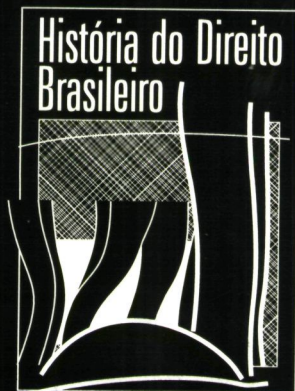


Direito Penal

O Código Penal interpretado Vol. II

João Vieira de Araujo

História do Direito
Brasileiro



8

Senado Federal

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

Superior Tribunal de Justiça

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



Direito Penal

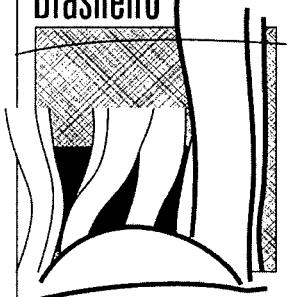
O Código Penal interpretado Vol. II

João Vieira de Araujo

Obra fac-similar

Prefácio de
Vicente Cernicchiaro

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Março/2004

Conselho Editorial

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

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

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal

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

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael Françoise de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Araujo, João. Vieira de, 1844-.

O código penal interpretado / João Vieira de Araújo ;
prefácio de Vicente Cernicchiaro. -- Ed. fac-similar. --
Brasília : Senado Federal : Superior Tribunal de Justiça,
2004.

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

1. Código penal, Brasil (1830). 2. Código penal,
Brasil (1890). I. Brasil. Código Penal (1830). II. Brasil.
Código Penal (1890). III. Título. IV. Série.

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

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

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

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

- *Direito Penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

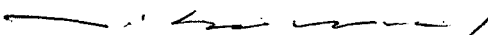


Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato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

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

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

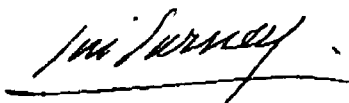
Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout; dans le développement de ses institutions et de ses lois."


Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

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



Senador José Sarney

Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal



0 CODIGO PENAL

INTERPRETADO

O CODIGO PENAL

INTERPRETADO

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

PARTE ESPECIAL

PELO

ADVOGADO

Dr. João Vieira de Araujo

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

=====
VOLUME II
=====

RIO DE JANEIRO

IMPRESA NACIONAL

1902

DO AUTOR

Leis judicarias annotadas etc.—Recife, 1877.

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

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

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

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

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

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

Brasilien — Unter Benutzung von Mitteilungen des Dr. João Vieira de Araujo bearbeitet von Dr. Georg Crusen — Berlin, 1898, Otto Liebmann (in *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtvergleichen der Darstellung*. Bd. II: « *Das Strafrecht der aussereuropäischen Staaten* »).

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

Relatorio sobre a VIII Questão de Direito Privado (*contractos differenciaes*) para o Congresso Juridico Americano do Rio de Janeiro em 1900.— *O Direito*, 1901, vol. 86.

Discursos, pareceres e projectos no Congresso Nacional Constituinte de 1890-91 e na Camara dos Deputados nas legislaturas de 1890-93 e 1897-1902.

Diversas outras publicações em revistas e jornaes nacionaes e estrangeiros.

A S. EX. O SR. CONSELHEIRO

DR. FRANCISCO DE ASSIS ROSA E SILVA

OFFERECER

Os seus modestos estudos juridico-criminaes,
como tributo exiguo, mas homenagem sincera de
sympathia, reconhecimento e admiração,

O AUTOR

ADVERTENCIA (*)

Este trabalho sahe á luz da publicidade completo, isto é, em dia com a doutrina e a jurisprudencia que, reunidas ás fontes, nos deram a interpretação do código no commentario que agora mesmo concluimos.

Em dia com a doutrina, porque conseguimos poder citar novas obras e edições ainda este anno apparecidas, apontando assim aos mais curiosos a bibliographia recentissima da materia.

Com a jurisprudencia, porque os arestos dos nossos tribunaes alcançam os publicados até o mez de setembro corrente.

E finalmente, porque a impressão, tanto do primeiro, como do segundo volume, adiantou-se á publicação de outros arestos, inserimos em *notas finais* o summario delles na ordem da divisão e classificação da obra.

Resta-nos registrar aqui o nosso reconhecimento pela benevolencia dos juizes favoraveis que se tem manifestado no paiz e daquelles com que temos sido honrados, recebidos do estrangeiro, sobre o nosso trabalho do 1º volume da obra publicado em abril ultimo.

Capital Federal (*Botafogo*), 26 de setembro de 1901.

O auctor.

* Além do indice commum ou ordinario deste volume II e do indice *analytico* que promettemos dar de ambos os volumes, damos tambem um indice *alphabeticum* que é antes um *repertorio* de toda a materia do código e do commentario nesta *parte especial*, tão copioso e extenso é esse ultimo indice.

PARTE ESPECIAL

Dos crimes, contravenções e penas em particular

LIVRO I (continuação)

Dos crimes e sua punição

TITULO VIII

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

CAPITULO I

DO HOMICIDIO

CODIGO

Art. 294. Matar alguém :

§ 1.º Si o crime for perpetrado com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas nos §§ 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18 e 19 do art. 39 e § 2.º do art. 41 :

Pena — de prisão cellular por doze a trinta annos.

§ 2.º Si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circumstancias :

Pena — de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

Art. 295. Para que se repute mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensavel que seja causa efficiente da morte por sua natureza e séde, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado morbido anterior concorram para tornal-a irremediavelmente mortal.

§ 1.º Si a morte resultar, não da natureza e séde da lesão, e sim de condições personalissimas do offendido :

Pena — de prisão cellular por quatro a doze annos.

§ 2.º Si resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar o regimen medico hygienico reclamado pelo seu estado :

Pena — de prisão cellular por dous a oito annos.

Art. 296. É qualificado crime de envenenamento todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por meio de veneno, qualquer que seja o processo, ou methodo de sua propinação, e sejam quaes forem seus effeitos definitivos.

Paragrapho unico. Veneno é toda substancia mineral ou organica que ingerida no organismo ou applicada ao seu exterior, sendo absorvida, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saude.

Art. 297. Aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar, commetter ou for causa involuntaria, directa ou indirectamente, de um homicidio, será punido com prisão cellullar por dous mezes a dous annos.

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte :

Pena — de prisão cellullar por seis a vinte e quatro annos.

Paragrapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe, para occultar a deshonra propria :

Pena — de prisão cellullar por tres a nove annos.

Art. 299. Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa :

Pena — de prisão cellullar por dous a quatro annos.

COMMENTARIO

1-1. Este titulo corresponde ao X do codigo penal, sob a epigraphé «dos crimes contra a segurança de pessoa e vida ».

Os artigos do texto estão distribuidos nelle por tres capitulos intitulos *do homicidio, do infanticidio e do suicidio*, que reduzimos a um sob o nome generico de *homicidio*, conforme os projectos de revisão.

Tambem o codigo foi muito alterado por estes, especialmente pelos de 1893 e 1897.

Assim, os documentos legislativos da reforma e a discussão, mesmo fóra da Camara dos Deputados, pôde orientar melhor o interprete quanto ás deficientes e lacunasas disposições da nossa lei penal vigente.

Justificando o projecto primitivo, abraçamos na mesma censura o codigo anterior e o vigente, dizendo :

O codigo de 1830 apresenta lacunas sensiveis neste titulo, que o de 1890 não preencheu completamente, incluindo, por outro lado, em titulos diversos, especies que deviam figurar neste, como o exigia uma classificação regular.

Ambos esses codigos contemplam duas classes de homicidio, *simples e aggravado* ou *qualificado*.

Substituímos por tres, considerando o segundo aggravado e o terceiro qualificado.

Do mesmo modo que o codigo de 1830 não consideramos a premeditação para caracterisar a especie mais grave de homicidio.

Nesse ponto a nossa velha lei criminal está de accordo com a doutrina moderna, bastando citar a monumental monographia de Alimena, que resume os estudos feitos em toda parte neste ponto. ¹

¹ Alimena, LA PREMEDITAZIONE, Torino 1887. Do autor: COD. PEN. COMMENTADO, ETC., vol. 1º, pag. 210, n. 47; vol. 2º, pag. 71, n. 95.

Ha um ponto em que nos afastamos de ambos os codigos : no das *concausas* nos homicidios.

O art. 194 do codigo anterior não figura em codigo algum dos que podemos ver, é inexequível pela difficuldade da prova e facilitaria o abuso das attenuantes da penalidade.

O art. 295 do vigente é inaceitavel.

Nelle ha paridade nos conceitos da lethalidade da offensa por sua séde e natureza e condições da victima ; mas ha disparidade na pena.

Não ha razão para attenuar a pena do homicida em quem, por fraco ou valetudinario, não poude resistir ao golpe.

Nenhum codigo moderno de primeira ordem, á excepção do italiano, contempla taes *concausas*.

Ao contrario, a critica sobre ellas instituida aconselha a sua repulsão e a adopção de disposições, como figuravam no codigo toscano, o que o projecto fez para acautelar melhor a severa repressão do homicidio, fundando-se os seus autores na autoridade de Garofalo. ¹

Para mitigar o rigor da disposição e evitar duvidas na pratica, o projecto adoptou parte da disposição do codigo da Baviera que lhe pareceu de equidade e figura no paragrapho unico do respectivo artigo.

A disposição sobre o homicidio *preterintencional* não terá lugar quando as consequencias da lesão forem *previsiveis*, caso em que o homicidio não pôde ser rigorosamente tal.

A figura do *infanticidio*, como se acha nos nossos codigos, não pôde ser acceita ; exceptuado o caso nas condições preestabelecidas do facto *honoris causa*, em geral elle é um verdadeiro homicidio, sujeito á sanção penal deste.

O homicidio *culposo* ou *involuntario*, foi considerado com variantes de maior ou menor culpa e a penalidade não foi aggravada na medida do codigo italiano, por exemplo, mas em menor escala e só quando houver *pluralidade* de victimas, como naquelle, ou obrigação de attenção *especial*, conforme o codigo allemão.

Não falta quem opine pela impunidade da intervenção de alguem no *suicidio* de outrem ; bastaria citar a importante monographia de Enrico Ferri. ²

Entretanto não foi supprimida a sanção penal, embora attenuada, ficando subentendido que quando o facto revestir os caracteres do homicidio, neste crime incorrerá o culpado. ³

¹ APPUNTI AL NUOVO CODICE PENALE, Torino, 1839, pag. 146.

² Enrico Ferri, OMICIDIO-SUICIDIO, Torino, 1893.

³ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 19.

Este assumpto foi tambem alvo de censuras no parecer da commissão da Faculdade de S. Paulo, que temos citado, e por isso vamos inserir aqui a resposta que opportunamente demos, por constituir a critica do codigo vigente sobre os artigos do texto, salientando os defeitos deste :

A critica a alguns pontos do titulo « dos crimes contra a pessoa » é a mais chata, incongruente e superficial que se póde fazer a um tal assumpto (pags. 39 — 43 e 83 — 92).

O conceito do *homicidio* que dá o *Projecto* foi censurado por ser de *redacção infeliz*, mas *comme toujours* sem uma razão sequer.

Entretanto o illustre censor prefere o do codigo anterior e vigente — *matar alguém* — que nada exprime *technicalmente*, apezar de seu amor á *technica* e propõe como emenda accrescentar « o voluntaria e intencionalmente », repetindo o art. 13 por elle mesmo já tão criticado contradictoriamente (vide pags. 51 e 57).

A emenda é desastrada; porque não encartal-a em todas as figuras de crime e só no homicidio ?

Porque não simplificar ainda mais aqui o conceito para dizer só — homicidio doloso ? Mas isto é modo de legislar ?

Si, como fez o codigo italiano, se supprime, quanto possível, o *nomen juris* e por outro lado se deve definir o crime, como aceitar aquellas emendas ?

Não viu o illustre censor que a definição do codigo da Baviera, art. 142, é a que seguiu o italiano e o *Projecto*, menos o intencionalmente, substituido pela locução que traduz o escopo da acção ou omissão ?

Occorre observar que o elemento da intenção no conceito pela inclusão do voluntario ou intencional, de um, ou outro, ou de ambos, não destacaria bem a figura daquelle do homicidio *preterintencional*, originando outras duvidas suscitadas na elaboração da fonte do *Projecto* ?

Nada importa não darem o mesmo conceito outros codigos.

O *belga*, art. 392, qualifica de voluntarios o homicidio e as lesões *causadas com o designio de attentar* contra a pessoa, etc.

O *hungaro* e não *austro-hungaro* (a Austria tem um codigo e a Hungria outro, o *tal* é só hungaro, insciencia imperdoavel nos de saber encyclopedico), art. 278, citado *ex adverso* diz : aquelle que mata um homem *de designio* premeditado, etc.

Por amor do methodo lá está muito adiante (pags. 83 — 84) outra censura a este mesmo capitulo.

O *Projecto* havia de *qualificar* o homicidio do pai natural, sem que a filiação tivesse sido legalmente reconhecida ou declarada.

O art. 309 n. 6 não faz mais que harmonisar a lei

penal com a civil; o mais é uma aspiração que quando realizada no direito civil poderá determinar a alteração no penal.

A censura é ainda mais incabida, quanto á especie do art. 331, porque o abandono de menor nas condições figuradas é uma especie que até pôde dar logar a *chantages*, pelo menos a escandalos.

Tambem não tem a minima procedencia a critica do paragrapho unico do art. 312 (pags. 84 — 85), aliás justificada em geral e *quantum satis* na *Exposição de motivos*.

A presumpção funda-se em que na maior parte dos casos o emprego é de armas de fogo, facas e punhaes afiados, armas especialmente homicidas, e não quaesquer outras que não revelam com tanta segurança — o designio de matar.

Não vem absolutamente ao caso o exemplo dos *explosivos*, meios felizmente raros de matar e cujo emprego não pôde lançar duvida sobre a intenção do agente, como daquelles tem surgido. Aqui se pôde applicar o *res ipsa in se dolum habet*.

Garofalo, que o projecto seguiu naquelle ponto, justifica-o plenamente. ¹

A censura sobre o *infanticidio* restringe a attenuante sómente á mãe infanticida em relação ao filho illegitimo de facto (pags. 86 — 87).

Pôde ser illegitimo de *facto* e não de *direito*, por exemplo, o da mulher que concebe na ausencia do marido, até que este faça pelos meios legaes ceder á verdade a presumpção *filius est, quem justæ nuptiæ demonstrant*.

Na mesmíssima Revista de sua faculdade que publica o celebre parecer verá o illustre censor a differença de conceitos do infanticidio entre o momento do nascimento da victima e a morte.

Ahi mesmo verá igualmente citado Balestrini, que opina dever aproveitar tambem aos parentes mais proximos (a attenuação), porquanto da nodoa daquella (da mãe) partilham estes. ²

Não ha duvida que os codigos variam, inclusive o da Hungria (só da Hungria, não da Confederação Austro-Hungara).

Trata-se de uma questão aberta no direito e na medicina legal.

A censura se restringe aos pontos indicados, aceitando tudo mais. ³

Sobre o *infanticidio* tambem tivemos occasião de re-

¹ Garofalo, APPUNTI CIT. pag. 160.

² Revista da Faculdade de S. Paulo, 1894, pag. 151.

³ O PROJECTO DO COD. PEN. e a Faculdade de S. Paulo, XV, pag. 61.

bater uma censura de outro parecer, da commissão do nosso Instituto dos Advogados Brasileiros do Rio de Janeiro, dizendo então :

Neste titulo o parecer apenas nota no projecto a falta da figura do *infanticidio* e sugere umas tantas ideias, das quaes andou muito afastado o seu insigne relator, autor do codigo de 1890, quando o elaborou.

Lá está bem nitida a figura no art. 313 do projecto primitivo e justificada em seus proprios termos na exposição de motivos :

« A figura do infanticidio como se acha nos nossos codigos não póde ser acceita : exceptuado o caso nas condições preestabelecidas do facto *honoris causa*, em geral elle é um verdadeiro homicidio, sujeito á sanccção penal deste.»

O substitutivo omittiu essa figura, mas foi de novo agora restabelecida no outro de 1897.

O parecer não teria razão de estranhar tanto a lacuna, si ella fosse real.

O codigo vigente faz do facto figura especial, punindo-o com pena menor, em vez de simples attenuante no caso *honoris causa*, quando conforme a doutrina puramente classica nenhuma razão justifica isso.

Só os positivistas é que não querem punição alguma nesse caso excepcional e apenas admittem punição ligeira em todos os outros. ¹

A nossa resposta estava antecipada. ²

E quando assim respondiamos á essa ultima censura, haviamos justificado as alterações feitas em todo titulo no projecto de 1897, já ao primitivo de 1893, já ao seu substitutivo de 1896, dizendo sobre todo este titulo mesmo o seguinte :

O substitutivo preferé o projecto á nova redacção que o alterou, especialmente no cap. II, mas o substitutivo corrige o projecto nesse capitulo e no anterior, obedecendo a observações irrecusaveis da critica do Dr. Nina Rodrigues sobre o importante assumpto sob o ponto de vista medico-legal, aliás em parte attendida talvez sem o presentir pela nova redacção.

O trabalho do notavel medico-legista visava mesmo o projecto. ³

As correccões ora effectuadas consistiram na suppressão do paragrapho unico do art. 310 e do art. 311 do projecto, em

¹ Balestrini, ABORTO, INFANTICIDIO, ETC. Torino, 1888, pag. 193.

² A REVISÃO DO COD. PEN. na *Revista Academica* do Recife, 1897, V, pag. 39.

³ Dr. Nina Rodrigues, « Lesões pessoas; sua doutrina medico-legal na legislação criminal brasileira. *Apontamentos para o novo codigo* » — na *Revista Medico-Legal*, Bahia, 1895, n. 1, anno I, pags. 6-29.

rigor antinomicos com o art. 310 e o que havia escapado tambem na nova redacção.

Supprimiu-se tambem o paragrapho unico do art. 312 do projecto, já supprimido na nova redacção que neste ponto implicitamente attendera á alludida critica dentro de certos limites.

O substitutivo ainda alterou o art. 316 do projecto :

1º, substituindo o criterio de gravidade da molestia mental pela sua curabilidade presumida e não pelo periodo de duração da molestia ;

2º, reduzindo a sete dias o prazo de 20 dias da molestia physica, e reduzindo a quatro o de 10 dias mencionado na ultima parte do referido artigo.

O substitutivo ainda eliminou do projecto a referencia que no art. 317 fazia elle á qualidade das armas, instrumentos ou meios de effectuar a lesão pessoal, seguindo-se nisto a nova redacção.

No cap. IV o substitutivo segue ainda o projecto, aliás amplamente justificado na respectiva exposição de motivos, porque, embora a nova redacção não se tivesse quasi afastado d'elle, parece que na sancção penal póde incidir a mulher de cujo aborto se tratar ; e não se occupa da privação do exercicio da profissão ou arte daquelles que dellas podem abusar no caso.

O substitutivo reproduz tambem o projecto nos caps. V e VI para, alem de outras razões, harmonisar uma disposição daquelle capitulo com outra do cap. I e para supprir no cap. VI umas lacunas da nova redacção, propositaes ou não, não é a questão. Não ha, porém, quasi differença nas disposições parallelas dos citados capitulos.

Igualmente o substitutivo restabelece os caps. VII e VIII do projecto, embora tanto neste como naquelle não haja alteração na nova redacção ; mas o projecto applica quasi que a detenção, em vez da prisão, pena unica do projecto de 1896, como se acha novamente redigido. ¹

142. Não obstante a defeituosa classificação dos nossos codigos anterior e actual na materia, e que os projectos de revisão, desde o de 1893, corrigiram, neste titulo trata-se dos crimes contra a pessoa em geral, quer lesem o direito á vida e á integridade corporea, quer ponham em perigo a existencia, quer offendam a honra e a reputação.

E de todos, não só deste titulo, mas do codigo, o mais grave, e o mais monstruoso é o *homicidio*.

O crime de homicidio, como diz Berner, consiste no tirar injustamente a vida a outrem.

O objecto do crime é o homem vivo, sem que se attenda á circumstancia de ser vital, bem conformado, robusto ou não.

¹ Exposição DE MOTIVOS do projecto de 1897, pag. 11.

Os *monstros* já foram relegados pela sciencia para o dominio da fabula e da superstição.

O homicidio, que os romanos chamaram *singulare et nefarium facinus*, não tem necessidade de demonstração para ser reconhecido como uma cousa contradictoria á sanidade do direito; que, uma vez comparado aos outros malefícios contra o individuo, pôde dizer-se o mais grave dentre todos, contendo a violação do direito de existencia individual que prima todos os outros, como fundamento material da personalidade mesmo do individuo. E as legislações dos varios povos o consideraram sempre como o crime mais grave, ainda quando, pelas concepções fundamentaes em relação á vida social, abandonaram o matador á vindicta do sangue, porque puzeram o homicida fóra da protecção da lei.¹

A noção elementar do *homicidio*, diz Enrico Ferri em uma obra monumental, como facto criminoso é a *morte de um homem por parte de um outro homem*; já que si esta morte é causada por um objecto qualquer ou por um animal, se terá pelo sentido commum, como pela lei, um infortunio; uma *pauperies*, segundo a expressão do direito romano, mas não um homicidio.²

Permitta-se-nos esboçar com Pessina a historia legislativa do homicidio.

No direito romano antiquissimo o homicidio tinha o nome de *parricidio*. *Qui hominem liberum dolo sciens morti duit parricida est*. Mais tarde as determinações sobre o homicidio offerecem dous aspectos: um da morte *voluntaria*, o outro da morte *involuntaria*. Quanto á morte voluntaria, ella foi regulada pela *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Esta lei punia como homicidas os que matavam, os que feriam para matar e até aquelles *qui cum telo ambulaverint occidendi animo*. A pena da morte voluntaria era a *aquæ et ignis interdictio* para a pessoa do cidadão e a morte para a pessoa do escravo; mas nos tempos do Imperio, a pena foi a deportação para os *honestiores* e a *expositio ad bestias* para os *humiliores*. Justiniano, emfim, disse: *Lex Cornelia homicidas ultore ferro persequitur*.

O homicidio *involuntario*, quando era effeito da culpa, isto é, da imprudencia ou da negligencia, estava sujeito á reparação pecuniaria, conforme o preceito da lei Aquilia; mas depois, nos tempos do Imperio, *ut res mali exempli* foi sujeito á pena extraordinaria.

¹ Pessina, ELEMENTI CIT., vol. 2º, pag. 1.

² Enrico Ferri, L'OMICIDIO, Torino, 1895, Introd., pag. 1. O nosso genero de trabalho neste livro não nos permite aproveitar os copiosos subsidios da grande obra do sabio professor. O nosso codigo é um producto exclusivo da escola classica e com a sua doutrina deve ser interpretado.

Por outro lado, no direito romano, o homicídio voluntario começou a delinear-se com a triplice gradação de homicídio agravado, homicídio puro e simples, e homicídio atenuado. Assim voltou-se á noção do *parricidio* punido com o *culleus* e mais tarde com a *Lex Pompeia de parricidiis*.

Assim, no código de Justiniano diz-se *plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio*.

E por outro lado, ainda ha no direito romano o conceito do homicídio *ex impetu*, isto é, provocado pela injustiça d'outrem onde o pai que matasse a filha surprehendida em união illicita, e o marido que matasse a mulher *in adulterio deprehensam* ou o cúmplice, ou ambos, tinham direito á diminuição da pena *cum sit difficillimum justum dolorem temperare*.

No direito *germanico*, o homicídio dava logar ao *guidrigildo*, como transformação da antiga vindicta do sangue (*Blutrache*).

Mas, na determinação do *quantum* para a *composição*, entrava como criterio de distincção, si a morte tinha succedido na forma de luta leal, ou na de insidias, da deslealdade nas armas, da occultação da prova, ou de aggressão á pessoa que não estava em condição de defender-se.

Com o resurgir, porém, da autoridade do direito romano, com o predomínio do conceito da ordem social em virtude do christianismo e dos preceitos do direito canonico, assim como pela necessidade de manter o culto da lei contra os violadores da paz publica, o homicídio voltou a ser perseguido no interesse publico como delicto social.

Na Italia meridional, Frederico II com a constituição *Terminum vitae* reproduz o conceito justiniano; que a morte voluntaria do homem pelo homem fosse punida de morte. Os estatutos italianos conservaram ainda os vestigios da vindicta do sangue.

Mas, como cada vez mais se foi affirmando o principio da ordem social, o homicídio passou a ser punido com pena publica.

E os interpretes elaboraram sobre elle uma doutrina que reduz a systema as concepções romanas.

Elles firmaram a distincção entre *homicidium simplex* e *homicidium qualificatum*. Opinaram que só o *homicidium qualificatum* devia punir-se com o extremo supplicio; e do *homicidium qualificatum*, consideraram como especies, o *parricidium*, o *infanticidium*, o *veneficium*, o *assassinium* e esta ultima especie inclue em si, a principio, o *homicidium ex-mandato*, e depois qualquer homicídio acompanhado de insidia, emboscada ou deliberação fria e amadurecida (*premeditatum*). Por outro lado, surge a doutrina do *impetus justis doloris* como atenuante do homicídio *simples*.

Tambem as legislações modernas distinguiram o homicídio doloso simples *Totschlag*, e o assassinato, *Mord*.¹

No direito inglez o homicidio punivel é chamado homicidio criminoso, *felonious*, e póde ser o assassinato, *murder* ou o homicidio simples, *manslaughter*; si bem que esta ultima expressão indique ás vezes o homicidio involuntario.²

Tambem no cod. francez nota-se dous termos juridicos, exprimindo *meurtre*, o homicidio simples e o *assassinat* o homicidio com circumstancias aggravantes.

143. No nosso cod. anterior, arts. 192 e 193, tinhamos o homicidio qualificado ou aggravado e o simples; estas duas especies são tambem as que figuram no art. 294 §§ 1 e 2 do texto do cod. penal vigente.

Nos projectos de revisão, de 1899, art. 293, figuram as tres especies de homicidio, *simples*, *aggravado* e *qualificado*, attenta a sua fonte, que foi o codigo italiano.

Mas este projecto, assim como o de 1896, desviando-se dos de 1893 e 1897, não definiram o homicidio doloso, repetindo a dicção do art. 294 do texto, *matar alguém*, que não quer dizer nada.

Como muito bem diz Pessina, tambem o codigo italiano *aparentemente* não define especie alguma de crime; mas em substancia as define todas, porque põe na rubrica de cada capitulo o nome do crime e nas determinações singulares da pena descreve a respectiva especie, enunciando os seus caracteres essenciaes.

Assim, por exemplo, seguindo o codigo italiano os projectos de 1893, art. 307, e de 1897, art. 293, definem o homicidio: *causar, a fim de matar, a morte de alguém*.

São expressos aqui dous momentos: o *de causar a morte de alguém* (acto externo) e o entendimento de matar um homem — *a fim de matar* (acto interno, gerador do acto externo).

A essencia do homicidio, como crime, foi considerada pelos antigos criminalistas, como *violenta hominis caedes ab homine patrata*, isto é, como a destruição de uma existencia humana por obra do homem mesmo.

Assim, o crime encerra quatro elementos:

a) uma *vida existente*;

b) uma *vida humana*;

c) a *destruição* della por facto do homem;

d) a *volição* determinada de causar a destruição com aquelle acto que se tem realizado.

1. A respeito da vida existente:

¹ Von Liszt, *OBR. CRT.*, vol. 2º, pag. 14, not. a do trad.

² Stephen, *A. Digest CRT.*, pag. 175, arts. 239 e segs.

1.º A morte do feto no utero materno não é *crimen homicidii*, não podendo dizer-se vida aquella que não está ainda separada do ventre materno.

2.º O homicidio presuppõe um *ser vivo*, do qual se opéra a destruição.

3.º A vida já extincta antes que o facto violento intervenha não pôde ser materia de homicidio, assim que os golpes vibrados sobre o homem já cadaver, qualquer que tenha sido a intenção do feridor, não constituem homicidio.

4.º A vida affectada de enfermidade grave pôde ser, ao contrario, materia de homicidio, pelo facto de ser tirado um periodo de existencia, por mais breve que seja.

Não se explica por isso a attenuante do art. 295 § 1º do texto e contradictoriamente se diz — para que se repute *mortal*, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensavel que seja causa efficiente da morte.....por ter sido praticada sobre pessoa cuja *constituição* ou *estado morbido anterior* concorram para tornal-a irremediavelmente mortal — ao mesmo tempo que se diz — si a morte resultar, não da natureza e sede da lesão, e sim de *condições personalissimas* do offendido: pena de prisão cellular por quatro a 12 annos — isto é, em vez das penas do art. 294 §§ 1º e 2º do minimo de seis e do maximo de 30.

5.º Nos *recem-nascidos* a *vitalidade* ou *viabilidade* é considerada um elemento essencial, porque a condição do nascido não viavel não é vida, mas apparencia de vida; mas esta opinião é combatida por muitos e com muito boas razões.

II. A condição especifica da vida existente é de pertencer á especie humana para ser materia de homicidio.

1.º A sentença *monstrosos partus sine fraude cædunto* deve ser acolhida no sentido restrictissimo que não ha delicto de homicidio, quando tenha nascido da mulher um ser que não tenha fórma humana.

2.º As condições anormaes do espirito na pessoa morta não eliminam as condições geraes da *natureza humana*, assim que o imbecil, o demente pôde ser sujeito passivel de homicidio.

3.º A perversidade do *publicus hostis* não elimina tambem a nota de homicidio quando se saia dos limites da necessidade no exercicio da força publica.

III. Sobre a vida humana é materia de homicidio o facto do homem que a destróe.

1.º Ordinariamente mata-se ferindo ou batendo; mas isto não tira que se possa usar de outro meio que seja efficaz para dar a morte, e a natureza delle é indifferente para que se tenha a nota essencial do vinculo de causalidade: *Nihil interest an quis occidat vel mortis præbeat.*

2.º Este *dare causam mortis* pôde verificar-se tambem sob a fórma apparentemente negativa: *Necare videtur et is qui alimonia denegat occidendi causa*.

E aqui permitta-se-nos fazer uma digressão para consignar a opinião de Impallomeni sobre um problema interessante.

O illustre autor, depois de demonstrar quanto é bem fundado o principio de causalidade por elle acolhido e o valor que tem passa a fazer a sua applicação ás disposições do código italiano.

E a primeira de que elle trata é a que se resume na conhecida questão, si alguém deve responder de homicidio havendo procurado a morte d'outrem pelos *meios* chamados *moraes*.

Não é para nós, diz Impallomeni, duvidosa a affirmativa, ainda que em sentido contrario haja a opinião de notaveis criminalistas, como são Hèlie e Stephen: ella foi sobre todos valentemente sustentada por Carrara.¹

Para que uma condição seja *causal* não importa saber si ella consista ou não n'uma *materialidade*, basta que seja causal.

Nem disformemente dispõe o código italiano, o qual chama responsavel de homicidio a *quelle que causa a morte de alguém* (arts. 364 e 368), sem absolutamente preoccupar-se da qualidade dos meios que a tal effeito conduzam. O mesmo methodo segue o citado código na definição da lesão pessoal, differentemente do código de 1859, que estritamente as chamava *ferimentos, pancadas e outras offensas semelhantes* (art. 537).

A lei, determinando a responsabilidade penal por causa de uma infracção, não tem outra mira sinão a protecção de um direito; e a infracção consiste, portanto, na lesão do direito, e qualquer que seja o meio que para isso se tenha empregado. E o refinamento da malicia humana sabe ás vezes attingir um effeito por meios menos apparentes do que os ordinarios, e que se dizem *moraes* sómente porque a acção não consiste n'uma materialidade, visivel para cada um, mas que do mesmo modo agem physicamente alterando a saude e produzindo a morte. Tal seria a obra perfida daquelle que, abusando da fraqueza de caracter d'outrem e da sua preoccupação de animo, por noticias falsas, ou com terrores, calumnias, ou perseguições, engendrassse uma perturbação de mente, ou outra qualquer molestia.

Tal seria ainda o facto daquelle que, abusando da saude precaria d'outrem, ou de seu temperamento apopletico, com uma falsa noticia produzisse tal paixão de acarretar a sua

¹ Carrara, PROGRAMMA CIT., *Part. Spec.*, vol. 2º, pag. 54, §§ 1396 a 1398.

morte; ou o facto mesmo daquelle que induzisse outrem ao suicidio com artificios que lhe perturbassem a intelligencia, como discorrendo sobre o suicidio, temos demonstrado.

Si de taes más artes derivasse sómente um damno na saude, ou uma preturbação da mente e não se tivesse tido o fim de matar, haveria uma lesão pessoal segundo a disposição litteral do art. 372 do codigo italiano; si se tivesse tido a intenção de matar, haveria um homicidio tentado ou frustrado, segundo os casos, quando se proveria a idoneidade dos meios para causar a morte; si a morte tivesse succedido, haveria o homicidio voluntario, quando se tivesse tido o fim de matar, simples ou premeditado, segundo os casos no sentido dos arts. 364 e 366; ese teria uma lesão pessoal seguida de morte nos termos do art. 368, quando não se tivesse tido o fim de matar. Se poderá dizer, é verdade, que a prova do fim delictuoso seja mais difficil que no uso dos meios ordinarios, mas isto não é nada mais do que uma questão de prova.¹

Aceitando a theoria de Impallomeni, o nosso codigo poderia por ella ser interpretado, quanto ao homicidio, pois que o seu art. 294 diz, sem a menor restricção, definindo-o: *matar alguem*.

Quanto ás lesões *corporaes*, não, porque elle as reduz á materialidade *corporea, physica*.

Entretanto Chauveau e Hélie e Garraud são de diverso parecer, attenta a difficuldade da prova.²

N'outro livro nosso sobre a parte *geral* do codigo alludimos vagamente ao problema, referindo-nos á opinião de Garofalo.³

Mas posteriormente, nos trabalhos preparatorios da reforma do codigo penal, referimo-nos mais detidamente á questão, conforme as citações que adiante fazemos no seguinte capitulo II deste titulo (ns. 151 e 153).

Está finda a digressão; prosigamos na analyse dos elementos do crime de homicidio.

3.º Quando ha um facto que foi causa exclusiva da morte, nelle se concretisa o homicidio; mas, quando a morte é derivada de uma *concausa*, sem a qual ella não teria podido verificar-se, o delicto é sempre uma *offensa voluntaria seguida de morte* e não póde equiparar-se ao homicidio voluntario, isto conforme alguns autores, especialmente classicos, sobre cuja doutrina são calcados os codigos actuaes, inclusive o nosso, que neste ponto offerece exemplos no art. 295 § 1º citado e § 2º.

¹ Impallomeni, *axud Cagliolo*, obr. cit., vol. 2.º, Part. II, pag. 125 n. 87.

² Chauveau e Hélie, obr. cit., vol. 3.º, pag. 422, n. 1189; Garraud, obr. cit., vol. 4.º, pag. 350, n. 346.

³ Do autor, *Cod. PEN. COMMENTADO CIT.*, vol. 1º, pag. 31, n. 8.

4.º Também quando a morte se tenha verificado qualquer tempo após a lesão ou offensa praticada, si esta produz a morte e foi effeito da vontade homicida, se tem sempre o delicto de *homicidio voluntario*. Este principio pôde ser inferido por argumento *a contrario* do citado art. 295 § 2º do texto do nosso código penal.

IV. Finalmente, é mister a *volição especial* de destruir a existencia do homem para se ter o homicidio voluntario. E aqui prevalecem os seguintes principios:

1.º Não basta o *animus nocendi* em geral; é necessario o *animus necandi*.

2.º Si a morte *querida* não se tem realizado como effeito da actividade do agente para a destruição da existencia, se tem a *tentativa* de homicidio — código penal art. 13, combinado com o art. 294, § 1º ou § 2º.

3.º Não é necessario que se determine e se conheça a causa impulsiva do homicidio, quando é conhecido o facto duplice da morte e do proposito de matar; porque a causa impulsiva não é a volição mesma, mas a razão da volição.

4.º Precisa que o facto que dá causa á morte se tenha querido como meio de morte, ou se tenha previsto a morte com effeito certo e provavel.

5.º Si a morte não foi querida, bem que o facto do homem tenha produzido a morte não se tem mais o homicidio voluntario (*crimen homicidii*), mas sim um *homicidio involuntario*. E este pôde ser *casual*, *culposo*, ou *preterintencional*.

Na primeira hypothese, *nullum crimen in casu*. E' o principio estabelecido no art. 27 § 6º do nosso código penal, conforme o qual « não são criminosos os que commetterem o crime *casualmente*, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito feito com attenção ordinaria.»

Na segunda hypothese, se tem a figura do homicidio *meramente culposo* que se acha previsto nos termos do art. 297 do texto.

Na terceira hypothese, se tem a figura d'um delicto menor, do qual o homicidio é uma consequencia, mas *não querida, nem prevista*; e este homicidio torna-se circumstancia aggravadora do crime menor na figura do *homicidio preterintencional*; e nestes limites sómente é que se pôde aceitar a antiga sentença; *Danti operam rei illicitae imputantur omnia quae praeter ejus intentionem eveniunt*.

Neste ponto estabelecendo o nosso código no art. 295 do texto que — « para que se repute *mortal*, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensavel que seja causa efficiente da morte por sua natureza e séde, ou por ter sido praticada sobre pessoa, cuja constituição ou estado morbido anterior concorreram para tornal-a irremediavel-

mente mortal » — nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 295 comprehende duas *concausas* da morte que concorrem para formar duas figuras de offensa ou lesão, seguida de morte e dão lugar á attenuação da pena, considerada em relação ás dos §§ 1º e 2º do anterior art. 294.

As *concausas* do art. 295 são :

1.^a Si a morte resultar, não da natureza e sêde da lesão, e sim de condições personalissimas do offendido (§ 1º), a pena é a de prisão cellullar por 4 a 12 annos.

2.^a Si resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar regimen medico-hygienico reclamado pelo seu estado (§ 2º) a pena é por 2 a 8 annos.

Sem nenhuma modalidade na pena em relação aos effeitos do homicidio *culposo*, conforme já notamos, o codigo no art. 297 do texto estabelece a respectiva figura com pena fixa para ella de dous mezes a dous annos.

O art. 296 e paragrapho unico consagram uma definição de *envenenamento* e outra de *veneno*, mas puramente theoricas e improprias d'um codigo, porque ao facto figurado em si mesmo, ou em suas consequencias, não applicou pena alguma o codigo que aliás considerou *aggravado* o homicidio no art. 294, § 1º, quando concorresse a circumstancia do art. 39 § 3º, isto é, o *veneno* como meio de praticar o crime. Carvalho Durão analysou bem a absurda disposição do art. 296 do texto. ¹

144. Nada mais temos a dizer em geral sobre o homicidio propriamente dito, porque o estudo das aggravantes que figuram por simples referencia aos arts. 39 e 41, como aggravantes *geraes* que são, foi feito no outro livro que temos citado sobre a parte *geral* do codigo e de modo muito extenso. ²

Os nossos codigos anterior e vigente não seguiram o systema d'outros codigos v. g. do italiano, fonte dos projectos, que coordenam com os crimes em especie, por exemplo, com o homicidio, as circumstancias que os aggravam ou qualificam.

Em todo caso, no fim do capitulo daremos alguns arestos com as observações que merecerem.

Os projectos de revisão e o de 1899, art. 293, se alliam ao codigo italiano, assentando sobre a doutrina e enumerando, além do homicidio *simplex*, art. 293 pr.; varias figuras do homicidio *qualificado*, §§ 1º e 2º.

Assim estabelece duas classes. Uma dos homicidios *aggravados* ou *qualificados ex-personarum conditione*, e outra dos homicidios aggravados *ex-rerum qualitate*

¹ O DIREITO, vol. 55 pag. 182, II, *beneficio e envenenamento*.

² DO AUTOR : COD. PEN. COMMENTADO CIT. vol. 2º pag. 64 a 168.

e cada uma das fórmulas de agravação ou qualificação tem uma gradação dupla.

A primeira classe comprehende :

a) o *parricidio improprio*, isto é, o homicidio do con-
juge, irmão, pai ou mãe adoptivos ou de affim em linha
recta : § 1º n. I;

b) o *parricidio proprio*, isto é, o homicidio do ascendente
ou descendente legitimo, ou illegitimo, legalmente reco-
nhecido : § 2º n. 6.

O *parricidio improprio* é punido com 8 a 24 annos de
prisão com trabalho ; o *proprio* com 10 a 30 annos.

Para ambas as especies deve-se notar, com Pessina,
1º que o vinculo de parentesco deve ser provado na realidade
da cousa, como deve ter estado presente na consciencia do
delinquente ; 2º que este vinculo pessoal não pôde esten-
der-se como de agravação d'um a outro dos casos, salvo
quando aquelle vinculo tenha servido como meio para o
estranho conseguir que o crime se verifique ; 3º, que esse
vinculo deve ser daquelles que possam ser provados juridi-
camente, assim que a paternidade e filiação adulterinas
não podem ser causa de agravação do homicidio ou
parricidio.

O cod. pen. vigente pune o homicidio simples com
seis a 24 annos de prisão celllar, art. 294, § 2º.

O parricidio proprio e improprio são punidos com a
mesma pena de 12 a 30 annos, art. 294, § 1º, com refe-
rencia ao art. 39, § 9º, que equipara-os até ao do domes-
tico.

Outra serie de agravações do homicidio voluntario é
constituída por circumstancias ou condições objectivas. E
tambem estas já estão divididas em duas especies:

A. A agravação objectiva da primeira especie deriva
de duas hypotheses:

a) Uma é a morte de membro do Congresso Nacional,
de Assembléa Estadoal, ou de Conselho Municipal, ou de
qualquer funcionario publico por causa de suas funções ;
projecto de 1899, art. 293, § 1º, n. II.

b) A outra especie é a morte que se executa por meio
de substancias veneficas, art. 293, § 2º, n. II. A primeira
especie eleva a pena de oito até 24 annos ; a segunda es-
pecie de 10 a 30.

O cod. pen. vigente não cogita da primeira especie ; a
segunda está comprehendida nas agravações geraes do
art. 294, § 1º, com referencia ao art. 39, § 3º, incluída
aliás com todos os homicidios que não forem *simples*.

B. A outra classe de agravações objectivas tem lugar
por quatro fórmulas ou em quatro hypotheses diversas:

a) O homicidio *premeditado* é a primeira destas fór-
mas:

O redactor do cod. pen. ital., diz Pessina, imitou o cod. pen. holl. que omittiu definir a *premeditação*, por causa das innumeradas controversias sobre a sua significação juridica. Mas, si o legislador recebeu firmar as condições da premeditação, não é licito desprezar aquillo em que a maior parte dos juristas está de accordo, quanto ao exame da premeditação.

Ella é o proposito acompanhado de fixa e madura reflexão; exige, porém, que diante da mente do criminoso tenha existido o *designio* da acção a executar com a previsão dos meios e dos obstaculos e que a resolução ou projecto do crime tenha estado presente ao espirito do criminoso por certo espaço de tempo anterior á execução do proposito criminoso, e esta anterioridade de tempo reclama, portanto, intervallo mais ou menos longo de actos estranhos entre o proposito meditado e o facto executado.

Tratamos longamente da premeditação na parte *geral* do cod. n'outro livro. ¹

b) A segunda hypothese é constituida pelas duas figuras do homicidio *brutal*, que não teria outra causa impulsiva sinão o impeto de malvadeza brutal, *homicidium bestiale*, assim chamado pelos antigos; e do homicidio *acompanhado de sevicias graves*, isto é, sómente pelo impulso de perversidade brutal, ou com actos de barbaridade ou sevicias, na phrase do projecto de 1899, art. 293, § 2º, n. I.

O nosso cod. art. 294, § 1º, o comprehende pela referencia á aggravante do art. 41, § 2º, que entretanto restringe o conceito dizendo simplesmente: « quando a dôr physica fór augmentada por actos de crueldade ».

c) O homicidio commettido por incendio, inundação, veneno, substancia narcotica, ou qualquer outra de emprego semelhante, ou ainda pelos meios previstos no tit. V deste livro: projecto de 1899, art. 293, § 2º, n. II.

O cod. pen. o comprehende com todos os outros homicidios aggravados no art. 294, § 1º, pela referencia ao art. 39, § 3º.

d) O homicidio que *se junta a outro crime*. Antes elle era chamado *homicidium criminis causa* e está previsto em duas hypotheses:

1ª, o homicidio para preparar ou facilitar a execução de outro crime, ainda que este não chegue a ser commettido: projecto de 1899, art. 293, § 2º, n. IV;

2ª, o homicidio, immediatamente depois de ter sido commettido outro crime, para assegurar o proveito deste, ou por não ter podido conseguir o intento a que se pro-

¹ Do autor, COD. PEN. COMMENTADO CIT., vol. 1º, pag. 210; vol. 2º, pag. 71, ns. 95 e seguintes.

puzera o culpado, ou para occultar o crime, supprimir-lhe os vestígios ou as provas, ou para procurar de qualquer modo a impunidade propria ou de outrem: n. V.

O cod. vigente não cogitou destas ultimas hypotheses, nem nas circumstancias geraes de aggravação.

O projecto pune estas figuras de homicidio com a pena maxima de 10 a 30 annos de prisão com trabalho (art. 293, § 2º), menos o *premeditado* de que não cogitou e ficará sujeito á pena correspondente aos principios geraes de aggravação determinada pelas relativas circumstancias que acompanham o crime.

O cod. pen. comprehende a *premeditação* e outros motivos de aggravação, excepto os indicados, punindo-os tambem com a pena maxima no art. 294, § 1º.

Os projectos de revisão estabelecem aqui modalidades nas figuras e penas correspondentes, quando se tratar de lesões *seguidas de morte* ou de certas *comcausas*, e repellindo outras como motivos de attenuação, reatando assim o rigor classico no crime mais grave, como é o do homicidio, o que nem o cod. crim. anterior, nem o vigente observaram.

Consignaremos por isso na nota abaixo as disposições do projecto como foi approved pela Camara dos Deputados.

Foram lacunas cuidadosamente preenchidas, desde o projecto primitivo de 1893, e que agora se tornam salientes pela citação de todos esses documentos legislativos e a nota das omissões do cod. vigente neste ponto. ¹

¹ Projecto de 1899:

« Art. 294. Verificado o homicidio, a lesão deve ser considerada sempre como causa da morte, ainda que se prove:

I, que a morte em outros casos semelhantes foi impedida, e no caso de que se trata poderia tel-o sido com os soccorros da arte;

II, que a morte resultou de outra causa, occasionada pela lesão;

III, que a morte succedeu pela natureza particular do offendido ou por força das circumstancias em que foi feita a lesão.

Paragrapho unico. Si, porém, a morte fôr resultado de uma causa que já existia no momento da lesão e não por esta aggravada, ou si o offendido desprezou os meios apropriados e conducentes á cura, impor-se-ha a pena de tentativa de homicidio.

Art. 295. Causar, por actos tendentes a produzir uma lesão pessoal, a morte de alguém:

a) em qualquer dos casos do § 1º, do art. 293, — pena de tres a nove annos de prisão com trabalho.

b) em qualquer dos casos do § 2º do dito art. 293, — pena de quatro a 12 annos de prisão com trabalho.

Paragrapho unico. Concorrendo a causa mencionada no paragrapho unico do artigo antecedente, impor-se-ha a pena de cumplicidade da tentativa.

Art. 296. As diminuições de pena, estabelecidas no artigo antecedente, não terão logar quando o culpado tiver podido prever as consequencias de sua acção.»

— Vid. Carvalho Durão, O DIREITO, vol. 55, pag. 540 e vol. 56, pag. 5 — O novo cod. pen. XII, A *comcausa* no homicidio. A *precircumstancia* no homicidio.

143. No art. 297 do texto o nosso código prevê o homicídio *involuntario* ou *culposo*, tendo tido como fonte a disposição, embora peor redigida, a do art. 19 da lei n. 2033 de 20 de setembro de 1871, que é a tradução literal do código francez, arts. 319 e 320, aliás melhoradas e simplificadas pelo código belga, arts. 418 a 420.

Este ultimo código define mesmo de modo geral a *culpa* em relação ao homicídio e ás lesões, dizendo:

« Art. 418. E' culpado de homicídio ou de lesões *involuntarias*, aquelle que causou o mal por *falta (défaut)* de *previdencia* ou de *precaução*, mas sem intenção de attentar contra a pessoa d'outrem.»

Nypels justifica bem pelo uso o emprego da *involuntariedade* a taes factos, e demonstra que as expressões — *falta de previdencia ou de precaução* — comprehendem perfeitamente a nomenclatura casuística do código francez, que as nossas leis, apezar da vigencia do código belga seguiram em 1871 e 1890.

O mesmo autor nota que o homicídio *involuntario* é o meio termo entre o homicídio simples, que é resultado da vontade e o homicídio *casual*, que não é do dominio do direito penal.

E a proposito, já tivemos occasião de dizer que si o legislador considera fortuito e portanto impune e mesmo inimputavel tudo aquillo que escapou á *attenção ordinaria* (nosso cod. pen. art. 27 § 6º), é visto que não pune a culpa levissima ou minima, que quasi se confunde as mais das vezes com o *caso* fortuito, salvo uma excepção, quando o crime fôr o resultado da inobservancia de lei ou regulamento, porque então basta isto para não se pesquisar do momento *moral* do mesmo crime, como succede em geral nas *contravenções*, crimes *policiaes*, segundo a opinião commumente aceita. ⁴

Commentando o código belga, diz Nypels, sobre os artigos que preveem o homicídio e as lesões corporaes *involuntarios*, o legislador caracteriza a *culpa (faute)* punivel por estas duas formulas geraes: *falta de previdencia* ou *falta de precaução*.

A *culpa SEM previdencia* existe, quando o agente não tem previsto o facto que tem resultado de sua acção, quando elle podia e devia prever. Esta culpa póde ter uma causa dupla, a ignorancia d'um facto particular ou de seu caracter; ou ainda uma desattenção culpavel que tem impedido o agente de prevêr o mal determinado que sua acção tem produzido. E' o caso d'um individuo que, manejando uma arma carregada, que elle acreditava não estar, a faz disparar e

⁴ Do autor: o Cod. PEN. COMMENTADO ETC. vol., 1º, pag. 311, n. 75 e seguintes.

fere alguém. E' culpado por haver negligenciado verificar o estado da arma.

E' a *negligencia* prevista no homicídio e lesões corporaes pelo nosso código penal, arts. 297 e 306.

Ha *culpa com previdencia* quando o agente tem previsto como possível, mesmo como mais ou menos provavel, o resultado funesto que podia *talvez* produzir *indirectamente* sua acção, mas sem tel-a querido mesmo *eventualmente*.

Si nestas circumstancias elle vai além, elle é culpado por *não* haver tomado as *precauções* necessarias para o effeito de evitar o mal e que estava no poder do homem tomar. E' o caso d'um imprudente que, sabendo que uma arma está carregada, a descarrega á luz do dia n'uma rua frequentada e fere alguém que passa. A *culpa* no caso é muito mais grave que na *hypothese* precedente; a consciencia que tinha o agente da possibilidade ou da probabilidade do mal que succedeu, constitue o *maximum* da negligencia— *culpa dolo proxima*.¹

Este ultimo exemplo é um pouco forte e a *culpa* pelo nosso direito *jure constituto*, é a *culpa média* ou *leve*, confundindo-se a levissima com o *caso* e a *lata* ou *maxima* com o *dolo* e no caso haveria este com as attenuantes applicaveis, *v. g.* a do art. 42 § 1º ou mesmo § 10, porque só um desastrado por indole ou um bebado procederá do modo descripto.

Aliás já tratámos no logar proprio da doutrina da culpa.²

« Para que exista o delicto definido no art. 297 do código penal é necessario que haja da parte do réo imprudencia, negligencia, impericia na arte ou profissão, inobservancia de alguma disposição regulamentar. Não são, pois, punidos os factos *casuales*, de puro accidente, ou força maior, acontecidos sem que haja a menor falta a censurar ao agente.

A imprudencia consiste em não ter o agente previsto a consequencia que resultou de sua acção, consequencia que elle podia e por isso mesmo devia prever.

A negligencia resulta da omissão de uma precaução ordenada pela prudencia e cuja observação teria evitado o accidente.

« Constitue manifesta *imprudencia* trazer um *bond (tramway)* com grande velocidade, em ruas de muito transito.» Sentenças do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 24 de julho, 12 de setembro e 21 de dezembro de 1895.³

146. O homicídio póde na realidade dos factos apre-

¹ Nypels, obr. cit., vol. 3º, art. 418, pag. 114, ns. 1 e 4.

² Do autor: obr. cit., 1º vol., cap. XV, pags. 223-243.

³ Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT., pags. 18, 48, 70 e 121.

sentar-se, não só aggravado ou qualificado, mas, muito ao contrario, attenuado na sua intensidade criminosa. E esta attenuação pôde ser de tal sorte maxima no sentido de eliminar toda punibilidade, como pôde sómente ser tal, de diminuir apenas a criminalidade do facto.

As perturbações do animo ás vezes excluem o crime, mas, ordinariamente, *non excusant in totum sed tantum faciunt ut delinquens mitius puniatur*.

E' a materia das dirimentes previstas no art. 27 e seus paragraphos 3º, 4º e 5º e das attenuantes do art. 42, §§ 1º, 7º e 10, de que tratamos na parte *geral* do codigo em outro trabalho ¹.

Pondo de parte estas condições, que por si mesmas excluem ou attenuam a imputabilidade, uma primeira fórma é a *inculpata tutela*, ou o direito de defesa nas suas varias especies previstas pelo codigo penal, ora como dirimentes, ora como attenuantes, nos arts. 32 a 35 e art. 42, §§ 3º, 4º e 5º, condições estas que dão logar, já á inteira isenção da pena, já á sua attenuação, e de que tambem já nos occupámos no mesmo logar citado ².

Uma segunda razão ou fórma de attenuação é a materia do art. 298 do texto e surge do sentimento da honra.

Em varios codigos anteriores, o *infanticidio* era considerado como *homicidio* AGGRAVADO, si commettido sobre a pessoa daquelle *qui non fatur*, e que, por sua tenra idade, não pôde defender-se. Mas outras legislações consideravão este crime pelo unico aspecto da mãe que commette a morte da sua prole.

No codigo toscano, attenta uma tradição aceita dos codigos allemães, o *infanticidio* tinha a significação exclusiva do homicidio, que a mãe commette na sua prole illegitima.

Ao contrario, no cod. de 1859, dos antigos Estados do Piemonte, o *infanticidio* é a morte voluntaria de uma criança recém-nascida commettida por quem quer que seja.

As duas figuras diversas se delineam em duas direcções oppostas, uma das quaes assentava a razão da aggravação do homicidio, na condição imbelles da criança recém-nascida; a outra, ao contrario, dava como uma razão de attenuação o facto mesmo que arrastava uma mãe a destruir a propria prole, porque, extinguindo o fructo de illegitima união, tinha em mira salvar a propria honra.

O codigo italiano vigente, ao passo que considera como *parricidio* a morte da propria prole, em geral, prevê especialmente o caso da morte da criança recém-nascida para salvar a honra, e faz delle uma especie *sui generis*, ou, para

¹ Do autor: COD. PEN. COMMENTADO, ETC., 1º vol., caps. XIX e XX e 2º vol., cap. XXV, n. 124 e seguintes.

² O mesmo: OBR. CIT., 2º vol., caps. XXI e XXV.

dizer melhor, um crime á parte, que representa uma fôrma de homicidio attenuada pela causa impulsiva de salvar a propria honra ou de pessoa conjuncta.

O nome de *infanticidio* não é reproduzido no art. 369 do codigo italiano, mas nelle está prevista exactamente a hypothese do infanticidio commettido para occultar, por causa de honra, a prole illegitima.

Todos os projectos de revisão seguiram nisto este codigo, dizendo o de 1899, art. 293, § 3º, que « a pena será a de dous a seis annos de prisão com trabalho, si a morte tiver sido commettida pela propria mãe, *durante o parto ou immediatamente depois*, para occultar a sua deshonra ».

A dicção do projecto de 1893, reproduzida no de 1897, approximava-se mais da fonte commum e era preferivel, porque, além de abranger outras pessoas conjunctas, a respeito das quaes milita a mesma razão, refere-se á inscripção no registro do estado civil, realizada a qual, desaparece a razão da attenuação, isto é, occultar a deshonra ⁴.

O art. 293 do texto do nosso codigo penal fez o contrario do projecto de 1899, attenuou em todo caso a morte da criança nos sete primeiros dias do nascimento, qualquer que seja a pessoa agente do crime e quaesquer que sejam os moveis, por mais monstruosos ou ignobeis que sejam !

No paragrapho unico só attenua, conforme o projecto que o seguiu, quando for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria.

Carvalho Durão faz ainda uma critica muito justa do codigo nesta parte ².

O Codigo italiano contém outras fôrmas de attenuação de homicidio descriptas e explicadas pelo notavel autor citado, mas que figuram, quer no nosso codigo, quer nos projectos, como simples circumstancias attenuantes geraes ³.

147. Passemos á materia do art. 299 e ultimo deste capitulo, sobre o *suicidio*, compativel de desenvolvimento, como não parece á primeira vista, sendo, aliás, assumpto pouco conhecido.

Commentando o art. 26, letra c, do codigo penal, diziamos que uma questão grave é a de saber, si o consentimento do *suicida* pôde isentar o que o auxiliou da pena respectiva, ou antes, de toda a responsabilidade; o que é em regra resolvido de modo affirmativo por um autor notavel.

¹ Projecto de 1897 :

« Art. 299. Commetter o crime previsto no art. 293 em infante nos oito primeiros dias do nascimento e ainda não inscripto no registro do estado civil, para salvar a propria honra, ou da mulher, mãe, descendente, filha adoptiva ou irmã :

Pena — detenção por dous a oito annos.»

² Carvalho Durão, O DIREITO, vol. 55, pag. 184, III, *infanticidio*.

³ Pessina, MANUALE CIT., Parte sec., cap. I, pag. 5.

Este lugar, porém, accrescentavamos, não é o proprio para tratar a questão ¹.

Agora tem ella toda opporrtunidade.

O consentimento do offendido isenta da pena o offensor ?

O nosso codigo penal diz :

« Art. 26. Não dirime, nem exclue a intenção criminosa :

c) O consentimento do offendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal.»

Vê-se como o codigo responde aqui áquella interrogação.

Entre nós é, inquestionavelmente, um ponto de legislação positiva, mas a questão tem uma face altamente philosophica e moral, bastando para isso considerar o problema anthropologico-juridico do *homicidio-suicidio* ².

Terá o nosso codigo, no art. 299, cogitado delle ?

E' o que veremos depois.

Um nosso estudo anterior sobre o assumpto é citado por Alimena, ao mesmo tempo que o livro precioso de Enrico Ferri, embora seja aquelle sabio criminalista de diverso parecer na monumental monographia que escreveu sobre a *imputabilidade* ³.

O problema foi resolvido pelos codigos contemporaneos, nota Alimena, e achámos ahí dous systemas.

Em primeiro lugar, o cod. grego, art. 98, e o novo cod. brasileiro, art. 26 c, os quaes, na parte *geral*, declaram que o consenso do sujeito passivo do crime não vale para eliminar a responsabilidade.

O codigo italiano, ao contrario, não tem um principio tão geral, mas prevê o consenso em determinados casos.

Assim, o auxilio prestado ao suicidio pune-se com pena menor do que a decretada para o homicidio, art. 370; e o consenso da mulher é causa de attenuação da pena no aborto procurado, art. 382.

Esta solução branda parte do conceito de que o consenso diminue a gravidade do delicto, porque não se viola a vontade da victima, e diminue a quantidade do perigo da segurança do direito, porque o ataque é desejado por quem o soffre. Mas no caso de auxilio ao suicidio, eu teria preferido que este conceito tivesse sido entrelaçado com o outro dos motivos, porque o apparecimento de um homem que mata, seja mesmo o consensiente, só porque não lhe repugna o

¹ Do autor : OBR. CIT., 1º vol., n. 62, pag. 260.

² Enrico Ferri, L'OMICIDIO-SUICIDIO; Torino, 1893.

³ REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, Recife, 1894, artigo do autor, *O consentimento do offendido isenta da pena o offensor?* — Alimena, L'IMPUTABILITÀ; Torino, 1894-99, 2º vol., pag. 394, V, e 397, not. 1.

sangue, é cousa tal que, *indirectamente*, produz o maior alarma ¹.

Por ahí se infere a opinião de Alimena, cuja obra póde ser consultada.

Nós nos alliamos á de Ferri, que mantemos.

A intelligencia do citado art. 26, letra *c*, está subordinada naturalmente ao mesmo código, quando diz :

« Art. 407. Haverá logar a acção penal:

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

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

« *Exceptuam-se* :

« 1.º Os crimes de furto e 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, salvos os casos do art. 274. »

A confrontação das disposições dos arts. 26 e 407 mostra que, tratando-se de crimes previstos neste ultimo art., § 2º, ns. 1 e 2, salvo os casos do art. 274, o consentimento do offendido dirime e exclue a intenção criminosa.

Penso que o confronto dos dous artigos imprime uma certa nota de immoralidade na formula do art. 26, letra *c*, tratando-se, já não digo do furto e do damno, mas de outros crimes.

Não haveria elemento para constituir o furto, que é « subtrahir para si, ou para outrem, cousa alheia, movel, *contra a vontade do seu dono* » (cod., art. 330) ; nem tambem do damno (cod., art. 329, §§ 1º e 2º).

Mas, tratando-se de crimes chamados contra « os bons costumes e a ordem na familia », parece que o legislador no art. 26 sanciona uma torpeza, excluindo a acção criminal, si o consentimento previo tiver sido dado ao sujeito activo do facto.

Em taes crimes, tratando-se de pessoas de certa idade e na ausencia de violencia ou condição que se lhe assemelhe, o offensor tem a seu favor uma excepção peremptoria que obsta á punição, porque o consentimento se póde presumir.

Mas a questão aqui é diversa.

Não obstante as disposições dos arts. 26 e 407, tratando-se de estupro ou de rapto, si se verificar a violencia, é claro que se não póde fallar de consentimento, ou este tiver sido dado por pessoa de menor idade, é como se não existira, porque a idade nesses casos é um elemento da figura respectiva do crime que já presuppõe a incapacidade de consentir.

¹ Alimena, OBR. CIT., *loc. cit.*, pag. 393.

Resta o adulterio que nunca é tal pela lei, consentindo o mais interessado, que apesar de offendido, não se offende (art. 279); o parto supposto na figura esdruxula do art. 282 e a calúnia e injúria, arts. 315 e seguintes, que não são casos estes ultimos a especificar, porque simplesmente não se comprehende facilmente como um individuo consentirá para que outro o calunnie, diffame ou injurie.

Assim Renazzi, cuja opinião aliás é em geral inaceitavel, nega a validade ao consentimento, mesmo nos casos de crimes menores e até de *injúria*, porque — *volens affici injúria nihil fere a furioso*.

De tudo resulta que o principio foi mal formulado no cod. penal, especialmente com referencia ao uso da acção criminal.

Os criminalistas e entre elles o allemão Berner estabelecem certos principios geraes nesta materia e depois tratam das questões especiaes que o assumpto suscita.

« A maxima *volenti non fit injúria* tem sido interpretada muito latamente. Ella é deduzida da L. 1ª, § 5, D. *De injuriis*. Neste logar não se falla absolutamente de offensas ao direito in genere, mas de *injurias* propriamente; e se hoje não se deve entender a maxima neste sentido limitado, tambem não se póde estendel-a a todo o direito. A renuncia do direito acha um limite no *direito de outrem* e no *interesse publico*. Não se póde renunciar um direito quando com isto se offenda um direito de outros, por exemplo, da familia, porque aqui ao direito proprio corresponde um dever e a renuncia ao direito seria ao mesmo tempo a offensa de um dever. Assim tambem não se póde renunciar aquelles direitos, á cuja manutenção se liga um interesse publico, desde que *jus publicum privatorum voluntate mutare nequit*.

A faculdade de renunciar se limita ao mero *direito privado*; e tambem neste não é absoluta.

Ella póde verificar-se sómente a respeito daquelles direitos privados que não constituem uma *condição da natureza moral do homem*. A liberdade pessoal, si bem que direito privado, por exemplo, é inalienavel; a redução da propria pessoa á escravidão é nulla, porque a liberdade é condição substancial da natureza humana. Só os direitos não absolutamente necessarios á natureza moral do homem, podem ser *alienados* ou *renunciados*; a elles pertencem os direitos patrimoniaes.

Por tal modo a maxima *volenti non fit injúria* é applicavel só aos direitos privados alienaveis; e si nestes casos a pessoa retira a sua vontade do objecto, este fica despojado do direito. Não só a pessoa investida do direito, mas tambem uma outra que daquella tenha tido faculdade *poderia offender o objecto sem consumir crime*. Renunciando a pessoa a um direito inalienavel, não será offendida

a vontade do *individuo*, o *direito especial*; mas se achará offendida a *vontade commum*, o *direito commum* ¹.

Ortolan e Haus sustentam as mesmas idéas ².

Antes de tudo precisa notar que não admittimos essa divisão de direitos absolutos *innatos* e direitos relativos ou adquiridos ou lhe daremos com Ferri uma significação differente.

Os metaphysicos de toda especie é que teem principal e quasi exclusivamente concorrido para obscurecer a verdadeira noção do direito com as suas idéas de immutabilidade e absoluto na philosophia.

Si ha um principio *absoluto* no direito é o da sua relatividade, que é a consequencia de um principio mais geral, a *relatividade* da sciencia, dos nossos conhecimentos, do espirito humano, considerado em si mesmo e nos seus productos, como orgão e como funcção, estatica e dynamicamente.

. . . E disto resulta que os direitos *innatos* no sentido dos metaphysicos não existem.

A admittil-os nós precisaríamos inverter toda doutrina metaphysica, porque teríamos de surprehender a genese do direito no instincto biologico da fome para chegar lentamente, por uma serie de phases successivas, á idéa do direito no mais alto gráo de abstracção em que hoje se acha, como um resultado indiscutivel da evolução produzida desde a sua concepção mais grosseira até o seu estado actual, como idéa e como sentimento.

O conceito dos direitos *innatos* só teria razão plausivel, considerando os principios a *priori*, em que se funda o systema racionalista que o ensina, como habitos hereditarios, producto de uma experiencia prolongada durante innumeraveis gerações. ³

Esta observação mostra não só que os direitos mais importantes podem ser a resultante dos direitos menos importantes, como tambem tanto em sua genese como em sua evolução, uns e outros se entrelaçam pela trama da vida individual no ambiente social.

A questão que nos occupa tem a sua maxima importancia no aspecto do *homicidio-suicidio*, pois que todos os outros em face deste são secundarios.

Assim póde-se perguntar :

O homem póde dispôr da sua vida ?

¹ Berner, TRATATO DI DIRITTO PENALE (trad.) Milano, 1887, § 82, pag. 113.

² Ortolan, *Droit Pénal*, Paris, 1875, 1º vol., n. 549, pag. 222; Haus, *DROIT PÉNAL BELGE*, 1º vol., pag. 499, n. 648.

³ *Philosophia, sciencia, direito*, artigo do autor no *Jornal do Commercio* n. 55, de 24 de fevereiro de 1894. O *DIREITO*, vol. 65, pag. 5.

O consentimento do paciente da propria morte tem valor juridico e em que limites para o autor ou auxiliador da morte ?

Nota bem Ferri que a resposta á primeira interrogação inclue a solução da segunda, embora os criminalistas, como Berner e outros, preocupando-se exclusivamente da segunda, não se occupem de discutir a primeira. ¹

148. E aqui se mostra que não resolve a questão a supposta inalienabilidade ou intangibilidade dos direitos, pois que, como diz Ferri, a distincção entre direitos innatos e adquiridos não é sinão relativa e provisoria, porque o unico positivo criterio limitativo é a *necessidade* da existencia social.

Onde não implica a *necessidade* da existencia social, todo e qualquer direito é intangivel e inalienavel, mas cessa de sê-lo apenas se ache elle em collisão com aquella necessidade que é a *suprema lex*. ²

Assim « o direito de propriedade mantem-se em toda sua plenitude, salva a desapropriação por *necessidade*, ou *utilidade publica*, mediante indemnisação previa ». Const. Fed., art. 72 § 17.

O direito de liberdade tem o mesmo caracteristico, o que não impede, porém, que a lei penal sequestre perpetuamente a liberdade do criminoso.

O direito á vida é intangivel, mas os codigos penaes autorisam a dispôr d'elle, não só no caso de legitima defesa, como tambem no da applicação da pena de morte, infligida pelo poder da mesma sociedade.

Vê-se que neste ponto nada ha de absoluto ; ao contrario, tudo é relativo.

Do mesmo modo podemos assentar a these que com relação ao individuo, o direito á vida é renunciavel e abdicavel por parte de quem é o sujeito d'elle e assim o homem, como tem — direito de viver, tem o direito de morrer.

Ferri nota que todos os argumentos contrarios se reduzem a dous :

1º, o homem, tendo um fim supremo a attingir, imposto pela lei moral, tem obrigação de conservar a propria existencia, que é o meio de conseguir aquelle fim ;

2º, que á vida de um homem tem direito, não sómente elle, mas os membros da sua familia e o principe, segundo os juristas medievaes, ou a sociedade, segundo os juristas do 18º seculo.

A primeira razão não colhe porque é da alçada da reli-

¹ Alimena, cuja opinião é insuspeita, refuta os argumentos fundados na *maxima volenti et consentienti non fit injuria* e na distincção entre direitos alienaveis e inalienaveis (*loc. cit.*, pag. 395).

² Ferri, *obr. cit.*, § 1º.

gião e da moral ; os deveres juridicos são justamente negativos (*neminem lædere*), *externos* e coactivos, em contrario aos deveres ethicos.

Assim me parece, diz Ferri, que uma das verdadeiras razões juridicas, pelas quaes o suicidio não pôde constituir um crime, é exactamente aquella indicada por Ellero, Halschner e Catalano — que o crime sendo a violação de um direito e sendo o direito uma relação *externa*, uma *proportio hominis ad hominem*, não pôde ser crime uma acção que o homem realisa sobre si mesmo. ¹

Resta a segunda razão.

E' sabido que neste ponto, ao passo que uns pensam que o individuo constitue um meio para os fins do Estado, ao contrario, outros pensam que o Estado é um meio para os fins do individuo.

Entre uns e outros se pôde estabelecer que individuo e sociedade não estão em relação de sujeição de um ao outro, mas em relação de coexistencia necessaria.

E assim é tão exagerado o atomismo de Arhens, de que o homem por causa da sua personalidade é fim para si mesmo, como o socialismo metaphysico de quem afoga e anniquila por uma completa subordinação o individuo na sociedade.

Não ha, pois, um *verdadeiro e proprio direito* da sociedade e da familia sobre a *existencia* do individuo, a menos que não se renovem os vinculos da escravidão.

E' certo que o individuo tem deveres juridicos para com a sociedade, mas sómente *emquanto vive* ; mas elle se subtrahе á toda relação juridica com a mesma sociedade, tanto quando renuncia a vida de modo *absoluto*, como quando renuncia sómente á vida no sentido sómente dessa mesma sociedade, por exemplo, *emigrando*. ²

O homem só tem direitos e deveres *porque e emquanto* vive em sociedade e por isso Beccaria e outros tinham razão equiparando a condição juridica do *suicida* ao do *emigrante*.

Mors omnia solvit.

Assentado o principio de que não é contrario ao direito que o homem disponha da propria existencia, é facil resolver a questão : si o consentimento do paciente da propria morte tenha valor juridico e em que limites para o autor ou o auxiliador da morte.

Demonstrado, diz Giovanni Albano, resumindo a theoria de Ferri, que o homem tem o direito de dispôr da propria vida, delle deriva por consequencia logica que o consentimento á propria morte é natural e legitimo e, pois, o homicidio do consensiente não reentra no campo do direito penal.

¹ Vid. Carrara, *Programma*, Part. Special, vol. 2º, § 1407, pag. 73 ; vol. 5º, § 2886, pag. 590 ; Pessina, *Elementi di diritto penale*, 2º vol. pag. 15.

² Ferri, obra cit. § 1º.

Mas se illudiria quem acreditasse dever dar á esta consequencia que Ferri deduz da sua soluçãõ á primeira questãõ, um alcance e um valor absoluto ¹.

Ao raciocinio de Berner, que antes expuzemos, Ferri oppõe com razãõ que, si a maxima *volenti non fit injuria* soffre as restricções que Berner e outros pretendem, isto só se pôde entender só e até quando o individuo vive em sociedade e, pois, o argumento labora em uma petição de principio

Em segundo lugar, o criterio positivo para a applicação da regra *volenti non fit injuria*, em vez de ser a renunciabilidade ou não do direito individual, não pôde ser outro sinão o criterio dos motivos determinantes, juridicos ou antijuridicos, do agente ².

Na verdade, si o consentimento é extorquido com violencia ou com fraude, si o homicida se aproveita da menoridade do consensiente, ou das condições pathologicas do seu cerebro, então estamos na hypothese de um proprio e verdadeiro homicidio e o consenso perde toda e qualquer força dirimente.

Mas não é, acrescenta Albano, só o consentimento assim extorquido que torna o acto illegitimo; elle o é tambem porque o agente, assim operando, mostra claramente ser determinado á acção por motivos illegitimos, antisociaes, isto é, se revela um verdadeiro delinquente, mais ou menos temivel, e pois, mais ou menos punivel ³.

Ferri faz neste ponto uma esplendida e opportuna applicação dos principios estabelecidos na sua obra prima *Sociologia Criminale*.

Assim, quem mata um outro, mediante o seu consentimento, não é juridicamente responsavel, si se determinou á acção, além do consentimento da victima, por um motivo juridico e social, como a amisade, o amor, a piedade; e ao contrario, é juridicamente responsavel, si este motivo da terrivel acção, é antijuridico e antisocial, como a cubiça, o odio, a vingança, etc... ⁴

As fórmas do homicidio-suicidio se podem reduzir a duas: *suicidio-participação* ao suicidio (por instigação ou auxilio) e *suicidio-morte* do consensiente.

Todos os criminalistas modernos, inclusive aquelles mesmos, ainda não emancipados de preconceitos ethicos ou religiosos, convém na impunidade do suicidio.

Mas, desde que se trata de *participação* ao suicidio de outrem opinão que ella constitue um verdadeiro delicto.

Ferri, porém, demonstra que sendo o suicidio uma acção juridicamente licita, por uma ou outra razão a parti-

¹ *La Scuola Positiva*, anno III, 1893, Roma, pag. 181.

² Vide Ferri, *Op. cit.* § II.

³ *La Scuola cit.*, *ibid.*

⁴ Ferri, *SOCIOLOGIA CRIMINALE*, Torino, 1892, pag. 559.

cipação ao mesmo suicídio não pôde ser, *por si só*, uma acção juridicamente illicita.

Para dar-lhe este character é mister alguma cousa mais, isto é, a illegitimidade dos motivos determinantes.

Se reentra assim na indagação já feita e se demonstra ainda uma vez como a theoria dos motivos determinantes é a unica que na verdade pôde conciliar, em todas as hypotheses, as exigencias da lueta contra o delicto, com o respeito aos direitos individuaes de todos os cidadãos.

O mesmo se pôde repetir para a *morte* do consentiente.

Assim desde que se demonstra que eu tenho o direito de matar-me, nenhuma differença real e juridica ha na minha acção, quer eu me procure a morte com uma arma ou com um veneno, quer a procure pela mão de um *amigo*, sempre que este, em ambos os casos, ceda ás minhas supplicas por piedade ou por amisade e não por motivos immoraes ¹.

149. Dos codigos actuaes, uns teem sancções penaes para a tentativa de suicidio, a maior parte, porém, não se occupa do suicidio.

O nosso cod. penal estabelece no texto :

« Art. 299. *Induzir* ou *ajudar* alguém a suicidar-se, ou para esse fim *fornecer-lhe meios* com conhecimento de causa : pena — de prisão cellular por 2 a 4 annos. »

Esta disposição teve como fonte o art. 370 do cod. ital. que declara que — « aquelle que determina outrem ao suicidio ou lhe presta auxilio é punido, si o suicidio se realisa, com a reclusão de 3 a 9 annos. »

Deante de um codigo que não falla da morte do consentiente, será o autor da morte punivel, ou, não como homicida commum, na fórma dos arts. 294 e seguintes do nosso codigo ?

Ferri no dizer de Albano resolve de modo genial a questão ².

A opinião de Ferri ao mesmo tempo original e justa, porque foi elle o primeiro que affrontou o problema e o resolveu *não serve inteiramente* de interpretação ao nosso codigo; mas, se pôde resumir assim :

Na sancção generica do homicidio simples ou qualificado (cod. bras. art. 294) pôde ou antes deve incluir-se aquella dentre as hypotheses de homicidio-suicidio, que não esteja expressamente contemplada pela lei (cit. art. 299); mas, sómente nos casos em que a acção, porque foi determinada no agente por motivos antisociaes, immoraes, anti-juridicos, não é sinão uma fórma ou directa (morte do

¹ Ferri, L'OMICIDIO-SUICIDIO cit. § III.

² LA SCUOLA POSITIVA cit. ibid. Ferri. Obr. cit. § IV.

consensiente) ou indirecta (participação ao suicídio), e menos frequente, mas igualmente temível, de verdadeiro e proprio homicídio temível.

Si as indagações sobre os motivos, isto é, sobre a causa de delinquir, puzerem em relevo os caracteres perigosos do agente, o juiz condemnará nos termos do art. 294 (cod. bras.); si ao contrario (e aqui a nossa lei é diversa) demonstrarem pela mesma causa que o agente foi movido por um alto sentimento de piedade, ou amizade, ou de philantropia etc..., o juiz absolverá, applicando o art. 46 (do cod. ital.) que como Ferri previa, antes que o cod. ital. fosse applicado e como aconteceu na realidade, não pôde excluir nos casos verdadeiros a dirimente da *força irresistivel* ¹.

Esta ultima solução não se adapta ao nosso cod. pen. vigente, porque no art. 27 § 5º elle só se refere á *violencia physica* irresistivel.

O cod. crim. anterior é que, no art. 10 § 3º, fallava simplesmente de força ou medo irresistiveis, parecendo assim comprehender a força *moral*, isto é, os affectos, a paixão, o zelo excessivo pelo proprio dever, estados que, tive occasião de opinar, poderiam dar logar a excluir a criminalidade.

Neste sentido, Puglia tratando do assumpto, cita o meu *Commentario* ao cod. de 1830 ².

No referido *Commentario*, assim como em obra anterior apreciava eu o cod. crim. de 1830 acerca do estado de necessidade e da força irresistivel ³.

O cod. pen. vigente, art. 32 § 1º e art. 33 consagra o *estado de necessidade*, mas, me parece, que este estado não se presta a apoiar a dirimente da morte do consensiente.

O cod. crim. anterior art. 10 § 3º não repellia a solução de Ferri pela extensão que dava á força irresistivel.

O actual, além de restringil-a á *physica* ou *mecanica*, tem o texto citado do art. 26 letra — *c* — que a repelle.

Qual o sentido que os nossos interpretes davam ao art. 196 do cod. ant., fonte do art. 299 do actual?

Thomaz Alves confunde nas especies o caso de que nos occupamos, pretendendo que tudo está comprehendido naquelle artigo, isto é, a *morte* do consensiente ⁴.

Ora, *ajudar* ou *fornecer meios* á alguém para suicidar-se, não é *matar* esse alguém: logo, os nossos codigos teem sido silenciosos sobre o caso.

¹ *La Scuola Positiva* cit. *ibid.*. Obr. cit. § IV.

² Puglia, *Manuale de diritto penale*, Napoli, 1890, pag. 163, 1º vol.

