputado.

D'entre os casos de crime de injurias acima apontados destacamos alguns, ácerca dos quaes não justificamos a recusa da prova do facto imputado.

Que o Codigo classificasse na ordem dos crimes de injurias, para não permittir a prova, a imputação de

vícios ou defeitos naturaes, bem como o gesto, o signal reputado insultante na opinião publica, comprehende-se; mas não permittir, absolutamente a prova da injuria a pretexto de offensiva da reputação, do decoro e da honra, ou de que expõe a pessoa ao odio ou desprezo publico, será sempre um favor concedido a essas suppostas pessoas offendidas sem fundamento no direito.

O fundamento dos crimes de injuria, como dos de calumnia, assenta no direito á boa reputação que todo o cidadão deve gosar em sociedade.

Offende-se a reputação do individuo com a injuria, do mesmo modo que se a offende por meio da calumnia e a lei admite a prova para a calumnia; admite-a para certos casos da injuria e para outros não admite.

A rasão de punir-se o crime é sempre a offensa de um direito, e desde que este não tenha sido ferido, não podemos conceber o crime.

O facto allegado contra o funcionario publico em exercicio de seus funcções, aquelle sobre o qual houve uma sentença condemnatoria podem ser provados; mas o que disser respeito á vida do funcionario, como cidadão, aquelle sobre o qual não houve uma condemnação, sejam embora verdadeiros, não podem ser provados, e assim é a lei que sanciona e mantem o escandalo, que incita á pratica de actos indecentes e perniciosos, resguardando os seus autores de soffrerem a estigmatização da opinião publica, punindo ao contrario aquelles que não podendo corrigir os seus autores os aponta á opinião publica como indignos muitas vezes de penetrarem no seio de uma familia, os quaes assim o fazendo não visam absolutamente uma vindicta, mas, ao contrario, defendem a sociedade incauta do contagio de muitos leprosos moraes!

Essa justiça não tem base solida, não corresponde ás exigencias da epocha.

Que respeito pode pretender exigir o individuo á sua reputação si elle não a tiver?

A reputação não é uma cousa que a lei mande presumir, não pode entrar no rol das ficções jurídicas; é preciso que ella exista para que se a offenda.

Assim só os factos inveridicos, só aquelles que forem falsos, poderão offender a reputação de alguém.

Si o proprio individuo descurou-se da sua reputação praticando o acto que se lhe attribue, porque havemos de ter mais interesse no seu conceito do que elle proprio?

A falsidade de uma allegação pode, na verdade, ferir e direito de boa reputação daquelle a quem essa allegação se refere, porque esse direito acha-se firmado nos seus actos correctos, no seu procedimento irreprehensivel, que não pode ser abalado pela allegação de qualquer embusteiro. Si a allegação falsa ou imputação fôr de facto que a lei qualifique crime constituirá a calúnia, si a lei não qualifica o crime constituirá injúria e assim a injúria pousará sobre um fundamento justificavel, porque neste caso offende visivelmente a reputação alheia. Mas si o facto imputado fôr verdadeiro, não pode haver offensa a direito algum, porque este será o da boa reputação a que só podem faser *jus* aquelles que a possuem por seus actos pautados pela honra, pela moral, pelos deveres sóciaes.

Quer se trate de factos de funcionarios publicos no exercicio de suas funcções, quer fóra desse exercicio, quer de actos de qualquer particular, a prova da verdade da imputação é uma necessidade, attento o fundamento em que assentam os legisladores a necessidade de punir os crimes de injúria.

A regra—*veritas convicci non excusat*—já não pode caber entre nós e essa intenção já era admittida no proprio direito romano onde, a principio, aquelle que fazia a próva do facto imputado, ficava ao abrigo de qualquer pena, sendo somente punidos aquelles que não provavam o facto imputado. (64)

---

(64) *Eum qui nocentem infamavit non esse bonum æquum ob eam rem condemnari, peccata enim nocentium nota est et oportere et expedire. L. 18 ff. De injuriis et famosis lib.*

Só posteriormente appareceu a constituição de Constantino, em virtude da qual o autor de um *libello diffamatorio* deveria ser punido, sem embargo da prova da verdade da sua allegação, e ainda assim distinguiram os interpretes do direito romano o caso de ter sido a diffamação feita no interesse publico, do caso de ser determinada por sentimento de vingança.

*Qui de alio detraxerit ni probarit verum esse quod objicit probum—muletetur* ja dizia o grande Solon, donde se conclue que só o que não provasse a verdade da imputação seria sujeito á uma pena.

Essa theoria na verdade conforma-se mais com os dictames da razão e o Codigo Penal de 1810 em França já a havia consagrado de certo modo, embora fosse reformada esta disposição.

O Tribunal que recusa-se decidir pela verdade do facto não pode merecer o conceito de serio, e a lei que manda-o proceder assim não deixará de ser iniqua e patrocinadora de miserias e de corrupções.

Erija-se o baluarte dos defensores da recusa da prova com fundamento no decoro publico, na moralidade das censuras e apreciações dos actos do individuo, como cidadão, e ao mesmo tempo propugnarão pelo escandalo, pela corrupção e pela immoralidade da sociedade em que vivem, proporcionando aos baldos de reputação o incentivo do descalabro dos seus actos pela certeza da impunidade delles garantida pela propria lei.

Não há contrasenso maior.

Si a lei considera esses crimes de exclusivo interesse individual, que se importa que aquelle que allegue um facto tome a si a incumbencia de proval-o?

Que importa que muitos Codigos não tenham admittido a prova dos factos imputados?

Que importa o erro, a incoherencia ou contrasenso dos outros com a justiça, com a equidade que deve presidir a todas as determinações do legislador?

Si não julgam conveniente por algum motivo pouco justificavel admittir em absoluto a regra da prova da verdade nas imputações de factos injuriosos, ao menos estabelecessem-n'a em parte, como fez o Codido Penal Belga em seu

Art. 448 : — «Lorsqu'il existe ou moment du delit une preuve légale des faits imputés, s'il est établi que le prévenu a fait l'imputation sans aucune motif d'intérêt public ou privé et dans l'unique but de nuire, il sera puni comme coupable de divulgation méchante.»

Esta disposição adapta-se á distincção que faziam os interpretes do direito romano, e é sem duvida mais consentanea com o proprio fundamento do direito de punir.

Entretanto o projecto da commissão da Camara, seguindo em tudo o disposto noCodigo de 1890, determina no art. 316 que o indiciado em crime de injuria não será admittido a provar, para isentar-se da pena, a verdade ou notoriedade do facto imputado ao offendido, admittindo incoherentemente a prova delle quando se tratar de depositario ou agente da autoridade publica e o facto imputado disser respeito ao exercicio de suas funcções, quando o offendido for sujeito a processo criminal e quando permitir expressamente a prova!

Parece-nos ter logar aqui uma censura em que incidiu o projecto da Commissão da Camara, com o seu art. 318, de accordo com o qual formulou o Dr. João Vieira o art. 326 do seu projecto substitutivo, mandando ambos que as injurias, quando dirigidas ao Presidente da Republica, á qualquer das Camaras do Congresso ou a qualquer membro dessas Camaras seja punida com o augmento em dobro da penalidade respectiva!

Parece que vamos caminhando para os tempos da extincta inviolabilidade ou dos privilegios odiosos da monarchia.

Porque se augmenta a penalidade da injuria dirigida a essas entidades ?

Por ventura o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os seus proprios membros merecem menos considerações do que o Presidente da Republica ?

As razões que chamaram de ordem, consistentes em que um é o primeiro magistrado da Nação e os demais representantes da soberania popular, e outras que poderão invocar para justificar taes despositivos, em summa não merecem importancia alguma e ha de ser tão injuria a que for diregida ao mais humilde inspector de quarteirão ou a qualquer carcereiro de prisão, como a dirigida a essas Excellencias.

Tanto direito á boa reputação tem um como outros, e semelhantes excepções destoam do principio fundamental, sobre tudo na Republica, de que as leis devem ser eguaes para todos, quer protegendo quer castigando.

Ponhamos, porem, de lado estas considerações de pequena importancia na pratica para analysarmos os crimes de calumnia a injuria em face do Codigo.

A calumnia bem como a injuria manifestam-se :

por escripto, comprehendidas assim todas as formas graphicas da exposição do pensamento ; verbalmente e por meio da gesticulação.

A publicidade nem sempre foi considerada como elemento indispensavel a esses crimes e o Codigo de 1830 estatua :

Si o crime de calumnia fôr commettido por meio de papeis impressos lithographados ou gravados que se distribuam por mais de quinze pessoas contra corporações que exerçam autoridade publica ; penas: etc. art. 270.

Quando a calumnia for commettida sem ser por algum dos meio mencionados no artigo duzentos e trinta será punida com metade das penas.

Quanto aos crimes de injuria, estabelecendo aquelle Codigo a possibilidade de serem elles commettidos por qualquer dos meios do artigo 230, accrescentava :

Quando a injuria for commettida sem ser por qualquer dos meios do artigo duzentos e trinta, será punida com metade das penas estabelecidas. Art. 238. (65)

A construcção destes artigos deu lugar á duvidar —si o escripto particular, a carta, constituia um meio de commettimento dessa especie de crime ou melhor, si a injuria escripta em carta particular podia ser punida.

Os Snrs. Conselheiros Nabuco e Laffayete ensinavam que nos crimes de calunnia e injuria a publicidade não é elemento constitutivo, mas somente aggravante. (66)

T. de Freitas e o dr. Duarte de Azevedo pensavam que o art. 238 do Codigo abrangia em sua generalidade as injurias irrogadas em cartas manuscriptas refu-

---

(65) Não ha responsabilidade pelas publicações que, com fidelidade e boa fé, fiserem os jornaes, do que se passou nas audiencias e sessões dos tribunaes—Acc. da Rel. do Rio de 17 de Abril de 1885.

(66) « A publicidade é um elemento constitutivo e essencial dos crimes politicos commettidos por meio da palavra escripta, porque o crime consiste na mesma publicidade e é ella que affecta ou prejudica a sociedade.

Porem nos crimes de calunnia e injurias não é elemento constitutivo, mas somente aggravante: nestes crimes basta o que basta nos outros crimes em geral, isto é, que o pensamento se torne uma acção ou seja redusido a acto material.

Assim é que o art. 237 pune a injuria com pena mais grave quando se dá a publicidade: mas o art. 238 pune com pena menos grave a injuria que não tem publicidade.

Na generalidade do art. 238, isto é, nas injurias commettidas sem publicidade está comprehendida a injuria por meio de cartas.

Em França a doutrina e a jurisprudencia fundados tambem na generalidade do art. 471 do Codigo Penal tambem punem a injuria commettidas por meio de cartas.—Chassan, *Fraité de la parole* n. 522—525. Chauveau vols. 3.º e 6.º.

Não ha quem possa, sinão por uma nova lei, excluir da generalidade do art. 238 as cartas missivas, assim como não ha quem diga que a injuria só causa dor sendo feita com publicidade. Corte, 2 de Abril de 1869.—Conselheiro *Nabuco*.—Concordo com o parecer supra do Conselheiro Nabuco. —Rio, 4 de Abril de 1869.—*Lafayette Rodrigues Pereira*.»

tando a publicidade como elemento essencial a esses crimes. (67)

Contrariamente, porém, a estes, se pronunciou Perdigão Malheiros ensinando que a publicidade (distribuição por mais de 15 pessoas com autorização do autor) era indispensável para que fossem punidas a calúnia e a injúria escriptas não impressas. (68)

(67) «Por muito tempo tive repugnância em ver crime de injúria nos casos analogos ao desta consulta (carta), porem como se trata de uma questão de direito constituido e attendendo bem aos arts. 236, 237 e 238 do Codigo Penal, modifiquei a intelligencia que dava a essas disposições. Desde que o art. 238 do citado codigo reputou delicto toda a injúria commettida sem ser por algum dos meios mencionados no art. 230, isto é, sem ser por meio de papeis impressos, lithographados ou gravados que se distribuirem por mais de quinze pessoas, sem duvida abarca em sua generalidade injurias irrogadas em cartas manuscriptas dando a perceber que nestes casos a publicidade não entra nos elementos do crime. Philosophicamente esta legislação é sustentavel porque para as almas de fina tempera, mais sensivel é a dor moral que a dor physica e contra isto apenas se oppoem razões de interesse social. Rio de Janeiro, 3 de Abril de 1869.—A. *Teixeira de Freitas.*»

—«Do crime de injúria, salvo no caso do art. 237 do Codigo Criminal, não é circumstancia constitutiva a publicidade; os arts. 236 e 238 não a exigem e o art. 237 remissivo do art. 230, admitindo-a somente no caso ali previsto, quando a injúria for commettida por meio de papeis impressos, lithographados ou gravados, firma evidentemente a regra geral em contrario. Na generalidade do art. 238 comprehende-se todos os casos de injúria commettida sem ser por algum daquelles meios referidos no art. 230 e portanto a que for irrogada em cartas missivas.

Com estas conclusões não repugna a disposição do art. 7.º § 5.º do Codigo, que eximindo de responsabilidade a quem communicar por mais de quinze pessoas os escriptos não impressos, que contiverem abuso de manifestação do pensamento, uma vez que prove quem é o autor e que circulam com o seu consentimento, caso em que diz o texto—*será responsavel somente o autor*, não exime de responsabilidade o autor de taes escriptos, quando elles não tiverem circulação. Neste caso a lei reputou criminosa a simples communicação de escriptos alheios injuriosos quando não for feita por consentimento dos autores; o que não é dizer que só por tal communicação e publicidade são os autores responsáveis. Rio de Janeiro, 27 de Julho de 1869.—Dr. *Manoel Antonio Duarte de Azevedo.*»

(68) «Minha opinião é que em vista da disposição expressa do art. 7.º § 5.º do Cod. Penal, a publicidade (distribuição por mais de quinze pessoas com autorização do autor) é indispensavel para que a calúnia ou injúria por escripto não impressa seja classificada crime, e passivel das penas dos arts. 233 e 238 do referido Codigo, pelas razões capitaes seguintes: 1.º assim está expresso nesse art. 7.º § 5.º que manifestamente applicou ao escripto não impresso a mesma exigencia da publicidade que para os impressos dispuzera nos paragraphos anteriores desse mesmo artigo; o pensamento dominante do legislador ali se revela á evidencia; 2.º essa parte geral rege a especial do mesmo Codigo, a qual deve-se portanto interpretar de accordo e harmonia com a mesma parte geral, aliás haveria opposição, antinomia; 3.º não havendo o Codigo nos arts. 233 e 238 nem em qualquer outro feito restricção ao disposto no art. 7.º § 5.º é visto que o interprete não a pode fazer; 4.º

Seguindo opiniões tão illustres foi profunda a divergencia dos tribunaes (69) com o que, para dizer a verdade, só tem a perder o direito dos que litigam.

Promulgado o novo Codigo Penal, vemos continuar de pé a mesma questão, sem embargo dos intuitos manifestamente visiveis do legislador, em acabar as controversias.

E' assim que depois de ter definido a calúnia: — a falsa imputação feita a alguém de facto que a lei qualifique crime d'esse o Codigo:

Si a calúnia for commettida por meio de publicação de pamphletto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscrito, impresso ou lithographado, distribuído por

---

a publicidade (distribuição por mais de quinze pessoas) nos crimes por escriptos não impressos é ainda pensamento dominante e applicado nos arts. 90, 99 e 119 do Codigo; 5.º a mesma regra de penalidade (metade da determinada para os outros modos S. C. por impressos, lithographados ou gravados) tambem se seguem nesses artigos, como se vê na conjuração dos arts. 90, 99, 119, 233 e 238; 6.º o argumento derivado do art. 93 do Cod. do Proc. Crim. nada prova, porque elle em nada alterou o Codigo Penal, e só se refere á prova em geral; o caso especial é regido pelas disposições especiaes que se não entendem derogadas pelas geraes, sinão por expressa determinação dessas disposições posteriores; 7.º não procede o argumento da redução da penalidade porque, e muito bem, o legislador entendeu que o escripto não impresso, embora distribuído por mais de quinze pessoas, não tem em geral a mesma circulação do impresso; o numero é necessariamente muito mais limitado; o crime não tem a mesma gravidade; 8.º não procede, finalmente, o argumento deduzido do Cod. Pen. Francez, porque em França o systema da legislação é diverso; e o facto de injuriar por carta ou escripto não impresso, equiparado á injúria verbal, é ahí punivel apenas como contra-venção e isto mesmo pôr doutrina e jurisprudencia, sendo que a questão não é lá tão líquida como parece e até, em relação aos magistrados, o Tribunal de Cassação, por Accordão de 11 de Fevereiro de 1839 (já depois da reforma do Codigo pela Lei de 17 de Maio de 1819) decidiu que as injurias e calumnias dirigidas a um magistrado por carta não publicada não eram píssiveis de pena alguma. Rio, 6 de Maio de 1869.—A. M. *Perdigão Malheiros.*»

(69) Dispensavam a publicidade no crime de injúria por carta: — *Sentença do Juiz de Direito do Recife, de 23 de Março de 1872.*—Dir vol. 1.º pag. 282; — *Sentença do Juiz de Direito de Ouro Preto de 3 de Março de 1883*—Dir vol. 32 pag. 39; — *Sentença do Juiz de Direito de Santarém de 18 de Janeiro de 1873*—Gaz Jur. vol. 1.º pag. 157; — *Sentença do Juiz de Direito da Campanha de 2 de Setembro de 1882*—Dir. vol. 30, pag. 77 etc.

— Exigem a publicidade: — Acc. da Rel. de Ouro Preto de 28 de Julho de 1883 — Parecer de Saldanha Marinho: Gaz. Jur. vol. 6 pag. 464; — Carlos Perdigão—Gaz. Jur. vol. 1.º pag. 74; — Sentença de Viveiros de Castro de 8 de Outubro de 1897—Dir. vol. 74 pag. 451.

mais de quinze pessoas ou affixado em logar frequentado contra corporação que exerça autoridade publica ou contra agente ou depositario d'esta e em rasão do seu officio: — penas— etc. Art. 316.

§ 2.º Si commettida por outro qualquer meio que não algum dos mencionados—penas: metade das estabelecidas.

O art. 319 assim se exprime:

Si a injuria for commettida por qualquer dos meios especificados no artigo 316: penas: etc.

§ 3.º Si a injuria for commettida por outro qualquer meio que não algum dos especificados no art. 316 será punida com metade das penas.

Perguntamos: Pode vigorar o argumento que Perdigão Malheiros tirava do § 5.º do art. 7.º do antigo Codigo relativamente a questão?

Sem embargo do systema de responsabilidade para os crimes de abuso da liberdade de communicação do pensamento, que o Codigo adoptou, em manifesta opposição ao de 1830, pensamos que aquelle argumento acha-se de pé corroborando a questão conforme a solução que o mesmo Perdigão deu a consulta que lhe foi feita.

Perante o antigo Codigo não havia outra solução a nosso ver, alem da de Perdigão, e encarada agora a questão em face do Codigo actual não podemos deixar de segui-o.

Não ha duvida que o § 3.º do art. 317 se relaciona com a disposição da letra (b) do § 2.º do art. 22 do Codigo actual onde se fixa a responsabilidade do

O vendedor ou distribuidor de escriptos não impressos, communicados a mais de 15 pessoas si não provar quem é o autor ou que a venda

ou distribuição se fez com o consentimento deste. (70)

Quer por este dispositivo quer pela integra do art. 316 do Codigo vê-se claramente que foi intuito do legislador declarar o crime de calunnia ou injuria, não em qualquer hypothese da venda ou distribuição de escriptos não impressos, mas quando e somente quando essa distribuição fosse feita a mais de 15 pessoas.

O Snr. Francisco Luiz, hoje Desembargador do Tribunal do Recife, analysando os crimes de calunnia, e injuria assim se expressava relativamente ao Codigo de 1830 :

«Sem duvida alguma na disposição do presente art. 233 se acha comprehendida a calumnia imputada por meio de cartas manuscriptas. A distribuição por mais de 15 pessoas só é elemento do crime de calunnia no caso do art. 230, isto é, no caso de ser tal crime commettido por meio de papeis impressos, lithographados ou gravados.

«Além disto, em tal publicidade, implicitamente consente ou com ella deve contar quem dirige uma carta a outro calumniando-o (71) já porque deve saber que pelo extravio pode a carta cahir no domínio da opinião publica e já porque não deve ignorar que na conformidade do art. 93 do Codigo do Processo, pode pelo offendido ser apresentada em juizo.

«Não vemos razão para que não seja punida a ca-

---

(70) Nos crimes de abuso de communicação do pensamento não se dá cumplicidade do mesmo modo que não pode haver co-autoria.

Sentença do Snr. Aquino e Castro de 20 de Novembro de 1872 confirmada pelo accordo da Relação do Rio de 13 de Outubro de 1873.

O Codigo de 1830 adoptou para os crimes de imprensa o systema da responsabilidade successiva. Sem embargo de ter o actual adoptado o systema da responsabilidade solidaria notamos que é applicavel a doutrina deste accordo pois que a solidariiedade legal só se refere as pessoas do art. 27 para o fim de qualquer dellas poder responder pelo crime á escolha do offendido. O responsavel porém será sempre um e por consequencia, muito embora a solidariiedade de que fala a lei não é possivel em taes crimes a co-autoria como não o é a cumplicidade explicitamente recusada pelo Codigo.

(71) São identicas neste ponto as disposições do antigo Codigo quanto aos crimes de injuria ; portanto, os argumentos do Snr. Francisco Luiz applicavam-se tambem aos crimes de injuria por carta.

injunia imputada por cartas manuscriptas, quando é punida a verbal e apenas pode ser provada por testemunhas.» (72)

O primeiro argumento do Sr. Francisco Luiz consiste simplesmente numa presumpção de consentimento da publicidade da calunnia, presumpção que não é verdadeira porque si o autor de escriptos manuscriptos quizesse tal publicidade tel-a-ia feito por outros meios, e quando mesmo assim não fosse, não seria licito tirar-se de tal presumpção a necessidade de punir pessoa alguma.

Quanto ao seu segundo argumento, de serem punidas as injurias e calumnias verbaes, devemos antes de tudo convir que assim acontece pelo character mesmo da calunnia ou injuria verbal que traz consigo a publicidade elementar dessa especie de crimes.

Em face do Codigo actual, porem, precisamos não confundir os meios de que falam o art. 316 e seus §§ com o que é propriamente a distribuição,

Chamamos meios a tudo aquillo por onde é possível chegar-se a um fim determinado, e entre os meios do art. 316 acham-se—o pamphleto, o pasquim, a allegoria, a caricatura, a gazeta, o papel—e todos elles podem ser:—manuscriptos, impressos ou lithographados.

A distribuição por mais de 15 pessoas e affixação em logar frequentado nada mais são do que condições sem as quaes não quiz o legislador que houvesse crime.

Entretanto um accordo do Tribunal Civil e Criminal, de 10 de Janeiro deste anno diz, entre outras cousas, o seguinte:

«Basta que a distribuição seja feita por 15 pessoas ou que a affixação do escripto se dê em logar não frequentado para que não exista a *publicidade legal* e o meio seja outro que não os do art. 316.

«Concluir de outro modo seria chegar ao absurdo de admittir que o Codigo pune a simples injuria verbal proferida

na auzencia do offendido e ouvida apenas por *uma* ou *duas* pessoas e deixa impune a injuria *escripta, lida pelo offendido e por 14 pessoas.* » (73)

(73) Accordão em Conselho do Tribunal Civil e Criminal dar provimento ao recurso interposto da sentença de não pronúncia, para, reformando-a julgar procedente a queixa de fl. 2, e em consequencia pronunciar os recorridos Ignacio Jose de Carvalho Guimarães, Victorino Freire dos Santos Pereira e Eugenio Freire dos Santos Pereira como incurso no art. 319 § 3.º combinado com o mesmo artigo § 2.º e 317 letra c, do Codigo Penal: 1.º, porque as injurias por meio de cartas constituem uma das modalidades do crime definido no citado art. 2.º, porque na carta de fl. 9 existem palavras injuriosas; 3.º, porque está provado que os querellados são os autores dessa carta.

1. A offensa aos sentimentos de dignidade constitue a noção primaria da configuração juridica da injuria, que é uma das fórmãs dos delictos da linguagem. A dor moral soffrida pelo sujeito passivo é o damno immediato desse acto anti-juridico, a *lesão do direito de integridade moral*, como nos delictos *contra a pessoa*, o mal corporal constitue a *lesão do direito de integridade physica*. « L'occhio vede il gesto o lo scritto, l'orecchio escolta la parola oltraggiante ma l'occhio e l'orecchio non ne partiscono dolori; e soltanto i sensi dell'anima se ne commuovono perché l'azione di questo dilitto stá tutta in *una idea*, e nasce dal contatto delle anime, d'alluna all'altra stá quali la idea si comunica. » (Carrara, Prog. part. spec. V: 3. § 175).

As *formas executivas* da injuria são o *escripto*, que é a manifestação do pensamento por meio de caracteres significativos; a *palavra fallada*, que é a manifestação do pensamento por meio de voz humana, e o *gesto*, que é um signal mimico.

Existindo o agente do delicto, a manifestação externa da offensa, por qualquer dos meios representativos do pensamento, e o sujeito passivo, directo ou indirecto, o organismo da injuria está perfeito como *genero*, pela reunião dos seus elementos *essenciaes*. A *accidentalidade* de outras condições, umas referentes á *publicação* da offensa, outras á *qualidade pessoal* do offendido motivam apenas a *aggravação* da pena pelo augmento do *mal immediato* ou pelo augmento do *damno politico*. Incide no primeiro caso a injuria exercitada por meio de *publicação escripta*: a *perdurabilidade* do meio empregado e a *communicação* da injuria aggravam a dor do offendido e diminuem a sua reputação; e profundamente ferida—além da honra interna, que é um phenomeno psychico—a honra objectiva, que é a estima exterior. Verifica-se o segundo caso, quando a injuria é dirigida contra uma autoridade publica, em seu caracter funcional.

Esta distincção necessaria entre a injuria *simples* e a injuria *qualificada* pelas condições accidentaes de *qualidade pessoal* e do *modo* é originaria do direito romano, que consignou-a em varios textos, notadamente no Digesto de *injuriis et famosis libellis*. Em seu sentido generico, a injuria era tudo que podia offender a reputação de outrem e dava lugar á respectiva acção penal, « *Generaliter vetuit prator quia ad infanciam alicujus fieri. Proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit ut alium infamet erit actis injuriarum* (fl. 15, § 27). Proferida contra o magistrado, o ascendente ou o patrono, a injuria tornava-se *qualificada* e era denominada *atroz*: a aggravação da offensa resultava da *qualidade pessoal* do injuriado. Igual aggravação tinha a injuria enunciada em *lugar publico*. « *Atroce autem injuriam, aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri. Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui; cum parenti, patrono fiat. Tempore, si ludis, et*

Manifestamente, o accordão confundiu os meios de publicação com a mesma publicação, não se podendo por isto admittir que no caso de distribuição por menos de 15

*in consecretu, an in solitudine injuria facta cit, multam interesse ait: quia atrocior est que in conspectu fiat»* (fr. 7 § 8.º)

Acceita pelos praticos da idade média, a theorica apenas modificou-se pela multiplicação a esmo dos casos de atrocidade. Modernamente é mantida pela maior parte dos codigos, que fazem residir na maior *quantidade* do delicto o *criterium* da aggravação; e como bem se expressou, em 28 de Novembro de 1893, a Corte de Casale—*«l'aggravante non è che una modatità del reato, per le quale questo assume carattere pui serio e vieni in conseguenza maggiormen-te punito»* (Cogliolo, Dir. Pen., vol. II, part. II, n. 221).

II. O legislador penal escreveu as disposições do titulo:—«dos crimes contra a honra e a boa fama», em que pouse se afastou do codigo de 1830, com exacto conhecimento das lições dos mestres de direito criminal, e por isso as noções que vem de ser expostas encontram concordancia no texto legal.

O Codigo pune como crime de injuria: a) a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expor a pessoa ao odio ou desprezo publico; b) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra; c) a *palavra, o gesto ou signal reputado insultante*, na opinião publica (art. n. 317); e seguindo o *criterium* diferencial moderno traça com justeza a distincção entre a injuria *simplex* e a *qualificada*, que é punida com pena tanto maior quanto mais importante é em *numero* ou em *qualidade* a causa da aggravação.

Dado o *corceito generico* da injuria do art. 317 e expressos no art. 318 os casos em que é permittida a prova da verdade, o Codigo prescreve no art. 319 §§ 1 a 3.º as penas das injurias *qualificadas* incluindo neste ultimo paragrapho a injuria *simplex*.

*Simplex*—a injuria em sua nudez, com os elementos *essenciaes* de constituição: a) o agente; b) o sujeito passivo, directo ou indirecto, c) a manifestação do pensamento offensivo, por uma das tres fórmãs; c)—I o escripto (em que se comprehendem os symbolos), II a palavra fallada, III o gesto. *Qualificada*,—a injuria revestida de condições *accidentaes*; a) com relação à *publicidade* de uma das formas executivas, o *escripto*; b) com relação a *qualidade* do sujeito passivo do delicto.

Da combinação do art. 319 e seus paragraphos com o art. 316 resultam as diversas modalidades de injuria qualificada:

A) Quanto à *publicidade*,—a injuria «commettida por meio de *publicação* de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta, ou qualquer papel manuscrito, impresso ou lithographado, *distribuido por mais de 15 pessoas ou affixado em lugar frequentado»* (art. 316.)

Por esta qualificação, o *escripto*, uma das formas do elemento *essencial* a todo crime de injuria—a manifestação do pensamento—so reveste a condição accidental da *publicidade* quando *distribuido por mais de 15 pessoas ou affixado em lugar publico*, e é justamente *esta* condição que agrava a pena.

B) Quanto à «qualidade pessoal» do sujeito passivo,—a injuria commettida «contra corporação que exerça autoridade publica ou contra qual-quer agente ou depositario de autoridade publica» (art. 319 § 1.º).

Si concorrerem as duas condições—a da «publicidade e a pessoal,—a pena é a «maior»: prisão cellular por tres a nove mezes e multa de 400\$ a 800\$ (art. 319 § 1.º). Existindo apenas a primeira, a pena de prisão é de dous mezes a seis, e multa de 300\$ a 600\$ (art. cit., § 2.º); e verificando-se

peçoas, ou de affixação em lugar não frequentado, seja o meio, outro ou differente dos do art. 316 do Codigo.

O Codigo previu a hypothese do papel manuscripto,

só a segunda, é de mez e meio a quatro mezes, e multa de 200\$ a 400\$ (cit. art. § 3.º combinado com o § 1.º).

A pena varia, pois, segundo a «quantidade» e a «qualidade» das «condições de qualificação».

Não havendo condição qualificativa, fica apenas de pé a injuria «simples», expressa por «uma das tres formas executivas», isto é, «verbal, escripta ou gesticulada», e punida com a pena «menor»: um a tres mezes de prisão cellular, e multa de 150\$ a 300\$ (cit. art. § 3.º).

Este paragrapho usa das palavras—«si a injuria fôr committida por «qualquer meio que não os especificados» no art. 316», e «estes meios (do art. 316) são o «pamphleto, pasquim... ou «qualquer» papel «manuscripto», impresso ou lithographado, «distribuido» por «mais» de 15 peçoas ou «affixado» em lugar «frequentado» ou em termos resumidos,—as «diversas especies de escripto, publicadas».

Basta que a distribuição seja feita *por 15 peçoas* ou que a affixação do escripto se dê em lugar «não frequentado», para que não exista a «publicação legal» e o «meio» seja «outro que não os do art. 316».

Concluir de outro modo seria chegar ao absurdo de admittir que o Codido pune a simples injuria «verbal» proferida na «ausencia» do offendido e ouvida apenas por *uma* ou *duas* peçoas, e deixa impune a injuria «escripta, lida pelo offendido e por 14 peçoas».

Na especie dos autos, a fórma executiva da injuria é um «escripto», uma «carta», despida de ambas as condições qualificativas: a da «publicidade» do art. 316, pois não foi distribuida por mais de 15 peçoas, nem affixada em lugar frequentado; e a pessoal, pois os offendidos não são agentes nem depositarios da autoridade publica.

Trata-se, portanto de uma «injuria simples»! no sentido scientifico e no «sentido legal».

O codigo italiano não foi seguido neste particular, quer quanto á divisão dos crimes, quer quanto á «constituição» da injuria simples, aos motivos de aggravação e ao methodo expositivo da materia. Define em primeiro lugar a «simples» e em seguida a injuria «qualificada». A «publicidade» do escripto caracteriza-se pela «divulgação» ou «exposição ao publico» (arts. 393 e 395) e a injuria por meio de «carta» está incluída entre as qualificadas no lado da que é committida em «presença» do offendido, ainda que só, e da que é feita «publicamente» (art. 395). «All'offesa fatta «direttamente alla persona» viene assimilata quella comunicatale per «lettera»... La commissione di revisione non abbandonò il concetto della commissione sull'ingiuria per «lettera privata», e su proposta del presidente, Eula approvò la division, passata nel texto del codice: «con scritto a lui diretto» (Cogliolo cit. n. 242).

Qualquer, porém, que seja o systema seguido com relação aos motivos de qualificação da injuria, o que é certo é que a «publicidade» não é um elemento constitutivo deste delicto; é uma condição de aggravação» (Haus, Cod. Pen. Belga., Part. 3.ª pag. 72; e «já era este o sentido da antiga lei brasileira» (Chassan, Contraventions de la parole, Part. I. liv. I. ch. II n. 63).

Enviar alguem uma carta fechada injuriosa é um libello, da mesma fórma que se essa carta fosse publicada pela imprensa; porque isto tende igualmente a perturbar a paz publica (Blackstone, com. sobre as leis inglezas,

onde acha-se comprehendida a carta e, nem porque ella não seja destruida por mais de 15 pessoas, pode-se concluir que tivesse deixado de ser carta para se enquadrar no rol dos—outros meios de que fala o art. 319 do Codigo.

Sò por ahi, vê-se o absurdo do accordão que quer negar á carta manuscrita o seu caracter *de papel manuscrito* nos precisos termos do art. 316.

Que não é absurdo punir o Codigo a injuria verbal, evidencia-se do facto de não achar-se a palavra oral comprehendida nos meios do art. 316, e só porque a injuria verbal tem necessariamente menos curso do que a escripta, é que a lei a pune com metade das penas, não se podendo concluir dahi que devamos corregir o defeito da lei que na verdade não pune a injuria escripta divulgada por menos de 15 pessoas, nem que os meios do art. 316 sejam aggravantes para o fim, (note-se bem) de punir a injuria irrogada em simples carta que não teve a circulação nem a publicidade legal.

---

n. 5, pag. 449), e a sua punição tem por fim principalmente evitar os seus funestos resultados, excitando a vingança privada, e a pratica de maiores attentados (Braz Florentino, Dos crimes de liberdade de imprensa, pag. 20).

« Se la ingiuria si contiene in una « lettera a me stesso diretta, » quando io me ne lagni si potrà dire ché l'onore mio non è stato ferito perchè l'offensore avendo fatto me stesso padrone del segreto e nessuno havendo udito e conosciuto quella ingiuria (per fatto almeno dell'offensore) non si volle concio menomare il patrimonio del mio buon nome nè ricarmi diseredito appo altri, e molto meno dispogliarmi di materiali vantaggi che dal mio buon nome fossero dipendenti. Ciò si potrà dire, ma non per questo ne avverrà che sparisca la oggettività giuridica del fatto malvagio. Dessa rimane, independentemente dal togliimento degli altri due beni sovraccenati, « nella sola offesa al sentimento della mia dignità, » per la quale io « risento dolore allo intendere che altri me tiene a vile, » e che andacemente in « faccia a me stesso fa professione di disprezzarmi. » (Carrara, ob. cit., § 1.704)

III. A carta defl. 9 contém palavras injuriosas: nella se lê que os recorrentes tiveram « procedimento baixo e infame e a pouca vergonha » de ameaçarem um empregado dos recorridos.

Estas palavras são sem duvida reputadas « insultantes » (Cod. Penal, art. 317, letra c).

IV. A autoria do escripto tem cabal demonstração nos autos e jámais negaram-na os recorridos.

Custas, afinal.

Rio, 10 de Janeiro de 1898. — « Muniz Barrete », P. relator. — "Segurado T. Torres".

( "Jornal do Commercio" de 27 de Fevereiro de 1898. )

Doutrina opposta, porem, foi sustentada pelo accordo do Tribunal de S. Paulo de 24 de julho de 1897, a nosso vêr erronea. (74)

(74) Accordão em Tribunal de Justiça:

Vistos relatados e discutidos estes autos em que é appellante Constantino Vergal e appellado José Vergal, não vencida a preliminar de não ser punível a injuria por meio de carta, negar provimento a appellação com modificação da pena para o grão medio do art. 319 § 2.º combinado com o § 3.º do mesmo artigo. E assim julgam quanto a preliminar; porquanto, o Codigo Penal depois de ter definido o crime de injuria no art. 317, quando tratou de applicar pena no art. 319 considerou como aggravante a publicidade do art. 316 para os crimes commettidos por qualquer dos meios ali especificados, punindo com metade das penas quando a injuria for commettida por outro qualquer meio que não algum dos especificados no art. 316. Para o Codigo, a publicidade do art. 316 não é elemento constitutivo do crime de injuria, mas tão somente uma aggravante.