³ Meu *Commentario* cit. pag. 249 e 266, ns. 81 e 87; Meu ENSAIO DE DIR. PEN. Recife 1884, n. 26, pag. 100.

⁴ Thomaz Alves, *Anotações etc.* Rio 1883, 3º vol., art. 196.

Todos sabem que o cod. de 1830 é em seu contexto o projecto do deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos, que como temos dito e repetido, com intuição genial, consagrou nelle ideias hoje reputadas opportunas pela escola moderna na sciencia criminal.

Neste ponto, porém, o cod. de 1830, afastou-se do projecto, limitando-se á disposição do art. 196 e não aproveitando outras do mesmo projecto que por interessantissimas vamos transcrever.

O projecto apresentado em sessão da Camara dos Deputados, de 4 de maio de 1827, na sua 1ª parte, titulo 1º, capitulo 2º, que se inscreve — *delictos justificaveis* — comprehendendo nos arts. 13 a 18 que fecha o capitulo os casos de *necessidade*, defesa e semelhantes e correção heril, paterna e *conjugal* ou antes *marital*, diz sobre o nosso importante assumpto :

« Art. 10. Ninguem será castigado pelos crimes que contra si mesmo commetter, *excepto* nos casos expressos nas leis, ou determinações das autoridades competentes, e *nos em que de taes crimes resultar mal a terceiro.*

Art. 11. Quando do delicto commettido pelo delinquente contra si mesmo resultar mal a terceiro, será o delinquente punido pelo mal causado, *como si directamente o tivesse em vistas.*

Art. 12. Não ha delicto *quando ha consentimento* do que tem de soffrer o mal resultante do mesmo delicto, *salvo quando o consentimento for vicioso.* »

Este projecto que é uma preciosidade juridica, ou antes legislativa, felizmente está reimpresso. ¹

O pensamento do projecto não era uma phantasia juridica ; Benthan que tanto havia inspirado o legislador de 1830 colloca entre os meios de justificação do crime o consentimento.

O consentimento, diz elle, se entende daquelle que viesse a soffrer o mal, si mal houvesse. Que de mais natural do que presumir que este mal não existe ou que é perfeitamente compensado, pois que elle consente ? Assim nós admittimos a regra geral dos juriconsultos : *o consentimento supprime o crime.* Esta regra é fundada sobre duas proposições bem simples, a primeira, que cada um é o melhor juiz de seu proprio interesse, a outra, que um homem não consentiria naquillo que elle acreditasse lhe ser prejudicial.

Esta regra admitte muitas excepções, cuja razão é palpavel : a coerção indevida, a fraude, a reticencia indevida, o

¹ ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, *Camara dos Deputados*. Sessão de 1829, tom. 5º, pag. 95, Rio, 1877.

consentimento nullo ou revogado, a demencia, a embriaguez, a infancia. ¹.

Vê-se a harmonia da doutrina do projecto de 1827 com a opinião de Benthan.

Um dos argumentos a favor da these de Ferri é a attitudde dos tribunaes, o ensinamento que resulta da jurisprudencia sobre o assumpto.

Uma contraprova esplendida da theoria, acha Albano, no facto de corresponder o criterio psychologico propugnado por Ferri, não só aos principios da sciencia moderna, como tambem ao sentimento commum, como outras vezes o teem reconhecido, conforme resulta lançando-se a vista sobre a estatistica judiciaria (como faz Ferri em relação á Allemanha) e á jurisprudencia.

Nas principaes colleções de jurisprudencia não se encontra indicação alguma reflectindo as varias hypotheses do homicidio-suicidio; somente na jurisprudencia franceza da primeira metade do seculo, se lobriga alguma sentença acerca da validade ou não do consentimento; mas, tambem daqui resulta predominante a influencia do criterio psychologico.

Esta indagação negativa a todo custo, pois que numerosos e sempre mais frequentes são os casos de homicidio-suicidio, se póde explicar de dous modos diversos: ou os magistrados não teem crido prudente promover a acção da justiça contra os presumidos culpados; ou, na maior parte, si não na totalidade dos casos, um veredictum ou uma sentença de absolvição teem vindo livrar os accusados de toda responsabilidade.

Se creia em uma, mais do que em outra hypothese, ou em ambas, a conclusão é sempre uma; isto é, que quer o sentimento popular por meio do jury, quer o dos magistrados, acolhem, embora inscientemente a theoria dos motivos determinantes e não creem achar na maior parte dos casos de homicidio-suicidio crimes mais ou menos puniveis.

Completando esta parté da sua obra magistral, Ferri examina alguns casos relativos ou á uma fórma verdadeira de homicidio-suicidio, ou á uma variedade impropria delle, isto é, *concurso culposo ou involuntario no suicidio de outrem*.

A este proposito elle recorda tambem alguns julgados de diversos tribunaes italianos, pelos quaes se poz na tela judiciaria nesses casos uma theoria curiosa de responsabilidade penal, que depois ao mesmo Ferri tocou reduzir á nada, sustentando victoriosamente diante da Corte Suprema a sua impossibilidade logica e a incongruencia juridica, por um

¹ Benthan. LEGISLATION CIVILE E PENALE, ed. Dumont, Paris, 1830, 2º vol., pag. 52.

exame acurado e sabio da vontade suicida em confronto com as condições exigidas pelo art. 370 do cod. ital. (art. 299 do nosso).

Tratava-se de um pharmaceutico que tinha vendido sem receita ou prescripção medica acido sulphurico a um tal que se tinha servido d'elle para suicidar-se.

O tribunal de Mantua, antes e a corte de appellação de Brescia depois, o consideraram culpado exactamente por concurso culposo ou involuntario no suicidio de outrem.

A Cassação, ao contrario, (27 de outubro de 1890, recurso Franzosi, relator Muti) considera o pharmaceutico culpado sómente de *contravenção*, porque, e esta é a these de Ferri — não se póde fallar de homicidio culposo, si não se demonstrar que entre a negligencia, a imprudencia, a inobservancia de regulamentos, etc., e a morte, existe a relação de causa a effeito. ¹.

As conclusões do esplendido estudo de Ferri são estas :

1º, que o codigo deve considerar as duas principaes hypothesees de homicidio-suicidio, a participação ao suicidio por instigação ou por auxilio, conforme o nosso cod. art. 299 e a morte do consensiente, de que nem o italiano, nem o nosso se occupam ;

2º, que deve subordinar a punibilidade d'elle aos motivos determinantes, porque sendo este o criterio que já implicitamente guia aos juizes, especialmente populares, precisa sempre evitar estabelecer uma lei destinada, tambem a despeito do uso e abuso das circumstancias attenuantes, a permanecer nestes casos letra morta ou ser continuamente violada. ².

Póde tambem acontecer que alguém mate o consensiente da propria morte aproveitando a *ocasião* que se lhe offerece, mas, por motivos *illegitimos*.

Neste caso deve ser punido, mas não como qualquer homicida.

E' a opinião de Albano, aliás de accordo com as ideias geraes de Ferri sobre a theoria dos motivos. ³.

Concluido este ligeiro esboço de questão tão original como difficil, devemos notar que uma das faces da questão está resolvida diante dos arts. 26, letra c, 299 e 407 ; isto é, o que induz, ajuda ou fornece meios ao suicida, é punido com a pena applicavel á figura especial do art. 299, ainda que o suicida haja consentido, porque o consentimento não está previsto no art. 26, desde que cabe no caso a acção publica *ex-vi* do art. 407.

¹ LA SCUOLA POSITIVA CIT. *ibid.* Ferri. OBR. CIT. § V.

² Ferri, OBR. CIT. § VI.

³ LA SCUOLA POSITIVA CIT. pag. 186 ; Ferri, SOCIOLOGIA CIT. pags. 504 e segs.

A outra face da questão, porém, não está prevista e isto constitui uma difficuldade pratica quasi invencivel.

Si se tratar de um homicidio-suicidio, isto é, da morte do consentiente por motivos determinantes anti-juridicos não pôde haver escrupulo em applicar o art. 294 do cod. pen., mesmo porque em tal caso as circumstancias do facto poderão ser applicadas racionalmente para graduar a pena.

Mas si o facto foi determinado por sentimentos contrarios e até nobres, como a piedade, o amor, a amizade, a philantropia, a honestidade etc., como proceder?

Temos um facto, que como o do duellio repelle a applicação, não só de circumstancias especiaes, como em rigor dos elementos geraes que entrão na configuração do crime, e é sabido que estes elementos e aquellas circumstancias são indispensaveis para o calculo, para a gradação da penalidade.

Si fossemos coagidos a applicar uma pena applicariamos tambem a do art. 299 do codigo.

Não ha absurdo na solução.

O art. 299 consagra a hypothese de *induzir* alguem a suicidar-se.

Basta attender que o codigo considera como autor do crime o que provocar alguem a commettel-o (arts. 18 § 2 e 19 *pr.*); sendo assim, o induzimento ao suicidio pôde ser equiparado á co-autoria moral do homicidio e portanto a morte do consentiente, sem motivos anti-juridicos determinantes, não se deve applicar o art. 294, mas o art. 299.

Esta solução constrange aquelles que em theoria não veem no caso crime algum punivel; mas pelas razões expostas a nossa lei não comporta a impunidade da morte do consentiente.

Uma observação final.

O que dizer do projecto de 1893 approvedo pela camara dos deputados em 2ª discussão?

Elle se exprimia assim:

« Art. 29. Não excluem a responsabilidade:

« I. A ignorancia ou falsa interpretação da lei penal.

« II. *O consentimento do offendido.* »

Eu substitui a disposição por esta outra formula simplesmente no projecto de 1897:

« Art. 27. Não exclue a responsabilidade a ignorancia ou falsa interpretação da lei penal. »

Eliminaria do futuro codigo essa *vexata quaestio* do consentimento, que o codigo de 1830 calou. ¹

Admiro neste ponto o projecto de Bernardo de Vasconcellos que servio de base principal áquelle codigo, mas a

¹ Entretanto os projectos de 1896 e 1899 mantiveram o art. 26 letra c do codigo vigente.

solução de uma questão controvertida que entre nós nunca foi ventilada, nem no fóro, nem na doutrina, não pôde ser transportada para uma lei que deve representar com ligeiras alterações o estado actual do direito.

A solução do código actual é incompleta e por isso não comprehende a questão mais importante, a da morte do consentiente e muito menos outras questões do consentimento em geral do offendido.

E' preferivel que continue o problema como uma questão aberta.

150. Vamos registrar alguns arestos da nossa jurisprudencia sobre este capitulo do titulo.

«E' reformada a sentença e absolvido o réo condemnado como cumplice do crime de homicidio. Não se dá cumplicidade criminal quando o concurso que a constitue não é prestado *dolosamente*, isto é com *sciencia e consciencia* do crime»: Acc. do Supremo Tribunal Federal de 3 de fevereiro de 1897. ¹.

«Negada a revisão. Não tem a seu favor a circumstancia justificativa da legitima defesa da propria pessoa ou de seus direitos o marido que commette o crime de homicidio, por encontrar sua mulher em flagrante adulterio. Não se considera prejudicado o recurso de revisão pelo facto de haver decorrido mais tempo do que o da pena de prisão a que foi o réo condemnado»: Acc. do Supremo Tribunal Federal de 6 de fevereiro de 1895:

«E' confirmada a sentença que condemnou o recorrente á pena do gráo medio do art. 294 § 2º do cod. pen., de conformidade com as decisões do Jury e resposta affirmativa dada ao quesito de defesa formulado nos termos do art. 27 § 4º do dito código quanto á *privação* e não *perturbação* de sentidos e intelligencia do réo no acto de commetter o crime»: Acc. do Supremo Tribunal Federal de 27 de abril de 1898.

«E' reformada a sentença para ser imposta ao réo a pena legal, que é a do gráo médio do § 1º do art. 294 do cod. pen., porquanto, não tendo sido reconhecida qualquer outra circumstancia aggravante, além da emboscada, e sendo esta elemento constitutivo do crime de homicidio de que se trata não pôde por si só aggravar o crime e pena, que em falta de circumstancias attenuantes, deve ser imposta no gráo médio do citado artigo»: Acc. do Supremo Tribunal Federal de 14 de maio de 1898.

«E' negado provimento ao recurso interposto das sentenças que impuzeram ao recorrente, em dous processos crimes, a pena do gráo médio do art. 193 do cod. crim. de 1830, vista a improcedencia dos motivos allegados contra

¹ REVISÃO DOS PROCESSOS PENAES CIT. Appendice, pag. 409, n. 86.

as mesmas sentenças. Comquanto fossem o juiz e o tribunal que julgaram os processos incompetentes para a reforma das sentenças, já em plena execução, a pretexto de observancia do disposto no paragrapho unico do art. 3º do cod. pen. pois que a revisão dos processos crimes só compete ao Supremo Tribunal Federal, deixa este, na fórmula da lei, de infirmar taes decisões, no intuito de não aggravar a pena que cumpre o recorrente»: Acc. do Supremo Tribunal Federal de 25 de maio de 1898. ¹

Já temos sustentado que só por meio da *revisão* podem ser alteradas as sentenças penaes irrevogaveis, devendo ser considerado derogado o paragrapho unico do art. 3º do cod. pen. ou entendido em devidos termos, á vista do art. 81 da Const. Federal, assim pensando, entendemos que no ultimo aresto o Supremo Tribunal Federal podia desfazer a sentença que depois do processo findo alterou a sentença que já se executava. ²

« Homicidio *culposo* — art. 297 do cod. penal. Erro sobre a pessoa. Falta de intenção criminosa no homicidio culposo. Acc. do Tribunal Civ. e Crim. de 30 de setembro de 1897, *relator* Lima Drummond, com voto vencido de Viveiros de Castro.

« 1.º Segundo o art. 3º, paragrapho unico do cod. pen., deve applicar-se a lei penal posterior ao delinquente anteriormente condemnado, quando ella pune o facto que foi objecto da condemnação, com pena menos rigorosa que a da lei sob cujo dominio se realizou o julgamento.

« 2.º Para dizer-se que a pena de uma lei nova é *menos* rigorosa que a imposta pela lei anterior, é mister que aquella seja applicada ao facto já julgado, *como si elle ainda não o houvera sido*, tendo-se em consideração todas as circumstancias que o acompanharam e, segundo a nova lei, determinam a pena applicavel e seu gráo, e que, conhecida assim a *pena que pela lei nova corresponde ao facto anterior*, se estabeleça a comparação entre ella e a pena imposta.

« 3.º Nestes termos a pena imposta no maximo do art. 193 do antigo cod. crim. deve ser convertida na pena maxima do art. 294 § 1º do cod. penal (vigente), si, com outras circumstancias aggravantes, tiver concorrido alguma das circumstancias elementares do citado art. 294, § 1º.

« 4.º Na conversão da pena se attende sempre á prisão preventiva, de conformidade com o art. 60 do cod. pen. » Acc. da Relação de *Petropolis*, 23 de novembro de 1897.

Este accordão é estrictamente juridico e está de accordo com a doutrina geral na materia.

¹ JURISPRUDENCIA CIT. de 1895, pag. 209, n 156; de 1898, pags. 314, 316 e 318, ns. 272, 274 e 276.

² EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, do projecto de 1897, pag. 1.

As razões d'um dos votos vencidos e as observações da *Revista* que o publicou importariam dar ao juiz o formidável poder de se converter em legislador da peor especie, fazendo a lei para cada caso occorrente.

O acto da conversão é mesmo um *rejudgamento* e o réo já é beneficiado, si *rejudgado* pela nova lei, esta lhe é applicada por ser mais favoravel.

O ministro Mancini dizia « que o conceito da benignidade comprehende, tanto os *elementos* exigidos para *constituir* o *crime* e as *condições* para o exercicio da acção penal, quanto a *especie* e a *duração* da pena ».

Crivellari, citando-o, refere-se tambem á opinião de Berner e Tolomei. ¹

Ha muito que sustentamos a mesma opinião. ²

« 1.º E' van a tentativa de morte preparada com meio proprio e executada com improprio.

« 2.º Nella as ameaças praticadas contra o paciente para executal-a não podem aggravar o segundo delicto — damno contra o predio do paciente — que o autor instantaneamente resolveu e executou em seguida á van tentativa, porque desta claramente independem.

« 3.º Este segundo delicto é unicamente damno simples, e da van tentativa tão sómente resulta, *ex-vi* do art. 15 do cod. penal, materia para processo pelos dous crimes publicos — uso de armas offensivas e ameaças.

« 4.º Os autos do processo da van tentativa, posto que nascido da queixa do paciente, não se compadecem com a

¹ Crivellari, OBR. CIT. vol 1º, pag. 189, n. 148; Majno. OBR. CIT. 1º vol., art. 2º, pag. 14, n. 13.

² Criticando o art. 3º e paragrapho unico do cod. pen. a proposito da reforma iniciada pelo projecto de 1893, tive occasião de dizer, alludindo aos males possiveis que impediram na Italia alterar as sentenças irrevogaveis para minorar a pena dos condemnados:

« Entre nós parece que tudo isso passou despercebido, não só ao autor do codigo vigente, como aos tribunaes, de modo que, como a cousa mais simples deste mundo, os juizes e tribunaes foram indifferentemente reduzindo a pena, ou pondo na rua os *agraciados* com uma pena menor no codigo.

« Ninguem se lembrou de que o codigo vigente alterou profundamente o calculo da penalidade, a gradação das penas, augmentando os seus grãos de 3 para 5 (art. 62) no que o seguiu o projecto de 1893, creando *circumstancias preponderantes*, fazendo da *premeditação* uma *qualificativa* do homicidio, quando pelo cod. anterior era esta uma aggravante geral e simples, etc....

« Ora, a revisão de taes processos, em que *se via* a pena diminuida pelo cod. actual, *não se via*, por falta de exame com criterios adequados que, por exemplo, o assassino condemnado a 12 annos de prisão com trabalho, conforme o art. 193 do codigo anterior, se fosse julgado agora, conforme o art. 294 § 1º, seria condemnado a 25 annos e 6 mezes de prisão cellular, de accordo com o § 2º do art. 62!

« O que *se vê* é que o novo cod. *diminuiu* a pena, o que *não se vê* é que *augmentou*. Os tribunaes teem visto o que *se vê*, mas não o que *se não vê*.» JORNAL DO COMMERCIO n. 242, de 1 de setembro de 1894. — O *projecto do Cod. Pen.* II.

classificação na pronuncia em damno simples». Sentença do Dr. *Continentino*, juiz de direito de *Oliveira* (Minas), 11 de julho de 1895.

Este aresto interpreta juridicamente o cod. penal, sendo a monographia que se lhe segue sobre a materia publicada na *Revista de Jurisprudencia* um estudo que honra a competencia do seu autor.

Sobre parte do assumpto publicamos tambem um artigo no *Direito*.¹

«1.º Por força do art. 63 da lei de 3 de dezembro de 1841 e arts. 367 e 371 do Reg. n. 120, de 31 de janeiro de 1842, os quesitos devem ser feitos em proposições simples e bem distinctas, de modo a evitar-se o equivoco ou amphibologia nas respostas do jury.

«2.º Nullo, portanto, é o julgamento, si no 1º quesito se cumulam as qucstões — ferimentos por sevicias — e de morte em consequencia da *septicemia* consecutiva ás ditas offensas.

«3.º Nesse caso cumpria formularem-se quesitos distinctos: 1º, sobre os ferimentos e contusões mencionados no auto de autopsia; 2º, sobre se a morte proveu delles; 3º, si as ditas lesões foram causa efficiente da morte por sua natureza e sede; 4º, e seguindo-se os demais quesitos relativos ás diversas modalidades do art. 295 do cod. penal»: Acc. da Corte de Appellação, 28 de julho de 1899.²

«1.º O damno irreparavel é elemento essencial e constitutivo do crime de homicidio, e não póde, sem absurdo, ser convertido em circumstancia aggravante desse crime.

«2.º O superior de que falla o § 7º do art. 16 do codigo criminal (art. 39 § 9º do codigo penal) é o que tem qualidade, pela qual possa ser considerado para com o offensor em razão de pai, o que si não entende com um sargento a respeito do soldado.

«3.º Intelligencia dos arts. 16 § 7º, 17 § 4º, 192 e 193 do codigo criminal — arts. 39, § 9º; 41, § 3º, e 294 §§ 1º e 2º do codigo penal»: Acc. Rel. Rio 31 março 1874.

«Tem logar a pronuncia do réo na sancção do art. 294 § 1º do codigo penal independentemente de exame cadaverico da victima do homicidio, ou de corpo de delicto indirecto, do qual se evidencie, não só a relação de causalidade entre a lesão corporea que se allega determinante da morte e essa mesma morte, como igualmente a verificação dos elementos de que faz o codigo depender a qualificação do homicidio antes

¹ O *Direito* vol. 41, pag. 161, artigo do autor: Ha verdadeira *tentativa* ou delicto *sui generis* no facto *preparado* por meios *proprios* mas tentado por *improprios*? Respondemos *não*.

² REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT. vol 1º, pag. 117; vol. 2º, pag. 68; vol. 6º, pag. 174 e vol. 7º, pag. 84.

no citado art. 294, § 1º do que no § 2º desse artigo, ou em qualquer dos §§ do art. 295»: Acc. do Superior Tribunal da *Bahia*, 9 outubro 1894.

O voto vencido do juiz *Lopes de Castro* pareceu-nos o mais prudente na especie, affirmando-o com fundamentos strictamente juridicos, sem que com isto prejudguemos a prova, que aliás podia ser contraria, tornando estes inapplicaveis.

« A circumstancia da surpresa, sendo elemento do crime de homicidio previsto no art. 294 § 1º do codigo penal não pôde produzir o effeito de aggravar a pena decretada no citado artigo e paragrapho.

E' *preponderante* a circumstancia attenuante da menoridade sobre a aggravante da superioridade em armas»: Acc. do Superior Tribunal de Justiça do *Recife* 28 julho 1896. ¹

CAPITULO II

DAS LESÕES PESSOAES

CODIGO

Art. 303. Offender physicamente alguém, produzindo-lhe dôr ou alguma lesão no corpo, embora sem derramamento de sangue :

Pena — de prisão cellullar por tres mezes a um anno.

Art. 304. Si da lesão corporal resultar mutilação ou amputação, deformidade, ou privação permanente do uso de um orgão ou membro, ou qualquer enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho :

Pena — de prisão cellullar por dous a seis annos.

Paragrapho unico. Si produzir incommodo de saude que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de 30 dias :

Pena — de prisão cellullar por um a quatro annos.

Art. 305. Servir-se alguém, contra outrem, de instrumento aviltante, no intuito de causar-lhe dôr physica e injurial-o :

Pena — de prisão cellullar por um a tres annos.

Art. 306. Aquelle que por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar, commetter ou for causa involuntária, directa ou indirectamente, de alguma lesão corporal, será punido com a pena de prisão cellullar por quinze dias a seis mezes.

COMMENTARIO

151. Este capitulo corresponde ao V do codigo penal neste titulo porque elle collocou antes o *aborto* e dividiu o capitulo do *homicidio* em tres, comprehendendo o *infanticidio* e o *suicidio*.

¹ O DIREITO, vol. 4º, pag. 260; vol. 70, pag. 270; vol. 77, pag. 247.

Nada adiantou elle aqui ás disposições do velho código criminal de 1830, arts. 201 a 206 e isto resultará melhor do que já dissemos opportunamente sobre os projectos de revisão e mesmo das polemicas que a reforma tem suscitado.

A exposição de motivos do primitivo projecto de 1893 assim se exprime sobre o assumpto e até sobre a epigraphe, que neste commentario é *lesões pessoas* e não *lesões corporaes*, como está no texto do código penal :

« As disposições relativas ás lesões foram modeladas pelos ultimos e mais importantes códigos vigentes : allemão, hungaro, hollandez e italiano.

As expressões *lesões pessoas* e *offensas*, que figuram na epigraphe e nos textos, em falta de melhor, são muito mais comprehensivas do que o ferimento e offensa physica do código de 1830 e o conceito do novo código — *offender physicamente* alguém, produzindo-lhe dor ou alguma lesão no *corpo*, embora sem *derramamento de sangue*.

O código de 1890 já tinha atrás de si o código hungaro de 1878, que emprega as expressões *Testi sèrtès*, traduzidas, em falta de termos melhores, por *lesão corporal*, mas significando propriamente toda offensa physica a individuo, qualquer que seja a natureza della, ou quaesquer que sejam os actos de que ella resulte. Assim, uma enfermidade causada pelo *terror*, pela *emoção* cahc sob a sanção do capitulo respectivo. ¹

Os outros códigos seguiram o mesmo curso.

O que as legislações teem feito está de accordo com a sciencia criminal, não só estrictamente juridica, mas medico-legal.

A litteratura medico-forense assignala casos em que a morte, ou o damno á saude se póde seguir sem offensa alguma mecanica.

Citaremos a monographia do Dr. A. Schauenstein na monumental obra allemã de Maschka sob o expressivo titulo « Damnos á saude e morte, por *traumatismos psychicos* ». ²

Outra questão insoluta ou resolvida de modo insufficiente pelos nossos códigos : a gravidade das lesões.

Pretende-se que a incapacidade do offendido para suas occupações habituaes por certo periodo de tempo seja um criterio empirico.

Elle figura, entretanto, nos códigos actuaes e a divergencia não assenta só no campo juridico, nos vem do medico ou do commum, o medico-forense.

Assim, si Taylor, por exemplo, affeiçãoado ao direito in-

¹ Martinet & Dareste, OBR. CIT., pag. 117, not. 1.

² Maschka, TRATTATO DI MEDICINA LEGALE, Napoli, 1883 — 1893, vol. 1º, pag. 331.

glez, nos falla de um prejuizo corporal serio (*grievous bodily-harm*), Coutagne, o seu traductor, responde-lhe com o criterio da incapacidade de trabalho do codigo francez, considerando-a de apreciação mais precisa sob o ponto de vista medical. ¹

E no *Manual de Médecine Legale*, de Briand & Chaudé, figura um quadro de prognosticos de lesões por causas externas, do Dr. Biessy, considerando-as, quanto á sua natureza, séde, vias de cura, duração, média de tratamento. ²

Mas o que é essencial e pratico é que o projecto accitou as disposições dos codigos modernos calculados em geral sobre as conclusões da sciencia medica e as necessidades praticas, combinando os criterios da incapacidade de trabalho e do diagnostico e prognostico medicos e temperando a um tempo o rigor das sancções penaes e as duvidas ou incertezas possiveis das pericias mesmo, por uma disposição como a que figura na ultima parte do primeiro artigo do capitulo.

Ad instar do homicidio, o capitulo consagra aggravantes das lesões, assim como a attenuante do excesso no fim, salvo no caso de previsibilidade, justamente como no homicidio.

As lesões culposas estão subordinadas ás regras geraes sobre o homicidio culposo.

As disposições communs regularisam as sancções anteriores e preveem situações que não são novas para os ultimos codigos, tendo como objectivo não deixar impunes factos criminosos, nem punil-os pelas regras geraes, porque a difficuldade da prova induziria immediatamente á impunidade.

Os ultimos artigos consagram de modo facultativo o beneficio da attenuação ou mesmo da isenção de pena em caso de offensas levissimas compensadas ou retorsão de injurias por offensas ou destas por outras, em attenção á natureza e condições da compensação ou da defeza legitima, difficil ás vezes de caracterisar em casos insignificantes. ³

Tendo sido feitas diversas censuras nesta parte ao projecto de 1893, no parecer a que nos temos referido, da commissão da Faculdade de S. Paulo, as respondemos do modo que se vae ler:

A critica ao art. 316 (pgs. 40—41 e pgs. 87—88) não tem vislumbre de razão, nem quanto á fôrma, nem quanto ao fundo das disposições respectivas.

Quanto á fôrma, de que se tratará depois, pretende-se

¹ TRAITÉ DE MEDECINE LEGALE, Paris, 1881, pag. 235.

² Na 10^a edicç. Paris, 1879 — 1886, pag. 459, 1^o vol.

³ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 20.

que « ainda aqui reincide o *Projecto* no vicio das enumerações taxativas. »

O illustre censor talvez não dissesse isto, se escrevesse mais tarde, ou estudasse mais attentamente o *Projecto* que, si pecca é pelo *vicio* contrario, tambem censurado por não repetir palavras e phrases inuteis.

Foi a *delenca Carthago* do redactor do *Projecto* então, e ainda depois, no *Jornal do Commercio*.

Aqui as enumerações taxativas em que aliás foi muito parco o *Projecto* eram indispensaveis, attenta a diversidade de locuções empregadas pelos varios codigos estrangeiros, podendo os subsidios da legislação comparada lançar duvidas inextricaveis na interpretação da lei nos casos occurrentes.

Depois o illustre censor transcreve mutilando (é o termo) o art. 316 e paragraphos, sem ao menos empregar signaes das omissões, que faz, até das formulas, cuja descripção as justifica, e, por pura... phantasia diz que se equiparam para a medida da pena, lesões pessoases desmedidamente diversas.

Ora o art. 316 consagra tres especies de lesões.

O *Projecto* conforme o demonstra a *Exposição de motivos* está de accordo com os mais recentes codigos de primeira ordem, calcados sobre as generalisações mais accéptas da medicina legal.

Como o illustre censor combate tudo isso?

Estranhando que não se puna com a mesma pena quem corta uma orelha e quem corta um pé ou uma mão, como si com aquella se trabalhasse, como se trabalha com estes...

Pois, parece-me que não obstante isto a pena será identica, porque a perda é « do uso de um orgão » ou « uma deformação permanente do rosto ».

Responde a tudo aquillo perguntando, si a perda dos dedos indicador e polegar não equivale á da mão para o escriptor e ahí vem a necessidade da casuistica tão censurada...

A continuação da critica que ficou atraz, por belleza da architectonica do Parecer, isto é, quanto ao fundo das disposições do art. 316, revela curteza de vistas deploravel (pgs. 40—41).

O illustre censor principia perguntando « qual será a *lesão pessoal* que offenda a saude sem offender o corpo? Uma offensa mesmo rigorosamente physica, póde offender a saude sem offender o corpo.

O illustre censor parece preferir a phraseologia sem qualificação do codigo vigente...

« Qual será a perturbação mental que não seja offensa na saude? » é outra objecção

Pondo de parte mesmo que possa haver uma perturbação mental, sem offensa apreciavel na saude, bastaria que a inversa não fosse verdadeira para consignar aqui as normas geraes.

« Aos medicos com assento no Congresso Nacional cabe melhor responder a este ponto. »

Tem razão o illustre censor, porque o que se segue dahi em diante convence que se considerava o codigo actual a ultima palavra na materia, e que a medicina legal do celebre Parecer é a do tempo de Ferreira Borges para lá.

O illustre censor pretende *à fortiori* reduzir o conceito da *lesão pessoal* á *offensa physica*.

Si a *lesão* diante da lei póde ser a offensa do que ha de mais abstracto e immaterial, como é o direito, como reduzir o significado só ao que fôr material ?

Si *pessoal* não é *corporal*, como reduzir a idéa de *pessoa* á de *corpo* ?

E o que parece interessante é que para demonstrar com indizível confusão essas theorias (?) *sui generis* que se expõe, parece que a epigraphie do *Projecto*, que não falla em *corpo* comprehende este, mas, *sem cabeça*.

Sem cabeça, porém, me parece todo o Parecer.

O que, entretanto, causa pasmo é a duvida contida nesta pergunta :

« O fazer com que alguém *se assuste* será factio *punivel* aqui comprehendido ? »

Os *especialistas* comprehenderam melhor o *Projecto*, elogiando-o nesta parte, como o fez o illustre professor de medicina legal da Faculdade Livre da Bahia em interessante opusculo. ¹

A *Exposição de motivos* (pag. 20) cita Martinet e Dareste sobre as disposições parallelas do codigo hungaro que empregando as expressões — lesões *corporaes* — e não *pessoaes*, comprehende os factos, objecto de duvida da censura.

Em ligeira e amistosa polemica, este ponto que nunca se poz em duvida, foi desenvolvido e explicado a proposito da noticia do *Jornal do Commercio* sobre o citado opusculo.

Sem fallar dos medicos legistas que cito na *Exposição de motivos*, fazendo o Dr. Costa Doria extensa casuistica medico-legal da especie, os criminalistas classicos delle se occupam, Carrara (tão conhecido), Berner e Garraud. ²

Os codigos comprehendem sob o titulo de lesões *corporaes* ou *pessoaes* — os traumatismos *moraes* ou *psychicos*.

¹ Dr. Costa Doria, MEDICINA LEGAL DE TRAUMATISMOS MORAES E O CODIGO PENAL. Bahia, 1894, pag. 12.

² *Jornal do Commercio*, 1894, n. 253, de 13 de setembro; *Imprensa*, n. 271, de 30 de setembro; n. 291, de 20 de outubro, e n. 311, de 9 de novembro, cartas na *Gazetilha*.

« Damno à saúde e morte por traumatismos psychicos » é o titulo da monographia do Dr. Schauenstein na grande e moderna obra allemã de Maschka: é o *coup de grace* na questão.

O illustre censor quando sente que a critica é difficil vac negando os principios, os casos da jurisprudencia e até o sentido dos vocabulos.

Estranha quanto ao art. 317 que haja arma *propriamente dita* e si é logico, porque diz que bengala é arma (pag. 42), é illogico porque antes (pag. 41) falla em *martello*, *foice*, *parallelepido* de cantaria, etc... que *não* são armas propriamente ditas.

Nega que haja arma *não insidiosa*, salvo a clava de Hercules ou uma peça de artilharia — (muita vez uma *penna*...), esqueceu-se, porém, aqui, dos *explosivos*, que conforme o codigo italiano, art. 470, é arma insidiosa.

Mas, onde a censura merece um *brevet d'invention* é quando pretende demonstrar que uma *bengalada* poderia ser punida com pena mais grave do que uma *martellada*, o que lhe parece um absurdo.

Isto aliás pôde succeder sem absurdo porque se pôde ferir ligeiramente com um *martello* e matar até com uma *bengala*.

Isto nada prova; mas, a hypothese vaga que é figurada para suppor uma viciosa redacção do art. 317 que não poude ser demonstrada, é inverosimil, mas é real (textual):

« Mas, emfim, teremos, que um ferimento feito com uma BENGALA, que não é só objecto de adorno, mas *arma propriamente dita* (!) é punido com um terço mais da pena *cabivel* (será tecnico?) ao que for feito com um *martello*, etc... » (pág. 42).

O art. 322 é censurado por casuistico, que não podia deixar de ser, comprehendendo factos de *codelinquencia igual* e *desigual* e enfeixando especies differentes de crimes contra a pessoa.

O illustre censor, depois de extensa tirada, nada resolve sobre as difficuldades do problema, sinão com a evasiva de fazer da *rixa* um delicto *sui generis*, ficando os factos nella commettidos impunes.

Esta solução deixa a questão insoluta e já está prevista nos dous ultimos alineas do art. 322, — a duvida é sobre o artigo e §§ 1º e 2º — além de ser contradictoria com a ideia da repulsa da *associação de malfeteiros* (pags. 72 e 73).

A questão aqui da *multidão delinquente* a não ser para fazer erudicção inoportuna nada tem que ver. ¹

¹ O PROJECTO DO CODIGO PENAL e a *Faculdade de S. Paulo*, Recife, 1895, pag. 63.

Bem cedo occupei-me de tal questão a proposito do nosso codigo criminal de 1830, apreciando as theorias de Sighele, o que reconhece Alimena, citando-nos. ¹

O projecto ainda neste ponto soffreu a critica d'outro parecer, a que tambem nos temos referido, d'uma commissão do nosso Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros no Rio de Janeiro e a qual offerecemos estas observações :

Nas *lesões pessoases* acha-se tambem um dos pontos onde o projecto primitivo, apesar do seu horror á casuistica, jámais iria procurar como fonte o codigo vigente.

O codigo italiano foi preferido na enumeração das lesões corporaes e psychicas por nos parecer mais claro.

O nosso ultimo substitutivo, porém, aceitando em grande parte a critica do notavel psychiatra e medico-legista Dr. Nina Rodrigues, modificou muito neste capitulo o projecto primitivo.

Ambas as *exposições de motivos* são explicitas sobre o assumpto em que afinal a medicina legal e os que a praticam dão a ultima palavra nas suas pericias.

O parecer parece desconhecer o altissimo valor do codigo hollandez, que na expressão de von Hamel é um codigo original e scientifico e para nós talvez o primeiro da Europa. ²

As disposições criticadas agora mereceram o assentimento, em geral, do Dr. Nina Rodrigues, e quanto á comprehensão consciente e justificada dos *traumatismos moraes ou psychicos* de outra autoridade na materia, o deputado Rodrigues Doria, professor de medicina legal, em um interessantissimo opusculo. Ver-se-ha na exposição de motivos que o projecto primitivo foi calcado sobre os codigos allemão, hungaro, hollandez e especialmente italiano.

As modificações que fez o ultimo substitutivo estão plenamente justificadas em quasi tudo que escreveu o Dr. Nina Rodrigues sobre o proprio projecto. ³

Estas observações eram feitas depois dos projectos de 1893, 1896 e 1897, versando a critica sobre os dous primeiros. ⁴

Quanto á questão dos meios *moraes* do crime nos referimos ainda á ella no capitulo anterior e neste (ns. 143 e 153).

152. Um segundo crime contra a pessoa, mas menos grave do que o homicidio, é a lesão pessoal, objecto dos ar-

¹ Alimena, L'IMPUTABILITA' CIT 3º vol., pag. 689 e not. 11.

² « LA LEGISLATION PENALE COMPARÉE, ETC. Berlin, 1894, 1º vol. *Les Pays Bas etc.*, pag. 435.

³ Lesões pessoases; sua doutrina medico-legal na legislação criminal brasileira. Apontamentos para o novo codigo na REVISTA MEDICO-LEGAL da Bahia, 1894, n. 1, pgs. 6-29.

⁴ A *revisão do codigo penal* na REVISTA ACADEMICA CIT. Recife 1897, III, pag. 19.

tigos do texto denominado por alguns d'entre os criminalistas, *offensa material* e por outros *crimen laesae sanitatis*. Ella se distingue do homicidio em que não destróe a existencia individual, mas sómente a deteriora. A lesão pessoal, para evitar toda controversia, é um acto voluntario com effeito material sobre a pessoa physica d'outrem, commettido não com o escopo de matar, nem no de *injuriar* (o contrario do art. 305), mas sim com o escopo de offender a pessoa na sua inviolabilidade, quer material, quer *intellectual*. Para ella exige-se uma efficacia iliegitima sobre a pessoa do individuo, mas tal que não constitua momento essencial d'outro delicto. A fórma é indifferente; porque si bem que as mais das vezes ella se revele como ferimento ou contusão, pancada, tambem um qualquer effeito mecanico exterior (*manus inferre*) constitue o seu momento essencial, como facto de que deriva o detrimento á saude d'outrem.

Daqui vê-se quanto é incompleta a noção, que dá o nosso codigo, do que elle chama *lesão* corporal, dizendo no seu texto :

« Art. 303. Offender *physicamente* alguem, produzindo-lhe *dôr*, ou alguma lesão no *corpo*, embora *sem* derramamento de sangue.»

E' uma definição infeliz, porque, além das ultimas palavras, que são superfluas, occorre que materialisa completamente o effeito da lesão, restringindo-a á offensa *physica* que produza *dôr*, o que está em contradicção com o art. 305 do texto, onde se junta a *dôr physica* á *injuria* para constituir um crime *sui generis*, que tambem estava previsto no codigo criminal anterior, art. 206, d'um modo um pouco differente, mas suprimido nos projectos de 1893 e 1897, e restabelecido nos de 1896 e 1899, art. 300; mesmo contra a doutrina que se esforça por discriminar as especies criminosas, conforme a objectividade do facto, ainda quando na realidade ella constitua um *concursum delictorum* que a lei não deve, salvo em caso de impossibilidade, crigir em figura singular.

No direito romano antiquissimo, as lesões corporaes eram punidas com o *talião*, si não se estabelecesse a paz entre o offensor e o offendido. Mais tarde, as lesões corporaes foram collocadas sob o aspecto da *injuria* (o art. 305 é uma reminiscencia disto) como *injuria realis* — *quum os percussum vel vulnus illatum*. A's vezes o facto era punido como *crimen vis*, conforme a *Lex Julia de vi publica*, e tambem conforme aquella *de vi privata*. E entre as lesões mais graves considerava-se a *castração*, que era punida com a morte.

No direito germanico antiquissimo não houve grande cópia de preceitos minuciosos sobre as offensas corporaes; ellas foram consideradas, quer sob o aspecto do perigo da

vida, quer como crime por si mesmas. As varias *Leges* distinguíam tres categorias :

a) as contusões ou pancadas isentas de qualquer damno ou perigo, punidas pelo elemento da injuria que as mesclavam, como ainda hoje os nossos codigos e dous projectos recentes;

b) os ferimentos que se presumiam produzidos por armas e contendo effusão de sangue, que não sabemos por que o nosso codigo art. 303, não chegou a exigir;

c) os aleijamentos e mutilações, que ainda hoje tão mal define o nosso codigo, art. 304.

Os antigos criminalistas italianos se alliamaram ás doutrinas romanas, addicionando-lhes sómente aquella do *ultrage ou insulto*; e pelas leis estatutarias chegaram até á punição da offensa corporea com o córte da mão, reservando a pena pecuniaria para os casos unicos das offensas ligeiras.

Na legislação do seculo XIX o cod. pen. franc. preferiu os nomes de *coups et blessures*, ferimentos e contusões; e o cod. pen. belga, art. 398, usa das mesmas expressões. ¹

Os codigos allemães mantiveram a locução generica de *damnos á saude*. ²

No direito penal inglez, a principio as lesões eram consideradas uma *injuria civil*, mas depois foram punidas e assignaladamente tiveram graves penas as mutilações, os aleijões, o acto de produzir ou causar cegueira a outrem.

Nos Estados Unidos da America do Norte se contempla sob o nome de *assault* qualquer violencia physica, e são punidas severamente as mutilações, os ferimentos e as lesões corporeas graves com o nome de *grievous bodily harm*. Ou, antes, neste ponto o direito americano do norte é o mesmissimo direito inglez. ³

Os codigos italianos anteriores, quasi todos seguiram os conceitos e as denominações do cod. francez. Só o codigo toscano avizinhou-se do methodo dos codigos allemães, e assim estabeleceu a figura criminosa da lesão corporal, e desta se fez a transfusão para o codigo uno vigente. ⁴

O nosso codigo vigente desprezou todos os ensinamentos da legislação comparada e estabeleceu disposições tão defectivas e atrazadas como as do codigo anterior de 1830.

A fonte do nosso cod. pen. foi certamente ainda o cod. franc. de 1810, cuja locução elle não seguiu, cujas modalidades não aproveitou, reduzindo até as penas.

¹ Nypels, *OBR. CIT.*, vol. 3º, pag. 46.

² Vide von Liszt, *OBR. CIT.*, vol. 2º, pag. 25.

³ Seymour Harris, *OBR. CIT.*, pag. 132; Stephen, *OBR. CIT.*, pag. 202.

⁴ Pessina, *MANUALE CIT.*; *Part. sec.*, pag. 19; Majno, *OBR. CIT.*, 2º vol., art. 372, pag. 141, ns. 2348 e 2349.

Foram as disposições, em geral, que o nosso cod. aceitou do francez, mutilando-o.

Já vimos a definição que elle dá da *offensa physica* no art. 303 e que é um digno *pendant* da de homicídio no art. 294.

E' a chamada *offensa ligeira* ou *leve* do cod. anterior, art. 201.

Os elementos são, além do dolo já subentendido, a *offensa physica* a alguém, que produza *dór*, ou o mesmo dolo e alguma lesão no corpo, *embora sem* derramamento de sangue; mas, sem dizer, si a *dór* aqui é complemento ou não da condição constitutiva do crime, como alli.

Este art. 303 do nosso cod. corresponde ao art. 311 do cod. fr., e conforme o qual é mister que os ferimentos e contusões não tenham occasionado *nenhuma molestia* ou incapacidade de trabalho da especie mencionada no art. 309.

Os elementos constitutivos do delicto, diz Garraud, são dous: 1º, um acto material consistindo em *contusões, ferimentos, violencias* ou *vias de facto*; 2º, a *vontade* de produzir contusões ou fazer ferimentos.

Vê-se a simplicidade e clareza do velho cod. que apezar de atrasado, o nosso não soube aproveitar.

No art. 304, paragrapho unico do texto, o cod. comprehende a *offensa grave*, reunindo as varias modalidades dos arts. 202 a 205 do cod. anterior.

Um defeito geral na disposição é que o cod. nenhuma referencia faz aqui ao homicídio, que póde ser consequencia de lesões, nem prevê a correlação entre modalidades destas e daquelle, e está muito longe do conceito da lesão *corporal* mesma em suas varias fórmas, além das lacunas nas disposições que estabeleceu.

A fonte da disposição foi o cod. franc. art. 309, e especialmente o § 3º correspondente ao art. 304, primeira parte, do texto.

E, conforme Garraud, os elementos constitutivos da figura são quatro:

a) é mister que haja ferimento, contusão, violencia ou vias de facto. A proposito deste primeiro elemento, que é commum a todas as incriminações deste genero, o mesmo autor nota dous pontos: 1º, que a lei de 1863, que alterou o texto desta parte do cod. franc., abraça todos esses factos sob a expressão generica de *violencias*; 2º, que a *tentativa* do crime previsto no § 3º do art. 309 não é punivel, pois que este crime não existe sem que as violencias tenham sido seguidas de enfermidades permanentes. A natureza do crime, que é qualificado pelo resultado, oppõe, portanto, um obstaculo á applicação do art. 2º, segundo o qual a tentativa do crime é punida como o crime mesmo;

b) é mister, em segundo logar, que as violencias tenham

sido voluntarias. Mas a lei não exige que o individuo tenha tido a *intenção* de mutilar a victima, de lhe furar um olho ou de causar-lhe qualquer outra enfermidade permanente. Para que este resultado lhe seja imputavel não é necessario que o tenha *querido*, basta que elle o haja *previsto* ou que o tenha *podido* prever. E' simplesmente a applicação dos principios geraes de imputabilidade;

c) em terceiro lugar, é mister que as violencias tenham sido seguidas de uma das consequencias indicadas no art. 309 § 3º (art. 304, primeira parte), sem que a lei leve aqui em conta a duração mais ou menos longa da molestia ou da incapacidade do trabalho, que é uma hypothese distincta figurada no paragrapho unico do mesmo art. 304 do texto do nosso codigo;

d) em quarto, finalmente, nos parece certo, diz Garraud, que as violencias não merecem a aggravação da pena pelo § 3º do art. 309 (art. 304 do nosso), sinão quando existe uma relação de causalidade entre o facto e o seu resultado. A expressão *seguidas*, de que se serve a lei, tem o mesmo sentido que as palavras « si tem *resultado* destas especies de violencia uma molestia ou incapacidade de trabalho » que emprega o § 1º do art. 309, ou a expressão « *ocasionada* », do § 4º do mesmo artigo relativo ao homicidio.

Esta observação adapta-se perfeitamente ao nosso Codigo, art. 304, primeira parte, onde elle diz : « Si da *lesão* corporal *resultar* mutilação, etc.»

Segue-se destas explicações, conclue Garraud, que os ferimentos, contusões e outras violencias voluntarias constituem o *facto principal*, incriminado pela lei, e a mutilação, a amputação, a privação do uso de um membro, « *cegueira*, a *perda de um olho* e qualquer outra enfermidade permanente, uma *circumstancia aggravante* destas violencias. O jury deverú, pois, sob pena de nullidade, ser interrogado distinctamente sobre o facto principal (art. 303) e sobre a circumstancia aggravante ou qualificativa respectiva do art. 304 do texto.

O codigo penal, não sei porque, omittiu neste ultimo art. 304 a *cegueira* ou a *perda de um olho*, embora as consideremos incluídas na disposição, ainda que sem clareza para evitar duvidas na pratica, tanto mais sérias quanto a omissão, que parece proposital, da fonte póde parecer suffragar melhor a opinião contraria.

Outra observação quanto ao nosso codigo e esta é sobre um disparate: Ao passo que a sua fonte dizia « qualquer outra enfermidade *permanente* », o art. 304 diz : « qualquer enfermidade *incuravel* e que *prize para sempre* o offendido de *poder* exercer o seu trabalho » !

E' o cumulo do contrasenso, a que se segue a pena irrisoria de dous a seis annos de prisão para qualquer que

praticar as gravissimas lesões previstas no art. 304, v. g., castrar um homem, ou desfigurar o rosto ou o collo de uma mulher com vitriolo.

1555. O paragrapho unico do art. 304 do texto corresponde ao § 1º do art. 309 do código francez.

Os elementos do facto são: 1º, uma lesão ou lesões corporaes; 2º, commettidas voluntariamente; 3º, que acarrete incommodo de saude que inhabilite o paciente de serviço activo por mais de 30 dias; 4º, a existencia de uma relação de causalidade entre as violencias e este resultado.

Sobre a incapacidade de trabalho ha controversia entre os autores, como nota Garraud, pretendendo uns que se trata do trabalho *habitual* da victima e outros que do trabalho *commum corporal*, não se devendo exigir, na opinião de Garraud, que se pronuncia neste ultimo sentido, que a victima seja capaz de effectuar trabalhos pesados.

Quanto ao nosso código, no paragrapho unico do artigo 304, emprega elle as expressões *serviço activo* que exprime por este ultimo qualificativo trabalho regular, como nos parece que é o serviço habitual, profissional, da victima. ¹

O paragrapho unico do art. 304 diminue a pena, si a lesão corporal « produzir incommodo de saude que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de 30 dias.»

O código não dá outro conceito dessa forma de lesão, de modo que, si o caso não reentrar nas especies da primeira parte do art. 304 e não puder ser incluido no art. 303, ficará no paragrapho unico.

O código não reproduziu a especie do art. 205 do código anterior, conforme o qual se equivaliam como offensas physicas, a que produzia *grave incommodo de saude* e a que produzia inhabilitação de serviço por mais de um mez.

E' irrecusaval a interpretação grammatical, logica e scientifica que deu ao art. 205 do código anterior o Dr. Macedo Soares, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal.

Realmente, elle demonstrou que o art. 205 pune a offensa physica que produz grave incommodo de saude por mais de um mez ou inhabilitação de serviço por igual periodo de tempo. ²

Conforme o direito belga, cuja fonte é commum com o nosso código, é mister, como vimos, para a 1ª parte do artigo 304, que o incommodo de saude seja o resultado directo das lesões corporaes. Noutros termos, é mister que haja entre a offensa physica e o incommodo de saude relação de causa a effeito.

¹ Garraud, *Obs. cit.*, vol. 4º, pag. 333, n. 360.

² O *DIREITO*, vol. 19, pag. 18 — *Interpretação do art. 205 do código criminal*. Vão ahí as fontes, as autoridades citadas e a critica da opinião contraria, que isolava o nosso código dos que lhe serviram de modelo.

Entretanto o código belga supprimiu o limite de 20 dias, que estabelecia o código francez e hoje, conforme aquelle código e seus interpretes, o agente responderá por todas as consequencias do seu facto, salvo aquellas que resultarem de uma imprudencia da victima, de um desvio seu de regimen, de impericia dos homens de arte...¹

O art. 305 do texto contém uma figura, cuja fonte foi o código anterior, art. 206, um pouco modificado pelo actual, e que não é contemplada nos outros codigos, assim fundida como foi pelos nossos com os elementos da offensa *material* e da *moral*, a injuria, o ultraje, etc., ficando, porém, á justiça em cada caso decidir, si se trata de uma lesão corporea ou de uma injuria.

Sob o imperio do novo código italiano os seus interpretes doutrinam que bem pôde estabelecer-se a responsabilidade daquelle que por meios *moraes* tenha causado offensa á saude ou á mente de um individuo, questão aliás a que já nos referimos no capitulo anterior e neste (ns. 143 e 151).

E na verdade, o legislador italiano, no que não o seguiu o nosso código, apesar de posterior, rejeitou as expressões *ferimentos, pancadas, etc.*, e só exige para a existencia do delicto de lesão pessoal que *accuse* um damno no corpo, na saude, etc., sem indicação do meio, de onde, dada a prova que um damno seja causado e que este tenha sido o effeito directo de meios *moraes* empregados, ha o delicto previsto pelo código. No mesmo art. 372 do código italiano o legislador se serve da palavra *facto*, que é um termo generico e comprehende por si mesmo tanto os factos *materiaes* como os *immateriaes* ou *moraes*.

Por outro lado, ha bem tempo que Pessina havia exposto a doutrina, conforme a qual não é facil estabelecer uma linha de separação muita vez entre a offensa *material* e a *moral*, exemplificando os factos relativos ao problema, como na especie prevista no art. 305 do texto do nosso código, que, entretanto, não tem semelhante em código algum moderno de primeira ordem.²

Assim, muito a proposito, Puglia observa que se tem discutido na sciencia e na pratica judiciaria si a *bofetada* deve ser considerada como *pancada*, ou melhor, como *lesão pessoal* ou como *injuria*.

A cassação de Turim por aresto de 16 de janeiro de 1863 decidiu que a *bofetada*, segundo as circumstancias, pôde considerar-se uma *injuria real*, ou *pancada*: que considerada abstractamente apresenta os caracteres de uma offensa real, e pôde ser ás vezes de tal entidade e de taes consequencias que se deva qualificar como verdadeira pan-

¹ Vide Nypels, *OBRI. CIT.*, vol. 3º, art. 393, pag., 45, ns. 2 e seguintes.

² Pessina, *ELEMENTI CIT.* 2º vol., pag. 75, § 35.

cada ou contusão até grave e gravissima, mas que ha tambem circumstancias em que o mesmo facto póde assumir outros caracteres e ter outra definição juridica, o que succede notadamente quando aquelle que se determina á esta via de facto não teve animo de causar uma offensa material e sensivel physicamente, mas teve sómente o animo de causar uma offensa moral, isto é, um insulto á dignidade moral, um ultrage á estimacão da pessoa de alguém. Carrara elogiou esta decisão. ¹

O nosso código, art. 305 do texto, seguiu esta via, mas é fóra de duvida que si, alem da injuria, o facto revestir caracteres de gravidade tal de modo a ser comprehendido em alguma das especies do art. 304 e paragrapho unico, nestas e não no art. 305, incorrerá o réo.

Assim, uma *chicotada* num olho póde produzir incommodo de saude que inhabilite o paciente do serviço por mais de 30 dias (paragrapho unico do art. 304); ou póde produzir a *cegueira* no olho attingido, o que fará incorrer o réo no art. 304, 1ª parte.

Quasi que não precisavam ser explicados os elementos do art. 305 á vista do que sobre elle já dissemos e em geral sobre os outros.

Entretanto, á vista do art. 305, que differe do art. 206 do código criminal anterior, são elementos do crime, primeiro, a vontade de causar dor physica e injuriar, ao mesmo tempo; de modo que, faltando a dôr physica, haverá sómente injuria, e faltando, o animo de injuriar haverá a especie do art. 303 ou do art. 304 ou do paragrapho unico deste ultimo artigo.

Em segundo lugar é mister que o agente use de instrumento *aviltante*, v. g. : *chicote*, *palmatoria*, *peia*, instrumentos com que se fustigavam os escravos e ainda hoje com alguns dentre elles os animaes.

O art. 306 comprehende os crimes deste capitulo quando *culposos*.

O código criminal anterior não os comprehendia; foi uma lacuna preenchida pelo art. 19 da lei de 20 de setembro de 1871, fonte depois do código vigente. Já nos referimos á materia no capitulo anterior (n. 145).

Passamos a citar alguns arestos.

« 1.º O art. 303 do código penal exige que se verifique alguma *lesão no corpo* e que esta seja provada pelo auto de corpo de delicto directo ou indirecto.

2.º Deve ser explicito o facto de produzir *dor*, ou pela natureza da offensa, ou pelo logar onde foi feita »: Parecer do Promotor Publico e decisão conforme do Juiz de Direito de Jundiahy (S. Paulo), 15 de maio de 1899. ²

¹ Puglia, MANUALE CIT., 2º vol., art. 372, pag. 266.

² REV. DE JURISPR. CIT., vol. 7º, pag. 123.

« 1.º O facto de offender physicamente alguém *produzindo simples dôr* constitue o crime definido no art. 303 do código penal »;

2.º Esse crime pôde ser commettido sem deixar vestígios, podendo, por conseguinte, ser constatada a sua existencia pelo depoimento de duas testemunhas (código do processo criminal, art. 134.

3.º Os depoimentos prestados, tanto em presença da autoridade policial, como perante o pretor, são contestes e concludentes em afirmar que o réo, ora appellante, aggreo o menor F... *dando-lhe soccos e ponta pés*»: Accordão do Tribunal Civil e Criminal de 14 de dezembro de 1898. Miranda, presidente *ad hoc* e relator, Viveiros de Castro, vencido.

« Affirmando os peritos no 1º quesito do corpo de delicto que ha simplesmente offensa physica, o crime deve ser capitulado no art. 303 do Código Penal; sendo incongruentes as affirmativas quanto á mutilação, deformidade, ou privação permanente de algum órgão ou membro e incommodo de saude que inhabilite o paciente de seu serviço activo por mais de trinta dias»: Sentença do Dr. Ewerton e Silva, juiz de direito da União (Piauhy), 30 de novembro de 1897.

« Segundo o código penal vigente, a gravidade do incommodo de saude não influe para a classificação do crime de lesão corporea. Para a capitulação desse crime no art. 304 paragrapho unico do citado código faz-se mister que a dita lesão inhabilite o paciente do serviço activo por mais de 30 dias. Quando é duvidosa a resposta dos peritos quanto á inhabilitação, e no prazo legal não se procedeu a exame de sanidade, é como si a tivessem negado pelo principio — *in re dubia pro reo* »: Sentença do Juiz de Chique-Chique (Bahia) *Leal Ferreira*, 17 de abril de 1891. ⁴

CAPITULO III

DO ABORTO

C O D I G O

Art. 300. Provocar aborto, haja ou não expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: — pena de prisão cellullar por dous a seis annos.

No segundo caso: — pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno;

§ 1.º Si em consequencia do aborto ou dos meios empregados para provocal-o seguir-se a morte da mulher:

Pena — de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

⁴ O DIREITO. vol. 60, pag. 498; vol. 80, pag. 420; e vol. 81, pag. 287.

§ 2.º Si o aborto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena — a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar aborto com annuencia e accordo da gestante:

Pena — de prisão cellular por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime fór commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessario, para salvar a gestante da morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Penas — de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.

COMMENTARIO

154. Este capitulo corresponde ao IV do codigo penal e os artigos do texto são parallelos aos arts. 199 e 200 do codigo criminal anterior.

Não podia a materia do capitulo deixar de merecer a attenção dos collaboradores da reforma do nosso codigo vigente e assim, sobre o projecto primitivo de 1893, dissemos, justificando-o neste ponto:

O capitulo relativo ao *aborto* é um dos mais defeituosos do novo codigo, que tendo tomado como fonte o italiano, alterou o respectivo systema, não mantendo as distincções que alli se notam para graduar a pena, dando assim logar a duvidas inextricaveis na pratica e que a mais simples leitura suggere confrontando o texto com a fonte.

E' sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuizo para terceiro, é considerado como não constituindo um crime, e isto foi reconhecido, embora desprezado, por Lucchini e seus sabios collegas, na ultima redacção do codigo que nos serviu de fonte. ¹

Balestrini, que escreveu um livro precioso sobre esse e outros problemas congeneres, opina que ainda no caso contrario a sancção das leis civis é preferivel á das leis penaes. ²

Nós, que desde 1830, alcançámos aquelle *desideratum*, não punindo o aborto procurado pela mulher, não devemos voltar atrás, quando tudo leva a crer que os outros codigos riscarão a sua sancção penal neste ponto.

¹ VERBALI, CIT. Roma, 1889, pag. 637.

² Balestrini, ABORTO, INFANTICIDIO ED ESPOSIZIONE D'INFANTE, Torino, 1888, pag. 154.

A co-relação social, economica e juridica do *aborto*, *infanticidio* e *suicidio* conduz naturalmente, si não a isental-os da pena, a abaixar esta nos casos puniveis.

A penalidade no aborto consentido pela mulher não pôde ser a mesma que a do aborto provocado contra sua vontade.

O codigo de 1830 não omittia a distincção; e, deixava ás disposições geraes sobre o homicidio o facto da morte da mulher, resultante do aborto, mas com as circumstancias attenuantes geraes, a pena podia ser diversa, desde que se tratasse de uma consensiente e de outra não consensiente.

O novo codigo peiorou a disposição na materia, punindo com a pena geral do homicidio simples aquelle facto sem distincção, elle que admittiu concausas como as do art. 295 e pune o auxilio ao suicidio com 2 a 4 annos, maximo este inferior ao minimo do art. 300, § 1º.

A regra aqui é punir o facto, ainda que tenha consentido a mulher, mas a pena não pôde ser superior á daquelle que determina ou auxilia outrem a suicidar-se.

Não consentindo a mulher, a pena pôde ser a do homicidio voluntario simples.

Mesmo o aborto sem consequencias lethaes, não consentindo a mulher, deve ser severamente punido e é o que faz o projecto, seguindo o codigo de 1830, embora com ligeiras alterações para harmonisar a gradação da pena nas diversas figuras do capitulo.

A mulher que procurar o aborto por si ou por outros não será punida. ¹

Respondêmos mais tarde á uma ligeira critica feita ao mesmo projecto de 1893 no parecer da commissão da Faculdade de S. Paulo, que temos citado:

O illustre censor opina que se deve manter o codigo vigente, que pune o aborto provocado pela propria feticida e faz para isso esforço herculeo (pgs. 89—91).

A demonstração não é nada convincente diante da *Exposição de motivos* e das autoridades citadas e de outras.

Aqui o direito civil nenhuma base offerece á sancção penal e a vida social, cujos direitos são tutelados pela pena, não é a vida *intrauterina*, durante a qual não ha ainda pessoa, nem vida, nem direitos.

O feticidio não é mesmo outra cousa mais do que o mallogro de esperanza de vida.

Foi a doutrina que vigorou no direito romano e canonico e prevaleceu no codigo anterior, sendo agora defendida por criminalistas de escolas as mais differentes.

A que vem a citação de outros codigos, cujas fontes são as do codigo francez, que copiou o romano, como diz Lombroso ?

¹ Exposição DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 21.

E a redacção simples do art. 326 (pag. 42) é censurada, porque não se copiou algum dos outros codigos transcritos. ¹.

O aborto e assim outros crimes, como abandono de menores e semelhantes são considerados pelos criminalistas como affins dos crimes chamados de sangue.

A vida humana começa a ter importancia desde o momento em que tem logar a concepção; a destruição do feto é diversa do homicidio, porque, *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*, conforme já diziam os romanos.

A incriminação do aborto procurado tem um duplice fundamento, porque pelo golpe na *spes hominis* é violado o direito que tem a convivencia humana a não ver perturbado pela mão do homem o processo physiologico da elaboração de uma vida humana no utero materno; e com a provocação do aborto ha o perigo que corre a mulher grávida, empregando-se meios violentos para produzi-lo.

No direito romano, a principio o facto estava isento de pena; mas no tempo dos imperadores foi punido com pena extraordinaria, menor de certo do que aquella estabelecida para o homicidio, infligindo-se, porém, a pena de morte quando do procurado aborto resultava a morte da mulher.

No direito germanico, além da punibilidade do feticidio, surge a distincção si o feto estava ou não formado *lineamento corporis*.

E com o Direito Canonico surge a outra distincção, si o feto estava ou não animado, de onde os interpretes do Direito e os estatutos das cidades italianas deduziram que o feto com quarenta dias se devia considerar como animado.

Os codigos modernos, diz Pessina, concordam todos *sem excepção* em punir o *aborto procurado*, tanto na mulher que consente, como nos estranhos que o causam ou provocam nella. ².

Já vimos que o nosso codigo criminal de 1830 não punia a mulher que occasionava ou provocava por si ou por outrem o aborto em si mesma, limitando-se a punir o estranho, art. 199.

Como, quer o cod. nos arts. 300 e 301 do texto, quer os projectos de revisão, seguiram aqui o cod. ital. arts. 381 a 385, os interpretes deste serão os melhores para nós, attendendo mesmo a que a nossa jurisprudencia é muda sobre esta categoria de factos.

¹ O PROJECTO DO COD. PEN. CIT. e a *Faculdade de S. Paulo cit.* pag. 67.

² Pessina, *MANUALE CIT. Part. sec.* pag. 32 § 32.

E quasi nada mesmo se tem escripto entre nós sob o ponto de vista juridico. ¹

1875. O ministro Zanardelli n'um dos seus notaveis *Relatorios* declarava que por duas considerações tinha sido determinado a collocar o *aborto procurado*, que aliás é a epigrapho do cap. paralelo do cod. ital., na classe « dos crimes contra a *pessoa* » : 1º por não ser sempre verdade que elle perturbe a ordem numa familia; 2º porque é lesado de modo preponderante o direito á vida a respeito do nascituro. A lei, dizia elle, deve estender e estende a sua protecção tambem ao feto encerrado no ventre materno, tutelando a vida do homem desde o momento da fecundação.

Segundo Pessina, o crime consiste na *abactio partus*, e são necessarios para a sua existencia tres condições ou elementos, isto é : 1º, o parto prematuro ; 2º, o facto voluntario que seja causa d'elle ; 3º, o proposito de obter com tal facto o parto prematuro.

Elle não considera como elemento necessario a *morte* do feto.

Carrara, ao contrario, distingue o *feticidio do parto accelerado*, e faz consistir o primeiro na morte dolosa do feto no utero, ou a sua expulsão violenta do ventre materno e da qual se tenha seguido a morte ; pelo que a *morte* do feto é extremo essencial para a existencia do crime.

Trata-se, pois, de indagar, diz Puglia, a seu turno, si á existencia juridica do aborto procurado seja necessaria a *morte* do feto. Muitos sustentam a affirmativa, mas é facil de ver, que isto não pôde admittir-se de modo absoluto, porque se dão casos em que o aborto se procura com o simples escopo de *accelerar* o parto, não para matar o producto da concepção.

O legislador italiano, nem o nosso, que o seguiu no cod. e nos projectos de revisão, dá a noção do aborto procurado, e não ha nelles palavra alguma que indique a necessidade ou não do extremo da morte do feto para a existencia do crime.

¹ Dr. Souza Lima, O DIREITO, vol. 68, pag. 5 — O nosso *questionario dos processos criminaes*. Nesta monographia, publicada como doutrina, a parte final (pag. 35) comprehende o *aborto*, com referencia aos quesitos que devem ser feitos conforme o *formulario official*, cuja correccão o autor propõe.

O artigo do mesmo autor *Figura juridica do aborto* está elaborado sob um ponto de vista technico, isto é, da medicina legal.

Na materia, já a doutrina, já as pericias, é que hão de resolver as duvidas nos casos concretos.

Neste sentido não tem inteira razão a critica que, com a sua competencia e autoridade, faz o illustre autor, ao menos com relação ao projecto de 1893 (reproduzido no de 1897), cuja dicção não se oppõe de modo algum a que se excluam da sancção penal os casos que tão bem figura. Vide REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 3º, pag. 251.

Mas Zanardelli, depois de haver notado que alguns códigos distinguem entre a morte do feto dentro do utero e a expulsão do feto immaturo, que tenha vindo a morrer em consequência dos meios empregados, observa, que tal distincção é ociosa, porque o aborto criminoso importa sempre a destruição do feto, succeda esta dentro ou fóra do ventre materno, pois que a essencia do crime consiste no impedir o processo physiologico da madureza do feto, a qual só se póde dizer completa quando vem o parto normal.

Disto resulta, conclue Puglia, que pelo cod. ital. é extremo do crime a *morte* do feto ; e, desde que esta não tem lugar por circumstancias fortuitas e independentes da vontade do agente, haverá responsabilidade por *tentativa*, mas nunca *impunidade*.

Esta solução adapta-se perfeitamente ao nosso cod. pen. art. 300 e aos projectos de revisão.

O nosso cod. pen. teve como fonte o cod. ital. mas o arranjo das disposições é diferente, o que se póde verificar confrontando os capitulos correspondentes.

O art. 300 do texto figura na primeira parte a *provoção* do aborto, haja, ou não a expulsão do feto.

Os elementos constitutivos do crime são : 1º, o dolo ou vontade de provocar o aborto ; 2º, o emprego de meios idoneos para tal fim ; 3º, a gravidez.

O primeiro elemento não offerece duvida, pois que sem dolo não ha o crime, como no caso em que o parteiro provoca o aborto, aconselhado pela sciencia, nos casos que ella indica.

O 2º e 3º elementos são necessarios, porque não ha provocação de aborto por meios inefficazes, nem o fim será attingido pelo agente, si a mulher visada por elle não estiver grávida.

Aliás, estes elementos obedecem ao preceito geral do cod. pen. art. 14, quando diz :

« Paragrapho unico. Não é punivel a tentativa, no caso de *inefficacia absoluta* do meio empregado, ou de *impossibilidade absoluta do fim* a que o delinquente se propuzer.»

Diante do cod. ital. Puglia refere-se a um outro elemento do crime, a ejecção do feto do utero materno.

O nosso cod. no art. 300, 1ª parte do texto, não include tal elemento, porque diz expressamente : haja ou não a expulsão do feto.

O mesmo autor, faz uma observação final, de que o legislador não indicou os meios, com os quaes o aborto póde ser procurado, porque podem ser diversos, e justamente porque quando a expulsão do feto não tem acontecido naturalmente, se tem sempre o elemento physico subjectivo proprio do crime em questão. ¹

¹ Puglia, MANUAL CIT., 2º vol., art. 381, pag 279.

A' vista da doutrina, geralmente aceita, que expuzemos e maxime sobre a fonte do nosso cod. nos parece que o art. 300 do texto, *não* exigindo a expulsão do feto para caracterisar a figura do 2º caso da 1ª parte do mesmo art. 300, erigiu o facto, que é uma verdadeira tentativa do crime, em crime *sui generis*, e portanto no 1º caso da citada parte do artigo ha aborto *consumado*, no 2º tentativa.

O cod. pen. não tem escola, nem systema, aqui mutilou elle o seu modelo não prevendo o alcance das duvidas na pratica.

O cod. ital. art. 381 emprega as expressões *procurar o aborto*; os projectos de revisão, os de 1893 e 1897 dizem *fazer abortar*; o cod. crim. anterior dizia, *occasionar, produzir aborto*; os projectos, porém, de 1896 convertido no de 1899, arts. 305 a 308 é que seguiu a dicção do cod. vigente em parte, variando a phrase ou antes trocando-a de modo que o art. 305 não corresponde ao art. 300 de igual dicção, mas ao art. 301; e o art. 306 é que corresponde ao art. 300 do cod. adoptando-se na 1ª parte do mesmo art. 306, o 2º caso do art. 300 do cod. isto é, uma fórma de tentativa como delicto *sui generis*.

Para melhor comprehensão da materia inserimos abaixo os artigos relativos ao aborto. ¹

Os §§ 1º e 2º do art. 300 do texto contém duas differentes aggravantes.

A primeira aggravante, do § 1º, isto é, si em consequencia do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher, a pena é a de 6 a 24 annos de prisão que é a pena do homicidio simples do art. 294 § 2º.

¹ Projecto de 1899:

Art. 305. Causar a expulsão do producto da concepção, antes do termo :
Pena — prisão com trabalho por um a tres annos.

Paraphrase unico. Si como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher :

Pena — prisão com trabalho por dous a seis annos.

Art. 306. Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto, sem o consentimento da mulher, ou contra a vontade desta :

Pena — prisão com trabalho por dois a seis annos.

§ 1.º Si o aborto se realizar, o dobro da pena.

§ 2.º Si como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher :

Pena — a mesma comminada no art. 293.

Art. 307. Quando o culpado de algum dos crimes previstos nos dous artigos antecedentes for pessoa que exercite uma profissão sanitaria, ou qualquer outra profissão ou arte sujeita á vigilancia em razão da saúde publica, e haja indicado, subministrado ou empregado os meios pelos quaes tenha sido provocado o aborto, ou resultado a morte; as penas comminadas nos referidos artigos serão augmentadas de um sexto.

Art. 308. No caso de aborto procurado para salvar a honra da mulher, da mãe, de descendente, de irmã, ou de filha adoptiva, as penas comminadas nos artigos antecedentes serão diminuidas de um terço.

A pena é muito rigorosa, porque no cod. ital., que é severo e contempla a pena perpetua do ergastulo, a pena no caso é de reclusão de 15 a 20 annos.

Veremos, referindo-nos depois ao art. 301 do texto, o absurdo do cod. quanto á incongruencia entre este art. 301 e o § 1º do art. 300.

A questão da *tentativa* de aborto, quando é provocado contra a vontade da mulher está resolvida pelo 2º caso do art. 300, 1ª parte do texto, considerando-a um crime especial.

E' a solução tambem do cod. ital. art. 383, 1ª parte e com ella estão de accordo os seus interpretes, Majno inclusive.

A outra aggravante do art. 300 do texto está no § 2º e refere-se ao caso em que o aborto for provocado por medico ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina.

A pena não é no caso de facto aggravada, adicionando-se sómente á pena respectiva a privação do exercicio da profissão.

Vamos ver tambem aqui que o cod. pen. contradictoria ou inscientemente limitou sem razão esta aggravante, já restricta por si mesma neste § 2º., art. 300.

No art. 301 do texto, o cod. prevê o aborto com *annuenciam e accordo* da mulher ou *gestante* como elle a denomina.

Cabe aqui á esta formula o qualificativo de exuberante que Majno nota no cod. ital. art. 383 dizendo — sem o concurso ou contra a sua vontade — porque na hypothese, a annuencia e o accordo vem a ser a mesma cousa.

A pena não está em proporção com a do 1º caso da parte 1ª do art. 300, isto é, de aborto provocado sem consentimento da mulher, o que o cod. não diz expressamente, como devia dizer, mas só se subentende, porque é a unica hypothese contraria.

Aqui no art. 301, 1ª parte, o cod. esqueceu a consequencia aggravadora da morte da mulher.

O que acontecerá na pratica? E' que não havendo disposição especial, o agente incorrerá na pena do § 2º do art. 294, do homicidio simples, igual á pena applicavel ao agente do aborto contra a vontade da mulher, o que é de facto uma iniquidade.

Os projectos de revisão preencheram a lacuna; mas o de 1899 a preencheu mal, despresando o projecto de 1893 nesta parte e a correcção do de 1897 ao de 1896, de accordo com o cod. ital. art. 382 e commentando o qual Majno diz:

O art. 382 estabelece, para o terceiro, peras mais severas, si em consequencia do facto do aborto ou dos meios empregados para provocal-o succeder a morte da mulher.

E prevê duas hypotheses: uma que a morte seja o resul-

tado do facto do aborto por si mesmo ou dos meios empregados e convindos ; a outra, mais grave, que tenha sido o effeito de haver o culpado empregado meios mais perigosos do que aquelles nos quaes a mulher tinha consentido.

O cod. ital. prevê a 2ª hypothese, attendendo não poder considerar-se que seja igual a responsabilidade de quem, si bem que com o mesmo fim criminoso, emprega meios diversos dos convindos, entretanto que é universalmente acolhida na doutrina a these de que tambem na participação, a discrepancia nos meios torna diversa a responsabilidade dos culpados.

Foi além disto notado que no uso dos meios mais perigosos do que aquelles consentidos pela mulher, ha o abuso da ignorancia da victima ou o engano : numa e noutra hypothese, a responsabilidade do culpado si não se pode confundir com aquella de quem procura o aborto contra a vontade da mulher, grandemente á ella se avizinha. ¹

O codigo esqueceu tambem no art. 301 do texto a aggravante do § 2º do art. 300, de modo que, si com annuencia e accordo da gestante, um medico ou parteira provocar-lhe o aborto criminoso, não poderá nenhum delles ser condemnado á privação do exercicio da respectiva profissão, o que é simplesmente uma immoralidade.

Todos os projectos de revisão suppriram a lacuna acerca da aggravante ; mas os de 1893 e 1897 addicionaram a privação do exercicio da arte.

No paragrapho unico do art. 301 o codigo comprehende especialmente a incriminação da gestante, afastando-se do nosso codigo anterior, a que nos referimos neste capitulo.

E consagra uma attenuante para o caso em que o crime fôr commettido para occultar a deshonra propria.

A attenuante foi ampliada na conformidade do codigo italiano a outras pessoas por todos os projectos.

Nos de 1893 e 1897 não figura a incriminação da mulher ; nos de 1896 e 1899, isto é duvidoso, segundo notamos na *Exposição de motivos* do de 1897 inserta no principio deste titulo (n. 141).

¹ Majno, COMMENTO CRT., 2º vol. art. 332, pag. 180, n. 2414.

As disposições do projecto de 1899 acham-se transcriptas na nota anterior pag. 60.

A lacuna do cod. foi preenchida nos projectos de 1893 e 1897 com ambas as modalidades do cod. ital. art. 332.

Projecto de 1897 :

« Art. 312. Fazer abortar, consentindo a mulher :

Pena — prisão por um a tres annos.

I. Si, como effeito do aborto ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher :

Pena — prisão por dous a quatro annos.

II. Si a morte resultar por se haver empregado meios mais perigosos do que aquelles em que a mulher havia consentido :

Pena — prisão por tres a seis annos.»

A proposito, Pio Viazzi, no artigo que já citámos delle, sob o titulo — *a escola positiva e a nova legislação penal brasileira* — diz: Um delicto que pela sua genese se concatenata com os precedentes é o *aborto*.» O projecto de 1896 pune quem causa a expulsão do producto da concepção antes do termo (art. 305). O projecto de 1897 pune, ao contrario, quem faz abortar (*fazer abortar*, art. 312), e no Relatorio declara-se que esta locução exclue claramente a punibilidade da mulher que procura o proprio aborto. As razões de impunidade foram brilhantemente sustentadas pelo nosso Balestrini, e nós nos congratulamos com elle por vê-las assim acolhidas. ¹

O art. 302 contempla uma hypothese inutil já prevista de modo geral no art. 297 deste mesmo titulo e sem repetir completamente a fórmula deste artigo, o que poderá occasionar duvidas na pratica.

Depois do que dissemos sobre o art. 297, não temos mais nada que repetir sobre o art. 302 do texto (n. 145).

CAPITULO IV

ABANDONO DE MENORES

CODIGO

Art. 292. Expôr, ou abandonar, infante menor de sete annos, nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemiterios, vestibulos de edificios publicos ou particulares, emfim, em qualquer logar onde, por falta de auxilio e cuidados, de que necessite a victima, corra perigo sua vida ou tenha logar a morte:

Pena:— de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

§ 1.º Si fôr em logar ermo o abandono, e por effeito deste perigar a vida, ou tiver logar a morte do menor:

Pena:— de prisão cellullar por um a quatro annos.

§ 2.º Si fôr autor do crime, o pai ou mãe, ou pessoa encarregada da guarda do menor, soffrerá igual pena, com augmento da terça parte.

Art. 293. Incurrerão em pena de prisão cellullar por um a seis mezes:

§ 1.º Aquelle que, sem prévio consentimento da pessoa ou da autoridade, que lh'a houver confiado, entregar a qualquer particular, ou estabelecimento publico, o menor de cuja criação e educação estiver encarregado.

§ 2.º Aquelle que, encontrando recém-nascido exposto, ou menor de sete annos abandonado em logar ermo, não o apresentar, ou não der aviso á autoridade publica mais proxima.

¹ Pio Viazzi, ARCHIVIO CIT., vol. 19, fasc. III — *La scuola positiva e la nuova legislazione penale brasiliana*.

Na *exposição de motivos* do projecto de 1893 já citavamos a autoridade de Balestrini para manter a favor da mulher a impunidade do proprio aborto, que o nosso *codigo criminal* de 1830 reconhecia.