E nem o art. 317 do Codigo, letra *a* exige a publicidade da injuria afim de expor a pessoa ao odio ou desprezo publico desde que considera injuria a imputação de vicios ou defeitos *que possam expor* e não que expoem —ao odio e desprezo publico.

E os factos especificados nas letras *c* e *d* do referido artigo, não dependem dessa condição quando fosse elemento do crime de injuria especificada na letra *a*. A punição do crime de injuria por carta não contraria ao disposto no art. 194 do Cod. Penal porque a pessoa injuriada usa da carta para defesa dos seus direitos e nenhum é mais sagrado do que a honra.

O art. 319 pune a injuria com pena mais grave quando se dá a publicidade, mas, o § 3.º do mesmo art. 319 pune com penas menos graves a injuria que não tem publicidade. Na generalidade do § 3.º do art. 319, isto é, nas injurias commettidas sem publicidade está comprehendida a injuria por meio de cartas, porque nestes casos a publicidade não é elemento constitutivo do crime; pois a lei não exclue da generalidade do § 3.º do art. 319 as cartas missivas e nem a injuria so causa mal sendo feita com publicidade.

Não é crível que o legislador punisse o crime de injurias verbaes e os commettidos por meio de publicações e deixasse impune o crime de injuria provado por meio de cartas, só porque della não tiveram conhecimento mais de quinze pessoas, quando não deixa de ser punível a injuria publicada por menos de 15 pessoas do art. 316 *ex-vi* do art. 319 § 3.º.

Agitada esta questão no regimen do Cod. Penal de 1830 diante dos arts. 230, 237 e 238 que contém disposição igual a dos arts. 316 e 319 do Codigo vigente teve identica solução e nos julgados que se encontram no Direito vol. 1.º pag. 281—vol. 38 pag. 321—vol. 37 pag. 2—Revista Juridica de 1868 vol. 1.º pag. 127—Gazeta Juridica, vol. 7 e 11—Decisão do Conselho de Estado de 19 de Março de 1883 que se lê no Direito vol. 39 pag. 125 e nos pareceres de notaveis advogados como Nabuco de Araujo, Teixeira de Freitas e Lafayette que se encontram na Gazeta Juridica vol. 1.º pag. 329.

Quanto ao merecimento: estando provada a injuria pela carta de fls. 4 condemnam o réo a dois mezes de prisão cellular e multa de 225\$, grão medio do art. 319 § 2.º combinado com § 3.º do mesmo artigo por terem concorrido as circunstancias aggravantes do art. 39 § 9.º e attenuante do art. 42 § 1.º do Codigo Penal. Pagas as custas pelo appellante.—S. Paulo 24 de Julho de 1897—Brotero, P.—M. de Godoy.—M. Cezar.—Virgilio Cardoso, vencido quanto a modificação da pena—Delgado, vencido quanto a pena—Cunha Canto, vencido: O Cod. Penal nos arts. 317 e 320 define o

No fim que teve o legislador, punindo com metade das penas, o crime de injuria, na hypothese do § 3.º do art. 319, entrou, na verdade a diversidade dos meios, mas a condição para a punibilidade do crime, elle a exigiu em qualquer hypothese, seja qual for o meio empregado. Qual a rasão que assistiria ao legislador, exigindo que a injuria

que seja injuria; no art. 319, fazendo remissão ao art. 316 estabelece as penas para a injuria commettida por meio de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado, DESTRUÍDO POR MAIS DE 15 PESSOAS OU AFFIXADO EM LOGAR FREQUENTADO e no § 3.º determina que si a injuria for commettida por outro qualquer meio que não ALGUM DOS ESPECIFICADOS NO ART. 316 seja punida com metade das penas. Trata-se neste processo, de injuria escripta em carta particular e intima, não divulgada pelo autor por mais de quinze pessoas e nem affixada em logar frequentado, e portanto SEM OS REQUISITOS do art. 316.

A lei é clara e expressa e não pode ser interpretada por indução, analogia ou paridade (art. 1.º 2.ª parte do Cod. Penal.) Assim dava provimento a appellação para julgar nullo o processo e improcedente a queixa.— *Ignacio Arruda.*—*Ferreira Alves.*—vencido. A INJURIA por carta é punivel havendo publicidade feita pelo agente, das palavras injuriosas que a mesma contem.

A publicidade é que unicamente prejudica o offendido ante a opinião publica. A ausencia da publicidade não pode constituir prejuizo da reputação. Na hypothese dos autos, o queixoso é quem dá publicidade, foi quem publicamente se injuriou com a mostra da carta. (Cunha Azevedo, pag. 77, Saldanha Marinho, Gazeta Juridica vol. VI pag. 464; Vide consulta do Conselho de Estado de 9 de Março de 1883; Dir. vol. 37 pag. 125 a 145 e Relatorio do Ministerio dos Negocios da Justiça de 1884) Chauveau vol. III pag. 122 e 123, diz que a carta por escripto injuriosa não causa damno desde que não haja publicidade.

*L'outrage par lettres n'a ni le même retentissement, ni les mêmes caracteres de gravité; l'injure reste ensevelié dans le silence, elle ne cause au fond aucun dommage.*

Confrontando-se os arts. 316 e 319, 1.ª parte e 22 § 2.º letra *b* do Cod. Penal, tratando de MANUSCRITOS E ESCRIPTOS NÃO IMPRESSOS, vê-se que a lei exige a publicidade, pela distribuição do escripto ou affixação em logar frequentado, referindo-se o art. 319 § 2.º do Cod. a outros meios que não alguns dos mencionados no art. citado, 1.ª parte e 316, excluindo as injurias por escriptos impressos e não impressos, pasquins pamphletos etc. Em materia penal não se pode admittir interpretações extensivas nem argumentos de analogia. Si a lei pune a injuria por palavras, não se pode concluir, como diz Chauveau cit. pag. 122 que ella tambem quiz punir a injuria por cartas; os modos de execução do delicto são differentes para que se possa estender a ambas a disposição penal, exigindo a lei, entre nos a distribuição da carta (papel manuscripto) por mais de 15 pessoas ou affixação em logar frequentado. A injuria por carta para ser punivel exige os seguintes elementos: — PALAVRAS INJURIOSAS, ANIMUS INJURIANDI E PUBLICIDADE NOS TERMOS DA LEI.

Faltando qualquer dos elementos não ha injuria punivel. — *Canuto Saraiva.*—*Pinheiro Lima.*

publicada pela imprensa ou em pamphleto chegasse ao conhecimento, pelo menos de quinze pessoas para punil-a, ao passo que dispensava essa divulgação della quando commettida por um meio menos audacioso, qual é uma simples carta?

Pois crê-se que a lei podesse, com justiça, com equidade, subordinar os meios do artigo 316 á condição da divulgação por mais de quinze pessoas, dispensando essa condição no caso da injuria em carta?

Isto seria fazer persuadir que o legislador punia o facto, mais pelo emprego dos meios do que pelo seu caracter de offensivo, quando o certo é que a deminuição da pena nesses casos tem como fundamento a menor gravidade do delicto.

Punir pois o crime quando commettido por outro qualquer meio differente dos do art. 316, não é dispensar a distribuição do manuscripto e não será difficil comprehender-se que só dessa distribuição poderá resultar a offensa na esphera da lei para que não possa ser dispensada.

Entretanto, procurando justificar a sua doutrina, o citado accordão do Tribunal de S. Paulo argumenta que as disposições do Codigo actual são eguaes as do Codigo de 1830 e que já a jurisprudencia daquella epocha punia como crime a injuria por carta.

Negamos a veracidade da asserção, não só porque a jurisprudencia se bipartia relativamente á questão, como porque as disposições dos dois Codigos não são identicas.

A questão justificava-se em face do antigo Codigo visto como o seu art. 230 era omisso quanto a esse meio de publicidade, especificando simplesmente como taes a imprensa, a gravura e a lithographia, ao passo que o art. 316 do Codigo actual allude a « qualquer papel manuscripto,» impresso ou lithographado, fixando como condição *sine qua non* para constituição desses crimes, a distribuição por mais de 15 pessoas como igualmente, neste ponto, exigia o velho Codigo.

Nem se diga que o art. 317 letra—*b*—não exige a publicidade da injúria afim de expor a pessoa ao odio ou ao desprezo publico, desde que considera injúria a imputação de vícios ou defeitos que *possam expor* e não que expõem ao odio ou desprezo publico, como disse o accordo que discutimos.

Seria uma doutrina perigosa! Nunca, da possibilidade de um facto ou de uma circumstancia, a lei fez derivar a criminalidade, mas tão somente, da sua existencia real, da sua objectividade.

O—*possam expor*—do art. 317 repelle essa interpretação que lhe deu o accordo do Tribunal de S. Paulo, illusiva do pensamento do legislador.

Accresce ainda que o legislador, no art. 317 apenas definiu o que fosse injúria; e da definição de um acto ou facto seria impossivel concluir-se, desde logo, pela necessidade da sua punição.

Qual a rasão predominante no espirito do accordo do Tribunal de S. Paulo para incluir as injurias por carta na generalidade do § 3.º do art. 319 afim de dispensar a publicidade e não incluil-as na generalidade da expressão: — *quaesquer manuscriptos* — que contem o art. 316, remissivo do § 3.º do art. 319, onde se exige terminantemente a publicidade por mais de 15 pessoas, ou affixação em lugar frequentado?

O dr. João Vieira, depois de ter citado o Acc. da Relação do Recife de 8 de Abril de 1862 que declarou não haver base para processo e julgamento na falta de quesito essencial ou de ter sido destribuida ou mesmo lida a carta que deu causa a queixa e ao summario, a mais de quinze pessaas, assim se expressa:

« De *jure constituto*, pronuncio-me por esta decisão, porque depois de haver o leg'slador repetido a exigencia do requisito em uns poucos de artigos, a excepção induzindo criminalidade deveria ter sido expressa.

« Os arts. 233 e 238 se referem ás calumnias e

injurias *verbaes* e ás *manuscriptas* que circularerem por mais de 15 pessoas.» (75)

E, si assim se expressava elle quanto ao Codigo de 1830, não vemos razão para desprezar a sua opinião, hoje que o requisito da distribuição foi positivamente exigido pelo art. 316 do novo Codigo, para os crimes de injuria por carta.

A nosso ver, porem, não basta a publicidade da injuria por carta, mas exigimos que ella seja feita por quem a escreveu para que torne-se incontestavel o elemento do *animus injuriandi*, essencial a toda especie de crimes desta natureza.

Nem porque, num dado momento alguem atira a um individuo, em carta, um epitheto qualquer, pretende injurial-o; seja mesmo a carta dirigida directamente por quem escreve áquelle a quem o epitheto se refere, quando muito, esse acto pode constituir uma audacia, um insulto mesmo, de character reservado que não expõe nem pode expor ninguem ao odio ou ao despezo do publico.

Os individuos que lançam mão de tal recurso, revelam-se simplesmente indignos, covardes ou pusilamines, mas não se pode dizer que tivessem tido a coragem de um crime na sua expressão legal, para soffrerem a punição merecida.

Conhecemos um desclassificado, um reprobó, um desses productos degenerados do cruzamento de raças, que lança mão, quando lhe appraz, desse hediondo meio de vingança para procurar morder a dignidade que inveja, nos espiritos superiores ao seu e á essas degradações humanas.

Nunca o supponmos um criminoso. A injuria como todo o crime não pode consistir exclusivamente no facto, mas necessita das condições, dos elementos de que a lei a cercou para sua repressão; e esse elemento é tão somente, alem do facto, a sua publicidade, pela natureza mesma dessa especie de crimes.

Durmoud já havia asseverado e com fundamento que para poder haver o crime de injurias fazia-se preciso e indispensavel a publicidade, dada pelo agente, contra o offendido, das palavras injuriosas, pois o que unicamente prejudica o offendido perante a opinião publica é a publicidade. (76)

E outro não foi o criterio do legislador, fazendo remissivo do art. 319 § 3.º o art. 316 do Codigo Penal.

Estabeleceu, porem, o Codigo, em seu artigo 322 a impossibilidade de querellarem por injurias os que reciprocamente se injuriarem.

Um Codigo deve realmente firmar os principios da mais perfeita equidade e não duvidamos encontra-la na disposição do artigo 322.

Simplem em seu enunciado, pode, entretanto, este artigo dar margem a uma questão fundada no modo de entender-se a prohibição do legislador.

Não se entenda que não poderão os injuriados, reciprocamente promover os termos do processo por injurias.

Só se podendo chegar ao conhecimento das injurias reciprocas, no decurso do summario, negar-se a faculdade da apresentação da queixa ou da denuncia seria recusar o exercicio de um direito ao que se apresentasse em juizo.

Não poderão querellar, disse o Codigo, mas precisamos entender em termos essa disposição, para que não haja offensa de direitos alheios.

Pensamos pois que o juiz não pode recusar o recebimento da peça inicial do processo porque entenda, por exemplo, que nella existe reciprocidade da injuria.

Sem duvida, que o juiz tem ou deve ter a faculdade da acceitação ou não acceitação da queixa ou denuncia, nos casos em que não forem revestidas das formalidades processuaes; mas no caso de que tratamos, a questão não se limita á forma do processo, mas ao direito de exercitar a acção penal e ainda que se argumente com o re-

---

(76) Etude sur la difamation cap. 6 e 18.

curso da não acceitação da queixa ou denuncia, o argumento não resolverá a questão, e pensamos que não é dado, por tal fundamento, recusar-se a acceitação dessa peça do processo.

Na verdade a missão do juiz é julgar, mas julgar em face de provas e quando a lei lhe deu competencia para o julgamento.

A Constituição investiu o tribunal do jury do julgamento dos crimes communs; e, si tem se entendido que os Estados podem nesse assumpto designar o julgamento singular para uma certa especie de crimes á sua feição, nem por isso n'nguem justificará que o juiz julgue sem provas, ou que prejulgue.

No saber si ha ou não ha injuria, na expressão imputada a alguém, vai uma outra questão, qual a de ter sido effectivamente imputada aquella expressão á esse alguém e isto constitue uma questão de facto, da qual so poderá decidir o juiz em face da prova.

Não ha injuria sem o *animus injuriandi* e o que pode parecer uma reciproca da injuria talvez não o seja.

Muitos opinão que a offensa verbal provocada não constitue injuria e os tribunaes muitas vezes assim decidiram, donde se conclue que o provocado pode pretender punir a injuria verdadeira que lhe foi atirada e na exposição do facto relatar uma phrase que derigiu ao seu provacador, e degar-lhe o juiz o direito de querellar, a pretexto de reciprocidade da injuria, seria visivelmente recusar-lhe um direito conferido por lei.

O direito de acção importa o direito de usar de todos os recursos que a ella se prendem e nunca será de bom aviso recusar-se assim o direito de uma acção penal circumscrevendo a questão ao circulo de uma Comarca.

Manifestamente, a lei quiz que os que se injuriassem reciprocamente não podessem obter uma sentença condemnatoria, mas não quiz que se lhes recusasse a prova do acto reciproco, e assim entendemos a expressão—não poderão querellar—empregada no art. 322 do Codigo.

Tenha-se ainda em consideração o perigo que pode resultar do arbitrio do juiz, a priori estabelecer a reciprocidade da injuria, e forçosamente concluiremos que, por tal pretexto, não poderá o juiz recusar o exercicio da acção penal.

Si assim nos mostramos em completa divergencia com o digno Juiz de Direito da Bahia dr. Arthur Leal Ferreira, não duvidamos, entretanto, subscrever a sua sentença que vem no Dir. vol. 70 pag. 259, na parte em que diz respeito ao direito do réo provar a reciprocidade da injuria, por todos os meios de prova, no proprio summario, sem embargo da regra em contrario para a defeza dos dema's crimes. (77)

---

(77) Vistos e examinados estes autos de recurso crime, entre partes recorrente Francisco Mauricio Bahia e recorridos Americo José Pinheiro e Alfredo Soares da Cunha.....

E tudo visto, examinado e bem ponderado, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a accusação.

Começarei por conhecer da preliminar levantada pelo dr. Juiz *a quo*, de poder ou não o réo produzir testemunhas na instrução do processo summario, para prova da compensação.

Entende este juiz que não, fundando-se nas mesmas razões, diz elle, porque ao réo não é permitido fazel-o no summario por crimes da competencia de grande jury:

Que aos indiciados não é lícito produzir no summario de culpa outra defeza senão a summaria, que destrua desde logo os indícios de criminalidade contra si accumulados, ou pela repergunta das testemunhas da accusação ou pela contestação que lhes for opposta ou pela exhibição de documentos, exame e critica das varias peças do processo, é a regra prescripta pela lei e lições dos nossos processualistas.

Mas essa regra não é absoluta e quando o fosse, não o seria hoje tanto como pretendia o Marquez de S. Vicente.—Apont. sobre o proc. crim. n. 173), quando sustentava—que o indiciado nem sequer pode provar que o facto ineriminado perde o caracter delictuoso «por effeito de excepções», porquanto o juiz não tem (o da pronuncia) autorisação para isso.

Porquanto, falam em contrario os arts. 20 da lei 2033 de 20 de Setembro de 1871 e 84 do seu regulamento que baixou com o Dec. 4824 de 22 de Novembro do mesmo anno, os quaes dispõem que os casos do art. 10 do Codigo Criminal de 1830 (hoje do art. 27 do Codigo Penal vigente) são do conhecimento e decisão do juiz formador da culpa, quando a decisão for definitiva, isto é, quando se julgar pela improcedencia do procedimento criminal por incidir o accusado em alguma das especies do citado artigo.

Como se vê já não vinga actualmente a lição do illustre jct. pois sendo *excepção* a exclusão da acção (F. Borges Diez. Jur. Com.—vb. excepção) a allegação de qualquer das especies do citado art. do Codigo Penal é uma *excepção*, porque provada, exclue a acção criminal intentada logo no summario da culpa.

75

Poderá, porem, obstar o-recebimento da queixa ou denuncia, a prova da injuria reciproca feita em justificação ?  
Pensamos que não. Sendo como que uma excepção

Os nossos processualistas *signanter* o referido S. Vicente, a que se socorre o dr. Juiz *a quo* procurando justificar a *regra* acima mencionada da defeza summaria na instrucção do processo, dizem pelo orgam daquelle jet que o pensamento contrario... enervaria toda a celeridade da informação.»

Mas, allegada a prescripção da acção, a qual tanto pode occorrer quando o processo já no plenario como quando ainda na formação da culpa, a lei manda abrir espaço a prova de toda a especie inclusive a testemunhal dest'arte compromettendo-se a apregoada celeridade da informação, pois sustase o curso do summario para dar se a prova da *excepção*; dahí a inferencia de que não é, como disse, absoluta aquella regra.

Oppor-se-me-á, porem, e com razão que este é um dos casos exceptuados pela lei. Aceita a regra com as suas excepções, demonstrado que o caso da compensação de injurias entra na classe destas, fica fóra de duvida a inapplicabilidade, á especie dos autos, das razões dadas pelo dr. Juiz *a quo* como fundamento do seu modo de decidir.

O art. 322 do Código Penal dispõe que «as injurias compensam-se; em consequencia *não poderão querellar* por injurias os que reciprocamente se injuriarem.» E', como se vê, este artigo expresso em prohibir a acção de injuria entre partes que se hajam reciprocamente injuriado.

Ora, não admittir-se que o réo, que é trazido aos tribunaes para responder por crime de injurias, allegue e prove logo na instrucção do processo a reciprocidade dos convicijos, cuja prova, uma vez dada, fará perimir a acção, é ferir de frente o preceito contido no citado artigo que encerra alias uma medida de ordem publica, de equidade e moralidade manifesta; de ordem publica, porque, como dizia Gallius (cit. por Chassan, *Delicts et contravent. de la parole*) «a acção de injuria ou diffamação é odiosa» e interessa a sociedade que a lei não fomente processos odiosos e emulatorios; de equidade e manifesta moralidade, porque não é licito, antes injuridico, e immoral, que aquelle que aggride, que offende o direito alheio pessa vir depois perante os tribunaes reclamar castigo para um acto a que injustamente deu causa — *illi debet permitti penam potere que in ipsam non incidit*— (Ulpiano fr. 154 dig. de reg. juris); como licito tambem não o é ao que repellir a offensa, pois tendo usado da defeza privada, presume-se ter renunciado a acção judicial e os tribunaes não tem que decidir o que ja terminou privativamente—*non bis in idem*.

O Código empregando no art. citado a phrase—*não poderão querellar*—prohibe positivamente a acção por injurias.

Não que fiquem as partes inhibidas de trazer sua queixa ao juizo, pois não se dando ou a não dar-se a hypothese de constar da propria queixa a reciprocidade das offensas por que se querella, não ha razão para se admittil-a; a queixa é recebida, a acção posta em juizo, para ser repellida depois de conhecida a causa legal que a faz perimir. Logo, cumpre aquelle que é chamado para falar aos termos de tal acção provar, ao iniciar-se o respectivo processo, a falta de qualidade do autor para estar em juizo. Impedil-o de o fazer na phase inicial do processo, no summario de culpa, para que vá promovel-o no plenario do julgamento, não é prohibir a acção, é antes fomental-a. Quando um facto crime chega aos termos do plenario, já se ha nelle proferido sentença a de pronuncia, chamada, e onde ha sentença ha já acção, processo, nos seus maiores desdobramentos.

Bastariam estas sós considerações para deter-se o espirito do interprete deante da doutrina expendida no despacho recorrido, e reflectindo um pouco, repellit-a por inaceitavel, quando se entendesse que a materia do

peremptoria a reciprocidade da injuria, a bem mesmo da ordem do processo e dos direitos do queixoso e querellado, so na propria acção principal deve ser discutida essa

citado art. 322 é de puro direito penal, não havendo, como não ha, em nossas leis de processo disposição a cuja sombra ella se possa abrigar. Entretanto, releva ponderar que o preceito do art. alludido noCodigo Penal si não é de todo processual, todavia ahí figura para effeitos meramente processuaes.

Para admittir-se e applicar-se na pratica a compensação não se faz preciso que oCodigo a haja tornado expressa em um texto; ella decorre da indole dos crimes particulares e é ensinada pela logica e equidade natural— *si duo dolo malo facerint invicem, dolo malo non agent* (Marciano, fr. 36 dig. de dolo malo) (\*). Assim pensa Pincherle quando diz que «deve ser admittida a compensação, embora ella não esteja expressamente reconhecida na legislação» (Man de dir. penal n. 736). Sem duvida, attentos estes motivos é que criminalistas e tribunaes francezes applicaram a doutrina da compensação, não foi levado a isto tão somente pelo intuito de convertendo-a em preceito obrigatorio, permittir questões aliás tão frequentes no regimen do Cod. de 1830, entre advogados juizes e tribunaes, admittindo uns, e outros não, theoria tão juridica, tão racional e cheia de moralidade; para tanto bastava a primeira parte do citado art: «as injurias compensam-se». O seu segundo membro já diz respeito ao processo, á acção eriminal.

Para melhor penetrar a genuina intelligencia do citado artigo pedirei subsidios á legislação estrangeira sobre o ponto controverso.

Resa o art. 397 doCodigo Penal da Italia, recentemente promulgado: «Nos casos previstos nos dois artigos precedentes, quando o offendido for a causa determinante do facto, a pena será diminuida de um a dois terços e se as offensas forem reciprocas o juiz poderá, conforme as circumstancias, isentar de pena ambas as partes ou uma dellas — Presereve o art. 199 doCodigo Penal allemão: «Quando o injuriado responder logo á injuria recebida, o juiz poderá absolver ambos ou um só dos contendores.»

Os Codigos das duas grandes nações esposando, como se vê, a theoria da compensação e retrorsão parecem menos que o nosso conter, em sua textura um preceito processual.

Entretanto, a proposito, diz um distincto penalista contemporaneo: «a disposição dos Codigos pnaes da Italia e do imperio allemão a respeito das injurias reciprocas é uma excepção as regras geraes do processo eriminal permittindo ao juiz conhecer em um so processo da criminalidade tanto do réo como do autor.»

E acrescenta: «Simplificou-se o processo permittindo-se ao réo uma como reconvenção, deduzida em excepção». Mas, é que as injurias reciprocas são consideradas como um delicto unico, e nesse caso, devem ambos as partes ser julgadas no mesmo processo, pondera o mesmo criminalista cuja intelligencia dada aos preceitos dos dois Codigos citados é felizmente confirmada por Freder. Berner, no seu *Trat de dir. penal* (versão) *Part. espec.* liv. 3, tit. 4.º n. 51: «A lei, diz elle, quer tanto quanto possivel, que nas injurias reciprocas *enxergue-se um so delicto* para que o juiz, tomando conhecimento de toda a occorrença, possa dar uma sentença justa, que a examine sob todas as faces. O Cod. do Proc. Crim. § 428 dispõe que nas injurias resiproças proponha-se a *contra-querella* e que a *mesma sentença* decida tanto da quarella como da contra querella.»

Ora, constituindo as injurias reciprocas um só e unico delicto não podia

(\*) Neste ponto, discordamos da Sentença. *De jure constituto* não pode haver compensação de injurias, si a lei, positivamente não a estatuiu.



Não deixará o juiz de admittil-a como documento, como meio de prova para ser examinada por occasião da pronuncia, mas não deverá nunca inhibir que o autor proponha a sua acção, sob o fundamento de achar-se provada em justificação a reciprocidade da injuria.

Entre as disposições relativas ao direito de acção adoptou o Codigo a do art. 324, assim formulada:

Si a injuria ou calunnia forem commettidas contra a memoria do um morto, o direito de queixa poderá ser exercido pelo conjuge, ascendente, descendente, ou irmãos.

Nem todos os Codigos tem considerado capaz de direitos a memoria do morto, e parece-nos que nisto assenta o não punirem a injuria e a calunnia quando em relação ao morto.

O Codigo Penal Francez não havia se occupado desse crime, mas, conforme ensina um escriptor, (78) esta questão põe em conflicto os interesses da familia que exige a defesa de um dos seus membros e a liberdade da historia que precisa discutir sem peias os factos referentes á memoria de cada qual.

Todavia a Côte de Cassação declarava punivel em todos os casos a injuria á memoria do morto e assim se pronunciou dentre outros por um aresto de 1.º de Maio de 1865, dando uma ampla interpretação ao art. 1.º do Codigo de Instrucção Criminal daquelle paiz.

Esta jurisprudencia, porem, teve de ceder a Lei sobre imprensa, de 29 de Julho de 1881 que declarou que os seus arts. 29, 31 e 32 que punem a injuria não eram applicaveis ás injurias contra a memoria de um morto, sinão quando o auctor do crime tivesse a intenção de attentar contra a honra ou ferir a reputação dos herdeiros vivos.

Vê-se, pois, que o fundamento de punir esse crime, pela lei franceza, não assenta na offensa á memoria do morto, mas na que possa resultar para os herdeiros da pessoa morta e assim estatuiu o Código da França, sem duvida por considerar que só os vivos são capazes de direitos.

Entretanto na injuria a memoria dos mortos, conforme expende o dr. Martins existem: «um sujeito activo do acto criminoso, o injuriante; um sujeito passivo ou um objecto sobre que recahe a acção criminosa (a memoria do morto; um elemento intencional ou vontade dolosa do agente do crime; um elemento material (a palavra, o escripto, a acção) em que se objectiva o pensamento criminoso.»

Justificando a necessidade de punir os crimes de injuria á memoria dos mortos, como o tem feito muitos Codigos de Paizes cultos, vimos plenamente combatida a grande objecção da liberdade da historia contra elles levantada, pelo mesmo dr. Martins que assim se pronuncia:

« Não ha antinomia entre a punibilidade das offensas á memoria dos mortos e a liberdade da historia; porque: 1.º a moderna concepção scientifica da historia não permite que esta seja uma collecção de biographias ou um registro de nomes; 2.º ainda quando assim não for e algum historiador tiver de se referir a um personagem qualquer, á existencia ou inexistencia, na apreciação do *animus injuriandi* é criterio sufficiente para resolver o conflicto; 3.º a historia na maioria dos casos so se occupa de individuos que desempenharam funcções publicas, isto é, que foram depositarios ou agentes da auctoridade publica e contra estes, só em casos excepçoes pode o historiador commetter o crime de diffamação.»

« A historia como a definiu Littré, É O ESTUDO DAS CONDIÇÕES QUE MOSTRAM COMO OS ESTADOS SOCIAES SE SUCCEDEM UNS AOS OUTROS EM UMA ORDEM DETERMINADA.»

Não é portanto, mais uma narrativa pesada em que

os nomes, as datas e as apostrophes de toda a ordem se enfileiraram como bonecos em uma loja de quinquilharias.

E', ao contrario, uma apreciação philosophica da marcha ascencional ou progressiva dos povos ou das civilizações. Nestas condições, comprehende-se que os individuos, salvo pequenas excepções, representam nella, papel tão secundario que o historiador nunca será induzido a injuriar-os. Demais sendo uma verdade sociologica *que todo o homem é um producto do seu tempo*, segue-se necessariamente que o historiador pouco ou nenhum arbitrio poderá ter no julgamento que tiver de lançar sobre uma individualidade saliente que se destaque aos seus olhos.

Por esse lado pois a criminalidade da injuria contra os mortos não está em antagonismo com a liberdade da história.

O *animus injuriandi* ou «o conhecimento do mal e a intenção de o praticar» nos julgamentos da historia tambem prova a não existencia do referido antagonismo. Si um historiador diffama sciente e conscientemente um morto de cujas acções faz o inventario e a critica, esse historiador deixa de ser tal para ser simplesmente um calumniador ou um injuriante. Ahí—*tollitur questio*; há um verdadeiro crime e a querella contra o criminoso é legitima e necessaria. Mas si o escriptor no interesse da verdade e a vista de documentos, sem prevenção e sem má fé, censura as acções ruins do morto, é claro que não cabe ahí querella *propter injuriam*. E mesmo que caiba, isto é, mesmo que a familia do morto intente acção criminal contra o historiador—qual o mal que dahi provem, si á falta de *animus injuriandi*, o juiz da causa terá de despronunciar o réo? Entendo até que haveria utilidade para a sociedade e para a sciencia nessa continua suspensão de uma especie de espada damocliana sobre a cabeça dos historiadores. E antes de passar adeante convem deixar aqui consignadas estas palavras de carrara: «A unica questão proponivel no interesse da liberdade da historia é a da *intenção*» etc. 78

Isto posto, e encarada agora a questão por uma outra face, notamos que o nosso Codigo não previu, como fizeram outros, a hypothese de fallecer o injuriado antes da prescripção da acção, sem ter intentado-a nem renunciado esse direito.

Poderão propor-a os seus filhos, conjuge descendentes ou ascendentes?

Parece-nos que a resposta negativa se impõe desde que o Codigo não dispoz a respeito, e é certo que em materia criminal não pode haver direitos nem crimes nem penas sem declaração expressa e inequivoca do legislador.

Como que corregindo essa omissão, ou tão somente para ampliar mais ao offendido os direitos resultantes do acto criminoso, os projectos, ora em discussão no seio do Congresso, estatuem que possa ser a acção intentada pelos representantes do morto. (79)

Neste ponto os projectos aproximam-se dos Codigos Penaes Belga e Italiano, em que se lê:

Aart. 450 :

§ 2.º Si la persone est décédée sans avoir porté plainte ou sans y avoir renoncé ou si la calumnie ou la diffamation a été dirigé contre une persone après son décès, la poursuite ne pourra avoir lieu que sur la plainte de son conjoint, de ses descendents ou heretiers legeaux jus au troisiéme degré inclusivement.

Diz o Codigo Italiano em seu art. 400:

Si la parte offesa muoia prima di aver dato querela o se i delitti siano commessi contro la memoria di un defunto possono dare querela il conjuge, gli ascendenti i descendenti, i fratelli, le sorelle e i figli de essi, gli affini in linea retta e gli erede immediati...

---

(79) Arts. 321 do Proj. da Com. e 329 do dr. João Vieira.

## PARAGRAPHO 8.º

Exposta como ficou a materia relativa aos crimes de injuria, pensamos poder penetrar no terreno de uma outra questão que se prende ao art. 323 do nosso Codigo, a qual resume-se em ter o legislador negado a acção criminal pelas injurias e offensas produzidas em juizo, em autos, para determinar a pena de multa de 20\$ a 50\$000, imposta pelo juiz, á requerimento da parte.

Notemos desde já, que, ou a multa de que trata o art. 323 é uma pena, e nesse character só poderia ser applicada si o facto desse logar á acção penal, onde o offensor podesse explicar os seus intuitos, pois não se comprehende pena para um acto ou facto não qualificado crime pela lei (e o Codigo não considerou crime a offensa em autos), ou deixa de ser pena, no sentido verdadeiro do direito criminal, para tornar-se uma simples multa, só cabivel nos casos de pura falta de disciplina, como a considera, relativamente a hypothese, a legislação belga; e não sendo as faltas de disciplina, delictos no seu sentido juridico, não podia o Codigo estabelecê-la, sendo exdruxula a disposição do final do art. 323 em questão.

No dominio da antiga legislação varias questões se levantaram da disposição do art. 241 do Codigo de 1830, consistindo uma dellas em saber si a suspensão do officio de advogado por oito a trinta dias e a multa de quatro a quarenta mil reis, ali estabelecidas, podiam ser impostas pelo juiz independente de processo, isto é, administrativamente, opinando o Snr. Candido Mendes por esse ultimo modo, muito embora os termos do art. 310 do Codigo, declarando serem penas todas as que elle estabelecia.

Pensavam ontros, como o Snr. Oliveira Machado,

de modo contrario, isto é, que a suspensão e multa do art. 241 estavam comprehendidas na generalidade do art. 310 do Código e que sendo possível, mesmo no escrever injurias e calumnias, uma ampla defeza, fazia-se sempre mister, o processô, fóra do qual o agente seria condemnado sem ser ouvido.

Si a suspensão e multa em que incorria o advogado por escrever calumnias e injurias em autos publicos achavam-se expressamente declaradas no art. 241 combinado com o art. 310 do Código, concluia o illustrado escriptor que tornava-se claro deixar de ser medida disciplinar para tomar as proporções de penal, e assim firmava a sua opinião. (80)

Não é, porem, nosso intuito discutir o artigo 241 do Código de 1830, mas, tão somente analysar a disposição do art. 323 do actual, segundo o nosso systema politico dominante, onde a questão toma uma feição principal diversa, em face da Constituição Federal.

Não é uma pena no sentido juridico da palavra, a multa do art. 323 do Código Penal.

A multa repressiva que entra na ordem do direito penal, da competencia da união pelo art. 34 n. 23 da Constituição, deve ter sempre tres caracteres que a distinguem das outras sanções pecuniarias que podem ser a consequencia duma violação do direito e são as seguintes :

1.º, que seja sempre pronunciada em virtude duma lei ou regulamento que prohibe ou ordena um facto sob a ameaça de multa, distinguindo-se por isso da multa, clausula penal, que pode resultar duma convenção ;

2.º, que assim ligada pela lei a este ou a aquelle facto, deva ser pronunciada pelo juiz, depois de contestação previa da culpabilidade do delinquente ;

3.º, que seja pronunciada em razão duma infracção propriamente dita, isto é, dum crime, dum delicto, duma contravenção. (81)

---

(80) Prat dos Agg. pag. 221 - 224.

(81) Garraud. Cours de Droit. Criminel n. 215.

De accordo com estes preceitos manifesta-se um outro criminalista, ensinando que a multa, para ter um character penal, deve ser applicada em razão duma infracção, por uma decisão judicial, e, que a que é estabelecida para a violação duma lei ou dum regulamento, mas infringida por via disciplinar, não constitue uma pena propriamente dita, não sendo, portanto, regida pelos principios do Direito Penal. (82)

Tanto mais nos convencemos desta asserção, quanto reconhecemos que a multa do artigo em questão não pode soffrer a conversibilidade caracteristica tambem da multa penal, conforme mesmo o nosso Código.

De tudo isto, pois, parece-nos podermos affirmar que a multa do art. 323, substitutiva da acção penal, que o legislador negou á parte offendida, ultrapassou limites da competencia constitucional, pois que, não reunindo as condições de pena no seu sentido juridico e deduzindo-se facilmente que foi intuito do legislador mandar applical-a administrativamente, sem fórma de processo, não podia achar-se incluída entre as disposições do Código Penal, por ser a sua determinação da competencia dos Estados, aos quaes convinha estabelecer uma forma de processo, ainda que summarissima, afim de que não se reproduzam escandalos e abusos de juizes e até de tribunaes. (83)

Negando a acção criminal pelos escriptos produzidos em juizo, pensamos que o legislador obedeceu a considerações de subida importancia que dizem respeito aos direitos das partes, facultando-lhes a mais ampla liberdade

---

(82) Haus. Droit Penal Belge n. 765.

(83) Tínhamos nós requerido, na comarca do Rio Pardo, deste Estado, uma ordem de *habeas-corpus* em favor de um Honorato de Paula Campos, a quem o respectivo Juiz de Direito formou culpa, qualificou e interrogou apesar de achar-se o paciente, durante todo o processo, ha quatro legoas de distancia da sede da Camarea!