COMMENTARIO

156. Este capitulo, que formamos sómente com os arts. 292 e 293 do texto, com outros, isto é, os arts. 289 a 291, constituíam o cap. IV do tit. IX do codigo referente aos « crimes contra a segurança do estado civil » e onde o codigo faz uma mescla das mais disparatadas disposições, conforme anteriormente já notámos, dando as nossas razões.

A materia dos citados arts. 289 a 291 já ficou tratada no tit. 3º, cap. 1º deste commentario (pag. 94, ns. 29 e 31 do 1º vol.)

Assim explicando as disposições do texto, referindo-nos ás do codigo anterior e ás novas da reforma projectada em 1893, dizíamos :

Uma das especies que o novo codigo, conforme notámos, collocou mal no seu titulo IX, é o abandono de menores que o projecto colloca neste titulo com outras figuras congeneres, distribuindo as dissimelhantes, como já se disse, por titulos diversos, onde deviam ser classificadas e não reunidas em um só.

Mas, quer a respeito daquellas de que aqui se trata, quer a respeito das outras, o codigo actual, embora procurasse preencher lacunas do anterior, não andou bem avisado.

Assim, quanto ás primeiras figuras, o codigo abusa das exemplificações materiaes, aproveitando algumas do codigo anterior, systema este abandonado hoje, e incluindo hypotheses no respectivo capitulo em que o titulo predominante não é uma violação do estado civil, mas o crime a que este acto dá logar.

O codigo actual usa de systema identico, occupando-se do abandono de menores nos arts. 292 e 293, ainda envolvendo-o com hypothese estranha á especie ou figura.

O projecto simplifica as configurações, tornando-as mais comprehensivas e ampliando-as a casos não comprehendidos nos nossos codigos.

As novas disposições insertas no projecto, consignando especies congeneres ao abandono de menores, teem a seu favor o exemplo das fontes que serviram neste ponto á unificação da lei criminal italiana, isto é, o codigo hollandez, art. 450; o regulamento de policia punitivo toscano, arts. 97, e 98 e os respectivos projectos anteriores.

São factos que Lombroso qualificaria de *inercia culpavel* e Zanardelli denominava de *indolencia culpavel*.¹

Neste ponto, o codigo italiano é preferivel, porque o regulamento toscano não distinguia o caso de haver ou não perigo para aquelle a quem se impõe uma obrigação

¹ RELAZIONE, CRT., III, pag. 328.

sob comminação de uma pena ; e o código hollandez, além de impôr a pena de prisão, e talvez por isso mesmo, restringe muito a especie figurada na segunda parte deste artigo do projecto.

Neste titulo o projecto preencheu uma lacuna addicionando-lhe um capitulo conciso, cuja materia não figura no código actual e só figurava no anterior, art. 14, § 6º, para isentar da pena a correção paterna e pedagogica sem abuso ou excesso.

A hypothese é muito mais ampla e deve comprehender outros casos, assim como os máos tratos em familia, ou infligidos a crianças, sendo as disposições communs que podem ser applicaveis a taes especies muito dubitativas e ou muito severas, ou muito benignas.

E' certo que os códigos francez, belga, allemão e hollandez não contem disposições especiaes ; mas ellas figuram em varios dos cantões suíços, de Genebra, art. 292 ; de Vaud, art. 239 ; Friburgo, art. 372, e Tessino, arts. 330 e 334, que tiveram por fonte o projecto italiano de 1868 convertido por lenta elaboração no código actual.

O código da Hungria só pune as lesões ligeiras (art. 313), e o de Zurich contempla a especie.¹

Eis o que então dissemos sobre a materia.²

Todos os projectos de revisão seguiram o caminho novamente traçado e no ultimo de 1899, a materia está comprehendida nos capitulos V e VI deste titulo, arts. 309 a 314.

A fonte dos dous artigos do texto neste capitulo do cod. foi o código italiano, arts. 386 a 389, que elle não captou bem.

No nosso Código Criminal anterior não haviam disposições semelhantes.

Não obstante, incorre o código vigente em defeitos notados pela doutrina antes do Código Italiano e por este corrigidos, como o da erronea classificação a que já nos referimos e da estreiteza da noção dos artigos do texto, comprehendendo sómente menores ou crianças e não outras pessoas doentes ou em perigo, como fizeram os nossos projectos de revisão.

Era aliás o ensinamento da doutrina, conforme Puccioni, Carrara e outros, seguida aliás no Código Toscano que o Italiano não fez mais do que corrigir.³

E' um delicto affim dos delictos de sangue o abandono de que aqui se trata ; assim como o abuso dos meios de disciplina e máos tratos, classe esta ultima de que não cogita o código, mas está prevista nos projectos de revisão no VI capitulo deste titulo em todos elles.

¹ Brusa IL CODICE PENALE ZURIGHESE, 1873, art. 142, not. 90.

² EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 21.

³ Vid. Carrara, PROGRAMMA, PART. SPEC., vol. 2º, pag. 11, cap. 2º ss 1376 e segs.

O sujeito passivo de taes delictos, conforme a lettra restricta do nosso codigo nos dous artigos do texto, são sómente as crianças ou antes os menores de 7 annos, como elle se exprime e nunca os doentes, os cegos, os dementes, etc.

137. Comparando o codigo, art. 292, com a sua fonte, vê-se que elle abaixou de 12 annos para 7 a idade do abandonado.

O *abandono* é o elemento *material* do crime.

Não pôde ser mais infeliz aqui a dicção do codigo na 1ª parte do art. 292.

Elle não exige que se trate de menor, cujo abandono seja feito por quem tenha a *guarda* ou *cuidado* d'elle, de modo que si alguém encontrar accidentalmente um menor extraviado, acompanhal-o algum tempo, se entretiver com elle, interrogando-o mesmo e depois deixal-o, poderá incorrer na sanção deste artigo.

O codigo, § 2º, do art. 292, só faz da *guarda* circumstancia aggravante, equiparando-a á do pai ou mãe que abandona o filho; o que tudo importa uma confusão deploravel dos elementos constitutivos do crime, com as aggravantes, com a anomalia de igualar a culpa dos pais á d'um extranho e o que o Codigo Italiano separou nos arts. 386 e 387 e o projecto de 1899, arts. 309 e 310.

Outra exquiritice do art. 292 resultante de sua exdruxula redacção é que parece só tornar punivel o abandono do menor quando *corra perigo* sua vida ou *tenha lugar a morte!*

E entretanto, apesar disto, é edictada a pena irrisoria de 6 mezes a 1 anno.

E' verdade que o § 1º do mesmo art. 292 contempla como aggravantes o *perigo* da vida e a *morte* do menor, para punir o crime com a pena de 1 a 4 annos de prisão; mas aqui a circumstancia parece restringida pela condição expressa—si fôr em lugar ermo o abandono.

O codigo, como se diz vulgarmente, misturou alhos com bogalhos, pretendendo talvez melhorar a sua fonte!

Conforme o codigo italiano art. 387, são aggravantes distinctas o lugar ermo e a qualidade de pais legitimos, naturaes, etc., o que o projecto em 1899, art. 310 seguiu.

O codigo, repetiu a velha locução desprezada e alternativa de *expor* ou *abandonar*, quando neste ultimo facto é que está o crime, desde que si o agente expõe a victima em algum lugar e está vigiando-a para que nada lhe succeda até que appareça alguém que a conduza em paz e a salvamento, não pôde haver crime: é a solução do direito italiano que os projectos adoptaram. Eis o elemento *material* do crime.

Quanto ao elemento *intencional*, elle consiste no dolo especifico que impõe a sua distincção entre elle mesmo e outros crimes, e a locução viciosa do codigo pôde dar lugar, pelo

contrario, á confusão de especies muito differentes e que a um espirito superficial poderão parecer semelhantes, com prejuizo da severidade da repressão.

Assim, commentando o codigo italiano art. 386, paralelo ao art. 392 do texto do nosso codigo, diz Majno :

« O elemento *intencional* é o que dá precisamente a característica deste crime, porque o facto por si mesmo do abandono d'uma criança ou em geral d'uma pessoa impotente, segundo a *diversidade* dos fins a que se dirigir, póde constituir outros titulos de crime ou contra a *ordem das familias*, ou mais directamente contra a *pessoa*.

De facto, si o abandono por parte de quem tem a *guarda* ou é obrigado a ter *cuidado* da pessoa abandonada, acontece com o entendimento de conseguir a *morte* ou um mal qualquer ao abandonado, são applicaveis as sancções penaes estabelecidas para o *homicidio* e as *lesões pessoaes*, conforme o caso. Si o abandono foi praticado tendo por fim especial tirar ao abandonado o nome e os direitos que lhe dá o facto de pertencer á uma dada e certa familia, surge então o titulo de *supressão de estado*, para o qual nos referimos ás disposições e commentario respectivo dos arts. 361 e 362 do codigo italiano.

E' a hypothese mal delineada, por muito restricta, da especie do art. 287 do nosso Codigo Penal e a que nos referimos, referindo-nos tambem aos projectos que comprehendem explicitamente — a *supressão*, troca e supposição de *estado*.

Já nos occupámos desta materia no final do titulo anterior (VII) commentando o citado art. 287 do nosso codigo penal (n. 139, 1º v. p. 434).

Igualmente transcrevemos as disposições relativas do projecto de 1899 (nota 1 pag. 439 do 1º v.)

Majno conclue, portanto, muito logicamente.

O abandono que o codigo italiano prevê no art. 386, e art. 292 do nosso texto, é aquelle facto, não com o fim deliberado de offender, mas para subtrahir-se aos onus ou aos pensamentos do cuidado ou da guarda, ou (como no caso do art. 388 do codigo italiano) para apagar os vestigios do facto que deu lugar á existencia d'um infante.

Esta ultima hypothese o nosso codigo não prevê e constitue uma attenuante do abandono previsto nos projectos de revisão. ¹

¹ Projecto de 1899 :

« Art. 311. Commetter o crime previsto nos dous artigos antecedentes contra infante ainda não inscripto no registro civil, e dentro das primeiras 24 horas do nascimento, para salvar a honra propria ou da mulher, mãe, descendente, filha adoptiva ou irmã :

Pena — as mesmas, respectivamente diminuidas de um terço em cada um dos grãos. »

Não ha mais o que respigar no art. 292.

No art. 293 § 1º se contém uma especie disforme das deste capitulo.

As fontes desta disposição foram os codigos portuguezes, art. 347, que traduziram o codigo hespanhol anterior, art. 482, que teve a seu turno como fonte o codigo francez, art. 348.

Silva Ferrão censura bem a disposição que no codigo hespanhol contém apenas como sancção a multa, opinando que se trata mais de uma falta civil, do que mesmo de uma contravenção penal, lembrando a opinião contraria, tambem de Mello Freire, as restricções do codigo francez, o abandono já em 1856 da especie pelas codificações existentes mais modernas. ¹

A disposição é absurda, porque é melhor entregar a um estabelecimento publico um menor do que extravial-o, podendo acontecer que a entrega, feita mesmo a um particular melhore as condições da criança, que póde ter sido confiada á pessoa sem recursos, em cujo poder ella corra o risco até de perecer de fome.

O codigo francez e o codigo belga, art. 366, consideram uma causa de justificação o facto da pessoa não poder alimentar a criança confiada, si a pessoa que a entregou não lhe forneceu recursos.

O nosso codigo adopta disposições como a desta especie do art. 293 § 1º, mas mutila-as inteiramente, sem caracterisal-as bem, nem incluir as attenuantes, justificativas, etc.

Os projectos de revisão omittiram essa figura.

Resta o § 2º do art. 293 do texto, cuja disposição é parallela á do codigo italiano, art. 389, que os projectos de revisão adoptaram, ampliando-o, na conformidade da fonte commum a outras pessoas, que não sómente ás crianças, punindo os factos sómente com multa, como faz o codigo italiano, e não com prisão cellular até 6 mezes, como fez o codigo. ²

São factos de *indolencia culpavel* sobre a qual ha hoje uma theoria completa. ³

Majno faz a respeito observações que só se applicam em parte ao § 2º do art. 293, que é uma disposição incom-

¹ Silva Ferrão, OBR. CIT., vol., 6º art. 347, pag. 347.

² Projecto de 1899 :

« Art. 312. Deixar de dar aviso á autoridade mais proxima, ou a seus agentes, a respeito de menor que encontrar abandonado, ou extraviado :

Pena — multa de 50\$ a 150\$000.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que deixar de dar o aviso, ou de prestar o necessario soccorro a quem encontrar ferido, ou de qualquer modo em perigo imminente.»

³ Vid. Alfredo Angiolini, DEI DELITTI COLPOSI, Torino, 1901, pag. 134 — 141.

pleta, mas são o melhor commentario dessa parte e da disposição correspondente do projecto de revisão antes citada.

As comissões parlamentares tinham proposto collocar o actual art. 389 do codigo italiano entre as *contravenções*, notando que aqui se trata de simples omissões, punidas sempre, ainda quando não acompanhadas de qualquer pensamento de prejudicar, mas tambem independentemente de todo damno, o que distingue o crime aqui configurado de qualquer outro delicto contra a pessoa physica : a disposição questionada é justificada pela lei moral, mas a relação juridica que della nasce tem fundamento sómente na lei positiva. E estas idéas tiveram propugnadores no seio da comissão de revisão.

Mas prevaleceu o partido de conservar o art. 389 entre os *delictos*, porque tambem nos factos por elle previstos, se verificam verdadeiras e proprias figuras delictuosas, desde que lesam aquelle direito de mutua assistencia que a todo cidadão compete na sociedade, e que é principio elementar da convivencia social. ¹

O nosso codigo penal omittiu o capitulo do abuso dos meios de disciplina e máos tratos, que figura nos projectos e não constitue mais do que a regulamentação do principio do nosso codigo criminal anterior, art. 14 § 6º, conforme o qual, era o crime justificavel e não teria lugar a punição delle, « quando o mal consistisse no castigo *moderado*, que os pais dessem a seus filhos, e os mestres a seus discipulos ; ou desse castigo resultasse, uma vez que a qualidade delle não fosse *contraria* ás leis em vigor».

Apenas encontramos o seguinte aresto :

« 1.º Para dar-se o crime do art. 292 do codigo penal, na hypothese de não ter lugar a morte do infante abandonado, é essencial que, além dos mais elementos constitutivos, o infante haja corrido perigo de vida.

« 2.º A falta de prova de ter existido esse perigo obsta á condemnação de quem abandonar o dito infante na porta de uma casa particular, não sendo prova bastante o indício ou presumpção, por mais vehemente que seja. »

Acc. Relação *Petropolis* 28 de fevereiro de 1899. ²

A *Revista de Jurisprudencia* diz que a doutrina deste Accordão é a que melhor se conforma com a letra do art. 292 do codigo penal e a obscuridade do final do artigo é perfectamente esclarecida pelo § 1º.

Concordamos inteiramente nisto quanto á primeira parte, mas não tanto quanto á segunda, porque basta que provadas sejam as circumstancias que possam induzir ao perigo de vida, como *v. g.* deixar uma criança, embora na

¹ Majno, *obr. cit.*, 2º vol., pag. 192, n. 2431.

² REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 8º, pag. 186.

porta de uma casa, em uma rua de grande circulação de vehiculos, onde só por milagre ella não será esmagada.

A falta absoluta de policia dessa circulação, que é uma das *glorias* da nossa Capital Federal, torna periclitante a cada momento a vida mesmo dos adultos, e a lei deve ser applicada, conforme as condições do meio, ainda que o sabio legislador não tenha visto dous dedos diante do proprio nariz.

CAPITULO V

DO DUELLO

CODIGO

Art. 307. Desafiar outrem para duello, ainda que o desafio não seja acceito :

Pena — de multa de 100\$ a 200\$000.

Paragrapho unico. Si aquelle que desafiar para o duello for causa injusta do facto que occasionou o desafio :

Pena — de prisão celllular por 15 dias a dous mezes.

Art. 308. Aceitar o desafio, ainda que tenha sido causa injusta do facto que o determinou :

Pena — de multa de 100\$ a 200\$000.

Art. 309. Si o duello tiver logar, se observarão as seguintes disposições :

§ 1.º Ao que fizer uso das armas sem causar ao adversario nenhuma lesão corporal :

Pena — de prisão celllular por 15 dias a dous mezes.

§ 2.º Si o culpado tiver sido causa injusta do duello :

Pena — de prisão celllular por um a quatro mezes.

Art. 310. Matar em duello o adversario ou causar-lhe uma lesão corporal de que resulte a morte :

Pena — de prisão celllular por um a quatro annos.

§ 1.º Causar ao adversario alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 :

Pena — de prisão celllular por um a tres mezes.

§ 2.º Causar-lhe alguma lesão corporal das especificadas no art. 305 :

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

§ 3.º A pena será diminuida da sexta parte, si o culpado tiver sido induzido ao duello por insulto ou offensa grave.

Art. 311. Os portadores do desafio serão punidos com a multa de 100\$ a 200\$000.

§ 1.º Com a mesma multa serão punidos os padrinhos si do duello não resultar lesão corporal a qualquer dos combatentes.

§ 2.º Si, porém, do duello resultar a morte, ou lesão corporal, serão elles punidos como cúmplices, segundo as regras geraes.

Art. 312. Quando alguem, que não tiver tomado parte no facto que motivou o duello, apresentar-se para bater-se por algum dos combatentes, impor-se-lhe-hão em dobro as penas em que incorrer.

Art. 313. Serão applicadas ao homicidio e lesões corporaes, resultantes do duello, em vez das penas do art. 310, as dos arts. 291, § 2º, e 304, nos casos seguintes :

§ 1.º Si as condições do combate não tiverem sido préviamente combinadas pelos padrinhos, ou si o combate se travar sem que elles estivessem presentes ;

§ 2.º Si as armas usadas não forem iguaes ;

§ 3.º Si na escolha das armas, ou durante o combate, houver fraude ou violação das condições estabelecidas ;

§ 4.º Si tiver sido expressamente convencionado, ou resultar da especie do duello, da distancia guardada entre os combatentes, ou de outra condição estabelecida, que um delles devesse ficar morto ;

§ 5.º Si o duello for provocado com o fim de lucro.

Art. 314. Offender publicamente, ou expor ao desprezo publico, a pessoa que não aceitar o duello, ou por esses meios a provocar a acceital-o :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 100\$ a 200\$000.

COMMENTARIO

138. Este capitulo é o ultimo do codigo neste titulo, com a numeração de VI, que tambem não corresponde aos dos projectos de revisão, que collocaram antes delle o da diffamação e injuria, o que aqui não observamos, para não estarmos a cada passo alterando a ordem numeral successiva das disposições do codigo.

O nosso Codigo Criminal anterior de 1830 não cogitava absolutamente de duello, e nós, que temos sido severos para com o codigo vigente, reconhecemos que a innovação preencheu uma lacuna sensivel na nossa lei penal.

E como um instituto novo só é bem justificado avaliando-se as consequencias da falta que delle se fazia sentir, ao mesmo tempo que se estuda as phases da historia, que o precederam, e se examina e pesa as opiniões dos autores e as variações da jurisprudencia sobre as duvidas que a inexistencia de preceitos positivos suscita sobre os casos occurrentes, seja-nos licito repetir, resumindo aqui, um estudo feito sob o imperio do nosso Codigo Criminal anterior sobre a questão de saber si o duello era então punivel pela nossa legislação.

As conclusões desse estudo justificarão ou não a reforma felizmente operada em 1890, já sob a nossa Republica.

O duello é punivel pela nossa legislação? (Codigo Criminal de 1830.)

Póde-se definir o duello, como ordinariamente tem logar « a luta ajustada e empenhada entre dous individuos por motivos particulares ».

Esta questão, incontestavelmente intrincada e difficil, tem agora o grande merito da oportunidade.

O duello ha pouco realizado no Rio de Janeiro (antes de 1890), e o que nestes dias se mallogrou em Porto Alegre devem despertar a attenção do Governo, dos tribunaes e dos legisladores para a questão.

Mas á tarefa do jurista, que só póde ter como fronteiras naturaes os proprios assumptos de que trata, cabe considerar a materia em toda sua complexidade e fornecer os elementos de solução a uns ou a outros.

Quem abrir o nosso Codigo Criminal (de 1830), e nelle ler que — « não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique », e que — « nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquellas que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio ou minimo, salvo o caso em que aos juizes se permittir arbitrio (Codigo Criminal anterior, arts. 1º e 33), estará habilitado, ao menos, a declarar que a nossa lei penal não falla do duello, não o define e nem edicta pena alguma contra elle e portanto é o caso de repetir os trivialissimos aphorismos: *nullum crimen sine lege — nulla poena sine crimine — nulla poena sine lege*.

Mas o nosso codigo, na opinião de uma verdadeira autoridade e especialista nesta materia, como é o illustre lente substituto da Faculdade do Recife, Dr. Tobias Barreto, é lacunoso em muitas das suas partes; e a quereremos por optimistas, diremos primar elle pela concisão de suas disposições.

Isto posto, mesmo sem offensa daquelles aphorismos e contra uma opinião inaceitavel, mas muito em voga entre nós, não ha codigo que exija mais intenso e extenso estudo de interpretação para ser applicado do que o nosso, justamente por aquelle motivo.

Sendo assim, a divergencia que reina sobre a interpretação das leis penaes nas escolas alleman e franceza, que representam os extremos na theoria, e a italiana, que segue um meio termo, vem complicar a nossa questão com uma difficuldade nova. ¹

Pondo, porém, de parte a controversia sobre esse ponto especial, diremos que se trata aqui nada mais nada menos de saber si o nosso Codigo Criminal não comprehenderia o duello ou ao menos o damno, não economico, mas pessoal ou social que delle póde resultar, talvez como *effectum sceleris*? em disposições em que pune *crimes contra a segurança da pessoa e vida*.

Talvez a historia da nossa principal lei penal lançasse alguma luz sobre a obscuridade que envolve a questão, mas nós não temos documentos sufficientes da época, ao menos publicados, que possam servir de elemento de interpretação

¹ E. Pessina, ELEMENTI DI DIRITTO PENALE, I, L. 1º, § 1º.

no caso, e si os tivéssemos, a sua importancia não podia de modo algum ser decisiva, desde que uma codificação penal nova faz *taboa rasa* dos institutos congeneres até então vigentes, ainda quando se trata de codigos que simplesmente melhoram outros, quanto mais do nosso que substituiu o Livro 5º das Ordenações do Reino de Portugal, que parecia *escripto com sangue*.

Nessa compilação, que não pôde merecer absolutamente o titulo de fonte historica do nosso direito penal, deparamos com a tolerancia implicita do duello na Ord. do liv. 2º, tit. 26 § 2º que inclue *nos direitos reaes* « o de dar logar a se fazerem armas de jogo, ou de sanha entre os *requestados* (desafiados para duello) e ter campo (designar logar) entre elles ». ¹

Entretanto, a Ord. do liv. 5º, tit. 43, já trata da punição *dos que fazem desafio*.

Mas, como o Rei dispensava na lei, a antinomia entre as duas Ordenações, é sómente apparente, porque podia elle permittir que os seus subditos se matassem impunemente em duello.

Tambem « a portaria de 27 de setembro de 1824 declarou que os duellos eram prohibidos pelas leis do imperio e seriam rigorosamente punidos os que assim se batessem. »

Mas então não havia o Codigo Criminal, accrescenta o illustre senador Candido Mendes, cuja opinião de escriptor brasileiro, unica que conhecemos sobre o ponto questionado, não podemos deixar de rejeitar.

Diz elle :

« A lei civil (Ord. *cit.*) está aqui de accordo com a ecclesiastica, que condemna os desafios ou *duellos* (Concilio Tridentino, sess. 25 de Reform. cap. 19.)

« O nosso cod. crim. NÃO conhece este crime.

« Os ferimentos e mortes que resultarem dos duellos são punidos como taes.

« Talvez neste caso se pudesse applicar o art. 196 do cod. crim. adaptando-se ás circumstancias. » ²

E' nisto que o illustre annotador da compilação phillippina, não obstante toda a erudição e criterio que se lhe reconheciam, externava na penultima proposição, uma opinião arriscada, que afinal escrupulisa manter, hesitando em affirmal-a e até pondo-a em duvida quanto á possibilidade de applical-a.

E realmente antes de tudo convém consignar que o cod. no art. 196, prevendo quem « ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa » não pôde tal disposição por especialissima adaptar-se

¹ C. Mendes, Cod. PHILLIP.

² C. Mendes, Cod. PHIL. Ord. cit.

absolutamente ao facto tão complexo do duello em si, em relação ás pessoas que nelle tomam parte, á situação e papel destas e á variedade das consequencias.

O individuo punido pelo art. 196, subjectivamente, é mais criminoso do que o duellista que pôde ter sido o offendido, mesmo o offensor, mas provocado, que suppõe faltar ás leis da honra deixando de bater-se.

Objectivamente, si o duello não termina pela morte, o que ajuda a outrem a suicidar-se, ainda é mais criminoso considerado pelo lado desse momento da acção criminosa.

Desviada, pois, a hypothese da applicação de tal artigo ao duello, restão as disposições do codigo sobre as diversas figuras de homicidio e de ferimentos e offensas phisicas que elle prevê nos arts. 192 a 195 e 201 a 206.

O estudo dessas disposições com outras que regulam no codigo a imposição das penas como as dos arts. 15 a 20, 34, 35 e 63 sobre as diversas circumstancias aggravantes, ou attenuantes, que podem acompanhar um facto consumado, ou tentado e influir no gráo de penalidade applicavel aos autores e cúmplices, convencem tudo isso que é extravagante a opinião de applicar ao duello taes disposições.

O codigo de 1830 que no art. 196 pune no maximo com seis annos de prisão simples o que ajuda alguém a suicidar-se, podia querer que se punisse até com a pena *capital* aquelle que por sentimentos de honra, bem ou mal apurados, mata lealmente o seu adversario em combate singular em que os riscos e probabilidades são previamente igualados?

E' possível equiparar o ultimo ao assassino que mata por motivo reprovado, ou ao bandido que para roubar mata de emboscada?

Ninguem o dirá.

Não é o caso de applicar uma maxima de d'Argentree repetida por Dupin : *vitanda est interpretatio quæ infames faceret legislatores* ?

A Ord. do liv. 5º que prodigalisou a mãos largas a pena de morte a factos ridiculos, já não diremos considerados hoje licitos, pune os *desafios* ou duellos com degredo para a Africa ou Brazil ; podendo aliás o Rei autorisar qualquer duello, como resulta de outra Ordenação citada. Hoje, porém, nós devemos applicar aos duellistas penas edictadas para crimes commettidos com os mais elevados grãos de dólo !

Mas a questão que surge agora entre nós já levantou a maior controversia em França.

O codigo francez de 1810, que serviu de fonte ao nosso de 1830 em muitas de suas disposições, havia guardado silencio absoluto sobre o duello e suas consequencias.

Durante longo tempo, refere Dalloz, se concluiu desse silencio, tanto na Belgica, como em França, que, por mais

contrario que pudesse ser á moral, o duello não era punido pela lei.

O tribunal de cassação belga julgava nesse sentido todas as vezes que a questão lhe era submettida. Mas de repente, em 1835, um reviramento se operou na sua jurisprudencia. Por um primeiro aresto de 8 de fevereiro do mesmo anno, elle julgou que as disposições do codigo penal de 1810, especialmente as dos arts. 295 e segs. e 309 e segs., que punem os homicidios e ferimentos, são applicaveis aos resultados do combate singular, persistindo depois nesta jurisprudencia.

Em França tambem um aresto do tribunal de Cassação de 8 de abril de 1819 não considerava comprehendido em nenhum dos arts. do *Cod. Penal* sobre o homicidio simples, ou assassinato aquelle que nos riscos reciprocos de um duello houvesse dado a morte a seu adversario sem deslealdade nem perfidia.

Nosystema do Codigo Francez, do qual o nosso nessa parte pouco differe, repugnava profundamente á alta magistratura collocar sobre a mesma linha, punir com a mesma pena, o salteador que mata um viajante no seio de uma floresta para lhe roubar a sua bolsa e o homem honesto que, não podendo obter por um outro modo a justa reparação de uma offensa que recebeu, se vê obrigado a affrontar a morte para conservar a sua honra.

Por aresto de 22 de junho de 1837 e sobre um officio (*requisitoire*) famoso do celebre procurador geral Dupin, o tribunal mudou a jurisprudencia, applicando ao duello as disposições que o Codigo edicta para a morte e ferimentos ordinarios.

Entretanto, na Belgica não se tardou a perceber que a applicação deste systema apresentava os mais graves inconvenientes, que o modo de repressão que d'elle resultava era inteiramente inefficaz e que uma lei especial se fazia necessaria. ¹

E effectivamente, quer a longa historia do duello e dos motivos que mais teem concorrido para mantel-o, quer o estudo comparativo das leis que o reprimem em differentes Estados, protestam solemnemente contra a applicação da penalidade commum a um facto por sua natureza todo excepcional.

Não podemos fazer esse estudo que tomaria muito espaço; mas tocaremos nos principios mais geraes que dominam a materia.

O estudo do nosso codigo comparado com o francez, que lhe serviu de fonte, leva-nos á solução *negativa* da questão.

¹ JURISPRUDENCE GENERALE. v. b. *Duel*. n. 66.

Neste ponto, para resumirmos a materia nos valemos do opusculo de um escriptor elogiado por Carrara. ¹

Diante do Cod. francez, como podemos fazel-o diante do nosso, se teem produzido como argumentos para punir o duello com penas ordinarias razões como estas :

Ninguem póde fazer justiça por suas proprias mãos.

Ha no duello uma convenção para subtrahir-se á acção da lei e da autoridade e tal convenção é nulla por contraria á ordem publica.

Os termos do art. 193 (por exemplo, do Cod. Cr.) são geraes e se applicam ao caso do duello.

Os dous primeiros argumentos podem servir para condemnar o duello como reprehensivel, contrario á moral, á ordem publica, para criticar a lei e julgal-a como boa ou má ; mas não se trata disto.

A questão é si o duellista incorreu na sancção do art. 193 que pune o homicidio.

E' um argumento conhecido sobre a questão :

O duello póde ter como consequencia a morte de um dos adversarios, isto é, o homicidio ; logo, ainda que o duello seja um homicidio de natureza particular, está como tal sujeito á applicação do art. 193.

E' uma argumentação de palavras, que não attende, nem ao sentido, nem ao texto material da lei, porque, si se trata de um homicidio de natureza particular, fica por isso mesmo em questão, si o legislador o comprehendeu na definição que deu.

Todos os elementos de interpretação que teem sido empregados a respeito do Cod. fr., fonte do nosso, resolvem a questão negativamente.

Assim, nos trabalhos preparatorios do Cod. de 1810, a opinião de Monseignat, como órgão da commissão de legislação no corpo legislativo, foi contestada formalmente por Merlin que, consultado por um procurador geral, declarou que o *comité* (secção) de legislação do Conselho de Estado tinha entendido dever imitar a respeito do duello o silencio da Assembléa Constituinte.

Depois, diversos monumentos historicos, administrativos, legislativos e judiciarios, como declarações de Ministros e do Conselho de Estado, projectos de lei e arestos apoiam a interpretação de que o Codigo francez não cogitou do duello.

Modernamente constituem legião os autores que pugnam pela punição do duello, mas por leis especiaes :

« O duello em caso algum, diz Tissot, poderá ser assemelhado ao assassinato ; a jurisprudencia que pretendia fazer

¹ Benoit-Champy, THÈSE POUR LE DOCTORAT, Paris, 1861, pag. 140.

adoptar o procurador geral Dupin collocou-se, pois, a este respeito em um terreno falso. »

A apreciação do nosso Cod. Crim. e do Cod. fr. ministra um argumento que parece-nos decisivo para fundar a opinião que seguimos.

Ambos os Codigos guardam silencio sobre o duello.

Mas o francez tambem guarda silencio sobre o suicidio; entretanto o nosso no art. 196 pune o que ajuda alguém a suicidar-se ou fornece meios para esse fim com conhecimento de causa.

Do silencio do outro codigo nasceu em França a controversia tambem sobre esse ponto.

Entre nós, si o legislador pune o auxiliador ou cúmplice do suicida, parece que a lacuna da punição do duello, si não foi proposital, não pôde ser arbitrariamente preenchida.

Chauveau e Hélie distinguem com razão a vontade do facto e da intenção criminosa. O facto material do homicidio só não pôde constituir um crime.

Então o homicidio existe, o crime não existe mais.

E' uma observação commum ao suicida e ao duello: « A vontade de matar não é essencialmente criminosa; o soldado que faz fogo por ordem de uma autoridade legitima, tem a vontade de matar... Esta vontade reveste em seguida nuanças diferentes, que imprimem aos factos que ella commette grãos diversos na escala da criminalidade » (Benoit-Champy).

A doutrina contraria não evita na pratica consequencias absurdas, especialmente em relação ás circumstancias aggravantes e attenuantes, á tentativa e cumplicidade. ⁴

189. Considerado assim em seus antecedentes historicos entre nós e nas suas fontes o instituto do duello, o Codigo Penal vigente avisadamente o admitiu nas disposições minuciosas do seu texto.

Justificando o primitivo projecto de revisão deste, diziamos :

A materia do *duello* passou em silencio no Codigo de 1830, do mesmo modo que no francez e outros, mas a experiencia mostrou nas incertezas e variações da jurisprudencia que, tratando-se de um crime *sui generis*, o direito commum só poderia ser applicado a *fortiori* e dahi como resultado a impunidade para não punir os duellistas com as penas reservadas aos criminosos communs, levados ao crime por motivos anti-juridicos e anti-sociaes.

⁴ Vid. Pasquale Materi, LA RISSA, Torino 1900, pags. 30 a 41, sobre o duello singular e o *collectivo*, *dichiaramento* (explicação) dos *teppistas* e *maffiosos* ou *camorristas*; Berenini, OFFESE E DIFESA, Parma 1886, 1º vol. pag. 49-114.

E' certo que a escola anthropologica nega que o duello seja um facto que deva figurar nos codigos. ¹

Neste ponto é preferivel a opinião de Alimena ainda assente nos codigos modernos de primeira ordem, allemão, hungaro, hollandez, zurichense, etc.

Considerado o duello um crime especial, é mister fugir da severidade com que ainda o punem algumas leis para respeitar sentimentos sociaes que estão em antagonismo com o direito abstracto ou ideal, si quizerem.

O codigo italiano realisou certo temperamento nas disposições que adoptou, comparadas com a diversidade das de outros codigos e ao mesmo tempo regulou com certa minucia uma materia entre nós pouco conhecida, quer nos nossos circulos sociaes, quer no nosso mundo juridico.

Os trabalhos de confecção deste ultimo codigo fazem resaltar a preferencia para nós de suas disposições. ²

O novo Codigo Penal de 1890 hauriu do italiano, quasi como de fonte exclusiva, as disposições dos seus arts. 307 a 314, mas mutilou o systema e resente-se de imperfeições, taes como a de applicar-se ao duello provocado com o fim de lucro, disposições inapplicaveis, como o são as relativas ao homicidio e lesões corporaes, em vez das relativas ás extorsões, como fez o seu outro modelo, o codigo portuguez, á cuja redacção não se attendeu.

Em resumo, seria preferivel transplantar para o nosso direito essa fonte integral ou simplificar as disposições do capitulo, reduzindo-o a dispositivos concisos do que se pôde notar, como exemplos, os codigos allemão, hungaro, hollandez e portuguez.

Em todo o caso, o codigo italiano procurou conciliar em sua extrema variedade os principios dominantes nos outros codigos sobre o assumpto; mas pecca pelas minucias, tendo sido o projecto definitivo censurado até por despertar a idéa de um codigo cavalleiresco.

Entretanto, adoptou-se agora delle disposições que não figuram nos outros, sem duvida por deixal-as sob o imperio das regras geraes; mas que convinha preferir, para não difficulter a solução de casos entre nós, como por exemplo, a relativa a individuos que se batem por outros.

Em outros pontos o projecto afastou-se do italiano, como na punição dos padrinhos, etc.

O capitulo em geral está calcado sobre os outros codigos acima citados. ³

¹ Berenini, OFFESE E DIFESE. Battei, 1883, *Appunti al nuovo codice penale*. Torino, 1889, pag. 71.

² Zanardelli, RELAZIONE CIT. III, pag. 135; Villa, RELAZIONE CIT., 170; Canonico, RELAZIONE CIT. pag. 152.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 23.

Quid leges sine moribus vane proficiunt, repete Carrara dizendo, para que as leis surtam o seu effeito, precisa que sejam suffragadas pela opinião publica e sem este suffragio, ainda as melhores disposições permanecem inefficazes. Esta é por tudo a historia do *duello*.

Producto das invasões do norte, se diffunde com rapidez, é acariciado com prestigio, a ponto de constituir um habito radicado geral e o que é peor sancionado pela opinião publica. A severidade com que em França especialmente foi punido este crime não attingio o escopo proposto e precisou ser abandonada.

Com justa razão, portanto, o legislador italiano não se mostrou muito rigoroso, sem porém affastar-se daquelles principios que servem de estigmatizar a vingança privada, e deixando ao elemento da civilisação o mandato de reagir contra este prejuizo social.

A seu turno, Pessina observa que o *duello*, como o exercicio arbitrario das proprias razões, substitue a *vis privata* á autoridade do Estado, não para defender o proprio direito contestado por outrem, mas sim para reparar a honra por outrem ultrajada.

Elle consiste em fazer-se justiça pelas proprias mãos.

Não pouco são discordes as opiniões dos juristas sobre o *duello*; como discordante é a determinação das normas que se lhe referem nas varias legislações penaes positivas; pelo que, ao passo que nos outros delictos, á pena legal corresponde a pena moral incluída na reprovação que contra elle pronuncia a consciencia humana, a respeito do *duello*, a lei acha-se mesmo em contradicção com a opinião geral.

O nosso codigo não define o *duello*, como não o definio a sua fonte, do complexo de cujas disposições, porém, o mesmo autor, que acabamos de citar, diz que póde deduzir, como definição legal, que — «o *duello* é o combate singular por causa de honra e segundo as normas adoptadas pelos costumes cavalleirescos.»

Em nosso paiz, podemos registrar que o *duello* repugna aos nossos costumes e não sei si se poderá citar alguns casos de *duello* levados a effeito, isto é, travado no logar designado com a assistencia classica dos padrinhos ou testemunhas, cirurgiaão, etc.

A legislação penal do seculo XIX, agora findo, apresenta discordancia no modo de considerar o *duello*.

1.º No direito inglez, no Cod. Pen. Francez de 1810, no Cod. napolitano de 1819, no Cod. portuguez de 1852, que teve, em geral, o nosso Cod. Crim. de 1830 como uma de suas fontes, no Cod. de S. Marino e nos codigos do Tessino de 1872 e de Genebra de 1874, o legislador silencia de facto acerca do *duello*; mas este silencio engendra na pratica a ambiguidade sobre o conceito que elle teve ou fez do *duello*,

opinando alguns que elle não é considerado como facto criminoso, e outros, ao contrario, que elle deve ser punido nas suas consequencias, isto é, de homicidio ou lesões, como qualquer outro crime de sangue.¹

2.º Um segundo systema, é o de punir, quer pelo código penal, quer por lei especial e de modo severissimo o duello, já em si mesmo, já nas suas consequencias; e este systema informou o Cod. austriaco de 1803, o de Hanover, a lei napolitana de 1838, o Cod. Albertino de 1839, o Cod. Toscano de 1853, e as leis de varios Estados da União Americana do Norte, como Ohio, New-York e Connecticut.

3.º O terceiro systema, mais conforme ás exigencias racionais do direito, é o de classificar o duello e os factos com elle succedidos, como uma violação da *justiça social* e da *ordem publica*, mas digno de consideração e punivel com penas attenuadas ou temperadas, sem confundil-o com os crimes communs; e este systema foi acolhido, salvo gradações de maior ou menor benignidade, por muitos codigos novos da Allemanha, pela lei belga de 1841, pelo novo Cod. Pen. hollandez de 1881, pelos codigos helveticos em geral, pelo Cod. hellenico, pelo russo, pelo austriaco de 1852, pelo italiano de 1859, pelo hungaro de 1878 e pela legislação de varios Estados da America do Norte.

E aqui sobre tudo se deve notar que na America do Norte prevalece o conceito da exclusão de toda função publica, salvo as penas maiores, quer dos duellistas, quer dos que mandam, levam ou aceitam o desafio, quer finalmente daquelles que se tornam cúmplices, intervindo como *padrinhos* ou como *segundos*, sem ter praticado qualquer acto para evitar o encontro *à mão armada*.

O código vigente italiano acolheu esse terceiro systema, mas agrava a penalidade em varios momentos da incriminação do duello; no que o seguiram o nosso código e os projectos de revisão com as restricções que já notamos, sendo uma dellas a classificação aqui do duello como um crime sinão de sangue, congenere ou affim delle e na falta de titulo especial como o do código italiano.²

160. A fonte talvez exclusiva do nosso código vigente foi o italiano embora para disfarçal-a, como si não fosse licito esse emprestimo legislativo em materia nova para

¹ Mas no direito inglez pune-se o desafio e quaesquer manobras que tenham por fim provocar directa ou indirectamente uma pessoa a desafiar outra ou a bater-se em duello: Stephen, *A Digest cit.*, pag. 51, art. 72.

A Orden. do Liv. 5º, Tit. 43 pune os que fazem desafio; isto não teve influencia alguma no nosso Cod. de 1830, pois que felizmente entre nós o direito portuguez infiuio menos na codificação penal de 1830 do que na de 1890. Vide Pereira e Souza, *Classes dos crimes cit.*, pag. 94, sobre o antigo direito.

² Carrara, *COMMENTO CIT.* art. 237, pag. 151. Pessina, *MANUALE CIT. Part. sec. pag. 191 § 179.*

nós, o código fizesse as mutilações e aleijões costumados. O cod. portuguez talvez tivesse sido uma fonte restricta.

Os interpretes italianos, portanto, são os melhores para nós no caso, mesmo para os projectos de revisão, á vista do que anteriormente já dissemos neste capitulo.

Assim o código uno, seguindo o toscano, incrimina o desafio ou cartel, para duello, ainda que não acceito, assim como a accitação do desafio, ainda que não seguida de actos executivos do duello; punindo estes dous factos só quando o duello não se realiza.

Devemos precaver-nos contra a tecnologia do antigo direito portuguez neste ponto.

A Ordenação chama ao duello *desafio* e mesmo *rixa* e ao desafio ou cartel, *repto*, *recado* para desafio ou duello. E Pereira e Souza mostra-nos bem isso pela definição que dá do duello dizendo: *Desafio* é o combate particular entre duas ou mais pessoas. Differe do combate improviso e impensado que os francezes chamam *rencontre*, e nós chamamos *rixa*.

Tambem aqui não pertencem aquelles combates, que se faziam somente para prova de destreza, ou em honra das damas, nem aquelles a que se recorria como uma prova juridica para a decisão das causas.

Trata-se somente daquelles combates que são resultados de differenças particulares e a que precede *provocação* e tratado. 1

O código vigente contempla o desafio ainda não acceito, agrava a pena do que desafiar, si for causa injusta do facto e pune o que accitar o desafio. E' o objecto das disposições do art. 307 e paragrapho unico e 308 do texto.

Os projectos de 1893 e 1897 seguiram aqui o código penal, ampliando a aggravante aos dous casos, mas os projectos de 1896 e 1899, parece que para fazerem cousa nova, fosse como fosse, eliminou-a—art. 323.

Conforme o código italiano, o combate do que não resulte lesão pessoal é punido com pena menor; mas, o facto de ter sido um dos combatentes ou luctadores causa injusta e determinante do duello é a respeito delle uma circumstancia aggravante pessoal. E d'aqui surge um corollario, isto é, que o duellista que tem feito uso das armas é punido, ainda quando seja ferido, não sendo feridor por sua vez.

O nosso código no art. 309 do texto estabelece pena para o que fizer uso das armas sem causar ao adversario nenhuma lesão corporal (§ 1º); e agrava a pena, si o culpado tiver sido causa injusta do facto (§ 2º).

Os projectos de 1893 e 1897, art. 333 seguiram aqui o co-

1 Pereira e Souza, OBR. CIT. pag. 95 § 1.

digo ; mas, os de 1896 e 1899, art. 324, eliminaram ainda, não sabemos porque, a aggravante.

Ainda segundo o direito italiano, o combate ou a lucta que tem dado logar a consequencias, é punido com penas graves, que variam, segundo a gravidade das consequencias.

O nosso codigo no art. 310 do texto pune o que matou, ou causou uma lesão corporal de que resulte a morte ; e no § 1, qualquer lesão grave das especificadas no art. 304. Mas no § 2º prevê a lesão especificada no art. 305 á cuja disposição se refere.

Isto nos parece simplesmente absurdo, porque é difficil cogitar da hypothese de um combatente que com as armas na mão e sujeito ás formalidades e garantias adoptadas no duello, sirva-se contra o adversario de um instrumento aviltante no intuito de causar-lhe dôr physica e injurial-o !

Os projectos de 1893 e 1897, art. 335, comprehenderam a mais todas as lesões graves ou ligeiras e incluíram a aggravante da causa injusta que o Codigo aqui omittiu.

Os projectos, porém, de 1896 e 1899, art. 325, não contemplaram a aggravante.

Conforme o codigo italiano, a participação dos terceiros no desafio é incriminada em regra geral, graças ao art. 241, mas é isenta de pena si os portadores do cartel impedirem o combate (art. 241, 1ª alinea).

O nosso codigo no art. 311 do texto pune os portadores do desafio, omittindo a dirimente do codigo italiano e com a mesma pena os padrinhos, si o duello não tiver consequencias (§ 1º).

Si houver morte ou lesões, os padrinhos serão punidos como cúmplices (§ 2º).

Pelos projectos de 1893 e 1897, art. 339, os portadores do desafio só serão punidos, si não se houverem esforçado para impedir o combate.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 325, paragrapho unico, punem como cúmplice o portador do desafio.

Os padrinhos, conforme o codigo italiano são punidos pelo simples factio de sua assistencia ao duello, sendo a sua pena aggravada, si, em vez de incruento, o duello tem consequencias.

Entretanto, elles ficam isentos de pena, desde que antes da lucta tenham feito tudo quanto delles dependia para conciliar as partes, ou si por obra delles o duello tenha tido um exito menos grave do que aquelle que de outro modo poderia ter — art. 241, 2ª alinea.

O nosso codigo penal no art. 311 do texto pune com pena pecuniaria os padrinhos (§ 1º).

Mas, si o duello tiver consequencias, elles serão punidos como cúmplices, segundo as *regras geraes*.

Estas *regras geraes* NÃO podem ser as *normas, com-*

muns do código penal sobre o *homicidio e lesões*, arts. 294 e 295 e 304.

Isto está muito mal dicto no texto, porque resultaria o absurdo de punir as testemunhas com pena excessivamente grande em relação aos próprios combatentes !

O código refere-se ás disposições do art. 310.

O nosso código afastou-se aqui do código italiano, desprezando as modalidades deste e esquecendo a dirimente que, como vimos, elle estabelece, para quando as testemunhas se esforçam por mallograr o encontro, ou tornam o seu desfecho menos cruento. Isto é juridico, equitativo e humanitario.

Nenhum dos projectos de revisão pune os padrinhos.

Mas os projectos de 1896 e 1899 contem uma lacuna que os projectos de 1893 e 1897 haviam supprido cautelosa e preventivamente, no caso das disposições abaixo transcriptas, uma das quaes declara que nunca serão punidos os medicos e cirurgiões que assistirem. 1

A's normas da incriminação do duello foi adicionada pelo código italiano, como figura de crime, a hypothese da *excitação* ao duello ; porque, diz Pessina, grande parte da tenacidade com que o duello perdura, a despeito dos progressos da sociedade humana, é devida á atmospherá moral que elle diffunde em torno de si, graças aos transviamentos da opinião *commum*.

E por isso, offender publicamente uma pessoa de qualquer modo, ou assignalal-a ao desprezo publico, porque não tem desafiado, ou não tem accetado o desafio, ou incitar outros ao duello, mostrando ou ameaçando desprezo, é crime previsto no código italiano, art. 244, e é a especie do art. 314 do texto do nosso código.

Os varios projectos de revisão reproduziram a figura, dando-lhe elasterio mais efficaz.

A theoria assentada no código italiano sobre o duello e a cujas origens e fontes já alludimos no começo deste capitulo, firma de modo positivo certos principios sobre factos que parecem estranhos ao duello, mas assumem ou revestem-lhe as apparencias.

Assim : 1º, aquelle que, não tendo parte alguma no facto que occasionou o duello, se bate em logar de quem

1 Projecto de 1897 :

« Art. 333. Quando as regras estabelecidas pelo uso ou de *commum* accordo para o duello forem violadas, em logar das penas estabelecidas nos arts. 335 e 337, serão applicadas ao homicidio e á lesão pessoal as dos caps. I e II deste titulo, comtanto que estas não sejam inferiores áquellas, substituindo-se sempre a detenção pela prisão.

Nos casos previstos neste artigo, os padrinhos ou testemunhas serão punidos como cúmplices.

Art. 339. Não serão punidos os padrinhos, salva a disposição do artigo antecedente, nem os portadores do desafio que se tiverem esforçado para impedir o duello, nem os medicos ou cirurgiões que assistirem.»

tem nelle interesse directo, é punido com a pena do duello, aggravada de metade, seja elle cruento ou incruento ; e só este augmento de pena não tem logar, quando o duellista é um parente proximo da pessoa directamente interessada, ou quando um dos padrinhos ou segundos se bate em logar do primeiro ausente — art. 242.

E' a especie contida na disposição do art. 312 do nosso codigo penal, que applica o dôbro da pena respectiva.

O codigo não consagra a attenuante a favor do parente e do padrinho.

Os projectos de 1896 e 1899 só admittem a do parentesco. Os de 1893 e 1897 admittem-na para ambos.

2.º A *extorsão* que se serve das fórmas cavalleirescas do desafio para duello, ou da ameaça de provocar ou desafiar, desde que seja provado o intento de obter dinheiro ou outra utilidade, é punida, segundo os casos, com as normas que regem o delicto de extorsão, conforme os arts. 407 e 409 do codigo italiano.

O nosso codigo penal, que teve este ultimo codigo como sua fonte, desprezou esse justo ensinamento e limitou-se a punir com as penas respectivas communs a morte e as lesões praticadas por aquelle que provocou o duello *com fim de lucro* : é esta a disposição do § 5º confundida com outras muito diversas do art. 313.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 328, impõem uma pena correspondente á da *extorsão*.

Os projectos de 1893 e 1897, art. 340, applicam as penas da *extorsão* comminadas nos respectivos artigos.

3.º Finalmente, não podem ter logar as mitigações de especie ou quantidade da pena applicaveis ao combate por causa de honra, mas as normas dos crimes communs, quando falta a indole formal do duello.

Isto acontece :

a) quando as condições da lucta não teem sido estabelecidas anteriormente pelos padrinhos ou segundos, ou a lucta não tem logar na sua presença ;

b) quando as armas empregadas no combate não sejam iguaes, ou não sejam espadas ou sabres ou pistolas igualmente carregadas, ou sejam armas de precisão ou de repetição (de mais de um tiro) ;

c) quando haja fraude ou violação das condições, quer na escolha das armas, quer no combate ;

d) quando tenha sido expressamente convencionado ou tenha resultado da especie do duello, ou da distancia entre os combatentes, ou das outras condições estabelecidas, que um dos dous duellistas deve ficar morto, duello *até o ultimo sangue*. 1

1 Pessina, MANGALE, *loc. cit.*, pag. 197, § 183.

O nosso código penal no art. 313 §§ 1º a 4º traduziu o art. 243 do código italiano sobre essas diversas situações que convertem o duello n'uma lucta brutal ou n'um assassinato predeterminado.

Os projectos de 1893 e 1899 omitiram taes disposições, de modo que si taes factos occorrerem na pratica, hão de embarçar muito os tribunaes para resolver, si a omissão foi ou não proposital, e si deve deixar de applicar o direito commum a verdadeiros assassinos !

Entretanto, os nossos projectos de 1893 e 1897, art. 338, anteriormente transcripto (nota 1, pag. 83) prevêem as hypothèses, não casuisticamente, como faz o código no texto, seguindo á risca o italiano, mas, por uma formula geral, pelas razões dadas na *exposição de motivos* do primeiro projecto citado neste capitulo (n. 159, pag. 77).

E a disposição do projecto citado, art. 338, applica nesses casos a prisão, em vez da detenção, de accordo com o código italiano, que em taes hypothèses o mesmo preceitúa, estabelecendo aggravantes, e estendendo-as aos padrinhos participantes, ou scientes dos factos antes da lucta ou no acto desta.

Na jurisprudencia patria, é quasi escusado dizel-o, nada ha a respigar sobre a materia deste capitulo.

CAPITULO VI

DA DIFFAMAÇÃO E DA INJURIA

CODIGO

Art. 315. Constitue calumnia a falsa imputação, feita a alguém, de facto que a lei qualifica crime.

Parapho unico. E' isento de pena o que provar ser verdadeiro o facto imputado, salvo quando o direito de queixa resultante delle fór privativo de determinadas pessoas.

Art. 316. Si a calumnia fór commettida por meio de publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscripto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta e em razão de seu officio :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa de 500\$ a 1:000\$000.

§ 1.º Si commettida contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio:

Penas — de prisão cellular de quatro mezes a um anno e multa de 400\$ a 800\$000.

§ 2.º Si commettida por outro qualquer meio que não algum dos mencionados:

Pena — a metade das estabelecidas.

Art. 317. Julgar-se-ha 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. 318. E' vedada a prova da verdade, ou notoriedade do facto imputado á pessoa offendida, salvo si esta :

- a) for funcionario publico, ou corporação, e o facto imputado referir-se ao exercicio de suas funções ;
- b) permittir a prova ;
- c) tiver sido condemnada pelo facto imputado.

Art. 319. Si a injuria for commettida por qualquer dos meios especificados no art. 316 :

§ 1.º Contra corporações que exerçam autoridade publica ou contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica :

Penas — de prisão cellular por tres a nove mezes e multa de 400\$ a 800\$000.

§ 2.º Si contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio :

Penas — de prisão cellular por dous a seis mezes e multa de 300\$ a 600\$000.

§ 3.º Si a injuria for commettida por outro qualquer meio, que não algum dos especificados no art. 316, será punida com a metade das penas.

Art. 320. E' tambem injuria :

§ 1.º Usar de marca de fabrica, ou commercio, que contiver offensa pessoal ; ou expor á venda objectos revestidos de marcas offensivas ;

§ 2.º Apregoar, em lugares publicos, a venda de gazetas, papeis impressos, ou manuscriptos de modo offensivo á pessoa certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia :

Penas — de prisão cellular por dous a quatro mezes e de multa de 100\$ a 300\$000.

Art. 321. Quando a calumnia e a injuria forem equivocas, poderá o offendido pedir explicações em juizo.

O que se recusar a dal-as, ou não as der satisfactorias, a juizo do offendido, ficará sujeito ás penas da calumnia ou injuria, a que o equivoco der logar.

Art. 322. As injurias compensam-se : em consequencia não poderão querelar por injuria os que reciprocamente se injuriarem.

Art. 323. Não tem logar acção criminal por offensa irrogada em allegações, ou escriptos produzidos em juizo pelas partes, ou seus procuradores. Todavia o juiz que encontrar calumnias, ou injurias em allegações de autos as mandará riscar, a requerimento da parte offendida, quando tiver de julgar a causa, e na mesma sentença imporá ao auctor uma multa de 20\$ a 50\$000.

Art. 324. Si a injuria ou calumnia forem commettidas contra a memoria de um morto, o direito de queixa poderá ser exercido pelo conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos.

Art. 325. O criminoso que houver paga, ou promessa de recompensa para commetter alguma injuria, ou calumnia, incorrerá, além das penas respectivas, na multa do decuplo dos valores recebidos ou promettidos(*)

COMMENTARIO

161. Este capitulo em todos os projectos de revisão está no titulo « dos crimes contra a pessoa » mas o codigo para os artigos do texto creou o titulo XI *dos crimes contra a honra e a boa fama*, com um capitulo unico que corresponde a este e tem por subtítulo — da *calumnia e da injuria* — repetido do velho codigo de 1830 e que os projectos mudaram para *diffamação e injuria*, pelas razões dadas na *exposição de motivos* do de 1893, que passamos a citar :

O codigo penal conservou o titulo de — calumnia e injuria — para os factos de que se trata aqui.

Entretanto o titulo que adoptamos, rigorosamente é mais correcto : *diffamação e injuria*.

Além de que o termo *diffamação* é mais comprehensivo, a *calumnia* não o substituindo, porque a noção que della dão os codigos revistos é incompleta, é em geral applicada sómente á figura especial do facto previsto no art. 235 do codigo criminal e no art. 264 do novo codigo penal, este contido em titulo differente, do mesmo modo que tambem em outro titulo deste ultimo codigo está o art. 134 que contém o ultrage ou *desacato*.

O nosso modo de ver é o da doutrina e jurisprudencia. 1

Neste ponto o codigo francez, fonte do nosso codigo anterior, que o vigente renovou, não contém mais o crime de *calumnia*, o seu art. 367 foi abrogado. 2

Aliás o codigo italiano simplificou a materia, dando denominação diversa á cada especie de crimes deste genero e o relatorio do ministro da justiça convence da merecida preferencia do systema pelo estudo comparado dos outros codigos que o inspiraram. 3

(*) O assumpto do commentario a este capitulo constituia uma *monographia*, que tencionavamos publicar sobre a *diffamação e a injuria*.

Desistindo porém de tal proposito, aproveitamos o trabalho aqui, accomodando-o convenientemente.

E' a razão da extensão, mas que não prejudica a obra, ao contrario explica melhor a materia, vasta, importante e difficil, sendo o caso de dizer : *quod abundat non nocet*.

1 Baldassare, CODICE PENALE ITALIANO, Firenze, 1884 — 85, II, pag. 114; Frola, DELLE INGIURIE E DIFFAMAZIONI, Torino, 1890, pag. 4.

2 Fabreguettes, TRAITÉ DES INFRACTIONS DE LA PAROLE, ETC, Paris, 1884, II, n. 1412.

3 Zanardelli, RELAZIONE CIT. Torino, 1888, III, pag. 334 e not.

A questão da verdade do convicio, *exceptio veritatis* tinha no nosso código anterior a restricta excepção do art. 239, que o novo código ampliou; mas, equiparando a prova da verdade á *notoriedade* do facto imputado, isto é, referindo-se á pretendida *notoriedade* que na phrase de Pessina é aquella mesma voz publica a quem bem se póde dar o nome de *meretrix* das provas. 1

Quando não valha a boa fé, diz Alimena, não póde valer a *notoriedade*, a qual é mesmo artifice da boa fé. Assim se tem razão de pensar com o cod. ital. e com o francez. 2

Assim, eliminando das provas a notoriedade, alteramos ainda o código penal, resolvendo que não é admissivel a excepção no *desacato* ou ultrage; e que para admittil-a basta que se intente ao offendido processo criminal (é obvio que o resultado deste determinará o do outro).

Finalmente, salvamos a *injuria* punivel que porventura se contiver na *diffamação* impunivel pela excepção.

Por igual modificamos a extensão da compensação e regulamos outras questões relativas á attenuação e isenção da pena, á provocação e retorsão.

Não seguimos nenhum dos nossos codigos na representação dos factos de que nos occupamos, quando commettidos em juizo pelas partes e seus patronos.

O *jus defendendi* quasi os cobre com uma immuniidade legal e salvas as providencias puramente disciplinares, os excessos devem apenas dar lugar á indemnisação do damno.

A' disposição referente ás offensas á memoria dos mortos, accrescentamos o caso do offendido vivo não ter dado queixa antes de morrer, que ficaria impune em face do novo código, não tendo mesmo o anterior cogitado da especie.

Taes factos em geral devem quanto á acção estar sujeitos a prescripções de breve prazo e assim propomos.

Aggravamos as penas *ad instar* do código anterior para os casos em que os offendidos sejam os chefes dos Estados, o Congresso ou uma de suas camaras ou um membro de qualquer destas.

Não se procederá em taes crimes sinão por queixa da parte e quando se tratar de corporações, por authorização destas, ou do seu chefe hierarchico, si a corporação não constituir collegio ou este não tiver tal faculdade,

1 LA LIBERTA DELLA STAMPA E IL NUOVO CODICE PENALE, Firenze, 1892, pag. 41.

2 Alimena, I LIMITI EI MODIFICATORI DELL'IMPUNITA', Torino, 1894-1899, vol. 3º, pag. 423.

como pôde succeder no exercito e armada e mesmo em corporações civis.

Finalmente, ficou eliminada a disposição do art. 240 do codigo anterior, reproduzida com alteração pelo art. 321 do codigo vigente sobre calumnias e injurias *equivocas*.

A alteração peiorou a disposição, porque fazia do júzo apaixonado do offendido o arbitro da sorte do offensor, quando é doutrina e jurisprudencia constante que nos crimes de injuria não é ao sentir daquelle que se diz injuriado que se attende, mas ao animo daquelle que commette o facto reputado injurioso.¹

Sem essa alteração mesmo as disposições do codigo anterior não podiam subsistir, porque o que se chama calúnia ou injuria *equivocas* são fórmias disfarçadas de verdadeiras injurias, por exemplo, as injurias *obliquas*.²

Esta questão liga-se á outra mais grave acerca da qual dizia Costa no seu relatorio ao senado italiano, sobre o novo codigo penal « que reclamar a prova da intenção de diffamar equivaleria a favorecer a immuidade dos mais hypocritas e, pois, dos mais tristes diffamadores que conseguissem fazer surgir a diffamação com formas *reticentes*, com modos *indirectos*, com insinuações habeis, com reservas prudentes, etc.»³

E' sabido que as autoridades competentes nesta materia, como Grattier, Chassan e outros opinam que se pode achar injuria na reticencia, ironia, allusão, insinuação, apologo.

Não é necessario que existam expressões ultrajantes ou termos de desprezo propriamente dito.

Deve considerar-se o fundo do pensamento de preferencia á forma litteral.

Até certo ponto o mesmo em relação á diffamação.⁴

A disposição eliminada daria logar á reiteração dos factos pela mesma forma ou a novos.

Foi supprimido o requisito do escripto diffamatorio ou injurioso por mais de 15 pessoas, por injustificavel e não figurar nos codigos modernos, além de não ser necessario para qualificar o libello famoso ou a injuria.

Por igual e para evitar duvidas nos crimes verbaes, exigiu-se o requisito da communicação do facto a duas pessoas pelo menos, o que aliás exigia o codigo sardo, art. 570, limitando-se o novo codigo italiano e os projectos que lhe serviram de base a empregar as expressões — communicando *con piú personne* — sem designar nu-

¹ Frola, Obr. cit. pag. 16.

² Vid. Frola, Obr. cit. pags. 232 e segs.

³ Pessina, Obr. cit. pag. 8.

⁴ Fabreguettes, Obr. cit. ns. 1069, 1071, 1161 e 1162, 1º vol.

mero ; o que, porém, equivale a duas ou mais, isto é, á mais simples idéa de pluralidade e não sómente de multiplicidade.¹

162. No direito romano o *status illaesa dignitatis et existimationis* representava a unidade ideal de todos os direitos attribuidos pelo Estado ao cidadão.

A offensa á honra e á fama ou reputação dava entretanto direito á reparação da *injuria* mediante a *acção privada*. Mas pelas leis decemviraes era previsto e punido como delicto capital o *carmen occentare vel condere, quod infamiam faceret alteri*.

O edicto do Pretor sujeita a *injuria* á *actio aestimatoria*, entretanto que cahe em desuso a pena estabelecida pelas XII Taboas ; e só a *Lex Cornelia de injuriis* punia a *injuria*, quer quando consista em factos materiaes de violencia (como *vulnus illatum*), quer quando se offendia pessoa collocada em alta condição por officio publico. Sob os Imperadores a *injuria* era punida com pena extraordinaria a arbitrio do juiz e á que foi adjecta a *infamia*, especialmente erão punidos *extra ordinem* o *liber famosus*, assim como a *injuria* do filho para com os pais, e com o advento do Christianismo a *injuria* contra os ministros da religião no tempo dos ritos sagrados.

No direito intermedio e notadamente nas leis germanicas, a noção juridica da *injuria* passa por uma transformação consoante com a ideia de não ser o Estado considerado como o presupposto da personalidade moral ; donde resulta que a protecção do Estado parece garantia insufficiente para a honra, desde que a *injuria* dá antes oportunidade á *faida* do que ao julgamento judicial, e si nas classes inferiores dá logar á querela diante do Estado, nas outras classes poz em voga a reparação mediante o duello de honra ; e sómente os estatutos municipaes continham para as classes inferiores avaliações multiples relativas á reparação penal da *injuria*, entretanto que com o Direito Canonico surgia o instituto da *famae restitutio*.

No fim do seculo XVIII a reforma da legislação penal acarretou consigo conceitos mais claros sobre as offensas á honra. Mas nas legislações modernas prevalece o conceito de que a *injuria* é tambem um facto punivel, mas de intensidade criminosa menor do que a dos outros crimes contra a *pessoa*. E este conceito é causa frequente de vinganças atrozes, assim como da maior diffusão daquella vingança organizada na forma cavalleiresca do duello, chamada reparação da honra ultrajada.

¹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 22.

E' notavel que na pratica do direito intermedio e no direito inglez se reproduz o mesmo conceito romano de que a injuria e a diffamação oral (esta a nossa chamada *calumnia verbal*) dão logar ú uma reparação *meramente* CIVIL, entretanto que a diffamação mediante *escripto (libello)* dá logar a processo penal além da responsabilidade civil.

Effectivamente, diz Seymour Harris, que o crime de diffamação contido num escripto é mais grave do que aquelle expresso simplesmente por páavras. Assim, uma *accusação* (e tambem uma acção *civil*) póde ser intentada por cousas escriptas, entretanto que não poderia sel-o si as mesmas cousas fossem expressas verbalmente.

Um discurso por mais violento que seja, por si mesmo, em relação ao individuo injuriado, salvo si puder provocar um duello, não é punivel. ¹

Entre nós, no periodo colonial imperavam as Ordenações de Portugal e as leis extravagantes que, em geral, quasi só puniam as injurias *verbaes* e mesmo as *escriptas*, o *libello famoso* e as injurias *reaes* com pena arbitrária. ²

A *offensa moral* como a qualifica Pessina, que os penalistas chamam *injuria*, para distingui-la não só da *offensa material*, mas, além disto, dos delictos contra o *pudor* da pessoa, é determinada pela violação do direito á *honra*.

O direito de personalidade do individuo abraça no seu conteúdo o reconhecimento do valor moral do homem nas duas condições da *dignidade* e da *boa fama*.

A *dignidade* é o valor, ou antes a qualidade *absoluta* da pessoa humana pela qual em cada um individuo é respeitada a natureza humana mesma.

A *boa fama* é o valor *moral* do individuo na consciencia dos outros.

E daqui resulta que infligir ao homem uma humilhação com qualquer acto injurioso é violar o direito da dignidade humana e exprimir contra a vida de um homem uma opinião diante da consciencia social constitue uma injuria diffamadora. E em ambos os casos se offende o que o homem tem de mais sagrado na sua vida, isto é, a *honra da pessoa*.

Ha principios geraes que abrangem ao mesmo tempo a diffamação que o nosso codigo ainda chama *calumnia* e a injuria, embora ellas diversifiquem especificamente e tenham por isso mesmo importancia e alcance desigual.

O nosso Codigo Penal fez neste capitulo uma mescla de disposições, difficil de discriminar, porque tendo tido como fonte o nosso Codigo Penal anterior, arts. 229 a 246, alterou-a

¹ Seymour Harris, OBR. CIT., pag. 75.

² Pereira e Souza, OBR. CIT., pags. 269, 277 e 279 e a legislação ahí citada.

com o subsidio do Codigo Italiano tambem já alterado, mas isto sem methodo, nem systema, como sempre, de modo que não se sabe quando segue um ou outro nas disposições.

O Codigo Penal Italiano não dá a definição da injuria em geral, mas enumera sómente as suas especies.

Carrara diz ser injuria qualquer manifestação do pensamento que ultraja um outro homem ; mas, observa Pessina, que mais adequada seria a definição, si nella se dissesse ser injuria qualquer manifestação do pensamento de um homem tendente a diminuir a dignidade ou a fama de um outro homem.

Pessina resume muito bem os elementos essenciaes da injuria em geral, comprehendida a *calumnia*, dizendo mais ou menos o seguinte:

I. A injuria deve ser enderessada contra uma pessoa *determinada* ; e esta póde ser uma *individualidade physica* ou uma *individualidade collectiva*.

No Direito Allemão é o contrario, a não ser por excepção e em virtude de disposições especiaes, elle só protege a honra do individuo e não a do corpo collectivo. ¹

II. O ultrage á dignidade ou á fama tem necessidade de um facto exterior que possa externar o pensamento offensivo da honra de outrem, quer exprimindo contra outro individuo o proprio menosprezo ou desestima, quer excitando o menosprezo de outrem contra uma dada pessoa. Este facto exterior póde dizer-se ordinariamente a *palavra* emquanto esta externa o pensamento ; mas pela palavra se deve entender qualquer manifestação do juizo interno do menosprezo. Sómente é necessario que se determine com precisão por aquelle mesmo que se sente da injuria soffrida aquillo em que consiste a injuria que elle cre´ ser-lhe irrogada ou inferida.

III. O facto deve conter objectivamente em si mesmo algum *que* de ultrajoso que negue a dignidade do offendido ou contribua para diminuir na consciencia dos outros homens o valor moral do individuo.

IV. A' injuria é essencial o *animus injuriandi*, que constitue o dolo especifico do delicto de injuria.

V. A injuria deve ser *sentida* como tal pelo *offendido* ; de onde resulta que não se póde abrir passagem á punição della sem a querela da pessoa injuriada.

VI. A injuria póde ser não só *directa*, mas tambem *indirecta* ; e esta se verifica quando se ultraja pessoa que nos seja ligada por vinculos de sangue ou de necessaria e legitima protecção.

VII. A acção tendente a desconhecer o valor moral

¹ Berner, OBR. CIT., pag. 378 ; von Liszt, OBR. CIT., 2º vol., pags. 73, 74, 86 e 88.

de uma pessoa deve ter *algum que de illicito*, pelo que, onde haja obrigação ou permissão de externar a propria convicção sobre o valor do operar de outrem, falta o delicto de injuria. ¹

163. Passemos aos artigos do texto. Nestes o nosso cod. pen. define a diffamação ou *calumnia*, na sua linguagem, dizendo:

« Art. 315. Constitue calumnia a *falsa* imputação feita a alguém de facto que a lei qualifica *crime*. »

O cod. vigente, conforme já prevenimos, não aproveitou inteiramente neste cap. as fontes novas sabidas e costumadas em que elle hauriu; e especialmente aqui, sobre a calumnia, elle não fez mais do que reproduzir quasi pelas mesmas palavras o cod. crim. anterior quando diz, conceituando a calumnia:

« Art. 229. Julgar-se-ha crime de calumnia o attribuir *falsamente* a alguém um facto, que a lei tenha qualificado *criminoso*—e em que tenha logar a acção popular, ou procedimento official da justiça. »

Sobre o cod. de 1830 dizia um dos seus interpretes: « Da comparação deste art. (229) com o 236 (cod. pen., art. 317), se vê que os elementos constitutivos da calumnia são: 1º, a *falsidade* do facto especificadamente attribuido; 2º, a sua qualificação de *criminoso* por lei; 3º, dar logar á acção popular ou procedimento official da justiça. Portanto, não constitue accusação calumniosa a que versa sobre um crime que não póde ser denunciado pelo promotor publico, ou por qualquer pessoa do povo; e sem grave e circumstanciada imputação *falsa*, sem má fé ou intenção de causar um grande mal, não existe crime de calumnia.

« Por acc. de 28 de março de 1882 decidiu a Relação de Belém que no crime de calumnia não basta que o juiz verifique a existencia da imputação, mas é mister que examine si é *falsa* ou verdadeira; por isso que, quando o crime se compõe de diversos elementos, a decisão, fundada na existencia de um ou de alguns sómente, não é juridica. »

Esta doutrina era seguida por todos e era a dos arestos como se vae ver: ²

« Commette o crime de calumnia quem attribue *falsamente* a alguém um crime em que cabe acção publica, embora o facto seja notorio, ou esteja sujeito ao conhecimento da justiça. » Sentença do Juizo de Direito de Santos (S. Paulo), 22 de março de 1878.

¹ Vide Pessina, MANUALE CIT. Part. sec. pag. 35, cap. 1º, sec. 5ª §§ 36 e segs.

² Francisco Luiz, COD. CRIM. *theorica e praticamente annotado*. Maceió, 1885, pag. 438; Thomaz Alves, OBR. CIT., 3º vol. art. 229; Paula Pessoa, COD. CRIM., art. 220 e notas.

« Não é crime de calúnia attribuir a um fabricante de vinhos a introdução, sem fim doloso, nem intenção criminosa; de substancias nocivas á saude publica nos productos de sua fabrica. » Acc. da Relação *Rio*, de 28 de outubro de 1887.

« O crime de calúnia commettido por empregado publico no acto de exercicio de suas funcções é de *responsabilidade*. » Acc. da Relação *Rio*, de 22 de julho de 1887.

« A imputação vaga de crime sem factos especificados constitue *injuria* e não *calúnia*; para que tenha logar esta é mister que seja precisado o facto constitutivo da imputação. » Sentença do Dr. Carvalho de Mendonça, juiz de direito de Santos, S. Paulo, de 17 de novembro de 1888. ¹

O nosso cod. actual, art. 315, afastou-se do cod. crim. anterior, art. 229, no conceito da calúnia, porque, conforme este, a calúnia é attribuição falsa a alguém de um crime—de acção publica; mas, pelo cod. vigente, é a imputação falsa de um crime qualquer, seja ou não de acção publica.

O cod. vigente só levou esta condição em conta para admittir a prova da verdade, quando o facto imputado fosse punivel mediante acção publica, e negal-a no caso contrario.

O cod. vigente seguiu nisto um systema *sui generis*, todo seu, que não figura em codigo algum e menos nas fontes, codigo anterior, francez, sardo, etc.

O nosso cod. anterior e o actual com essa modificação, cuja fonte primitiva foi o francez, approximam-se mais dos codigos hespanhoes, porque a disposição abrogada do art. 367 do cod. francez, á formula adoptada pelos nossos e hespanhóes accrescentava « factos que exporiam ao *despreso* ou *odio* dos cidadãos », o que foi suprimido.

Na elaboração do cod. italiano, a questão foi renovada a proposito do cod. sardo, que seguiu tambem o francez e a solução foi melhor, que, entretanto, foi desprezada pelo nosso código actual, tendo sido aceita depois em todos os projectos de revisão.

No abolido codigo, diz Carrara, como nos projectos precedentes, se exigia para formar a diffamação o requisito que o facto attribuido ao diffamado fosse de tal natureza que pudesse, quando subsistisse, dar logar a um processo penal ou disciplinar. Este conceito foi abandonado no cod. actual, primeiramente porque tal extremo foi considerado estranho e não essencial ao caracter da diffamação, podendo diffamar-se uma pessoa tambem sem que o facto attribuido seja susceptivel de penalidade, como, por outro lado, qualquer facto que póde dar logar a processo, nem sempre prejudica a reputação do culpado.

¹ O DIREITO, vol. 16, pag. 191; vol. 45, pag. 226; vol. 43, pag. 647; e vol. 49, pag. 532.

Exigir, portanto, o elemento da penalidade era desnaturar o conceito do crime de diffamação. Além disto, ha certas diffamações tão vis, torpes e dolorosas para aquelle que por ellas é atingido, que seria uma verdadeira enormidade deixal-as impunes, pela unica circumstancia de não poderem dar logar a processo penal ¹

Mais adiante teremos occasião de ver os absurdos a que dá logar o conceito da calumnia e a respectiva *exceptio veritatis*, previstos no art. 315 e paragrapho unico do texto, confrontados com o da injuria e a sua *exceptio veritatis* nos arts. 317 e 318.

Modernamente, isto é, sob o imperio do codigo vigente, a jurisprudencia, especialmente dos tribunaes da Capital Federal, tem explicado o conceito da calumnia dado pelo art. 315 do texto.

São elementos do crime de calumnia, diz Viveiros de Castro : 1º, a imputação precisa de um facto determinado; 2º, que a lei qualifique este facto de criminoso; 3º, que a imputação seja falsa; 4º, feita com um fim de discredito ou prejuizo. ²

« A falsa imputação feita a alguem de ter furtado ou roubado um objecto não constitue simples injuria, mas calumnia verbal.

« A reunião das duas condições — pessoa e falsidade do facto determinado — é precisa para a existencia do crime de calumnia.» Sentença do Dr. Mendes Bastos, juiz de direito da *Vigia* (Pará), 17 de fevereiro de 1894.

« As diligencias em boa fé empregadas perante a autoridade publica para a verificação de um facto delictuoso não constituem o crime de calumnia definido no art. 315 do Codigo Penal. » Accordão do Supremo Tribunal Federal, de 28 de setembro de 1895.

« Crime de calumnia. Classificação della e a adoptada pelo nosso codigo. Fórmulas por que se pratica a calumnia e competencia do juiz na devida apreciação de seus termos, afim de descobri-la.

Não ha necessidade de prova da intenção do diffamador por consistir esta na divulgação da propria proposição infamante.» Accordão da Relação de *Belém*, de 30 de março de 1895.

« Incompetencia da Justiça Estadual para tomar conhecimento de processo crime movido por empregado federal contra outro companheiro, por ter este ministrado informação a seu superior hierarchico sobre abusos que dizia serem commettidos por aquelle.

¹ Carrara, COMMENTO CIT., art. 393, pag. 245.

² SENTENÇAS E DECISÕES CIT., pag. 33, n. 18.

« Desclassificação do crime de calúnia para o de falsidade. » Accordão do Supremo Tribunal de Justiça, *Macció*, 10 de março de 1896. ¹

« 1.º Para a constituição do crime de calúnia (art. 315 do Código Penal) é elemento primordial a imputação de um facto determinado e positivo previsto na lei penal.

2.º Assim, não se commette o crime de calúnia por faltar esse elemento primordial, quando se imputa a alguém a certeza de que praticaria dados factos qualificados crimes. » Accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 23 de junho de 1898. ²

Não é calúnia a imputação verdadeira de factos não criminosos. Na especie de que se trata não ha crime definido no art. 315, nem o do art. 264 do Código Penal. » Accordão do Superior Tribunal de Justiça do Recife, de 1º de maio de 1896. ³

Taes hypotheses são de erro de facto que também, si vencível, diz Carrara, é dirimente.

E assim, diz Florian, si o agente attribue á uma pessoa um facto que *crê diffamatorio e não o é, a communis opinio* induziria a absolver porque faltaria o elemento *material*, a attribuição *diffamatoria idonea*. ⁴

Em contrario á opinião classica, está Florian pretendendo ver no facto uma tentativa punível, mas o nosso Código, art. 14, paragrapho unico, a repelliria formalmente, attenta a disposição expressa do seu texto. ⁵

Note-se que entre nós o conceito fixado por arestos da jurisprudencia, quanto á calúnia, não está completo no art. 315 do texto, cuja definição é manca, verdadeiro aleijão, desde que o elemento do crime de acção publica que póde concorrer para tornar calumniosa a imputação, em alguns casos, está como um incidente na disposição separada do paragrapho unico do citado art. 315.

Ainda outro elemento do crime, qual é o da divulgação, *publicação* na expressão do código ou communicação, e *distribuição*, tratando-se de *escriptos*, está no art. 316, primeira parte, estando ainda no § 2º por uma fórmula negativa e obscura o mesmo elemento quando não se tratar de *escripto*.