Porque dissemos que a *Justiça da Comarca era daquellas que não ligavam importancia á sorte dos réos*, foi negado o *habeas-corpus* á pretexto de achar-se proxima a sessão do jury e o proprio Juiz, sem dar as razões porque, riscou a petição do *habeas-corpus* no logar onde se continham aquellas tristes verdades! No ultimo quartel do seculo XIX ainda ha desses juizes!

para discussão dos seus direitos como o tem feito os Códigos de muitas nações.

O novo Código Penal Italiano dispõe:

---

Art. 398: Non si procede per le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunziati dalle parti o dai loro patrocinatori in, causa, innanzi all'Autorità giudiziaria concernenti la controversia; ma, oltre i provvedimenti disciplinari stabiliti dalla legge, il giudice pronunziando nella cauza, può ordinare la soppressione, in tutto o in parte, delle scritture offensive, e, sull'istanza dell'offeso, assegnargli una riparazione pecuniaria.

---

Cingindo-se á disposição do Código Italiano, estatuiram os projectos apresentados ao Congresso, mais ou menos semelhantemente, e o da Comissão da Camara diz:

---

Art. 320: Não haverá acção criminal por offensa commettida em discurso ou escripto produzido em juizo pelas partes ou seus procuradores concernente á causa que se estiver pleiteando.

Mas alem dos penas disciplinares que no caso couberem, o juiz — officinando na causa — poderá mandar cancellar no todo ou em parte o escripto offensivo.

---

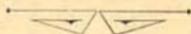
Manifestamente, o projecto da Comissão incide na mesma censura do art. 323 do Código actual, visto como, advertencia, multa, cancellamento de escriptos ou de razões de advogados entram na conta de penas disciplinares que só aos Estados deve competir fixal-as.

O artigo do Código Italiano não pode ter applicação entre nós, como está redigido, e ao passo que o pro-



Para os juizes de primeira instancia ha o tribunal ou juiz superior, para estes deve haver outro juiz.

Não podendo vigorar a lei n. 1090 de 1.º de Setembro de 1860 que autorisava o procedimento official da justiça nos crimes de injuria e calumnia aos funcionarios publicos em exercicio de suas funcções, julgamos ser esta a unica medida conciliavel com o artigo 323 do Codigo Penal. (85)



---

sideradas injuriosas, contidas nas razões do embargante e derigidas, não só ao mesmo Procurador Geral, quando relator do Accordão embargado, COMO TAMBEM AOS RESPECTIVOS JULGADORES, resolveram mandar, de conformidade com o disposto no art. 311 ultima parte do Dec. n.º 15 de 3 de Agosto de 1892 que o escrivão deste Tribunal, depois de publicada esta (?) risque de modo a não poderem ser lidas todas as palavras comprehendidas desde a linha 16 de folhas 57 até a linha 7.ª da mesma folha v.—Victoria, 5 de Outubro de 1897.—*Estevão de Siqueira, P.*—*Barcimio Barretto, R.*—*Mendes Velloso.*—*Ferreira Coelho.*—Fui presente—*Getulio Serrano.*

(85) Lei de 1.º de Setembro de 1860: Art. 2.º Tambem terá logar o procedimento official da Justiça nos crimes seguintes:

§ 3.º Injurias e calumnias não impressas, ameaças ferimentos offensas ou violencias qualificadas criminosas por lei contra empregados publicos, somente em actos de exercicio de suas funcções, quer o delinquente seja preso em flagrante quer não.

## PARAGRAPHO 9.º

Sem embargo da acção publica e privada concedidas ao ministerio publico e a parte offendida, disse tambem o art. 407 do Codigo que a acção penal haveria logar.

§ 3.º Mediante procedimento *ex-officio*, nos crimes inafiançaveis quando não for apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Na confusão que se nota em todo o art. 407 não é de extranhar o emprego da palavra denuncia inconciliavel com os princípios que exposemos.

Parece-nos fóra de toda a duvida que a determinação do procedimento *ex-officio*, quando não apresentada a queixa ou denuncia nos prazos legais, constitue uma medida assecuratoria da acção penal, tão intimamente ligada á esta que quasi se confundem.

E' o magistrado corregindo a inercia do representante immediato da sociedade que não pode se ver privada de um tão importante direito, como o de punir os seus membros corrompidos, toda a vez que desse dever se descurar o ministerio publico.

E', portanto, um direito de acção que tambem compete ao magistrado, apenas subordinado á condição possivel e aliás frequente da recusa injustificavel do ministerio publico ao rigoroso cumprimento de sua ardua missão.

Não se veja nessa determinação do procedimento *ex-officio* do juiz um resquicio do *imperium merum* dos magistrados da antiga Roma, em virtude do qual elles por si agiam na investigação dos crimes.

Si é certo que deve haver a mais completa independencia entre a magistratura e o ministerio publico, agindo cada

qual dentro da sua orbita de acção, funcionando este como parte promotora dos interesses sociaes e aquella como parte julgadora, tambem é certo que só por uma excepção, o magistrado age em substituição ao ministerio publico, e que, nem por isto podem se confundir nem aquelle absorver as funcções deste, tornando-se parte e juiz ao mesmo tempo.

Entre qualquer inconveniente que possa advir dessa substituição e o escandalo de permanecer impune o criminoso por não ter quem promova os meios da defeza social, esta consideração pesará sempre mais para a sociedade offendida, e a intervenção do magistrado encontrará a necessaria justificativa.

Como declaração de um direito que é a determinação do § 3.º do art. 407, pensamos que duvida alguma poder-se-á levantar, constitucionalmente interpretada esta disposição.

A par disto, porem, deprehende-se desse § 3.º que o magistrado só pode agir *ex-officio* nos crimes inafiançaveis e deparamos então com as seguintes questões:

Procedendo o magistrado *ex-officio* nos crimes afiançaveis age constitucionalmente?

Os Estados podem conceder que o juiz proceda *ex-officio* em taes hypotheses?

Sendo alguns crimes de acção privada inafiançaveis, pode nelles, haver logar o procedimento *ex-officio*?

A resposta negativa nas hypotheses figuradas é a unica solução possivel e constitucional.

No primeiro caso, é visto que o pensamento da lei acha-se clara e positivamente enunciado quanto aos crimes inafiançaveis, onde somente pode o juiz intervir, importando essa restricção em uma lacuna do Codigo, a qual não pode de modo algum ser supprida pelos Estados, pois que, como vemos, a determinação do procedimento *ex-officio* significa claramente um direito de agir, egual ao direito concedido ao ministerio publico para o iniciamento dos processos

e neste sentido, o procedimento *ex-officio* confunde-se com o direito de acção de exclusiva competencia do Congresso Nacional decretal-o.

Seria para desejar que fosse remediado desde logo esse grande inconveniente resultante da restricção imposta nesse § 3.º aos crimes inafiançaveis, o qual, os Estados não podem supprir, permanecendo o juiz em difficuldades, todas as vezes que o promotor não apresentar, nos crimes afiançaveis, sua queixa ou denuncia.

E' facto que o ministerio publico assim procedendo incorre, por sua vez em criminalidade e si bem que a natureza do crime que commette dê logar a acção publica de que trata o § 9.º da art. 72 da Constituição, si não apparecer um do povo que promova a responsabilidade do orgão da justiça, não podendo elle deixar o cargo senão por pronuncia ou por sentença, como se remediará o mal ?

Não vemos em face do art. 407, solução possivel para o caso e parece que isto foi comprehendido pela Commissão da Camara no projecto que apresentou, onde se lê a seguinte disposição, mandando o art. 412 haver logar a acção penal :

---

«§ 3.º *Ex-officio* quando a denuncia não tiver sido apresentada no prazo da lei,» sendo no

---

mesmo sentido formulado o art. 428 do projecto substitutivo do dr. João Vieira.

Quanto a terceira questão, é ella de facil intuição, si attendermos aos principios estabelecidos pelo Codigo.

Este § 3.º não pode estar em conflicto com a excepção do § 2.º do mesmo art. 407 que deu acção privada para os crimes de furto, damno. rapto, adulterio etc.

Precisamos harmonisal-o com essa excepção e então concluiremos que si o crime de acção privada inafiançavel por força das circumstancias previstas no art. 274, torna-se publico, pôde e deve-se admittir o procedimento *ex-officio* porque então, as considerações de puro interesse privado

passam a ser do dominio do interesse publico, e o juiz deve corregir a negligencia do ministerio publico, iniciando o processo *ex-officio*.

Quando, porem, apezar de inafiançavel, o crime permanece no dominio da acção privada, como nos casos do § 3.º do art. 329 do Codigo, não pode nem deve o juiz, só porque ha inafiançabilidade, intervir com o seu procedimento *ex-officio*, a menos que não se queira desnaturar os principios que regulam a acção privada.

Que caracter de ordem publica pode tomar o crime inafiançavel, quando do dominio da acção privada? A mesma inafiançabilidade?

E' resolver a questão pela propria questão e quem assim resolve, deixa sempre de pé as questões.

Nos casos do art. 274, temos as circumstancias ali consignadas que transformam completamente a natureza do crime commettido, por expressa determinação do legislador, mas no caso do art. 329 § 3.º, não podemos entender assim, somente pelo valor do objecto furtado, desde que esta circumstancia so pode affectar a victima do furto.

Seria isto uma razão para que a victima, o offendido, com mais actividade promovesse a punição do delinquente e si ella propria não se encommoda, que tem o ministerio publico ou o juiz com isto?

Pensamos, pois, que mal foi resolvida esta questão pelo Snr. Ministro Cardoso da Cunha, membro da Corte de Justiça deste Estado em um trabalho que publicou no Dir. vol. 61 pag. 337, opinando que o crime, —nessa hypothese, pelo unico facto de ser inafiançavel, torna-se publico e susceptivel de denuncia do ministerio publico.



## PARAGRAPHO 10

Resta-nos analysar a acção penal que compete as pessoas juridicas, quando feridas em seus direitos pela actividade criminosa do delinquente.

E já que tratamos das pessoas juridicas, não será fora de propósito lembrar que o direito romano, si bem não tivesse, como o nosso, uma denominação especial para essas entidades, todavia, considerava como pessoas chamadas—*collegium corpus causa* em contraposição a *singularis persona*, as de pura criação da lei e contava diversas especies constituídas por direito publico e privado, taes como o *Estado*, o *principe*, o *thesouro do principe e do povo*, os *municipios*, as *ciudades*, as *povoações as curias*, os *collegios dos sacerdotes pagãos*, os *do clero christão*, as *sociedades dos scribas*, as *instituições pias e as heranças jacentes* que deixaram de existir entre nós, *ex-vi* do alv. de 9 de Novembro de 1754 que mandou passar aos herdeiros, por morte do *de cujus*, a posse civil da herança com todos os effeitos da posse natural.

Eram caracteres das pessoas assim consideradas :— deverem a sua personalidade á expressa determinação da lei—terem restricta a sua capacidade sobre direitos patrimonialaes—terem necessidade de uma pessoa physica que as representasse.

Sendo de importancia para o nosso estudo a divisão das pessoas juridicas, convem desde já adiantar que Ribas, seguindo a opinião de Savigny, classificou-as, debaixo de dois pontos de vista considerando-as :

1.º quanto ao modo de sua existencia.

2.º quanto ao modo de sua manifestação.

Debaixo do primeiro ponto de vista dividiu-as em pessoas juridicas:

1.º de existencia necessaria, como o Estado, as provincias, os municipios.

2.º de existencia voluntaria como as corporações pias, as heranças jacentes.

Debaixo do segundo ponto, isto é, quanto ao modo de sua manifestação dividiu-os ainda em pessoas juridicas :

1.º que tem por fim promover interesses de individuos de que ellas se compõem, como seja o Estado ;

2.º que tem por fim, não o interesse de seus membros, mas a realisação de um facto, de uma ideia, como sejam as instituições pias.

Corresponde esta classificação á de Clovis Bevilacqua que distribuiu as pessoas juridicas nas duas cathogorias seguintes :

1.º aggremação de homens.

2.º conjuncto de bens.

A primeira destas cathogorias corresponde ás duas classes que se seguem :

1.º aggremações de caracter publico, como a União os Estados, os Municipios.

2.º aggremações de caracter privado, como as corporações e sociedades civis ou commerciaes que reunam os requisitos necessarios á personalidade civil.

A segunda cathogoria correspondem :

Os estabelecimentos pios ou de utilidade publica que tem patrimonio proprio e certos bens destinados a fins especiaes e distinctos. (86)

Não devemos confundir, diz Ribas, as sociedades ordinarias civis ou commerciaes com as corporações nem com as intituições pias, porquanto, embora sejam umas e outras reuniões de homens com fins communs e possam ter fim permanente ou transitorio, todavia, na sociedade

ordinaria, cada uma das pessoas que a compõem conserva a sua personalidade distincta, ao passo que a instituição pia é em si mesma uma abstracção personalisada decorrendo-se desses preceitos ou principios as seguintes consequencias :

1.<sup>o</sup> NAS SOCIEDADES ORDINARIAS, cada membro tem parte nos bens direitos e obrigações dellas, conservando sua individualidade independente.

2.<sup>o</sup> NAS CORPORAÇÕES, com excepção das industriaes, os bens, direitos e obrigações pertencem as proprias corporações, sem que cada um dos seus membros tenha nellesqualquer parte. (87)

Abstrahindo a questão do seu lado puramente civil para analysal-a no terreno do direito criminal, si é certo que as pessoas juridicas são incapazes de delinquir, pelo puro character de ficção que as envolve e que so por meio de cada um dos seus membros pode ferir o direito alheio, não menos certo, por outro lado, se torna que ellas, sem embargo de sua personalidade abstracta, tem e gosam de direitos proprios, direitos independentes dos de cada um de seus membros e que por consequinte podem ser o agente passivo do delicto.

Effectivamente. A entidade moral, legalmente constituida, gosa, em sociedade de importantes direitos oriundos das relações sociaes que entretem e dentre estes direitos sobresaem os direitos á boa reputação e o direito de propriedade que podem, como todos os demais, ser lezados.

Ortolan formulou a regra de que todo o ser susceptivel de direitos pode ser paciente ou sujeito passivo do delicto e desta arte ensina que assim como o homem, individualmente considerado tem direitos que podem ser feridos, tambem os seres collectivos ou methaphisicos, os collegios, as corporações os estabelecimentos publicos, as

---

(87) Ribas Dir. Civ. Braz. vol. 2.<sup>o</sup> pag. 111; Maynz—Droit Romaine § 22 in fine.

companhias e outros semelhantes, erigidos pela lei em pessoas juridicas, podem ser lezados, porque gosam igualmente de direitos. (88)

Não é diferente a opinião de Haus que tratando das pessoas moraes assim se expressa : — Estas pessoas podem ser lezadas por infracções que põem em perigo sua existencia legal, que tragam offensa á sua honra, á sua consideração, ao seu credito ou que firam seus interesses materiaes. (89)

Nosso Codigo não foi alheio a estes principios e encontramos, por exemplo o arts. 316, e § 1.º do art. 319 que consideram calúnnia ou injuria a offensa derigida as corporações que exerçam auctoridade publica, o que importa um reconhecimento da sua capacidade de direitos. Temos ali a corporação considerada como sejeito passivo do crime, como capaz de direitos, portanto, como susceptivel de ser lezada.

Si a considerarmos, porem, como sujeito activo do delicto, temos para a verificação da sua imputabilidade ou responsabilidade penal, o criterio do art. 25 do Codigo onde se lê :

Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, assossiação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do factio criminoso. (§ unico do cit. art. 25.)

E' perfeita a doutrina deste art. ja de ha muito ensinada por Savigny com o fim da verificação da identidade do criminoso, e acha-se de harmonia com os principios basicos do direito criminal, pois que, não tendo as pessoas juridicas uma existencia natural, tornam-se por isto incapazes de ser agente do crime para se lhe poder fazer ef-

---

(88) *E'lémets de Droit Pénal* Liv. 1.º parte 2.º tit. 2.º.

(89) *Droit Pénal Belg.* e vol. 1.º n.º 269; *Garraud—Precis de Droit Crim.* 45 e 46.

fectiva a responsabilidade, cujo character so pode ser pessoal. (90)

Não está, porém em duvida o facto de terem direitos as pessoas juridicas. Não procuramos demonstrar sinão a competencia para a propositura das acções criminaes entre essas entidades e particularizando um pouco o assumpto, comprehendemos que elle liga-se ao Direito Commercial, onde a proposito dos feitores, guarda livros e caixeiros encontramos o seguinte :

« Os agentes de commercio sobreditos são responsaveis aos preponentes por todo e qual-quer damno que lhes causarem por malversação, negligencia culpavel, ou falta de exacta e fiel execução das suas ordens e instrucções  
COMPETINDO ATÉ CONTRA ELLES A ACÇÃO CRIMINAL NO CASO DE MALVERSAÇÃO » (art. 78).

No capitulo referente a commissão mercantil encontramos :

« As contas dadas pelo commissario ao committente devem concordar com os seus livros e assentos mercant's e no caso de não concordarem *poderá ter lugar a acção criminal de furto* » (ultima parte do art. 185).

Tratando dos direitos e obrigações dos socios disse o Codigo :

« O socio que sem consentimento por escripto dos outros socios applicar os fundos ou effeitos da sociedade para negocio ou uso de conta propria ou de terceiro será obrigado a entrar para massa com todos os lucros resultantes e se houver perdas ou damnos serão estes por sua conta particular  
ALEM DO PROCEDIMENTO CRIMINAL QUE POSSA TER LOGAR » (art. 316).

No que diz respeito aos direitos e obrigações dos liquidantes ha esta disposição :

---

(90) Haus Obra cit. vol. 1.º n. 266-267.

« provando-se abuso ou fraude HAVERÁ CONTRA ELLES A ACÇÃO CRIMINAL QUE NO CASO COMPETIR » (ultima parte do art. 347).

Quando trata dos capitães ou mestres de navio diz o Codigo do Commercio :

« O capitão que tomar dinheiro sobre o casco do navio e suas pertencas, empenhar ou vender mercadorias fora dos casos em que por este Codigo lhe é permittido e o que for convencido de fraude em suas contas, além das indemnisações de perdas e damnos FICARÁ SUJEITO A ACÇÃO CRIMINAL QUE NO CASO COUBER » (art. 518).

—O capitão que fóra dos casos de innavegabilidade legalmente provada vender o navio sem auctorisação especial dos donos, ficará responsável por perdas e damnos além da nullidade da venda E DO PROCEDIMENTO CRIMINAL QUE POSSA TER LOGAR (art. 531).

No titulo em que o Codigo se occupou do contracto de dinheiro e risco ou cambio marítimo ainda encontramos :

« Si entre o dador a risco e o capitão se der algum conluio por cujo meio os armadores ou carregadores soffram prejuizo, será este indemnizado solidariamente pelo dador e pelo capitão CONTRA OS QUAES PODERÁ INTENTAR-SE acção criminal que competente seja » (art. 654).