Nisto o código vigente não seguiu o italiano, mas o nosso anterior.

E teremos occasião de ver neste capitulo que elle segue o italiano ás vezes até na redacção de disposições, mas as

¹ O DIREITO, vol. 64, pag. 377; vol. 68, pags. 431 e 576; vol. 70, pag. 72.

² REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 3º, pag. 442.

³ O DIREITO, vol. 70, pag. 772.

⁴ Carrara, PROGRAMMA. Part. Spec., § 1753 e notas, vol. 3º.

⁵ Florian. LA TEORIA PSICOLOGICA DELLA DIFFAMAZIONE CIT., pag. 62.

applica de modo inverso a generos, especies e casos muito outros, de modo que é mister estar prevenido para não seguir aquelle codigo, quando o nosso, parecendo querer, não o quiz seguir.

A definição legal do codigo ficaria integrada dizendo-se : « a calumnia é a imputação falsa de um crime, de acção publica, por escripto distribuido a mais de quinze pessoas ou outro qualquer meio.»

164. O paragrapho unico do art. 315 do texto do nosso Codigo Penal diz que é « isento de pena o que provar ser verdadeiro o facto imputado, salvo quando o direito de queixa resultante delle for privativo de determinadas pessoas.»

O nosso Codigo Criminal de 1830 dizia :

« O que provar o facto criminoso imputado ficará isento de toda pena.»

A disposição é a mesma, ainda que diversamente redigida.

Não haverá *calumnia*, mas *injuria talcoz*, conforme o caso, ou nenhum crime, si se imputar ao offendido facto que não seja crime.

Effectivamente o nosso codigo art. 407 § 2º ns. 1º e 2º reserva a certas pessoas ou torna privativo dellas o direito de queixa.

Esta disposição do § unico do art. 315 do texto que conceitua a calumnia pelo crime imputado seja ou não de acção publica, é uma especialidade do nosso direito anterior mantido com a modificação notada no vigente e nos codigos da America hespanhola, que tiveram como fonte as leis penaes da Hespanha.

Assim o Dr. Rivarola recorda que a jurisprudencia hespanhola teve de resolver si cabia qualificar como *calumnia* a falsa imputação do delicto de *violação*. A negativa se impunha alli immediatamente pelo texto do art. 467. A *violação* não é um delicto dos que dão lugar a um procedimento de officio, « já que para proceder contra o dito delicto é requisito indispensavel a denuncia particular; e si só com apresental-a, sem instaurar a instancia, se sustenta a causa pela acção da justiça, sempre resulta que os tribunaes não podem proceder de officio contra aquelle delicto, como contra os demais da classe dos publicos, doutrina confirmada pelo art. 463, dispondo que em todos os casos o perdão expresso ou presumido da parte offendida extingue a acção penal ou a pena, si já tiver sido imposta ao culpado, o que não póde ter lugar em nenhum delicto publico.¹

Ainda que o art. 177 do codigo argentino não tenha usado dos termos «delictos dos que dão lugar a procedimento de

1 Viada e Vilaseca, OBR. CIT. vol. 3º, pag. 165.

officio», nem prescreva nessa lei que o perdão da offendida extinga a acção publica, creio que procederia a mesma applicação, sempre que não se imputasse a violação de impubere que não tenha pais ou protector ou que se imputasse a violação ou estupro commettido por ascendente, tutor ou pessoa encarregada da guarda de uma menor, casos nos quaes mantem a lei a acção publica e o procedimento *de officio*.¹

A doutrina exposta teria inteira applicação ao nosso direito, sem duvida possivel, nos termos do citado art. 407 § 2º, ns. 1º e 2º, que aliás se refere ao art. 274, si o codigo vigente não houvesse modificado o nosso de 1830.

Portanto, diante destas disposições, si um individuo imputar falsamente a outrem, por exemplo o *raptó* d'uma asylada de estabelecimento de caridade, haverá calumnia, e poderá ser admittido á prova da verdade do facto ao réo para defender-se e evitar a pena, conforme o paragrapho unico do art. 315.

Uma consequencia que deve ser notada sobre o elemento da calumnia que, conforme nosso codigo penal, versa sobre um delicto, é que importa um facto certo, determinado e concreto, é que a affirmação, como diz Rivarola, se refira a um facto executado ou em execução. Um facto, por mais que se assegure que se realizará, não constitue uma imputação calumniaosa, porque não é cabivel a acção preventiva do Ministerio Fiscal, e entre nós diremos do Ministerio publico.

Isto aliás está de accordo com a nossa jurisprudencia, cujos arestos temos citado neste capitulo (n. 163).

O paragrapho unico do art. 315 contempla a *exceptio veritatis*.

A *exceptio veritatis* é assumpto de ampla controversia entre os juristas; especialmente por causa da connexidade da questão com a da liberdade da imprensa e da responsabilidade dos funcionarios publicos.

A reputação do homem publico deve ser o reverbero exterior, diz Pessina, da forma honesta da vida, e a instituição da imprensa, como censura eminente do procedimento dos funcionarios publicos é o palladio da liberdade das nações.

No direito attico era punido o diffamador que não conseguia demonstrar a verdade da diffamação; e pela liberdade grega o direito romano attinge a liberdade da accusação extrajudicial: *Eum qui nocentem infamavit non esse bonum ob eam rem condemnari peccata enim nocentium nota esse et oportere et expediri*.

Na doutrina dos praticos se pôz em duvida este theorema.

1 Rivarola, *Omni. cit.* 2º vol., pag. 239, n. 725.

Mas no seculo 18º Filangieri reatou o fio tradicional da doutrina romana.

O legislador, diz elle, não deve receiar mal algum desta censura particular, ella é um freio de mais para o vicio, é um espantallo de mais para o vicioso.

Nas legislações do seculo 19º se nos offerecem tres systemas.

O primeiro é que a verdade do convicio não elimina nunca a subsistencia do delicto.

O segundo systema é justamente o contrario, isto é, aquelle que admite sem limite algum a *exceptio veritatis*.

O terceiro é aquelle que admite em alguns casos a prova da *veridade* do convicio e em outros a exclue. ¹

Na pratica ingleza, por exemplo, prevalece, dever admittir-se a prova da verdade quando se trata de accusação feita a um official publico.

O codigo penal italiano de 1859, cuja fonte foi o francez, do qual o qualificam satellite e o codigo belga, da mesma origem, admittiram a prova da verdade do convicio:

a) quanto aos factos pertinentes á vida publica do funcionario;

b) pela imputação de factos que dão lugar a processo penal;

c) e sempre que o offendido queira por si mesmo que o juiz proceda para pesquisar a verdade do conteúdo do convicio.

Esta admissibilidade da prova da verdade dá lugar a duas consequencias juridicas:

Uma é que quando a verdade objectiva do convicio for provada não ha pena para a diffamação, e quando a verdade objectiva não for provada, o autor da diffamação verbal ou oral, escripta ou impressa, será punido como autor da diffamação calumniosa.

¹ Ver sobre estes systemas a obra monumental de Alimena, *Dell' Imputabilità*, v. 3º, pag. 400 a solução das questões que o problema suggera.

Em geral, e basta citar a opinião de Kettenacker e Feuerbach, diz Alimena, considera-se que tambem a divulgação da verdade é punivel, desde que ella venha revestida d'uma fórma tal, de fazer nascer o delicto de injuria.

Tambem esta ordem de ideias é aceitavel, porque o direito de divulgar a verdade não implica o direito de ferir violentamente a personalidade humana. O examinador cumpre o proprio dever quando reprova o estudante que não pôde passar no exame; assim como o juiz cumpre o proprio dever quando condemna o ladrão; mas, seria, talvez, opportuno que aquelle chamasse o estudante de *asno*, ou peor, e que este dissesse ao condemnado *ladrão, tratante?*

Alimena occupa-se de importantes e variadas questões sobre a diffamação, tratando das *excusas*, especialmente da relativa ao « auxilio á actuação do direito ».

Alimena, Loc. cit. pag. 409.

E aqui se deve notar:

1º, que não basta a duvida sobre a verdade ou falsidade do conteúdo do *convicio* para excluir a criminalidade, mas precisa provar como objectivamente verdadeira a existencia dos factos attribuidos;

2º, que a chamada boa fé do diffamador não basta para escusar-o do delicto; e, si póde escusar-o da *calumnia*, não o exime da responsabilidade da *accusação temeraria*.

O vigente codigo italiano, art. 394, reproduziu quasi inteiramente a doutrina firmada pelo de 1859; mas só a limita ao delicto da *diffamação*, excluindo-a para aquelle de *injuria*, entretanto que o de 1859 admittia a *exceptio veritatis* para um e outro delicto. ¹

São dignas de registrar-se as disposições do codigo húngaro, sobre este ponto, que diz:

« Art. 264. A prova da verdade d'uma imputação ou d'uma expressão é interdicta e não póde ser permittida, mesmo a pedido da parte lesada :

« 1.º Si a diffamação ou injuria foi commettida contra uma das pessoas designadas no art. 272 (chefes de Estados estrangeiros ou representantes destes);

« 2.º Si a imputação ou a expressão se refere a um acto contra o qual a accusação não póde ser intentada sinão por queixa da parte lesada e que aquelle que tem direito de dar esta queixa não a deu ou *retirou-a* (desistiu della);

« 3.º Si teve lugar um julgamento de livramento ou uma decisão de não pronuncia definitivos sobre o facto imputado;

« 4.º Si a imputação ou a expressão respeita a actos da vida de familia ou á honra d'uma mulher. »

Vê-se que não é admittida a *exceptio veritatis*, mesmo no caso de pedido do offendido nas hypotheses que estabelece, admittindo-a nas não exceptuadas, quer na diffamação, quer na injuria, e só pela especialidade das disposições, que podem ministrar subsidios para a interpretação das do nosso codigo, as transcrevemos.

Entretanto, diz Alimena que antes de tudo põe-se fóra da discussão a censura dirigida á vida publica e ao delicto, porque da oportunidade della não se ousa mais duvidar.

A duvida se refere pois sómente á censura da vida privada e por aquelles factos que não são delictos. Muitos respondem negativamente, repetindo-se a costumada phrase de Royer-Collard — *a vida privada deve ser murada* — mas isto não é sinão uma phrase. A nossa resposta affirmativa a deduzimos, ao contrario, dos factos.

Começando com um argumento de ordem moral, dize-

¹ Pessina, MANUALE CIT., LOC. CIT., pag. 43 § 43.

mos que a estima publica é um bem altissimo, que não póde nem deve pertencer a quem não o mereça.

Depois, passamos a um argumento de ordem juridica, e dizemos que pela concorrência, a qual acompanha todos os factos da nossa vida, a estima tributada áquelle que a não merece constitue um prejuizo infligido áquelle que a merece.

Finalmente dizemos, que a differença entre vida publica e vida privada é feita por commodo da nossa mente, não tem realidade alguma objectiva, e o homem é sempre o mesmo (por isso se chama *individuo*) e não se deve pensar que elle tenha como que um cabide onde estejam pendurados varios e diversos habitos, que elle escolhe e enverga, segundo a occasião, antes de entrar na mascarada da vida. ¹

163. O nosso codigo penal pelo art. 315 paragrapho unico do texto, parece que só admitta a *exceptio veritatis* na *calumnia*; mas isto de modo amplo, salvo a restrictiva de ser o direito de queixa cabivel pelo facto imputado sómente attribuiavel a determinadas pessoas.

Entretanto, pelo art. 318 do texto parece que a *exceptio veritatis*, nas condições nelle previstas só tem lugar na *injuria*; isto porque á disposição segue-se logo a definição de injuria, dada no anterior art. 317; mas, ao mesmo tempo, não parece, porque o art. 318 não se refere á injuria especialmente, mas diz — «facto *imputado* á pessoa *offendida*» — o que póde fazer comprehender nelle a *calumnia*. E neste caso a norma do paragrapho unico do art. 315 parece soffrer os limites impostos pelo art. 318.

Não são de mais as cautelas, nem bastantes os criterios communs para interpretar este capitulo do codigo, onde até, pelo máo arranjo dos artigos, sabendo-se mesmo as fontes em que elle hauriu as disposições, fica-se sem saber quando elle se refere á *calumnia*, á *injuria*, ou a ambas.

Não se sabe, pois, si, tendo elle alterado a sua fonte immediata, o nosso codigo de 1830 seguiu o novo italiano ou antes o velho codigo sardo, a que se refere Pessina, tratando da *calumnia* e *injuria* e cuja fonte primitiva foi o codigo francez, já hoje abrogado neste ponto, e cujos vestigios ainda acham-se no codigo belga, arts. 443 e 447.

A dicção do nosso codigo, art. 318, é quasi a mesma do codigo sardo, melhorada no italiano, do mesmo modo que o cod. francez neste ponto, hoje abrogado, foi alterado pelo codigo belga.

Assim, Nypels, commentando o art. 447 com referencia ao art. 443, e á uma outra questão que o nosso codigo resolve, sobre a denuncia calumniosa, e é a figura especial do art. 264, diz:

« Não se falla na primeira alinea sinão do delicto de ca-

¹ Alimena, DELL'IMPUTABILITÀ CIT. 3º vol., pag. 405.

lumnia, e com razão, porque a disposição não concerne sinão os factos imputados a um funcionario e relativos ás suas funcções (nosso codigo, art. 318, letra a); ora, a lei admittie sempre a prova dos factos desta natureza. Elles não podem, pois, conforme o codigo belga, art. 443, receber a qualificação sinão de *calumnia*. »

O texto é talvez incompleto sob um outro ponto de vista. Elle não falla do delicto de denuncia calumniosa. Entretanto, é antes uma lacuna apparente, porque não é de duvidar que a denuncia calumniosa esteja comprehendida sob a denominação geral de *calumnia*. Isto resulta aliás da terceira alinea do nosso artigo, que falla formalmente da denuncia.

Não é o *mesmo* da injuria e do ultrage *excluidos* pelo texto da applicação da nossa disposição. Em consequencia, a prova da verdade do facto imputado não é admittida para justificar os ultrages ou as injurias para com os funcionarios publicos.

Isto era admittido sem contestação sob o imperio do codigo francez de 1810.

O orador do governo (Faure) dizia: « Nós observaremos que o autor da imputação d'um vicio não tem meio algum de livrar-se da pena. Pediria elle que se admittisse á prova? A lei não o permite. Quereria elle denunciar? Não se denuncia sinão factos precisos qualificados crimes, delictos e contravenções. Isto não se pôde applicar á imputação d'um vicio generico. »

E isto foi repetido na occasião da elaboração do codigo belga no relatorio da camara: « a prova não é admittida sinão no caso que se trate de imputação d'um facto preciso. Quando ha questão de injuria, toda prova é interdicta. » E a proposito de ultraje: ... « com effeito, nestes casos, importa pouco saber si a offensa é fundada ou não. A autoridade publica tem sido ferida na pessoa do magistrado, o delicto existe, elle deve ser reprimido. » ¹

O nosso codigo penal no paragrapho unico do texto repetiu a formula geral do velho codigo anterior sobre a *calumnia*; mas no art. 318, depois de ter definído a *injuria* no art. 317, elle estabelece disposições, sem referil-as, nem á uma nem á outra, como vimos.

A dicção acompanha, como dissemos, mais ou menos a do codigo italiano art. 394, mas este artigo se refere á *calumnia* sómente e não á injuria tambem, como o codigo sardo, e nelle, os preceitos parallellos do art. 318 do nosso estão conjugados com o que figura isoladamente no paragrapho unico do art. 315 do texto do nosso codigo.

Para nós, levando-nos pelo que é razoavel, a formula do paragrapho unico do art. 315, refere-se sómente á ca-

¹ Vide Nypels e Servais, *OB. CRT.*, vol. 3º, art. 447, pag. 49, n. 3.

lúmia e não está restringida pelo art. 318, que se applica sómente a injúria ; diversamente do código italiano que só a applica á calúmia e do código sardo, que a applicava a um e outro crime.

Pelo máo arranjo, entretanto, das disposições, a do paragrapho unico do art. 315 do texto, tendo ficado ahí isolada para referir-se sómente á calúmia, disto resultou que diante do art. 318, que nenhuma referencia faz áquelle paragrapho unico do art. 315, o código não diz si, provada a verdade ou a *notoriedade* (!), a prostituta das provas, na expressão de Pessina, fica o réo ou não isento da pena, o que devia dizer.

Depois a disposição do art. 318 devia no seu conteúdo constituir restricções da *exceptio veritatis*, contemplada no paragrapho unico do art. 315 e não ser esta admittida absolutamente na injúria.

Foi a solução do código italiano que o nosso código desprezou, estabelecendo neste ponto disposições que não nos consta existirem em código algum do mundo conhecido até hoje, ao menos de innumerados que consultámos da Europa, America e Asia.

Depois, a falta de referencia do art. 318 ao paragrapho unico do art. 315 leva ao absurdo de não poder o supposto calumniador ou diffamador allegar a *exceptio veritatis* com a sentença de condemnação do diffamado no facto imputado, quando o direito respectivo de queixa for privativo de certas pessoas (art. 315, paragrapho unico); ao passo que poderá fazel-o o que injuriar, art. 318, letra c.

Pelo menos não é facil a solução da questão de modo contrario, excepto para salvar o absurdo que apontamos.

Quanto á norma em si mesma do paragrapho unico do art. 315, o direito não offerece duvida neste ponto.

Na Italia tambem, conforme Majno, *fica isento de pena*, diz a lei. Importa tanto dizer que para o effeito de excluir a pena da diffamação, a lei, como nota Carrara, commentando as disposições conformes do art. 576 do código sardo e da lei sobre a imprensa—não cancella a indole criminosa do facto e por isso não cogita da intenção mais ou menos maligna ; não absolve do facto em attenção a um fim bom ; o delicto de injúria, de diffamação ou de libello famoso existe ; mas, se lhe concede a impunidade.

A honestidade do fim, ao contrario, faz desaparecer o crime ; e o faz desaparecer por uma outra ordem de ideias, isto é, a falta de *animus injuriandi* : deste ponto de vista, dada a honestidade do fim, tambem a simples credulidade elimina o crime, porque em materia de escusas o putativo equivale ao verdadeiro. ¹

¹ Carrara, PROGRAMMA CIT. 3º vol., §§ 1301 e segs.

Independente da honestidade do fim, a prova da verdade do facto elimina tambem sempre o delicto de diffamação ou libello famoso. ¹

E tambem de injuria pelo nosso codigo penal art. 318. Neste ponto porém o nosso codigo penal art. 315 paragrapho unico ainda differe do italiano art. 394, ultima parte, porque este isentando da pena o autor da imputação verdadeira, salva a hypothese do facto não constituir *injuria*, dizendo — salvo si os modos usados não constituirem por si mesmos o delicto previsto no artigo seguinte—395, que conceitua a injuria, embora, como sempre, occulte o *nomen juris*.

« *Plaçio*—Commelte os crimes de calumnia e de injuria quem, por meio de publicações pela imprensa, além de imputar ao autor de uma obra a reproducção de passagens de obras alheias sem citação destas e dos respectivos autores, faz ao mesmo tempo insinuações deprimentes do seu character e reputação.

« Da *exceptio veritatis*—seu conceito, requisitivo de sua prova, fórma do respectivo processo, quando deve ser admittida e julgada.

« Intelligencia do art. 22 n. 1, 2ª parte da lei n. 493 de 1 de agosto de 1896, combinado com o art. 315 do codigo penal e do art. 317 do mesmo codigo. » ²

Entretanto vamos registrar ainda alguns arestos sobre a intelligencia do art. 315 e do seu paragrapho unico do texto do nosso codigo penal:

« Imputações feitas á sociedade não devidamente organizada, ou á seus directores, recahem sobre todos os membros da aggremação, e qualquer delles póde considerar-se offendido e dar queixa.

« Versando as imputações sobre suborno e por meio de artigos na imprensa, constituem crime de calumnia impressa, sendo competente o juiz para julgamento e admittindo prova.

« Intelligencia do art. 215 com referencia ao art. 217 e do art. 315 paragrapho unico do Codigo Penal. » ³

« Crime de calumnia — Não ha necessidade de prova da intenção do diffamador por consistir na divulgación da propria proposição infamante.

« A retractação ou arrependimento, em face do nosso Codigo Penal, não dirime o crime de calumnia.

« Intelligencia do art. 315 do Codigo Penal. » ⁴

¹ Majno, OBR. CIT. PART. Iª, pag. 230, n. 2485.

² ACC. TRIB. CIVIL E CRIM., de 26 abril 1900— *Muniz Barreto*, presidente—*O Direito*, vol. 82, pag. 529.

³ ACC. SUP. TRIB. S. PAULO, 20 maio 1893 — *O Direito*, vol. 70, pag. 588.

⁴ ACC. TRIB. CIV. E CRIM., 5 setembro 1896 — *Salvador Muniz*, presidente—*Muniz Barreto*, relator — *O Direito*, vol. 71, pag. 371.

« São elementos do crime de calúnia: 1º, imputação precisa de um facto determinado; 2º, que a lei qualifique crime este facto; 3º, que a imputação seja falsa; 4º, que haja da parte do réo intenção de offender. O sogro pôde dar queixa contra o genro. O nosso direito não admittê a excepção do *sursis*.

« Commette o crime de calúnia e não de injúria quem attribue a outro de modo positivo a pratica de um facto que a lei qualifica crime. O juiz não pôde alterar a qualificação do delicto, si a queixa foi dada por injúria, e não permittida a prova.»¹

Commentando o Codigo Penal hespanhol anterior, artigo 375, parallelo ao nosso art. 315 paragrapho unico, Pacheco justifica a parte final deste, isto é, do elemento da calúnia na imputação do crime de acção publica, dizendo que o motivo desta ultima condição é evidente, é palpavel. Como a idéa de calúnia importa consigo a de falsidade, daqui resulta que quando alguém accusa ou querela outro por este delicto, é necessario admittir o imputante a dar a prova do que tenha affirmado. Isto não offerece difficuldade, toda vez que se trate de delictos cuja accusação seja publica, mas seria contrario a todas as regras, si se estendesse áquelles outros de que a justiça não pôde conhecer sinão por queixa de determinadas pessoas.

Não cabe, pois, aqui a admissão dessa prova, e por consequente não cabe decidir si o asserto foi calúnia ou foi verdade.

Poderemos ter injúria, como digo antes, mas não certamente outra cousa.²

Entretanto, o nosso codigo vigente não é logico, porque admittê como calúnia a imputação de um crime, seja ou não de acção publica, mas admittê, sem restricções, a *exceptio veritatis*, impossivel nos de acção privada, o que obrigou a restringir aqui a regra; de modo que pela nossa lei ha calumnias que admittem a *exceptio veritatis*, e calumnias que não a admittem.

Entretanto ainda o codigo, tendo ampliado no art. 315 o conceito da calúnia, e restringido por esse modo sómente a *exceptio veritatis*, a admittê na injúria, embora sómente nos casos que particularisa.

166. O art. 316 do texto estabelece os diversos modos por que pôde ser commettida a calúnia, refere-se á qualidade do sujeito passivo do crime, incluindo o *libello famoso* e ao mesmo tempo declarando quaes as penas correspondentes a essas modalidades ou variantes da calúnia.

¹ Accs. do TRIB. CIV. E CRIM. 23 de outubro 1895 e 22 de outubro 1896; Viveiros de Castro, *Sentenças e Decisões cit.*, pags. 285 e 313.

² Pacheco, *ORR. CIT.*, vol. 3º, art. 375, pag. 170.

Convem notar que a condição *essencial*, como diz Pessoa, para ter-se o dolo na diffamação, seja oral, seja escripta, é o animo de *divulgar um facto que importe em deshonra de uma pessoa dada*.

O fim da divulgação é indifferente; e o *animus injuriandi*, como dolo específico do delicto de diffamação, consiste exactamente no querer com a divulgação do facto determinado diminuir o valor de uma pessoa dada na consciencia dos outros homens.

E' paralelo ao nosso codigo aqui o italiano, art. 393; mas o nosso, em vez da dicção precisa e concisa deste, preferiu a redacção diffusa, que elle tornou mais confusa; do nosso codigo anterior, arts. 230 a 233.

Estamos a transcrever a cada passo a synthese de arestos que são o melhor commentario deste capitulo do Codigo Penal, salva a nossa humilde opinião, que sempre exporemos com a maxima franqueza.

« Crime de calunnia impressa por meio de despacho telegraphico. Requisitos essenciaes para sua punição. ¹

« A censura feita ás autoridades e funcionarios publicos de qualquer categoria em termos habeis e genericos, não pôde ser considerada um crime, tanto mais facultando as nossas leis liberdade de pensamento e direito de critica, desde que o exercicio desse direito não prejudique direito de terceiros.

« Para dar-se o crime de calunnia é necessario que se impute falsamente e com dolo á pessoa ou pessoas certas e determinadas, facto por lei qualificado criminoso.» ²

« 1.º Para a constituição do crime de calunnia do art. 316 combinado com o art. 315 do codigo penal devem concorrer os elementos:

- a) a imputação de um facto determinado;
- b) a falsidade da imputação;
- c) que esta se refira á pessoa certa;
- d) que o facto seja qualificado crime pela lei;
- e) que a fórma executiva da calunnia seja *escripto*;
- f) que este tenha sido publicado por mais de 15 pessoas, ou mediante affixação em lugar publico;
- g) que o sujeito passivo do delicto seja corporação que exerça autoridade publica, ou agente ou depositario desta;
- h) que a imputação seja feita em razão do officio da autoridade.

« 2.º Os quatro primeiros elementos são *condições essenciaes* do crime de calunnia; o quinto constitue uma

¹ Acc. TRIB. APPELLAÇÃO—Bahia, 15 outubro 1895.— *O Direito*, vol. 71, pag. 574.

² Accs. REL. CUYABÁ 30 de agosto e 18 de outubro 1898 — *França*, relator e presidente — *O Direito*, vol. 78, pag. 574.

de suas *formas executivas*; os restantes são meramente *accidentaes*, constituindo *qualificação* ou *aggravação*.

« 3.º Quando o direito de queixa resultante do facto imputado não é privativo de determinada pessoa, é permitida a prova da *veracidade do facto* e, então, o agente é *isento de pena* (art. 315 do código penal).

« 4.º A produção de provas e julgamento da *exceptio veritatis* tem cabimento no plenário. »¹.

O aresto refere-se á primeira parte do art. 316 do texto, que em seguida se refere no seu § 1º ás calumnias irrogadas a particular ou funcionario publico, sem ser em razão do officio; e no § 2º diminue a pena da calumnia, si commetida por *outro qualquer meio* que não algum dos mencionados—« e que não póde deixar de ser outro sinão a *verbal*, a *oral*, isto é, pela palavra *fallada*.

Na primeira parte do art. 316 do texto o nosso código penal comprehende o *libello famoso*, cujos elementos enumera o citado aresto.

Nos seus *Principles of the criminal law*, diz Seymour Harris, que os factos que se devem articular num processo por *libello*, são:

1, a composição e a *publicação* do escripto ;

2, a natureza diffamatoria do mesmo.

Estes factos constituem o elemento *material* de taes crimes, o *defamatory matter*, o objecto diffamatorio.

A simples publicação de cousas, que ao primeiro aspecto *parecem* diffamatorias, importa presumpção do dolo necessario para informar o crime e por isso a prova da innocencia está a cargo do accusado.

Mas, si o escripto é ao primeiro aspecto innocente, o dolo deve ser provado com circumstancias capazes de serem submittidas aos jurados.

Quanto á forma do libello, diz Seymour Harris, naturalmente o crime não deixa de existir, por ser a diffamação *indirecta*, por exemplo, mediante allusões, perguntas, exclamação, ironias...

Note-se que no systema inglez não se faz distincção entre diffamação (calumnia) e injuria, como fazem o nosso código, o italiano e quasi todos os outros; mas, no uso daquelle vocabulo (libello), deve-se considerar tambem comprehendida a injuria.

No systema inglez, a distincção só existe entre diffamação ou injuria *escripta* ou figurativa, que é chamada *libel* e a diffamação ou injuria *oral*, que é chamada *slander*.²

A constituir o crime de injuria em geral, isto é, a

¹ Acc. TRIB. CIV. E CRIM. 28 Outubro 1898 — *Munis Barreto*, presidente—*Rev. de Jurisp.*, vol. 4º, pag. 425.

² Seymour Harris, OBR. CIT., pags. 75 e 76, not.

diffamação ou calúnia e a injúria em sentido especial ou estricto, além do momento ou elemento *moral* ou *psychico*, o dolo específico o *animus injuriandi*, como é o dolo *in genere* em todo crime, occorre o elemento *material*, como temos visto, que é constituído pela *palavra* ou pelo *escripto* que importe a afirmação de crime, como praticado por outrem, o injuriado.

Um terceiro elemento conjugado por assim dizer com esse segundo, tanto delle é inseparavel e commum, ao mesmo tempo, tanto á calúnia, como á injúria, é a participação da imputação offensiva aos outros, a *comunicação* do código italiano, a *publicação e distribuição* e a *affirmação* do nosso a respeito de *escriptos*, pois que do mais elle não diz palavra.

Ou mais resumidamente, na phrase de Florian, nos crimes de que se trata, tambem concorrem a constituir o elemento *subjectivo* que comprehende a sua genese *psychologica*, e o elemento *objectivo*, que é a sua *exterioração*, a sua manifestação externa.¹

Neste capitulo citando a exposição de motivos do projecto de 1893, já notámos a exquiritice do código no art. 316 do texto exigir como elemento de incriminação calumniosa do *escripto* dever ser elle distribuido por *mais de quinze* pessoas (n. 161).

Não concordamos por isso mesmo com o aresto, por ultimo citado, de que parte deste elemento, nelle indicado pela letra *f*, não seja essencial ao crime de calúnia, mas constitua sómente uma de suas fórmãs.

A calúnia é *oral* ou *escripta*; admitta-se que a *palavra fallada* e o *escripto* sejam fórmãs executivas da calúnia, o que a exteriorisa, mas não deixam de ser elemento essencial della, seja porém alternativa, existente cada uma das fórmãs, conforme o modo por que se externe a calúnia.

Não se concebe que se faça a imputação d'um crime de acção publica, sem a comunicação, divulgação, ou externalação do facto material da calúnia nas condições, modo ou termos que a lei estabeleceu, pela palavra fallada a um numero legal de pessoas ou pela distribuição ou affixação do escripto, figura, etc. por 15 pessoas, ou em lugar frequentado, etc. Sem esse elemento, assim integrado, o crime não poderia existir; estaria despojado de parte do seu momento material. O aresto scinde esse momento.

Commentando o código italiano, art. 393, paralelo aos do nosso, art. 315, 1ª parte e 316, 1ª parte, observa Carrara que todos sabem que para constituir a diffamação concorrem dous elementos de *facto*: a *attribuição* a alquem

¹ Vide Cogliolo, *COMPLETO TRATTATO, ETC.*, vol. 2º, Part. 2ª, pag. 591, 606 e 726; *Dei reati contra l'onore*, por Eugenio Florian, e ainda este ultimo autor, *La teoria psicologica della diffamazione, cit.*, pag. 1.

d'um facto determinado dirigido ou tendente a expol-o ao desprezo ou odio publico, ou de qualquer modo a offender-lhe a honra, e a *divulgação* dolosa de tal *atribuição*.

Estes dous elementos são *ambos* indispensaveis e se *completam* um com o outro.

No mesmo sentido Suman na obra commum com Crivellari. E referindo-se ao *libello famoso*, diz que este crime não é outra cousa mais do que uma *forma* mais grave da diffamação, e a sua característica especial se determina pelo facto de ser a imputação diffamatoria uma expressão do pensamento traduzida na imprensa, na pintura, na esculptura, etc. e de ser tal expressão *divulgada* em publico. A maior gravidade do libello famoso emerge da maior perversidade do animo do culpado, o qual demonstra ter meditado friamente o crime, do character de permanencia que assume a diffamação e da facilidade imminente da diffusão. ¹

Por estas razões, o nosso codigo no art. 316 pune com pena maior a calunnia *impressa*, punindo a *oral* com metade daquella — § 2º.

« Elementos constitutivos do crime de calunnia impressa, contra magistrados. » ²

« Crimes de calunnia e injuria commettida contra particular pela imprensa: seu conceito juridico.

Intelligencia do art. 315 combinado com o art. 316 § 1º e do art. 317 combinado com os arts. 319 § 2º e 23 § 2º do codigo penal.

Prescripção quanto ao crime de injuria, embora não allegada.

Procuração para processar criminalmente — requisitos essenciaes.

E' de duas o minimo das testemunhas em summario de procedimento particular perante a Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal. » ³

O nosso codigo no art. 316 do texto aggrava a pena da calunnia contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta e em razão de seu officio.

A fonte da disposição foi o nosso codigo anterior, arts. 230 e 231.

Ella não figura no codigo italiano, que só a prevê para a *injuria* no art. 396, paralelo ao nosso codigo, art. 319 § 1º, tambem sobre a injuria.

A disposição do codigo italiano prevê ahi uma fórmula attenuada do *ultrage* ou desacato do nosso codigo, art. 134.

¹ Carrara, COMMENTO CIT., art. 333, pag. 241.

² ACC. TRIBUNAL CIVIL E CRIMINAL, 21 de março de 1896 — *Munis Barreto*, relator — *O Direito*, vol. 70, pag. 101.

³ ACC. CORTE DE APPELLAÇÃO, 30 de outubro de 1899 — *O Direito*, vol. 82, pag. 391.

Foi repellida delle a idéa de fazer do facto uma aggravante geral e nem ella se applica, como o desacato, aos funcionarios publicos, mas aos encarregados d'um serviço publico e no exercicio de suas funcções, ao passo que o nosso codigo, art. 316, diz mais genericamente—em razão do officio. ¹

Entretanto Carrara e Pessina justificam a disposição, dizendo que se trata de injuria contra pessoa encarregada legitimamente d'um serviço publico, tendo lugar na sua presença e por causa do serviço mesmo, *in officio et propter officium*.

E a injuria não é porém nunca para confundir-se com o ultrage, porque para constituir esta forma de crime occorre a qualidade de official publico na pessoa ultrajada, e que a offensa realize-se por causa de suas funcções e na presença da pessoa atacada. Não podendo, portanto, applicar-se as disposições relativas ao ultrage ás offensas injuriosas feitas á uma pessoa que, si bem encarregada d'um serviço publico, não é official publico, era natural que ao legislador cumpria contemplar esta hypothese com olho mais severo, o que tem feito na disposição do presente art. 396. ²

Apezar da diversidade entre este e o nosso codigo, art. 316 principio, as razões explicam até certo ponto a disposição.

167. E tratando-se aqui do sujeito passivo de taes crimes, é occasião de indagar si elle pôde ser uma sociedade ou corporação; parecendo-nos, porém, que isto é fóra de duvida, em face mesmo dos arts. 316 e 319 § 1º, que, aggravando as penas da calúnia e da injuria, quando forem offendidas as corporações que exerçam autoridade publica, não exceptuou nenhuma outra da incriminação, o que implicitamente presuppõe poder qualquer sociedade ser sujeito passivo do crime.

Seguimos aqui, aliás, a doutrina dos arestos que temos citado e citaremos (ns. 165 e 173).

Entretanto, este principio não é geralmente seguido, ao menos nos codigos, alguns de primeira ordem, como é o allemão.

Assim, diz Berner, uma *sociedade* commercial não pôde soffrer injuria. Não pôde, pois, intentar procedimento penal nem inicial-o por queixa particular; os §§ 185 e 186 do codigo penal allemão não lhe são applicaveis.

O Tribunal do Imperio em 31 de janeiro de 1880 (*Decisões*, I, pag. 302) decidiu que os offendidos singularmente

¹ Vide Majno. ORR. CIT. II, art. 396. pag. 237, n. 2497.

² Pessina. MANUALE CIT. LOC. CIT. § 39, pag. 40. Carrara. COMMENTO. CIT., art. 396. pag. 219.

podem dar queixa, mesmo quando elles não sejam feridos pela injuria sinão pela sua participação na sociedade.

Ao contrario, si é atacado o crédito de uma sociedade commercial, isto é, a fé na sua solvabilidade, então é possível o procedimento conforme o § 187. Neste caso pôde a sociedade mesma intentar queixa. ¹

A razão da excepção a dá Franz von Listz, que aliás segue em geral a doutrina que adoptamos, dizendo, tratando da injuria, que pertence tambem á honra, o credito (o lado economico da honra), isto é, a confiança na solvabilidade e pontualidade do devedor, quando a profissão pede o gozo dessa confiança.

Seria, pois, tão superfluo e confuso fazer a lei menção especial do credito, quanto assignalar expressamente o denominado credito profissional, isto é, a confiança nos predicados e aptidões necessarias para o exercicio da profissão.

F. von Listz salva a sua opinião de modo geral, dizendo que da idéa da honra resulta ainda necessariamente, toda a antiga litteratura já havia tirado esta consequencia — que não o individuo sómente, sinão tambem grupos de individuos, quando reconhecidos como pessoas collectivas existentes no corpo social, possuem o bem juridico da honra e como delle investidos podem ser objecto de injuria. O direito penal do Imperio não tirou esta consequencia. Abstracção feita de disposição especial, elle só protege a honra do individuo e não a do corpo colectivo.

Conteem excepções:

a) os arts. 196 e 197 do Codigo Penal (injurias a funcionarios publicos e a corpos politicos);

b) o art. 187 (comprometter o credito de sociedades commerciaes);

c) o art. 189 (protecção da honra da familia);

d) o art. 166 (ultrage a associações religiosas).

A periclitacção do credito pela calumnia (art. 187) é a affirmacção ou a divulgacção de factos proprios a prejudicar o credito (§ 94) de outra pessoa e que de má fé lhe são imputados.

Que esta disposição, tomada ao Codigo Saxonio de 1868, protege tambem o credito de sociedades commerciaes, comquanto ellas sejam pessoas collectivas, é geralmente admittido.

Quanto ao direito de dar queixa, prevalecem os principios geraes (§ 44). Si varias pessoas foram offendidas por uma designacção collectiva, cada uma das pessoas reconhecidamente designadas tem o direito de queixar-se.

¹ Berner. DIRITTO PENALE CIT. (trad. de Bertola), pag. 378.

Não se pôde dizer o mesmo da injúria feita á uma entidade collectiva.

Como a respeito de dous casos deste genero (arts. 180 e 197) encontram-se na lei disposições especiaes e expressas, só resta considerar o caso em que é compromettido o credito de uma sociedade commercial.

A este respeito o que cumpre affirmar é que a queixa (como a accusação privada) só pôde emanar das pessoas em geral competentes para representar a sociedade.¹

E a proposito diz muito bem von Ihering, o credito é para o commerciante o que a honra é para o militar e a propriedade é para o camponez.

Elle deve mantel-o, porque o credito é a sua condição vital. Aquelle que o accusasse de não cumprir pontualmente suas obrigações, feril-o-hia mais sensivelmente do que se o atacasse em sua pessoa, entretanto que um militar rir-se-hia talvez de uma accusação semelhante e um camponez não sentiria mesmo a censura que ella encerra. E' esta situação especial do commerciante que faz com que as leis actuaes limitem á sua pessoa e áquellas que lhe podem ser assemelhadas o crime de bancarota culposa ou fraudulenta.²

A nossa jurisprudencia não offerece duvida neste ponto e ella pôde-se dizer firmada; sendo de notar os arestos do Superior Tribunal de Justiça de S. Paulo, que citamos neste capitulo e adiante citaremos. (ns. 165 e 173).

No § 1º do art. 316 do texto o codigo pune com pena menor ou antes com a pena média, normal ou commum, a *calumnia*, — « si committida contra *particular*, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio ».

Pelo que acabamos de ver, a expressão *particular* refere-se ao sujeito passivo do crime, que pôde ser o individuo singularmente ou uma entidade collectiva.

O facto determinado, diz Majno, tendo os requisitos até aqui indicados, deve ser attribuido a *um tal*, isto é, á uma pessoa determinada. E isto é requisito tambem commum á simples *injúria*.

A injúria, assim tambem Pessina, tomando aqui a palavra injúria em sentido lato, deve ser enderessada contra uma pessoa determinada. Si ella não tem por objecto uma individualidade dada, não é possível realisar-se como externação do proprio menosprezo. Esta individualidade pôde ser physica ou collectiva, não é necessário que se indique

¹ Franz von Liszt, OBR. CIT., 2º vol. pags. 74, 75, 86 e 88.

² Von Ihering, A LUTA PELO DIREITO (trad. do autor), Recife, 1885, pag. 27 pr.

pelo seu nome a pessoa : qualquer fórmula de designação que baste por sua vez indirecta para designar a pessoa a quem é lançada a injúria equivale á determinação, mediante indicação do nome. Quando, pois, se trata de individuos pertencentes á uma dada categoria, a injúria para ser determinada deve designar ou todos indistinctamente ou indicar aquelles singularmente a que se refere. As locuções *alguns*, *vários* e outras semelhantes, referidas a pessoas de uma dada classe ou condição, não podem constituir materia sufficiente de incriminação por injúria.

Que, pois, não occorra a designação *nominativa* da pessoa diffamada, mas basta tel-a indicado de sorte que se possa reconhecê-la, é ensinamento concorde da doutrina, diz Carrara, e da jurisprudencia, acrescenta Majno. ¹

Isto adapta-se ao nosso código, á vista do art. 321, sobre a fonte do qual, art. 240 do anterior, referente ás injurias equivocadas, dizia o ministro Macedo Soares que estas podem ser o em relação ao facto ou *às pessoas*.

Thomaz Alves aqui aventa uma duvida sobre disposições do código anterior, fonte do art. 316 e § 1º do vigente :

« No art. 230 considera-se a corporação que exerce autoridade publica, mas não se distingue *si é ou não em razão de seu officio*, e portanto ha duvida si o art. 230 (art 316, 1ª parte do texto) comprehende ambos os casos ?

Não só pelo principio de que onde a lei *não* distingue, *não* se pôde distinguir, como porque desta distincção se chega ao absurdo de se punir o culpado offensor de corporação com pena menor do que o culpado offensor do empregado, sem ser em razão de seu officio, concluímos que o art. 230 tem applicação *sempre* que a corporação que exerce autoridade é calumniada, quer em razão, quer *não* de seu officio. ²

Pensamos, como o mesmo autor, que em ambos os casos applica-se o art. 316 do texto, si o sujeito passivo da calúnia for corporação que exerça autoridade publica, seja em razão ou não do officio ; mesmo porque o § 1º do citado artigo só se refere ao *particular*, individuo ou sociedade, ou *funcionario* publico, sem ser em razão do officio ; e a corporação particular não exerce autoridade publica.

168. No § 2º do art. 316 do texto, o código commina a metade das penas estabelecidas na 1ª parte do artigo e

¹ Pessina, ELEMENTI CIT., vol. 2º, pag. 115 ; Carrara, PROGRAMMA CIT. Part. Spec., vol. 3º, § 1731 ; Majno, OBR. CIT. 2ª Part., art. 393, pag. 208, n. 2455.

² Thomaz Alves, OBR. CIT., tom. 3º, part. II, art. 230, pag. 452.

no § 1º para a calúnia — « si commettida por *outro qualquer meio* que não algum dos mencionados (§ 2º) ».

A fonte da disposição foi o código anterior, art. 233.

O código actual não define a calúnia, pôde-se dizer, não a caracteriza, a não ser em relação ao libello famoso e isto deixando muito a desejar.

Não se tratando, pois, da especie prevista no art. 316 principio, a calúnia é uma esphinge, como era no código anterior.

Por isso causa estranheza que Thomaz Alves, annotando o código de 1830, fonte do actual, pense, como o douto autor do *Manual do código penal brasileiro*, Carlos Perdigão, que esta secção da *calúnia e injúria* é talvez uma das mais claras e mais facéis de comprehender do mesmo código criminal. — *Obr. cit.*, tom. 3º, 2ª parte, art. 236, pag. 487.

O autor citado, porém, faz restricções no seu juízo, reconhecendo os defeitos do código anterior: *Obr. cit.*, 2º vol., pag. 408.

A tarefa seria facil aos interpretes, si fosse licito aos executores da lei fazerem direito novo, firmando uma jurisprudencia divorciada do código no sentido do que elle devia querer, mas não do que quiz, como si uns e outros fossem legisladores.

A fonte do § 2º do art. 316 do texto differe deste, isto é, este differe do art. 233 do código anterior, em que este ultimo referindo-se ao art. 230, correspondente ao art. 316 do vigente, não incluia o *manuscripto*, como forma *escripta* da calúnia, entre os *impressos*, como faz hoje o art. 316.

Notada esta differença, seja-nos permittido transcrever a interpretação que dá Thomaz Alves á fonte litteral quasi da nossa disposição, commentando o código criminal anterior de 1830 :

« Diz elle que neste art. 233 o legislador define (*definir* é um modo de dizer, porque elle não define, nem nada, como não define o actual) a *calúnia* praticada por qualquer meio que não seja o determinado pelo art. 230, isto é, *impresso, lithographia* ou *gravura*.

« Este qualquer meio — é o *manuscripto* (que, diremos agora nós, o art. 316 do texto já enumera com os impressos) ou a PALAVRA.

« E não será neste caso condição para o crime a *publicidade* e si é, como definiu-a?

« Devemos distinguir o *manuscripto* ou não *impresso* do VERBAL como meios de propalar a calúnia.

« Em ambos os casos *ha necessidade* do elemento *publicidade*, mas a pena é diversa.

« No caso de *escripto* ou *impresso* é preciso que se ve-

rifique a condição provada do art. 7º § 5º (codigo penal, art. 22 § 2º, letra b). ¹

« Atendendo para este § 5º do art. 7º, vê-se que no caso da calúnia por meio de *manuscripto*, a *publicidade legal* se dá logo que se prova a *circulação* dos *não impressos* por *mais* de 15 pessoas, e portanto, o art. 233 (o art. 316 do texto, repetimos, incluiu o *manuscripto*) neste ponto se subordina á doutrina do art. 7º § 5º, sendo para lamentar que o legislador não fosse expresso, como foi, nos casos dos arts. 90, 99 e 119 deste código (codigo penal, art. 126).

« O mesmo se não dá, conclue o citado autor, com a calúnia *verbal* ou *por meio de palavra*, porque a lei não estabelece *nem* define os *limites da publicidade*, logo esta condição fica sujeita ás regras da prova, que têm por fim convencer, que o culpado proferiu a calúnia, pouco se importando si em *grande auditorio*, si em *pequeno e limitadissimo* ». ²

Eis a opinião de um interprete autorizado sobre a disposição paralela no Cod. anterior do § 2º do art. 316 do texto; ella não deixa de ser rasoavel, mas sobre o ponto mais difficil da questão não nos satisfaz, isto é, sobre saber quaes as condições da *publicidade* da calúnia, *oral*, *verbal*, pela *palavra fallada*.

Entretanto, seja-nos licito ainda, registrar aqui uma opinião, embora de todo contraria á que seguimos pela sua *singularidade*.

De conformidade com estes principios, diz o Dr. Braz, o nosso cod. crim. (de 1830) não pune *em geral* os abusos da liberdade de communicar os pensamentos sinão quando ha *publicidade* ou *publicação*. E' pois justamente desta condição *essencial* que provém o caracter *especifico*, que entre nós assignala os delictos da *palavra*, da *escripta* e da *imprensa*; é *ella* que forma o *elemento constitutivo* de taes delictos, ou *para bem dizer* o facto criminoso, que *antes*

¹ Para tornar mais clara a demonstração, approximamos as disposições paralelas dos nossos codigos:

Codigo Criminal anterior:

« Art. 7.º Nos delictos de abuso da liberdade de *communicar* os pensamentos, são criminosos, e por isso responsaveis:

« § 5.º Os que *communicarem* por *mais* de 15 pessoas os *escriptos* não impressos, si não provarem quem é o autor, e que *circularam* com o seu consentimento; provando estes requisitos, será responsavel sómente o autor.»

Codigo Penal vigente:

« Art. 22. Nos crimes de abuso de liberdade de *communicaçãõ do pensamento* são solidariamente responsaveis:

« § 2.º Serão tambem responsaveis:

« C) 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 delle.»

² Thomaz Alves, OBR. CIT. tom. 3º, part. II, art. 233, pag. 456.

de tudo deve ser averiguado. Donde se segue que, em materia de escriptos (impressos ou não) o criminoso, aos olhos da lei *não* é o autor do escripto, mas aquelle que lhe deu *publicidade*, ou o edictor, salvo o caso de haver o redactor do mesmo escripto tomado sobre si o facto da *publicação*. Tal é *em geral*, repetimos, o systema do nosso cod. na materia sujeita. E diremos *em geral*, porque a injuria e a calumnia (mesmo commettidas por meio de papeis impressos, etc.) fazem *excepção à regra*, pois que, á vista dos arts. 233 e 238 (arts. 316 § 2º e 319 § 3º) são puniveis independentemente da condição da *publicidade*.¹

Depois em nota o insigne auctor desenvolve o seu pensamento a proposito d'um aresto negativo da injuria *por carta* a que depois nos referiremos especial e detidamente.

A opinião porém do Dr. Braz está respondida na ultima citação que acabamos de fazer do Dr. Thomaz Alves.

Não é ocioso recordar aqui de novo que é cardeal, é constitutivo, na calumnia e crimes congeneres, além do elemento subjectivo, o elemento objectivo, externo, material ou si se quizer um terceiro elemento, e essencial, peculiar a taes crimes, a *comunicação*, que o § 2º do art. 316 não declina, mas subentende.

Ora, o cod. vigente, art. 22 § 2º letra *b*, como a sua fonte litteral, o cod. anterior, art. 7º § 5º estabelecem como principio geral, segundo vimos, a *comunicação do escripto* por mais de 15 pessoas, para caracterisar *todos* os crimes de abuso da liberdade de comunicação de pensamento.

O cod. crim. anterior nos arts. 90, 92 e 119 repete esta condição que o cod. vigente reproduziu na seguinte disposição:

« Art. 126. Provocar directamente, por escriptos impressos ou lithographados, que se distribuirem por mais de 15 pessoas, ou por *discursos* proferidos em *publica reunião* a pratica de crimes especificados nos caps. 1º e 3º deste titulo e nos diversos capitulos do precedente—pena, etc...»

Attenta já á epoca, já ao proprio sentido das disposições, a fonte neste ponto do nosso novo direito penal em 1830, foi o cod. francez cuja disposição principal, abrogada com as correlatas pelas leis francezas de 1819 e 1831, dizia o seguinte:

« Art. 367. Será culpado do delicto de *calumnia* aquelle que, quer em REUNIÕES ou *lugares PUBLICOS*, quer num acto authentico e publico, quer num escripto, impresso ou não, que tiver sido *affixado* (em *logar frequentado*, se-

¹ Dr. Braz, LIÇÕES DE DIREITO CRIMINAL, Pernambuco, 1872, pag. 178, n. 26 e not. 1.

gundo o art. 316 do nosso texto), vendido ou distribuido, tiver imputado a um individuo quaesquer factos, que si existissem, exporiam aquelle contra o qual são articulados a processo criminal ou correccional, ou mesmo o exporiam sómente ao desprezo ou ao odio dos cidadãos.»

Desta simples indicação resulta que, si o legislador brasileiro exige a mais a prova d'uma certa circulação até de impressos, seria illogico si não exigisse a *communicação* ao menos equivalente para a calumnia *verbal*.

O art. 316 do texto para os papeis affixados exige que o sejam num lugar *frequentado*.

« Na Belgica, diz Nypels, sobre o código (francez) de 1810, a *publicidade* EFFECTIVA era uma condição *essencial* do delicto de calumnia.

Para ser punivel, a imputação devia ter sido feita, quer em *locares* ou *reuniões publicas*, quer num acto authenticico e publico, quer num escripto impresso ou não, que tivesse sido affixado, vendido ou distribuido.

Assim, desde o momento que se tinha tomado o cuidado de evitar os tres *meios de publicidade*, determinados no art. 367, *podia-se impunemente* calumniar ao proximo, ou pelo menos não incorrer sinão numa pena de policia.»

Tentou-se na adopção do código belga de 1867 mudar de systema, mas adoptou-se o do código, então vigente ainda ali, com modificações. ¹

Isto vê-se bem da disposição do código belga:

« Art. 444. O culpado será punido d'uma prisão, etc. . . quando as imputações houverem sido feitas :

« Quer em *reuniões* ou *locares* publicos.

« Quer em presença de *muitos*, num lugar não publico, mas aberto a um *certo* numero de pessoas, tendo direito de ali *reunir-se* ou de o *frequentar* ;

« Quer num lugar qualquer, em presença da pessoa *offendida* e deante de testemunhas (no plural) ;

« Quer por escriptos impressos ou não, imagens, ou emblemas affixados, distribuidos ou vendidos, postos á venda ou expostos ás vistas do publico.

« Quer enfim por escriptos não tornados publicos, mas endereçados on communicados a *muitas* pessoas.»

E não admira, porque vamos encontrar as mesmas ideias reduzidas a disposições legislativas em codigos modernos das Republicas hespanholas, sendo sabido que o código hespanhol anterior teve aqui como uma de suas fontes o nosso código de 1830.

Por causa da tradição historica entre povos de origem commum e ainda do espirito harmonico do direito entre

¹ Nypels e Servais, OBR. CIT. 3º vcl. art. 444, pag. 208 ns. 1 e 2.

povos da mesma raça latina, é que vemos a seguinte disposição no código do Uruguay :

« Art. 360. Aquelle que ante *varias* pessoas, reunidas ou separadas, porém de *maneira que possa diffundir-se a noticia*, ou em documento publico, ou por meio de impressos que não sejam diarios ou periodicos, ou com escriptos, caricaturas ou debuxos de qualquer genero, divulgados ou expostos ao publico, attribuir á uma pessoa um facto determinado, que si fosse verdadeiro, podia dar logar a um processo penal ou disciplinar contra ella, ou expôl-a ao desprezo ou ao odio publico, será punido com prisão, segundo o prudente arbitrio do juiz, até 18 mezes, ou multa até 2.000 pesos. »

E' o código francez puro vasado no projecto Zanardelli que Vasquez Acevedo dá como fonte desta disposição.

Majno, citando os trabalhos preparatorios do código italiano, pôde dar-nos o conceito do respectivo direito actual neste ponto :

« Outro *elemento* que se refere ao modo pelo qual se imputa o facto determinado, é a *divulgação*. »

Para exprimir este elemento o código de 1859 adoptara a locução de discursos proferidos em *publicas reuniões* (como o nosso de 1830) ou na presença de duas ou mais pessoas em *logares publicos* (são delle os *gryphos*). Mas isto estendia muito o conceito da divulgação, reclamando muito mais do que aquillo que occorre para a subsistencia da diffamação.

A *publicidade* é, de facto, um dos modos com que se torna notoria a imputação, mas não é o unico, nem o mais funesto. A maligna historia narrada em reuniões particulares pôde ter effeito igual e ainda peor.

O código toscano, ao contrario, fazia consistir a divulgação no *communicar com mais pessoas reunidas ou separadas*. E foi preferida no código italiano esta formula, porque na noção dos crimes se deve attender á substancia e não ás accidentalidades ; independentemente do logar publico ou da reunião publica, pôde ter sido a diffamação assaz largamente diffundida, ao passo que outro tanto podia não succeder por um discurso em logar publico ou ainda em presença de mais pessoas. ¹

Sob o ponto de vista legal, pela filiação historica, a disposição do § 2º do art. 316 do texto está de tal sorte christallisada nelle que, *in jure constituto*, diremos, nos acharmos agora como si estivessemos ainda em 1830 ; não chegámos nem á phase do direito belga, e muito menos á do direito italiano actual neste ponto.

169. A consequencia rigorosa a tirar é que a divul-

¹ Carrara, PROGRAMMA, PART. SPEC. vol. 3º § 1719.

gação da calúnia *verbal* deve ser pelo menos a da *escrita* e nada mais.

Ainda antes de 1830, o código hespanhol de 1822, art. 669, exigia para a calúnia verbal o facto — « em discurso ou acto *publico*, em papel lido, ou em conversação lida abertamente em *sítio* ou reunião publica, ou em *concurrença* particular *numerosa*, etc ..»

Modernamente, o código de Zurich, reputado um dos melhores por Brusa, diz :

« § 149. É culpado de diffamação aquelle que, na presença de *terceiras* pessoas (no plural) com PALAVRAS, *escriptos* ou *produções figurativas*, *affirma* ou *diffunde* a cargo de um outro factos que sabe ser não verdadeiros e que a lei pune como crimes ou delictos, ou podem desacreditar o offendido na opinião publica, ou expô-lo ao desprezo ou ao odio ..»

No mesmo sentido outros códigos suíços, entre os quaes, o de Genebra, art. 304 e Friburgo, art. 408.

Tambem o código da Hungria diz :

« Art. 258. Commette o delicto de diffamação e será punido com seis mezes de prisão e de 500 florins de multa qualquer que, na *presença de muitas* pessoas ou diante de *muitas* pessoas, mesmo não reunidas, imputa a alguém um facto que, si fosse verdadeiro, daria logar a processo penal contra aquelle a respeito do qual se allega, ou exporia ao desprezo *publico* ..»

Vê-se que as fontes do código criminal anterior e outras identicas que poderiam ter servido ao código vigente de 1890, que seguiu o mesmo systema, adoptaram uma publicidade, ás vezes ampla, para a calúnia *verbal* e por isso mesmo a disposição do § 2º do texto não póde ser interpretada pelo systema restricto do código italiano, oriundo do toscano e não do sardo e do francez, como vimos, neste ponto, embora o nosso código penal noutras disposições houvesse seguido como modelo o italiano.

Os projectos de revisão do código vigente de 1893, 1896, 1897 e 1899, pendente este ultimo do Senado, é que, todos, nos arts. 339, 317, 325 e 315, respectivamente, restringem o elemento da *comunicação* a duas pessoas, conforme está justificado na *exposição de motivos* do primeiro, citada no principio do commentario a este capitulo (n. 161).

E como o código italiano tem servido entre nós de elemento de interpretação, aqui tambem do código vigente, parecendo-nos até que se tem ido além da doutrina e da jurisprudencia sobre aquelle código, seja-nos licito á ella referir-nos ligeiramente.

Assim com referencia principalmente á fonte das citadas disposições dos nossos projectos de revisão, e que tanto diverge do § 2º do art. 316 do texto, que não se póde dizer

que lhe é paralela, convem recordar o que diz Majno, resumindo innumerados arestos:

« O art. 393 do código italiano não distingue com que meios póde acontecer a divulgação constituindo diffamação: comprehende por isso tanto as communicações *verbaes*, quanto aquellas que aconteçam mediante escriptos ou impressos ou outros signaes representativos do pensamento quaes as pinturas ou desenhos — sempre que, tratando-se de communicação não verbal, não se tenha dado á diffusão pelos meios empregados a forma prevista na segunda alinea do art. 393, em cujo caso surgiria o titulo de *libello famoso*.»

O art. 393 com as palavras *communicando com mais pessoas* allude á qualquer cousa de effectivo.

A communicação deve pois ser provada como *facto*, e não como simples *possibilidade* ou supposição. Foi por isso *julgado*, tratando-se de communicação *verbal*, dever esta acontecer de modo que mais pessoas tenham ouvido, e foi igualmente *decidido* que *um bilhete postal (cartolina postale)* não basta para constituir a divulgação, porque quem o escreve se dirige sómente ao destinatario e é uma *mera presumpção* que o *bilhete* seja lido por outros.

Segundo pois a regra geral do art. 45 do código italiano (art. 24 do nosso), se deve julgar necessario que a communicação a *mais pessoas* tenha sido feita voluntariamente, donde resulta que, si a communicação tem sido feita a um só e outro tenha accidentalmente, e sem vontade de quem *fallava*, ouvido, não occorreria o extremo da divulgação.

Mas si um tal, diz Impallomeni, tambem *fallando* directamente a um só, falla voluntariamente de modo que outros ouçam (v. g. num café); occorre o extremo da divulgação.¹

Mais pessoas lembra Majno que diz o código italiano, art. 393. Num caso de diffamação, consistente no attribuir-se á uma mulher um desvio adulterino, foi julgado fazer numero tambem o marido della. Nem, na verdade, a vista da letra da lei e da logica, teria havido razão para decidir diversamente.

O art. 393, como antes o código toscano, não repete a formula do sardo — um tal, *presente* ou *ausente*, etc. — Teria sido, de facto uma superfetação; a presença ou ausencia do diffamado não influe sobre os elementos constitutivos do crime.

Não tem, pois, valor para o código italiano a these de Carrara, tambem discutivel em linha scientifica, que a presença do offendido torne menos grave o crime pela possibilidade da parte deste de desmentir logo a arguição que

¹ Impallomeni, CODIGO PEN. ILLUSTRATO ETC., vol. 3º pag. 214.

lhe é feita, e substitua ao titulo de *diffamação* o de injuria. ¹

E' assim que tambem Brusa, commentando o codigo de Zurich, § 149, que acima citamos, diz que a diffamação, injuria calumniosa, *Verleumdung*, segundo a minoria da primeira commissão, pretendia-se que resultasse da *ausencia* do offendido. Ao contrario nos dous projectos italianos de 1868, art. 334 ; e no de 1870, art. 401, a circumstancia da presença ou ausencia não foi julgada digna de attenção especial.

As razões expostas (*Verbali* I, 562) são tão convincentes que tornam difficil explicar porque o codigo do Tessino, art. 345, neste ponto, separou-se do seu typo, exigindo a ausencia do offendido. Na verdade, o elemento proprio que distingue a diffamação da injuria consiste na imputação de um *facto determinado* : nisto não tem importancia alguma o facto de ser a imputação feita em presença ou na ausencia do offendido e isto havia perfeitamente comprehendido Benz no seu projecto, § 148. Realmente, se havia observado no seio da commissão compiladora italiana, que pela pessoa presente a imputação pôde ser contradicta, assim como que, em quem a profere o animo é antes de injuriar do que de diffamar, e por isso, em tal sentido não pôde dizer-se que haja diffamação ; tambem, accrescentou-se, a accusação feita a rosto descoberto é menos perigosa do que aquella que é feita por detrás, e assim tambem o damno, e pois a pena da accusação aberta deve parificar-se á injuria e não á diffamação.

Mas, justamente foi respondido, em contrario, não ser sempre certo que haja maior gravidade, tanto intencional, como politica, na diffamação dos ausentes, podendo ser ella effeito de ligeireza ; além de que, ella é, pelo menos, mais timida que a diffamação audazmente lançada em face, e talvez por arte, para dar-lhe importancia maior ; tanto mais que o silencio ou embaraço do ultrajado pôde surprender a credulidade das testemunhas ignaras da verdade das cousas. ²

O nosso codigo, art. 316 do texto, nada contém que induza a exigir-se como elemento da diffamação a presença do offendido, esta condição é indifferente.

Mas, diz ainda Majno, que si uma proposição diffamatoria é pronunciada na presença do offendido e de uma outra pessoa, não cremos, em semelhante hypothese, applicavel o art. 393 do codigo italiano.

¹ Carrara, PROGRAMMA. Part. Spec. vol. 3º § 1713.

² Brusa e Carrara, IL COD. PEN. ZURIGHESE, Venezia, 1873, § 149, n. 100, pag. LV.

Este refere-se ao offendido distinctamente das pessoas, ás quaes deve ser feita a communicacão; e por outro lado, o numero de *duas* pessoas, *ao menos*, é reclamado pela maior probabilidade ou possibilidade de que se propague ulteriormente o proposito diffamatorio; entretanto que o mesmo não pôde pensar-se quando um dos ouvintes da proposição offensiva tenha sido o mesmo diffamado. Na referida hypothese, não poderá ser applicado sinão o artigo 395, isto é, o titulo da injuria. ¹

Estas ultimas considerações esclarecem os projectos de revisão, ao mesmo tempo que podem ser applicadas, *servatis servandis*, á interpretação do nosso codigo.

Ao concluir, porém, a explicação do § 2º do texto, devemos accentuar que a interpretação rigorosa que lhe damos tem assento irrecusavel no nosso codigo, art. 1º, 2ª parte que declara expressamente que — a interpretação *extensiva* por analogia ou paridade *não* é admissivel para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas — assim como no art. 67, onde se declara que « nenhuma presumpção, por *mais* vehemente que seja, *dará* logar á imposição de pena».

Finalmente, tendo demonstrado que o § 2º do art. 316 do texto reproduziu o codigo anterior, art. 233, um reforço para melhor interpretação, por ser positiva, ainda offerece a nossa lei de 20 de setembro de 1830, publicada menos de tres mezes antes do codigo criminal, que é de 16 de dezembro daquelle anno, ambas elaboradas ao mesmo tempo.

Pois bem.

A citada lei diz textualmente :

« Art. 5.º Nos mesmos casos, em que por esta lei são puniveis os abusos da liberdade da imprensa, são igualmente puniveis os abusos *das palavras* e dos escriptos não impressos: mas, nos *abusos de palavras*, em que tem logar a accusação por officio publico, é necessario que *se prove evidentemente* que as *palavras* foram proferidas *em altas vozes, em publicas* reuniões, com *manifesto animo* de provocar ou de *injuriar*.»

E' verdade que a lei se refere aos casos de accusação *ex-officio*; mas, porque se refere a crimes os mais diversos commettidos em geral por meio da imprensa; sendo de notar que a lei não exige a communicacão do impresso por certo numero de pessoas, apenas tornando no art. 13 responsavel o autor do escripto não impresso, si se provar que elle circulou com seu consentimento, assim como responsavel seria qualquer outra pessoa que o communicasse.

¹ Majno, Obr. cit., 2º vol., art. 393, pag. 209, n. 2456.

Ora, quer o código anterior, art. 7º § 5º, quer o vigente, art. 22 § 2º letra *b* e art. 316, foram tão meticulosos neste ponto, que exigem a circulação por mais de 15 pessoas, seja o escripto impresso ou não.

170. Passemos ao art. 317 do texto sobre a *injuria*.

Na disposição o código teve como fontes, de que fez uma mescla, ao mesmo tempo, o nosso código criminal anterior e o código italiano que vamos confrontar, pondo-os antes em paralelo para melhor comprehensão do conceito da especie, porque, como sempre, aqui também, o código alterou os modelos para peor, mutilando-os.

Eis as disposições :

| <i>Cod. pen. vigente:</i> | <i>Cod. crim. anterior:</i> | <i>Cod. italiano:</i> |
|--|---|--|
| « Art. 317. Julgar-se-ha injuria : | « Art. 236. Julgar-se-ha crime de injuria : | « Art. 393. |
| | § 1.º Na imputação de um facto criminoso não comprehendido no art. 229; | Si a verdade do facto for provada ou si por elle a pessoa offendida for em seguida condemnada, o autor da imputação será isento de pena; SALVO si os modos usados constituirem por si mesmos o delicto previsto no artigo seguinte (<i>injuria</i>). |
| <i>a</i>) a imputação de vicios ou defeitos com ou sem factos especificados, que possam expôr a pessoa ao odio ou desprezo publico; | § 2.º Na imputação de vicios ou defeitos que possam expôr ao odio, ou desprezo publico; | Art. 395. Aquelle que, communicando com mais pessoas, reunidas ou separadas, offende por qualquer modo a honra, a reputação ou o decoro de uma pessoa, é punido com a detenção até 15 dias ou com a multa até 300 liras. » |
| <i>b</i>) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra ; | § 3.º Na imputação vaga de crimes, ou vicios sem factos especificados; | |
| | § 4.º Em tudo o que pôde prejudicar a reputação de alguém ; | |
| <i>c</i>) a palavra, o gesto, o signal reputado insultante na opinião publica.» | § 5.º Em discursos, gestos, ou signaes reputados insultantes na opinião publica.» | |

Antes de tudo é uma superfetação o accrescimento do conceito representado pelos dispositivos das letras *a* e *c* do art. 317 do texto, porque, com o da letra *b*, teria ficado conceituada a injuria conforme o código italiano, citado art. 395, correspondente em parte ao § 4º do art. 236 do nosso código anterior.

Depois, o código omittiu o § 1º do art. 236 do código anterior correspondente ao art. 394 *in fine* do código italiano e que faz incidir no titulo da injuria, ou pôde cahir sob a sanção deste, factos não classificaveis como calumnia ou diffamação.

Em todo caso, as disposições das letras *a* e *c* do art. 317 do texto correspondentes aos §§ 2º e 3º do art. 236 do código anterior só servem para mostrar que o código vigente quiz subordinar-se ao systema geral do nosso velho código sobre a calúnia e a injúria.

Entre parenthesis, notamos aqui pela sua correlação necessaria a similitude de ambos os códigos anterior e vigente sobre a *lesão injuriosa* prevista no art. 305 e ácerca do que sobre esta disposição já dissemos (n. 15, pag. 52).¹

O nosso código penal não incluiu o elemento da divulgação no texto do art. 317, embora dispondo sobre a *calumniano* artigo anterior exija a communicação a mais de 15 pessoas de qualquer escripto impresso, ou não; ao contrario do que fez no art. 22, § 2º letra *b*, que só se refere aos escriptos não impressos, quando estatue, em geral, sobre os crimes de abuso da liberdade de communicação do pensamento.

Mas no art. 319 faz expressa referencia ao art. 316, sendo por isso applicavel á injúria tudo quanto neste ponto dissemos até aqui sobre a calúnia.

Os projectos de revisão é que tiram toda duvida, como vimos, trate-se de injúria *escripta* ou *oral*.

O código, do mesmo modo que o anterior, omittiu os limites da divulgação, dando o conceito da diffamação e da injúria, quando *verbaes*.

A' parte a hypothese indubitavel de *discursos em reuniões publicas*, diante da lacuna do código, a interpretação mais natural é que a calúnia e a injúria não se devem considerar divulgadas ou publicadas sem a communicação do facto a mais de 15 pessoas.

Mas, attendendo a que serviu de fonte, muito parcial aliás, na formula do art. 316, letra *b* ao nosso código, o italiano, se poderá dizer que o art. 395 deste ultimo código exige que a communicação seja feita apenas a duas pessoas, interpretação esta que não deixa de ser rigorosa e por isso mesmo não pôde ser recusada.

E o elemento historico da fonte restrictissima do código brasileiro fixa a interpretação deste em bases talvez acceitaveis.

¹ E referindo-nos a *lesões pessoasas*, embora com a mescla da injúria, ao rever as provas deste trabalho, chega-nos ás mãos a interessantissima brochura do notavel professor da Faculdade de Direito de S. Paulo, que sentimos não poder mais aproveitar na interpretação do art. 304, cujo commentario já está impresso, não obstando o technismo medico-forense do trabalho, attenta a especialidade do seu illustre autor, porque temos evitado entrar na esphera da medicina forense alheia a um tempo á nossa competencia e á nossa tarefa.

Entretanto, além de ser o alludido estudo magistral um excellenté commentario do art. 304 do código penal, de que antes nos occupamos) ns. 151 a 153), occorre aqui a nossa perfeita conformidade de vistas ácerca das disposições dos projectos de revisão do código vigente — Alcantara Machado, A DEFORMIDADE NAS LESÕES PESSOAS, S. Paulo, 1901, III, n. 21, pag. 42.

Assim, no seio da Comissão de Revisão daquelle código adduziu-se razões que parecem dever ser lembradas ligeiramente aqui.

Eula chamava a attenção dos commissarios sobre a notavel *inovação* do projecto, elevando a delicto a injuria particular *fóra* da presença do offendido, que então não constituia um facto punivel, mas uma simples *murmuração*. Pelo projecto, si alguém na propria casa, em presença de uma só pessoa, chamar ladrão a um terceiro commette um delicto.

Lucchini observava tambem, que pelo projecto haveria dous perigos, promover processos e condemnações sobre o testemunho de uma só pessoa e poder uma verdadeira enunciação de factos diffamatorios converter-se em simples injuria; propunha por isso que na primeira parte se comprehendesse o elemento da *comunicação*, proposta acolhida particularmente por Auriti e approvada pela commissão.

E a proposta passou ao texto do código, cabendo a ultima palavra ao ministro Zanardelli, que no seu *Relatorio ao Rei* escrevia:

«Notou-se que incriminar qualquer facto tendo character injurioso, por qualquer modo commettido, teria sido *excessivo*: «seria elevada a delicto a expressão de *censura* ou *reprovação* feita *confidencialmente* entre duas pessoas em relação a outras *ausentes*. Era por isso conveniente acolher a proposta da commissão de revisão, exigindo tambem a *injuria*, na sua figura mais simples, o mesmo extremo ou limite exigido na diffamação, isto é, que a offensa aconteça communicando-se com duas ou mais pessoas reunidas ou separadas.»¹

Pessina, referindo-se á 1ª alinea do art. 395 do código italiano parallela ao nosso art. 317 letra *b*, como vimos, pretende «diferenciar, *jure constituto*, da diffamação a *injuria*, tanto porque *não* tem mister absolutamente da *publicidade*, como porque não consiste em attribuir a alguém um facto determinado, mas em *offender por qualquer modo* a honra, a reputação, e decoro de uma pessoa».

Isto não é exacto inteiramente, porque o código italiano só prevê como injuria *não publica* dous casos que o resto da citação do mesmo autor por si só mostrará:

«E aqui se annunciam tres especies diversas:

a) Uma é a injuria *publica oral* — áquelle que, communicando com mais pessoas, reunidas ou separadas offende por qualquer modo a honra, etc.;— *b*) A outra é a injuria commettida *em presença* do offendido, *ainda que só*, ou *por*

¹ Cogliolo, *COMPLETO TRATTATO CIT.*, vol. 2º, Part. II, pag. 731.

escripto a elle dirigido, ou *commettida publicamente*:— c) A ultima é a injuria *publica*, qualificada pelo *meio da publicidade*, isto é, si commettida em *acto publico* ou com *escriptos* ou *desenhos divulgados* ou *expostos ao publico*.¹

Vê-se que temos razão e que taes casos estão previstos na disposição da 2ª alinea do art. 395, que não tem correspondente no nosso código.

A fonte do nosso código actual foi neste ponto o anterior e a deste o código francez, sobre o qual diz Garraud, que as *injurias* e as expressões que não continham a imputação de algum facto preciso, eram punidas pelo art. 375 com uma multa de 26 a 500 francos, sob a dupla condição que ellas contivessem a imputação d'um vicio determinado e que fossem *proferidas em reuniões ou logares publicos*, ou insertas em *escriptos* ou *impressos tornados publicos*. Quanto ás injurias que não reuniam este duplo character (imputação de um vicio determinado e *publicidade*), ellas não davam lugar sinão a penas de simples policia — código francez, arts. 376 e 471 § 11.

Já vimos o que a respeito dizia a nossa lei nova coeva do código de 1830; sendo de notar agora que, como o código francez, ella applica no art. 2º á injuria e á calumnia quasi sempre a multa, além da prisão.

E ao nosso código anterior, assim como á nossa lei do mesmo anno, devem ter servido de fonte a lei franceza, tambem sobre a imprensa, de 17 de maio de 1819, que revogou os arts. 367 a 372, 374, 375 e 377 do código penal e, na phrase do mesmo autor, o substituiu por um systema de legislação, cujas grandes linhas têm sido conservadas em França e seguidas pelas leis estrangeiras.

A diffamação não era punida pela lei de 1819 sinão quando se tornava publica, quer com o auxilio de *discursos*, *ameaças* ou *gritos* proferidos em *reuniões* ou *logares publicos* (como no citado art. 5º da nossa lei de 1830), quer com o auxilio de *escriptos* impressos, ou *desenhos* vendidos ou distribuidos, postos á venda, ou *expostos ás vistas do publico*.

Importa pouco, sob o ponto de vista da existencia do delicto, que o facto imputado seja verdadeiro ou falso.

Nos termos do art. 20 a injuria que não encerrava a imputação de um vicio determinado, ou que não era *publica*, continuou a ser regida pelo art. 471, § 11 do código penal como *contravenção*, o que manteve a lei de 29 de julho de 1881, aliás anterior ao nosso código vigente.²

¹ Pessina, MANUALE CIT. Part. sec., pag. 39, § 39, n. II.

² Vide Garraud, OBR. CIT., vol. 4º, pag. 147, ns. 151 e 152; vol. 5º, pag. 30, ns. 29, 32 e not.

171. No sentido geral do art. 317 do texto, a primeira questão que se apresenta aqui é esta, diz Swinderen: o que se deve entender por infracções contra a honra? E' excusado dizer, elle responde, que não se trata aqui da honra no sentido de que todo cidadão, membro de uma sociedade civilisada, tem direito a ser honrado e que aquelle que não o honrasse deveria cahir sob o golpe da disposição penal. Longe disto.

A honra, de que aqui se faz questão, é a *consideração* e a *boa fama* de qualquer que se ache sobre o territorio de um Estado civilisado; é esta que deve ser protegida. E' neste sentido que deve ser comprehendido o dictado inglez, de que este tem direito á protecção, não só da sua pessoa e de seus bens, como tambem da sua honra. E' sob este ponto de vista que as infracções contra a honra devem ser consideradas. ¹

Mais explicitamente observa Boissonade, que tambem porque a honra, tal como é olhada aqui, é a estima dos outros, é que um dos caracteres distinctivos e essenciaes dos delictos contra a reputação de outrem é a *publicidade* do acto que tende a produzir-lhe a offensa. Quanto á estima que nós temos de nós mesmos, quando nós a merecemos, ninguém sinão nós mesmos pôde fazer-lhe offensa; é porque uma *carta missiva injuriosa*, que nós tivéssemos recebido fechada e a nós sómente endereçada, não seria punivel, porque ella não faria offensa á nossa honra; seria o mesmo de uma *injuria verbal* ou *por gesto* que nos tivesse sido feita *sem testemunha*, o nosso desprezo sómente faria ahi sufficiente justiça.

E' uma das difficuldades da materia determinar a natureza e o gráo de *publicidade* necessarios para constituir o delicto attentatorio á honra e á reputação de outrem. ²

Entre nós varios julgados adoptaram essa doutrina sob o regimen do codigo anterior, que do mesmo modo que o actual não se referia ás condições do elemento da *comunicação*, tratando-se de offensas *verbaes*:

« Aquillo que se diz em *conversação* contra a pessoa *ausente* não pôde constituir crime de injuria.» Arestos no *Direito*, vol. 27, pag. 425.

Erigir em crimes actos taes, seria o mesmo que tornar quasi impossivel as relações domesticas e privadas.

Mas fora acabar decididamente com a franqueza d'alma, com as effusões do coração, exclama o Dr. Braz, fora romper os laços de familia e de amizade e tirar todo encanto e mesmo toda vida ao estado social.

¹ Swinderen, DROIT PÉNAL ACTUEL, ETC. Groningue, 1891-1894, vol. 2º, pag. 212.

² Boissonade, CODE PÉNAL DU JAPON, etc. Tokio, 1886, n. 827, pag. 1052.

E os jurisconsultos romanos não pensavam de outra sorte: *nec lubricum linguæ ad pœnam facile trahendum*: lei 7, § 3º do Dig. *ad Leg. Jul. Majest.*

Concluamos, portanto, com Chassan (*Délits et contraventions de la parole*) que só uma legislação tyrannica é que pôde querer perturbar as confidencias da conversação, transformar em delictos simples desvios da lingua. ¹

Realizar-se-hia a favor do particular supposto offendido o denominado crime da *inconfidencia*, isto é, commettido pelos que diziam mal do Principe e do Governo e punido com pena arbitraria pela Ord. do Liv. 5º, Tit. 7º. ²

A seu turno, Carrara diz que a injuria *objectivamente* abraça todos os attentados, á *honorabilidade* humana, da injuria *atros* á simples *villania*, impondo a disposição a tutela da *honra*, da *reputação* e do *decoro* da pessoa ultrajada.