A respeito dos contractos de seguro marítimo lemos :

« No caso de fraude da parte do segurado, além da nullidade do seguro será este condemnado a pagar ao segurador o premio estipulado em dobro. Quando a fraude estiver da parte do segurador este será condemnado a retornar o premio recebido e a pagar ao segurado outra igual quantia. EM UM E OUTRO CASO PODE-SE INTENTAR ACÇÃO CRIMINAL CONTRA O FRAUDULENTO ».

Estes e outros casos em que, na maioria e necessariamente, hão de figurar as sociedades commerciaes como offendidas, como sujeitos passivos do crime, não deixam a minima duvida a respeito da relação immediata entre o direito commercial e o criminal e dahi a duvida a cerca da competencia para propositura das acções penaes.

Relativamente ás sociedades commerciaes, occorrem-nos tres hypotheses, em virtude das quaes pode acontecer que o crime seja commettido :

- 1.º por um terceiro contra a sociedade ou firma ;
- 2.º por uma firma contra outra firma ou sociedade ;
- 3.º por um socio contra a mesma sociedade ou firma.

---

Sendo a materia criminal *strictis juris*, portanto, assistindo-nos o dever de procurar para as questões uma solução que ao menos mais se aproxime do caracter pessoal inherente á responsabilidade penal e ao exercicio das acções e, por outro lado, sendo tambem certo que nas sociedades commerciaes, com restrictas modificações, são communs aos respectivos socios, os bens, direitos e obrigações sociaes, a quem deverá competir o exercicio da acção criminal ?

Conforme os principios ensinados pelo Conselheiro Ribas, deduzidos da distincção, que de accordo com Savigny, fez das diversas classes de pessoas juridicas, parece que sendo, nas sociedades commerciaes como nas civis, communs aos respectivos socios taes direitos e obrigações, deveriamos concluir que no caso de ser lezado qualquer de seus direitos, ter-se-ia irremediavelmente offendido ao direito de cada um dos socios, devendo ser cada um delles considerado offendido nos precisos termos do art. 407, sendo por consequencia, qualquer delles competente para propor a acção criminal que no caso coubesse, porque, na verdade,

com o delicto, cada um dos socios de uma sociedade, ou soffre uma diminuição do seu patrimonio, ou soffre em sua honra ou em sua dignidade.

Cumpre, porem, attender que o assumpto é delicado e que ligando-se como se liga ao direito commercial, não é possível resolver uma dessas questões com menos preço dos principios que essencialmente regem as sociedades commerciaes.

Sabemos, por exemplo, que é da natureza de taes sociedades, como de toda a pessoa juridica, que sejam representadas por alguém physicamente e esse papel, nas sociedades commerciaes, cabe aos gerentes, a quem se lhes concede a pratica de todos os actos indispensaveis á realisação do fim social e *de todos os que se ligam aos seus interesses.*

Os gerentes, porem, exercem um mandato que por sua vez acha-se sujeito a certos principios communs a toda especie de sociedade.

«As mais das vezes, diz Lyon Caen & Renault, a qualidade de gerente é conferida a um só dos assossiados ou a muitos dentre elles, o que não impede que seja escolhida como gerente uma pessoa extranha a sociedade.»

Havendo muitos gerentes, distingue o citado escriptor diversos casos, sob o ponto de vista de suas attribuições, e ensina que si os diversos ramos da gestão foram divididos entre elles, cada um deve limitar-se ao circulo de suas attribuições, não podendo obrigar a sociedade os actos exorbitantes.

Na ausencia de divisão de attribuições, cada um pode, em principio, agir por si e obrigar a sociedade.

Si se estabelecer que todos gerem em commum, não pode um praticar acto de qualquer especie sem o consentimento dos outros.

Nô caso de gestão em commum, si houver divergencia, decidirá a maioria, por presumir-se que foi vontade da assosiação que se fizessem as operações julgadas uteis pela maioria dos gerentes.

Não é admissível opposição dos associados contra os actos do gerente estatutario, porque nesse caso haveria revogação parcial do seu mandato especial.

Admitte-se, porém, tal opposição contra os actos dos gerentes nomeados durante o curso ou existencia da sociedade.»

Os poderes inherentes aos gerentes correspondem aos poderes dos administradores nas sociedades anonymas e na falta de discriminação de poderes nos respectivos estatutos, são-lhes applicaveis os principios geraes do mandato. (91)

O Decreto n. 434 de 4 de Julho de 1891, porem, quanto as sociedades anonymas, determina que no silencio dos estatutos :

1.º Os administradores reputam-se investidos de poderes para praticar todos os actos de gestão relativos ao fim e ao objecto da sociedade e para represental-a em juizo EM TODAS AS ACÇÕES POR ELLA OU CONTRA ELLA INTENTADAS.

2.º para nomear agentes que os auxiliem na gestão diaria dos negocios da companhia, sendo em todo o caso responsaveis pelos actos de taes agentes e para constituir advogados e procuradores que as representem em juizo ou fóra d'elle. (art. 101 do Dec. cit.)

Attendendo, portanto, a que os principios reguladores das sociedades commerciaes ou civis não podem ser despresados, quer se trate das sociedades anonymas ou de qualquer outra especie, chegaremos á conclusão de que o character personalissimo do direito de queixa soffre, nesse ponto, uma excepção que não o annulla como pensam alguns, mas que tão somente harmonisa os preceitos do direito criminal com os do direito commercial, excepção em virtude da qual, a queixa deve ser dada pelo administrador das sociedades commerciaes, como representante dessas especies de pessoas juridicas. (92)

---

(91) Lyon Caen, Manuel de Droit Commercial pag. 221.

(92) A imputação de crime feita á corporação não legalmente constituída, entende-se recahir sobre cada um dos seus membros para que possam considerar-se individualmente offendidos e intentar a acção penal. Acc. do Tribunal de S. Paulo, de 20 de Maio de 1896; Dir, vol. 70 pag. 588.

A opinião de que qualquer socio tem competencia para dar queixa traria absurdos e inconvenientes, como por exemplo, o de pretender um socio usar desse direito, ao mesmo tempo que outro ou todos os demais se oppoessem com fundamento no seu igual direito, alem dos conflictos que poderiam resultar da desistencia de um ou de muitos, sobre a acção proposta por outro socio e assim não haveria um criterio, por onde o juiz, verdadeira e inludivelmente decidisse sem receio de prejudicar o direito de algum delles.

Pois, si as sociedades, em todas as phases da sua vida presumem-se, para os effeitos mais importantes, subordinadas ao mandato da sua gerencia ou administração dentro do periodo que fixam em seus contractos ou que estabelecem em seus estatutos, porque não poderão ser representadas por ella no juizo criminal ?

A regra de que em direito criminal, o offendido deve ser considerado aquelle — *qui passus est* — não pode ter applicação aos casos em que a offensa é derigida, não a pessoa individualmente, mas a uma collectividade, e desde que assim é, essa collectividade ha de forçosamente se fazer representar, a menos que fosse possivel o comparecimento em juizo de todos os membros que a compõem.

Ninguem, por certo, achará esta solução compativel com os principios reguladores do direito em geral e a bem da propria celeridade inherente aos processos criminaes, a representação de taes pessoas torna-se uma necessidade.

O direito de acção criminal não pode, debaixo de certo ponto de vista, differir essencialmente do direito de acção civil que compete ás sociedades por seus gerentes ou administradores e muitas vezes a acção criminal pode ligar-se tanto aos fins e interesses de uma sociedade como o direito de acção civil que os gerentes e administradores exercem sem contestação possivel.

Negar-se a essas pessoas juridicas tal direito com o fundamento de que, só o individualmente offendido pode

fazer uso delle, é ao mesmo tempo negar o direito de agir contra quem praticou uma offensa e sancionar uma impunidade que o direito repelle.

Nestas condições, entretanto, acha-se o accordão da Relação de Porto Alegre de 26 de Outubro de 1883 que considerou o direito de queixa personalissimo para determinar que uma firma social não podia exercital-o.

Na mesma censura incorre o accordão da Relação da Côte de 10 de Novembro de 1882 declarando que o socio gerente de uma firma commercial não é pessoa legitima para intentar queixa criminal em nome da mesma firma, independente de procuração especial, quando anteriormente, a mesma Relação havia firmado por accordão de 22 de Setembro de 1882, independer de procuração especial o socio gerente de uma firma para em nome della intentar a acção penal. (93).

No dominio do Codigo actual já o tribunal de 1.º Instancia da Bahia decidiu contra todos os principios do direito, que as firmas commerciaes não podem intentar acção penal porque não representam individualidades physicas. (94)

Seria preciso que só as individualidades physicas fossem capazes de direitos para podermos sancionar a doutrina do tribunal de 1.ª Instancia da Bahia.

Advirta-se, porém, que nos parece verdadeira a doutrina que nega a acção penal entre socios ou interessados de uma sociedade, no caso de desfalque ou furto, emquanto não procedem a liquidação da sua casa ou firma.

Assim sabiamente havia decidido o Supremo Tribunal de Justiça por accordão de 6 de Março de 1878, reformando uma sentença da Relação do Rio, (95) doutrina, en-

---

(93) Vide Dir. vol. 30, pag. 53 e vol. 29 pag. 305.

(94) Vide Dir. vol. 69 pag. 125.

(95) Vide Gaz Jur. vol. 30 pag. 370.

tretanto, que havia sido já firmada por esta mesma Relação, em accordão de 25 de Setembro de 1876. (96)

Não existindo, porem, o que liquidar-se na sociedade, nos casos apontados, deve ser desde logo intentada a acção, segundo ensina o Supremo Tribunal Federal pelo accordão de 16 de Março de 1895. (97)

---

(96) Vide Dir. vol. 10 pag. 730.

Vistos, expostos e relatados estes autos de Revista crime entre partes, Recorrentes, José Duarte Ferreira, Recorridos, José Ferreira da Fonte Junior, e outros: concedem a Revista manifestada a fls. 210 por injustiça notoria e consequente nullidade do Accordão a fls. 209 v; porquanto, versando a queixa dada pelos Recorridos contra o Recorrente sobre materia de natureza civil, como se deduz da petição de fls. 2 e do libello de fls. 62 por isso que se trata de ajuste de contas pelas transacções havidas entre elles, era o foro civil o competente e não o criminal para nelle interpor-se a acção affirm de se verificar qual a responsabilidade do Recorrente para com os recorridos na qualidade de seu agente ou preposto, dependente esse ajuste de contas da liquidação como questão de mandato mercantil, que é regulado pelos arts. 140 e seguintes do Código Commercial unico meio mais competente e juridico para ficar reconhecido com toda a exactidão o saldo a favor dos Recorridos e alcance do Recorrente para com elles, acrescendo ser igualmente nullo o Accordão de que se recorre por ser proferido contra o vencido, pois que tendo votado pela nullidade de todo o processo quatro e pela nullidade do julgamento do jury, trez, fazendo-se a devida redução de votos, era o resultado votarem pela nullidade do julgamento do jury sete juizes, por ser fora de duvida que os que votaram pela nullidade do todo, necessariamente votaram pela nullidade da parte.

Designam portanto a Relação da Bahia para a sua revisão e novo julgamento.—Rio, 6 de Março de 1878.—*Brito*, Presidente.—*Simões da Silva*.—*Leão*.—*Valdetaro*.—*Albuquerque*.—*Costa Pinto*.—*Coito*.—*Pereira Monteiro*.—*Vasconcellos*.—*Silveira*.—*Silva Guimarães*.—*J. A. M. Camara*.—*Almeida*.

Gaz. Jur. vol. 30 pag. 370.

(97) Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de revisão criminal, delles consta que por queixa de Alexandre José Bernardes, foi o recorrente Antonio Rodrigues de Almeida pronunciado e condemnado pelo jury de Indaiá, do Estado de Minas Geraes no grão maximo do art. 258 do Cod. Criminal a quatro annos de prisão com trabalho e a multa de 20 % do valor furtado, sendo a pena de prisão com trabalho substituida pela de prisão simples com augmento da sexta parte nos termos do art. 409 do mencionado Código.

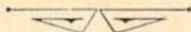
A sentença condemnatoria foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Ouro Preto.

Considerando:

Que as operações da sociedade formada entre o autor como capitalista, e o réo como socio de industria, consistiram somente na venda de uma partida de gado, cujo producto o réo metteu em si, pretendendo ter sido victima de um roubo;

Que confessado pelo réo a perda total do producto da venda e nada mais havendo a liquidar, a acção criminal, independente da acção civil, nos termos do art. 68 da lei de 3 de Dezembro de 1841, podia ser immediatamente intentada como foi;

Posta, porem, de lado a questão de existir ou não o que se liquidar em uma sociedade, pensamos que a theoria a seguir na propositura das acções entre pessoas juridicas é a que acha-se corroborada pelo accordão da mesma Relação da Côte de 22 de Setembro de 1882, ja acima indicado; pela Relação de S. Paulo, em accordão de 5 de Maio de 1885, consignando que as pessoas de existencia ideal podem intentar acções criminaes na medida de sua capacidade juridica (98); e pelo Tribunal do Estado do Rio, em accordão de 17 de Março de 1894, reconhecendo competencia nas firmas commerciaes para a propositura das acções criminaes por seus representantes legaes. (99)



---

Confirmam a sentença recorrida, pagas pelo recorrente as custas.—  
Supremo Tribunal Federal, 16 de Março de 1895.—*Aquino e Castro*, Presidente.—*Piza e Almeida*.—*Pereira Franco*.—*H. do Espirito Santo*.—*Fernando Ozorio*.—*Macedo Soares*.—*A. Braziliense*.—*Americo Lobo*.—*Josè Hygino*.—*M. do Amaral*, vencido.

- (98) Vide Dir. vol. 38 pag. 69.  
(99) Vide Dir. vol. 65 pag. 414.

## PARAGRAPHO 11

« Em todos os termos da acção intentada por queixa será ouvido o ministerio publico e nos da que o fôr por denuncia ou *ex-officio* poderá intervir a parte offendida para auxiliá-lo»  
Art. 408 do Cod.

Este artigo envolve questão de constitucionalidade consistente em saber si elle encerra materia de direito ou de processo.

Não hesitamos em refutar a opinião daquelles que pretendem dar a esta disposição em sua integra um caracter processual e neste ponto julgamos censuraveis os projectos, ora em discussão na Camara dos Srs. Deputados, os quaes baniram a disposição deste artigo, portanto, como que deixando aos Estados a faculdade de permittirem a assistencia da parte offendida como auxiliar da justiça, todas as vezes que o ministerio publico intentar a acção penal, ou negarem ao promotor da Justiça sua intervenção quando a acção for de caracter particular.

Na verdade, si a disposição do art. 408 fosse puramente processual, os Estados poderiam legislar á sua feição sobre a materia nelle contida, e assim como poderiam ter a liberdade de recusar em juizo a presença da parte offendida, como auxiliar da Justiça, poderiam tambem, pela mesma rasão, recusar a intervenção do promotor, quando o crime fosse puramente particular.

O primeiro inconveniente que notamos nesse modo de entender a questão resultaria de que, em uns Estados, podia o offendido, a quem o Codigo assegura o direito de acção, ser cercado de todas as garantias para a punição do delinquente e em outros, não gozar de garantia alguma,

pela sua exclusão completa de funcionar no processo, o que traria, de algum modo, falseação dos principios em que assenta o direito de acção para elle, que soffreu directamente os effeitos do acto criminoso.

Essa possibilidade de deversidade de direitos para a pessoa offendida, pelos muitos Estados da União, seria profundamente attentatoria do direito em si, pois que, na realidade, a disposição do art. 408 não contem somente materia processual.

A faculdade, concedida ao offendido, de estar em juizo, esclarecendo a justiça na defeza de um direito seu, pode bem ser equiparada a faculdade que no civil se concede ao assistente, ao oppoente, no decurso dos processos ordinarios e não haverá quem seriamente affirme que o fundamento com que taes pessoas se apresentam em juizo, seja uma forma do processo.

Tal fundamento é garantido por uma disposição legal que constitue o direito de ir a juizo e dahi nasce toda a materia de competencia que não é forma de processo.

Entre o direito de um individuo estar ou apparecer em juizo e o modo porque ha de estar ou funcionar, parece-nos haver grande differença, para que se confundam tão facilmente.

Todo o offendido deve ter o direito de auxiliar a justiça, o que ja significa uma especie de restricção, imposta pelo facto de não ter se apresentado antes do órgão da justiça, ficando, porem, submettido á forma, ou ao modo pelo qual ha de prestar esse auxilio, e isto, é que verdadeiramente entra na competencia dos Estados.

Nem se supponha que não incluindo os projectos, em suas disposições, a materia do actual artigo 408, cessa a questão de constitucionalidade que se tem levantado. Ella continuará de pé, considerada então por uma outra face, tão somente porque, em logar de ser a União que invada attribuições dos Estados, como sem fundamento se tem dito do art. 408, serão os Estados que hão de invadir attribui-

ções constitucionaes da União, todas as vezes que, por exemplo, assegurem tal direito ao offendido, porque hão de fazel-o incompetentemente.

Só nos parece digno de censura o artigo 408 do actual Codigo, pelo emprego das palavras—queixa—e denuncia—parecendo-nos que ficaria escoimado de toda a duvida, conforme a nossa opinião si fosse assim formulado :

Em todos os termos da *acção privada* será ouvido o ministerio publico e nos da *acção publica*, quer o processo se inicie pelo ministerio publico, quer em virtude de procedimento *ex-officio*, poderá a parte offendida intervir para auxiliar a justiça, competindo aos Estados regular a forma dessa intervenção.

Posta neste pé a questão e analysado o art. 408 tal como existe, podem ser levantados as seguintes questões :

1.º, O offendido pode intervir, por advogado?

2.º, Sua intervenção importa direito de accusar no plenario e de usar dos recursos?

3.º, Pode ser recusada a intervenção do offendido pelo juiz ou pelo ministerio publico?

Não nos parece que só pessoalmente possa a parte offendida intervir para auxilio da justiça, pois isto significaria uma restricção ao seu direito de intervir, o que tornaria muitas vezes impossivel a providencia desse artigo.

De facto. Sem conhecimento das lides judicias e quasi sempre ignorante, sem saber lêr ou escrever, incapaz de proferir uma palavra, o offendido não poderia por si auxiliar a justiça nos termos diversos de um processo, como nos parece ter sido o pensamento do legislador.

Em taes condições, entender-se o auxilio de que fala o Codigo no sentido de somente o proprio offendido poder prestal-o, seria não admittil-o em juizo.

O emprego da expressão *intervir*, com o fim de

auxilio á justiça, presuppõe certa competencia e conhecimento dos termos de um processo, o que quasi sempre falta á propria pessoa do offendido.