Subjectivamente, em relação aos *meios* de consumir o delicto, o legislador tem tido em mira, tanto as *palabras*, como os *actos* que constituem a *expressão vulgar* do pensamento do agente, os quaes podem variar do verdadeiro *insulto* á *irrisão*, *desprezo* ou *vilania*. ³

Ainda, conforme Berner, c conteúdo da injuria abrange o *objecto*, que é a *honra* de uma determinada pessoa (art. 317 do texto); os *meios*, que são os *discursos*, os *escriptos publicados* (art. 319 e § 3º); o *animus injuriandi* (art. 24) ou o dolo especifico, ou generico de todo crime. *Arg.* do Acc. do Trib. Civ. e Crim. no *Direito*, vol. 78, pag. 574.

No Direito allemão, Berner, ainda, notando que o codigo apezar de rigoroso e só por excepção exigindo a intenção de injuriar, o que aliás está de accordo com a respectiva jurisprudencia, diz que, conforme os arts. 192 e 193, é mister a consciencia do *animus injuriandi*. ⁴

Efectivamente, o primeiro e principal elemento destes crimes é o dolo, que toma esse nome de *animus injuriandi*.

Entretanto, particularisando a injuria, veremos que muita vez não se exige a prova do dolo, que pôde emergir do proprio factio e pela natureza do delicto, quasi sempre delle resulta.

E' certo que ha *palabras* e *acções* que por si mesmas ou pela significação que lhes dá a opinião commum demonstram a *intenção* de quem as *profere* ou *pratica*: *si factum natura sua et indole injuriosum est animus injuriandi praesumitur*. Acc. no *Direito*, vol. 15, pag. 294.

¹ Dr. Braz, LIÇÕES DE DIR. CRIM. CIT., pag. 177, n. 41.

² Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES, etc, pag. 44.

³ Carrara, COMMENTO CIT., art. 395, pag. 248.

⁴ Berner, OBR. CIT., pags. 377 e 382.

Isto se applica, em geral, ao art. 317 do texto, letras *a e c*.

Si o nosso código nos arts. 7º e 24 exige, como elemento subjectivo de todo crime, o dolo, desde que não faz excepção no art. 317, o *animus injuriandi*, isto é, o dolo específico da injuria está incluído.

E essa interpretação se coaduna com a que ao art. 395, paralelo do código italiano, lhe dão os seus mais notaveis interpretes.

O dolo *in genere* não se presume, em materia penal não ha presumpções *juris et de jure* e a doutrina que presumir de tal arte o elemento moral é absurda e despotica.

E' inaccitavel a theoria de que o *dolus inest in re ipsa* e tratando-se de diffamação restabelece-se o systema exercado por todos os autores liberaes contra a regra romana tomada em sentido restricto e que se resolve em uma verdadeira *praesumptio juris et de jure* e conforme a qual *quando verba sunt per se injuriosa, animus injuriandi praesumitur*.

Florian, opinando pela necessidade do elemento do *animus injuriandi*, que repelle as presumpções, chega á consequencia de que o *onus probandi* pesa sobre a accusação, á vista dos arts. 45 e 395 do código italiano parallelos aos 7º, 24 e 317 do nosso. ¹

A duvida aqui não é mesmo possivel diante do art. 67 do nosso código penal, conforme o qual, « nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará logar á imposição de pena ».

Frola tambem lembra que a commissão do Senado italiano foi a primeira que ideou para o caso esta formula: « quando a narração seja realmente feita em um colloquio *confidencial e reservado* e sem o fim de diffundir o conhecimento della, faltando em taes casos a potencialidade lesiva do facto, do ponto de vista da reputação social, não se poderia presumir a má fé e o *animus injuriandi* do agente ». ²

Florian ainda, adoptando neste ponto o sentir de Carrara, diz que precisa que a *communição a mais* de uma pessoa seja feita *directamente* pelo accusado; não haveria tal elemento na hypothese de communicado a uma pessoa um facto diffamatorio, aquella pessoa o tivesse depois communicado á uma outra.

Com Dochow (*Beleidigung*, pag. 349), diz tambem que a injuria deve ser feita com a intenção que a terceira pessoa venha ao conhecimento da injuria (Cass. de Roma 25 de julho de 1891) e nós temos visto como o código holandez exige na intenção do agente o escopo de divulgar a

¹ Florian, LA TEORIA PSICOLOGICA DELLA DIFFAMAZIONE CIT., cap. 2º.

² Frola, DELLE INGIURIE E DIFFAMAZIONI, ETC., pag. 150.

diffamação, adherindo Villa no Parecer da camara italiana á tal ordem de idéas.

Parece-nos, portanto, que a *communição*, como os outros elementos do crime, deve ser assistida da *voluntariedade* do agente, voluntariedade que deflue do art. 45 do código italiano. Logo uma *communição accidental, surprehendida* e acolhida *sem sciencia* do agente, não seria imputavel.

A jurisprudencia já dccidiu que a *communição* para ser punivel deve ser feita a mais de uma pessoa e com animo naturalmente de tornal-as scientes da cousa que se lhes communica. Pretura di Assisi, 21 de setembro de 1894. ¹

172. Na jurisprudencia italiana é constante a doutrina acceita da quasi totalidade dos autores, de que na injuria é essencial como elemento intencional o *animus injuriandi*, e que o *animus jocandi, emendandi* ou *consulendi*, excluem a injuria.

Majno observa tambem que, segundo os criterios racionais, não se póde fallar de delicto doloso, quando falte a intenção offensiva do direito de outrem: nem esta intenção é admissivel em quem tenha agido por um escopo juridico e em todo caso de boa fé...

« A ninguem passou ainda pela cabeça que baste a consciencia de que o facto imputado é lesivo da honra para fazer surgir a diffamação.

« Rigorosamente a theoria que combatemos admittiria crime, por exemplo, na advertencia honesta que alguém faz a outrem para pôl-o em guarda contra uma pessoa de precedentes *deshonestos*; e assim a pessoa *deshonesta* teria a um tempo tutelado o *bom nome* e assegurado as *vantagens* de uma reputação *immerecida*. »

Majno faz um *simile* que salienta o absurdo de tal doutrina e se adapta tambem ao nosso código.

Assim, o homicidio involuntario (art. 297) póde ser punido com dous mezes de prisão, ao passo que o diffamador ou injuriador (art. 319) por simples *ligeireza* poderá sêl-o até nove mezes, além da multa conversivel em prisão, como si a injuria fosse mais grave que o homicidio!

Algumas decisões abrangem hypotheses senão identicas, analogas aos casos alludidos.

Assim, julgou-se na Cassação de Roma e na de Turim, em consideração ao *animus consulendi* não haver crime no facto de fornecer informações confidenciaes sobre o estado do credito de alguém, versando alguns dos arestos sobre informações dadas, mediante paga, por uma agencia de informações; nem em uma publicação a respeito da conducta de uma pessoa encarregada de ensino publico; nem

¹ Cogliolo, OBR. CIT., 2º vol., Parte II; pag. 736.

no facto do medico que interpellado exprimiu as suspeitas que tinha de achar-se grávida uma senhora.

Numa palavra, como diz aquelle insigne autor, sobre a disposição parallela (art. 45) dos arts. 7º e 24 do nosso código :

Depois de tudo, as isoladas declarações, contradictas por outros dos trabalhos preparatorios, prevalece o texto da lei e prevalecem os criterios da razão :

« Texto da lei : permanece como regra geral, applicavel pois tambem á diffamação, o art. 45 do código ; e segundo este artigo, o diffamador deve ter querido o facto da diffamação e deve tê-lo querido *como tal.* » ¹

O Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, em livro interessante e recentissimo, que engrandece a sua já tão adiantada obra no direito penal brasileiro, observa justamente :

« Não commette crime de injuria por falta de intenção criminosa quem age no interesse da causa publica ou na defesa de um interesse privado legitimo ; exemplos : o que denuncia crimes e abusos de funcionarios publicos no exercicio de suas funcções, o que oppõe contradictas ao depoimento de uma testemunha, ás apreciações de defesa de um advogado, etc. Ha, porém, injuria, si são excedidos os limites da critica commedida e moderada, si a apreciação degenera na aggressão pessoal, no insulto. »

Neste sentido : a sentença de 19 de agosto e o accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 26 de novembro de 1899. ²

A disposição da letra *b* do art. 317 do texto exige uma ligeira explicação especial, porque conceitua a injuria, embora incompletamente, desde que o elemento da communicação está destacado no art. 319, 1ª parte e § 3º, de modo que nem a disposição do texto corresponde, sinão em parte, á da 1ª alinea do art. 395 do código italiano.

Considera-se aqui *injuria* — a imputação de factos offensivos da *reputação*, do *decoro* e da *honra*.

Honra e reputação são duas cousas distinctas, diz Suman.

A primeira emana da pessoa e á esta exclusivamente respeita ; a outra é exterior. A primeira é um sentimento que, provindo do conhecimento de ter cumprido o proprio dever, produz a estima de si mesmo, a outra é a homenagem dos concidadãos que acompanha esse cumprimento do dever. Póde ter-se reputação sem honra, mas não esta sem aquella. O decro é aquelle sentimento inherente á honra

¹ Majno, Obr. cit. Parte II, pags. 213 e 235, ns. 2467 e 2492.

² Viveiros de Castro, JURISPRUDENCIA CRIMINAL, II. Garnier, Rio de Janeiro e Paris, 1931, cap. VIII, *injurias*, pag. 103.

rabilidade d'um individuo e á sua posição social, que sugere uma attitude elevada e escoimada de baixezas ou trivialidades, não só a respeito de si mesmo e da posição occupada, mas tambem para impor este mesmo respeito aos outros. ¹

Como vimos, as outras disposições das letras *a* e *c* do art. 317 do texto tiveram como fonte o nosso código anterior nos §§ do art. 236.

O código vigente na disposição da letra *a* do art. 317 conglobou os §§ 2º e 3º do art. 236 do código anterior e supprimiu o § 4º do mesmo artigo, de modo que, apesar de casuistico, como o anterior, disse menos do que o anterior.

Assim, a imputação vaga de crimes ou vicios sem factos especificados (art. 236 § 3º) não é injuria pelo nosso código actual:

1º, porque só é injuria «a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expór a pessoa ao odio ou desprezo publico» (art. 317, letra *a*). O código vigente não separou, como fazia o código anterior art. 236, o § 2º do 3º, mas os reuniu, subordinando os vicios e defeitos, especificados ou não, ao odio e desprezo publico;

2º, porque o código vigente omittiu a disposição cautelosa do § 1º do art. 236 do código anterior, que definia tambem como *injuria* a imputação d'um facto criminoso não comprehendido no art. 229, que definia a calumnia;

3º, porque ainda o código omittiu uma disposição semelhante, a do código anterior, art. 236 § 5º, conforme a qual ha *injuria* — em tudo o que póde prejudicar a reputação de alguém;

4º, finalmente, porque o código para supprir taes falhas, apesar de ter ido buscar no código italiano, art. 395, principio, a disposição da letra *b* do art. 317, esqueceu-se de que n'uma linha mais acima o código italiano, art. 394 *in fine*, isentando da *calumnia* pela verdade do facto, salva que os modos usados não possam constituir o delicto previsto no artigo seguinte (*injuria*).

Parece que o código seguiu neste ponto a opinião de Thomaz Alves, que pretendia reunir pela interpretação o que o legislador de 1830 separou cuidadosamente. ²

A disposição da letra *c* do art. 317 do texto não offerece duvida, porque «a palavra, o gesto, ou signal reputado insultante na opinião publica» quando não forem claros serão objecto de prova e decisão do juiz á vista della, sendo como são cousas indefiniveis numa lei.

Chauveau, referindo-se á injuria, commentando o código francez, fonte dos nossos aqui, e seguindo a jurisprudencia

¹ Crivellari e Suman, OBR. CIT., vol. 7º, art. 395, pag. 1182, n. 207.

² Thomaz Alves, OBR. CIT., tom. 3º, 2ª parte, art. 236, pag. 488 e seguintes, ns. 1 e seguintes.

da Côrte de Cassação, observa que a imputação d'um *vicio determinado* é a imputação não d'um facto, mas d'uma *condição habitual* da pessoa, d'uma posição *precisa* e injuriosa: tal seria a qualificação de *ladrão*, quando esta qualificação repousa sobre uma *condenação* judiciaria; tal seria a imputação feita á uma mulher de entreter habitualmente relações illicitas: a que fosse feita a um exactor de subtrahir os dinheiros que lhe são confiados.

Este ultimo exemplo, si a arguição tiver sido precisa, é calúnia — código, art. 315.

A injuria, diz ainda o mesmo autor, não encerra um vicio determinado, quando se traduz sómente por uma expressão ultrajosa, uma invectiva ou um termo de desprezo — art. 317, letra c.

Tal seria a qualificação de *máo sujeito*, quando nenhum facto preciso a apoia, e taes são todos os *epithetos* injuriosos, que o *desprezo*, a *colera* ou a *grosseria* podem proferir. A injuria, neste caso, é menos grave, porque, não imputando facto algum preciso, vicio algum *determinado*, ella não produz offensa alguma á reputação; a ferida que ella faz dissipa-se por si mesma e não deixa traço algum; uma pena de simples policia é pois uma repressão sufficiente. Se tem julgado que estas palavras — « eis aqui o maior *canalho* do logar » — por mais violentas que sejam, não contem imputação de *vicio* algum *determinado*; que, si pertence, em certos casos aos juizes dos logares o colher nas circumstancias do facto, no estado das pessoas e nas allusões a que certas expressões poderiam prestar-se, uma *qualificação differente do sentido apparente das palavras*, é mister que esses juizes o declarem e especifiquem elles mesmos a que vicio o indiciado quiz ligar a expressão de que se serviu.

A intenção de injuriar, diz ainda o mesmo autor, é necessaria para constituir a injuria: *injuria ex-affectu facientis*; mas esta intenção é presumida de direito quando a expressão é injuriosa; mas não é tanto o sentido proprio e natural das palavras, como o sentido que o uso lhes dá que é mister consultar.

Deve-se distinguir igualmente si a invectiva foi lançada seriamente ou sómente em forma de brincadeira; neste ultimo caso, a acção poderia, conforme as relações existentes entre as duas partes, não ser admittida: *Si quis per jocum injuriam non tenetur*. L. 353, D. *de inj. t. fam. libell.* Emfim, a queixa não deve ser recebida, sinão com reserva, quando as palavras foram proferidas no fogo da paixão, num accesso de colera, na embriaguez: estas circumstancias não dissipam a injuria, mas ellas a *atenuam*.¹

¹ Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CRT. vol. 6º, pag. 379, n. 2783.

A embriaguez é uma attenuante pelo nosso cod. pen. art. 42 § 1º, mas por argumento desta disposição, que falla de embriaguez *incompleta*, e sua combinação com a do art. 27 § 4º parece que a embriaguez poderá também ser dirimente quando for *completa*, no espirito do código, mesmo conforme opinamos, commentando a parte *geral* do código e á qual nos referimos agora. ¹

Deste parecer é Alcantara Machado num estudo, cuja rescensão fizemos a algum tempo, emittindo o principio de que — a embriaguez como *dirimente* será uma pesquisa a fazer para decidir a questão da responsabilidade, caso por caso. ²

173. Sobre o art. 317 do texto e alguns incluindo outros artigos, vamos registrar varios arestos, uns proferidos ainda na vigencia do código anterior, mas applicaveis ao código actual, ficando subentendido que não subscrevemos tacitamente os que forem contrarios ás opiniões que temos sustentado neste commentariot

Sobre o cod. crim. anterior:

« Não commette crime de injuria o funcionario que protesta contra o acto administrativo, que o suspendeu, dizendo serem aleivosos os motivos que o determinaram.» ³

« Não constitue injuria o facto da autoridade policial prevenir alguém de que, si continuar a mal proceder, será obrigado a assignar termo de bem viver.» ⁴

« Não ha injuria no facto de imputar-se a alguém o ter feito annuncios de leilão dos terrenos que pretende vender, de modo e com o fim de illudir o publico.» ⁵

« Aquillo que se diz em conversação contra pessoa ausente não póde constituir crime de injuria.» ⁶

« Crime de injuria não commette aquelle que por obediencia á autoridade vem a juizo depór sobre o que lhe é perguntado.» ⁷

Eis os arestos sobre o cod. pen. vigente:

« Elementos constitutivos dos crimes de calumnia e injuria.

« Artigo publicado pela imprensa, levando ao conheci-

¹ Do autor: Cod. Pen. *commentado cit.*, tom. II, pag. 180, X, ns. 133 e segs.

² Alcantara Machado. A EMBRIAGUEZ E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL. S. Paulo, 1894. V. pag. 48; *Jornal do Commercio*, n. 113 de 4 de maio de 1895, 1ª columna.

³ SENTENÇA DO JUIZ DIR. *Manáos*, 22 Dez. 1874, *O Direito*, vol. 7º, pag. 161.

⁴ ACC. REL. *Rio*, 3 de agosto de 1875, *O Direito*, vol. 8º, pag. 138.

⁵ ACC. SUPR. TRIB. JUSTIÇA, 24 de novembro de 1874.

⁶ SENTENÇA DO JUIZ DIR. *Parnahyba* (Piauhy), 17 de agosto de 1881, *O Direito*, vol. 27, pag. 425.

⁷ SENTENÇA DO JUIZ DIR. *S. Fidelis* (Rio de Janeiro), 28 de maio de 1878, *O Direito*, vol. 17, pag. 144.

mento do publico e da autoridade policial factos criminosos, sem affirmar a *autoria* delles e sem fazer *directa e positiva* imputação a alguém, não constitue crime de injuria.

«Intelligencia do art. 317 do cod. pen. Sentença do Supremo Tribunal Federal, 10 agosto 1892.»¹

«Injurias por *cartas* fechadas—Intelligencia do art. 317 com referencia ao art. 316 do cod. pen.»²

Em contrario a este, o seguinte e outros insertos mais adiante:

«As palavras injuriosas escriptas em *carta* particular fechada constituem crime em face do cod. pen.—Intelligencia do art. 317 do mesmo cod. penal.»³

«Tem cabimento o recurso de revisão, embora se trate de pena correspondente ao crime de injuria verbal, e não tenha sido ainda a pena posta em execução.»⁴

«A disposição do art. 23 § 1 do cod. pen. tem applicação quando o dono da *typographia* é condemnado em virtude de sua responsabilidade *solidaria*, conforme o art. 22, mas *não* quando é condemnado como autor do escripto injurioso.»⁵

Este aresto interpreta bem as referidas disposições do codigo e noutro logar nós haviamos discriminado o papel do *typographo* como tal, ou como autor do escripto diffamatorio ou injurioso.⁶

Agora mesmo na excellente monographia do advogado Carlos Nasi sobre a responsabilidade civil do *typographo* pode-se apreciar a variedade de situações juridicas de tal entidade, mesmo no juizo penal.⁷

«Injuria em *carta* particular, dirigida fechada ao offendido, e só por este lida, é crime em face do art. 319 § 3º combinado com o § 2º, com os arts. 317 e 316 do codigo penal.»⁸

«1.º Quando, nos termos do art. 317, §§ 1º e 2º do cod. pen., a injuria se dá com a publicidade do art. 316

¹ *O Direito*, vol. 63, pag. 543.

² SENTENÇA do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Trib. Civ. e Crim., 8 de outubro de 1897, *O Direito*, vol. 74, pag. 451.

³ ACC. CONSELHO TRIB. CIV. E CRIM., 10 de janeiro de 1898, *Muniz Barreto*, presidente, relator, *O Direito*, vol. 75, pag. 560.

⁴ ACC. SUPR. TRIB. FEDERAL, 21 de maio de 1898, *O Direito*, vol. 76, pag. 399.

⁵ ACC. SUPR. TRIB. FEDERAL, 28 de fevereiro de 1892, *O Direito*, vol. 76, pag. 267.

⁶ Do autor. COD. PEN. COMMENTADO, CIT. vol. 1º, pags. 170 e 178.

⁷ Carlo Nasi, LA RESPONSABILITA CIVILE DEL TIPOGRAFO, Torino, 1901, pags. 2 e 76, I e IV.

⁸ ACC. TRIB. CIV. E CRIM. 21 de maio de 1898.—Dr. Lima Drummond, relator, *O Direito*, vol. 77, pag. 427.

A mesma decisão no ACC. DA CÔRTE DE APPELLAÇÃO, 21 de outubro de 1898.—Miranda Ribeiro, relator, *O Direito*, vol. 76, pag. 62?.

do citado código intervem essa publicidade como uma agravante.

« 2.º Na generalidade do § 3º do citado art. 319, estão comprehendidas todas as injurias sem publicidade.

« 3.º Assim as *cartas* missivas injuriosas si não tiver havido a publicidade, incidem na sanção penal do citado art. 319, § 3º.» Acc. do Tribunal de Justiça, S. Paulo, 24 de julho de 1897. Votos vencidos, Cunha Couto, Ferreira Alves. ¹

« 1.º Para que se dê o crime do art. 317, letra *a*, combinado com os arts. 319 pr., 316 e 319, § 2º, do código penal, é preciso que concorram — *a*) a imputação de vícios ou defeitos com, ou sem, factos especificados, que possam expor ao odio ou desprezo publico, a qualquer particular ou funcionario publico sem ser em razão de seu officio; e — *b*) a divulgação dessa imputação por meio de publicação de papel manuscripto, distribuido por mais de 15 pessoas.

« 2.º Esta publicação deve ser feita directamente pelo indiciado, não bastando, portanto, que a publicação tenha sido feita por outrem que do manuscripto haja tido conhecimento, nem tão pouco que, tratando-se de *bilhete postal*, tenham estes circulado a descoberto, por não ser a expedição pelo Correio (*Posta*) uma distribuição.

« 3.º Quando a injuria em *bilhete postal* se opera por qualquer outro meio não especificado no art. 316 do citado código, o indiciado incorre no art. 319, § 3º do mesmo código.» ²

« 1.º São fórmulas executivas da injuria, o *escripto*, a *palavra fallada* e o *gesto*.

« 2.º Existindo o agente do delicto, a manifestação externa da offensa e o sujeito passivo, *directo* ou *indirecto*, o organismo da injuria está perfeito como *genero*, pela reunião de seus elementos essenciaes.

« 3.º São condições accidentaes da injuria as referentes á *publicação* da offensa e á *qualidade pessoal* do offendido.

« 4.º Quando na injuria intervêm as condições accidentaes de *qualidade pessoal* e de *modo*, é ella qualificada.

« 5.º O cod. pen., art. 317, pune como crime de injuria: *a*) a imputação de vícios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expor a pessoa ao odio

¹ *Revista de Jurisprudencia cit.*, vol. 1º, pag. 233. No Accordão assignaram vencidos os juizes Cunha Couto e Ferreira Alves, fundamentando ambos de modo irrecusavel os seus votos.

² SENTENÇA do Dr. Lima Drummond, juiz do Trib. Civ. e Crim. 4 de setembro de 1895, *Revista de Jurisprudencia*, vol. 2º, pag. 99; onde se observa que é a mesma doutrina do aresto anterior do Tribunal de São Paulo.

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.

« 6.º Das disposições dos arts. 316, 317, 318 e 319 do citado codigo resulta que no nosso direito penal ha tambem a distincção entre a injuria simples e a qualificada.

Assim simples é a injuria quando concorrerem os elementos essenciaes: *a*) o agente; *b*) o sujeito passivo, *directo* ou *indirecto*; *c*) a manifestação do pensamento offensivo, por uma das tres fórmãs — o escripto, a palavra falada, o gesto.

« 8.º Qualificada é a injuria si revestir ainda condições accidentaes: *a*) com relação á *publicidade* de uma das fórmãs — executivas — o escripto; *b*) com relação á qualidade do sujeito passivo do delicto.

« 9.º Nessas condições, si a *carta* injuriosa não constitue uma injuria qualificada, incide sem duvida na sancção penal das injurias simples, art. 319, § 3º combinado com o § 2º e art. 317 letra *c* do codigo penal.»¹

« 1.º O destinatario de uma carta não póde publicar o seu conteudo sem consentimento da pessoa que a endereçou, salvo em defesa de direitos.

« 2.º Sem este consentimento, mantém a carta o seu character confidencial, desde que da *divulgação* do seu conteudo resulte prejuizo ao autor do escripto.

« 3.º Sendo confidencial o pensamento offensivo contido no escripto, fallece-lhe força impulsiva, voluntariamente impressa pelo autor para prejudicar a outrem.

« 4.º Assim, sendo *indoneo* o meio escolhido pelo agente, não se dá o *animus injuriandi*.

« 5.º A voluntariedade da acção injuriosa consiste em que o pensamento externado seja conhecido de terceiros ou do offendido.

« 6.º Dest'arte, a escolha de meio inapto demonstra falta de elemento moral.

« 7.º E' preciso que o agente tenha *consciencia* de que sua acção é tal que tem aptidão para offender a honra de outrem.

« 8.º Não ha *animus injuriandi* quando o agente escreve uma carta, cujo conteudo elle sabe não ser licito ao destinatario divulgar ou levar ao conhecimento da pessoa a quem a carta se refere.

« 9.º Existe o *animus injuriandi*, porém, quando o

¹ ACC. DO CONSELHO DO TRIB. CIV. E CRIM.. 10 de janeiro de 1898, *Muniz Barreto*, presidente e relator, *Revista de Jurisprudencia*, vol. 2º, pag. 326, e ahi se vê a nota de conformidade com os arestos anteriores sobre a injuria *sem publicidade* feitos nas *cartas fechadas* e nos *bilhetes postaes* aos destinatarios.

agente, para illudir o fim da lei, escreve cartas identicas ou semelhantes a outras pessoas.

« 10.º Na hypothese da *defesa eventual de direitos proprios* do destinatario, a divulgação da carta injuriosa apenas torna *culposo* o acto do agente.

« 11.º A *culpa* é incompativel com a natureza do crime de injuria.

« 12.º O cod. pen. não incrimina injurias culposas: ¹

« 1.º O *bilhete postal* é meio *idoneo* da divulgação da injuria.

« 2.º *Compensando-se* as injurias, não podem que-relar os que reciprocamente se injuriarem.

« 3.º Prevalece o meio *elativo* das duas acções penaes, não obstante a ausencia de nexó ideologico entre a injuria do autor e a do réo, e qualquer que seja o espaço de tempo entre uma e outra, desde que não esteja prescripto o direito de querela.» Acc. do conselho do Trib. Civ. e Criminal de 13 de outubro de 1898.— *Muniz Barreto*, presidente e relator. ²

« Constitue crime de injuria, qualificado no código penal, art. 317, letras *a* e *b*, imputar á uma firma commercial o uso de artificios para simular capital inexistente.» ³

« Não havendo a imputação precisa de um facto determinado que a lei qualifica de criminoso, e sim adjectivos offensivos, insinuações perfidas, termos genericos, o crime é de injuria e não de calumnia.

« As sociedades anonymas, pela generalidade dos interesses que affectam dirigindo-se á economia publica, estão sujeitas á censura e á fiscalisação da opinião. Não commette pois, o crime de injuria quem analysa em termos commedidos, *sine ira*, a impossibilidade de um successo annunciado sobre calculos erroneos, as exaggerações de um prospecto, as promessas illusorias, a legalidade da constituição, a direcção da empresa, etc.

« As sociedades anonymas, representando uma grande somma de interesses e capitaes constituindo uma personalidade juridica, teem direito a serem defendidas em seu credito, em sua reputação, em sua probidade. Commette, pois, o crime de injuria quem não se limitou a justo direito

¹ Acc. TRIB. CIV. E CRIM., 20 de dezembro de 1898, *Muniz Barreto*, presidente e relator, *Revista de Jurisprudencia*, vol. 5º, pag. 190.

² *Revista cit.*, vol. 5º, pag. 188. Nesta se faz referencia a outro julgado que nella se publicou e demos tambem no texto sobre injuria em bilhete postal, vol. 2º, pag. 99 (p. 136).

³ Acc. TRIB. JUSTIÇA S. PAULO, 5 de julho 1899, *Revista de Jurisprudencia*, vol. 7º, pag. 55.

A *Revista* faz observações sobre a importancia da causa, magistralmente tratada pelo advogado Dr. Alfredo Pujol; e refere-se ás consultas dadas por outros, inclusive a nossa, no sentido do aresto.

Vid. Alfredo Pujol, CRIME DE INJURIA, ETC., S. Paulo, 1899.

de critica, mas atacou-as em sua probidade, descrevendo-as como uma exploração ao publico, uma armadilha aos incautos, assim diffamando-as e desacreditando. ¹

« E' nullo o processo. por ter sido o paciente processado por crime de injurias, em vez de calumnia, preterindo-se assim a sua defesa » Acc. Relação *Paralyha* 3 de dezembro de 1897. ²

« Embora aqui tenhamos registrado arestos que comprehendem tambem a intelligencia dada a artigos posteriores do texto do capitulo, o que fizemos para tornar conhecida logo a jurisprudencia dos tribunaes sobre as disposições que vamos commentando e mesmo para não alterar a integridade dos mesmos arestos; entretanto só quando tratarmos dos referidos artigos, que estão adiante, daremos a nossa opinião sobre as questões attinentes a cada um delles.

174. Prosigamos, pois ; no seu texto o codigo diz:

« Art. 318. E' vedada a prova da verdade, ou *notoriedade* do facto imputado á pessoa offendida, salvo si esta :

a) fôr funcionario publico, ou corporação, e o facto imputado referir-se ao exercicio de suas funções. »

Já tratámos da *exceptio veritatis*, occupando-nos da calumnia neste capitulo no commentario ao paragrapho unico do art. 315 do texto (ns. 164 e 165).

Já fizemos tambem justiça no começo deste capitulo á prova da *notoriedade* do facto imputado (n. 161).

Convençamo-nos, diz Francisco Luiz, fazendo uma nota geral sobre a calumnia e a injuria, que nestes crimes não é meio de defesa *nomear aquelle de quem se ouviu a imputação*; e de que com isto não faz mais do que manifestar um co-autor.

Convençamo-nos, finalmente, de que não póde ser um meio de evitar a condemnação o allegar a *notoriedade* publica; o provar-se que não se fez mais do que *repetir* o que se ouviu *geralmente*. A voz publica, que tanto proclama a verdade como a *mentira*, não constitue prova perante os tribunaes. ³

Este autor referia-se ao nosso codigo anterior; mas, pelo art. 318 pr., do texto, a *notoriedade* do facto é admittida no crime de injuria !

Entretanto, o codigo hungaro, referindo-se, tanto á calumnia, como á injuria (art. 264), diz:

« Art. 265. A prova que o facto allegado é de *notoriedade* publica *nunca* será permittida. »

¹ SENTENÇAS do Dr. *Viveiros de Castro*, juiz do Trib. Civ. e Crim. 11 de junho de 1895 e 14 de janeiro de 1896, nas *Sentenças e Decisões cit.* pag. 25, 101 e 199.

² O DIREITO, vol. 84, pag. 131.

³ Francisco Luiz, *COD. CRIM., theorica e praticamente annotado*, Maceió, 1885, pag. 436.

E Hallier, resumindo os dictados de arestos da Côrte de Cassação, que teem formado a jurisprudencia franceza nesta materia, diz que o accusado nem poderá mesmo ser admittido a provar ou allegar como excusa que os factos ppr elle enunciados lhe foram *contados* por terceiro ou que a *voz publica* os teria affirmado *antes d'elle*.¹

E geralmente os codigos não admittem a prova da verdade do facto da injuria, mesmo no caso da letra *a* do art. 318 do texto, isto é, sendo o offendido funcionario publico e em relação ao exercicio das funcções: é uma singularidade exclusiva do nosso codigo vigente.

O outro caso da letra *b* do art. 318 do texto, em que é admittida a prova do objecto ou conteúdo da injuria é si a pessoa offendida — *permitter a prova*.

O codigo não faz restricção alguma.

Entretanto o codigo hungaro diz:

« Art. 264. A prova da verdade d'uma imputação ou d'uma expressão é *interdicta* e não pôde ser permittida, mesmo sobre pedido da parte lesada:

« Si a imputação ou expressão *concerne* a actos da *vida de familia*, ou *toca á honra d'uma mulher*. »

O nosso codigo nenhuma excepção fez, o principio é geral, absoluto.

Quasi no mesmo sentido do codigo hungaro está o belga, art. 447, sobre o qual diz Nypels o que se pôde applicar ás letras *a* e *b* do nosso art. 318:

« Si a imputação versa sobre factos relativos á vida privada, o funcionario desaparece e a imputação é regida pela disposição do 2º alinea do nosso artigo, a menos que não se trate de actos do funcionario, tendo um laço, uma correlação intima com os factos de suas funcções e que podem exercer uma influencia certa, bem que indirecta, sobre a culpabilidade da critica que tem sido feita. »²

Poderia servir de exemplo a imputação ao empregado publico dos factos previstos nos arts. 235, 236 e 238 do nosso codigo penal; mas, em taes casos, haveria *calumnia* e não *injuria*, á vista do conceito daquella no art. 315, primeira parte.

O terceiro e ultimo caso, em que é admittida a prova da injuria, conforme o art. 318 do texto, é aquelle em que o offendido, segundo a disposição da letra *c* « tiver sido *condemnado* pelo facto imputado ».

Nem neste caso é justificavel o codigo, tratando-se de *injuria*, porque nenhuma razão ha para escapar á punição o injuriador nas condições figuradas.

Sendo a calumnia ou diffamação a imputação de um

¹ Hallier, DE LA DIFFAMATION, Paris, 1899, pag. 64 *in fine*.

² Nypels e Servais, OBR. CIT., vol. 3º, art. 447, pag. 253, n. 4.

facto criminoso, a especie do art. 318, letra *c*, só se póde verificar no caso em que o offendido tenha sido condemnado por crime de acção *particular*, entendendo-se que o art. 315 se refere a crime de acção *publica*. Do contrario não haveria caso em que a especie da letra *c* se verificasse, porque si é calúnia a imputação de *qualquer* crime de acção publica ou particular, o offensor seria, na hypothese, calumniador e não injuriador.

Como quer que seja, porém, nada justifica que se revolvam um processo findo com o escandalo de renovarem-se debates sobre factos, v. g.: contra o pudor de uma mulher honesta ou contra a honra de qualquer, provocando-se assim odios, rixas e, talvez, outros crimes.

Tudo isso que o codigo aqui permite, é permittido pelos outros, mas tratando-se de diffamação ou calúnia, e não de injuria, v. g.: o cod. ital. art. 394.

Mas note-se que, conforme este artigo, o diffamador não póde provar a verdade de uma condemnação, accionado por *diffamação* e ainda menos, si se considerar como *injuria* a imputação de uma condemnação, segundo os arestos da jurisprudencia.

O cod. ital. aqui está de accordo com a opinião de Carrara, mas Majno combate a relativa disposição do n. 2, do art. 394 que só permite a prova « si, pelo facto attribuido á pessoa offendida, tenha sido instaurado ou se inicie contra ella um processo penal », isto é, trata-se de processo *pendente* ou *já* instaurado. ¹

175. Passemos á seguinte disposição do texto que diz :

« Art. 319. Si a injuria for commettida por *qualquer* dos *meios* especificados no art. 316 :

§ 1.º Contra *corporações* que exerçam autoridade publica, ou contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica :

« Penas — de prisão celllular por tres a nove mezes e multa de 400\$ a 800\$000.

§ 2.º Si contra *particular* ou *funcionario* publico, *sem* ser em razão do *officio* :

« Penas — de prisão celllular por dous a seis mezes e multa de 300\$ a 600\$000. »

Os meios a que se refere o artigo do texto, primeira parte, citando o art. 316, sem duvida tambem na primeira parte, relativo á calúnia, são si o facto for commettido por meio de *publicação* de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel *manuscripto*, impresso ou

¹ Carrara, PROGRAMMA, PART. *Spec.* vol. 3º, § 1809; Majno, OBR. CIT. 2º vol., art. 394, pag. 227, n. 2481.

lithographado, *distribuido* por mais de 15 pessoas, ou *afixado em logar frequentado*.»

Sendo estes os meios, as penas serão as dos §§ 1º e 2º do art. 319 do texto, conforme se tratar de injuria contra corporação que exerça autoridade publica, ou qualquer agente ou depositario de autoridade publica — ou de injuria contra particular ou funcionario publico sem ser em razão do officio.

Aqui devemos lembrar que já adoptámos a opinião, conforme a qual, quando se trata de corporação não se deve distinguir si é feita á esta em razão ou não das funções (n. 167).

O art. 319 do texto ainda diz :

« § 3.º Si a injuria for commetida por *outro qualquer meio*, que *não algum dos especificados* no art. 316, será punida com a metade das penas.»

E' esta a mesma disposição do § 2º do art. 316, com relação á calumnia, e cuja redacção pouco differe :

« § 2.º (art. 316). Si commetido (a calumnia) por *outro qualquer meio*, que *não algum dos mencionados*:

« Pena — a metade das estabelecidas.»

O § 3º do art. 319 do texto tem suscitado duvidas na interpretação do codigo.

Para nós é mais uma questão de pura exegese do que de lacuna que, aliás, nas especies decididas nunca poderia ser supprida com a doutrina dos autores ou subsidio legislativo de outros paizes, diante do preceito rigoroso do nosso cod. art. 1º, 2ª parte.

Effectivamente, pergunta-se como a injuria póde ser crime e punivel, quando commetida por *outro qualquer meio que não algum dos especificados ou mencionados* no art. 316 ?

Responderemos que esses taes outros meios só podem ser exclusiva e unicamente a *palavra fallada*, a injuria *verbal*, o *gesto*, o *signal*, etc., e semelhantes, porque a palavra, o discurso *escripto* ficou exaurido, si impresso ou autographo, quer na casuistica, quer na formula *geral* contida no art. 316, 1ª parte, nas palavras desta mesma formula — *qualquer papel MANUSCRITO ou impresso*, etc.

Devemos lembrar aqui que a fonte do código vigente foi o anterior, arts. 233 e 238, parallellos aos arts. 316, § 2º, e 319, § 3º, do texto.

A seu turno, o nosso codigo anterior teve, como fonte, o codigo francez.

Ora, este codigo, apesar de punir apenas com multas factos identicos ou quasi, que os nossos punem com prisão, ainda considera *contravenções* esses mesmos factos quando não revestirem certo gráo de gravidade e de *publicidade*.

Eis uma das antigas disposições abrogadas depois e fonte dos nossos codigos :

« Art. 375. Quanto ás injurias ou expressões ultrajantes que não encerrarem a imputação de algum acto preciso, mas a de um vicio determinado, si ellas tiverem sido proferidas em *logares ou reuniões publicas, ou insertas em escriptos* impressos ou não, que tiverem sido *espalhados e distribuidos*, a pena será de uma multa de 16 a 500 francos.»

E' sempre a *publicidade* exigida para a injuria escripta que os nossos codigos adoptaram desde 1830.

Eis agora outra disposição do cod. franc. que ainda hoje subsiste nelle e seguia-se áquella :

« Art. 376. Todas as outras injurias ou expressões ultrajantes, que *não* tiverem tido este *duplo* caracter de gravidade e de *publicidade*, *não* darão logar sinão a penas de simples policia.»

Por esta referencia do cod. francez, art. 376, e conforme o art. 471 n. 11, comprehendido entre as *contravenções*, se vê que esta ultima disposição se occupa daquelles, dizem Blanche, Garraud e outros, que sem terem sido provocados teem proferido contra alguém uma das injurias outras que aquellas que eram previstas pelos arts. 367 e seguintes do codigo.

Estas injurias são aquellas que não reúnem o duplo caracter de *publicidade* e de *gravidade*.⁴

Ora, os nossos cods. não incluíram nos crimes *policiaes* ou nas *contravenções* especie alguma de injuria e delles resulta de modo evidente que a *publicidade* é o característico da calúnia e da injuria verbal ou escripta, o que é confirmado ainda pela nossa lei de 1830 coeva do cod. anterior e ainda pelas fontes primitivas do cod. fr. de 1810.

A contravenção do art. 471, n. 11 deste ultimo cod. é punida com 1 a 5 francos de multa e nós não temos nos nossos cods. cousa que se lhe assemelhe.

No direito francez as duvidas que se levantam é sobre o melhor modo de explicar ou conciliar hoje algumas disposições do velho codigo, umas revogadas e outras simplesmente derogadas pelas leis da imprensa, com estas, sobre os factos congeneres de diffamação, injurias e ultraje a magistrados e jurados.

Mas em França levantou-se ácerca da interpretação do art. 222 do respectivo codigo sobre taes ultrajes, uma questão que se assemelha muito á que suscita o nosso § 3º da art. 319 do texto.

Chauveau e Hélie manifestam-se sobre ella e de accordo

⁴ Blanche e Dutruc, OBR. CIT. vol. 5º, arts. 375 e 376, pag. 602 n. 440 e segs., vol. 7º, art. 471, n. 11, pag. 254, n. 169; Garraud, OBR. CIT. vol. 5º, pag. 31, n. 32, pag. 719, n. 754.

com estes Blanche e Garraud que se limitam a resumir os arestos da jurisprudencia.

Este ultimo autor diz :

« A jurisprudencia teve de indagar si o art. 222 era igualmente applicavel ao ultraje por *escripto*. A Còrte de Cassação variou sobre a solução do problema. A Camara Criminal considerou a principio « que o art. 222 não exigia, para sua applicação, que as palavras ultrajantes, que elle tinha por fim reprimir, tivessem tido qualquer publicidade ; que os magistrados de ordem administrativa ou judiciaria deviam, com effeito, ser protegidos em todos os actos de suas funcções e em todas as relações que elles tinham nesta qualidade com os cidadãos, mesmo naquelles que não são publicos ; que os ultrajes, contidos nas CARTAS MISSIVAS a elles dirigidas em razão de suas funcções, deviam ser reprimidos como *sel-o-hia um ultraje verbal não publico* ; (são delle os gryphos) que a applicação a taes factos das disposições do art. 222 era autorisada pela generalidade dos termos : ultrajes por *palavras* (o que comprehende as *palavras, paroles escriptas*), e não poderia ser desviada sem deixar na lei uma lacuna que não podia estar na intenção do legislador.

Em consequencia da resistencia das Còrtes de Appellação, a questão voltou diante de todas as Camaras reunidas, que repudiaram a jurisprudencia da Camara Criminal, decidindo « que o art. 222, que pune os ultrajes por *palavras* dirigidas a um funcionario no exercicio de suas funcções, não comprehende os ultrajes ou injurias contidas numa *carta enderessada* a este funcionario e da qual só elle tem tido conhecimento ; que, com effeito, o vocabulo *palavra* deve ser tomado no seu sentido *proprio* e na sua accepção *vulgar*, e que não deve desde logo ser applicado sinão ás *palavras articuladas* ou *pronunciadas de viva voz* ; que os tribunaes não podem *estender* as disposições penaes das leis, dos casos que ellas expressam a outros casos que ellas não expressam, e que não pertence *sinão* ao legislador accrescentar estas disposições ou preencher-lhes as lacunas.

Evidentemente, diz Garraud, a verdade achava-se com esta ultima jurisprudencia. Bastava que, destes dous modos de execução, o ultraje por *palavras* e o ultraje por *escripto*, o primeiro só tivesse sido previsto pela lei, para que não se podesse estender ao outro a disposição repressiva. A lei de 13 de maio de 1863, porém, suppriu a lacuna, ajuntando, no texto do art. 222, nos termos — qualquer ultraje por *palavras*— estes outros—*por escripto ou desenho não tornados publicos*. ¹

¹ Garraud, OBR. CIT. vol. 3º n. 415, pag. 563, e ns. 427 e 428 pag. 580; Chauveau e Hélie, OBR. CIT. vol. 3º, pag. 124, n. 962; Blanche, OBR. CIT. vol. 4º, art. 222, pag. 117, n. 84.

Para resolver a questão, entre nós, bastaria dizer que o art. 319 § 3º, excluindo a injúria *escripta* pela referencia que faz á 1ª parte do art. 316, não podem aquelle § 3º, nem o § 2º deste ultimo artigo deixar de referir-se exclusivamente á injúria *oral* ou *verbal*, por *palavra*, *gesto* ou *signal*, comprehendidos na definição do art. 317, lettra *c*.

Entretanto, como a questão concretizada na especie da *carta missiva fechada injuriando o destinatario*, como fórma de injúria escripta especial, *sem publicidade*, é controvertida desde o cod. anterior, vamos reservar-lhe algumas observações, pelo menos em homenagem a alguns argumentos contrarios ácerca dos quaes se poderia dizer : *rari nantes in gurgite vasto*.

176. A primeira opinião que se nos depara e a proposito de um aresto é a do Dr. Braz a que antes já alludimos e que quer ver na expressão *outros meios* a significação do facto *sem publicidade*, inclusive o *escripto*, a respeito do qual a lei já havia disposto.

Não obstante foi julgado pela Relação deste districto (Pernambuco) em accordão de *habeas-corpus*, proferido em favor de certo paciente, processado por crime de injúria, « que não ha base para processo e julgamento na falta de *quesito essencial, ou de ter sido distribuida, ou mesmo lida, a carta que deu causa á queixa e ao summario, a mais de 15 pessoas.* » Acc. 8 abril de 1862.

Fica-se realmente surprehendido, nota o Dr. Braz, ao ver arestos desta ordem, firmados por magistrados de um tribunal superior, aliás recommendaveis por sua illustração e inteireza, em materia tão delicada, como a da segurança da honra.

E ai de nós si houvessem de prevalecer tão graves equívocos, pois outro nome não podem ter taes arestos.

Entretanto, nada nos parece mais certo, corrente e incontestavel, em face da lei e da *san theoria criminal*, do que constituirem injurias dirigidas á qualquer pessoa, em carta particular, verdadeiros delictos, e poderem servir de base a processo e julgamento, muito embora não tenha querido aquelle que recebeu a carta, *aggravar o seu soffrimento*, encarregando-se de dar por si uma inutil publicidade ás injurias que lhe foram irrogadas.

O caracter proprio e especifico da injúria é que, dirigindo-se especial e directamente á pessoa que della é objecto, tem menos por fim prejudicar a sua reputação, do que irrital-a ou humilha-a offendendo os seus sentimentos, de sorte que póde-se mui bem injuriar um individuo, sem que outra pessoa mais além delle seja disso instruida.

Sanccionando esta doutrina, a lei ingleza tambem qualifica de *libello* o enviar a alguém uma carta offensiva fechada, tanto como si essa carta fosse publicada pela im-

prensa. Ella considera um tal facto, não como infracção effectiva á paz publica, mas como tendente a provocar ou excitar os outros a infringil-a, como capaz de excitar á vingança e mesmo ao derramamento de sangue. V. Blackstone, *Comment. L. 4, c. 2, p. 449*, trad. Chompré; e Chassan n. 77. ¹

Antes de tudo, contra o conceito da injuria adoptado, protestam os dispositivos do nosso cod. anterior, art. 236, e vigente, art. 317.

Já vimos tambem como fonte de ambos o direito francez.

Quanto ao direito inglez, é verdade, diz Seymour, bem pouco basta para ter-se a *publicação*; assim a communição feita á uma só pessoa, seja tambem a diffamada, ainda contida em *carta particular*, constitue publicação. Não temos sinão que recordar, acrescenta elle, o principio fundamental deste crime, para comprehender a razão disto, consistindo ella na possibilidade de *perturbar a paz* ².

Ora, é intuitivo que isto é uma singularidade do direito inglez, muito differente é a orientação do nosso direito na injuria, porque elle enveredou por outros caminhos muito afastados das instituições daquelle.

Sob o imperio do cod. anterior, art. 238, argumentava-se, como faz Thomaz Alves, que não tendo o art. 230 enumerado com os escriptos impressos, para sujeital-o á condição da *publicidade*, o *manuscripto*, este ultimo a dispensava e assim qualquer escripto não impresso conhecido só do destinatario, como é uma carta endereçada fechada, podia constituir um dos meios puniveis de injuriar.

E reforçava-se esse argumento, observando-se que o mesmo cod. anterior, arts. 90, 99 e 119, fazia differença entre uns e outros escriptos, conforme eram ou não impressos, o que não fez ácerca da injuria.

Estes argumentos foram sempre victoriosamente respondidos com a disposição da parte *geral* do cod. crim. que basta transcrever :

« Art. 7.º Nos delictos de abuso de *communicar os pensamentos*, são criminosos e por isso responsaveis :

« § 5.º Os que communicarem por *mais de 15 pessoas os escriptos não impressos*, si não provarem quem é o autor, e que circularam com o seu consentimento ; provando estes requisitos, será responsavel sómente o autor. »

Nenhum valor tinha a citação dos arts. 90, 99 e 119, porque, si ácerca da calumnia e da injuria, o legislador não procedeu como ahi, distinguindo o impresso do não impresso, prevalecia a disposição *geral* do art. 7.º, § 5º que só não poderia ser applicada, si o legislador houvesse feito

¹ Dr. Braz, *Licções de Direito Criminal cit. p. 179, not. 1.*

² Seymour Harris, *Obr. cir. pag. 75, in fine.*

excepção, ou dessa applicação resultasse absurdo. Mas, ao contrario, da não applicação é que resultaria o absurdo de se exigir a circulação por mais de 15 pessoas do escripto *impresso*, mas não do *manuscripto*.

Nenhum argumento mais adduz o citado autor.

Elle occupa-se da questão de modo especial em um dos additamentos da sua obra ; ao qual faz referencia quando commenta o art. 238 sobre a injuria.

Entretanto, commentando o art. 233, isto é, no mesmo volume, sem se referir á carta que elle alli considerou como meio de injuria, mas em geral á calumnia por meio de *manuscripto*, o que é o mesmo, porque ao art. 233 se refere o art. 238, sustenta opinião diametralmente opposta, conforme passamos a transcrever :

« Neste art. 233, o legislador define a calumnia praticada por qualquer meio que não seja o determinado pelo art. 230, isto é, *impresso*, *lithographia* ou *gravura*.

Este qualquer meio — é o *manuscripto* ou a *palavra*.

E não será neste caso condição para o crime a *publicidade* ? e si é, como definil-a ?

Devemos distinguir o *manuscripto* ou *não impresso* do *verbal* como meios de propalar a calumnia.

Em *ambos* os casos ha necessidade do elemento *publicidade*, mas a pena é *diversa*.¹

No caso de *escripto* ou *impresso*, é preciso que se verifique a condição provada do art. 7º, § 5º que diz :

« Os que communicarem por meio de qualquer pessoa os escriptos não impressos, si não provar quem é o autor, e que circularam com o seu consentimento, provados estes requisitos, será responsavel o autor. »

Attendendo para este § 5º do art. 7º, vê-se que no caso da calumnia, por meio de *manuscripto* a *publicidade legal* se dá logo que se prova a circulação dos *não impressos* por *mais* de 15 pessoas, e, portanto, o art. 233 neste ponto se subordina á doutrina do art. 7º, § 5º, sendo para lamentar que o legislador não fosse expresso, como foi, nos casos dos arts. 90, 99 e 119 deste codigo.

O mesmo não se dá com a calumnia *verbal* ou *por meio da palavra*, porque a lei não estabelece nem define os limites da *publicidade*, logo esta condição fica sujeita ás regras da prova, que tem por fim convencer, que o culpado proferiu a calumnia, pouco se importando si em grande auditorio, si em pequeno ou limitadissimo.²

¹ A pena não era tal diversa, mas a *metade* das estabelecidas, conforme os arts. 233 e 238 do cod. ant., respectivamente aos arts. 230 a 232 e 237, correspondentes aos arts. 316 e 319 do cod. pen. vigente.

² Para nós, rigorosamente, só ha calumnia ou injuria *verbal* punivel, proferidas em *reuniões* ou *logares publicos* ou *na presença* do offendido, do contrario é mister a communicação por *mais* de 15 pessoas.

Fica assim discriminado o art. 233 do art. 230, mas quando trata da penalidade o art. 233 distingue a qualidade do offendido, como distincto ficou nos tres artigos antecedentes (230, 231 e 232) ; portanto na applicação assim consideraremos. ¹ »

Quem assim se exprime, não póde em seguida sustentar, dizendo exactamente o contrario, que a *injuria em carta constitue crime*.

O illustre autor parece que se deixou impressionar muito com a opinião de certos advogados, a respeito dos quaes dizia Saldanha Marinho, em contrario, sobre a mesma questão, «que não é raro vemos os estadistas advogados responderem propostas juridicas com um arrogante dogma de suas honradas palavras. E' por isso, accrescentava, que Perdigão Malheiro por mais de uma vez tem obtido o triumpho em discussão de direito com elles ».

O argumento principal, quasi unico e exclusivo de Thomaz Alves, affirmando aquella these da carta injuriosa, apesar de confirmada infelizmente por arestos recentes, tem para nós hoje interesse simplesmente historico, porque o codigo vigente, talvez por causa mesmo da *vexata quaestio* das injurias em carta particular, que fez época em nosso paiz (como em outros), inclue no art. 316 *qualquer papel manuscrito... distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado*, etc. . . — sendo que na regra geral parallela á do codigo anterior, art. 7º, § 5º, só inclue o *escripto não impresso*, de modo, porém, geral tambem, assim comprehendendo todos os factos do genero :

« Art. 22. Nos crimes de abuso da liberdade de *comunicação do pensamento*, são solidariamente responsáveis . . .

« § 2.º São tambem responsáveis :

b) o vendedor ou distribuidor de *escriptos não impressos, communicados a mais de 15 pessoas*, si não provar quem é o autor ou que a venda ou distribuição se fez com o consentimento deste. »

Ora, si na regra *geral da publicidade*, está o *manuscrito*, si na *especial da calumnia e injuria*, está a *publicidade* exigida do *manuscrito*, conforme os arts. 316, 1ª parte, e 319, § 3º, seria mister que a excepção fosse expressa, porque seria absurdo que o impresso exigisse publicidade e o manuscrito não !

O *simile* que pretendia fazer Thomaz Alves e nos ia escapando, entre a *carta* e a *injuria verbal* não colhe, não

¹ Thomaz Alves, Obr. cit., vol. 3º, 2ª parte, art. 233, pag. 456 ; art. 238, pag. 495, e art. 238, pag. 883. V. *aditamento*.

só porque entendemos que a publicidade aqui, na *oral*, também é indispensável, mas até porque a injúria *verbal* é considerada como quasi a injúria real e certamente equiparada á *via de facto*.

Ainda poderá servir de argumento a não exigência da publicidade na *ameaça*, por exemplo, na falsidade ou n'outros crimes os mais diversos em que uma carta pôde constituir o instrumento da prova, mesmo a respeito de um homicídio, de um estellionato, referido em confiança a um protector ou um cúmplice.

O Dr. Carlos Perdigão respondia á questão, negando que houvesse injúria punível em *carta* particular, considerando que o art. 238 se referia á injúria *verbal*, ou á injúria não escripta definida no art. 236, onde não se commina penas. ¹

177. Diversos advogados ouvidos sobre a interpretação do nosso código anterior neste ponto, emittiram pareceres que não primam pela solidez jurídica.

Assim, o conselheiro Nabuco produziu como argumento « que não ha quem possa, sinão uma nova lei, excluir da generalidade do art. 238 as cartas missivas ». A este argumento positivo accrescentou « assim como que não ha quem diga que a injúria só causa dôr sendo feita com publicidade ».

E citava a jurisprudencia sobre o código francez, art. 471 n. 11, que comprehende uma contravenção punida com 1 a 5 francos e cuja interpretação é diametralmente opposta á do art. 222 do mesmo código, versando, aliás, sobre saber si o vocabulo *parole* comprehende a palavra *escripta* ou sómente a *fallada*, e si injurias *proferidas* quer dizer de viva voz ou também por escripto.

A incongruencia de tal jurisprudencia é facil de ver nos autores que aliás não a notam talvez por se tratar de *contravenção: de minimis non curat pretor*. ²

Teixeira de Freitas argumenta com a omissão do escripto não impresso no art. 230 do cod. anterior, hoje incluido no art. 316, e confessando que havia mudado de opinião, acha essa mais *philosophica*.

O conselheiro Duarte de Azevedo usa do mesmo argumento, repellindo o principio *geral* do art. 7º, § 5º do cod. anterior, sem razão, porque, presuppõe que o manuscrito era punível, mesmo sem circulação, quando a lettra da disposição é contraria a tal conceito.

Os conselheiros João Alfredo, Gama Cerqueira e Dr. Souza Reis subscreveram os pareceres de Nabuco e Duarte de Azevedo.

¹ Carlos Perdigão, MANUAL CIT., 2º vol., pag. 426 e segs.

² Chauveau e Hélie, CBR. CIT., 3º vol. pag. 125, n. 962, *in fine*; Blanche, OBR. CIT. vol. 4º, pag. 117, n. 84; e vol. 7º, pag. 255, n. 173.

Aliás taes pareceres foram estudados e combatidos por outros nas nossas revistas juridicas e numa consulta da Secção de Justiça do Conselho de Estado, assignada pelos viscondes de Jaguary e Abacté, tendo sido voto divergente, embora vencedor na resolução, o conselheiro Andrade Pinto, que, entretanto, á serie de argumentos contrarios oppoz apenas o seguinte :

« Ao contrario da illustrada maioria da secção, penso com o conselheiro director geral da secretaria que a injuria por meio de *carta* constitue um crime perante nosso direito. Seu autor está sujeito á punição, desde que for conhecida a injuria contida na carta, qualquer que seja o numero das pessoas que della tiveram conhecimento.

Não se deve confundir essa publicidade com a publicidade requerida nos crimes da imprensa para que a injuria seja capitulada na penalidade mais severa do art. 230 do cod. crim. (de 1830); então é indispensavel que os papeis impressos, lithographados ou gravados tenham sido distribuidos por mais de 15 pessoas. »¹

Mas como, ao mesmo tempo da controversia, a opinião contraria a todas essas e exprimida com mais precisão e de modo mais synthetico foi a de Perdigão Malheiro, seja-nos licito transcrevel-a como a justificação da verdadeira interpretação dada á fonte do nosso cod. vigente, contra o qual, aliás, falham argumentos daquelle tempo pelo accrescimento já notado que se fez no art. 316 do actual.

Disse o insigne advogado :

« Minha opinião é que, em vista da expressa disposição do art. 7º, § 5º, do cod. crim. a *publicidade* (distribuição por mais de 15 pessoas com autorisação do autor) é indispensavel para que a calumnia ou injuria por *escriptos não impressos* seja classificada *crime*, e passivel das penas dos arts. 233 e 238 do referido cod. crim. (cod. pen. arts. 316, § 2º e 319, § 3º) pelas razões capitaes seguintes :

« 1.ª Assim está expresso nesse art. 7º, § 5º, 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 ahi se revela á evidencia ;

« 2.ª Essa *parte geral* rege a *parte especial* do mesmo código, a qual deve-se, portanto, interpretar de accordo e harmonia com a mesma parte geral, aliás, haveria opposição, antinomia ;

« 3.ª Não havendo o Cod., nos arts. 233 e 238, nem em qualquer outro, feito restricção ao disposto no art. 7º, § 5º, é visto que o interprete não o póde fazer ;

« 4.ª A *publicidade* (distribuição por mais de 15 pessoas)

¹ O DIREITO, vol. 37, págs. 125 a 145.

nos crimes por *escriptos não impressos*, é ainda pensamento dominante e applicado nos arts. 90, 99 e 119 do código ;

« 5.^a A *mesma* regra de penalidade (*metade* da determinada para os outros modos, s. c. por impresso, lithographado ou gravura) também se seguiu nesses artigos, como se vê na confrontação dos arts. 90, 99, 119, 233 e 238 ;

« 6.^a O argumento derivado do art. 93 do cod. do proc. crim. nada prova, porque elle em nada alterou o cod. crim. 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.^a Não procede o argumento da redução da penalidade, porque, e muito bem, o legislador entendeu que o *escripto não impresso*, embora distribuido por mais de 15 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.^a Não procede, finalmente, o argumento derivado 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 injuria *verbal*, é ahi passivel de penas como *contravenção*, e isto mesmo por doutrina e jurisprudencia ; sendo que a questão não é lá tão liquida 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 cod. pela lei de 17 de maio de 1819) decidiu que as injurias e calumnias dirigidas a um magistrado por *carta não publicada* não eram passiveis de pena alguma» ¹

Não se poderia de modo melhor resumir a argumentação sobre a verdadeira intelligencia do cod. ant. neste ponto.

Quem quizer consultar a discussão levantada sobre a questão no dominio do cod. crim. anterior, póde recorrer á obra de Carlos Perdigão ou á collecção do *Direito*, onde encontrará o *pro* e o *contra*, já na doutrina, já nos arestos, especialmente dous artigos com as opiniões oppostas de dous distinctos magistrados, os Drs. Dias Ferreira e Moinhos de Vilhena. ²

Eis ainda alguns arestos :

« Injuria em cartas particulares é crime. » Sentença do Dr. Oliveira Maciel, juiz de direito no *Recife* (Pernambuco) 23 de março de 1872.

¹ Perdigão Malheiro, *parecer*, apud Carlos Perdigão, OBR. CIT., 2º vol., pag. 435.

² Carlos Perdigão, OBR. CIT., 2º vol., pags. 426 a 476 ; O DIREITO, vol. 1º, pag. 281 ; vol. 37, pags. 5, 125 a 145 e 448 ; e vol. 38, pag. 321.

«Póde ser commettido o crime de injuria em carta particular.» Sentença do Dr. Moinhos de Vilhena, juiz de direito da *Campanha* (Minas Geraes), 2 de setembro de 1882.

«Não é crime a injuria por carta particular.» Acc. Re. lação *Ouro Preto*, 28 de junho de 1883. ¹

Até aqui vê-se que toda a argumentação havida na interpretação do cod. anterior, si neste falhava, é inteiramente inútil para o cod. vigente que na primeira parte incluiu *qualquer manuscripto* como elemento de *publicidade* por mais de 15 pessoas ou *afixado em logar frequentado*.

Esse argumento, pois, a que se referem os arestos dos egregios tribunaes de S. Paulo e o Civil e Criminal do Districto Federal, cujo resumo transcrevemos neste capitulo (n. 173), não teem mais hoje razão de ser.

Não é procedente tambem a possibilidade de punição de qualquer manuscripto, sem a publicidade na forma e com os limites que o codigo estabeleceu nos arts. 22, § 2º, lettra b, e arts. 126 e 316.

O *simile* com a injuria *verbal* não colhe, porque esta, si é feita na presença do individuo, é reputada como via de facto, quasi como injuria real, e si na ausencia, como pensamos, é mister que seja feita em reuniões ou logares publicos.

A solução sobre a *carta* pode ser applicada ao *bilhete postal* que só poderá ser incriminado, si o offendido provar que delle tiveram conhecimento mais de 15 pessoas.

O que nos parece absurdo, porém, é que possa ser punido com a mesma pena do art. 319, § 3º, isto é, até com prisão cellular de um mez e meio a quatro e meio e multa de 200\$ a 400\$, tanto o autor do escripto injurioso que circula por mais de 15 pessoas, como ao mesmo tempo o da carta fechada só conhecida do destinatario e que o codigo francez, art. 471, n. 11, pune só com a multa de 1 a 5 francos, isto é, pelo nosso cambio deste principio do seculo XX, de 972 réis a 4\$860!

Não podemos assentir a taes arestos, inclusive as sentenças do desembargador Lima Drummond que citamos e dos quaes se destaca, em sentido contrario, a do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal e á qual tambem nos referimos (n. 173 cit.)

Todos esses arestos honram os seus signatarios pela proficiencia que revelam, pelo acurado estudo da especie e perfeito conhecimento do nosso direito e do estrangeiro, mas á autoridade das theorias, das doutrinas são sacrificados os textos da nossa lei vigente, não obstante o

¹ O DIREITO, vol. 1º, pag. 281; vol. 30, pag. 77; vol. 32, pag. 41.

preceito positivo do código, art. 1º, 2ª parte. Não se trata de *jure constituendo*, mas de *jure constituto*.

Os projectos de revisão do nosso código penal, tendo tido também como fontes, nesta parte, o código anterior e o vigente, é que incluem expressamente a injúria por escripto dirigido ao injuriado, os de 1896 e 1899, art. 317 e os de 1893 e 1897, arts. 339 e 325; comprehendendo estes ultimos a hypothese da injúria na presença do offendido *ainda que só*.

Estas verdadeiras innovações, propostas apenas na nossa lei, tiveram, como fontes, as mesmas que foram feitas no código italiano.

E nas questões que, como a da injúria por *carta*, agitaram aqui os tribunaes ácerca da interpretação do código anterior e do vigente, em França, como vimos, não obstante a reviravolta da jurisprudencia, a lei precisou dizer que o ultraje ou injúria em carta fechada ao magistrado, constituia dahi em diante crime.

Do mesmo modo, na Italia, Majno, commentando o art. 395 do seu código, observa que a respeito dos modos pelos quaes póde commetter-se a injúria, o projecto de 1887, art. 373, fallava de *palavras e actos*. Nos pareceres das commissões parlamentares, foi proposto que se accrescentasse os *escriptos* para tirar toda a duvida sobre a punibilidade da injúria por meio de *carta* particular.

Nas discussões da commissão de revisão foi lembrada a possibilidade de injuriar-se também com *figuras* ou de outro modo; e por isso, para comprehender todo o meio possível, foi proposta e acceita a formula — de qualquer modo.

Observações identicas faz Eugenio Florian.⁴

Referindo-se ainda ás duas novas formas de injúria, isto é, na presença do offendido, ainda que só, ou por escripto dirigido a elle, diz Majno que apenas occorre advertir que a presença do individuo equivale a dizer que a injúria seja por este sentida (isto é, ouvida, vista, etc...) e que o escripto deva também chegar-lhe, para que o crime se possa dizer consummado.

E' exacta a observação de Pincherli que a injúria transmittida pelo telephono ao offendido é para equiparar-se á que é commettida em sua presença. De facto, tanto a presença do offendido, quanto o escripto a elle dirigido, são, pelo código italiano, exactamente considerados não de outra sorte que como meios daquella *communicação directa* da injúria que esteve nas condições da lei prever como forma punível.

⁴ Cogliolo, *ObR. CIT.* vol. 2º, part. II, pag. 1008, n. 242 B; Majno, *ObR. CIT.* vol. 2º, art. 395, pags. 233 e 235, ns. 2490 e 2491.

Vê-se que tudo isto se adapta aos projectos de revisão do nosso código, mas não a este.

Uma observação final sobre este art. 319, § 3º, do texto do nosso código.

A jurisprudência dos arestos de que dissentimos inverte a doutrina do art. 395 do código italiano, porque conforme a disposição deste são agravantes as circumstancias de injuriar na presença do offendido ainda que só, ou em escripto *a elle dirigido*.

Entretanto, segundo os alludidos arestos, a injuria por carta, por isso que não tem publicidade, é simples, tanto que, si o escripto circulasse a pena não seria a do § 3º, mas a do § 2º do art. 319.

178. Passemos ao art. 320 do texto em que o código contempla nos dous §§ da disposição duas especies inteiramente differentes.

« Art. 320. E' tambem injuria :

§ 1.º Usar de marca de fabrica, ou commercio, que contiver offensa pessoal ; ou expor á venda objectos revestidos de marcas offensivas, etc.»

Formulando em 1889 um ante-projecto de nova edição official do código criminal anterior, citando o Dec. legislativo n. 3346, de 14 de outubro de 1887, arts. 16 e 18, redigimos assim a seguinte disposição :

« Art. 247. Será punido com as penas do artigo antecedente, n. 3 (código anterior art. 237, § 3º), aquelle que usar de marca de fabrica, ou commercio, que contiver offensa pessoal, vender ou expuzer á venda objecto della revestido. Na reincidencia o dobro das penas, si não houverem decorrido dez annos depois da anterior condemnação por algum dos delictos da mesma natureza.»

A fonte da disposição do § 1º do art. 320 do texto foi o art. 16 daquella lei ; ella não foi reproduzida nos projectos de revisão, porque basta a referencia que a lei faz ao código penal.

E com effeito, diz Affonso Celso (Visconde de Ouro Preto) no seu importante tratado sobre a materia :

« Impoz a lei á marca que envolver offensa pessoal a pena do art. 237, n. 3, do código criminal, porque ha grande analogia entre esse delicto e a injuria contra pessoas particulares ou empregados publicos, sem relação com os cargos que occupem, mediante impressos, lithographias ou gravuras, de que trata o código no referido artigo.

Portanto, a lei guardou, quanto era possivel, em suas disposições coercitivas a proporcionalidade, que deve ser mantida com a natureza do delicto e suas consequencias. »¹

¹ Affonso Celso, *MARCAS INDUSTRIAIS E NOME COMMERCIAL*, Rio de Janeiro, 1888, pag. 127, n. 144.

Ora, com a simples referencia da lei ao codigo, o interprete sabia como se devia haver e o mesmo acontecia com o art. 247 do nosso citado ante-projecto; mas o codigo vigente limitou-se a reproduzir a lei no meio das outras disposições sobre a calúnia e a injuria em geral.

Assim tal art. 320 § 1º deve ser cumprido como uma disposição singular, da lei especial, ou deve ser subordinada a sua applicação ás normas geraes do codigo e ás especiaes sobre a injuria?

E' difficil responder; entretanto parece-nos que o § 1º do citado artigo deve ser mesmo entendido de accordo com as disposições geraes do codigo penal e especiaes deste capitulo sobre a injuria.

E' mister o *animus injuriandi*. O commerciante que expuzesse á venda objectos revestidos de marcas injuriosas a alguem, mas sem saber-o, não incorreria em crime algum.

Os dizeres podiam ser em lingua pouco conhecida que elle ignorasse, podia tratar-se de gravuras injuriosas por allusões difficeis de conhecer como taes, etc.

Os elementos materiaes do crime são o uso das marcas injuriosas, ou a *exposição á venda* de objectos revestidos de taes marcas.

O uso e essa *exposição* equivalem bem á circulação por mais de 15 pessoas, ou á affixação em logar frequentado.

Mas, si se chegasse a provar que o uso ou a exposição fôra apenas iniciado e que nem aquella circulação tivera logar, porque v. g. a autoridade a impedira, ou espontaneamente o autor recuara por qualquer motivo, para nós não haveria crime algum.

Do mesmo modo que, si um estabelecimento imprimisse, lithographasse ou gravasse taes marcas, ou uma usina fabricasse artigos com essas marcas, antes que elles fossem usados ou *expostos á venda*, nenhum crime haveria.

Estas soluções estão de accordo com a disposição confrontada com os arts. 316 e 319 e com a doutrina relativa ao abuso da liberdade de comunicar os pensamentos contidos na fórmula geral do art. 22.

E' uma singularidade da nossa lei sobre a materia a disposição que o codigo reproduziu no art. 320 § 1º do texto.

As leis estrangeiras e ainda menos os codigos não incluem taes disposições, pois que os crimes como o de que se trata, commettidos por taes meios, reentram nas respectivas disposições geraes dos codigos.

Vemos, por exemplo, na lei suissa, art. 3º, alinea 3º, sobre a materia, como uma das duas excepções á liberdade absoluta dos signaes e menções que podem figurar numa marca, a interdicção de fazer figurar nella qualquer indicação de natureza a importar uma offensa aos bons costumes.

A sanção desta disposição é a recusa do registro e a radiação.¹

Que taes leis dos paizes de todo o mundo civilisado não contem semelhantes disposições especiaes e casuisticas se pôde verificar consultando uma obra recente e bem vasta publicada pelo *Bureau International*.²

Tambem nada mais precisamos dizer á vista da opinião que expuzemos de dever ser a disposição do texto harmonisada com as antecedentes e subseqüentes deste capitulo relativas á *injuria*.

Tambem não chegou á nossa noticia caso algum de haver sido intentado processo a qualquer individuo por injuriar outro procurando como meio de realizar o crime uma marca injuriosa ou vender cousas revestidas com semelhante marca.

Antes de passar adiante vamos citar arestos modernos, recentemente publicados sobre varias questões attinentes ao delicto de injuria.

« O principio juridico de que uma serie de actos successivos pôde constituir um só delicto tem tambem applicação nos delictos de imprensa. Si o escriptor occupar-se do mesmo assumpto em uma serie successiva de artigos, si discutindo a questão injuria nesses artigos o contendor, não ha tantos delictos de injuria quantos os artigos publicados e sim um só delicto continuado. Ha identidade de causa e objecto ; a mesma intenção constitue o laço indivisivel que os une. » Sentença confirmada de 31 de maio de 1899.

« Em um artigo injurioso não é necessario que seja escripto o nome da pessoa injuriada ; basta que seja ella designada de modo tal que facilmente seja reconhecida.

« A autoria de um artigo sómente se demonstra pela sua exhibição em Juizo. A prova testemunhal não pôde supprir a falta do autographo. Si o redactor do jornal recusa exhibir o artigo assume por este facto a responsabilidade do mesmo artigo. A imprensa tem tambem seus segredos profissionaes, resguardados os direitos de terceiros, pela responsabilidade da redacção » Sentença e accordão da Côte de Appellação de 22 de maio de 1896, de 23 de agosto e 21 de setembro de 1898 de e 24 de outubro de 1899.³

Não concordamos com a ultima solução dada na sen-

¹ Dunant, *MARQUES DE FABRIQUE ET DE COMMERCE*, Genève, 1898, pag. 151, n. 91.

² *RECUEIL GÉNÉRAL DE LA LÉGISLATION ET DES TRAITÉS CONCERNANT LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE*, Berne, 1896-1899, vols. 1-3.

³ Viveiros de Castro, *JURISPRUDENCIA CRIMINAL CIT.* cap. VIII, pags. 81 e 87.

tença do Dr. Viveiros de Castro, porque a lei não exige exhibição de autographo e menos sob qualquer comminação, contraria até á defesa, como na especie occorreu.

E' negocio para ser attendido ou desattendido, conforme a natureza da prova em cada caso particular. Assim, nos parece que a Córte de Appellação decidiu bem este assumpto.

179. A disposição do texto do nosso codigo penal diz ainda :

« Art. 320. E' tambem injuria :

§ 2.º Apregoar em logares publicos a venda de gazetas, papeis impressos ou manuscriptos, de modo offensivo á pessoa certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia :

Pena — de prisão cellular por dous a quatro mezes e multa de 100\$ a 300\$000.»

Em 1889, commentando o codigo criminal anterior, lembravamos que a par de disposições, como as dos arts. 303 a 307 (codigo penal, arts. 383 a 387), elle poderia ter preceituado sobre factos que não deviam escapar á repressão nesta materia, embora os punisse como crimes *sui generis*, si bem que o tempo da promulgação do codigo o justificasse.

Quero alludir a factos como estes ou semelhantes a que acaba de prover o legislador francez.

Foi promulgada em França a lei que só permite aos *vendedores* de jornaes annunciar o *titulo* do jornal, o *preço*, a *opinião* a que pertence e os nomes dos *redactores*, acabando-se com o escandalo dos berradores que ora annunciavam a fallencia do Sr. de Lesseps, ora o divorcio de Sarah Bernhardt, a prisão de Julio Ferry e outras amenidades do mesmo genero.

O texto da lei é o seguinte :

« Art. 1.º Os jornaes e todos os escriptos ou impressos distribuidos ou vendidos nas ruas e logares publicos, não poderão ser apregoados sinão pelos seus *titulos*, *preços*, indicação da sua *opinião* e os nomes dos *autores* ou redactores.

Nenhum titulo obsceno ou contendo *imputações*, *difamações* ou expressões *injuriosas* á uma ou mais pessoas, poderá ser apregoado na via publica.

Art. 2.º As infracções ás disposições que precedem serão punidas com a multa de 1 a 15 francos e em caso de reincidencia, 1 a 5 dias de prisão, podendo ser applicado o art. 463 do codigo penal ».¹

Para punir taes factos e congeneres não ha necessidade de estabelecer (nos delictos de imprensa) distincção entre

¹ DIARI) DE PERNAMBUCO N. 109, DE 1889.

co-autoria e cumplicidade, e dividir esta em *geral e particular* ou *especial*.¹

Em 1890 veio o código vigente que adoptou a formula do § 2º do art. 320 do texto, que não se sabe si teve como fonte a lei franceza, ou o art. 444 do código italiano, tão desfigurado está.

Em 1893, justificando a materia « das *contravenções* relativas á ordem publica », diziamos sobre o nosso projecto primitivo desse anno:

« Constitue a materia do 2º capitulo disposições que figuravam em nossos códigos, estendidas pelo projecto a factos congeneres e comprehendendo outros dignos de repressão, como, por exemplo, a diffamação e outros de indivíduos quasi anonymos, apregoando impressos, conforme fez uma lei franceza recente, não tendo nós tido até hoje uma lei especial sobre a imprensa.»²

Todos os projectos de revisão collocaram o facto entre as *contravenções* e é iniquo punir com as penas do código, que em geral não prima pelo rigor nos casos devidos, taes factos que o código italiano, art. 444, pune com a multa de 100 a 300 liras, ou o *arresto* até um mez.

Os projectos de revisão aproveitaram ambas as fontes, a lei franceza e o código italiano.

A redacção do § 2º do art. 320 do texto não pôde ser peor, porque não caracteriza os elementos do crime.

Assim, depois da formula geral do facto « *offensivo* á pessoa certa e determinada », o que se pôde entender como calumnia e injuria, apesar de serem tão vagos os termos, restringe a mesma fórmula, parecendo que não poderá ser applicada á uma collectividade qualquer, v. g., a um partido, á uma classe, etc.

E não fica ahí, a formula é restringida ainda pelas palavras com « escandalo e *aleivosia* », palavra esta que no nosso direito, mesmo antigo (Ord. do Liv. 5º, Tit. 37), não significa mais do que uma circumstancia aggravante, que aliás o código anterior e o mesmo vigente traduziram por outras palavras muito diversas em varias disposições.

¹ Do autor, COD. CRIM. BRAZ., *commentario*, etc., Recife, 1899, n. 64, pag. 200.

² Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 26.

Projecto de 1899:

« Art. 369. Vender ou distribuir papel impresso, manuscrito, gravado, lithographado ou desenhado, em logar publico ou accessivel ao publico, por meio de annuncio em alta voz, mencionando qualquer circumstancia que possa perturbar a tranquillidade publica ou particular:

Pena — multa de 20\$ a 60\$000.

Paragraphe unico. A' pena deste artigo ficará tambem sujeito aquelle que apregoar os referidos escriptos ou impressos por seus titulos, quando estes forem obscenos ou contiverem imputação, diffamação ou expressão injuriosa á uma ou mais pessoas. »

Entretanto, a lição dos modernos autores italianos e de algum francez podem esclarecer a disposição e justificam os projectos de revisão.

Assim, em 1894, depois da lei franceza de 1889 á que neste anno nos referia, Garraud observava que os abusos a que póde dar lugar a offerta aos compradores, sobre a via publica, com o auxilio de gritos, das publicações de todo genero, em todos os tempos chamou a attenção do legislador.

As leis de 5 do Nivôso do anno V, e de 10 de dezembro de 1830 regulamentaram successivamente esta materia. Esta ultima lei prohibia annunciar de outro modo que pelo seu titulo, os jornaes, folhas diarias ou periodicas, julgamentos ou outros actos de uma autoridade constituida, nas ruas, praças e outros logares publicos, e punia toda infracção á essa prohibição com penas correccionaes.

Permanecendo em vigor sob todos os regimens que se succederam em França até a lei de 29 de julho de 1881, essas disposições tinham sido abrogadas implicitamente pelo art. 68 desta mesma lei.

Todavia certos *maires* tinham crido achar no poder que a lei lhes dá de assegurar a boa ordem nas ruas o direito de regulamentar os gritos e annuncios dos jornaes sobre a via publica. Mas a Côrte de Cassação recusou reconhecer força obrigatoria em taes decisões.

Para diminuir os abusos e escandalos que esta situação devia acarretar foi promulgada a lei de 19 e 20 de março de 1889 (cujo texto já repetimos).

Garraud ainda observa, sobre o art. 1º, alinea 2, da lei, que o *titulo* mesmo do escripto póde ser *injurioso* ou *obsceno* e o fim da lei teria sido *frustrado*, si ella não tivesse interdicto neste caso, annunciar *mesmo* o titulo.¹

Entretanto esta circumstancia passou inteiramente despercebida ao nosso codigo art. 320, § 2º, do texto.

A disposição mesmo não tem modalidades e por isso é difficil interpretal-a com os subsidios que offerece a doutrina sobre as leis estrangeiras, v. g. o codigo, italiano, fonte tambem dos projectos de revisão.

Entretanto diz Garbasso que como as noticias que se annunciam ou se apregoam podem ser *verdadeiras* ou *falsas* ou *suppostas*, assim está especie de contravenção se distingue em duas figuras, na relativa ao annuncio ou prégão de noticias verdadeiras que podem perturbar a tranquillidade publica ou das pessoas; e na relativa ao annuncio ou prégão de noticias falsas ou suppostas.

As condições ou elementos exigidos para a existencia da *primeira* figura desta contravenção são: 1º, que se

¹ Garraud, OBR. CIT., vol. 4º, pag. 136, n. 139.

tenha annuciado ou apregoado noticias pelas quaes possa ser perturbada a tranquillidade publica ou das pessoas.

O nosso codigo, differente dos projectos de sua revisão, diz « de modo offensivo á pessoa certa e determinada, *com o fim de escandalo e aleivosia* » ;

2º, que taes annuncios ou prégão de noticias succedam no negociar ou distribuir, impressos, desenhos ou manuscriptos.

O nosso codigo diz « apregoar gazetas, papeis impressos ou manuscriptos » ;

3º, que os annuncios ou prégão de noticias se passem em logar publico ou aberto ao publico.

O nosso codigo diz sómente *em logares publicos*.

As condições reclamadas para a existencia da *segunda* figura de contravenção são, como as da primeira, tres, das quaes duas communs com esta, e a terceira consistente no annuncio ou prégão de noticias falsas ou suppostas.

Garbasso dá o necessario desenvolvimento a essas condições em sua importante e volumosa monographia.

Os nossos projectos de revisão neste ponto andaram bem avisados tomando como fontes ao mesmo tempo o codigo italiano e a lei franceza.

O codigo vigente, porém, não seguiu um, nem outra, seguindo um systema hybrido, porque, tratando-se de um delicto que por sua natureza é passivel de pena mediante acção publica, entretanto pelo codigo é qualificado como crime de injuria ou calumnia, attenta a redacção do § 2º do art. 320, só cabendo a acção particular conforme o art. 407, § 2º n. 2º.

O ministro Zanardelli em 1887 prevenia e respondia á essa objecção, dizendo que a lei deve tambem punir aquelles que, negociando impressos, jornaes, manuscriptos e semelhantes, façam taes prégões que offendam a tranquillidade das pessoas. Nesta segunda hypothese, em vão se objectaria que o facto reveste antes o character de um delicto contra a honra, e que por isso devia ser collocado em outro logar, e considerado de acção particular. E' bem verdade que o facto, objectivamente considerado, póde offender a honra das pessoas, mas considerado subjectivamente, não costuma ter por movel o animo de irrogar injuria. A lei portanto deve punil-o sem esperar a queixa do particular que ou póde não sentir-se offendido ou póde estar afastado e ter conhecimento tardio e isto sómente pela circumstancia do escandalo que costuma produzir e deante do qual a autoridade ficando indifferente deixaria sem satisfação o justo resentimento que taes factos muito frequentes dispertame m qual-quer pessoa honesta.

E' com essa opinião que Majno justifica a disposição. O nosso codigo, porém, á vista disso, fez uma verdadeira

embrulhada, como se diz vulgarmente, já na dicção, já na collocação do dispositivo. ¹

180. Passemos á outra disposição, onde o nosso código diz:

« Art. 321. Quando a calúnia e a injúria forem *equivocas* poderá o offendido pedir explicações em juízo.

« O que se recusar a dal-as, ou não as der satisfactorias, a *juízo do offendido*, ficará sujeito ás penas da calúnia ou injúria, a que o equivoco der logar. »

Já vimos no principio deste capitulo as razões por que esta disposição, peor do que a do código anterior art. 240, foi eliminada do projecto de 1893 (n. 161).

Os projectos posteriores mantiveram a eliminação.

Sendo uma disposição singular, só póde ser explicada approximando-a das poucas semelhantes de alguns códigos.

Mas o sentido della não é difficil de apprehender.

« A injúria é equivocada, não só quanto ás palavras injuriosas, mas tambem quanto ás pessoas a quem se dirigirem. applicação do art. 240 do cod. crim. (Cod. pen., art. 321). » Sentença do Dr. Macedo Soares, juiz de direito de *Mar de Hespanha* (Minas Geraes), 11 de abril de 1877. ²

Outros arestos acham-se em varios logares deste capitulo, porque se referem tambem a outras disposições, e assim, além de darmos sómente o resumo delles, não os quizemos collocar fragmentados aqui, alli e acolá. Nós não conhecemos código algum anterior ao nosso de 1830 que tenha disposição igual á do art. 321 do texto.

Parece que a sua fonte primitiva foi o *Ensaio do Código Criminal*, de Mello Freire, tit. 35, onde se lê dispositivos não pouco differentes:

« § 12. Si as injurias forem *equivocas* e admittirem alguma benigna interpretação, se *obrigará* o injuriante a *explicar* o seu sentido, e por elle se julgará *reparada* ou castigará, *segundo* a qualidade do delicto ou facto.

§ 21. Cessa toda a acção de injúria declarando o injuriante de sua vontade, a todo o tempo, antes ou depois da contestação ou da sentença, por termo por elle assignado nos autos, que não teve animo de injuriar e que o autor é homem bom e honesto. »

Silva Ferrão, commentando o cod. portuguez de 1852, que teve o nosso anterior como uma de suas fontes, mas não neste ponto, diz:

« Além da imputação *vaga*, ha outra, que o cod. omitta e é a *equivoca*. A calúnia ou injúria por imputação de facto preciso é semelhante ao ferimento com punhal; a

¹ Garbasso, SULLE CONTRAVVENZIONI, Casale, 1889, pag. 354, §§ 335 e segs. Majno, OBR. CIT., 2º vol. art. 414, pag. 460, n. 2349.

² O DIREITO, vol. 13, pag. 109.

feita por um modo *equivoco* pôde comparar-se aos estragos causados pela comida *envenenada*. Portanto, a imputação que se encobre com a ironia, allegoria, allusão ou antiphrase, não é *menos*, antes *mais* criminosa, que *qualquer* outra, porque demonstra no autor mais reflexão e estudo acerca dos meios de conseguir o seu *fim* e de assegurar a sua *impunidade*.

« O cod. do Brazil não desconheceu esta especie. E' *singular*, mas digna de todo o elogio, a disposição do art. 240, que elle transcreve. Entretanto, elle lembra uma lei de 1779, de Christiano II, rei da Dinamarca, a qual, art. 13, determinava tambem que si num impresso, sob a capa de ironia ou allegoria, se contivessem expressões evidentemente injuriosas, fosse punido o seu autor como si tivesse exprimido o seu pensamento claramente e sem figuras. ¹

Pacheco, que cita cuidadosamente as fontes do cod. de 1850, só cita o art. 240 do nosso cod. anterior, que parece ter servido de fonte ao art. 386 daquelle cod., ou 478 do hespanhol vigente. E semelhantemente os cods. das Phillipinas, arts. 463 e 467 e de Cuba e Porto Rica, arts. 482 e 484 adoptaram os dous institutos do cit. projecto de Mello Freire. ²

O cod. do Uruguay, art. 367, que em geral acostou-se muito ao italiano, aqui reproduziu o cod. hespanhol litteralmente, tanto que Vasquez Acevedo, citando tambem como parallelos o cod. chileno, art. 423, e peruano, art. 289, refere-se áquelle autor para justificar a disposição. ³

Effectivamente, Pacheco observa que as injurias ou calumnias *equivocas*, como não se pôde conceber menos, são duvidosas. Seja porque não haja clareza na qualidade do *facto* imputado, seja porque não a haja ácerca da pessoa a quem se faz a imputação ou por qualquer outro motivo, emfim, que tornou questionavel seu alcance ou seu sentido, o *facto* é que pôde haver nellas difficuldade e vacillar a consciencia mais severa sobre si dão ou não motivo para querela judicial e para imposição das penas consequentes. Pois bem, neste caso a lei offerece um meio para terminar a questão e *transigir* sobre a differença imminente: a de uma explicação satisfactoria. Si o injuriante presumido não quiz *de facto*, injuriar, ou não quiz injuriar á *pessoa* que se considerou aggravada, não pôde haver inconveniente

¹ Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 7º, art. 410, pag. 331.

² CODIGO PENAL para las islas Filipinas anotado etc. Madrid, 1896, pag. 382; Ootorena, CODIGO PENAL para las islas de Cuba y Puerto Rico, Madrid, 1894, pag. 473.

³ Vasquez Acevedo, CONCORDANCIAS I ANOTACIONES, cit., art. 367, pag. 304.

em dar a explicação de que fallamos : isto em nada o compromette, nem o deshonra. Si, pelo contrario, não a quizer dar, é de presumir, e a lei o admite como averiguado, que quiz com effeito injuriar á pessoa que se queixa, ou seja calumniada, e decreta contra ella as penas *ordinarias* da injuria ou da calumnia ; isto é claro e é justo.

A cousa unica que temos a notar aqui é que poderá suscitar-se o debate sobre si são ou não satisfactorias as explicações que se deem. Em semelhante caso, o *juiz fallará* declarando-as ou não declarando-as taes. ¹

Entretanto, o art. 321 do texto, contrario á doutrina, como já notámos, torna isso dependente do *juizo do offendido*.

Mas não se póde justificar melhor a disposição geral do texto como preceito *positivo*, uma vez que a combatemos no terreno da reforma do nosso direito penal.

181. O cod. argentino, porém, afastou-se da sua fonte, dizendo :

« Art. 183. O réo de calumnia ou injuria equivoca ou encoberta que recusar-se a dar explicações satisfactorias sobre ella, *sufferá o minimo* da pena correspondente á injuria ou calumnia manifesta.»

Abaixo da disposição registra-se como commentario a opinião de Pacheco, aliás, como vimos, adaptavel ao nosso cod., que não considera a situação figurada uma *attenuante* tão exaggerada, conforme faz o argentino.

Nos termos do parecer de Pacheco, observa Grellet Dumazeau, que succede frequentemente a *imputação* occultar-se sob a fôrma de ironia, de allegoria, de allusão, de antiphrase, e assim disfarçada é todavia mais criminosa, porque a malicia não recorre á arte sinão deliberadamente e com o designio de alcançar melhor o seu objectivo. Outras vezes a duvida póde resultar de não se nomear ou designar claramente a *pessoa* diffamada. A lei romana tinha uma disposição particular para este caso. Comprehendendo que a impunidade não devia depender da maior ou menor habilidade para occultar o nome de sua victima, mandava que o delicto fosse processado por uma commissão, para evitar ao diffamado os inconvenientes de uma prova commumente difficil *quia difficilis probatio est* (ns. 30 e 69). Veja-se o codigo da Bolivia, art 598. ²

Commentando este ultimo codigo, diz o Dr. Rivarola, que está estabelecido punir a lei não só a calumnia e a injuria manifestas, mas tambem as equivocas ou encobertas, quando o accusado recuse dar em juizo explicações satisfactorias.

¹ Pacheco, OBR. CIT., 3º vol., art. 386, pag. 200.

² COLECCION DE CÓDIGOS Y LEYES USUALES, *cod. penal*. Buenos Ayres, 1894, art. 183, pag. 153, commentario 183.

O que convém observar nesta disposição é que as explicações satisfactorias só nesta serão admittidas como dirimentes, quando tratar-se de injurias ou calumnias *equivocas* ou *encobertas* e de maneira alguma bastarão quando estas forem manifestas.

O tribunal supremo tem declarado tambem que não basta nestes casos exprimir que *não* se teve intenção de injuriar e que *se retira* qualquer phrase que pudera parecer ou qualificar-se injuriosa para eximir-se da responsabilidade criminal. ¹

Realmente assim se confundiriam cousas inteiramente differentes entre si.

Commentando a disposição do nosso codigo anterior, art. 240, diz Francisco Luiz, que é preciso não confundir a palavra *equivocas*, empregada neste artigo (321 do texto), com a palavra *vaga*, empregada no § 3º do art. 236. *Equivoco* é o que, tendo *mais* de um sentido, póde-se entender de *differentes* modos; e imputação *vaga*, na accepção do citado paragrapho, é a attribuição de crimes ou vicios *sem factos* especificados, isto é, certos, determinados (Cod. pen., art. 317, letra a).

O illustre autor estabelece a differença que já havíamos feito com Silva Ferrão. ²

Por isso, a nossa jurisprudencia tem estatuido recentemente que o pensamento de injuriar póde revestir uma fórma representativa *directa*, si as palavras são injuriosas *por si mesmas*, ou manifestar-se *indirectamente*, si emergir do sentido resultante da *combinação* de palavras ou de proposições (Acc. Trib. Civ. e Crim). ³

Nem se póde reconhecer como tal dirimente o simples *animus narrandi*, quando fosse allegado como defesa ao dar as explicações legais.

Admittir isto como sufficiente, diz Majno, de modo absoluto, para excusar a injuria, a par do animo de defender, corrigir ou aconselhar, seria, observa Carrara (§ 1765), perigosissimo e procederia sobre uma equiparação inexacta, porque a *consciencia do proprio direito* na defesa e o escopo de *impedir um mal* na correcção e no conselho, não teem equivalente no narrador maldizente, que não tem necessidade alguma de fallar e, fallando, obedece sómente á mania de mofar e fazer rir a quadrilha, obtendo o applauso da malignidade de outros. ⁴

Os limites e condições da dirimente do art. 321 do texto não consentem que seja ella convertida em um instituto diverso.

¹ Dr. Rivarola, Obr. cit., 2º vol., pag. 264, n. 731.

² Francisco Luiz, Cod. crim. cit., art. 240, not. pag. 443.

³ Rev. de Jurispr. cit., vol. 5º, pag. 85.

⁴ Majno, Obr. cit., vol. 2º, art. 395, pag. 236, n. 2492.

Assim o código portuguez de 1852, art. 418, afastando-se do nosso anterior, parece considerar taes explicações como uma satisfação ao offendido, o que o vigente accentuou bem, dizendo :

« Art. 418. Será isento de pena aquelle que em juizo der *explicação satisfactoria* da diffamação ou injuria de que foi accusado, si o offendido acceitar essa *satisfação*. »

Os códigos portuguezes parece que adoptaram do projecto do código de Mello Freire um instituto que nós não acceitamos, não adoptando o outro que nós adoptamos.

Já Levy Jordão interpretava bem o código portuguez anterior, cujo preceito o novo não fez mais do que reproduzir de modo claro. ¹

Mas o que é deploravel é que o art. 321 do texto do nosso código, que aproveitou em muitos logares o portuguez, se equivocasse a ponto de só admittir como efficaz a explicação *a juizo do offendido*, quando só isto era applicavel ao instituto muito differente da *satisfação* ou reparação moral.

Silva Ferrão parece querer filiar as disposições do direito portuguez ao velho código da Sardenha de 1839, cuja dicção aliás é differente :

« Art. 629. O juiz poderá tambem, a requerimento da parte offendida, declarar, pela mesma sentença, que o autor da imputação é obrigado a pedir desculpas, sob pena de pagar a beneficio da congregação de caridade do logar uma somma, que se poderá elevar a quinhentas liras. »

Em nosso direito nada temos que se pareça com a satisfação, a retractação ou arrependimento em materia de calumnia e injuria e isto tem sido firmado entre nós em arestos modernos.

« A retractação ou arrependimento em face do nosso direito não dirime o crime de calumnia. » Acc. Trib. Civ. e Crim. ²

Os autores tratam da *rectificação e da retractação* como uma questão muito controvertida, não resolvida pelos códigos, o nosso inclusive, e como doutrina, Florian, que vai muito longe theoreticamente, diz que ellas não podem exercer efficacia sinão como meios de prova para excluir o *animus injuriandi* e tal efficacia poderá ser, ora dirimente, ora attenuante. ³

Eis dous arestos que melhor cabem aqui :

« Não ha crime de injuria quando a imputação é feita em sentido hypothetico. »

¹ Levy Jordão, Obr. cit., 4º vol., art. 418, pag. 230.

² O DIREITO, vol. 71, pag. 571.

³ Florian, *apud* Cogliolo, Obr. cit., vol. 2º, Parte II, pag. 1041.

O cod. arg. diz no art. 186 n. 3 que — O culpado de calumnia ou injuria contra um particular fica isento de pena si das mesmas consente fazer uma retractação publica.

Sentença do Juiz de Direito de *Diamantina* (Mina: Geraes), 23 de outubro de 1874. ¹

« Tratando-se do crime de injúria impressa, a conexão que ha entre todas as partes de um escripto, constituindo-o uma peça homogenea, não permite sua interpretação por phrases ou palavras destacadas, devendo antes ser considerado em todo seu contexto, afim de precisar-se a intenção de seu autor, e dest'arte observa-se o preceito do art. 23 § 2 do código penal.

« Exceptuando os casos de negligencia, imprudencia ou impericia, não são passíveis de pena as acções contrarias á lei penal que forem commettidas sem intenção criminosa (art. 24 do cod. pen.), do mesmo modo que não é punida esta sem o concurso do acto contrario á mesma lei. *Factum et animus* são elementos essenciaes em todo delicto.

« Si no crime de calúnia, como no de injúria, a presumpção do *animus nocendi* assenta nas condições externas da infracção, cede todavia essa presumpção á prova em contrario, ou mesmo á outra presumpção mais consentanea ás circumstancias que acompanham o delicto, a qual póde resultar do proprio facto incriminado » : Acc. do Trib. Civ. e Crim. 7 de dezembro de 1898. *Muniz Barreto*, presidente. ²

O Accordão anterior é rigorosamente juridico.

Entretanto aqui devemos consignar uma controversia no terreno de *jure constituendo*, pois que no de *jure constituto*, o nosso código do mesmo modo que o italiano e todos exigem para a diffamação e a injúria o dolo especifico, o *animus injuriandi*.

Assim, diz Angiolini, a nossa lei não vê as injurias e diffamações *culposas*, mas já ha muito tempo Gioja salientou que a falsa imputação de defeitos corporeos póde ser a fonte de gravissimos *damnos emergentes* e de lucros cessantes para as pessoas a que sejam attribuidos.

Diga-se, por exemplo, observa Gioja, de um cirurgião que a mão lhe treme, de um joven que não foi vaccinado, de um criado que é sujeito á epilepsia, e isto fará perder ao primeiro toda sua clientela, ao segundo o direito de ser admitido nos estabelecimentos publicos, ao terceiro a eventualidade de ser acolhido no serviço de alguma familia rica.» ³

E do mesmo modo o joven que *tacitus frequenter sequitur* e do qual já se preocupava o direito romano, póde acarretar um prejuizo mesmo economico á moça que é objecto de seus pensamentos e de suas passeiadas; quem

¹ O DIREITO, vol. 6º, pag. 228.

² O DIREITO, vol. 78, pag. 574.

³ Melchior Gioja, OPERE PRINCIPALI, Lugano, 1838, vol. 11, pag. 15 *in fine*.

tambem imprudentemente falla de habitos immoraes de qualquer profissional, habitos que na realidade não existem, póde acarretar-lhe um mal injusto, que se reduz em grande parte a um damno financeiro.

E' evidente que injurias e diffamações *culposas* se commettem todos os dias; e a nossa lei fez mal em não prevel-as, observa ainda Angiolini, notando que lhe parece ter cahido em erro Florian, quando sustenta que não devem punir-se os diffamadores culposos. ¹

Diz Florian que o acto *culposo* deve ser *anti-social* e que a divulgação por ligeireza não o é absolutamente, desde que a *anti-socialidade* deriva do motivo.

Ora, responde Angiolini que si por motivo se entende o escopo, objectivo, o fim que se predetermina uma dada pessoa, motivo não existe em infracção alguma *culposa*, pois que é inconcebível um escopo ahí mesmo onde falta uma intenção especial e por tal bitola nenhuma infracção *culposa* deveria punir-se.

Mas, si ao contrario, deve levar-se em conta o movel, e para punir se deve neste movel encontrar-se uma certa *anti-socialidade*, esta existe indiscutivelmente nos diffamadores e nos injuriadores *culposos*, pois que quem falla com ligeireza de factos que podem lesar a honra e a estima d'um individuo mostra não estar sob um certo lado adaptado á convivencia social, não comprehende as cautelas e circumspecção, com as quaes quem vive em sociedade deve proceder antes de fallar sobre os actos, a vida e os habitos de uma pessoa. ²

« *A retractação* é circumstancia dirimente do crime de calumnia, quando feita espontaneamente antes de dada a queixa pelo offendido. A boa fé não se presume, precisa ser provada »: Sentença do Dr. Viveiros de Castro, Juiz do Trib. Civil e Crim. ³

182. Passemos ao seguinte dispositivo do texto que diz :

« Art. 322. As injurias compensam-se : em consequencia, não poderão querelar por injuria os que reciprocamente se injuriarem. »

Esta disposição é nova, porque não tinha semelhante o nosso cod. crim. anterior.

No começo do capitulo já alludimos á modificação feita no projecto de 1893, art. 341, seguido pelos posteriores, de 1899, art. 319.

¹ Florian, LA TEORIA PSICOLOGICA DELLA DIFFAMAZIONE, Torino 1893, pag. 154.

² Angiolini, OBR. CIT. cap. VI, pag. 177 — *la statistica de delitti colposi*.

³ SENTENÇAS E DECISÕES CITS. pag. 207, XXX.

Vamos registrar, antes de tudo, alguns arestos, para depois fazermos detido estudo do artigo do texto :

« Injurias impressas.

« Extinção da acção penal pela compensação.

« Quando se dá esta ; modo e meio de apreciar-a » : Acc. da Côrte de Appellação, 29 de março 1895. ¹

« Injurias reciprocas compensam-se, e essa compensação pôde ser allegada e provada na instrucção do processo iniciado por queixa de uma das partes offendidas.

— Intelligencia do art. 322 do cod. penal » : Sentença do Dr. *Leal Ferreira*, Juiz de Direito da *Bahia*, 9 de setembro de 1895. ²

« Crime de injurias verbaes — A injuria não está nas palavras e sim no sentido.

« Compensação de injurias.

« Nullidade por omissão de solemnidade do processo.

« Intelligencia dos arts. 317 e 322 do cod. penal » : Sentença do juiz de direito de *Jaicós* (Piahy), 27 de junho de 1896.

« 1.º A compensação se opera *ipso jure* a favor dos que se injuriam reciprocamente, qualquer que seja o intervallo de tempo, sobre a prescripção, e embora não exista nexa ideologico e igualdade entre as injurias a compensar.

« 2.º A excepção de compensação de injurias pôde ser allegada no interrogatorio, dentro do triduo para a defesa, por occasião de recurso, ou no plenario.

« 3.º O pensamento de injuriar pôde revestir uma fórma representativa *directa*, si as palavras são injuriosas por si mesmas, ou manifestar-se *indirectamente*, si emergir do sentido resultante da combinação de palavras ou de proposições » : Acc. do Conselho do Trib. Civ. e Criminal, 30 de junho de 1898 — *Muniz Barreto*, presidente e relator. ³

O art. 322 do texto suscita uma questão complexa e relacionada com outras, importando o exame dellas a explicação da disposição.

E' a questão de saber, si pôde haver *compensação* por calumnias reciprocas.

A doutrina, as legislações e com ellas a jurisprudencia divergem.

O código veda de modo geral e absoluto qualquer interpretação, quer dizer, a solução de qualquer duvida que limite ou coarcte a defesa do accusado, dispondo:

« Art. 1.º A interpretação *extensiva* por *analogia* ou *paridade* não é admissivel para *qualificar* crimes, ou *applicar-lhes* penas. »

¹ O DIREITO, vol. 69, pag. 241.

² O DIREITO, vol. 70, pag. 259.

³ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 5º, pag. 85.

Este preceito seria infringido, si na duvida de comprehender o art. 322 o crime de calumnia, a allegação de *compensação* desta fosse repellida, porque, em ultima analyse, a compensação exclue o *animus injuriandi*, elemento de qualquer dos dous crimes e o facto questionado só se tornaria punivel por um processo interpretativo, que aliás exige condições que não se realisam no caso figurado e daria tanta extensão á lei como a analogia e a paridade.

« Póde-se tambem recorrer, diz Paula Baptista, si fôr necessario e o caso permittir, ao argumento *a contrario sensu*, pelo qual de uma disposição clara e precisa sobre uma especie, conclue-se que a especie contraria está excluida e se deve reger por principios tambem contrarios: *inclusio unius alterius est exclusio.* » ¹

Aqui nem o caso admite o argumento, nem a disposição da lei é clara e precisa.

E' sabido que o código vigente, além do código anterior, teve principalmente como fontes o italiano, o portuguez e o argentino.

O portuguez não se refere á especie.

O argentino, ou é igualmente duvidoso na sua disposição paralela, ou inclue a calumnia na *compensação*, pois que inclue esta a seu turno no texto geral do artigo que se refere á calumnia e á injuria, embora divididos em §§ assim:

« Art. 186. O culpado de *calumnia* ou injuria contra particular, fica isento de pena:

1.º Si o perdôa o offendido;

2.º Si medeia *provocação* nas injurias verbaes e nas escriptas leves;

3.º Si das mesmas consente em fazer uma *retractação.* »

O código uruguayo supprime o *nomen juris* de taes crimes, parecendo definir a calumnia no art. 360 e a injuria na 1ª parte do art. 361, dizendo na segunda:

« No caso de *offensas reciprocas* e proferidas no calor d'uma alteração, o juiz poderá, segundo as circumstancias, declarar isentas de pena ambas as partes ou uma dellas.

A expressão *offensas*, sendo tão generica, deve comprehender a calumnia.

Em todo caso, o direito penal no Rio da Prata, si não póde ser interpretado assim, é duvidoso como no nosso, na especie.

Resta o código italiano.

Eugenio Florian diz que o art. 397 não se refere evi-

¹ Paula Baptista, HERMENEUTICA JURIDICA, Pernambuco, 1872, § 39, pag. 43.

dentemente não á injuria, como exactamente no projecto; basta considerar, por assim dizer, a sua posição ou situação (*ubicazione*) para eximir-nos de demonstral-o. ¹

O código italiano é ainda assim interpretado, porque tem como fonte o código sardo.

Entre nós o código anterior era omisso nesse ponto.

O vigente, porém, differe muito do italiano, quer no seu texto especial, cuja simples dicção exclue a idéa de lhe ter servido de fonte, quer quanto ao contexto geral do capitulo.

Assim, o código italiano, embora não decline o *nomen juris* da injuria, no art. 397 se refere aos dous antecedentes que comprehendem exclusivamente a injuria, bem destacada em artigos separados da calumnia; e o que se torna mais saliente pelo índice por artigos da sua edição official. ²

O nosso, não só trata alternadamente da calumnia e injuria e as congloba em mais d'um artigo do tit. XI, como também emprega a palavra *offensas* para significar uma e outra; de modo que, si não se póde affirmar que o emprego sómente da expressão *injuria* estivesse na mente do legislador para comprehendêr também a calumnia, pelo menos a interpretação meticolosa, como deve ser a da lei penal, depara com um ponto de interrogação no art. 322 do texto, duvidoso a um tempo por falta de historia e antecedentes legislativos, de plano geral systemático do titulo e capitulo, da incerteza e variedade de suas fontes alienigenas geraes e ausencia de rigorismo technico nos termos e na dicção.

Depois, o código italiano, art. 397, comprehendê a *provocação*, a *retorsão* e a *compensação*; e o nosso, art. 322, só se refere á esta ultima.

Que dizer do *animus defendendi* e do *animus retorquendi*? pergunta Alimena.

E responde que precisa distinguir, segundo concorram ou não os extremos da legitima defesa, pois que seria estranho que a lei admittisse para este delicto só uma outra defesa *sui generis*.

Assim foi decidido que elle não exclua a diffamação, quando a divulgação se realice por meio da imprensa e commentando uma sentença, porque não é licito dilacerar a fama de outrem, por não mostrar haver injustiça.

Mas bem diverso, ao contrario, é o caso daquelle que para defender-se de uma imputação ultrajosa e entretanto esta

¹ Florian, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol 2º. Part. II, pag. 889.

² CODICE PENALE PER IL REGNO D'ITALIA, Roma, Stamperia Reale, 1889, pag. 194, Cap. VII, arts. 393 e segs.

vem divulgada, reage contra o seu offensor com palavras que tenham menos o escopo de diffamar do que o de tirar fé ás palavras de outrem.

Aqui se ficaria sempre no campo da legitima defesa ou da provocação, e como sabemos os arts. 49 e 51 (nosso código, arts. 32 a 35 e 42, §§ 2º a 7º), sendo escriptos na parte *geral* não limitam a sua efficacia a alguns crimes sómente. Pelo que foi julgado que não commette diffamação aquelle que publicamente dirija accusações á uma mulher, não tanto para offendel-a quanto para defender a propria honra e para justificar-se de tel-a abandonado. Evidentemente, entre este caso e o outro ha a mesma differença que póde haver entre a defesa legitima e a vingança. ⁴

183. Commentando aqui o código italiano que os projectos de revisão seguiram á risca, diz Suman, que no art. 397, o legislador considera algumas circumstancias, que verificando-se nos delictos de injuria, dirimem ou simplesmente attenuam a responsabilidade.

Estas são a *provocação*, que póde ser plena ou semi-plena, e a *reciprocidade* (compensação) das injurias, que não é de confundir-se com a *retorsão*, a que tambem nos referiremos.

Com formula precisa o legislador indica numa parte do art. 397 o provocador naquelle que foi causa injusta e determinante do facto, e numa outra parte naquelle que praticou violencias pessoaes para com aquelle que successivamente o injuriava; referiu-se assim á uma semiplena provocação no primeiro caso e á uma plena no segundo, e entretanto que para o primeiro dispõe uma simples attenuação de pena (de um a dous terços), no segundo affirmou a irresponsabilidade absoluta.

Suman, resolvendo a questão de saber si a provocação semi-plena deve consistir em palavras, exemplificando casos, diz que se poderá, sem erro, affirmar que se terá motivo justo para attenuar a pena, não só quando o injuriado tenha provocado com palavras, mas ainda quando se tiver tornado causa injusta e determinante da injuria por qualquer outro modo que não seja o emprego de violencias pessoaes.

E si o facto injusto e determinante tivesse sido commetido contra um proximo parente daquelle que depois injuriava?

Elle responde, que o texto da lei (é o dos nossos projectos de revisão) não nos veda de facto de responder affirmativamente.

Realmente, muitas vezes um ultrage dirigido á uma

⁴ Alimena, DELL' IMPUTABILITÀ Á CIT., vol. 3º, pag. 426.

pessoa que nos é cara, é mais sensível que aquelle que fosse feito a nós mesmos. Demonstrada a existencia de tal ultrage, demonstrado que impellidos pelo resentimento por aquelle, temos por nossa vez injuriado, teremos direito ao beneficio da lei.

E outro tanto cremos poder concluir em relação á provocação plena. Batido um nosso parente, moralmente temos soffrido aquellas pancadas, e seria injusto punir-nos, por havermos ultrajado o perverso autor daquelle acto brutal, pelo motivo unico de que não fomos a victima.

Sobre a *retorsão*, o mesmo autor observa que, quando temos uma reacção que exceda os limites da aggressão, quando esta reacção succeda ainda depois de alguns dias da aggressão mesma, se poderá, pelo que fica dito, fazer appello aos beneficios da lei, que asseguram um tratamento mais benigno; mas, si a aggressão e a reacção sejam restrictas pelos mesmos limites, si uma segue immediatamente a outra, si se age *ad defensionem*, então não póde reclamar-se uma simples attenuação, mas uma absolvição completa, pois que neste caso está em campo o *jus retorsionis*, um direito de defesa legitima, cujo exercicio Carpzovio aconselha aos injuriados como tutela da sua honra e decóro agredidos, em vez de recorrerem ás querelas que acarretam sempre dêspezas e inquietações.

Quanto á *compensação*, para admittil-a, segundo o mesmo autor, as injurias devem ser de natureza igual, e ainda mesmo identicas, não se deve omittir um olhar sobre a qualidade das pessoas que estão em juizo. Uma mesma palavra, uma expressão identica tem de facto maior ou menor gravidade juridica, conforme a pessoa á qual a palavra ou a expressão é dirigida, desde que nem todo o cidadão, pelo mesmo facto de outrem, perde igualmente a estima e a reputação publica. E exactamente por estas considerações é deixada ao juiz a faculdade de applical-a a ambas as partes ou á uma dellas sómente, podendo surgir a necessidade de punir o excesso.

Entretanto, o projecto de 1899 eliminou sem o melhor criterio esse arbitrio, consignado nos de 1893 e 1897.

Quanto á declaração da compensação, diz Suman, cremos que o juiz possa fazel-o sem que haja pedido das partes, toda a vez que se achasse verificado o caso, pois que esta é uma faculdade toda sua e para o exercicio da qual a lei não exige o pedido de ninguem.

Não precisa tambem que ambas as partes hajam intentado queixa, desde que si da discussão da queixa apresentada resultam elementos de compensação, não vemos por que esta não se deva pronunciar.⁴

⁴ Crivellari e Suman, OBR. CIT., vol. 7º, art. 397, pag. 1186, n. 210.

Resumida assim a theoria da provocação, da retorsão e da compensação, releva notar que, conforme um aresto sobre a materia — « nos termos do art. 322 do texto, na *compensação* comprehende-se a *retorsão* (consoante com a doutrina versada pelos criminalistas) e com os mesmos effeitos juridicos, si bem que por causas diversas ». ¹

E o nosso tribunal civil e criminal, sendo seu relator o seu illustre presidente, decide que — « o nosso Codig., estatuinto essa *dirimente especial*, fel-o de *modo absoluto* (são do aresto os gryphos) como o da Bolivia de 1831; seguiu systema diametralmente opposto ao antigo Codigo Criminal e afastou-se do systema intermedio dos Codigos allemão e italiano ». ²

Seja como fôr, não ha como supprir a obscuridade, sinão a lacuna, da doutrina mais racional das legislações, por isso mesmo preferiveis, e da jurisprudencia estrangeiras.

Majno censurando o Cod. italiano, porque só admitta a *exceptio veritatis* na diffamação e não na *injuria*, invoca um principio geral, que aqui tambem se deve prestabelecer, dizendo: « ou nós andamos grosseiramente errados ou entre a injuria e a diffamação (*calumnia*) ha *differença de grão*, como entre uma lesão pessoal leve e uma lesão grave. ³

Este principio é a base da doutrina contraria ao codigo italiano na outra questão.

Assim, Florian, tratando do *animus retorquendi*, pergunta si os principios expostos se applicam, tanto á diffamação, como á injuria, e responde: « a duvida não se revela sinão em relação ao systema classico, segundo o qual, naturalmente, as applicações se farão em materia de injuria mais frequentes; mas *não se pôde excluir a priori* a diffamação, quando se pensa na quantidade de factos varios e novos em que é rica a vida social. Assim, Pessina admite que taes conceitos são applicaveis a *todas* as especies de injurias não excluindo os *libellos famosos* (*calumnias escriptas*), e Carrara trata delle a proposito do *animus injuriandi* em geral. ⁴

O mesmo aulor lembra em outra obra que igualmente na Allemanha o § 199 do codigo penal se applica a *todas as offensas á honra*, excluida naturalmente aquella contra a memoria dos mortos. ⁵

¹ O DIREITO, vol. 70, pag. 259.

² O DIREITO, vol. 69, pag. 241.

³ Majno, OBR. CIT., 2º vol., art. 394, pag. 224, n. 2474.

⁴ Florian, LA TEORIA PSICOLOGICA DELLA DIFFAMAZIONE CIT., pag. 85, n. 56; Pessina, ELEMENTI CIT. vol. 2º, pag. 142, § 67; Carrara, PROGRAMMA Part. Spec. vol. 3º §§ 1751 e segs.

⁵ Dochow, BELEIDIGUNG, pag. 369, not. 7, apud Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º. Part. II loc. cit.

Berner diz também referindo-se á retorsão, que «a impunidade não é limitada a *algumas offensas* (é delle o grypho) *especies* da honra.

« Não é limitada sómente ás especies accionaveis por queixa do offendido e se estende a todas as especies de injurias reaes ou verbaes, symbolicas ou escriptas e também á *calumnia*.

E conforme ainda Berner, o codigo penal allemão se serve da expressão *injuria* como titulo de toda a lesão á honra e sob este titulo colloca todo genero de lesão, comprehendida a *calumnia*.¹

O codigo de Zurich, no tit. 7º, que se inscreve *crimes contra a honra*, comprehendendo a diffamação (calumnia) e injuria, dispõe :

« § 154. Quando *as offensas* contra a honra tenham sido immediatamente *recambiadas*, o juiz póde deixar impune um dos *offensores* ou ambos.»

Em nota a este parographo o traductor manda confrontal-o com o § 312 do codigo de Bade « que se avizinha muito do art. 350 do codigo do Tessino, mas se estende mais desde que não falla da *injuria* sómente, mas de *offensas á honra* in genere (*Ehrenkränkungen*), como o faz também este parographo ; o qual, aliás, de resto, é igual ao § 199 do Codigo Imperial Germanico, salvo exactamente a este respeito, que no § 199 o legislador contempla só o *recambio da injuria* (*Beleidigung*). Esta expressão, porém, o interprete saberá bem achal-a impropria ahí para dar-lhe o sentido generico de offensa á honra como a justiça reclama.²

No proprio direito francez, tão rigoroso na defesa de taes crimes, diz um dos seus mais notaveis interpretes, citando arestos da Corte de Cassação :

« A injuria, conforme é ou não, publica, constitue um *delicto* ou uma *contravenção*, e sem que haja hoje a distinguir si encerra ou não a imputação de um vicio determinado (L. 29, julho 1831, arts. 33 § 2º, 45 §§ 2 e 5). A *diffamação* (calumnia) não é *ella mesma sinão* uma injuria simples, quando não é publica. A *contravenção* conserva seu caracter, que a injuria tenha sido dirigida a um particular ou a um official publico, salvo, todavia, a applicação do art. 222 (*ultrage* até por escripto) do codigo penal.

« Emfim as injurias não são punidas sinão quando ellas teem sido proferidas sem ter sido provocadas : *Injuriae mutua compensatione tolluntur.*»³

Fabreguettes diz também :

¹ Berner, OBR. CIT. pags. 377 e 388.

² Il CODICE PENALE Zurichese (trad. de Brusa), pag. LVII, § 154 not. 104

³ Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 719, n. 754.

« Quando as injurias teem sido *reciprocas*, sem que o juiz possa reconhecer *qual* das partes, *sem* provocação, *começou* a proferir injurias contra a outra, não ha pena alguma a applicar.

« A lei (como o nosso art. 322 do texto), *não* tendo fixado o *intervallo* que deveria haver *entre* uma provocação e as injurias, para que estas fossem excusaveis, *não* é necessario que a injuria tenha seguido immediatamente a provocação. ¹

184. O nosso tribunal civil e criminal do Districto Federal, no aresto citado, compendiou os principios reguladores da *compensação*, decidindo:

a) que póde mediar um tempo *mais ou menos longo* entre a primeira e a segunda injuria, bastando que não esteja *prescripto* o direito de *querela* ao exceptonar por *compensação* ;

b) que é de todo dispensavel o *nexo ideologico* entre as injurias *reciprocas* ;

c) que ellas podem ser *desiguaes*, tanto na *especie*, como na *gravidade* ;

d) que essa *dirimente* não deve ser *difficultada*. ²

Salva a restricção ao primeiro principio, porque o nosso codigo penal *não* a consigna e outros a *repellem expressamente*, a doutrina é verdadeira e corrente.

Assim, diz o codigo hungaro :

« Art. 274. Em caso de *diffamação* ou de *injuria reciproca*, enquanto o processo penal intentado por queixa de uma das partes não está *findo*, a outra parte tem o direito de intentar uma acção penal em razão da offensa commetida a seu respeito, *ainda mesmo* que o prazo da prescripção já tenha decorrido.»

Tanto importa, porque a *compensação* é uma *reconvenção* no processo penal e assim póde-se propôr no caso occorrente nova acção ou reconvir.

Aqui surge uma questão incidente.

Ha quem entenda que a impunidade da *retorsão* não se estende á lesa-magestade ou casos affins.

Esta opinião é inteiramente inaceitavel.

Reconhece-se, v. g., que as immunidades dos membros das camaras legislativas, quanto ás manifestações oraes ou escriptas em qualquer sessão publica ou secreta, comissões, etc., os livra de toda *responsabilidade*, mesmo disciplinar.

E tanto basta. O deputado ou senador não é respon-

¹ Fabreguettes, INFRACTIONS DE LA PAROLE, ETC., CIT., 1º vol., pag. 430, ns. 1176 e 1177.

² O DIREITO, vol. 69, pag. 243.

savel, isto é, punível, mas é imputavel e tão criminoso como qualquer outro individuo em condições normaes.

Si o deputado commetteu um crime, só não é processado, porque do mesmo modo, por exemplo, que o filho que furta ao pai (codigo penal, art. 335), obsta ao processo uma excepção peremptoria. E só isto.

O contrario fôra absurdo: *quod factum est infectum fieri nequit.*

A Constituição Federal diz :

« Art. 19. Os deputados e senadores são inviolaveis por suas opiniões, *palavras* e votos no exercicio do mandato.»

Mas o crime fica commettido com os seus caracteres subjectivo e objectivo.

Estas opiniões, diz bem Haus, *não dão logar á acção publica, nem á acção particular, mesmo quando tenham acarretado uma offensa á honra, ou á consideração de uma pessoa e ainda mesmo que a offensa fosse estranha ao objecto sobre o qual o autor fosse chamado a enunciar sua opinião.*»¹

Em uma palavra, o deputado não pôde ser punido, porque não pôde ser processado, mas dahi inferir que a immunnidade elida a provocação que ella cobre, a retorsão que talvez ella mesmo desafia e a compensação que naturalmente o crime parlamentar pôde estabelecer vai um abysmo que não pôde ser aterrado com *ficções politicas.*

Entretanto diz Berner que a impunnidade da *retorsão* não se estende á lesa-magestade, nem a casos affins (codigo allemão, arts. 99, 104), em vista do seu character politico.

O Tribunal do Imperio decidiu em 5 de março de 1881 : « a injuria que um *deputado* tenha irrogado a um particular no discurso proferido no exercicio do mandato, não pôde vir a ser compensada com a injuria que em retorsão tivesse feito o particular, desde que diversamente o juiz deveria qualificar juridicamente de injuria a manifestação do deputado, o que não lhe concedem a Constituição e o § 11 do codigo allemão.» — *Decisões*, III, pags. 107 e 113.²

O § 11 do codigo allemão não resolve a questão nos termos em que acima a expuzemos e tratamos, porque apenas diz que « nenhum membro de uma dieta ou de uma câmara de um Estado pertencente ao imperio é responsavel, fóra da assembléa de que faz parte, pelos seus votos e pelos discursos feitos no exercicio do seu mandato ».

Conforme tudo quanto fica exposto, a *compensação* com o character de *dirimente especial* e de *modo absoluto* que lhe tem attribuido a nossa jurisprudencia na pratica do

¹ Haus, DROIT PÉNAL BELGE, 1^o vol., pag. 143, n. 204.

² Berner, OBR. CIT., pag. 388, e not. 2.

art. 322 do código vigente não pôde deixar de ser applicada á *calumnia*.

Outra questão que se liga ás antecedentes de que acabamos de tratar é a de saber si cabe a allegação de defesa legitima na diffamação ou calumnia.

A resposta não pôde deixar de ser affirmativa e aqui não ha duvida possivel.

Assim, aquelle remedio juridico a bem da defesa do supposto offensor, mas de facto tambem offendido, lesado na propria honra, mesmo em todos os codigos, v., g., o italiano, art. 397, que o restringem, como excepção especial aos crimes de *injuria* em sentido restricto, surge de modo mais energico, quer como attenuante, quer como dirimente, nas fórmas geraes de defesa que competem aos accusados, indevida ou injustamente.

E' assim que Majno, citando arestos da cassação de Roma, diz que o art. 397 se refere sómente aos casos previstos nos dous artigos precedentes, isto é, á injuria.

Não pôde, pois, ser invocado para a *diffamação* a respeito da qual só se poderão invocar as *disposições geraes* sobre a *provocação* e sobre a *legitima defesa*, arts. 49, 50 e 51 do código italiano. ¹

Tambem na obra de Cogliolo e monographia de Florian, se podem ver no começo as incertezas e vacillações dos autores e da jurisprudencia sobre saber si as disposições do código italiano admittiam a defesa da honra, ou sómente da *integridade physica* e dos *bens*, mas afinal com a boa doutrina a jurisprudencia firmou-se. ²

Estas hesitações não teem razão de ser entre nós neste ponto deante da letra do texto energico do art. 32, final da disposição seguinte:

« § 2.º A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida ; ella comprehende *todos* os direitos que podem ser lesados.»

Si ha materia em que o elemento da reciprocidade tenha um valor, é esta, diz Pessina, exactamente da injuria (injuria ou lesão da honra *em geral*) em *todos* os seus grãos e em *todas* as suas fórmas.

Aquelle que desconhece o valor moral de uma pessoa não pôde pretender que o seu valor moral seja reconhecido pela pessoa que elle tem ultrajado. O injuriado, portanto, temo *jus retorsionis*, e não já porque com a retorsão elle não mostre o animo de injuriar, mas de repellir de si a injuria, porque elle com o retorquir á injuria tem por escopo proximo injuriar, e pôde por escopo remoto ter o de *vingar-se* da injuria soffrida, ou *defender* a sua reputação mercê o des-

¹ Majno, OBR. CIT., 2º vol., art. 397, pag. 241, n. 2500.

² Florian, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., 2º vol., part. III, pag. 900.

credito daquelle que o accusa deante da consciencia publica, ou uma cousa e outra ao mesmo tempo.

O impulso que nos atira á reacção na injuria é uma applicação do principio *vim vi repellere licet* porque, si bem que na injuria não haja violencia da mão, ha a violencia da lingua.

Quando *ad propulsandam injuriam* o offendido retorque a injuria ao seu offensor, elle está no seu direito, desde que se contém nos limites da offensa soffrida justamente sem ultrapassar a *outro crime*.

« Quando, ao contrario, elle excede aquelles confins, commettendo um crime mais grave, como o ferimento, golpe, homicidio, a lei o pune, mas leva-lhe em conta, na quantidade da punição, a injustiça contida no ultrage soffrido, diminuindo a pena do crime em que elle tem incorrido em nome da provocação a elle feita — *causa iraeexcusat*.¹

Tambem Carrara, justificando tal direito de que a retorsão é um desenvolvimento, e ao mesmo tempo referindo-se ao intervallo decorrido entre a offensa soffrida e a defesa, diz:

« Onde, ao contrario, a excepção se funda sobre a *necessidade da defesa* da propria honra o intervallo não tem mais senso juridico. A causa de absolver estando na legitimidade da defesa, a reacção se mantém legitima tambem por *longo tempo* emquanto dura o *perigo* da propria honra e a necessidade de defendel-a, retorquindo a injuria.²

A mesma opinião é a de Ferri quanto á attenuante da *provocação*.³

Portanto, é fóra de toda a duvida a procedencia da legitima defesa tanto na injuria como na diffamação, quer como dirimente, quer como attenuante, no caso de excesso, assim como é fóra de duvida tambem a applicação das attenuantes da provocação e semelhantes previstas no nosso codigo penal, art. 42, §§ 2º, 3º e 5º etc.

E, referindo-nos á injuria, devemos accentuar que, embora o art. 322 do texto só se refira á *compensação*, conceituando-a pela circumstancia da reciprocidade, não só essas attenuantes lhe são applicaveis em virtude das normas geraes do nosso codigo, como tambem a *retorsão*, embora o mesmo codigo não a previna expressamente.

E a proposito seja-nos licito transcrever uma opinião de Costantino Castori que contém um reforço á solução que

¹ Pessina, ELEMENTI CIT., 2º vol., pag. 142.

² Carrara, PROGRAMMA CIT., Part. Spec. vol. 3º, § 1838, not. 1, pag. 245 *in fine*

³ Ferri, La provocazione nei delitti di stampa na SCUOLA POSITIVA, anno 3º, 1893, pag. 1057.

acabamos de dar á esta ultima questão que suscitamos em face do nosso codigo:

« Nós temos fallado em geral, diz elle, dos delictos de injuria, libello famoso e diffamação, e temos tambem tratado dos delictos de offensa commettidos mediante a imprensa.

Antes, porém, de abandonar este argumento resta-nos fallar da compensação e da remissão.

Não ajunto a *retorsão*, parecendo-me pouco exacto dizer que ella extinga a acção penal.

Em quem injuria com o animo *retorquendi* falta o animo *injuriandi*, que é elemento indispensavel á existencia do delicto.

Portanto, vejo na *compensação* uma causa de extincção da acção penal, pois que póde existir com o crime de injuria, e depende do offendido e não do réo; entretanto na *retorsão* vejo uma causa que destróe o delicto excluindo delle o elemento intencional.

De onde eu concluo poder-se allegar verdadeira *compensação* sómente deante de quem intenta querella por injurias, as quaes elle tem já repostado com outras injurias.

E a acção penal parece-me *não* poder ser proposta, pois que o offendido já se tem feito justiça por si mesmo, e tem mostrado com a sua attitúde não querer recorrer aos tribunaes.

E' então applicavel a maxima *paria delicta mutua compensatione tolluntur*. Nem vale dizer que um facto posterior não póde destruir o delicto e tirar á sociedade a reparação do mal commettido mediante a pena que tem o direito de infligir. Isto teria logar para os delictos de acção publica; mas para os delictos de acção particular nada ha de repugnante em que o offendido possa, com a propria attitúde, interdizer-se o direito de querela, como póde pela propria vontade não exercital-o.¹

185. Passemos ao art. 323 do texto do nosso codigo penal, que se refere ás calumnias ou injurias escriptas em papeis produzidos em juizo pelas partes ou seus procuradores.

A fonte da disposição foi o art. 241 do cod. crim. anterior, do qual acceitou-se como pena disciplinar a multa, omitindo-se a suspensão do officio de advogado, ou sollicitador, quando no caso se tratasse de qualquer delles.

A fonte primitiva devia ter sido o cod. fr. art. 377, já abrogado e ainda seguido por outros, quasi á letra, como o da Rumania, arts. 302 e 303. *

¹ Costantino Castori, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, Part. IV, cap. XIII, pag. 431, n.º 1.

² Vid. Fratostieanu, CODICELE PENAL EPLICAT *sub fic-care articol* etc., Bucuresci, 1895, pag. 268, arts. 302 e 303, edit. II.

Já alludimos no principio deste capitulo ao art. 323 do texto, referindo-nos ao projecto de 1893.

A disposição podia ser mais branda ainda e não ser lacunosa e pouco previdente como é.

Em primeiro logar lacunosa, porque não comprehende os discursos, que, si feitos na presença do adversario, são mais offensivos do que os escriptos.

Em segundo logar imprevidente, porque para cancelar no todo ou em parte escriptos calumniosos ou injuriosos não ha necessidade de requerimento do offendido.

Todos os projectos preferiram a disposição parallela do codigo italiano, art. 398 ; mas os projectos de 1896 e 1899, art. 320, omittiram a reparação do damno a requerimento do offendido, o que só se explica por amor de uma symetria imaginaria, isto é, o facto de terem taes projectos eliminado o titulo da satisfação do damno em geral que figurava nos projectos de 1893 e 1897.

A lição, portanto, dos interpretes do codigo italiano explica os projectos e até certo ponto, mesmo o art. 323 do texto do nosso codigo.

E antes de tudo consignemos em relação á satisfação, no caso a opinião de Enrico Segré, á qual só faremos restricção da completa independencia pelo nosso direito entre a acção civil e a penal.

Isto feito, diz elle que no art. 398 do cod. penal, a lei dispõe que não tem logar proceder-se pelas offensas contidas nos escriptos apresentados ou nos discursos pronunciados pelas partes na causa ou por seus patrocinadores deante da autoridade judiciaria concernentes á controversia. Da sentença de liberaçào proferida em tal hypothese a favor do injuriante não é licito tirar argumento da inadmissibilidade da acção civil, não importando a isenção da pena a exclusão necessaria da imputabilidade civil e não sendo efficaz para tirar ao facto o character de damnoso e civilmente injusto. E isto tanto é verdade que a autoridade judiciaria, ordenando a suppressão dos escriptos offensivos, pode attribuir ao offendido uma *reparação pecuniaria* que tem character de pena *sui generis*, não de resarcimento. Si, portanto, a isenção da verdadeira e propria pena não exclue a reparação, por maioria de razão não poderá excluir e eliminar a acção civil, pelo que a sentença do juiz criminal, affirmando a subsistencia da injuria, poderá no juizo civil ser exhibida como titulo para o resarcimento do damno e terá autoridade de cousa irretractavelmente julgada ácerca da prova da subsistencia da expressão injuriosa, causa do damno resarcivel. ¹

¹ Enrico Segré, *apud* Cogliolo, *OBV. CIT.*, vol. 2º, part. IV, pag. 660, n. 149.

A disposição do art. 323 do texto justifica-se perfeitamente porque o *animus defendendi* exclue a calúnia e a injúria.

A liberdade da defesa, diz Suman, exige que os patrocinadores e as partes numa causa, tanto civil como criminal, não possam ser incriminados por quanto pudessem dizer que soasse injúria ou diffamação contra outrem, exactamente porque naquella injúria, naquella diffamação falta o elemento necessário para incriminal-as, o *animus injuriandi*. A affirmação de tal impunidade, em face da lei penal, é o objecto do artigo em exame.

Para que, porém, esta impunidade possa verificar-se é mister que se realizem alguns requisitos, a saber :

1º, que haja uma causa ;

2º, que os escriptos apresentados ou os discursos pronunciados respeitem á mesma causa e nelles se contenham as offensas. E' de notar que o nosso código não falla de discursos, mas elles estão naturalmente incluídos, desde que ha o *animus defendendi* e não ha o *animus injuriandi* ; aqui os principios geraes da doutrina retomam o seu imperio, attenta a lacuna especial do art. 323 ;

3º, que a apresentação ou pronunciação delles tenha logar diante da autoridade judiciaria que é chamada a decidir a causa ;

4º, que se trate de patrocinadores ou partes em causa.

E si a offensa for dirigida contra um terceiro que não interveio na causa ? Neste caso opinamos, diz Suman, que deva considerar-se si o ataque ao terceiro tornou-se necessário pelo andamento da causa no interesse do cliente. No caso affirmativo, se tornará applicavel a disposição ; no caso negativo, não, desde que então nenhuma intenção de defender póde ter suggerido o ataque, mas o animo unico de causar offensa.

Esta solução é applicavel pelas razões que ha pouco expuzemos ao art. 323 do nosso texto. ¹

O nosso código penal, art. 323, não faz distincção e por isso do mesmo modo que o italiano, art. 398, conforme diz Majno, comprehende tanto a imputação de *factos* como as de *qualidades*. Mas a disposição não poderia ser invocada, como tem decidido a jurisprudencia italiana, para expressões constituindo um crime diverso da diffamação e injúria, por exemplo, a *ameaça*.

As offensas, acrescenta elle, podem ser tanto contra o adversario como contra as testemunhas, ou contra o mesmo juiz das decisões das quaes se pede reparação. ²

Sobre esta ultima questão *quid juris* entre nós ?

¹ Crivellari e Suman, *ORR. CIT.*, vol. 7º, art. 398, pag. 1188, n. 211.

² Carrara, *PROGRAMMA CIT.*, *part. spec.*, vol. 3º, § 1761, pag. 148.

Ella é de todo momento e applicação desde que o *animus defendendi* exclue o *animus injuriandi* e tambem o codigo penal italiano, art. 398, não se refere a juiz, justamente como o nosso.

As offensas de que falla o art. 398, diz ainda Majno, são as contidas nos *scriptos* apresentados ou nos *discursos* pronunciados deante da autoridade *judiciaria*. Foi usada a formula comprehensiva de *scriptos*, para eliminar toda duvida ácerca da extensão da disposição tambem aos *memoriaes* de defesa, os quaes não são, no rigor stricto dos termos, *verdadeiros actos da causa*.

O projecto italiano de 1887 fallava de *arenga* razões ou arazoados oraes (*arringhes*), o codigo de discursos proferidos deante da autoridade judiciaria. Formulas ambas que pareceriam referir-se sómente á verdadeira e propria *discussão* da causa. Mas a dirimente do art. 393, sendo fundada no *animus defendendi*, não ha razão para não admittir a applicabilidade della tambem ás palavras que podem ser pronunciadas deante de um juiz — por exemplo, á respeito do modo de interrogar uma testemunha ou de redigir para ser escripto o seu depoimento.

Esta solução pela propria razão que inclue deve ser accéita para interpretar o art. 323 do texto.

O codigo italiano, como o nosso declara expressamente que a impunidade se concede tanto aos *patrocinadores* das partes como ás *partes mesmas*, accéitando a ideia de Carrara, que a immunidadade do art. 323 não é um privilegio da toga, mas uma exteção do direito da defesa e deve por isso aproveitar tambem á parte que a si mesma se defende.⁴

186. Suman suscita uma outra questão, observando sobre ella que é indubitavel que nenhuma acção penal fira um impresso produzido em juizo e relativo á contestação por offensas que elle contenha — mas igual impunibilidade acompanhará o impresso que seja distribuido a pessoas não interessadas na controversia? Decidida a causa, ninguem nunca duvidou da punibilidade daquelle impresso, pois que a ninguem póde vir á mente que uma distribuição feita naquellas condições de tempo possa ser motivada pelo *ius defendendi*. A questão levanta-se, si a distribuição é feita pendendo a causa. Neste caso nós opinamos que *a priori* não se deve concluir, nem pela procedencia, nem pela improcedencia, mas que se deverá avaliar que sentimento inspirou aquella distribuição, isto é, si a necessidade da defesa a tem tornado necessaria, por tratar-se de causa que tenha despertado interesse publico, ou que se tenha feito isso pará

⁴ Carrara, *PROGRAMMA CIT. part. spec.*, vol. 3º, pag. 113, § 1761, nota: Majno, *OPR. CIT.*; vol. 2º, art. 393, pag. 244, n. 2505.

que se tornem conhecidos do publico os factos diffamatorios e as injurias alli contidas, isto é, *animo injuriandi*. Neste caso unico, havendo querella, nós cremos que se deve dar logar ao processo. ¹

Nós, porém, e em excellente companhia não podemos adherir á essa opinião.

E, com effeito, Majno examina a questão de saber si o facto de fazer imprimir para divulgar um numero maior de exemplares de um memorial, do que de ordinario é necessario para conhecimento das partes e dos magistrados, possa ser considerado nos termos do art. 398 do codigo italiano parallelo ao art. 323 do nosso texto, ou deva, ao contrario, punir-se como diffamação ou injuria.

Foi admittida esta ultima solução especialmente na jurisprudencia franceza; alguma vez tambem na italiana. Mas parece-nos que com toda razão Carrara combate esta these, ao menos como these absoluta.

A razão fundamental da dirimente, observa o illustre criminalista, está no dever de justificar o cliente; esta justificação não é sómente em face dos juizes; mas tambem em face da opinião publica que se tenha interessado na lide, e accrescentemos nós, diz Majno, em face das pessoas que da lide podem ter conhecimento e interesse de saber o seu andamento e resultado; é um sophisma dizer que o maior numero de exemplares revela o animo maligno; elle revela sómente o animo dirigido á uma mais ampla divulgação, e por si mesmo não pôde fazer surgir o titulo de diffamação ou de injuria. ²

Consequentemente os arestos que passamos a transcrever na summa são aqui recebidos com as reservas da nossa obscura opinião.

« Advogado que injuria em cotas marginaes, escriptas por si, ou por outrem, incorre nas penas do art. 241 do codigo criminal (cod. pen., art. 323). Acc. da Relação, *Rio*, 12 de novembro de 1875. ³

« Não ha procedimento criminal no caso de calumnia escripta nos autos pela parte, em sustentação de seu direito.

« Intelligencia do art. 241 do codigo criminal (codigo penal, art. 323)». Acc. da Relação, *Rio*, 2 de agosto de 1878. ⁴

« Tem applicação o art. 241 do codigo criminal (codigo penal, art. 323), ás respostas dadas pelos juizes ás queixas

¹ Crivellari e Suman, OBR. CIT., 7º vol., art. 398, n. 211, pag. 1189.

² Carrara, PROGRAMMA, *part. spec.*, vol. 3º, § 1761, not. 1; Flórian, TEORIA PSICOLOGICA DELLA DIFFAMAZIONE, pag. 88, n. 2; Majno, OBR. CIT., 2º vol., art. 398, pag. 246, n. 2508.

³ O DIREITO, vol. 9º, pag. 101.

⁴ O DIREITO, vol. 17, pag. 122.

ou denúncias contra elles promovidas»: Acc. da Relação, *Ouro Preto*, 16 de maio de 1884. ¹

« O jornalista tem direito de publicar com fidelidade e boa fé as occurrencias das audiencias.

« Por analogia está tal publicação comprehendida no § 1º do art. 9º do código criminal»: Acc. da Relação, *Rio*, 17 de abril de 1885. ²

« Calumnias e injurias escriptas em autos contra a pessoa do juiz não são punidas com as penas do art. 241 do código criminal (código penal, art. 323)» Sentença do juizo de direito de *Villa Bella* (Pernambuco), 3 de março de 1887. ³

« Autoridade policial que no relatorio de um inquerito irroga injuria ao indiciado commette crime de responsabilidade»: Acc. da Relação, *Belém*, 17 de abril de 1895. ⁴

Considerar isto calumnia ou injuria seria atar as mãos da autoridade policial com gaudio dos assassinos e ladrões.

« Delictos da imprensa — Conceito legal da injuria. A expressão — *illustre desconhecido* — não é injuriosa no sentido legal da palavra.

« A immuidade legal para o advogado comprehende sómente as razões impressas, as memorias, os folhetos *distribuidos aos juizes da causa*, e não os artigos publicados pela imprensa e outras quaesquer publicações.

« A publicação de diversos artigos, em diferentes dias sobre um mesmo assumpto, contendo injurias, constitue um só delicto continuado, e, pois, apresentada queixa contra seu autor por causa delles, não póde-se depois destacar um delles para constituir objecto de novo processo.

« Intelligencia do art. 319 do Código Penal»: Acc. do Tribunal Civil e Criminal, 2º de julho de 1899, *Muniz Barreto*, presidente. ⁵

¹ O DIREITO, vol. 34, pag. 435.

² O DIREITO, vol. 37, pag. 299.

O aresto consagra uma doutrina verdadeira e democratica.

O código criminal anterior na disposição citada não considerava criminosos «os que imprimissem e fizessem circular as opiniões e os discursos enunciados pelos senadores ou deputados no exercicio de suas funcções, contanto que não fossem alterados essencialmente na substancia».

Hoje, na pratica da nossa vida forense e em outras esferas de actividade da autoridade, cahiu-se no vicio opposto; a imprensa diz o que deve e o que não deve dizer, como em toda a parte acontece.

O projecto de 1893 continha uma disposição, supprimida nos posteriores, semelhante á do código anterior; porque afinal não foi julgada necessaria.

Nestes casos o *animus narrandi* e mesmo *consulendi, defendendi* excluem o *animus injuriandi*.

³ O DIREITO, vol. 43, pag. 419.

⁴ O DIREITO, vol. 69, pag. 391.

⁵ O DIREITO, vol. 81, pag. 253.

Quanto aos impressos, a doutrina do aresto está ainda muito rigorosa diante da outra que acima expuzemos (n. 185).

« O disposto no art. 323 do código penal diz respeito á parte offendida e não ao juiz, e a correspondente pena só pôde ser imposta a requerimento do offendido e não *ex-officio*»: Acc. da Relação, *Fortaleza* (Ceará), 26 de junho de 1900. ¹

« As offensas verbaes irrogadas em juizo pelas partes ou seus procuradores não são passíveis de penas criminaes.

« Intelligencia do termo *allegações* do art. 323 do código penal»: Acc. do Supremo Tribunal Federal, 5 de dezembro de 1900. ²

Não nos conformamos com o principio por de mais absoluto da primeira parte deste arest^o, attenta a doutrina que acima expuzemos; mas, seguimos de accordo com ella o mesmo aresto na sua segunda parte (ns. 185 e 186).

187. Passemos á outra disposição do texto, em que o código diz:

« Art. 324. Si a injuria, ou calúnia forem commettidas contra a memoria de um morto, o direito de queixa poderá ser exercido pelo conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos.»

A fonte do código foi o italiano, art. 400, 2ª alinea, mas alterada ou antes mutilada, porque restringiu a disposição quanto ás pessoas que podem dar queixa no caso, e omittiu o caso do calumniado ou injuriado que não chegou a dar queixa e morreu, conforme notámos no começo deste capitulo, referindo-nos ao projecto de 1893.

Os projectos posteriores seguiram este, o de 1899, art. 321.

Um problema que se liga aos casos de exclusão da criminalidade na injuria e na diffamação, diz Pessina, é aquelle da injuria á memoria dos extinctos. A injuria ao extincto não pôde de certo feril-o, mas á sua memoria; e aqui surge a antithese, entre o principio da liberdade da historia e o da solidariedade da familia. Foi tradição constante que respeitasse ao herdeiro reintegrar a memoria do extincto. Já na Grecia os herdeiros do ultrajado tinham direito de querelar. O direito romano fazia disto um dever para o herdeiro do extincto — L. 1, § 4, D. *de injur.* L. 6, D. *eod. tit.*

O principio do direito civil *heres sustinet personam defuncti* teve vigor em virtude da tradição e engendrou o conceito de que o herdeiro devia querelar pelos ultrages irrogados á memoria do extincto. Muitos códigos, conservando o silencio sobre a questão, a deixaram insoluta; pelo que a

¹ REV. DE JURISPR., vol. 11, de 1901, pag. 85.

² O DIREITO, vol. 84, pag. 475, fasc. de março de 1901.

interpretação deste silencio levou a soluções oppostas na pratica. ¹

No direito inglez foi admittida a querela para que se provasse por parte dos parentes que se quiz na offensa ao extincto irrogar offensa aos vivos. O mesmo tem logar no direito americano do norte. Uma solução razoavel foi a do codigo portuguez de 1852, que vê-se tambem no codigo toscano de 1853 e no codigo penal de S. Marino, isto é, que o direito de queixa pelo ultrage á memoria dos extinctos respeita sómente aos proximos parentes e aos herdeiros. Esta solução é a do codigo italiano, art. 400. ²

O codigo portuguez vigente reproduz litteralmente o de 1852:

« Art. 417. O crime de diffamação ou de injuria committido contra uma pessoa já fallecida será punido, si accusar o ascendente ou descendente, ou conjuge, ou irmão ou herdeiro desta pessoa. »

O art. 324 do texto do nosso codigo seguiu este quanto ás pessoas, omitindo, porém, o herdeiro. A fonte do codigo portuguez foi o hespanhol, art. 388, a deste a lei das *Sete Partidas*, cuja origem é o direito romano.

Pacheco e Silva Ferrão censuram os respectivos codigos, que pela extensão dada ao direito de queixa ferem a liberdade da historia, suscitando o segundo outras questões, como a da prova da verdade, impossivel em certos casos, etc. ³

Um ultrage á memoria dos *defuntos*, diz Berner, é punido pelo codigo penal allemão, sómente quando se manifeste com a fórma de calumnia (*Verleumdung*).

Verleumdung significa diffamação calumniosa, como resalta do texto do § 189, assim concebido: « Aquelle que, conhecendo a *falsidade* da sua observação ultraja a memoria de um defunto, etc. »

Tambem mesmo assim a punição é muito mais benigna,

¹ Sob o dominio do nosso codigo anterior dizia eu: « penso que a offensa á *memoria dos mortos* não é entre nós um crime e pois não se pôde fallar no caso de satisfação de *damno ex-delicto* »: *Codigo Criminal Brasileiro, Commentario citado*, art. 29, pag. 453, n. 156, *in fine*.

Emittiamos esta opinião e cit.vamos trabalhos a esse tempo referentes á questão :

Como se rege o direito que tem os herdeiros dos offendidos para haverem a indemnisação do *damno* causado, como se amplia ou se limita, que pessoas o podem exercer, que qualidades devem ter; este direito se estende só ás offensas durante a vida, ou tambem ás de *além tumulo*? — *Estudo de E. V. Barrios: O Direito*, vol. 14, pag. 391.

Vid. Dr. Martins Junior, *Theses e Dissertação*, Recife, 1887, pag. 3 e segs. O mesmo, *FRAGMENTOS JURIDICO-PHILOSOPHICOS*, Recife, 1891, Cap. III, pag. 81, o *crime de injuria aos mortos*.

² Pessina, *MANUALE CIT. Part. sec.*, pag. 44 § 44.

³ Silva Ferrão, *OB. CIT.*, vol. 7º, art. 417, pag. 359; Pacheco. *OB. CIT.*, vol. 3º, art. 388, pag. 202.

porque não se trata sinão de uma calúnia por analogia, o que resulta da confrontação daquella disposição com a do § 187.

Si o calumniado morre depois de irrogada a calúnia não podem o conjuge, os pais ou os filhos d'elle exercitar a querela, desde que o direito ao respeito não se herda.

Esta conclusão da doutrina allemã não colhe, porque não ha razão para negar aos superstites a acção, desde que o calumniado talvez não tivesse podido intenta-la e nenhum inconveniente ha em fazel-o emquanto não decorre o prazo da prescripção, tão breve nestes delictos. Adiante ainda veremos a opinião de Suman sobre este ponto.

A seu turno, diz von Liszt, que titular do bem juridico da honra só póde ser o individuo *vivo*. O morto não é mais sujeito de direitos. Com effeito, a denominada injuria aos mortos é sempre injuria aos sobreviventes, não aos membros individuaes da familia a quem porventura caiba o direito, mas á familia, como pessoa collectiva. ¹

Este direito de querelar nestes casos, diz Suman, tem o seu fundamento no facto que com a offensa ao defunto não se lesa um direito deste, mas sim um direito do vivo á respeitabilidade do nome daquelle com quem está ligado por vinculos inalteraveis de familia, de amor e de reconhecimento. O vivo neste caso não exercita o direito de querela em nome de quem não existe mais, porém no proprio nome, porque pelos vinculos sobreditos é elle que tem recebido a offensa, e em relação a elle é que foi consummada a violação do direito, pois que quem não tem mais vida, não tem mais direitos, e não os tendo não póde ser mais passivel de lesão. E este conceito, que suggerê a criminalidade das offensas neste caso, inspirou a idéa de conceder o direito de querela, não sómente na hypothese da offensa á memoria do morto, como *tambem naquella* em que offendido o individuo *em vida, morra antes* de querelar, pois que neste caso, si o herdeiro podesse querelar em virtude de representação, teria sido necessario prescrever que isto podesse ter logar, quando o offendido durante a vida não tivesse demonstrado uma vontade contraria á querela, como se poderia deduzir de ter deixado de correr algum tempo sem intental-a. ²

O nosso cod., portanto, art. 324 do texto, andou mal avisado omitindo o direito do herdeiro de dar queixa, no caso em que o morto não a tivesse intentado.

Em todo o caso a variedade na doutrina mostra quanto ella é controversa nos codigos e nos autores.

¹ Berner, OBR. CIT., pag. 379, letra t; von Liszt, OBR. CIT., 2º vol., pag. 73, n. 2 e not. 4.

² Crivellari e Suman, OBR. CIT., 7º vol., art. 400, pag. 1190, n.º 213.

Os escriptores francezes e italianos, observa bem Costantino Castori, que se occupam do direito de queixa, examinam todos mais ou menos largamente a questão de saber si possa elle ter logar por injuria irrogada a um defunto.

Antes porém de responder á questão é indispensavel ver si a injuria irrogada a um defunto constitue crime.

Pela affirmativa, se adduz que, ainda além da vida, o homem tem direito á tutela da sua honra.

Pela negativa, d'um lado se observa que é absurdo conceber um crime em damno de pessoa que não existe mais, e d'outro lado se invocam os direitos da historia que seriam seriamente ameaçados.

A mim parece, diz elle, que a resposta possa dar-se nestes termos:

« Ou a intenção do escriptor não foi perversa e fica impune, ou quiz, offendendo o morto, causar o resentimento de pessoa viva e em tal caso seja punido mediante querela da pessoa sobre quem recahe a offensa endereçada ao morto, ou finalmente o escriptor quiz desafogar o seu odio e a sua vingança, não respeitando a paz do sepulchro, e esta culpa será grave, um acto profundamente immoral, mas não um crime. Inflija-se-lhe o desprezo publico, a lei não póde feril-o, como não póde ferir tantos outros actos immoraes. »

Estas distincções, que eu propugnaria *de lege condenda*, me parecem tambem accetaveis perfeitamente em face da lei vigente.

(O art. 324 do nosso texto admittê a mesma interpretação.)

O art. 400 do codigo italiano dispõe que si os delictos de diffamação e injuria são commettidos contra a memoria d'um morto podem dar querela o conjuge, etc...

Como o vivo tem o direito de dar queixa no proprio nome e não em nome do defunto, assim tem igualmente o direito de constituir-se autor (parte civil) no proprio nome para o fim de obter o resarcimento do damno que por via indirecta se lhe tem querido causar e se lhe tem effectivamente causado.

Para formar a materia da indemnisação concorrerão todos aquelles tres elementos, nos quaes com tanta perspicacia Carrara dividiu o sentimento da honra, a saber, o senso da propria dignidade, a estima e a boa opinião d'outrem e as vantagens materiaes que esta estima e esta boa opinião procuram.

Ora bem. Ninguem poderia negar que quando se diz, por exemplo, d'um defunto que elle se enriqueceu furtando, o filho não deixe de soffrer essa triplíce forma de damno.

E' admissivel a *exceptio veritatis* na offensa contra os mortos?

A questão é controvertida, mas a affirmativa se impõe, por não haver razão procedente para negal-a.

Os melhores autores italianos só não a admittem nos termos do art. 394, n. 2º, isto é, no caso em que « pelo facto attribuido á pessoa offendida se abra ou inicie contra ella um processo penal » — pois que neste caso extingue-se a acção pela morte do réo ou indiciado.

Esta solução adapta-se ao nosso codigo, mesmo no caso do art. 318, letra *a*; do contrario seria mister decidir tambem que não seria admittida a excepção da verdade, quando se tratasse de funcionario publico que já houvesse deixado o logar, *post officium*.

Nada ha no nosso codigo que contrarie a doutrina que seguimos neste ponto do problema.

A' esta questão liga-se a chamada da *liberdade ou direitos da historia*, sobre a qual observa Majno, que ella se resolve remontando áquelle elemento essencial do delicto de injuria e diffamação, que é o *animus injuriandi*. Quem refere as cousas daquello modo que á sua critica e segundo as suas informações lhe parecem mais conformes á verdade não pôde ser incriminado; não deve, diremos com Carrara, palpitar do proprio perigo quem serve á Patria, registrando os feitos, bons ou máos, de seus chefes, dos seus magistrados, dos seus administradores extinctos.

Mas uma vez reconduzida a questão dos direitos da historia ao animo de injuriar, assim como aquelles não se poderia invocar para uma diffamação abertamente calumniosa ou maligna, simples pretexto de vindicta ou baixa animosidade, não cremos accetaveis algumas limitações ensinadas pelo mesmo Carrara.

Elle restringe a impunidade a quanto se refira aos actos da vida *publica*, e esta restricção não pôde ser acceita pela razão particular de que, tratando-se de direitos da historia, assim como alguma vez o elogio da pessoa publica se acompanha da adulação da vida privada (e desta adulação é só a historia que se poderia lamentar), tambem é preciso deixar livre o caminho á verdade inteira em toda sua extensão.

Ensina elle tambem, dever-se distinguir as offensas *verbaes* das *escriptas* e diz que para as primeiras seria ridiculo perorar pela sua impunidade, sob pretexto da independencia da historia : a questão aqui não seria nem mesmo apresentavel. ⁴

Pois bem : responde Majno, é este um meio assás material e muito acanhado de entender a historia. A historia tambem pôde ser feita em uma lição da cadeira ou em

⁴ Carrara, PROGRAMMA CIT., *Part. Spec.*, 3º vol., §§ 1821 e 1822, pag. 211.

uma conferencia publica : nem este caso offerece condições substanciaes diversas daquellas da historia escripta. ¹

188. A disposição do art. 325 do texto contém uma aggravante, cuja origem está no codigo anterior, art. 246.

Si o codigo no § 10 do art. 39 já considerava o factio aggravante geral, não havia uma razão de peso para convertel-o aqui em aggravante *especial*, aliás de prova difficillima.

Nós, tratando da responsabilidade dos autores de *escriptos* criminosos, dissemos, commentando a *parte geral* do Codigo Penal o seguinte :

« Mas não poderia, por exemplo, figurar um de *mandante* e outro de *mandatario*, pois que só este seria responsavel nas condições expostas, incorrendo, si tivesse tido paga ou promessa para commetter alguma calumnia ou injuria, além das outras penas, mais na do decuplo dos valores recebidos, na fórma do art. 325. »

Como ha de parecer que a nossa opinião então emittida era muito absoluta, por isso a accentuamos aqui, dizendo que a hypothese, mesmo de accordo com os principios geraes que alli expuzemos, só é verificavel, quando occupem *mandante* e *mandatario* o mesmo plano, v. g. como autores, editores, etc., segundo o Codigo Penal, art. 22.

Esta limitação está feita, embora de modo que não parecerá claro antes da passagem a que alludimos. ²

TITULO IX

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE

CAPITULO I

DO DAMNO E DA USURPAÇÃO

CÓDIGO

Art. 326. Destruir, ou inutilisar livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos; autos e actos originaes de autoridade publica; livros commerciaes, e em geral todo e qualquer papel, titulo, ou documento que sirva para fundamentar, ou provar direitos, sem haver lucro ou vantagem para si ou para outrem :

Penas — de prisão cellular por dous mezes a um anno e multa de 5 a 20 % do damno causado.

Paragrapho unico. Si o crime for commettido auferindo o delinquente proveito para si ou para outrem :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do damno causado ou que poderia causar.

¹ Florian e Costantino Costori, *apud* Cogliolo, 2º vol. Part. II, pag. 824, § 6º, n. 150 *bis*; Part. IV, pag. 242, n. 46; Majno, *OB. CIT.*, 2º vol. art. 400, pag. 253, ns. 2524 e 2525.

² *CODIGO PENAL*, *CIT.* 1º vol., n. 38, pag. 178; n. 39, pag. 185.

Art. 327. Demolir, ou destruir, de qualquer modo, no todo ou em parte, edificio concluido, ou somente começado, pertencente á Nação, Estado, municipio ou a particular :

Penas — de prisão celllular por um a quatro annos e multa de 10 a 20 % do damno causado.

Art. 328. Destruir, abater, mutilar, ou damnificar monumentos, estatuas, ornamentos ou quaesquer objectos destinados á decoraçào, utilidade ou recreio publico :

Penas — de prisão celllular por seis mezes a dous annos e multa de 5 a 20 % do damno causado.

Art. 329. Destruir ou damnificar cousa alheia, de qualquer valor, movel, immovel, ou semovente :

Penas — de prisão celllular por um a tres mezes e multa de 5 a 20 % do damno causado.