A segunda questão foi resolvida negativamente pelos distinctos advogados Ferreira Vianna e Aureliano Coutinho, sendo suas opiniões, censuradas pelo advogado Alfredo Pujol, cujos trabalhos transcrevemos á nota infra, do Dir. vol. 64 pag. 481. (100)

---

(100) Não é de facil interpretação o art. 408 do Cod. Penal. A intervenção do offendido em accusação promovida pelo ministerio publico, não pode ser senão a do artigo 279 do Cod. do Proc. Criminal.

Admittir que o offendido que não promoveu a accusação, isto é, que desistiu de o fazer, pudesse, como se fôra parte accusadora, uzar cumulativamente com o ministerio publico, denunciante ou accusador, da palavra para sustentar o libello e appellar da sentença, seria, alem de quebrar a unidade da accusação, expor os interesses da justiça á conveniencias e accordos elandestinos do offendido, além de sujeitar o accusado a duas accusações.

Demais o ministerio publico é o unico competente para exercer a acção publica e aceitar ou recusar o auxilio que lhe queira prestar o offendido.—E' o meu parecer, *Ferreira Vianna*.

---

Penso que o art. 408 do Cod. Penal deve ser entendido de accordo com a anterior disposição do art. 279 do Cod. do Proc. Criminal, isto é, subministrando o offendido, ao ministerio publico em quaesquer termos da acção criminal intentada pelo mesmo ministerio publico, todos os esclarecimentos e instrucções tendentes ao exito favoravel da accusação.

A não se entender assim aquella disposição e a permittir-se que o offendido tome parte nas inquirições do summario da culpa ou interponha qualquer recurso, ter-se-há feito desaparecer a distincção entre a acção intentada por queixa e a que assenta sobre denuncia do ministerio publico. Não foi isto que a lei mandou fazer; ella so admite que o offendido intervenha como auxiliar e não como agente principal, ou equiparado a elle.

Eu, como juiz mandaria juntar aos autos, si assim o requeressem, quaesquer officios dirigidos ao orgão do ministerio publico para auxiliar-o no desempenho de sua tarefa de accusador. Assim ficaria constando que se cumpriu o art. 408 do Cod. Penal e o procedimento do promotor publico que desprezasse os esclarecimentos fornecidos pela parte offendida ficaria sujeito á testemunha vigilante da publicidade que é uma salutar garantia de todos os direitos.—S. Paulo, 31 de Janeiro de 1893.—*Aureliano de S. Oliveira Coutinho*.

---

O illustre Snr. Ferreira Vianna, parece, não ter reflectido sufficientemente nas expressões positivas do art. 408.

De outro modo não teria subordinado ao art. 279 do Cod. do Processo uma disposição inteiramente nova na nossa legislação criminal, com força revogatoria do disposto em contrario.

Além do que, o citado art. do Cod. do Processo allude ao direito que tem qualquer cidadão a subministrar ao promotor publico o conhecimento e instrucção de crimes de que tiver noticia. Ora, que relação poderá ter esse artigo com a disposição nova, em a qual se permite a intervenção

Esta questão, porem, deve estar subordinada aos principios reguladores da acção em materia criminal.

Não tinhamos, como bem se infere dos pareceres acima, no dominio da legislação do Imperio, uma disposição identica a do art. 408. porem, casos identicos foram deccididos pelos tribunaes, tendo-se firmado que á parte offendida assistia o direito de accusação, muito embora fosse o

---

da parte offendida, em qualquer dos termos da acção intentada por denuncia ou *ex-officio*, para auxiliar o ministerio publico?

O art. 279 dispõe que qualquer cidadão pode ministrar ao promotor publico «o conhecimento e instrucção do crime, com declaração do tempo, do logar, e das testemunhas presencias», para que aquelle officio nos casos em que o deve fazer. O pensamento do legislador é claro: aquelle que tiver noticia de um crime, por ventura ignorado, tem o direito (o dever mesmo) de leval-o ao conhecimento do promotor, para que este denuncie o criminoso, si o caso permittir denuncia.

O art. 408 do Cod. Penal autorisa a intervenção do offendido, em *qualquer termo do processo* já instaurado contra o offensor pelo ministerio publico, para auxiliar a este.

Ora; quaes os actos que devem constituir esse auxilio na formação da culpa, na sustentação do libello ou na replica?

Parece claro que em todos esses termos do processo, tal auxilio deverá consistir no interrogar testemunhas e no desenvolver argumentação oral perante o jury, em seguida ao promotor publico, agente principal da accusação. sem que por taes actos se quebre a unidade da mesma accusação, que subsiste nos actos principaes, inseparaveis da personalidade que representa a justiça publica.

Nem de outro modo fôra possivel comprehender a natureza e a efficacia do auxilio permittido á parte offendida.

No periodo final da argumentação do Snr. Ferreira Vianna ha ainda um equivooco proprio de quem não leu com attenção o novo Cod. Penal. Diz S. Exa:

« Demais, o ministerio publico é o unico competente para exercer a acção publica e aceitar ou recusar o auxilio que lhe queira prestar o offendido.»

Quanto a primeira parte, ninguem jámais teve a ingenuidade de dizer que a acção publica cobresse a outrem que não ao ministerio publico. . . . mas, que este possa recusar a intervenção do offendido, permittida por lei, é novidade que só tem existencia juridica na imaginação do douto juriconsulto.

O Sr. professor Aureliano Coutinho sustentando a mesma opinião acima discutida, entende que o admittir-se a intervenção do offendido fôra dos termos do art. 279 do Cod. do Processo, é fazer desaparecer a distincção entre a acção intentada por queixa e a que assenta sobre denuncia do ministerio publico.

Mas, si a lei fazendo aquella distincção admite expressamente o auxilio da parte offendida em todos os termos da acção publica, como affirmar que se confundem as duas fórmis da acção penal, quando se cumpre a lettra positiva da mesma lei?

Não nos foi possivel obter o parecer do Snr. Belisario Machado, que a defeza do Coronel Cassiano affirmou ser contrario á admissão dos accusadores particulares.

processo iniciado pelo ministerio publico, desde que ella se propunha a accusar.

Um accordão da Relação de S. Paulo, de 8 de Junho de 1875, declarava que a parte offendida deve ser admittida á accusação perante o jury ainda que tenha sido precedida pelo promotor publico em sua denuncia.

Esta doutrina é verdadeira e achava-se de accordo com o artigo 279 do Cod. do Proc. em face de cuja dis-

---

O Sr. professor Escorel, consultado sobre o mesmo ponto responde: « O art. 408 do Cod. Penal deve ser entendido nos termos do final do aviso n. 72 de 8 de Julho de 1842. Não pode ter, no meu entender, outro sentido a disposição do referido artigo ».

Esse aviso declara que intentada a acção pelo ministerio publico não se admittirá outro accusador.

Mas que tem esse aviso expedido para esclarecer a lei anterior, com a disposição da nova legislação criminal?

E' possivel que consideremos o art. 408 sob um criterio erroneo; todavia, appraz-nos dizer que os eminentes juriseconsultos Duarte de Azevedo e João Monteiro, auctores do *Projecto de Cod. do Processo Criminal do Estado de S. Paulo*, dão aquelle artigo a unica interpretação, logicamente accetavel, nas seguintes disposições do referido projecto, que vae ser submettido a votação do Congresso Paulista;

« Art. 5.º Em todos os termos da acção intentada pelo offendido ou seu representante, será ouvido o ministerio publico; e nos da que o for em qualquer dos outros casos do art. 2.º poderá intervir a parte offendida para auxiliar o autor ou o juiz.

§ 1.º A intervenção da parte offendida na acção publica é meramente auxiliar; portanto, não lhe é licito produzir testemunhas, alem das arroladas pelo accusador, fazer as recusações, de que se trata no art. 267 ou interpor qualquer dos recursos légaes. »

E o Snr. professor João Monteiro, a quem foi feita uma consulta, si no caso do art. 408, poderia o offendido constituir advogado para auxiliar a accusação perante o jury, responde por estas palavras:

« Parece-me indiscutivel a affirmativa; nem sentido teria o art. 408 do Cod. Penal, si á parte offendida, na acção intentada pelo ministerio publico, não fosse permittido por si ou por advogado seu, auxiliar a accusação perante o jury. Desde que a lei não enumera os actos auxiliares consentidos á parte offendida, segue-se que esse auxilio é geral.

Tão liquido me parece o ponto que extranho haver occasião de fazel-o certo por demonstração escripta. »

Ainda em apoio de tal interpretação encontra-se no Cod. do Processo Criminal do Estado do Rio de Janeiro a seguinte disposição no art. 314:

« A parte offendida é admittida a auxiliar a justiça e assistir a todos os termos da formação da culpa e do julgamento, *sem exclusão do ministerio publico.* »

Destas considerações conclue-se que é preciso firmar-se a verdadeira interpretação da lei penal.

E outro não foi nosso intuito senão provocar o parecer dos entendidos e o estudo dos legisladores a quem incumbe a elaboração das novas leis processuaes.—Ribeirão Preto, Março de 1893.—*Alfredo Pujol.* 93

posição sò se poderia negar o direito de accusação, ao representante que não fosse offendido.

O direito de accusar é e ha de ser sempre um corollario do direito de acção, donde nasce e a que acha-se tão intimamente ligado, que não seria possivel negar o direito de accusar sem nullificar o direito de acção da parte offendida; e desse principio partia P. Bueno para negar o direito de accusação aos que tão somente tinham direito de denunciar ao ministerio publico a existencia de um crime, sem que isto importasse em direito de acção que competia ao orgão da justiça ou a pessoa offendida. (101)

A' parte a distincção feita pela legislação antiga sob outros pontos de vista, o direito de acção permanece em idênticas condições pelo Codigo de 1890, para o offendido.

No dominio do Cod. do Proc. tambem o promotor iniciava em primeiro logar a acção penal, sem o dever de admittir a intervenção da parte offendida, é certo, mas é preciso notar que foi essa a razão do artigo 408, concedendo-lhe intervir nos termos do processo, e não podia o legislador ter pretendido retirar-lhe o direito de accusar no plenario, phase de maior importancia como é o julgamento de um processo, onde deve prevalecer a mesma razão da admissibilidade ou intervenção do offendido junto ao ministerio publico.

E se a lei diz:—em todos os termos do processo— não será o julgamento um delles?

Entretanto, assim não entendeu o Superior Tribunal do Estado do Piahy, declarando por accordam de 24 de Maio 1894 que a faculdade concedida ao offendido pelo artigo 408 do Codigo não auctorisava sua admissão para accusar perante o jury, doutrina da qual nos afastamos por contraria aos principios reguladores da acção em materia criminal e á determinação do artigo 408 que analysamos. (102)

(101) Apont. sob o proc. crim. ns. 141 e 142.

(102) Vistos estes autos. Dão provimento á appellação para, reformando a sentença appellada mandar que o réo Raymundo Pereira de Araujo seja submettido a novo julgamento por estar o primeiro inquinado de nulli-

Exposta a nossa opinião quanto ao direito decorrente da acção criminal, de accusar no plenario, resta-nos indagar como deverá intervir o offendido nos termos do processo anteriores ao julgamento ?

O projecto de Codigo do Processo apresentado ao Congresso de Minas Geraes pelo dr. Levindo Lopes consigna o art. 8 em cujos §§ foi assim regulada a intervençao do ministerio publico e da parte offendida :

§ 1.º O ministerio publico poderá additar a queixa, promover os termos do processo, accusar e interpor os recursos legaes sendo o caso de acção publica.

---

dade, qual a de se ter admittido o procurador do offendido que não denunciou nem promoveu a formação da culpa a accusar perante o jury sem previa licença nem prova de impedimento, contra a jurisprudencia dos tribunaes, o disposto no artigo 92 da lei de 3 de Dezembro de 1841 e art. 408 do Cod. Penal, accordãos da Relação de S. Paulo de 17 de Dezembro de 1895 e da Corte n.º 294 de 24 de Julho de 1877, dando logar a que não servisse no Conselho o jurado sorteado Deolindo de Souza Monteiro, considerado impedido como irmão do representante do offendido, e substituido por outro, que aliás não devia fazer parte do conselho. A faculdade conferida ao offendido pelo art. 408 do Cod. Penal, de, nos processos promovidos pelo ministerio publico—*intervir como auxiliar*—não autorisa sua admissao para accusar perante o Jury em pé de igualdade, com os mesmos direitos do representante da justiça publica, como se verifica dos autos. Custas a final. —Theresina 24 de Maio de 1894.—*Ozorio Mendes*, presidente.—*A. Colin*, relator, vencido. Differentemente dos meus illustrados collegas votei para que fosse denegado provimento á appellação de fls. bem como ao agravo de fls. e confirmada a sentença appellada, visto não procederem os dois fundamentos, em que se firmou a mesma appellação, como é facil demonstrar-se, analysando-se um por um esses fundamentos :

1.º fundamento.....

.....  
2.º fundamento—*ter sido admittida a parte offendida a auxiliar o promotor publico na formação da culpa e no julgamento do réo.*

Como o primeiro, este outro fundamento carece de procedencia; porque longe de importar uma violação, e preterição de formalidade substancial, ao contrario, é um facto permittido por lei. (Cod. Penal art. 408).

No dominio do antigo Codigo Criminal e segundo a jurisprudencia dos tribunaes e dos avizos do governo, no caso de não haver queixa da parte offendida e ter-se formado culpa ao delinquente por denuncia do promotor publico, não podia a pessoa offendida intervir e acompanhar, por si ou por procurador, ao processo até o Jury, em consequencia de não ser parte no mesmo processo, podendo apenas auxiliar a justiça publica, nos restrictos termos do art. 279 do Cod. do Proc. (Aviso de 15 de Fevereiro de 1842 e Accordãos das Relações de S. Paulo de 5 de Maio de 1874, de 17 de Dezembro de 1875 e da Corte de 24 de Julho de 1877).

§ 2.º O offendido poderá intervir no processo, assistindo aos actos respectivos e ministrando ao promotor da justiça verbalmente ou por escripto, que se juntará aos autos, esclarecimentos.

§ 3.º Sendo a acção privativa do offendido o ministerio publico só poderá dizer depois da accusação e antes da defeza de facto e de direito sobre a materia do processo.

Comprehende-se que o projecto quiz estabelecer uma certa equidade no modo de intervenção do ministerio

---

Hoje, porem, em vista do novo Codigo Penal que regulou a materia, outro o principio, outra a doutrina a seguir-se.

Quer na formação da culpa, quer no julgamento de processos instaurados mediante denuncia, a pessoa offendida pode ser admittida *em qualquer termo da acção* a coadjuvar o promotor publico como é expresso no art. 408 do Cod. Pen. que é assim concebido:—*em todos os termos da acção intentada por denuncia poderá intervir a parte offendida para auxiliar o promotor.*

Ora, desde que o legislador do novo Cod. Penal consagrou uma disposição em termos amplos e genericos, é obvio que a pessoa offendida, immiscuindo-se em taes processos em virtude da facultade que lhe é outhorada pela lei para auxiliar o promotor, não deve se limitar a fornecer-lhe instrucções, documentos, provas e a indicar-lhe testemunhas, mas poderá tambem exercer actos de accusação, porquanto é preceito de hermenutica juridica — disposição geral deve geralmente ser entendida — *dispositio generales, generaliter est intelligenda*—(Alvará de 3 de Outubro de 1758 e Assento de 29 de Abril de 1659).

Assim como as palavras — *será ouvido o ministerio publico em todos os termos da acção intentada por queixa* — empregadas pelo legislador na 1.ª parte do citado art. 408 do Cod. Pen. envolvem o poder de accusar; assim tambem se deve entender a 2.ª parte do mesmo art. 408, quando a pessoa offendida intervem no caso de denuncia; porquanto segundo o brocardo de direito — igual razão comprehende a mesma disposição, ainda nas leis pessonaes. (Alvarás de 29 de Outubro de 1696, 29 de Junho, de 1749 e lei de 24 de Outubro de 1764.)

De outro modo, nenhum valor, nenhuma competencia teria para a causa da justiça, a facultade que a lei penal conferiu á pessoa offendida de intervir em todo julgamento e processo de acção exercitada por denuncia, no intuito de auxiliar o ministerio publico.

Si o novo Codigo Penal, como se vê do seu art. 408, não limitou positivamente a extensão dessa facultade, ou não fez a respeito della distincção alguma, não é licito arbitrariamente, nem assignar-lhe as restricções do art. 279 do Cod. do Proc. que pelo mesmo Cod. Penal ficou alterado, nem igualmente distinguir; porquanto é bem conhecida a regra — onde a lei não distingue nós não devemos distinguir — *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Além disso, sendo a interferencia da pessoa offendida, em todos os

publico e da parte offendida, fazendo discriminação entre a acção publica e a privada.

Vê-se que o projecto pretendeu firmar só poder o offendido intervir nos crimes de acção publica pela forma estabelecida no seu § 2.º, só intervindo, por outro lado, o promotor, nos crimes de acção privada, conforme a determinação do § 3.º do dito projecto, o que, apenas significa que o offendido não pode usar dos recursos legais, no processo, do mesmo modo que o ministerio publico não pode fazel-o em virtude da sua intervenção nos crimes de acção privativa da parte.

---

termos da acção agitada por denuncia — um meio estabelecido pelo direito penal moderno, para major e mais completo esclarecimento da verdade e da justiça, é claro que semelhante facto não pode jamais prejudicar nem ao processo da formação da culpa, nem ao julgamento do réo perante o Jury; porque é assente em direito — o que abunda não prejudica — *quod abundat non nocet* Lei. 94 § de *reg. juris*).

Da mesma forma não constitue nullidade do processo e do julgamento o ter o pae do offendido feito se representar por procurador, sem a restricta observancia do art. 87 da lei de 3 de Dezembro de 1841, não só porque o referido procurador, uma vez investido dos poderes expressos e especiaes que lhe foram conferidos na procuração de fls. requereu e obteve do juiz competente a licença de fls. para usar de taes poderes, sinão tambem porque, a disposição do art. 22 da reforma judiciaria de 1841 é referente e applicavel somente ao caso de ter o autor impedimento que o prive de, por si, dar sua queixa, que é um direito pessoal, promover e sustentar a accusação respectiva, não comprehendendo jamais a hypothese de intervir a pessoa offendida em qualquer termo da acção iniciada por denuncia; pois que nesta hypothese, a mesma pessoa offendida intervem no feito, não propriamente como parte nelle, mas como auxiliar da justiça publica. (art. 408 do Cod. Penal).

A intervenção da pessoa offendida, por procurador legitimo no processo e julgamento do réo appellado, sobre ser admittida por direito, é um facto que foi autorisado pelo juiz na formação da culpa e do plenario sem a menor impugnação da parte do promotor publico, e no interesse unicamente da lei, da verdade e da justiça, como se evidencia dos autos.