§ 1.º Si a destruição ou damnificação for de cousas que sirvam para distinguir ou separar os limites da propriedade immovel, urbana ou rural ;

§ 2.º Si para desviar do seu curso agua de uso publico ou particular :

Penas — de prisão celllular por um a seis mezes e multa de 20 % do damno causado.

§ 3.º Si o facto for praticado com violencia ou ameaça contra a pessoa, ou por mais de duas pessoas, com armas ou sem ellas :

Pena — a do art. 356.

COMMENTARIO

189. Este titulo IX corresponde aos titulos XII e XIII do codigo que separou os crimes contra a propriedade dos crimes contra a pessoa e a propriedade, divisão antiquada e injustificavel hoje.

Todos os projectos de revisão seguiram orientação diversa, catalogando os crimes que aqui devem ser enumerados, sob o titulo unico de *crimes contra a propriedade*.

Assim no projecto primitivo diziamos :

« Sob esta inscripção collocamos todas aquellas classes de crimes, cujo titulo predominante é a lesão do direito de propriedade.

E' inaceitavel neste titulo a classificação do codigo de 1830, que o de 1890 não renovou.¹

Faremos considerações geraes sobre os crimes deste titulo para depois passarmos á materia especial do primeiro capitulo.

A individualidade humana, diz Pessina, não pôde affirmar-se no mundo como verdadeira senhora de si mesma, sem uma esphera de actividade exterior que constitue o seu *patrimonio*; e si se deve evitar as exagerações do individualismo, que representa por si só a lucta de todos contra todos, o principio social não é chamado a abolir a proprie-

¹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO de 1893, pag. 24.

dade individual, mas a limital-a e a coordenal-a com todos os interesses legitimos da conveniencia humana.

Uma nota commum informa todos os modos de delinquir contra a *actividade patrimonial* do homem e é aquella da *diminuição da utilidade* dos bens *exteriores*; ella se caracteriza com o *damno* que não toca a pessoa em si, mas na sua esphera de actividade sobre as cousas dotadas de valor.

Assim a diminuição do patrimonio de outrem é o objecto de todo crime patrimonial.

Mas não basta para constituir o crime patrimonial a diminuição da utilidade das cousas pertencentes ao patrimonio.

O *damno patrimonial* não póde por si só assumir a fórma de *crime*; e para distinguil-o daquelle *damno* que dá logar sómente a uma *reparação civil*, é mister que os meios empregados para essa diminuição superem as cautelas ordinarias que a lei deixa á diligencia dos interessados para manter incolume o direito proprio; porque então a força individual vence a propria força do Direito.

E assim surgem as fórmas historicas do *furto*, do *roubo*, do *damno*, da surpresa ú boa fé de outrem, etc. Assim para o delicto patrimonial, o elemento de incriminação consiste em ser causa do facto da diminuição do patrimonio de outrem um operar illegitimo que vença as cautelas firmadas pelo Direito para prevenir a aggressão aos bens de outrem.

Do principio que uma nota commum a todos os crimes patrimoniaes é a diminuição do patriotismo de outrem, derivam varios corollarios:

1.º E' mister que a actividade do delinquente opere não sobre a sua propria cousa, mas sobre uma *res aliena*; assim que os jurisconsultos romanos póderam dizer: *furtum rei nostræ facere non possumus*; mas isto é verdade emquanto se trata de direitos puramente patrimoniaes, não daquelles nos quaes se ataca a um tempo os haveres e a pessoa d'outrem. E pela *res aliena* se entende alguma vez ainda a *res propria*, mas sujeita a limitações juridicas, e tambem a *res communis* a mais individuos — Cod. Pen., arts. 330 e 334.

2.º Não basta que se tenha operado sobre a *res aliena* para se ter o delicto patrimonial; é mister que se tenha operado sobre ella *invito domino*, isto é, contra a vontade do dono, do senhor; e este disseoso se presume sempre que se operem sobre as cousas de outrem, salvo a prova em contrario.

3.º Este operar sobre a cousa de outrem e contra a vontade do proprietario deve ter sido presente como tal á *consciencia*, antes de traduzir-se num facto objectivo exterior; com esta condição se tem a plena *conscientia criminis*, se tem o dolo especifico do delicto patrimonial — Cod. Pen., art. 330.

4.º Si é proprio do delicto patrimonial o facto de damnificar o patrimonio de outrem, a intensidade maior ou menor deste damno influe para determinar a maior ou menor intensidade criminosa do facto que viola o direito patrimonial, donde o valor da cousa de outrem que o delicto prejudica pôde ser causa de atenuação ou de aggravação (cod. pen., art. 330).

5.º O vinculo de solidariedade da sociedade domestica exercita sobre os delictos *patrimoniaes* uma efficacia contraria áquella que elle exercita sobre os delictos contra a *pessoa*; e em nome, não já do condominio, mas em nome da unidade superior, em que se fundem como uma só personalidade as pessoas dos parentes uma antiga tradição firma a impunidade para os delictos patrimoniaes entre os proximos parentes, o que não apaga objectivamente o delicto, mas o annulla só relativamente ao sujeito agente (cod. pen., art. 335).

6.º O arrependimento efficaz pôde se verificar no delicto patrimonial escoimado de mescla com outras formas de delinquencia; e elle no direito positivo (cod. ital., art. 432) dá logar á diminuição de pena.

A diminuição criminosa do patrimonio de outrem se differencia em duas categorias: aquella dos delictos de locupletação illegitima e aquella dos delictos em que se mira não ao proprio lucro, mas á offensa ou injuria de outrem.

Pertencem á primeira categoria o *furto*, o *roubo*, a *extorsão*, o *estellionato*, a *usurpação*, etc.; pertencem á segunda todas as damnificações á propriedade de outrem feitas com *animo de injuriar* ou offender, *damnum injuria datum*.¹

190. Já se vê por esta classificação que o nosso cod. pen. collocou mal este cap. I *do damno*, que devia occupar o ultimo logar no titulo, como está no cod. ital., seguido até certo ponto pelos projectos de revisão que collocam a usurpação e o damno em penultimo logar, antes dos crimes contra a propriedade litteraria, artistica e industrial.

Justificando o projecto de 1893, apenas dissemos em relação a este capitulo: *o damno e usurpação* se referem, aquelle a factos que não importem *perigo commum*, objecto de titulo *especial*, e esta, a certos actos civis que, por seu character *violento* ou *fraudulento*, os nossos codigos anteriores puniam como crimes quasi todos.²

No titulo V deste commentario tratando dos crimes contra a *incolumidade publica*, nos referimos á materia deste cap. (v. I, pag. 170, ns. 55 a 60).

¹ Pessina, MANUALE CIT. Part. sec. pag. 49, § 47.

² EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 24.

A todos os delictos contra a propriedade de que o nosso código se occupa nos capitulos posteriores se contrapõe o *damno* (*damnum injuria datum*).

Elle tem de commum com os outros crimes patrimoniaes os tres caracteres de incidir sobre a cousa de outrem, de agir-se contra a vontade do dono, e da consciencia destes dous elementos objectivos.

Mas delles todos se distingue, porque nestes é causa motriz o *lucro illegitimo*, e esta causa exactamente falta no *damno*.

Mas nem todo *damno* que se causa ao patrimonio de outrem constitue o delicto de *damno*.

Não cumprir as proprias obrigações pôde causar *damno* patrimonial áquelle para com o qual se está obrigado por lei ou por contracto a dar ou fazer alguma cousa. Entretanto isto não é delicto de *damno*. Este tem como condição essencial um detrimento directo causado á uma ou mais das cousas singulares que fazem parte do patrimonio do homem, seja destruindo, seja deteriorando o que pertence a outrem.

Além disto a locução romana *damnum injuria datum* exprime adequadamente o conceito do *damnum non jure datum*.

O *damno* desde o direito attico foi considerado como punível.

No direito romano, si a formula decemviral fallava sómente do *resarcimento*, mais tarde a *Lex Aquilia* considerou como *delictum privatum* o *damnum injuria datum*, e desde que o *damno* era commettido por multidão de homens ou punha em perigo a vida tinha logar o juizo publico.

No direito germanico o *damno* voluntario nem sempre, mas em alguns casos especiaes de perturbação da paz, era considerado como punível.

No antigo direito italiano o *damno* era punido com penas pecuniarias, mas quando se tratava de *damno* ingente ou tal de pôr em risco a vida das pessoas, a punição delle era gravissima.

O direito inglez enumera muito minuciosamente os varios casos de *damno*, sem deixar de ajuntar a formula geral do *damno*, *damage*.¹

Os codigos allemães enunciam em forma generica ou complexa a destruição ou deterioramento de cousa pertencente a outrem.²

O codigo francez e os codigos italianos enumeraram

¹ Seymour Harris, OBR. CIT., cap. 6º, pag. 190; Stephen, OBR. CIT. cap. 48, pag. 362.

² Von Liszt, OBR. CIT., 2º vol. pag. 260, do *damno real*.

varias formas de damnos, mas comprehendendo entre elles aquelles damnos ingentes que não se limitam ao estrago ou deterioração de uma cousa só, mas se manifestam em larga esphera, e não attentam só contra os bens, mas incluem damnos ou perigos para a vida.

Assim o cod. de 1859 abraçava a um tempo sob a denominação de *damno voluntario* os crimes gravissimos de perigo commum (*incendium, ruina, naufragium*) e o damno limitado « á destruição ou á deterioração que de qualquer modo se cause á uma cousa movel ou immovel da pertença (*spettanza*) de outrem.

Esta hypothese foi pelo cod. italiano vigente segregada dos factòs criminosos de perigo commum e de damno ingente ás pessoas e aos haveres e constitue a substancia de facto do delicto de damno puramente patrimonial. Nestes limites surgem varias figuras do delicto de damno.

Os projectos de revisão seguiram o cod. italiano.

O nosso cod. penal, porém, nos artigos do texto deste capitulo, á excepção do art. 329, que consagra uma fórmula geral e no qual acostou-se ao cod. italiano, teve como fonte o nosso codigo anterior, arts. 167, 178, 265, 266 e 267, já alterados em 1890, data do codigo vigente, pela lei n. 3311, de 15 de outubro de 1886, arts. 1º, 2º e 3º.

A fonte, quer do codigo anterior, quer da lei de 1886, foi o cod. francez.

No nosso *ante-projecto de nova edição official do codigo anterior* (inedito) de 1889, compilamos nesta parte as relativas disposições da mesma lei que figuram agora no texto do capitulo.

Aqui a ordem dos artigos do codigo não é a melhor, porque o art. 329 devia preceder a todos os outros, mas guardaremos essa ordem.

E como o primeiro artigo do texto, o 326, pela melhor doutrina não devia ter aqui a sua collocação, ou antes, a respectiva disposição não constitue o crime de damno; faremos algumas observações preliminares que suggere tambem a sua fonte primitiva, isto é, o codigo francez, art. 439.

Sobre a natureza e o caracter da *destruição de titulos*, objecto do art. 326 do texto, diz Garraud, dous systemas dividem as legislações.

Uns vêem neste acto delictuoso uma especie de *falsidade*, a falsidade *por suppressão de titulo*, quer porque o fim do agente é occultar a verdade, quer porque o effeito prejudicial do acto consiste, não sómente em dar á falsidade a apparencia da verdade, mas em destruir a prova juridica de um direito que se tem a intenção de contestar.

E' o systema do cod. pen. italiano art. 283, referente á falsidade nos escriptos ou papeis, como era o systema do cod. pen. toscano.

Sem negar que a suppressão de um titulo possa ter como resultado attingir e paralyzar o systema das provas, outras legislações partem de um ponto de vista differente.

A falsidade não consiste sómente em occultar a verdade, fazendo desaparecer a prova de um dircito; consiste *essencialmente* em *crear um documento novo*, fabricando um titulo falso, ou alterando um titulo verdadeiro. E' em razão deste character que a criminalidade objectiva e subjectiva da falsidade é maior do que a criminalidade da destruição do titulo e que uma assimilação destes dous delictos, na mesma repressão, nos parece excessiva.

Por um outro lado tem o inconveniente capital de não punir a destruição ou a suppressão do titulo, sinão quando a verdade e a validade do documento destruido ou supprimido tem sido previamente estabelecidas por provas legaes.

O conceito francez que se liga ao facto material da destruição ou da suppressão e vê ahi uma especie de *damnum injuria datum*, é, pois, mais conforme ao character juridico do acto incriminado. ¹

Estas razões não convencem e melhor avisados andaram o nosso codigo anterior, art. 167, 3º alinea, talvez, no artigo 265 e os nossos recentes projectos de revisão, considerando o facto como falsidade e só falsidade, e não como damno.

Aliás, já a este ponto alludimos no tit. 6º deste commentario (V. I, pag. 268, n. 87).

101. Garraud compara ou approxima a disposição parallela á de alguns outros artigos semelhantes do nosso codigo, o que vamos resumir.

O art. 439 (326 do texto) pune toda destruição de titulo ou papeis enumerados.

Elle constitue, portanto, a *disposição commum* que será applicada na ausencia de qualquer derogação expressa e formal da lei:

a) Assim do mesmo modo que o cod. francez, art. 173, pune os funcionarios publicos que destroem ou supprimem actos ou titulos de que são depositarios, o nosso codigo nos arts. 208, n. 5, 209, n. 4, 221 e 223 pune os funcionarios que os tirarem ou não derem conta delles, os consumirem e extraviarem, conforme vimos nos titulos IV e VI deste commentario, como pontos correlatos ainda com o art. 333. (V. I, pags. 140, 166 e 268, ns. 45, 54 e 87.)

O art. 323 do texto, conforme o cod. francez artigo 439, pune o mesmo facto, mas commettido por qualquer pessoa, e sem que o deposito ou archivamento da peça seja uma condição do delicto.

b) Os citados arts. 208, n. 5, 221 e 223, correspondentes ainda ao 255 do francez, punem os factos ahi enumerados.

¹ Garraud, Obr. cit., vol. 5º, pag. 643, n. 657.

c) O art. 362 do nosso código, paralelo ao 400 daquelle, pune a extorsão por violencia do acto que importe effeito juridico ou aniquilamento de taes actos. Entretanto, o art. 326 do texto não prevê, nem pune os meios pelos quaes o autor terá obtido a peça, mas sómente o resultado, isto é, o facto da destruição do titulo.

d) No art. 338, n. 6, e paragrapho unico, paralelo aos arts. 405 e 403 do francez, o que se incrimina é o artificio fraudulento pelo qual o agente tem procurado o titulo, ou o desvio que elle tem operado do titulo que lhe tinha sido confiado; o art. 326 do texto não tem logar diante de uma obtenção fraudulenta do titulo, mas quando delle tem havido supressão (n. 214).

e) Finalmente, não é mister confundir a especie do art. 326 do texto com a do furto de titulos e papeis especialmente prevista no art. 333 e paragrapho unico (n. 205).

Os elementos constitutivos do crime previsto no art. 326 do texto são: 1º, um facto de *destruição* ou *inutilisação*; 2º, que este facto verse sobre uma das cousas enumeradas no artigo; 3º, que esta cousa, isto é, escripto ou papel sirva para fundamentar ou provar direitos; 4º, que a destruição tenha sido voluntaria.

Conforme Chauveau e Hélie, e nisto concordam Blanche e Garraud, é mister que de facto a destruição seja consumada e que esta destruição, que póde não ser sinão parcial, como a dilaceração, tenha tido por effeito aniquillar o titulo, tirar-lhe sua força obrigatoria.

A destruição é a consumação do crime, ainda quando o agente não consiga attingir o objectivo desejado, como, por exemplo, rasgar um testamento para evitar que succeda o herdeiro instituido.

Entre nós, ao contrario do código francez, o art. 326 admite sempre a *tentativa*, porque nós não fazemos distincção entre crime e delicto.

Tambem por essa razão não se deve fazer distincção entre os papeis enumerados no art. 326 do texto, como faz o direito francez.

E' mister que os actos conttenham ou operem obrigação, disposição ou quitação, que é o que querem dizer as palavras do texto, que sirvam para provar ou fundamentar direitos.

Finalmente é mister que a destruição tenha sido commettida voluntariamente, isto é, com a intenção de prejudicar, é o elemento moral do delicto, a condição de criminalidade do facto.

Blanche, de accordo ainda com os outros autores citados, pergunta si a incriminação deixaria de existir si o escripto destruido era nullo pela irregularidade da sua forma ou por incapacidade da pessoa de quem emanasse, e si, por conse-

guinte, não continha nem operava obrigação, disposição ou extinção de direitos?

E responde que no caso em que o acto destruido é tão radicalmente nullo que deva ser considerado como inexistente, a infracção não terá logar. Será o contrario, si o acto não estiver inquinado sinão de uma nullidade que possa ser coberta ou supprida. ¹

Esta solução rigorosamente juridica não póde deixar de ser acceita como interpretação do nosso codigo.

O paragrapho unico do art. 326 do texto consagra uma aggravante que eleva ao quadruplo a pena do crime previsto, como diz a disposição: «si o crime for commettido *auferindo* o delinquente *proveito* para si ou para outrem.»

A fonte da disposição foi a citada lei n. 3311, de 1886, art. 2º, § 1º, compilada sob o art. 291 do nosso *ante-projecto*, mas que o codigo alterou, porque a lei mandava applicar as penas do *furto* ou *roubo*, conforme as circumstancias que se dessem.

Aqui realmente o titulo predominante seria melhor um desses, ou o estellionato ou qualquer fraude, avisinhando-se esta mais da *falsidade*, do que do titulo de damno e nunca este ultimo titulo.

Do que dissemos agora e anteriormente, conforme as referencias que fizemos, vê-se que a especie do art. 326 do texto está mal caracterisada como damno, não obstante a sua velha fonte seguida pelo codigo belga, art. 527. Tratamos adiante da acção (us. 197 e 259).

192. Passemos aos arts. 327 e 328 do texto, cuja fonte foi o codigo anterior, art. 178, alterado pelo art. 3º, *in fine*, da citada lei n. 3311, de 1886, disposições compiladas no citado *ante-projecto*, arts. 183 e 292, conforme se tratava de construcções publicas ou particulares, de accordo com o codigo anterior e a mesma lei, pois que esta só alterou a penalidade daquelle.

A fonte primitiva foi o codigo francez, arts. 257 e 437, imitados pela belga, arts. 521 e 526.

Trata-se aqui, como diz Garraud, da destruição de propriedades immoveis operada por outro qualquer modo que o incendio ou a explosão de uma mina. E¹, pois, a disposição geral e de direito commum, constituindo os arts. 434 e 435 do codigo francez a disposição excepcional.

O nosso codigo, art. 327 do texto, entretanto diz: — *de qualquer modo* — quando isto não é exacto porque si o meio fosse o incendio, a explosão e a inundação, regulariam os arts. 136 e seguintes no tit. V deste commentario, onde

¹ Garraud, OBR. CIT. vol. 5º, pag. 650, n. 659; Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 191, n. 2625; Blanche & Dutruc, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 693, n. 581.

fizemos a distincção entre os crimes deste e os do presente titulo (V. I, pag. 181, n. 58).

A existencia do crime aqui está subordinada a tres elementos ou caracteres correlativos ; 1º, que haja um facto de demolição ou destruição em todo ou em parte ; 2º, o facto deve ter como objecto uma das cousas enumeradas no art. 327 do texto ; 3º, deve ter sido commettido voluntariamente.

O facto material incriminado, como dizem ainda Chauveau e Blanche, é a *destruição*, o *desabamento* ; estas expressões implicam a ideia de uma *demolição*, de uma *ruína*, total ou parcial, de edificio, isto é, de um acto grave, causando, quando elle é consumado, um *damno definitivo* á propriedade.

O art. 257 do codigo francez, paralelo ao nosso art. 328 do texto relativo aos monumentos publicos, prevê a sua *mutilação* ou *degradação*, o que não é evidentemente a mesma cousa, diz Garraud, que a sua destruição ou demolição.

Entretanto o nosso codigo, pela redacção do art. 328 do texto, obscureceu a figura nelle prevista, repetindo a palavra *destruir* do art. 327 e accrescentando *abater*.

No art. 327 o nosso codigo só falla de *edificio*, não tendo empregado ao menos uma expressão mais generica, v. g. de *construcção*, quando pôde ser um *dique*, uma *ponte*, uma *calçada*, uma *muralha*, etc.

Os objectos devem ter o caracter de *construcções* :

a) entende-se por estas, todas as obras feitas pela mão do homem, não com um fim de decoração (hypothese do art. 328), mas com o fim de utilidade publica ou particular, que ellas assentem sobre o solo ou descancem sobre estacaria ou barrotes, uma vez que o estado em que se acham possa fazel-as considerar como verdadeiras construcções ;

b) consequentemente todas as cousas que não são immoveis, tivessem embora o caracter de construcções como as embarcações, não estão comprehendidas no art. 327 do texto. O art. 437 do codigo francez, depois da reforma da lei de 13 de maio de 1863, comprehende as machinas a vapor e por isso admira que servindo de fonte á nossa lei n. 3311, de 1886, e ao vigente codigo, ambos as omittissem.

O terceiro elemento do crime é que o facto tenha sido praticado *voluntariamente*, isto é, ao mesmo tempo com o *conhecimento* de que a cousa destruida pertencia a outrem e com a *intenção* de consumir a destruição pelo meio que tem sido empregado, sciente e voluntariamente ; o movel do acto aqui como *aliunde* é indifferente, a lei se preoccupa do que se faz, e não do porque se faz ; seria, portanto, inutil indagar si o crime foi commettido por perversidade, odio ou vingança.

A' disposição do art. 327, que acabamos de commentar, se liga a do art. 328 do texto.

Sobre sua fonte primitiva, código francez, art. 257, diz Garraud, ainda, que o Estado colloca sob sua tutela especial, sob uma especie de *custodia publica*, os monumentos, estatuas e outros objectos destinados á *utilidade e decoração publicas*, de sorte que independentemente dos delictos contra a propriedade, de que as cousas pertencentes ao Estado podem ser objecto, existe na maior parte das legislações uma categoria especial de delictos, que se caracterizam, menos por um damno causado á propriedade do que por uma offensa causada aos interesses geraes da cidade.

O elemento *material* do delicto, conforme o art. 328 do nosso texto, é o facto da destruição, abatimento, mutilação ou damnificação dos objectos enumerados no mesmo artigo.

Mas trata-se, bem entendido, de actos *intencionaes*. A disposição não é applicavel a factos commettidos por negligencia ou imprudencia, ou sem máo desígnio.

O art. 328 do texto protege todos os objectos destinados a decorações, utilidade ou recreio publico.

Por conseguinte, não são sómente as obras de arte que a lei defende contra actos de vandalismo, são os monumentos, estatuas e *outrós objectos* que, sem ter mesmo qualquer character artistico, tem sido levantados, de um modo temporario ou permanente, para utilidade de todos.

Assim ella é applicavel, conforme a jurisprudencia franceza, ao estrago de *victorios* e de aparelhos telegraphicos, quando do resto o serviço destes ultimos não tem sido interrompido; casos, porém, previstos mesmo em qualquer hypothese, pelo art. 153 do nosso código.

Entre os *outrós objectos*, cujo estrago é punivel, é mister comprehender aquelle que tem um destino mesmo religioso, v. g. os estandartes fixados em um mastro, ou em um edificio ou casa particular, as cruces e quaesquer outros signaes e objectos de cultos erigidos no exterior dos templos.

Não são sómente os monumentos, estatuas e outros objectos levantados directamente pela autoridade publica, mas ainda aquelles que não tem sido levantados si não com sua autorisação, por particulares, cuja damnificação é punivel. O destino de um monumento e o concurso expresso ou tacito da autoridade publica são as duas condições que motivam a protecção especial da lei. E o art. 328 do texto diz: « quaesquer objectos *destinados* á decoração, utilidade ou recreio publico ».¹

193. A ultima disposição do cap. é a do art. 329 do texto e talvez a mais importante, porque consagra uma

¹ Garraud, *OBR. CIT.*, vol. 4º, pag. 46, n. 44; vol. 5º, pag. 638, n. 611; Blanche, *OBR. CIT.*, vol. 6º, pag. 664, n. 549; Chauveau e Hélie, *OBR. CIT.*, 6º pag. 136, n. 2573.

formula geral, por isso devendo ter precedido as outras especiaes, relativas ao *damno* e tambem á *usurpação*, que está mesclada como ella nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 329, e cuja fonte foram o cod. ant. arts. 266 e 267 alterados pela cit. lei n. 3311 de 1836, art. 1º §§ 1º e 2º compilada neste ponto no nosso *ante-projecto*, art. 29).

Aqui o systema do nosso cod. afastou-se inteiramente do francez, para seguir o do italiano, cujo art. 422 lhe serviu de fonte especial ao § 2º do art. 329 do texto na sua disposição sobre *aguas*, que não figurava em nosso direito positivo anterior, sinão no principio geral do artigo correspondente em parte ao art. 266 do cod. ant. e na disposição especial do § 1º correspondente ao art. 267, que a cit. lei additou, no § 2º do art. 1º, additamento — porém que o § 1º do art. 329 omittiu.

A formula geral porém deste artigo é a mesma do ital., art. 424, com a differença que este, em vez de incluir nella as cousas *semoventes*, como fez o art. 329 do texto, 1ª parte, estabeleceu varias modalidades e entre estas a da morte e damnificação de *animas* no art. 429.

Os projectos de revisão seguiram esta ultima rota, o de 1899, art. 349.

O art. 329 do texto diz na sua primeira parte:

« *Destruir* ou *damnificar*, cousa alheia, de qualquer valor, *movel*, *immovel*, ou *semovente*. »

O cod. ital. na disposição parallela diz:

« Art. 424 Aquelle que *destrõe*, dissipa, estraga ou de qualquer modo *deteriora* cousas *moveis* ou *immoveis* d'outrem » etc. . .

Por esta definição do *damno*, muito semelhante áquella, vê-se, segundo Suman, que são necesarios á existencia do crime os seguintes elementos : 1º, que haja um *damno* ; 2º, que verse sobre cousas *moveis*, *immoveis* ou *semoventes* (segundo o nosso art. 329) ; 3º, que o factio *damnoso* seja voluntario.

Conforme o artigo do texto, deve haver destruição ou qualquer *damno*, por mais tenue que seja o prejuizo, ainda que não possa ter valor sinão o de affeição, demonstra bem Suman.

E para distinguir este crime dos outros contra a propriedade é mister que o agente, *damnificando* a cousa, não a torne sua, caso em que o factio constituiria furto, roubo ou crime semelhante.

A cousa deve necessariamente pertencer a outrem, ao menos em parte. De factio, como póde excluir-se o delicto, pelo simples factio que a cousa pertencesse tambem ao culpado, si *damnificando* isto que é seu, causa *damno* aquillo que a outros pertence? Logo, haverá crime na *damnificação* das cousas *communs*. Para ser irresponsavel, quem causa

damno á uma cousa deve ter sobre a mesma dominio absoluto

Emfim, o damno deve ser querido, pois que quando é causado por simples culpa dará lugar á acção civil, mas não á penal.

Esta vontade deve ser directa em relação ao facto e reunida á sciencia de que a cousa damnificada pertence a outrem.

Quando, porém, o damno é doloso, diz Majno, é indifferente que o movel particular do culpado seja o odio, a vingança ou injuria, tomada esta palavra no seu mais amplo significado. E com este criterio nós consideramos dever-se conciliar as varias sentenças que alternadamente declararam não necessario o fim do odio, ou de vingança ou de injuria.

Exige-se, por outras palavras, a vontade de damnificar, qualquer que seja, em summa, o sentimento reprovado ao qual se entenda dar desafoço.

A seu turno, doutrina Puglia não ser necessario que a cousa tenha um valor economico para haver delicto e por isso o legislador tem justamente estendido a protecção legal á qualquer cousa, como o nosso, *sem* fazer restricção alguma.

A cousa, portanto, deve ser da *pertença (spettanza)* d'outrem no todo ou *em parte*; o que, noutros termos, importa dizer que o delicto só póde ser excluido, quando aquelle que destróe, deteriora, etc., uma cousa movel ou immovel tenha um dominio absoluto sobre ella. ¹

O damno merecia aqui no nosso cod. pen. outras modalidades, algumas das quaes estão comprehendidas no principio geral do art. 329 do texto, mas outras não estão e as que possam achar-se prevenidas deviam ter outra penalidade.

Os projectos de revisão e o de 1899, arts. 349 e 352, suppriram as lacunas, aliás, sobre factos frequentes nas regiões agricolas e criadoras do nosso paiz.

Inserimos em nota as disposições para dar uma idéa da cousa. ²

O cod. ital., arts. 426 a 430, inclue as especies alludidas dos projectos e ainda outras que elles omittiram por serem

¹ Crivellari, OBR. CIT., vol 8º, art. 424, pag. 334, n. 161; Majno, OBR. CIT., art. 424, vol. 2º, pag. 381: n. 2708; Puglia, *apud* Cogliolo, OBR. CIT. vol. 2º. Part. II, A, pag. 529, n. 4.

² Projecto de 1899:

« Art. 349. Matar, extraviar, mutilar ou tornar imprestavel, sem justa causa, qualquer animal alheio:

Pena — prisão com trabalho por um a tres mezes.

Art. 352. Soltar, abandonar, ou introduzir animal na propriedade alheia, sem ter obtido para isto o necessario consentimento:

Pena — prisão com trabalho por vinte dias a dous mezes. »

menos frequentes e nossas circumstancias peculiares relativamente aos factos correspondentes não aconselharem a sua adopção, como por exemplo: *entrar arbitrariamente* nas terras alheias fechadas por vallados, cercas nativas ou outras; *caçar* em terras alheias, quando o proprietario pelos modos estabelecidos tivesse prohibido isso e por meio de signaes adoptados fosse patente a prohibição; e alterar ou emporcalhar cousas moveis ou immoveis d'outrem.

A materia do capitulo até aqui refere-se exclusivamente ao *damno*, palavra unica que emprega a epigraphe do nosso cod. pen., mas á qual accrescentamos — e da *usurpação* — porque realmente, os casos dos §§ 1º e 2º do art. 329 do texto são de usurpação, sendo a aggravante do § 3º commum tanto a um como á outra.

Vamos passar, portanto, ao § 1º do art. 329, mas antes são indispensaveis algumas observações geraes sobre a nova figura de criminalidade de que temos de tratar e cujas fronteiras muita vez se confundem com as de outros crimes, *v. g.* o mesmo *damno*, ás vezes com factos da vida civil que podem constituir delictos puramente *civis*, mas não penaes.

O cod. ital. trata do *damno* e da *usurpação* em dous capitulos distinctos, que os projectos de revisão reduziram a um; mas o nosso codigo vigente fundiu no art. 329 e §§ 1 e 2 a formula geral do *damno* com os casos especiaes de *usurpação*, que prevê.

194. Si o *furto* e o *roubo*, diz Pessina, violam o direito de propriedade nas cousas *moveis*, a violação do direito de propriedade nas cousas *immoveis* dá a materia do delicto de *usurpação*. Esta tem de commum com o *furto* e a *rapina* o agir de modo illegitimo sobre a *res aliena*, *invito domino*, e *lucri faciendi causa*; mas delles se afasta, desde que o facto em que se concretisa, não é *contractatio* de coisa *movel*, mas a *occupação* da coisa *imovel* d'outrem.

Na longa historia do direito se divisa bem a criminalidade dos factos que constituem *usurpação*. Assim, na lei de Moysés e na Grecia se prevê a remoção de *marcos* que separam os terrenos uns dos outros. A *termini motio* no direito romano antiquissimo, surge como delicto que offende a Divindade e é punido com a *sacratio capitis*. Depois foi collocada entre as varias especies de falsidade e punida extraordinariamente, ao passo que as outras aggressões á propriedade *imovel* eram collocadas entre os casos de violencia publica ou privada.

No direito germanico igualmente era punido o facto de occupar com violencia a coisa d'outrem.

E nas leis intermedias, assim como entre os interpretes, se reproduziram os conceitos romanos sobre a violação da propriedade *imovel*.

O direito hespanhol, em vigor na Argentina antes do código actual, é bem exposto por Carlos Tejedor, depois autor do projecto convertido naquelle código. ¹

A nossa Orden. do Liv. 5º, tit. 67, punia o arrancamento, destruição e transposição de marcos, assim como o seu assentamento sem autorisação da justiça ou consentimento das partes. ²

Nas legislações contemporâneas achamos de um lado no código francez, art. 456, e nos que o tomaram por modelo, a remoção de marcos considerada como delicto patrimonial junto com os outros casos de aggressão á propriedade immovel. ³

Mas d'outro lado achamos nos códigos allemães a concepção romana de que a occupação violenta do immovel é delicto de violencia, ao passo que a remoção de marco é considerada como uma das especies de falsidade. O código imperial, art. 123, considera como um crime contra a ordem publica a invasão da propriedade alheia.

E nos de *falsidade*, são contemplados, diz Berner, *juntamente* no § 274, sob a característica *commun* da intenção, que o autor tem títlo de *causar* damno, o tirar, destruir, tornar irreconhecivel, remover ou pôr falsamente um *marco* ou um *signal* d'agua. Nos §§ 303 a 305 é que o código trata do damno simples. ⁴

O nome de *usurpação* foi dado ao delicto que ataca o direito de propriedade immovel pelo código napolitano de 1819, entretanto que o código albertino e o código de 1859 collocaram entre as fórmas do delicto patrimonial, sem aceitar o nome de usurpação, as varias especies de aggressão á propriedade immovel, e o código toscano de 1853 construiu a cathgoria dos *delictos contra a propriedade immovel*, deixando tambem de adoptar o nome de usurpação.

O cod. ital. reproduz do napolitano o nome jurídico do delicto de *usurpação* para designar a violação do direito de propriedade sobre cousas immoveis. E da usurpação enumera tres especies, a *remoção de marco*, a *usurpação das aguas* e a *turbação violenta da posse*. ⁵

Os projectos de revisão do nosso código ampliaram os

¹ Carlos Tejedor, CURSO DE DERECHO CRIMINAL, Buenos Ayres, 1871; 1ª parte, pag. 316, n. 472.

² Pereira e Souza, OBR. CIT., pag. 350.

³ Chauveau e Hélie, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 217, n. 2647; Blanche, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 752, n. 644; Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 635, n. 720.

⁴ Von List, OBR. CIT., 2º vol., pag. 187; Berner, OBR. CIT., pags. 480 e 498.

⁵ Pessina, MANUALE CIT., Part. Sc., pag. 61, § 60.

conceitos do art. 329 do texto em relação á usurpação, aproveitando melhor essa fonte commum. ¹

O crime do art. 351 do projecto de 1899 não se deve confundir com o facto de turbação da posse que se commette para exercitar um pretensão direito; e a differença entre este facto e o delicto resulta da consciencia, que é inherente ao delicto de usurpação, isto é, de occupar a coisa immovel d'outrem.

193. Conhecida assim em geral a doutrina da *usurpação*, vejamos o texto da disposição do art. 329, onde o nosso codigo penal diz:

« § 1.º Si a destruição ou damnificação for de cousas que sirvam para distinguir os limites da propriedade immovel, urbana ou rural.»

A citada lei n. 3311, de 1886, compilada no nosso anteprojecto, art. 290, ns. 1 e 2, dizia no seu art. 1º:

« § 1.º Si a destruição ou damnificação for de cousas que sirvam para distinguir ou separar limites da propriedade immovel, etc.

« § 2.º Si a destruição ou damnificação *neste* caso for feita para se apropriar o delinquente de terreno alheio: penas as mesmas do furto.»

A disposição do art. 329 do texto omittio este paragrapho, presumindo talvez que o facto já fosse presumptivo da appropriação; mas, incluindo o § 2º do art. 1º da lei a idéa de usurpação aqui, a omissão do codigo em relação á fonte deixou uma lacuna no mesmo codigo que, como os projectos, não trata da occupação.

O delicto de usurpação, diz Suman, mediante remoção dos marcos, consiste no facto daquelle que para apropriar-se,

¹ Projecto de 1899:

« Art. 350. Alterar ou remover marco para apropriar-se no todo ou em parte de immovel alheio, ou para auferir qualquer proveito:

Pena — prisão com trabalho por oito mezes a dous annos e multa correspondente á metade do tempo.

I. Considera-se marco qualquer construcção ou signal destinado a estabelecer os limites entre differentes propriedades, e bem assim as arvores plantadas para o mesmo fim, ou como taes reconhecidas.

II. A mesma pena acima comminada ficará sujeito aquelle que, para auferir qualquer proveito, desviar no todo ou em parte de seu curso, em prejuizo de alguém, aguas de uso publico ou particular.

Paragrapho unico. Si estes crimes forem commettidos com violencia ou ameaça á pessoa, ou por duas ou mais pessoas armadas, ou por mais de dez pessoas, ainda que desarmadas, a prisão será por dous a quatro annos, além da multa correspondente á metade do tempo.

Art. 351. Occupar coisa immovel, por meio de violencia ou ameaça á alguma pessoa, arrogando-se o dominio, a posse, ou o uso della, sem que lhe pertença:

Pena — prisão com trabalho por quatro mezes a um anno.

Si o crime fór commettido por duas ou mais pessoas armadas, ou por mais de dez pessoas, ainda que desarmadas:

Pena — prisão com trabalho por dezeseis mezes a quatro annos.

no todo ou em parte, da cousa immovel d'outrem, e para tirar outro proveito, remove ou altera os marcos. Para que, pois, este delicto se verifique deve encontrar-se no facto os seguintes elementos :

1º, deverá existir um marco ; 2º, este deverá ter sido removido ou alterado pelo culpado ; 3º, esta remoção ou alteração deve ter sido realizada pelo culpado com o objectivo de apropriar-se do immovel d'outrem ou para tirar algum proveito.

Temos dito que em primeiro logar é necessario que exista um marco. Mas que significado deverá dar-se á esta expressão ? Cremos que o significado não deve ser restricto, mas que deve comprehender tudo quanto legalmente é destinado a assignalar o limite d'uma propriedade com uma outra ; logo, uma pedra, um páo, uma arvore, uma cerca, desde que tenha aquelle destino especial, estará comprehendido sob a designação de marco.

Majno accrescenta um *caminho* ; e diz que não ha que fazer differença que o marco esteja sobre ou sob a terra, murado ou simplesmente fixado no solo e de qualquer materia, sempre que se trate d'um signal constituido e posto ahi para indicar a divisão de duas propriedades.

O signal, diz tambem Suman, deve ser legalmente posto, isto é, segundo o bom direito, desde que não poderia merecer protecção um facto abusivo.

Existindo, pois, o marco, este deve ser removido ou alterado. Remover o marco, significa tanto tiral-o de todo, como desvial-o, deslocal-o é desoriental-o, pois que com qualquer destas accções o elemento material do delicto se realiza e se attinge o objectivo que o legislador quer impedir com a sanção.

A alteração, ao contrario, se verifica quando, ainda mesmo deixando o marco no logar onde se acha, se o damifica de modo a fazel-o perder todos aquelles distinctivos que o faziam considerar como marco.

Verificado este elemento, o delicto está consumado sem necessidade de attender a que a usurpação de facto tenha logar.

Mas não basta o facto da remoção ou alteração do marco para dar logar a este delicto, é mister attender á existencia daquelle extremo em que se encerra o elemento intencional especifico.

Si se pôde tirar o marco para roubar a propria materia de que elle é feito, pôde-se abatel-o ou lançal-o por terra para fazer injuria ou offensa ao proprietario ; no primeiro caso teremos um furto (roubo entre nós), no segundo um damno.

Só quando se executar aquelle facto material para apropriar-se do immovel d'outrem ou para tirar delle proveito, se

terá o delicto de que se trata. E' a primeira vez que na legislação, para tirar toda duvida, este elemento vem expresso. As circumstancias do facto poderão tornar clara a existencia deste elemento.

Majno, a seu turno, accentua que a intenção de usurpar d'outrem é tão essencial a este delicto que, si a intenção do agente fosse, ao contrario, exercitar um pretensio direito ou fazer a outrem qualquer offensa ou de valer-se em proprio beneficio de uma pedra trabalhada do marco, surgiriam respectivamente os titulos do *exercicio arbitrario do proprio direito* (justiça pelas próprias mãos, que não temos), *damnos*, ou *furtos*.¹

Esta analyse se ajusta como luva de pellica aos projectos de revisão, o que já não acontece com o art. 329 § 1º do texto do nosso codigo penal, que por sua dicção defeituosa, suas deficiencias e o pensamento acanhado, por ausencia de criterios mais seguros e falta de critica, reduz tudo ao conceito puro do simples damno na citada disposição, tornando mais difficil a sua interpretação.

Não é que a doutrina exposta não possa interpretar o nosso codigo, mas aqui é mister ora restringil-a, ora amplial-a em relação ao art. 329 § 1º.

Assim, ella se pôde applicar á fórmula do crime ou á sua materialidade, porque o texto do § 1º usa das expressões *destruição* ou *damnificação*, sendo este bastante comprehensivo e tanto como aquelle para incluir ao mesmo tempo a usurpação e o damno.

O texto do § 1º emprega, em vez de *marco*, as expressões-cousas que sirvam para distinguir ou separar os limites da propriedade immovel, urbana ou rural, o que é tambem muito generico.

Quanto ao dolo, subentende-se, pelo principio geral do art. 24 do codigo, que applicado ao damno e á usurpação constitue o dolo especifico destas figuras, transmudada para *roubo* e não *furto*, embora o codigo anterior, art. 267 e a citada lei, art. 1º, § 2º mandasse applicar *as penas* do furto, o que é differente, quando a destruição ou damnificação fosse feita para se apropriar o delinquente de terreno alheio. Aqui nós tratamos do facto de apropriar-se o culpado das cousas que servirem para distinguir ou separar as propriedades, um bloco de pedra, servindo de marco, que pôde ser uma obra d'arte, tendo algum valor, a madeira de arvores ou cercas nativas ou não, etc.

¹ Crivellari e Suman, *OBR. CIR.*, vol. 8º, art. 422, pag. 307, n. 141; Majno, *OBR. CIR.*, 2º vol., art. 422, pag. 375, ns. 2697 e 2698.

196. Passemos á seguinte disposição do § 2º do texto, que fica integrada no código assim:

«Art. 329. Destruir, ou damnificar coisa alheia, de qualquer valor, móvel, immovel ou semovente :

§ 2.º Si para desviar do seu curso agua de uso publico ou particular.»

A disposição do código pen. aqui não tem entre nós antecedentes historicos, sua fonte exclusiva, aliás geral, foi o código ital. e por isso os melhores elementos para interpretar a disposição se nos depara na doutrina e jurisprudencia decorrentes do mesmo código italiano.

Effectivamente este código no mesmo titulo de crimes contra a propriedade e em capitulo especial *da usurpação* diz:

«Art. 422

A' mesma pena fica sujeito aquelle que, para obter um proveito indevido, *desvia aguas publicas* ou *particulares*.

Já nos referimos tambem á disposição geral sobre o *damno* do cod. ital., art. 424, correspondente ao nosso, art. 329, 1ª parte (n. 193).

O nosso cod. pen. num só capitulo e nas disposições do art. 329 fundiu as transcriptas e citadas do cod. ital. e outras, correspondendo as dos arts. 422 e 424 do cod. ital. á 1ª parte e ao § 2º do art. 329 do nosso : é a unica differença a notar, quasi sómente a de collocação e de arranjo material das fórmas dos conceitos, sendo a ligeira differença da dicção entre o nosso texto do § 2º e o do cod. ital. 422, 2ª alinea, que a nossa disposição é mais generica e comprehensiva, porque omittiu as palavras da sua fonte —*per procacciarsi un indebito profitto*, procurando obter uma vantagem indebita.

A segunda figura em que póde externar-se a usurpação é o desvio d'uma agua publica ou particular. Para que este delicto se verifique, diz Suman, são necessarios os seguintes extremos : 1º, deve haver um curso d'agua publica ou particular ; 2º, este deve ser desviado ; 3º, o desvio deve ter logar com o objectivo d'um proveito indebito.

Já dissemos que o nosso código supprimiu este elemento do delicto do § 2º do art. 329 do texto, que fica completo com os outros dous.

O legislador, acrescenta Suman, não faz distincção alguma quanto á natureza d'agua, na applicação da pena.

A agua deverá considerar-se como publica, quando servir ao uso do publico, e é indubitavel que a este uso se deve attender para defini-la, e não ao logar em que se acha, que poderia tambem ser particular.

Esta agua deve ser desviada, isto é, deve ser canalizada por um curso que não é seu.

O escopo que deve determinar o culpado, conforme ainda

Suman, e segundo o cod., ital. art. 422, paralelo ao nosso § 2º, deve ser o proveito indebito, isto é, qualquer vantagem material e economica a que o culpado não teria direito. Si pois Ticio desvia um curso d'agua para impedir que mais abaixo um moinho possa funcionar e assim fazer uma offensa ao moleiro, elle será passivel de pena como causador de damno *injuria datum* e não como usurpador. ¹

Majno, a seu turno, diz que o elemento *material* deste crime é o desvio de aguas publicas ou particulares.

Sobre as pégadas de Puccioni, Impallomeni ensina, em termos geraes, que tambem a *extracção* é *desvio*, comprehendendo por isto nesta o facto de quem subtrahe agua em bacias, baldes e syphões.

Nós opinamos com Carrara e Marciano, que esta interpretação é excessiva e contraria tanto á letra, como ao espirito da lei. A' letra, porque *desvio* equivale abertamente á troca do curso ordinario d'agua. Ao espirito, porque a extracção d'um balde d'uma agua publica não póde constituir crime, sendo consentido o uso da propriedade publica, desde que não se a tire do seu destino; e quanto ás aguas particulares, a menos que estas tenham, por circumstancias especiaes, um valor venal (o que faria surgir o titulo de *furto*), seria avareza barbara punir, de modo geral e absoluto, qualquer extracção ou tirada minima.

Mal, portanto, foi applicado o art. 422, antes do que o titulo do furto, á subtracção d'agua potavel operada numa habitação mediante a rotura da torneira hydrometrica.

A extracção punivel, de qualquer modo operada, será sómente aquella de tal quantidade que impeça o exercicio dos direitos que outros tenham sobre a agua.

Segundo o disposto litteral no art. 422 do cod. ital. o crime é perfeito com o *desvio*, *nem* se reclama que delle tenha resultado um damno effectivo ou a effectiva locupletação do agente. Desta opinião é tambem Carrara. ²

Esta opinião de Majno se adapta melhor do que a de Crivellari á interpretação do nosso codigo.

Em relação ao elemento *intencional*, diz ainda o mesmo autor, á vista do respectivo codigo, consiste no « fim de procurar-se um proveito indevido » á custa do proprietario ou *possuidor* das aguas. O proveito indebito deve resultar directamente do desvio das aguas e referir-se ao uso destas *sem* direito ou além do direito, noutros termos, o proveito deve consistir no uso directo da usurpação. Por isso, não seria applicavel o art. 422, mas o titulo de *damno*, ao facto daquelle que desvia aguas, não com o escopo de

¹ Crivellari, *OBR. CIT.*, vol. 8º, pag. 308, n. 142.

² Carrara, *OBR. CIT.*, vol. 4º, pag. 635, § 2442.

gozal-as, mas de impedir ou diminuir o trabalho ou funcionamento d'uma usina movida por força hydraulica.

Pela *usurpação* das aguas se applica o art. 422, desde que aconteça com escopo de aproveitá-las: pelo desvio com o escopo, que não seja aquelle, o art. 424, do damno. ¹

Eis a doutrina dos autores citados e a jurisprudencia relativa concernente á interpretação dos arts. 422 e 424, fontes do art. 329 e § 2º do texto.

A disposição do nosso codigo só differe do cod. ital., porque este separou em duas figuras naquelles dous citados artigos o *damno em geral*, e o *desvio d'agua*; ao passo que o nosso define o damno em geral em destruição ou damnificação de cousa de *qualquer valor* no art. 329, 1ª parte, e depois nos §§ 1º e 2º especifica duas figuras distinctas, sendo a do § 2º a de que estamos acabando de tratar aqui.

Não especifica a cousa, seja ella qual fôr, como tambem se observa no cod. ital.

E é mais rigoroso na especie de que se trata, porque o cod. ital. exige como fim procurar-se um proveito indevido, entretanto que o nosso não exige esse fim; prevê a hypothese, coordenando-a logo com a condição ou elemento geral do damno, e portanto qualquer que seja o fim do culpado, tendo eliminado as alludidas palavras, que aliás na pratica, como já se deixou ver, originaram duvidas sobre a preferencia da applicação entre os arts. 422 e 424.

Neste ponto o nosso codigo não dá lugar á duvida.

197. O art. 329 do texto consigna em ultimo logar uma aggravante, que pela collocação da disposição se refere á 1ª parte do artigo e aos §§ 1º e 2º e é concebida nestes termos:

« § 3.º Si o facto fôr praticado com violencia, ou ameaça contra a pessoa, ou por mais de duas pessoas, com armas ou sem ellas: Pena, a do art. 356 » (*roubo*).

Os projectos de revisão, seguindo a orientação do cod. ital., não só coordenam as aggravantes com as especies respectivas, como estabelecem aggravantes de diversa intensidade, facilitando a gradação da pena nas varias modalidades das figuras, não só dos artigos correspondentes, como dos de todo capitulo.

O cod. porém que estabelece penas irrisorias para outros crimes graves, manda punir com as penas do roubo um damno minimo praticado por tres pessoas, mesmo sem armas!

E si ha correlação entre o *roubo* e a *usurpação* (§§ 1º e 2º), não pôde haver com o simples damno, da 1ª parte do art. 329, que por isso mesmo deve na pratica fazer surgir a

¹ Majno, OBR. CIT., 2º vol., art. 422, pag. 377, ns. 2700 e 2701.

duvida, si tambem a elle é applicavel tal aggravação da fórma por que está estabelecida.

E' verdade que a fonte desta aggravante foi tambem o cod. ital. na seguinte disposição:

« Art. 423. Si o factò fôr commettido com violencia ou ameaças para com as pessoas, ou por *mais* pessoas *com armas*, ou por *mais de dez* pessoas ainda que *sem armas*, etc... »

Vê-se que é muito differente quanto ao numero das pessoas, porque exige *duas* ou *mais* pessoas *armadas* ou *mais de dez* embora *sem* armas, e nem se refere a penas do roubo.

O § 3º do art. 329 do texto não exige mais explicação, a aggravante é constituida pelo numero de tres pessoas, ao menos, com armas, ou sem ellas, ou que o factò seja praticado com violencia, ou ameaça feita á pessoa.

A violencia feita á cousa não é aggravante, porque o codigo é claro e nem poderia ser, porque o damno e a usurpação presuppõem violencia feita á cousa e neste caso sendo esta a circumstancia constitutiva do delicto não poderia ser aggravante.

Vamos transcrever arestos entre os quaes alguns rigorosamente se referem ao nosso cod. crim. anterior de impossivel interpretação nas suas disposições defeituosas sobre o damno ; subentendendo-se que não subscrevemos os que forem contrarios ás doutrinas que longamente expuzemos neste capitulo.

« As circumstancias aggravantes, no crime previsto no art. 266 do codigo criminal (codigo penal, art. 329), servem para caracterisar a segunda parte do mesmo artigo, não influindo na aggravação da pena»: Acc. Relação *Ouro Preto*, 5 de setembro de 1884. ¹

« E' julgada perempta a causa, quando o crime é do art. 329 § 3º do codigo penal, sem ser o offendido pessoa miseravel e sem que o réo haja sido preso em flagrante, segundo o dito codigo e lei organica da magistratura do Estado do Pará »: Sentença do juiz de direito da *Vigia*, 3 de novembro de 1891. ²

Este aresto, á primeira vista, parece estupendo, porque é o caso da applicação das penas do *roubo* ; mas não é tal, está de accordo com a disposição do codigo penal, art. 407, § 2º n. 1º ; absurda, porque, não exceptuou a disposição do art. 326, paragrapho unico, nem a do citado art. 329 § 3º, para dar logar á acção publica em ambos os casos, inalienaveis, como são.

No commentario ao art. 407 nos referiremos de modo mais completo a taes casos, um dos quaes não está compre-

¹ O DIREITO, vol. 36, pag. 253.

² O DIREITO, vol. 57, pag. 116.

hendido no aresto e é o do paragrapho unico do art. 326 (ns. 191 e 259).

« Applicaçãõ das penas do crime de damno ao incendiariõ »: Acc. Relaçãõ *Belém*, 5 de dezembro de 1881. ¹

« Crimes de destruiçãõ, damno e outros »: Estudo do juiz de direito Dr. Francisco Ferreira Dias Duarte. ²

« Estudo sobre o cap. 3º tit. 3º da 3ª parte do codigo criminal com as modificações da lei de 15 de outubro de 1886 pelo Dr. Francisco Luiz Corrêa de Andrade. » ³

« Commentario á lei de 15 de outubro de 1886 pelo Dr. José Bernardo de Arroxellas Galvão. » ⁴

« Damno criminal não ha nos actos possessorios entre condominos ou entre hereos confinantes.

« Interpretaçãõ do art. 329 do codigo penal, — *verbis* — cousa alheia »: Sentençã do Dr. Silva Continentino, juiz de direito da comarca de *Oliveira* (Minas Geraes), 10 de setembro de 1892. ⁵

« No mesmo sentido »: Juizo de direito da *Vigia* (Pará), 7 de abril de 1894. ⁶

A doutrina destes dous arestos nos parece muito absoluta á vista da que expuzemos acima neste mesmo capitulo (n. 193).

« E' vã a tentativa de morte preparada com meio proprio e executada com improprio.

« Nella as ameaças praticadas contra o paciente para executal-a não pôdem aggravar o segundo delicto — *damno* contra o predio do paciente — que o autor instantaneamente resolveu e executou em seguida á van tentativa, porque desta claramente independem.

« Este segundo delicto é unicamente *damno simples*, e da vã tentativa, tão sómente resulta *ex-vi* do art. 15 do codigo penal materia para processo pelos dous crimes publicos — uso de armas offensivas e ameaças.

« Os autos do processo da vã tentativa, posto que nascido de queixa do paciente, não se compadecem com a classificaçãõ na pronuncia em *damno simples* »: Sentençã do juiz de direito, Dr. Silva Continentino, da comarca de *Oliveira* (Minas Geraes), 11 de julho de 1895. ⁷

« No crime de damno definido no art. 329 do codigo penal é um elemento *essencial* que o seu objecto seja uma cousa, no sentido material, representando uma propriedade susceptivel de transformaçãõ physica, total ou parcial.

¹ O DIREITO, vol. 28, pag. 273.

² O DIREITO, vol. 44, pag. 161.

³ O DIREITO, vol. 44, pag. 481.

⁴ O DIREITO, vol. 50, pag. 481.

⁵ O DIREITO, vol. 63, pag. 72.

⁶ O DIREITO, vol. 67, pag. 136.

⁷ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 6º, pag. 174.

« Nesse crime deve verificar-se o dolo específico — o proposito de damnificar»: Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, 21 de julho de 1898.— *Munis Barreto*, presidente. ¹

Este aresto é rigorosamente juridico e, quanto ao elemento material do crime, está de accordo com a melhor doutrina.

E realmente a sanção, diz Berner, é dirigida contra o *damno* ou a *destruição*, mas se deve manter no sentido juridico destas expressões, pois que um significado meramente linguistico seria tão pouco justo, como no furto o de *tirar*. Um effeito *não* material sobre o valor da cousa, mediante baixa do preço commercial, não póde nunca constituir damno; precisa que o facto opere *materialmente* sobre a cousa e que por tal modo o seu valor diminua ou se torne nullo. Mas o damno ou a destruição devem attingir a cousa como *objecto de propriedade*, e não como cousa da natureza. Deixar fugir um passaro, ou atirar o ouro no mar, casos em que a cousa como objecto de propriedade desaparece, é destruição no sentido juridico; pois que de tal modo se tira ao proprietario não só o uso da cousa, mas a cousa mesma. E' indifferente que o agente realize o damno directamente ou por meio de um animal ou por um ser irresponsavel. ²

CAPITULO II

DO FURTO

CODIGO

Art. 330. Subtrahir, para si, ou para outrem, cousa alheia movel, contra a vontade de seu dono:

§ 1.º Si o objecto furtado for de valor inferior a 50\$000:

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 5 a 20 % do valor do objecto furtado.

§ 2.º Si de valor inferior a 100\$000:

Penas — de prisão cellular por dous a quatro mezes e a mesma multa.

§ 3.º Si de valor inferior a 200\$000:

Penas — de prisão cellular por tres a seis mezes e a mesma multa.

§ 4.º Si de valor igual ou excedente a 200\$000:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e a mesma multa.

Art. 331. E' crime de furto, sujeito ás mesmas penas e guardadas as distincções do artigo precedente:

1.º Apropriar-se alguém de cousa alheia que venha ao seu poder por erro, engano, ou caso fortuito;

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 3º, pag. 443.

² Berner, Obr. cit., pag. 499 *in fine*.

2.º Apropriar-se da cousa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer titulo, com obrigação de a restituir, ou fazer della uso determinado;

3.º Apropriar-se de cousa alheia achada, deixando de a restituir ao dono, si a reclamar; ou de manifestal-a, dentro de 15 dias, á autoridade competente;

4.º Apropriar-se, em proveito proprio ou alheio, de animaes de qualquer especie pertencentes a outrem.

§ 1.º Si os animaes forem tirados dos pastos de fazendas de criação ou lavcúra :

Penas — A mesma multa, accrescida com a sexta parte a pena corporal.

§ 2.º Nas penas do paragrapho precedente incorrerá aquelle que subtrahir productos de estabelecimentos de lavcúra, qualquer que seja a sua denominação e genero de cultura; de estabelecimentos de salga ou preparo de carnes, peixes, banhas e couros, não estando esses productos recolhidos a depositos, armazens ou celleiros fechados.

Art. 332. Tirar, sem autorisação legal, a cousa propria, que se achar em poder de terceiro, por convenção ou determinação judicial, e em prejuizo d'elle:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto.

Art. 333. Subtrahir processo, folhas, peças de autos ou livros judiciaes, titulos, documentos, testamentos e em geral qualquer instrumento susceptivel de effeitos juridicos :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a tres annos e multa de 200\$ a 600\$000.

Paragrapho unico. Si o furto for de objectos, ou papeis depositados em archivos publicos, ou estabelecimentos incumbidos pela lei de os guardar ou conservar :

Penas — as do artigo antecedente, com augmento da sexta parte.

Art. 334. O crime de furto se commetterá, ainda que a cousa pertença a herança ou communhão em estado de indivisão.

Art. 335. A acção criminal do furto não terá logar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes, e affins nos mesmos grãos.

LEI

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

(Lei n. 121, de 11 de novembro de 1892.)

COMMENTARIO

198. E' inutil dizer que os projectos de revisão, especialmente os de 1893 e 1897 alteraram profundamente este capitulo do codigo sobre o furto, assim como o do roubo, que não sabemos por que razão o codigo, que é de 1890, des-tacou para capitulo muito distante deste em titulo diverso.

Justificando aquelle projecto primitivo, diziamos sobre o furto, o roubo e as apropriações indevidas o seguinte :

Em capitulo especial comprehendemos os factos de *apropriação indevida*, que alguns codigos teem denominado de *abusos de confiança* e outros genericamente de *fraudes*, porque o capitulo do *furto* não os comportava.

Mantivemos a noção do furto dada pelo codigo de 1830, que é preferivel á do actual.

Alargámos a esphera do furto, de accordo, podemos dizel-o, com todos os codigos velhos e novos, fazendo entrar nella a do furto qualificado ou aggravado por varias circumstancias, entre ellas a violencia contra as cousas que caracterisava o roubo por uma das suas faces, segundo os nossos codigos.

Ficará o *roubo* caracterizado pela violencia contra as *peessoas*.

Aquella velha noção do roubo foi abandonada pelo novo codigo portuguez de 1886, oriundo, com os nossos, das mesmas fontes do direito commum; mas o codigo portuguez pecca, porque não distinguio do roubo a extorsão e o sequestro e incluye na mesma classe o latrocinio, cujo titulo predominante é o homicidio, que pôde, aliás, servir de meio ou de occasião a outros crimes que não sómente o roubo e é uma das fórmas de criminalidade punida sempre e de modo uniforme com a pena mais severa edictada nos codigos.

Aliás, para não alongar a demonstração, basta citar os trabalhos do ministro italiano Zanardelli e das commissões das camaras sobre o novo codigo da Italia e as actas da commissão revisora do respectivo projecto. ¹

O systema é apreciado resumidamente por Lacointa em notas ao mesmo codigo. ²

Aliás, para só citar os modernos de primeira ordem, o mesmo systema é seguido pelo allemão, pelo de Zurich, hollandez e hungaro, sem fallar do belga, anterior a estes e do francez, velho modelo de todos. ³

Ainda acerca do furto e das apropriações indevidas foram preenchidas lacunas, accommodando-se algumas figuras das ultimas ás prescripções da lei civil, o que era de

¹ Zanardelli, RELAZIONE CIT. III, pag. 367; Villa, RELAZIONE CIT. pag. 249; Costa, RELAZIONE CIT. pag. 278.

² Lacointa, CODE PENAL d'ITALIE, Paris, 1892, pag. 132 e notas.

³ Morelli & Feroci, CODICE PENALE DELLO IMPERIO GERMANICO, Torino 1874, pag. 71; Brusa e Carrara, IL CODICE ZURIGHESE, Venezia, 1873, pag. 138 e LX; Brusa, CODICE PENALE OLANDESE, Firenze, 1882, pag. 58; Wintgens, CODE PENAL DES PAYS-BAS, Paris, 1883, pag. 84; Brandner, CODE PENAL BELGE, Bruxelles, 1875, pag. 107; Vatel, CODE PENAL DU ROYAUME DE BAVIERE, Paris, 1852, pag. 145.

rigor e de nada disto cogitavam os codigos existentes em nosso paiz. ¹

Vamos fazer umas observações geraes sobre a materia do capitulo para depois analysarmos os artigos do texto.

A fórma mais elementar dos delictos patrimoniaes por motivo de lucro, diz Pessina, é o *furto*. O fazer proprio o que é de outrem é a nota essencial do furto entendido em sentido lato.

Mas o furto em sentido estricto é o apossar se da coisa movel de outrem mediante o acto material de apprehendel-a e leval-a, e este acto material foi chamado **CONTRE-CTATIO**.

A historia do direito nos mostra incriminado o furto entre todos os povos desde que entre elles se affirma o instituto da propriedade individual.

O direito romano acceta muitas determinações do direito attico sobre a punição do furto e a elle adiciona as proprias determinações. Na formula decemviral temos a noção do *furtum manifestum* (*quod dum fit deprehenditur*) punido com a *servitus* para o homem livre e com a *præcipitatio* e *saxo* para o escravo, assim como aquellas do *furtum conceptum*, do *furtum oblatum*, do *furtum prohibitum*. Mas estas disposições cahiram posteriormente em desuso, porque o furto mantem-se punivel, como *delictum privatum*, com pena pecuniaria, e o prejudicado podia ou intentar a *actio pœnalis ex-furto*, ou pedir a coisa furtada mediante a *condictio furtiva*.

A este tempo surgiram as varias doutrinas sobre os elementos essenciaes do furto.

Mas finalmente no tempo dos imperadores uma dupla transformação introduziu-se na materia do furto : 1º o furto é sujeito a penas mais severas quando circumstancias aggravantes o acompanhavam, como no *peculato*; no *plagium*, no *sacrilegium*, na *violatio sepulchri*, no *abigeatus*; e appareceram as noções dos *expilatores*, dos *saccularii*, dos *balnearii*, dos *effractores*; 2º uma transformação ulterior da doutrina do *furtum* fez distinguir delle a *rapina*, isto é, o apossamento violento das cousas; pelo que uma cousa era o *rapere vi et palam*, e outra cousa o *contrectare clam et occulto*; e sob os imperadores se completou a noção dos *latrones* e dos *grassatores*, punidos com a força ou com a *condemnatio ad bestias*.

No direito germanico o furto é tambem o apossar-se da coisa movel de outrem; mas se fez distincção do furto em sentido estricto, como acto clandestino, do roubo que é violencia manifesta; e este não era tão deshonroso como

¹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 24.

aquelle. Ainda o valor apparece como circumstancia importante, pelo que surge a differença entre pequeno e grande furto; e a recalhada no mesmo facto de furtar foi especialmente considerada como aggravação do delicto.¹

No direito canonico porém o *occulte auferre* foi considerado como menos grave do que o *visibiliter eripere*; e foram reconhecidas como circumstancias attenuadoras da intensidade do delicto a necessidade da fome ou da nudez, e a restituição da cousa tirada.

Nas legislações intermedias o furto foi tratado com a maior severidade possível.

No direito inglez antigo, o furto acima de duas libras esterlinas, ou acompanhado de arrombamento ou escalada, era punido de morte.

Nos *estabelecimentos de S. Luiz* o furto commettido na igreja era punido com a privação da vista; era cortada a orelha pelo furto de instrumentos agricolas; o ladrão de cavallos era enforcado.

Tambem penas ferozes eram estabelecidas no direito hungaro contra os ladrões.

A legislação dos estatutos italianos e a da Italia meridional não foram menos severas para semelhante delicto, adicionando ao furto a noção do *latrocinio*, isto é, do *crimen dos latrones*.

A nossa, ou antes de Portugal, Orden. do Liv. 5º Tits. 60 e 61 prodigalisava a pena de morte ao furto na igreja e tambem ao roubo quando excedia de certo valor e n'outros casos.

Estas observações servem de *jure constituto* e de *jure constituendo*, á explicação do nosso cod. e á dos projectos de revisão que delle se affastaram.

E agora vamos passar á analyse do texto do capitulo ou antes á do art. 330 que contendo a formula geral do crime de que tratamos domina a materia desta divisão do codigo e até de figuras semelhantes como a do roubo, extorsão, etc., em relação a certos principios geraes.

199. O nosso cod. no art. 330 do texto define o furto a *subtracção*, para si ou para outrem, de cousa alheia movel, contra a vontade de seu dono.

O nosso cod. ant. art. 257 dizia que era a *tirada* da cousa alheia contra vontade de seu dono, para si ou para outro.

O cod. allemão § 242 dá um conceito muito simples do furto dizendo que o commette quem *tira* uma cousa movel a outrem, com o *intento* de apropriar-se della injustamente.

O cod. ital. diz, definindo o furto, aquelle que se apossa da cousa movel de outrem para tirar proveito, tirando-a do

¹ Vid. von Liszt, OBR. CRT. 2º vol. pag. 215.

logar onde se acha, sem o consento daquelle a quem ella pertence, é punido, etc...

A definição do art. 330 é menos clara do que a do nosso cod. anterior.

Não é facil, diz Puglia, como á primeira vista pôde parecer, a noção do furto, especialmente quando se quer determinar o momento da *consumação* de tal crime.

E' sabido como doutrinas diversas teem prevalecido sobre esse assumpto, pois que ao passo que conforme alguns o furto se consuma com a *remoção* da cousa movel da situação ou posição (*posto*) onde estava collocada, segundo outros se consuma quando a cousa movel tenha sido transportada ao logar para onde o ladrão a tinha destinado, ou quando o ladrão tenha conseguido pô-la a salvo. O projecto ital. convertido no cod. vigente, como referia o ministro Zanardelli, não acolheu, nem uma, nem outra doutrina; não aquella da *amotio* por ser muito formalistica, nem aquella da *ablatio* por ser muito exigente. Elle propoz-se conciliar num conceito intermedio, com a formula *apossar-se* da cousa com o *tiral-a do logar* em que se achava. Um extremo, são palavras de Zanardelli, é temperado e explicado pelo outro, de modo que não se deve exigir que a cousa passe absolutamente a uma esphera diversa de actividade patrimonial, e menos que baste uma simples remoção; mas considera-se *subtrahida* a cousa, quando seja *removida* do logar onde se achava, desde que por qualquer modo seja transferida ao poder de outrem.

E' util, entretanto, diz ainda Puglia, fazer uma consideração para melhor determinar qual seja o momento consumativo do furto segundo o nosso codigo.

Zanardelli no seu anterior projecto em 1883, attribuindo á expressão *apossar-se* o verdadeiro significado de reduzir a cousa á esphera da propria actividade, tinha crido conveniente para melhor fazer resaltar isto, de substituir pela palavra situação ou collocação (*posto*) a de *logar*.

Mas Pessina no seu projecto restabece a palavra *logar* observando que o furto se consuma com o *apossamento*, mas que esta mutação de posse não pôde dizer-se verificada, entretanto que a cousa se acha ainda no logar que constitue a esphera de posse do proprietario. Até este ponto, dizia elle; e por isso no simples tomar ou pegar a cousa, haverá sim uma tentativa de furto, mas não um furto consumado. E elle accrescentava: esta theoria menos rigorosa, como corresponde ao verdadeiro conceito do furto, acha écho na consciencia popular, pelo que onde aconteça v. g. que um ladrão seja colhido com a *re furtiva* na casa em que se havia introduzido para furtar e tenha sido apanhado, entretanto que procurava a sahida e estava para pôr-se a salvo, a consciencia popular dirá

sempre que elle tinha *tentado* furtar e não que tinha furtado. E o mesmo ministro Zanardelli no relatorio do ultimo projecto restabeleceu, conforme a opinião de Pessina, a palavra *logar*, para tirar a duvida, si ainda existia que o simples tomar ou pegar a cousa podesse constituir a consumação do furto.

E esta palavra está no novo cod., donde o momento consumativo do furto se verifica quando a cousa movel não se achar mais no lugar que constitue a esphera da posse do proprietario ou de quem a detinha.

E aqui é opportuno, diz Puglia, observar ainda com Pessina que por *logar* não se deve sempre entender o mesmo lugar em sentido material, pois que o lugar está sujeito á uma determinação da esphera de actividade do detentor da cousa. Si se entra na casa d'outrem para commetter um furto, a sahida do ladrão da casa é condição necessaria pera que o furto se diga consumado; si duas pessoas moram na mesma casa, mas em compartimentos diversos, uma das duas não consuma certamente o furto, sinão quando leva a cousa para fóra do compartimento onde ella estava collocada. Si dous individuos moram no mesmo compartimento, o furto pôde dizer-se consumado quando a cousa é tirada do estreito recinto onde se contém tudo que pertence ao *dominus* della, e é levada occultando-se além, ou entre os objectos mesmos do que fez a subtracção.¹

Esta theoria moderna do direito italiano formada sobre o respectivo cod. não parece adaptar-se á interpretação do nosso, á vista do conceito do art. 330 do texto, diverso tambem do cod. allemão, do qual se aproxima mais o nosso cod. anterior.

Isto porém resaltarà melhor da referencia aos elementos constitutivos do furto, conforme o nosso codigo.

O art. 330 do texto, affastando-se da dicção do nosso cod. anterior, preferiu a dos codigos portuguezes de 1852 e 1886 que elle seguiu muitas vezes e os quaes dizem na mesma disposição:

« Art. 421. Aquelle que commetter o crime de furto, subtrahindo fraudulentamente uma cousa que lhe não pertença, será condemnado, etc.»

Os projectos de revisão de 1893 e 1897 preferiram o conceito do cod. anterior, desprezado pelo actual e ainda pelos projectos que o seguiram de 1896 e 1899, art. 329.

O conceito da fonte portugueza é o primitivo do cod. francez, repetido textualmente pelo belga, art. 461, quando diz:

¹ Pessina, ELEMENTI CIT. vol. 2º pag. 212; Puglia, MANUALE CIT. 2º vol. art. 402, pag. 300.

« Art. 379. Aquelle que tem subtrahido fraudulentamente uma cousa que não lhe pertence, é culpado de furto.»

Diz Garraud que este artigo inspirou-se na definição romana de Paulo que é ao mesmo tempo precisa e moderna sobre o ladrão: *Fur est qui dolo malo rem alicnam contrectat.*

Nós achamos que a jurisprudencia franceza não interpreta o seu codigo á letra e que a doutrina sobre elle assentada é antes direito novo costumeiro do que a theoria positiva que poderia resultar da propria disposição do art. 379.

A doutrina de Garraud acha-se neste caso, seguindo os arestos da côrte de Cassação contra os quaes alias têm protestado arestos das côrtes de appellação.

E só insistimos nisto porque o nosso codigo e infelizmente até o projecto de 1899 preferiram o modelo francez.

200. O furto, conforme os codigos francez e belga e portanto o nosso, exige tres elementos: que haja subtracção d'uma cousa; que a cousa não pertença a quem a subtrahе; e que a subtracção seja fraudulenta.

Qual é exactamente, pergunta Nypels, o sentido da palavra *subtracção*, no direito belga, como no francez? os autores da theoria deste codigo e depois delles Blanche, dizem que o primeiro elemento do furto é a subtracção, a tirada, *contrectatio*.¹

Nypels mostra, citando diversas autoridades, que embora a palavra *contrectatio* comprehenda a subtracção, esta não pôde ser tomada como synonyma daquella.

A primeira vista esta palavra importa a ideia de apprehensão e não de simples recepção ou retenção mesmo fraudulenta de um objecto.

A cassação franceza acrescenta que importa a ideia de apprehensão, deslocação, que deve ser o facto do culpado, e que a restituição voluntaria da cousa é peremptoriamente exclusiva do facto mesmo da subtracção. Numerosos arestos estabelecem ou confirmam esta doutrina, mas as côrtes de appellação, em geral, recusam alliar-se á ella.²

Vamos citar a opinião de Garraud que pelos proprios termos em que é exprimida mostra que a jurisprudencia da Cassação que elle segue e mesmo os termos da sua propria opinião não se coadunam com a letra da sua lei que a nossa seguiu.

Uma subtracção, diz elle, é, ao mesmo tempo, uma *apprehensão* e uma *tirada (enlèvement)*. Tambem a côrte de Cassação decide que não pôde ter logar a applicação das

¹ Chauveau e Hélie, *Obr. cit.* vol. 5, pag. 34, n. 1885; Blanche, *Obr. cit.* vol. 5, pag. 626, n. 459.

² Nypels, *Obr. cit.* vol. 3º, art. 461, pag. 354, ns. 3 e 4.

leis penaes sobre o furto, si não tanto que a cousa tirada a outrem tem sido subtrahida, isto é, *apprehendida* contra a vontade do proprietario; que para subtrahir, é mister *tomar*, *tirar*, *levar*, que subtrahir é *tomar*, *prendre*. Numa palavra, a apprehensão não é uma manifestação completa da vontade do ladrão sinão pela tirada que consuma o acto material incriminado.

Garraud esquece que o seu cod. pela letra é semelhante ao direito inglez vigente e ao proprio projecto de revisão, que elle mesmo cita e conforme os quaes, não se exige a tirada para que haja furto, a disposição illegal e fraudulenta dos bens d'outrem basta para caracterisar esta infracção.¹

Tal systema de alterar o juiz a lei, ainda para melhora-la, não nos cala, maxime na esphera do direito penal positivo, quando se trata de interpretar-a na sua execução.

O cod. argentino, seguindo a orientação do francez, diz:

« Art. 193. O que commetter furto *subtrahindo* clandestinamente uma cousa de outro, etc... »

O cod. do Uruguay é que tem dicção differente, por ter seguido o projecto Zanardelli, dizendo:

« Art. 369. O que *apoderar-se* de cousa alheia movel, para aproveitar-se della, *subtrahindo-a* do logar em que se encontre sem consentimento da pessoa a quem pertence, etc. »

Entretanto, o Dr. Rivarola refere-se á jurisprudencia franceza e elogia a hespanhola e com toda a razão, porque o cod. respectivo, art. 530 n. 1º, emprega as expressões— *tomam* as cousas moveis alheias, e em relação ao roubo, art. 515, emprega as expressões *se apoderam*.

A' parte as considerações contrarias á melhor doutrina, aliás geral, sobre o furto, elle cita um aresto importante para mostrar a vacillação da jurisprudencia argentina, confrontando-o com a dos tribunaes hespanhoes, e conclue, que considerando-se que o unico facto juridico que no roubo ou no furto póde ser affectado é a posse, se induz necessariamente que toda vez que essa posse seja interrompida ainda que momentaneamente, se terá a consumação do facto que engendra imputabilidade penal. Para precisar esta perturbação da posse convém a idéa de *apoderar-se* que o art. cit. do cod. hespanhol introduz como primeiro termo da definição. E o *apoderar-se* é a posse que se toma interrompendo ou supprimindo no mesmo instante a posse alheia e é com ella que fica totalmente violado o direito do possuidor legitimo.

E o commentario com a citação das autoridades invocadas abaixo do art. 193 do cod. arg. não póde deixar duvida sobre a genuina e legitima interpretação do autor citado.²

¹ Garraud, OBR. CIT. vol. 5º, pag. 80, n. 75.

² Dr. Rivarola, OBR. CIT., vol. 2º pag. 277, n. 747 e segs.; COLECCION DE CODIGOS Y LEYES USUALES, Cod. Pen. Arg. art. 193 not.

Muito differente era o conceito do *furto* no código anterior, art. 257, que os projectos de 1893 e 1897 reproduziram, approximando-se quanto ao elemento material do código italiano.

Affastando-se do código francez como se affastou, só podia ter tido como fonte o código da Baviera onde está dita em maior numero de palavras a formula daquelle disposição ; nestes termos :

« Art. 209. Aquelle que, scientemente apoderar-se, na intenção de fazer illicitamente sua propriedade, de uma cousa movel pertencente a outrem, sem o consentimento do interessado e todavia sem exercer violencia contra as pessoas, é um ladrão (*voleur*).

« Art. 210. O furto é *consumado*, quando o ladrão tem *apprehendido* a cousa e a tem *deslocado* ou a tem *posto* por qualquer outra maneira em *seu poder*.

Pouco importa que sua intenção tenha sido de guardar a cousa para si mesmo ou de transmittil-a a outros, e que elle tenha ou não tirado della a vantagem que procurava. »

Ninguem dirá que taes conceitos se adaptam á subtração de que falla o art. 330 do texto.

E isto resalta melhor do commentario *official* feito a esse código e onde se lê o que bem pôde servir de excellente explicação á solução do nosso antigo código e projectos citados, neste ponto, preferiveis ao código vigente e aos projectos de 1896 e de 1899. ¹

201. Esta noção do furto subsistente ainda em 1890 e restabelecida naquelles nossos projectos harmonisa-se com a definição que dá o código italiano dizendo :

« Art. 402. Aquelle que *se apossa* da cousa movel *d'outrem* para colher proveito, *tirando-a* do logar onde se acha, sem o consentimento daquelle a quem ella pertence, etc... »

Este enunciado, diz Pessina, corresponde quasi que inteiramente á definição dada pelo jurisconsulto Paulo : *Fur est qui rem alienam dolo malo contractat* — e inteiramente poderíamos nós dizer á definição do código brasileiro de 1830, art. 257.

O *apoderar-se* da cousa de outrem, *tirando-a* do logar onde se acha é a paraphrase da antiga palavra *contractatio*, adoptada para denotar a essencia objectiva do delicto de furto. A *contractatio* consta de dous momentos, o primeiro dos quaes é a *apprehensio rei*, e o segundo é a *amotio de loco ad locum* ; e esta tem dous termos, como disseram os praticos, isto é, o *terminus a quo* e o *terminus ad quem*, ou por outras palavras. o logar onde a cousa se

¹ Vide Vatel, *CODE PÉNAL du royaume de Bavière*, Paris, 1852, pags. 145 e 146 e notas.

achava antes que o furto começasse, e o logar para onde a coisa é transportada. ¹

Pelo que temos exposto e ainda diremos, não se trata aqui de disputa de vistas theoricas, mas de questões praticas, cuja solução ha de determinar, si se trata no caso de um furto, de uma tentativa, de outro crime ou de facto indifferente ao direito penal.

A'quelle theorema como o denomina Pessina se ligam varias regras juridicas relativas ao elemento do furto de que estamos tratando e aos outros de que nos occupamos.