Entre a validade e a nullidade do processo e do julgamento, de que se trata, deve prevalecer a opinião sobre a validade por ser a mais favoravel ao réo, segundo doutrina consagrada na Rev. do supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1879.

Irregularidade haveria, na hypothese dos autos, si com a admissão da parte offendida fosse excluido o promotor, como foi decidido pelo aviso de 8 de Julho de 1842, mas desde que o mesmo promotor, sem embargo da intervenção da pessoa offendida, proseguiu nos termos ultteriores e regulares do processo e do julgamento, nenhuma rasão ha, de ordm publica ou de interesse social, que em face da disposição do art. 408 do Cod. Penal, imponha a nullidade do feito, para ir o réo a novo jury. — *João Gabriel Baptista.* — *C. de Aguiar.* — *Fui presente, Ribeiro Gonçalves.*

Releva, porem, notar desde já que os § § que vêm acima transcriptos, transformam completamente a determinação do art. 408, visto estatuirem uma restricção ao direito de intervenção, não só do ministerio publico, como da parte offendida, falseando o pensamento do legislador federal que admittiu-o em todos os termos da acção.

Restringe-se ali o direito do ministerio publico, nos casos de acção puramente privada, porque nega-lhe o projecto, o direito do additar a queixa, o de funcionar na formação da culpa etc; restringe-se o direito do offendido, nos casos de acção publica, porque dá-se ao ministerio publico um character principal, quando deve ser secundario, attenta a iniciativa da parte na propositura da acção, além de negar-se-lhe o direito de usar dos recursos legaes.

Seria de bom effeito, que se discriminasse nessa materia de intervenção, os casos de acção publica dos de acção privada, não ha duvida; mas, o modo de regular a intervenção pelo projecto de Codigo Processual de Minas Geraes, excede as raias do processo e offende a direitos manifestos do offendido.

Admittir a intervenção do offendido como pretende o § 2.º do projecto do dr. Levindo, nada mais significa do que restabelecer o art. 279 do Codigo do Processo de 1832 e de modo restricto, porquanto ali, se concedia a qualquer cidadão os mesmo direitos que o projecto concede hoje a pessoa offendida, quando é certo que tal artigo foi reformado pelo art. 408 do Codigo Penal que deu mais amplos direitos ao offendido, em virtude da intervenção que lhe assegurou.

De facto. Que mais do que isso fez a projecto em seu § 2.º? Garantir a assistencia do offendido?!

Nem bem se definiu essa assistencia, de modo que, não será absurdo que o juiz formador da culpa, em face de tal disposição, recuse ao offendido a repergunta de testemunhas, equiparada a sua assistencia a de qualquer espectador, de quem o ministerio publico não deverá recusar,

por exemplo, qualquer esclarecimento por escripto, que lhe offereça, sem embargo de não ser elle parte offendida.

Melhor resolvida não foi a questão pelo artigo 5 do Projecto de Codigo do Processo de S. Paulo onde se lê:

Em todos os termos da acção intentada pelo offendido ou seu representante será ouvido o ministerio publico e nos da que o fôr em qualquer dos outros casos do art. 2.º poderá intervir a parte offendida para auxiliar o autor ou o juiz.

§ 1.ª A intervenção da parte offendida na acção publica é meramente auxiliar; portanto, não é licito produzir testemunhas alem das arrolados pelo accusador, fazer as recusações de que se trata no art. 267 ou interpor qualquer dos recursos legaes.

De accordo, quanto a primeira limitação ao direito de intervenção do offendido, visto conciliar-se ella perfeitamente com a generalidade ou amplitude do art. 408 do Codigo Penal.

O offendido deve forçosamente subordinar-se ao que encontrar quando apparecer em juizo, pois a ideia de intervenção já suppõe a iniciativa do orgão da justiça com a sua queixa ou denuncia, conforme a respectiva legislação estadual, e não se concebe queixa ou denuncia no sentido juridico, sem o indispensavel arrolamento de testemunhas; e o character de auxiliar com que se apresenta o offendido não lhe poderá permittir que contrarie a acção do orgão da justiça, desde que são ambos egualmente interessados na punição do delinquente.

Quanto ás demais limitações, e especialmente a que diz respeito a prohibição da interposição dos recursos legaes, discordamos do Codigo Processual Paulista por entendermos que é offensiva de direitos garantidos pelo art. 408, direitos que não são processuaes.

O Codigo Penal assegurando ao offendido o direito

de intervir precisava dizer como disse — « *em todos os termos da acção* » — pois, se deixasse aos Estados a liberdade de determinar quaes os termos em que a parte interveria, succederia que os Estados podessem falsear esse direito de intervenção, negando, como fez o de Minas Geraes, o do Piauhy e outros, que o offendido possa accusar no plenario, ou restringindo-lhe o seu papel ao de mero indicador do promotor da justiça, o que equivale a não ter semelhante direito.

Nem se diga que a expressão do Codigo Penal é puramente processual, porque, si todo o processo tem termos, nem todos os termos são fórmas de processo, no seu sentido material, e quando o fossem, haveria sempre differença profunda entre ellas e o direito de alguém ser admittido a figurar na qualidade de autor ou de réo, de offendido ou de offensor, de pessoa principal ou meramente secundaria, como é o offendido no processo criminal.

Isto posto, desde que o Codigo Penal, como assumpto da sua competencia, assegura ao offendido uma intervenção em « *todos os termos da acção* » — só inconstitucionalmente poderão os Estados, por suas leis processuaes, fazer a restricção dos termos do processo, em que ha de intervir o offendido.

Accresce ainda que sendo tal restricção decretada para os casos de acção, cuja competencia, na propositura, é cumulativa da parte offendida, vem por isso, a ficar esta ferida neste mesmo direito como passamos a demonstrar.

Supponha-se que o offendido quer usar do direito de acção, em virtude do qual figurará como pessoa principal, sendo ouvido neste caso, o ministerio publico, assistindo-lhe todos os direitos de apresentar, e de inquerir testemunhas, de apresentação de libello, de recusação de juizes, de accusação no plenario, de interposição de recursos; mas que, ao apresentar-se em juizo ja encontra a acção iniciada pelo orgão da justiça.

Conforme os projectos de Codigo Processual de Minas, S. Paulo e de outros Estados, só por isto, talvez por-

que tivesse apresentado sua queixa ou denuncia meia hora depois da do ministerio publico, ha de ficar privado da maioria dos seus mais importantes direitos!

E' justo isto? Si ambos tem o mesmo direito, ministerio publico e offendido, parece que deviam exercel-os cumulativamente *em todos os termos da acção*, e os recursos são termos della.

Parece que foi este o pensamento do autor do Codigo do Processo do Estado do Rio quando determina no art. 314:

A parte offendida é admittida a auxiliar a justiça e assistir a todos os termos da formação da culpa e do julgamento sem exclusão do ministerio publico.

E si nenhum inconveniente pode resultar para a causa da justiça que o offendido funcione cumulativamente com o ministerio publico, porque ha de lhe ser recusado esse direito.

A opinião contraria deve demonstrar ou assentar na necessidade de extinguir-se a acção criminal que ao offendido assegurou a lei, ainda mesmo nos crimes em que tambem deu acção ao ministerio publico.

E' exacto que pode succeder que a parte offendida so appareça para intervir na acção, nos ultimos termos do processo, ou, que em vez de apresentar por occasião do crime a sua queixa, limite-se a levar o facto ao conhecimento do ministerio publico, para que elle inicie o procedimento criminal.

N'este ultimo caso, já vimos a opinião dos que pensam não se lhe dever conceder intervenção no processo, por importar o seu procedimento uma desistencia presumida do seu direito de agir contra o delinquente e não ser justo que ella que limitou-se a levar o facto ao conhecimento do promotor da justiça, que não accompanhou o processo, possa, por exemplo, interpor um recurso legal ou accusar no plenario.

Si, por um lado podem parecer procedentes estas considerações, si é exacto que a parte que pretende usar do seu direito, deve, desde o inicio da acção se apresentar em juizo no seu character de parte offendida, nem por isso deixa de ser verdade que a lei lhe assegurou o direito de intervenção sem discriminação de tempo, e que em materia criminal não é licito presumir-se a desistencia de um direito.

A desistencia não se presume: precisa de ser formalmente manifestada por termo nos autos, e do facto de ter o offendido, tão sómente, invocado a acção do ministerio publico, não se pode nem deve-se presumir desistencia alguma relativamente a sua intervenção nos demais termos da acção.

Dir-se-á, por exemplo, que o ministerio publico que não additou a queixa em crime particular, que não interveio nos termos preparatorios da acção, tenha desistido do seu direito de accusar o delinquente, quando pelo offendido levado ao tribunal?

Si o orgão da justiça não pode desistir, porque lhe assiste a obrigatoriedade da accusação, tambem, sendo a desistencia voluntaria para a parte offendida, só devemos admittil-a, quando inequivocamente manifestada por termo nos autos. Em caso algum, porém, poderemos presumil-a.

Sabemos que se argue contra o modo porque entendemos a intervenção do offendido, que elle pode crear embaraços á acção do ministerio publico, pela possibilidade de opiniões diversas, de requisição de medidas oppostas etc.

Mas, além de que para a solução desses conflictos temos o criterio do juiz, não ha negar a possibilidade do máo desempenho de funções pelo orgão da justiça publica, que muitas vezes descursa-se, por motivos politicos e outros, de promover com sollicitude a punição do delinquente e seria clamoroso que a parte offendida pasmasse deante desses abusos frequentes, sem remedio algum.

Longe, pois, de ser um estorvo a intervenção do offendido, em todos os termos da acção criminal, conside-

ramol-a uma providencia salutar, de beneficos effeitos praticos no cumprimento da lei e da justiça. (103)

Si assim pensamos dever ser entendida a disposiçao do art. 408, claro está que não é dado ao promotor da justiça ou ao juiz recusar a intervençao da parte offendida, qualquer que seja a hypothese e a epocha em que ella se apresente em juizo.

Temos, porém, um resquicio da acçao popular, sabiamente mantida pela Constituiçao Federal (art. 72 § 9.º) para os casos de crimes de responsabilidade, como vimos nos §§ anteriores, e mudando a face da questao poderiamos perguntar si o que simplesmente usa da acçao tem o mesmo direito de accusaçao, e si, no caso de ser tambem offendido, pode intervir e accusar no plenario o seu offensor, etc. (104)

(103) E si forem presentes ao juiz, na mesma occasiao duas petiçoes para inicio da acçao penal, uma do ministerio publico e outra do offendido, qual deverá ser preferida pelo Juiz?

A transformaçao do caracter principal em que uma das partes, offendido ou ministerio publico, deve agir em juizo, deve necessariamente trazer a nullidade do processo, *maximé*, si quiserem entender restrictamente a disposiçao do art. 408 do Codigo, pois que assim sendo, claramente concede-se ao que primeiro inicia o processo ou acçao, mais direitos e regalias.

Em taes hypotheses, quem deverá ser admittido a funcionar como parte principal?

Embora, ministerio publico e offendido tenham igual direito de acçao, com differença simplesmente do fundamento em que assentam taes direitos, pensamos que a preferencia deve ser dada ao orgao da justiça, porque, em these, não é de se presumir, nem se concebe mesmo que o offendido tenha mais interesse na puniçao do delinquente do que a sociedade que não circunscreveu a acçao ao dominio privado, dando-lhe, ao contrario, o caracter de publica.

Si de facto o offendido soffre mais directamente com o mal recebido, esse mal é relativamente menor do que o alarma produzido pelo crime e ninguem pode ter mais interesse na applicaçao da lei do que a propria sociedade representada pelo orgao da justiça.

(104) A Constituiçao do Imperio em seu art. 157 concedia acçao popular contra os funcionarios publicos, pelos crimes de suborno peculato, peita e concussao, fixando o prazo de anno e dia para a parte offendida usar della.

Posteriormente o art. 150 do Cod. do Proc. Criminal fixou o prazo de trez annos para a apresentaçao da queixa ou denuncia que a todo o cidadão competia pelos crimes de responsabilidade dos empregados publicos. Para a verificaçao da criminalidade *ex-officio* determinou o art. 154 do mesmo Cod. do Proc. o lapso de oito annos, do commettimento do crime. Da combinaçao dos arts. 150 e 154 do Cod. do Proc. com o art. 157 da Constituiçao resultava pois, que a acçao criminal preservava quando a parte of-

Tres são as hypotheses que nos occorrem e que assim formulamos :

Ou a acção parte do ministerio publico quando não é elle o delinquente ;

Ou parte de qualquer do povo no simples interesse da observancia da lei, quando é o ministerio publico ou o juiz o delinquente ;

Ou parte do proprio offendido contra um delles ou contra ambos.

No primeiro caso, pode não haver um offendido capaz de intervenção, como por exemplo nas hypotheses dos arts. 232, 233, 234, 238 e outros do Codigo Penal, visto

---

fendida não a intentava dentro de um anno e dia, quando qualquer do povo não o fazia no mesmo prazo, por infracção da Constituição, usurpação do exercicio de algum dos poderes politicos contra a segurança interna e externa do Estado, e por peita, suborno, peculato e concussão, so podendo, porem, prescrever dentro de oito annos o procedimento *ex-officio* da autoridade judiciaria para a verificação de qualquer crime de responsabilidade.

Pelo actual Codigo Penal cessaram essas distincções, ficando a prescripção dos crimes de responsabilidade, subordinada á prescripção para os crimes em geral, cujo criterio é o do art. 78 que diz : a prescripção da acção salvo os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281 é subordinada aos mesmos prazos que a condemnação.

O art. 85 diz : Prescrevem :

Em um anno, a condemnação que impozer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis mezes ;

Em quatro annos, a condemnação que impozer pena de igual natureza por tempo de dois annos ;

Em quatro annos, a condemnação que impozer pena de igual natureza por tempo de dois annos ;

Em oito annos, a condemnação que impozer pena de igual natureza por tempo de quatro annos ;

Em doze annos, a condemnação que impozer pena de igual natureza por tempo de oito annos ;

Em dezeseis annos, a condemnação que impozer pena de igual natureza por tempo de doze annos ;

Em vinte annos, a condemnação que impozer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.

Equiparados, pois, os crimes de responsabilidade aos communs, quanto ao criterio para distinguir os prazos da prescripção, é visto que melhorou consideravelmente a sorte dos funcionarios publicos, perdendo com isto a sociedade que não encontra nos prazos estabelecidos, conforme a gravidade do delicto, um auxilio seguro para a punição dos delinquentes.

Perdoem-nos alguns magistrados do meu conhecimento, mas somos dos que pensam que o tremendo crime de prevaricação não devia prescrever nunca. A imprercriptibilidade desses crimes não prejudicaria em nada a sociedade.

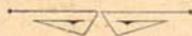
ser, ali a offensa, dirigida contra a moral, contra a ordem publica, contra a sociedade enfim, que já pune o delinquente, pelo seu representante legal—o órgão do ministerio publico. Ali não se concebe intervenção de pessoa alguma secundaria, como nos demais casos.

Quando, porém, é o proprio ministerio publico o delinquente, ou o juiz ou ambos, quer haja uma pessoa offendida capaz de intervenção, quer seja a acção intentada por um do povo no interesse da observancia da lei (2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup> casos acima) não podemos deixar de reconhecer-lhes o direito expresso de accusação.

O que usa da acção criminal para punição dos crimes de responsabilidade, offendido ou simples popular, tem pela Constituição Federal o direito de promover a responsabilidade do delinquente, e tal responsabilidade seria illusoria, si não fossem facultados todos os meios de promovê-la e taes meios consistem nos termos diversos do processo.

Negar-se, em taes condições ao que promove o processo, o direito de intervir em todos os seus termos, quer na formação da culpa, quer no plenário, seria negar, ou obstar a punição do culpado.

Seja, porém, o ministerio publico, quem, em cumprimento de dever, promove a responsabilidade do culpado. Si ha uma parte offendida, é claro que a ella compete um direito de acção, e uma vez iniciado o processo pela justiça, não se poderia negar-lhe o direito de intervenção nos termos do art. 408 do Código Penal, direito, que si nos crimes communs leva até a accusação, com maioria de razão deve determiná-la nos crimes de responsabilidade. 83



4/212

# INDICE

---

## INTRODUÇÃO

	PAG.
<b>Paragrapho 1.º</b>	
COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DA UNIÃO para a determinação das acções em materia penal. Refutação de algumas opiniões em contrario.....	1
<b>Paragrapho 2.º</b>	
COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS para determinação da fôrma processual. Critica ao art. 407 do Codigo Penal. Confronto deste artigo com os arts. 412 e 428 dos Projectos em discussão no Congresso Nacional.....	40
<b>Paragrapho 3.º</b>	
ANALYSE DO § 1.º DO ART. 407 DO CODIGO em confronto com os arts. 412 e 428 dos Projectos em discussão. Questões a respeito.....	50
<b>Paragrapho 4.º</b>	
ANALYSE DO § 2.º DO ART. 407. Questes relativas ao crime de furto entre herdeiros e consenhores. Intelligencia do art. 334 do Codigo.....	58

**Paragrapho 5.º**

QUESTÕES RELATIVAS AO CRIME DE DAMNO entre hereos confinantes. Legislação revogada. Intelligencia do art. 329 do Cod. Penal.....	74
--	----

**Paragrapho 6.º**

QUESTÕES RELATIVAS AOS CRIMES DE VIOLENCIA CARNAL. Procedimento do Ministerio Publico. A prescripção do art. 275 não se refere aos casos de procedimento official da justiça do art. 274 do Codigo. Confronto com os Projectos em discussão no Congresso Nacional.....	84
--	----

**Paragrapho 7.º**

DA ACÇÃO PENAL QUANTO AOS CRIMES DE INJURIA. Reciprocidade das injurias. A injuria em carta particular não constitue crime. Modo de julgar dos Tribunaes.....	98
---	----

**Paragrapho 8.º**

DAS OFFENSAS IRROGADAS EM AUTOS e papeis forenses. A multa do art. 323 do Codigo não tem caracter penal. Inconstitucionalidade deste artigo...	129
--	-----

**Paragrapho 9.º**

DO PROCEDIMENTO EX-OFFICIO—DO JUIZ. Analyse do § 3.º do art. 407 do Codigo em confronto com os arts. 412 e 428 dos projectos em discussão...	135
--	-----

**Paragrapho 10**

DAS PESSOAS JURIDICAS COMO AGENTES PASSIVOS DO CRIMES. Sua competencia para propositura das acções penaes.....	139
--	-----

**Paragrapho 11**

ANALYSE DO ART. 408 DO CODIGO PENAL. Necessidade constitucional de sua manutenção. Outras questões.....	152
---	-----