Assim tudo quanto precede a *contractatio* é preparação do delicto de furto; e quando muito póde ser começo d'elle, como seria a escalada, o arrombamento da porta, a violação do domicilio para commetter furto ou roubo; mas a execução do delicto começa com a *apprehensio rei*; e o seu ultimo momento é a *amotio* que torna completa a *ablatio* e que é representada por qualquer deslocamento que tire a coisa da esphera de actividade do seu legitimo detentor. ²

Esta que é a verdadeira doutrina não é a do nosso codigo, art. 330 do texto.

Portanto, este seguindo o codigo francez cuja doutrina na pratica tem sido alterada, só póde ser interpretado como disposição parallela das dos codigos hespanhol, belga e argentino pela doutrina que sobre este ensina Rivarola, como vimos.

A *contractatio* não é possivel sinão sobre cousas corporeas e moveis, diz Pessina.

Por coisa movel, diz Nypels, se deve entender uma coisa que póde ser transportada de um logar para outro.

E' evidente, a principio, diz Garraud, que o furto não póde ter por objecto sinão uma *cousa movel*: com effeito, a subtracção, a tirada de uma coisa suppõe necessariamente que esta coisa possa ser transportada de um logar para outro, que ella possa ser apprehendida e deslocada. Mas a divisão *civil* dos bens em *moveis* e *immoveis* é sem applicação ao nosso assumpto.

Pouco importa, com effeito, que a coisa fosse já *movel* no momento em que se produz o furto, ou que ella assim se torne pelo furto mesmo. O delicto não é possivel, sinão quando a coisa que é objecto d'elle tem podido ser deslocada, e é sómento esta necessidade que se quer constatar para exigencia do character movel da coisa furtada. Ora, si não se póde subtrahir um immovel, pode-se subtrahir porções ou pedaços d'elle mobilizando-os. Uma tal subtracção constitue sem duvida alguma um furto. A coisa

¹ Pessina, MANUALE CIT. pag. 55 § 52, Part. Sec.

² Pessina, OBR. CIT. loc. cit.

tirada não faz mais parte do immovel, foi o ladrão mesmo que mobilisou-a.

Assim o carvão d'uma mina, a areia ou as pedras d'uma pedreira, o cascalho d'um terreno, as portas ou janellas d'uma casa, podem ser objecto d'um furto, quando estas diversas cousas são destacadas do immovel pela mesma apropriação fraudulenta.

As cousas *incorporeas* não são, como não são os immoveis, susceptíveis de deslocação, de tirada, e desde logo ellas não podem ser subtrahidas, como não podem sel-o os immoveis. Mas muitas vezes o direito é constatado por um *titulo*. Este titulo é um objecto corporeo que se torna materia de subtracção. Então o furto não versa sobre o *direito*, mas unicamente sobre o *titulo* que é uma cousa corporea.

O nosso codigo no art. 333 prevê esta especie de furto de documentos, papeis, etc.

Fóra dessas duas limitações que resultam da natureza mesma do delicto, o dominio do furto abraça todas as cousas materiaes que teem um *valor qualquer*.¹

O que dizer do *gas* da iluminação como objecto de furto? A questão é controvertida; mas os tribunaes, francezes, belgas, hollandezes, allemães e d'outros paizes teem resolvido a questão de modo affirmativo.

Nypels adopta esta solução discutindo a questão e lembra que ella pôde ser applicada á subtracção d'*agua potavel* desviada dos hydrometros que marcam a quantidade realmente gasta; assim como á *electricidade* e ao *ar quente* (*chauffé*) fornecidos ás habitações por companhias, ou administrações municipaes.²

202. O outro elemento do furto é que se trate da cousa d'outrem, ou cousa *alheia*, como diz o art. 330 do texto. E o estudo deste elemento importa a explicação tambem do art. 334 do texto do nosso codigo penal.

Não ha furto si a subtracção não versa sobre cousa alheia. Destes principios resultam varias consequencias.

E' assim que as cousas podem ser objecto de furto ainda mesmo que sua posse entre as mãos do proprietario constitua um delicto; por exemplo, as mercadorias, cuja entrada é prohibida num paiz, os generos alimenticios falsificados são susceptíveis de furto. A questão de propriedade e consequentemente a possibilidade do furto é realmente independente da natureza delictuosa dos objectos apropriados e subtrahidos.

E' assim tambem que é mister que a cousa furtada pertença effectivamente a alguem, ainda mesmo desconhecido

¹ Garraud, OBR. CIT. vol. 5º pag. 80, n. 76.

² Nypels, OBR. CIT. vol. 3º, art. 461, pag. 372, ns. 13 e 14. Em contrario, Fuensalida, *Concordancias i comentarios del codigo penal chileno* § 1334 cit. por Vasquez Acevedo, OBR. CIT. art. 369, not.

ao ladrão. Si esta cousa é uma *res nullius* ou uma *res derelicta*, o caracter do objecto sobre que recahe a subtracção exclue toda idéa de delicto.

As cousas que se designa sob o nome de *res nullius*, são aquellas que não podendo entrar no patrimonio d'uma pessoa determinada sinão por um facto de apprehensão ou de occupação, ficam até então sem proprietario; v. g. os animaes selvagens em seu estado de liberdade natural, as perolas, o ambar e o coral que se acham no fundo do mar.

Na expressão *res derelictae* comprehendem-se as cousas voluntariamente abandonadas por seu proprietario com a intenção de as deixar á disposição do primeiro occupante.

Finalmente é mister que o proprietario da cousa seja um outro que não o ladrão. Esta condição conduz á questão de saber, si o proprietario que se apodera d'uma cousa *indivisa* torna-se culpado de furto. A jurisprudencia, diz Garraud, quanto ao direito francez, é quasi constante no sentido da affirmativa.

O nosso codigo penal tendo como fonte talvez o codigo italiano que elle seguiu n'outras disposições deste cap. diz, textualmente :

« Art. 334. O crime de furto se commetterá ainda que a cousa pertença á herança ou communhão em estado de indivisão.»

O direito parcial sobre a cousa, diz Pessina, não exclue o delicto patrimonial, mas póde ás vezes excluir o furto. Assim o condomino ou o coherdeiro não commette delicto se claramente se apropria da sua porção, tratando-se de cousa divisivel; mas quando em cousa divisivel subtrahе mais do que a sua parte, ou quando subtrahе a cousa indivisivel, commette furto, si a cousa não lhe foi dada em guarda, e commette *fraude*, si a cousa estava a elle mesmo confiada. Isto está textualmente formulado no codigo italiano art. 402. Esta ultima hypothese é *furto* tambem pelo nosso codigo, art. 331 n. 2.

A jurisprudencia, conforme Garraud, no silencio do codigo Francez, tem decidido que ha furto : no facto do proprietario que se apropria dos fructos d'um immovel indivisivel; solução esta comprehendida na generalidade do art. 334 do texto que se refere á communhão em estado de indivisão; que ha tambem furto do coproprietario que subtrahе o titulo de propriedade do immovel indiviso; solução esta que pela mesma disposição do nosso codigo combinada com a antecedente, art. 333, sobre furto de papeis, não se póde deixar de acceptar; do herdeiro que subtrahе *titulos* (*billets*) em nome do de *cujus* e os faz pôr em seu nome; especie, esta que, conforme o nosso codigo, art. 338, mais parece estellionato que furto; do inventor ou descobridor do thesouro que se apropria da parte do proprietario do ter-

reno sobre que foi elle achado ; hypothese esta prevista nos projectos de revisão, mas que o nosso omitta, tornando assim duvidoso si está comprehendida na sancção geral do art. 330 do texto; do colono parciario que sem consentimento do proprietario ou rendeiro da terra, tem tirado toda parte dos fructos recolhidos ao deposito commum ; caso perfeitamente comprehendido no art. 334 do texto, por se referir tambem á communhão em estado de indivisão.

Quasi todas essas soluções como vimos estão firmadas para nós no art. 334 do texto ; mas a theoria geral é contestada por varios argumentos, aliás improcedentes, mesmo pela solução positiva do codigo italiano, fonte aqui do nosso.

Assim, o codigo italiano, art. 402, 1ª parte, estabelece o principio de que « a quantidade do tirado se calcula deduzindo a parte pertencente ao culpado », e esta norma resolve muitas objecções oppostas pelos contrarios de *jure constituendo*.

Entretanto que este codigo, fonte do nosso no art. 334 do texto, firma tal regra, indispensavel tambem para o calculo das aggravantes e attenuantes previstas no art. 431, o nosso codigo, que faz do valor elemento da penalidade nos arts. 330 e 331, omittiu a mesma regra, o que, aliás, não póde deixar na pratica de ser supprido pela interpretação, salvo deixando de executar o art. 334 ou commetter injustiça contra o agente ou paciente do crime.

O art. 334 não exige mais explicações.

Entretanto, ainda para illustração da materia vamos referir-nos ao direito sul-americano.

O codigo chileno, art. 432, omitta a especie daquelle artigo.

Um dos seus mais autorisados interpretes, o criminalista chileno Javier Fernández, diz sobre a disposição, commentando-a :

« O art. 1231, do mesmo cod. (*civil*) nos apresenta outro caso que não cabe na definição do *furto*.

Elle contempla o de um herdeiro ou legatario que subtrahe effeitos da successão, e depois de impôr-lhe penas *meramente* civis, acrescenta : — um e outro ficarão, além disto, sujeitos *criminalmente* ás penas que pelo delicto lhe correspondam.

O herdeiro é dono de todos os effeitos da successão, si bem que só emquanto a partilha não se effectúa, pois uma vez feita, se reputa que não tem sido jamais dono dos effeitos que se adjudicam a um de seus consignatarios, como o expressa o art. 1344.

Aquelle art. 1231 se refere precisamente ao caso de indivisão, isto é, quando se o reputa coparticipe do todo, e nesse caso a subtracção não póde reputar-se de cousa

alheia, que é um dos requisitos exigidos para que haja furto, ou roubo si se procede com violencia.

O facto terá, pois, que ficar impune por não tel-o previsto especialmente o presente codigo, apesar dos desejos do codigo civil.

Talvez pudera estimar-se esse facto como estellionato ou defraudação, mas por geraes que sejam os termos dos arts. 466 e 473, nos parece difficil que possa fazer-se cabel-o em suas disposições. » ¹

O excellente e bem conhecido projecto de codigo dos insignes criminalistas argentinos abaixo citados, definindo o furto inclue numa formula que não póde ser mais precisa, nem mais concisa, a ideia do objecto delle quando indiviso, dizendo :

« Art. 197. Aquelle que, com animo de lucro, apoderar-se illegitimamente duma cousa movel, *total ou parcialmente ALHEIA*, será punido, etc. » ²

O terceiro e ultimo elemento do furto previsto na formula geral do art. 330 do texto é que a subtracção seja *fraudulenta*.

O elemento geral do dolo está subentendido pelo art. 24 do codigo, porque no art. 330 emprega as expressões *para si ou para outrem... contra a vontade do dono*, que completam a ideia ou antes já presuppõem o dolo especifico.

A fraude mesma não se póde conceber si não ha um agente que tenha a intenção de a commetter e outra pessoa que seja a victima della.

Por conseguinte, diz Garraud, esta condição se decompõe assim: 1º, é mister a *intenção* de commetter um furto naquelle que opera a subtracção; 2º, a *falta de consentimento* da pessoa cujo direito é violado.

A intenção do ladrão é realizar uma apropriação injusta; elle quer apropriar-se da cousa como proprietario, quando elle sabe que a cousa é alheia e o dono não consente. Tal é a medida e tal é o limite da intenção dolosiva nesta materia. Não é mister, pois, considerar, como os interpretes que se inspiram em certos textos do direito romano, o desejo de realizar um beneficio pecuniario (*lucri faciendi causa*), como constituindo a essencia mesma desta intenção.

O *movel* que determina o culpado é indifferente no ponto de vista da culpabilidade legal. A unica cousa a pes-

¹ Javier Fernández, COD. PEN. DE LA REPUBLICA DE CHILE, explicado e concordado etc., Santiago, 1899-1900, 2ª edicç., tom. 2º, art. 432, pag. 196.

² PROJECTO DE COD. PEN. PARA LA REPUBLICA ARGENTINA etc., por los Drs. Norberto Piñero, Rodolpbo Rivarola y José Nicolás Matienzo, 1898, 2ª edicç., art. 197, pag. 382.

quizar e a constatar é a intenção do agente de apropriar-se de uma cousa que sabe não ser sua contra a vontade do dono e para servir-se della como poderia fazel-o o proprietario. E' este estado da alma que constitue o *animus furandi*.

No mesmo sentido varios juristas allemães. ¹

A falta de consentimento da pessoa ao direito da qual a subtracção faz offensa, é um character commum ao furto e aos outros delictos contra a propriedade. A subtracção deve ter tido logar, *invito domino* conforme os textos romanos, traduzidos pela nossa lei — contra a vontade do seu dono.

O codigo chileno diz SEM a vontade de seu dono. Commentando a disposição do art. 432, observa Javier Fernandez que na sessão 92^a da commissão redactora ao approvar-se este artigo empregou-se esta phrase, em vez de *contra vontade*, porque com a segunda poderia não comprehender-se os casos de furtos feitos sem noticia do dono da cousa furtada. ²

Mas antes de passar á disposição do art. 331 consignemos que o nosso codigo no art. 330 graduou a penalidade do furto conforme o valor do objecto furtado, o que não fizeram os projectos de revisão, nem havia feito o codigo anterior, por isso elogiado por Silva Ferrão, que censura ao mesmo tempo o codigo portuguez, cuja fonte foi a Orden. do Liv. 5^o, tit. 60, que o nosso vigente seguiu, apesar do codigo francez, que aqui tomou por modelo, ter abandonado tal systema.

Comprehende-se que a melhor solução teria sido abaixar o mais possivel o minimo da pena em todos os delictos deste titulo, facultando numa disposição geral o commum aggravar ou attenuar a pena conforme o valor do damno causado, como fez o codigo italiano, art. 431.

A questão é em geral controvertida; mas o systema do valor invariavel do codigo por ninguem é seguido. ³

Mas releva notar que a segunda parte do art. 330 do nosso codigo está derogada pela lei que vai tambem como texto, n. 121, de 11 de novembro de 1892, que declara expressamente:

« 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. »

¹ Garraud, OBR. CIT., vol. 5^o, pag. 101, n. 87; Berner, OBR. CIT., pag. 440, n. 2.

² Javier Fernandez, COD. PEN. DE CHILE, ETC. CIT. tom. 2^o, art. 432, pag. 195, 2.^a edic.

³ Vide Puglia, em Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2^o, Part. II, A, cap. V, § 1^o, pag. 514.

Temos, pois, que o furto de gado vaccum, cavallar e muar, é punido com a pena do § 4º do art. 330, sem attenção ao valor do gado furtado; que este valor só servirá para base do calculo da multa.

A disposição, portanto, do seguinte art. 331, n. 4, não tinha quasi razão de ser até á publicação da citada lei, que alterou o systema de penalidade do código em relação á qualidade sobredita dos animaes furtados.¹

Ver adiante o commentario ao art. 331, n. 4, e seus paragraphos e ao art. 407 (ns. 204 e 258).

203. Passemos ao art. 331 do texto. Esta disposição contém varias especies classificadas como de furto, algumas das quaes a jurisprudencia franceza fez capitular na norma geral do respectivo código como furto. Ellas figuram no código italiano, já como especies de furto, já como casos de apropriações indevidas; algumas se acham no nosso código anterior.

O texto do código começa dizendo:

«Art. 331. É crime de furto, sujeito ás mesmas penas e guardadas as distincções (sobre o valor) do artigo precedente:

«1.º Apropriar-se alguém de cousa alheia que venha ao seu poder por erro, engano, ou caso fortuito.» O nosso código anterior não continha esta disposição.

A fonte litteral foi o código italiano, art. 420, n.3, salvo o enxerto da palavra *engano*, que era inutil e pôde ser prejudicial, originando duvidas nos casos occurrentes sobre saber si se trata de furto, estellionato ou outra fraude. Mas na fonte é apropriação indebita. Aqui, diz Majno, a lei distingue a posse adquirida em consequencia de um erro, daquelle em consequencia de um caso fortuito. A primeira hypothese se pôde verificar na entrega feita pelo dono *por erro de cousa*, como quando por erro se entrega uma somma superior á devida, ou um movel, v.g., no qual se acha occulto dinheiro, ou na entrega *por erro de pessoa*, quando se dá a um o que se devia e queria entregar a outro. Tal seria o caso de qualquer cousa ou valor que fosse por homonymia parar nas mãos de pessoa diversa do verdadeiro destinatario de nome semelhante ao que se arrogou a posse illicita da cousa.

A hypothese do caso fortuito se verifica, por exemplo,

¹ As leis n. 562, de 2 de julho de 1850; n. 1090, de 1 de setembro de 1830, art. 1º, derogada pela de n. 3163, de 7 de julho de 1833; e as leis n. 21, de 24 de outubro de 1891, e n. 121, de 11 de novembro de 1892, teem todas referencia ao furto de gado vaccum, cavallar e muar, quanto á denuncia e ao processo. Quanto a este, nada temos que ver; quanto, porém, á denuncia ou acção, voltaremos ao assumpto quando commentarmos o art. 407 (n. 258).

no caso de objectos transportados pelo vento ou por uma inundação na casa ou terreno de outrem.

Entretanto, como o art. 331, n. 1, do texto additou-lhe ainda o *engano*, vamos fazer uma referencia á opinião de Suman, da qual resulta que em taes casos pôde surgir uma circumstancia que faça converter o facto em *truffa* (estellionato), o que certamente não teve em vista aqui o nosso codigo naquella disposição.

O erro, diz elle, pôde versar sobre a pessoa ou sobre a cousa; deve, porém, ser estranho ao culpado, pois que, si elle o houvesse procurado, não se estaria mais na hypothese, mas se trataria de estellionato.

Si Ticio, sabendo de uma carta contendo dinheiro dirigida ao seu homonymo, faz cahir em erro o portador da mesma, fazendo-se crer o destinatario, e a recebe em seguida ás suas manobras, elle responderá por estellionato, pois que a posse da carta elle a obtem por um artificio fraudulento. ¹

Ao engano, pois, a que se refere o nosso codigo deve ser estranho o ladrão.

A outra especie do texto do art. 331 é a seguinte:

« 2.º Apropriar-se da cousa alheia que lhe houver sido confiada; ou consignada por qualquer titulo, com obrigação de a restituir ou fazer della uso determinado.»

E' tambem a traducção do codigo italiano, art. 417, não de furto, mas de apropriação indevida.

O nosso codigo aqui só não incluiu o elemento do proveito, devendo-se subentender, conforme o art. 330, que a apropriação seja *para si ou para outrem*.

Suman, referindo-se á disposição, diz que a definição indica como elementos essenciaes do crime: 1º, a confiança (affidamento) ou consignação da cousa; 2º, deverem estes actos, seja como for, implicar obrigação de restituição da cousa mesma, ou de um uso determinado della; 3º, apropriação da cousa mesma.

E' necessario, em primeiro lugar, á essencia juridica do crime, que o culpado tenha tido a consignação da cousa, ou que ella lhe tenha sido confiada, logo que a posse da cousa mesma tenha a elle passado de modo perfeitamente licito. E' este elemento que distingue o crime de que se trata do *furto* e do *estellionato*, e pela força do qual não ha de facto violação da posse, desde que esta passou ao culpado antes mesmo que se tratasse de crime. E' bem certo que ainda no estellionato ha a consignação ao culpado daquillo que pôde trazer-lhe proveito, mas ao passo que a consignação no estellionato é procurada mediante artificios, na apropriação indevida é espontanea, no

¹ Majno, *OPR. CIR.*, 2º vol. art. 420, pag. 367, n. 2682; Crivellari, *OPR. CIR.*, vol. 8º, art. 420, pag. 257, n. 98.

estellionato é determinada pelo *engano*, na apropriação indevida pela *confiança*. De facto, *confiar* uma coisa significa pô-la nas mãos de alguém a fim de que a retenha para o uso estabelecido pelo proprietário; entretanto, *consignar* implica a idéa de dal-a para passar a outros, para transportal-a. A confiança implica uma fé mais ampla e explícita, na consignação, que pôde ser também momentânea, esta fé ou confiança pôde também faltar ou ser muito limitada.

O proprietário que dá para ganho animaes ao seu colono lh'os confia; aquelle, ao contrario, que, devendo pagar uma divida, dá dinheiro a outrem para leval-o e pagal-a, lhe consigna aquelle dinheiro.

A apropriação deve ser de coisa *movel* e não deve, ao menos em parte, pertencer ao culpado, mas deve ser no todo ou em parte de outrem.

O segundo elemento do crime é que a confiança ou a consignação tenham tido logar por qualquer titulo, mas que importe obrigação de restituição, ou de fazer della um uso determinado. Deve, portanto, tratar-se de uma confiança ou consignação não translativa da propriedade, pois que si o crime não implica, como temos visto, violação de posse, deve, porém, lesar a propriedade.

Quaes serão, porém, as consignações que impliquem a obrigação da restituição, ou de fazer das cousas um uso determinado? Varias são as hypotheses em que isto se pôde verificar; seria muito longo enumeral-as, bastando dar como exemplos os casos de um contracto de locação ou aluguel, mandato, commissão, penhor, deposito, etc. Não ha necessidade, porém, d'um contracto propriamente dito, basta que aquelle que recebe a coisa tivesse a obrigação de restituil-a ou de fazer della um uso determinado.

No terceiro elemento está incluída a mesma acção da apropriação indevida, isto é, a conversão em uso proprio ou de outros da coisa havida em confiança ou consignação, elemento que no art. 331, n. 2, é indicado pelas palavras *apropriar-se de coisa alheia*, subtendendo-se (art. 330) *para si ou para outrem*, e neste elemento se externa a consummação do delicto.¹

Ainda no art. 331, o código diz :

« 3.º Apropriar-se de coisa alheia achada, deixando de a restituir ao dono, si a reclamar, ou de manifestal-a, dentro de quinze dias, á autoridade competente.»

A fonte da disposição um pouco differente foi o código criminal anterior art. 260; sendo um dos casos de apropriação indevida no código italiano art. 420, n. 1, cujo dispositivo

¹ Crivellari, OBR. CIT., vol. 8º, art. 417, pag. 246, n. 94.

mais racional os projectos de revisão seguiram, o de 1899, art. 333, § 2º, onde se diz :

« II. Quando o culpado se apropriar de cousa que tenha achado, e não observar as prescripções da lei civil applicaveis ao caso.»

Os elementos do crime são : 1º, que haja uma cousa perdida ; 2º, que ella seja achada ; 3º, que quem ache aproprie-se della, deixando de restituir ao dono si a reclamar, ou de manifestal-a dentro de quinze dias á autoridade competente.

Perder uma cousa não implica perder a propriedade della ; a perda é sómente da posse.

Deverá considerar-se como perdida, diz Crivellari, aquella sómente que no momento de achada não é possuida por alguem, seja que o proprietario não tivesse lembrança do logar onde a cousa pudesse se achar, seja que a cousa mesma se achasse em logar onde não devesse estar.

A cousa perdida deve ser achada, isto é, por sua parte o culpado nada deve ter feito para que ella viesse ás suas mãos.

A achada deve ser effeito de um accidente.

Ticio, passando pela rua, vê no chão um bracelete que apanha ; o caso não mudaria, si, sabendo que esse objecto estava perdido, procurasse-o e achasse-o.

Não basta, porém, achar e recolher a cousa para se ter o crime, é necessario apropriar-se della e isto se verificará quando ella for convertida em vantagem propria, com a intenção de não restituil-a, conversão e intenção que devem ser demonstradas, não só pela omissão do preceito alternativo do art. 331, n. 3, do texto, que por si só constitue uma presumpção, mas por outros factos que ponham em evidencia o dolo. ¹

A lição dos autores italianos não auxilia a interpretação do nosso código inteiramente, porque no terceiro elemento o código italiano varia do nosso.

A solução mesma do direito civil italiano no caso é muito differente do nosso.

Entre nós os bens publicos federaes, estadoaes e municipaes são de uso publico ou *patrimoniaes* e nesta ultima classe entram os *vagos* e nesta especie « os abandonados ou perdidos, achados e *manifestados* á autoridade competente *por quem os achou*». ²

204. Finalmente, no mesmo art. 331, n. 4, e seus §§ 1º e 2º, apesar de se tratar nos numeros anteriores, 1º a 3º, como vimos, de apropriações indevidas, trata-se do furto de animaes e dos productos da lavoura e de estabelecimentos

¹ Crivellari, *OBV. CIT.*, vol. 8º, art. 420, pag. 256, n. 98.

² Carlos de Carvalho, *NOVA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS*. Rio de Janeiro 1893, arts. 197, 200 e 211.

ligados á industria agricola e pastoril, tendo sido especialmente o furto de animaes objecto de leis especiaes anteriores e posteriores ao codigo, pois que o codigo anterior não cogitava de nenhuma dessas especies.

Contêm disposições semelhantes o codigo italiano arts. 403, ns. 6 e 7, e 404, n. 12.

Estas disposições são justificadas pela necessidade de proteger por sancções especiaes os interesses da agricultura e da criação e as industrias que a estas se ligam, sendo, por outro lado, mais facil a pratica de taes crimes.

As especies de que aqui se trata são caracterisadas tambem como de furto no codigo italiano, ou antes constituem casos, ora de furto *aggravado*, ora de furto *qualificado*.

A disposição do n. 4 do art. 331 não tinha quasi razão de ser, porque o furto de animaes, como o de qualquer outra cousa, é sempre furto e da disposição só resultava aggravação da penalidade da sexta parte quanto á pena corporal.

Só posteriormente é que tal disposição pôde ter sentido no art. 331, quando a lei n. 121, de 11 de novembro de 1892, art. 3º, estabeleceu uma só penalidade e a maior, isto é, a do § 4º do art. 330 e a multa em relação ao valor do objecto furtado.

Nas disposições do texto que estamos commentando, trata-se de especies communs de furto, aggravadas, porque recahem sobre os objectos que o n. 4 e §§ 1º e 2º do art. 331 enumeram.

Consequentemente trata-se de crimes, cujos elementos constitutivos já estudamos, bastando notar que pela letra do n. 4 do art. 331 do texto é crime o furto de qualquer animal sem distincção possível.

Mas, conforme o § 1º do art. 331 do texto, a pena corporal é accrescida com a sexta parte :

« § 1.º Si os animaes forem tirados dos pastos de fazendas de criação ou cultura.»

Mas nós entendemos que esta disposição foi ampliada aos animaes, achem-se ou não nos pastos de fazenda de criação ou cultura, tendo sido nesta parte tambem derogado o § 1º pela citada lei n. 121, de 1892, art. 3º, que não faz allusão alguma á situação ou logar onde se ache o animal furtado.

Esta interpretação firma-se nas fontes da lei.

A fonte do codigo de 1890 foi a lei n. 1090, de 1 de setembro de 1860, art. 1º, aliás só referente ao processo, considerando caso de denuncia o furto de gado vaccum e cavalhar nos campos e pastos das fazendas de criação e cultura.

Mas esta lei foi revogada expressamente pelo art. 5º da lei n. 3163, de 7 de julho de 1883, que diz :

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

Não falla este texto absolutamente de logar.

Já sob o regimen republicano, veio a lei n. 21, de 24 de outubro de 1891, posterior ao código e disse:

« Art. 1.º *Continuam em vigor* as disposições do decreto n. 3163, de 7 de julho de 1883. »

Finalmente, veio a lei n. 121, de 1892, art. 3.º, transcripto no texto, pelo qual se vê que não se faz distincção alguma para impôr a maior penalidade no caso de furto de gado vaccum, cavallar e muar.

A intelligencia que adoptamos resulta das disposições litteraes citadas.

Ella está aliás de accordo com a idéa dominante no código italiano, art. 404, n. 12, de considerar furto *qualificado*, como fizeram tambem os nossos projectos de revisão, o de 1899, art. 331, n. 10, o furto de gado *grosso, ainda que não* em rebanho, no pasto, em campo aberto, ou em curral ou recinto, que não constitua dependencia immediata de uma casa habitada.

Quando, porém, não se tratar de gado vaccum, cavallar ou muar, não terá logar a aggravação da pena, porque, embora o código no § 1.º empregue a palavra *animaes*, o que poderia comprehender o gado *miudo*, lanigero e cabrum, entretanto a citada lei n. 121, de 1892, art. 3.º do texto, limitou ao gado *grosso* a disposição.

E esta intelligencia, esta mesma lei melhor a confirma pela antithese que em disposição que precede áquella, ella estabelece, dizendo:

« 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 processos e julgamentos. »

Em relação, pois, ao gado *miudo* subsiste o n. 4 do art. 331 do texto com as distincções do valor mencionadas nos §§ 1.º a 4.º do art. 330.

Os projectos de revisão e o de 1899, arts. 330, n. VI e 331, n. X, formularam de modo mais racional as especies de furto aggravado e qualificado de *animaes* e gado *grosso* ou *miudo*, em lotes ou não em campo aberto ou não, etc.

A doutrina do código italiano não auxilia bem a interpretação do nosso código, nem da lei posterior n. 121 e por isso mesmo apenas á ella alludimos.

Mas como os projectos tiveram sua fonte no código italiano, não vem fóra de proposito citar parte do estudo que sobre o assumpto faz Alimena na sua obra monumental, *Os limites e os modificadores da imputabilidade*, não só como uma lição da doutrina da fonte; como tambem de direito comparado, embora isto aproveite menos á interpretação do código vigente.

E' conhecida, diz elle, quanta gravidade tenha tido em

todos os tempos o delicto que se chama *abigeato*, delicto já conhecido entre os hebreus e os romanos que chamavam *abigei—qui pecora ex pascuis, vel ex armentis subtrahunt, et quodammodo deprædantur, et abigendi studium quasi artem exercent, equos de gregibus vel boves de armentis abducentes* » — e conhecido ao maior numero das legislações, bastando citar os codigos : hollandez, art. 311, 1 ; austriaco, §§ 174, II ; 175, II ; sueco, capitulo 20, § 4, 7 ; norueguense, capitulo 19, § 5, b ; finlandez, capitulo 28, § 2º, 10 ; francez, art. 388, e o direito não codificado do Transvaal — entre os quaes alguns o fundem com a hypothese, mais geral, de furto de animaes de qualquer especie, conforme notamos acima em relação a leis nossas.

Depois de apreciar a varia legislação anterior e os trabalhos preparatorios do codigo uno, ainda diz elle :

No codigo italiano é *aggravado* o furto commettido « de animaes nos logares de sua criação, ou de animaes deixados por necessidade em campo aberto e a respeito dos quaes não seja applicavel a disposição do art. seguinte » (art. 403, n. 6 ; e é *qualificado* o furto commettido « de gado em rebanho e de gado grosso, ainda que não reunido em rebanho, no pasto ou em campo aberto, ou nos curraes e em recintos que não constituam dependencias immediatas de uma casa habitada » (art. 404, n. 12).

Precisa, pois, diz elle, fazer duas indagações.: uma relativa á essencia dos animaes furtados ; a outra relativa ao lugar em que o furto se commette.

Comecemos pela primeira.

Do conjuncto dos trabalhos preparatorios e do relatorio final resulta claro que o n. 12 do art. 404 prevê o furto chamado *abigeato*, isto é, aquelle de animaes que servem á agricultura e á industria pastoril, entretanto o n. 6 do art. 403 prevê, mais geralmente, o furto de animaes.

Pois, se tem o furto *qualificado* ou *abigeato*, logo que o furto recahe sobre gado grosso, como cavallos e bois, e se tem tambem quando se furte um só animal, ainda quando elle esteja isolado no pasto, ou d'outro modo em campo aberto. As palavras « ainda que não reunidos em rebanho » não deixam duvida alguma.

Se tem igualmente o *abigeato* quando o furto recahe sobre gado miudo, como ovelhas, cabras, suinos, desde que elle esteja reunido, em rebanho, não importando distinguir si se furte um só animal ou se furtem mais.

Ao contrario, si tem o furto (sómente) *aggravado*, quando se furtem outros animaes, que não sirvam á agricultura, nem á industria pastoril, como patos e gallinhas, ou animaes que não sejam gado grosso, quando não estejam reunidos em rebanho.

Consideremos agora o *lugar*.

O furto de que falla o n. 6 do art. 493 do código italiano, se commette nos logares de criação dos animaes, ou em campo aberto, onde elles são deixados por necessidade.

E' natural, pelo que dissemos mais atraz, que tal necessidade deve entender-se de modo relativo e segundo as exigencias da agricultura e criação, ou segundo as exigencias do possuidor, ficando excluido o caso unico em que os animaes sejam deixados no campo por mera negligencia.

E' natural igualmente que por *campo aberto* ou ao ar livre, se deve entender toda matta, bosque ou planice, não importando que seja ou não cultivado, não fechado por muros, cercas, vallados e semelhantes.

D'onde não é *abigeato* o furto de cavallos ou de bois, deixados na vizinhança das cidades, juntos a carroças ou a carros para serem por elles tirados.

Para que se verifiquem as condições do n. 6 do art. 403 do citado código é finalmente necessario que, aos animaes furtados « não seja applicavel a disposição do n. 12 do artigo seguinte », isto é, do art. 404 do mesmo código. Estas palavras, que são necessarias para coordenar e não confundir duas disposições semelhantes, fazem pensar a Marciano que quando o gado grosso ou o gado miúdo, reunido em rebanho, é furtado no logar da sua criação (nascimento, solta, refazimento), se deve applicar o art. 403, n. 6, e não o art. 404, n. 12.

Mas nós, diz Alimena, com Impallomeni, Magri e Majno, pensamos que, quando se verifiquem as condições de logar prescriptas no art. 493, n. 6, não ha razão alguma para negar a *qualificativa*, só porque á ella se una uma outra condição, isto é, aquella de ser aquella logar tambem o logar da criação.

O furto de que falla o n. 12 do art. 404 do código italiano se commette nos pastos, ou ao ar livre, em campo aberto ou nos curraes ou recintos, que não constituam dependencias immediatas de casas habitadas.

Nada ha a observar relativamente aos pastos e campos abertos que por nós não tenha sido já dito. Relativamente á condição negativa, pela qual os curraes e recintos não devam constituir dependencias immediatas de casas habitadas, basta notar, como resulta dos trabalhos preparatorios, que são excluidos os curraes e recintos, que são susceptiveis de guarda e vigilancia directa e não, por exemplo, aquelles que estão juntos á cabana (choça, mucambo) do pastor ou vaqueiro.

Isto mesmo emerge do conceito director, quer dizer que merecem uma tutela ou garantia mais forte sómente aquelles bens que menos facilmente se podem defender. ¹

¹ Alimena, *I Limiti e i Modificatori dell' IMPUTABILITÀ*. Torino, 1891-99, 3º vol., pag. 716.

Ver este commentario sobre os arts. 330, 331, n. 4º e seus §§ e 407 (ns. 202 e 258) ácerca do assumpto do furto de gado e animaes e respectiva acção.

Passemos ao § 2º do n. 4 do art. 331 do texto. A disposição agrava a pena de furto dos objectos que enumera, a saber :

1º, de productos de estabelecimentos de lavoura, qualquer que seja a sua denominação e genero de cultura ;

2º, de estabelecimentos de salga ou preparo de carnes, peixes, banhas e couros.

A disposição estabelece um requisito exigido e commum, e é que *não* estejam esses productos *recolhidos* a depositos, armazens ou celleiros *fechados*.

A citada lei n. 3163, de 1883, revigorada pela de n. 21, de 1891, referia-se ao furto de taes productos nas condições expostas, para dar logar á denuncia. Tambem a citada lei n. 121, de 1892, refere-se á ultima para o mesmo effeito.

Pelos projectos de revisão, de 1893, art. 330, n. VII, é tambem furto *aggravado* a subtracção de planta ou animal de viveiro, lenha de matta, ou producto do solo, colhido e deixado por necessidade em campo aberto, sendo igual á do codigo, mas de furto *qualificado* a do n. XI do art. 331 do mesmo projecto.

A primeira disposição é que tem sua fonte no codigo italiano, art. 403, n. 7, como furto aggravado.

Sobre este diz Crivellari, que acha a sua razão de ser na menor defesa particular, e a lei, estabelecendo a aggravante, considera a cousa, o tempo e a necessidade.

Assim, ao passo que se está procedendo ao córte da lenha na matta, os productos se colhem, e as plantas estão nos viveiros, sendo forçoso que todas essas cousas sejam deixadas sem custodia, ou por difficuldade de transporte immediato ou para obter a sua sécca ou desenvolvimento como no caso das plantas nos viveiros. Esta necessidade, tambem em tal hypothese, deve se entender em sentido relativo, de modo a consideral-a sempre existente todas as vezes que este abandono das cousas de que falla a disposição nas condições estabelecidas não dependa de incuria ou motivo não sufficiente. No mesmo sentido outros interpretes.¹

Servatis servandis, estas observações justificam o texto do nosso codigo no art. 331, n. 4, § 2º.

203. O art. 332 do texto teve como fonte o nosso codigo anterior, art. 259, e este não podia deixar de ter

¹ Crivellari, *Obv. cit.*, vol. 8º, art. 403, pag. 78, n. 22; Major, *Obv. cit.*, vol. 2º, art. 403, pag. 286, n. 2564.

tido como fonte o código da Baviera, arts. 211, 256 e 420, mas que considera o facto, conforme as circumstancias, como de fraude, ou exercicio arbitrario dos proprios direitos e não de furto.

O código francez até 1832 não tinha disposição semelhante, mas com a reforma então effectuada figura nella o art. 400 §§ 3º e 4º consignando as disposições casuisticas referentes aos bens penhorados ou dados em penhor.

Estes casos nos servem de exemplo para as duas hypotheses do art. 332, sem que isto importe dizer que elle não se applique a outros casos, porque a disposição foi estabelecida por uma formula geral.

Assim é crime tirar sem autorisação legal a coisa propria que se achar em poder de terceiros em prejuizo deste, *por convenção*, v. g. por lhe haver sido dada em *penhor* para garantir qualquer obrigação.

Do mesmo modo, si em lugar de convenção tiver havido *determinação* judicial, v. g. em virtude de *penhora*.

Mas o artigo comprehende, póde comprehender, o *sequestro*, o *arresto*, etc.

O facto no direito francez não é considerado furto, mas uma infracção especial,

Conforme nosso código, art. 332, os elementos constitutivos do delicto são : 1º, que a coisa propria se ache em virtude de *convenção* ou *acto judicial* em poder de terceiro ; 2º, que tenha havido *tirada sem autorisação legal* ; 3º, que o dono da coisa tenha agido de má fé.

Quanto ao primeiro elemento, deve-se tratar de uma convenção ou de uma penhora validas, a nulidade fará desapparecer uma das condições essenciaes do crime, e por isso deve constituir uma questão prévia a ser examinada pela justiça a validade ou não da convenção, penhora, arresto, etc.

O segundo elemento é o facto mesmo da *tirada* do poder de terceiro e em prejuizo deste da coisa objecto da convenção ou da determinação judicial.

Rigorosamente aqui não ha furto, porque o culpado é proprietario dos objectos, trata-se de uma especie anomala qualificada por tal, sem entretanto lesar o direito de propriedade como no furto. Aqui ha delicto, porque ha prejuizo contra o terceiro e ao mesmo tempo uma violação do principio que manda obedecer aos decretos da justiça, ou respeitar as convenções que constituem lei entre as partes.

A *tirada ex propria auctoritate* não é delictuosa, e este é o terceiro elemento, si não quando o agente tem agido de má fé. No caso de *convenção*, quasi se póde presumir o dolo do agente ; mas, no caso de arresto, penhora e sequestro já não é assim, porque si o agente não foi intimado desses actos, nem tinham chegado por qualquer modo ao

seu conhecimento, não haveria mesmo delicto, que é justamente a reunião do elemento intencional ao material.

E' mister que a coisa esteja effectivamente sob a guarda do terceiro prejudicado, por que já por excepção é que este facto de furto de posse é equiparado ao *furtum rei*, conforme o direito romano. Assim, si a coisa apesar de penhorada, não estivesse, não chegasse a estar antes do crime no poder de terceiro; si estivesse, v. g., alugada ou arrendada, não haveria crime. E' a solução do direito francez, cujos escriptores, especialmente Garraud, tratam das questões relativas á esta figura criminosa. ¹

Commetterá o delicto do art. 332 do texto aquelle que alienar ou dispuzer por qualquer modo do penhor que não estiver sob a guarda de terceiro, mas, ao contrario, sob a sua propria, conforme as respectivas clausulas de direito? Pensamos que não. No caso o crime é o de estellionato ou fraude, conforme veremos.

E, ao contrario, não commette crime algum, por outro lado, o credor que empenhar os proprios direitos pignoratícios, não podendo estar a especie comprehendida na disposição do antecedente art. 331 n, 2º do texto.

Faltaria base para o procedimento criminal, sendo o acto licito perante o direito civil, não obstante a controversia no terreno deste direito, onde nos acostamos á opinião do Visconde de Ouro Preto numa de suas excellentes monographias. ²

As especies de abuso de confiança, apropriações indevidas e outras congeneres, mal caracterisadas de furto pelo codigo penal, muita vez constituem estellionato e fraudes e outras vezes não constituem crime algum, são delictos civis, fóra da esphera da lei penal, dando logar apenas ao pedido de perdas e damnos por acção civil.

A interpretação de taes disposições exige o maximo criterio, que só nos podem dar o conhecimento dos principios do direito penal e o estudo acurado dos casos occurrentes.

Passemos ao art. 333 do texto.

E' um caso de furto que o codigo declinou expressamente, addicionando no paragrapho unico uma aggravante para a hypothese que prevê.

Nada tem de especial a disposição.

Referimo-nos ás disposições correlatas, assim como a este commentario neste mesmo capitulo, em logar onde fizemos referencias a outras partes deste mesmo commentario (n. 191).

¹ Garraud, OBR. CIT., 5º vol., pag. 211, n. 216.

² Visconde de Ouro Preto, CREDITO MOVEL PELO PENHOR E O BILHETE DE MERCADORIAS, Rio de Janeiro, 1898, pag. 19, ns. 15 e segs.

Já commentámos tambem o art. 331 do texto e por necessidades do methodo, quando commentamos o art. 330 (n. 202).

206. O art. 335 e ultimo do texto do capitulo diz que « a acção criminal de furto não terá logar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes e affins nos mesmos grãos.

A fonte da disposição foi o nosso codigo criminal anterior art. 262.

A disposição figura no codigo italiano, art. 433, de modo muito mais completo e que os projectos de revisão, de 1899, art. 361 seguiram até certo ponto.

O codigo italiano estende a outros crimes a excepção.

O art. 335 constitue a sancção de um antigo principio em virtude do qual os delictos contra a propriedade commettidos entre parentes não dão logar a processo penal e nalguns casos só dão mediante querella da parte, attenuando-se a pena.

Na *Enciclopedia Giuridica Italiana* e num artigo sobre « os casos de impunidade no cod. penal », Pio Viazzi discute a questão de tal dirimente e lembra a opinião do deputado Morini, conforme a qual a respectiva theoria hoje só devia ser acceita com certas restricções e não amplamente como é.

Em todo caso devia depender a punição da acção privada do prejudicado, que mesmo assim não teria logar, si o agente do furto restituísse o objecto delle, e nada mais.

Sem duvida que é um assumpto para meditar-se. ¹

O codigo enumera taxativamente o crime de furto e as pessoas não passíveis de processo.

Por conjugue deve entender-se aquelle sómente que está unido por casamento *civil*, sendo este o casamento unico reconhecido pelo Estado e pela lei como productur de effeitos civis. Aliás é a solução da doutrina e da jurisprudencia italiana.

Assim tambem resolvem estas que o estado do conjugue deve existir no momento do crime e consequentemente, si o casamento viesse a ser contrahido depois que aquelle fosse commettido, não teria influencia alguma.

O conjugue para ter direito á impunidade não deve estar separado legalmente ; pois para eliminar o beneficio é necessaria uma separação que se tenha verificado com intervenção da autoridade competente, isto é, separação judicial de pessoa e bens, conforme a letra do art. 335 do texto.

O nosso legislador, do mesmo modo que o italiano, cala-se sobre os co-réos, co-autores e cumplices estranhos,

¹. Vid. Pio Viazzi, I CASI DI IMPUNITA nel Codice Penale, Milano, 1900, pag. 82, n. 25.

participantes de taes factos ; mas, como dizem Majno, Suman e outros, o silencio é justificado, porque, tratando-se de beneficio dependente de qualidade personalissima, não pôde communicar-se a participantes que não se achem nas mesmas condições juridicas. Portanto contra elles terá logar o processo, sem limitação alguma. ¹

Vamos registrar alguns arestos da nossa jurisprudencia referentes ás especies do capitulo, quer anteriores, quer posteriores ao codigo vigente.

« Aquelle que vende ou troca a cousa que furtou, não commette pelo mesmo facto dous crimes : furto e estellionato.

O destino dado á cousa furtada não muda a natureza do crime. » Accordão da Relação de *S. Paulo*, 7 de agosto de 1874.

« O motivo *reprovado* não é circumstancia aggravante no crime de furto.

A circumstancia do *logar ermo* não pôde ser aggravante do crime de furto de gado nos campos e pastos das fazendas de criação. » Sentença do juiz de direito da villa das *Barras* (Piauhý), 3 de dezembro de 1874.

« Não se verifica a circumstancia aggravante do § 3º do art. 16 do codigo criminal (reincidencia) quando o crime é commettido antes do julgamento e condemnação por outro da mesma natureza ; e a do § 4º (motivo reprovado ou frivolo) é elementar do crime de furto. » Sentença do juiz de direito da *Villa Bella* (Pernambuco), 13 de março de 1875. ²

Furto não se transforma em estellionato pelo facto da alheiação da cousa furtada. *Estudo* do desembargador T. Henriques.

« Intelligencia do art. 257 do codigo criminal (codigo penal, art. 330). Não constitue furto, nem tentativa de furto, nem crime algum outro e, conseguintemente, não dá logar a procedimento criminal o simples facto de contra-ferrar-se gados alheios. » Sentença do juiz de direito de *Maracás* (Bahia), 16 de dezembro de 1878.

« Não commette furto o individuo que tira objecto que lhe pertence do poder de outro que o possue. » Accordão da Relação de *Ouro Preto*, 11 de fevereiro de 1881.

« A tirada da cousa alheia, contra a vontade de seu dono, de dentro de um movel, com a propria chave deste é roubo. » Accordão da Relação da *Bahia*, 15 de outubro de 1886. ³

¹ Majno, *OB. CIT.*, 2º vol., art. 433, pag. 413, n. 2765 ; Crivellari, *OB. CIT.*, 8º vol., art. 433, pag. 378, n. 189.

² O *DIREITO*, vol. 5º, pag. 214 ; vol. 6º, pag. 497 ; vol. 7º, pag. 595.

³ O *DIREITO*, vol. 8º, pag. 623 ; vol. 18, pag. 641 ; vol. 24, pag. 643, e vol. 41, pag. 649.

« Commette crime de furto (codigo criminal, art. 257) e não roubo quem subtrahе dinheiro, entrando francamente de dia na casa alheia e abrindo a gaveta de uma commoda com a propria chave delle.» Accordão da Relação do *Recife* (Pernambuco), 29 de março de 1892.

« Crime de furto. Perdão ao offendido. Perempção e prescripção da acção penal.» Sentenças do Dr. Paes Barreto, juiz de direito do *Bom Conselho* (Pernambuco), 22 e 23 de novembro de 1893.

« Crime de furto; avaliação da cousa furtada; necessidade de prova plena para a pronuncia; queixa apresentada por firma social. Accordão do Tribunal, 1ª instancia, *Bahia*, 25 de julho de 1895. ¹

« Não constitue os crimes definidos nos arts. 124 e 333 do codigo penal o facto de um escrivão demittido não restituir ao jury a portaria que o demittira e por este fôra exigida, nem tambem o da recusa de alguем de entregar a dita portaria que o ex-escrivão lhe confiara. » Accordão do Supremo Tribunal Federal de 27 de abril de 1898.

O art. 330 e respectivos paragraphos do codigo penal, quanto ao furto de gado vaccum, cavallar e muar, se achа derogado pela lei n. 121, de 11 de novembro de 1892. » Sentença do juiz de direito de *Pyrenopolis* (Goyaz), 10 de julho de 1899.

« A apropriação do art. 331, n. 2, do codigo penal existe desde que o possuidor se transforme em illegitimo proprietario.» Accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, 18 de novembro de 1897 — *Munis Barreto*, presidente e relator. ²

Apropriação da cousa dada em garantia de contracto não cumprido.

Intelligencia do art. 331, n. 2 do Codigo Penal.» Sentença do Dr. *Miranda Montenegro*, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 22 de setembro de 1900.

« Cabe a acção penal no crime de estellionato entre marido e mulher.

O art. 335 do codigo penal, por ser uma excepção e como tal dever se interpretar restrictamente, não comprehende o estellionato e o roubo.» Accordão do Tribunal Superior do Estado do *Pará*, 17 de dezembro de 1898.

« A disposição do art. 335 do codigo penal mantida em vigor pela lei n. 628, de 1899, é inapplicavel ao crime de roubo.

¹ O DIREITO, vol. 53, pag. 622; vol. 63, pag. 563, e vol. 69, pagina 417.

² O DIREITO, vol. 77, pag. 419, e vol. 80, pag. 571; REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 2º, pag. 231; O DIREITO, vol. 85, pag. 121, fasciculo de maio de 1901.

Assim, cabe a acção penal do ministerio publico no crime de roubo praticado por um genro em bens pertencentes ao sogro.» Accordão do Tribunal de Justiça de *S. Paulo*, 3 de outubro de 1900. ¹

« O valor do furto de uma caderneta da Caixa Economica é regulado pelo preço do custo da caderneta e não pela importancia das sommas nella escripturadas.» Accordão da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal de 28 de abril de 1900. ²

Pensamos que o valor do furto dependé no caso de prova, porque a victima do delicto, além do custo de nova caderneta passa por incommodos, vexames e mesmo despesas de annunciós, etc.

CAPITULO III

DÁ FALLENCIA E INSOLVABILIDADE

CODIGO

Art. 336. Todo commérciante, matriculado ou não, que for declarado em estado de fallencia, fica sujeito á acção criminal, si aquella for qualificada fraudulenta ou culposa, na conformidade das leis do commercio.

§ 1º, si a fallencia for qualificada fraudulenta:

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.

§ 2º, si culposa:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 3º. A fallencia dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas.

Art. 337. O devedor não commerciante que se constituir em insolvencia, occultando ou alheando maliciosamente seus bens, ou simulando dividas em fraude de seus credores legitimos, será punido com a pena de prisão cellular de seis mezes a dous annos.

COMMENTARIO

207. Accrescentamos a epigraphe do capitulo porque o codigo no art. 337 do texto occupa-se de materia que não se comprehende na fallencia.

Sobre o assumpto dissemos, justificando o projecto de 1893:

Sobre a fallencia, o projecto se limita a consignar a sancção penal da quebra fradulenta e culposa, abaixando a penalidade daquella por excessiva e muito mais a da ultima, substituindo a prisão pela detenção, uma vez que a má fé não a caracteriza.

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 8º, pag. 275, e vol. 10, pag. 267,

² O DIREITO, vol. 85, pag. 299, de 1901.

Quanto á fallencia *civil, decoctio, deconfiture*, preferimos a noção do código portuguez, que o nosso de 1890 alterou, ampliando-a de modo a poder dar logar a vexames injustos na pratica, não se tratando de commerciante, desde que se admittisse como uma das fórmulas do crime — o simular dividas em fraude de seus credores legitimos.

A pena é a mesma da quebra culposa.

Em innumerous paizes as leis modernas punem, algumas severamente, esse facto. ¹

Nesta materia os códigos penaes não offerecem menos de tres systemas.

O 1º é aquelle em virtude do qual não consagram disposição alguma sobre a fallencia e delictos congeneres, reservando isto exclusivamente ao código commercial; do que offerecem exemplos o código italiano e o do Uruguay.

Giulio Fioretti escreveu mesmo um opusculo intitulado de — disposições penaes do código do commercio. ²

O outro systema é justamente o contrario, isto é, não fazer excepção o código penal acerca da fallencia, cujas especies são definidas e caracterisadas por seus elementos proprios do mesmo modo que os outros crimes. Póde-se ver como exemplos deste segundo systema, o código hollandez, art. 340 e segs., e o código allemão §§ 281 a 283, e a respeito do qual diz Carrara que as disposições são originaes, tendo o código allemão aqui abandonado a sua fonte mais abundante, isto é, o código francez.

O terceiro systema, finalmente, é um meio termo entre os dous, e consiste em estabelecer penas para taes crimes, sem defini-los, deixando esta tarefa ao código ou lei commercial. E' exemplo deste systema o código francez, arts. 402 a 404; argentino, arts. 198 a 201; hespanhol, art. 536 e segs. e outros como o da Rumania, arts. 343 a 348, commentando o qual Fratostiteanu se refere ás disposições do respectivo código commercial. ³

O código do Chile seguiu o mesmo systema, o que se vê bem do contexto dos seus arts. 463 a 465, referindo-se o seu notavel commentador Robustiano Vera ás respectivas disposições do código commercial. ⁴

O código da Baviera, art. 273, seguiu o segundo systema estatuindo, a par da criminalidade especificada, a pena correspondente, independentemente do determinado nas leis

¹ Exposição DE MOTIVOS DO PROJECTO de 1893, pag. 24.

² Giulio Fioretti, *LE DISPOSIZIONI PENALI DEL CODICE DI COMMERCIO*, Napoli, 1891.

³ Fratostiteanu, *CODICELE PENAL explicat sub fie-care articol, etc.* Bucuresci, 1895, pag. 329 e segs.

⁴ Robustiano Vera, *Cod. Pen. DE LA REPUBLICA DE CHILE comentado etc.* Santiago, 1883, pag. 682.

commerciaes. O mesmo caminho trilhava a nossa Ord. do Liv. 5º, Tit. 66 pr. ¹

O nosso cod. crim. ant. art. 263, seguiu o código francez, limitando-se a punir a bancarrota *fraudulenta* e calando a *culposa*, para a qual só estabeleceu-se pena em 1850 no código comm., art. 821.

O cod. port. de 1852, art. 447, seguiu esse systema reproduzido na mesma disposição do vigente.

O nosso cod. vigente seguiu também tal systema, prevendo ainda a fallencia *culposa*, que o nosso anterior havia omitido.

Os projectos de revisão mantiveram o mesmo systema, o de 1899, arts. 342 a 344.

O Decreto n. 917 de 24 de outubro de 1890 que — reforma o código commercial na parte III — nos arts. 79 e 80 define a fallencia, *casual*, *culposa* e *fraudulenta* e de modo minucioso e longo para transcrever, uma vez que sahe dos limites do nosso commentario do código penal occupar-nos do assumpto, explanado pelos commercialistas e por alguns criminalistas, maxime francezes, cujo código é a fonte primitiva do nosso, podendo ser consultadas as respectivas obras. ²

A nossa jurisprudencia penal anterior ao código vigente sobre a fallencia differe rigorosamente deste, atenta a reforma effectuada pela citada lei n. 917; nada temos, entretanto, quasi sobre o código actual nos arestos colleccionados nas nossas Revistas.

« No processo criminal contra o fallido (dec. n. 917 de 1890), é nullo o julgamento, si forem defeituosos os quesitos sujeitos ao jury e contradictorias as respectivas respostas »: Acc. Relação Minas 19 de maio de 1900.

Permitta-nos a douda redacção da *Revista de jurisprudencia* que transcrevamos aqui para relevar a importancia do aresto a synthese que faz abaixo delle sob o titulo de *observações*:

O accordão reconheceu implicitamente que, declarada a fallencia, se procede ao summario criminal contra o fallido em auto apartado, distincto e independente do com-

¹ Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 8º, art. 447 e segs., pag 109.

² Chauveau e Hélie, OBR. CIT., 6º vol., pag. 322, n. 2144; Blanche, OBR. CIT., 6º vol., pag. 90, n. 92; Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 355, n. 344; Van Swinderen, DROIT PENAL ACTUEL CIT., 2º, vol., pag 387, § 2º; von Liszt, OBR. CIT., 2º vol., pag 234, § 134; Berner, OBR. CIT., pag. 480.

Dr. Rivarola, OBR. CIT., 2º vol., pag. 319, n. 795.

E sobre as disposições penaes relacionadas com as commerciaes o illustre commercialista brasileiro Carvalho de Mendonça, na sua recente obra, que é o melhor commentario da materia para nós: DAS FALLENCIAS, S. Paulo, 1899, 2º vol., 3ª parte, pag. 215 e segs.

A accção penal nos referiremos adiante nas *disposições geraes* do código, art. 407 (n. 259 *in fine*).

mercial, em nada influnndo a qualificação da quebra. Outrossim, tornou certo que o art. 336 do código penal (Decr. n. 847) de 11 de outubro de 1890, fazendo depender o processo criminal da qualificação da quebra, está alterado pela disposição dos arts. 77 e 78 do dec. n. 917 de 24 de outubro do mesmo anno. E si esta doutrina fosse adoptada neste *Districto*, umas tantas fallencias se não realizariam.¹

Subscrevemos inteiramente esta opinião, porque realmente, si pelo art. 336 do texto do cod. pen. é elemento do crime de fallencia a qualificação fraudulenta ou culposa della, e não as condições, requisitos ou extremos definidos no decr. n. 917 cit., como é expresso nos seus arts. 79 e 80; sendo por outro lado independentes no caso o procedimento civil do penal, ha antinomia nas duas leis, que só pôde ser resolvida, prevalecendo as disposições dos arts. 77 a 80 do decr. n. 917, isto é, como derogatorias do art. 336 do texto e porque 1º, a lei supposta derogatoria é posterior; 2º, porque, no systema ecclético do cod., a que alludimos, o conceito do crime compete á lei commercial.

A interpretação contraria induz ao absurdo de manter disposição geral anterior, não obstante disposição especial contraria posterior e isto contra o proprio systema geral do direito vigente sobre o instituto penal e commercial da fallencia.

Ha quasi meio seculo era a opinião que emittia com razões indiscutíveis o professor Dr. Carlos Tejedor, criminalista argentino notavel, autor do importante projecto convertido, mas desfigurado, no cod. arg. vigente.

O estadista argentino dizia e demonstrava muito bem que « o facto da quebra não é uma questão *prejudicial* que deva devolver-se á jurisdicção commercial ».²

« Não isenta o devedor insolvel dos effeitos civis e criminaes da fallencia a circumstancia de serem credores concordatarios os portadores dos titulos protestados anteriormente»: Acc. do Tribunal Superior das *Alagoas* (Maceió), 15 maio 1900.

A citada *Revista* ainda aqui observa, muito criteriosamente, que a jurisprudencia dos tribunaes deste districto tem sido contraria á essa ementa, mas que, entretanto, lhe parece, deve prevalecer a do Accordão, cujos fundamentos, neste particular, são de manifesta procedencia.³

« Fallencia: qualificação. Vícios da escripturação. Simulação e deposito. Influencia do julgado no civil para a pro-

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 9º, pag. 170 — *Observações*.

² Vide Carlos Tejedor, CURSO DE DERECHO CRIMINAL, Buenos Ayres, 1871, 2ª edic., 1ª part., pag. 303, ns. 448 e 449.

³ REVISTA CIT., vol. 10, pag. 47 — *Observação*.

nuncia »: Acc. Superior Trib. de Justiça S. Paulo 28 fevereiro 1896. ¹

« A qualificação da fallencia (cod. pen., art. 336) é regida pelas leis do commercio »: Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Trib. Civ. e Crim. 18 janeiro 1896. ²

No ultimo livro deste commentario consignaremos outros arestos do douto juiz, publicados na sua nova obra a que já nos referimos, porque taes arestos versão principalmente sobre a *acção penal* (n. 260).

208. Passemos ao art. 337 do texto que se refere ao devedor não commerciante, que se torna insolvavel.

Garraud, tratando da bancarrota, diz que o autor dos factos incriminados deve ser um *commerciante*, porque não ha bancarrota sem *estado de fallencia* e a fallencia é especial aos commerciantes.

Não ha duvida que no direito francez esse principio é absoluto.

O mesmo autor lembra que o ultimo projecto convertido no cod. ital. continha uma disposição tomada de emprestimo a varios cods. estrangeiros e que estabelecia a respeito de qualquer pessoa, fóra do caso de bancarrota, o delicto especial de *insolvabilidade dolosiva*. Mas esta disposição muito discutida foi eliminada do texto definitivo do cod. pen. ital. ³

Muitos annos antes, tratando elle do estado alludido do devedor sob o ponto de vista do direito romano e civil, dizia, propondo reformas na legislação:

Não proponho, sob uma sanção penal, ao não commerciante, a obrigação de declarar a sua insolvabilidade, *deconfiture*. Ha longo tempo que Montesquieu já dizia: « um negociante deve sempre conhecer as suas obrigações e conduzir-se a cada instante segundo o estado da sua fortuna ». Tal não é a situação do simples particular que não exerce profissão alguma commercial e que tem muitas vezes excellentes razões para ignorar sua posição. ⁴

Entretanto estas observações nada teem de decisivas.

Swinderen cita um grande numero de paizes onde a respectiva legislação contém disposição semelhante á do nosso art. 337. ⁵

A fonte da disposição foi a do art. 449 do cod. port. sobre a qual dizia, do de 1852, Levy Jordão que o legislador evitou judiciosamente empregar a palavra *quebra*, usando do termo *insolvencia* para ir de accordo com o art. 1122 do cod. com.,

¹ O DIREITO, vol. 70, pag. 598.

² SENTENÇAS E DECISÕES CIT., pag. 72.

³ GARRAUD, OBR. CIT., 5º vol., pag. 356, n. 345, not. 2.

⁴ GARRAUD, DE LA DECONFITURE, Paris, 1880, pag. 269.

⁵ Swinderen, OBR. CIT., 2º vol., pag. 415, *in fine*.

o qual diz que o devedor não commerciante pôde achar-se em estado de insolvencia, mas não de quebra.

A Ord. do Liv. 5º Tit. 66, no 10º paragrapho, punia aquelles que, *não* sendo negociantes, se levantavam com dinheiro, divida, ou qualquer fazenda alheia, ou se punham onde a parte não podia delles haver direito.

Silva Ferrão faz alguns reparos á disposição, considerando-a rigorosa, indistincta como é.

Diz que a citada Orden. contemplava uma especie diversa e confronta a legislação civil relativa com a disposição penal.

O cod. port. consagra a mesma disposição do nosso, com a differença de que o art. 337 acrescentou — « ou simulando dividas em fraude de seus credores legitimos ».

Assim diz Silva Ferrão, quanto á primeira hypothese do art. — *occultando maliciosamente* — tinhamos a lei de 20 de junho de 1774, § 19, prohibindo que mais se proceda contra o *insolvente*, quando o credor exequente não mostra que elle occulta bens com dolo ou malicia — Assento da casa de supplicação de 18 de agosto de 1774.

Quanto á segunda especie — *alheando maliciosamente* — existia a Ord. do liv. 3º Tit. 86 § 13, determinando que se algum devedor, depois de ser condemnado em alguma quantidade de dinheiro ou outras semelhantes que se costuma contar, pesar ou medir, alienasse seus bens, para nelles se não fazer execução, fosse preso até pagar.

Por esta fórma a prisão era comminada não como *pena*, mas como *meio* de obrigar ao pagamento, em harmonia com a Ord. do liv. 4º Tit. 76 § 5º, e se suppunha sempre uma sentença condemnatoria com execução pendente ou imminente.

Embora, pois, se alterasse esta legislação, convertendo-se o *meio de coacção* em *meio de repressão*, a repressão fica diminuta na materia, por não comprehender um facto mais grave, qual o de *alevantamento de fazenda alheia* ou occultação de pessoa, nos termos da citada Ord. do liv. 5º tit. 66 no 10º paragrapho, e exorbitante nos termos, por não restringir a disposição aos credores habilitados com a dita sentença condemnatoria.

Preferiu-se a este direito a determinação do cod. hesp. (de 1850) que dizia :

« Art. 448. O devedor não dedicado ao commercio que se constituir em insolvencia por occultação ou alheiação maliciosa de seus bens será punido », etc... ¹

Eis ahi a historia e a explicação systematica do art. 337 do texto.

Assim é facil estabelecer que são seus elementos consti-

¹ Levy Jordão, Obr. cit., 4º vol., art. 449, pag. 306, Silva Ferrão, Obr. cit., 8º vol., art. 449, pag. 119.

tutivos : 1º, devedor não commerciante ; 2º, estado de insolvência ; 3º, occultação ou alhoiação de seus bens, ou simulação de dividas em fraude de seus credores legitimos ; 4º, o dolo, e especifico como está expresso no artigo pelas palavras *maliciosamente e em fraude*.

Os projectos de revisão, o de 1899, art. 344, adoptaram a disposição, attendendo à orientação nesse sentido das legislações modernas, aparte os pontos do nosso proprio direito.

Assim indaga-se, diz Berner, quaes *as pessoas* que na bancarrota se deve considerar responsaveis penalmente.

As disposições do direito commum prussiano sobre bancarrota, que tem tido grande influencia sobre outras legislações e sobre escriptores de direito penal são *geraes* e só em alguns casos levam em conta a qualidade de commerciante no bancarroteiro. Tambem nos cods. da Saxonia de 1838, Brunswich e Austria se acha o conceito da bancarrota punivel estendido a *não commerciantes*.

Ao contrario, os cods. de Württemberg, Hanover, Darmstadt, Baden e Baviera conceituam substancialmente a bancarrota como crime dos *commerciantes*, conformando-se com o direito *frances*. Assim tambem o codigo prussiano de 1851 nomeia os negociantes, armadores e industriaes.

O cod. pen. allemão conservou este systema, limitando a bancarrota aos commerciantes ; todavia mantém as disposições do direito commum para a punição dos não commerciantes.

Aliás já na Dieta de 1870 se tinha levantado importante discussão para saber si na *ordenança* allemã para a *fallencia* se devia manter o principio do codigo penal allemão, entretanto que com a *abolição da prisão por dividas*, segundo a lei de 1868, se teria manifestado a necessidade de estabelecer meios mais seguros de execução sobre moveis contra os não commerciantes.

Com a ordenança allemã de 1877 sobre a *fallencia*, não se attendeu ás leis locais a respeito. Os §§ 281 a 283 do codigo penal allemão foram substituidos pelos §§ 209 a 214 da ordenança com efficacia exclusiva. Em quatro pontos a ordenança fez importantes mudanças no codigo penal allemão : 1º, ella resolve affirmativamente a questão si os *directores duma sociedade* estão sujeitos ás prescripções penaes, quando em tal qualidade commettem acções puniveis para o commum dos devedores ; 2º, ella estende as penas aos *não commerciantes* ; 3º, pune o devedor que favorece credores individualmente ; 4º, pune o credor que nas reuniões do fallido vende seu voto.

Permanece todavia como importante a differença entre commerciantes e aquelles que não o são.

Como indica a origem mesma da palavra, a *bancarrota*

é especialmente crime dos commerciantes; e as disposições acerca dos *libros de commercio* e os *balanços*, não podem applicar-se aos não commerciantes.

Para a bancarrota punivel, a ordenança presuppõe:

1º, um devedor, commerciante no sentido do código, ou *não commerciante* desde que não se trate de simples falta ás prescripções commerciaes.

2º suspensão dos pagamentos, com declaração de fallencia. ¹

Eis agora um aresto saliente sobre o art. 337 do texto:

Prevalece a competencia do juiz da execução civil para ordenar a prisão do executado, quando este occulta dolosamente bens sujeitos á penhora.

« Intelligencia do art. 525 do Regulamento n. 737 de 1850 combinado como art. 337 do código penal »: Acc. Supremo Tribunal Federal 25 fevereiro 1893. ²

A' vista de tudo quanto acabamos de expôr não podemos concordar com a doutrina deste aresto.

Em toda parte, abolida a prisão civil por divida, appareceu a necessidade de garantir o credor por meio d'outras sancções.

Foi o que se fez na Allemanha como relatam os autores citados.

Dir-se-ha que não é prisão simplesmente por divida civil, mas trata-se do facto de *esconder os bens*, ou *deixar de possuil-os por dolo*. — Regulamento n. 737 de 1850, art. 525.

Por maioria de razão taes factos constituem, como vimos, elementos ou extremos do art. 337 do código penal e pois esta disposição aboliu aquella e todos os institutos civis semelhantes.

Era esta a interpretação que já Silva Ferrão dava ao código portuguez de 1852, art. 449, reproduzida no mesmo artigo do de 1886 e fonte do nosso código, conforme acima expuzemos.

Silva Ferrão refere-se mesmo a disposições de lei e Ordenações que Paula Baptista explica, como parallelas do art. 525 do citado Regulamento e realmente foram a fonte deste. ³

...qui a abolição da detenção pessoal, como meio compulsorio de effectuar a execução do devedor insolvente e doloso e a sua substituição pelo *meio repressivo*, é solução clara e evidente.

A difficuldade de decidir se apresentará na pratica noutros casos, porque o art. 337 do texto do código penal

¹. Berner, OBR. CIT., pag. 481; von Liszt, OBR. CIT., 2º vol., pag. 239 n. 4º no mesmo sentido.

². O DIREITO, vol. 61, pag. 123.

³. Paula Baptista, THEORIA E PRATICA DO PROCESSO, Pernambuco, 1873, pag 216, § 215, *detenção pessoal*.

representa um systema inconciliavel com quaesquer outros meios preventivos ou coercitivos previstos na lei civil e commercial, algumas reformadas de afogadilho sem methodo nem systema.

E parece-nos que a nossa opinião na questão está ao menos até certo ponto conforme com o que diz o eximio criminalista e processualista chileno Vera, commentando o art. 466 do respectivo codigo, sendo que o assumpto está muito melhor regulado no Chile que entre nós, não dando lugar à tanta duvida como entre nós, á vista da lei chilena de 23 de junho de 1868 sobre *prisión por dividas*. ⁴

CAPITULO IV

DO ESTELLIONATO, ABUSO DE CONFIANÇA E OUTRAS FRAUDES

CODIGO

Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato :

1.º Alheiar a cousa alheia como propria, ou trocar por outras as cousas que se deverem entregar ;

2.º Alheiar, locar ou aforar a cousa propria já alheia, locada ou aforada ;

3.º Dar em caução, penhor, ou hypotheca, bens que não puderem ser alienados, ou estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles ;

4.º Alheiar, ou desviar os objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoratícia ;

5.º Usar de artificio para surprehender a boa fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança ; induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito ;

6.º Abusar de papel com assignatura em branco, de que se tenha apossado, ou lhe haja sido confiado com obrigação de restituir ou fazer delle uso determinado, e nelle escrever ou fazer escrever um acto que produza effeito juridico em prejuizo daquelle que o firmou ;

7.º Abusar, em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdito, ou incapaz, e fazel-o subscrever acto que importe effeito juridico, em damno delle ou de outrem, não obstante a nullidade do acto emanada da incapacidade pessoal ;

8.º Usar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, ou de qualquer ardil para persuadir a existencia de emprezas, bens, credito, influencia e supposto poder, e por esses meios induzir alguem a entrar em negocios, ou especulações, tirando para si qualquer proveito, ou locupletando-se da jactura alheia ;

9.º Usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não puder satisfazer ou cumprir ;

10. Fingir-se ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as funções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade ;

⁴. Vera, COD. PEN. DE CHILE ETC. CIT., art. 466, pg. 686, app. pg. 765.

11. Alterar a qualidade e o peso dos metaes nas obras que lhe forem encommendadas ; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior ; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino objectos de diversa qualidade :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto sobre que recahir o crime.

Paragrapho unico. Si o crime do numero 6 deste artigo for commettido por pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão, ás penas impostas se accrescentará a de privação do exercicio da profissão, ou suspensão do emprego por tempo igual ao da condemnação.

Art. 339. Quando o valor do objecto sobre que recahir o estellionato não exceder de 100\$, a pena será de prisão cellular por dous mezes a um anno, além da multa.

Art. 340. Incorrerão nas penas de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 100\$ a 500\$000 :

1.º Os administradores de sociedades ou companhias anonymas que, por conta dellas, comprarem e venderem acções das mesmas sociedades ou companhias, salva a faculdade de as amortisar na fórma permitida por lei ;

2.º Os administradores ou gerentes que distribuirem dividendos não devidos ;

3.º Os administradores que por qualquer artificio promoverem falsas cotações das acções ;

4.º Os administradores que em garantia de creditos sociaes acceitarem penhor de acções da propria companhia.

Paragrapho unico. Serão considerados cúmplices os fiscaes que deixarem de denunciar nos seus relatorios annuaes a distribuição de dividendos não devidos, e quaesquer fraudes praticadas no decurso do anno, e constantes dos livros e papeis sujeitos ao seu exame.

Art. 341. Não ficam prejudicadas pela disposição do artigo precedente as penas pecuniarias comminadas nas leis que regulam o estabelecimento das sociedades e companhias anonymas, aos respectivos administradores e gerentes, por outras faltas em que incorrerem, previstas nas mesmas leis.

COMMENTARIO

209. E' um dos capitulos mais defeituosos do nosso codigo.

Mas, tratando o codigo neste capitulo do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes, seja-nos permittido fazer algumas considerações geraes sobre o genero *fraude*.

A actividade patrimonial modelada pelo principio da liberdade individual, diz Pessina, nas convenções dentro dos limites do justo e do honesto deve ser protegida pela lei como sagrada deante do direito. A *bona fides* é o elemento essencial da sua formação e da sua execução. *Grave est fidem fallere*. E a violação da *fides* toma o nome de *fraude*. Esta se desdobra em *fraude civil* e em *fraude criminal*.

A fraude em certo sentido é uma das formas do delicto — *aut vi aut fraude delinquitur*.

Deste ponto de vista formal, tratamos nós commentando o nosso codigo na *parte geral*.¹

Mas além deste lado formal ha a *fraude* em sentido estricto como *delicto patrimonial* ou contra a propriedade.

A historia do direito offerece-nos o facto do continuo andar tacteando dos legisladores na enumeração das varias especies deste delicto, pela incerteza sobre a verdadeira essencia do delicto de fraude, os limites delle, assim como sua intensidade criminosa.

No direito romano o conceito da fraude foi excessivamente amplo; e varias especies de fraude eram consideradas e punidas como falsidades; entretanto outras davam lugar á uma acção civil de dolo máo.

Sob os imperadores surgio, parallelamente, á *actio de dolo malo*, a incriminação do engano como delicto *extra ordinem* e lhe foi dada o nome de *estellionatus*, de *stellione* (lagarto mosqueado), animal astuto e de cores variaveis; e abrangia todo delicto em damno do patrimonio de outrem e na qual interviesse *quædam perfidia et improbitas* para attingir o escopo de uma *locupletatio* illegitima.

A Ord. do livro 5º, tits. 65 e 76 denomina os estellionatarios de *illicidores* ou *bulrões*, de *bultra*, tendo sido a palavra *estellionato* empregada pelos autores portuguezes por causa da denominação romana repetida pelos interpretes.²

Tanto das fontes germanicas como do direito canonico proveem elementos escassos sobre a violação da *fides privata*.

Os interpretes glozando as fontes romanas em pouco ou mesmo nada contribuíram para construir doutrinas racionais sobre o delicto de fraude.

As legislações modernas teem com maior rigor e observancia dos principios de direito delineado os limites do delicto de *fraude*, distinguindo-o do *dolo* puramente *civil*, assim como do *furto* e da *falsidade*.

O codigo penal francez de 1810 estabeleceu duas formas fundamentaes: a *escroquerie* (estellionato) e o *abus de confiance*, abuso de confiança (violação de *contracto fiduciario*).

O mesmo systema se observa noutros codigos que o tomaram como fonte, por exemplo, o do Haiti, arts. 337 a 341.³

¹ Do autor, COD. PEN. COMMENTADO CIT., 1º vol., pag. 31, n. 8.

² PEREIRA E SOUZA, OBR. CIT., pag. 355.

³ Gustave Chaumette, CODE PENAL et Code d'Instruction Criminelle annotés, Haiti, 1901, 1ª parte, pag. 85.

A primeira destas formas é o engano empregado como meio efficaz de obter um lucro illegitimo em damno doutrem, mas distincto do estellionato como delicto puramente civil. E' a forma geral do art. 338, n. 5º, do texto do nosso codigo penal.

A outra consiste em qualquer forma de agir pela qual á confiança que o particular deposita noutrem, este corresponde abusando da mesma confiança com a apropriação illegitima.

E' a forma, mais restricta porém, do art. 338 citado, n. 6.

Os codigos allemães reconhecem igualmente as duas figuras fundamentaes, de engano, *Betrug* e do abuso de confiança *Veruntreuung*.¹

O direito inglez igualmente denomina *cheating* o enganar, *false pretense* todos os artificios do embustê para surprehender a boa fé de outrem, e distingue deste engano o desvio que consiste no inverter em vantagem propria as cousas de outrem confiadas para um fim determinado.²

Os codigos italianos limitaram o significado juridico do delicto de fraude a estas duas formas fundamentaes, e notadamente o codigo de 1859 declarou *estellionato* qualquer artificio tendente a surprehender a boa fé de outrem, para obter um lucro illegitimo em seu damno, assim como declarou apropriação *indevida* o abuso da confiança de outrem. O codigo toscano dava o nome de *fraude* ao artificio e o de *estellionato* á apropriação indevida.

Tanto o nosso codigo criminal anterior, arts. 258 e 260, como o vigente, art. 330, ns. 1 a 3, consideram como casos de furto especies da apropriação indevida.

210. Nós estudaremos primeira e principalmente a disposição do codigo sobre a formula geral do estellionato, art. 338, n. 5, tanto que é a citada frequentemente nos arestos, segundo veremos adeante, e depois nos referiremos aos casos especiaes que não são normas juridicas, mas exemplos, hypotheses, juridicas, si quizerem.

Justificando o projecto de 1893, diziamos sobre este :

O estellionato está definido por uma formula geral, tomada de empréstimo conjunctamente aos codigos allemão, hollandez e italiano.

Nem o codigo de 1830, nem a lei da reforma, nem o codigo penal resolveram a difficuldade e as exemplificações materiaes só mostram a ausencia de formula geral adequada, hoje preferida por aquelles codigos e outros.³

¹ Von Liszt, OBR. CIT., vol. 2º, pags. 260 e 298.

² Seymour Harris, OBR. CIT., pags. 170 e 176 ; Stephen, OBR. CIT., pags. 397 e 306.

³ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893, pag. 24.

Os projectos posteriores de revisão, o de 1899, art. 339, seguiram orientação muito diversa da lei vigente.

O nosso código penal nos artigos do texto teve como fonte o nosso código criminal anterior, arts. 264 e 265, ao mesmo tempo que aproveitou a disposição interpretativa do art. 264, § 4º, estabelecida pela lei n. 2033, de 20 de setembro 1871, art. 21 e paragraphos.

O art. 264, n. 2, considerava como um caso de estelionato « o arretamento de cousa própria já arretada a outrem ».

Compilando a relativa disposição no nosso citado *Anteprojecto* de 1889, dissemos :

« arretamento, arretada (n. 2), conforme está na Collecção official e não « arrendamento », como se lê nas edições do conselheiro Alencar Araripe e Drs. Francisco Luiz, Braz, Tinoco, Paula Pessoa e outros.

ARRETAR, retrovender, vender com a clausula *retro*. Vid. Dicc. Un. Port. Illust., Lisboa. 1882, 1º vol. Vb. *arretar*.

Arretamento, vender a retro.

O *arrendamento* já estava comprehendido na *locação e aforamento*.¹

Admira que o código vigente, tão excessivamente casuístico, aqui omitisse o *arretamento*, supprimindo o *arrendamento*, que por erro o representava na respectiva fonte.

Tambem foi aqui uma das fontes do código a lei n. 3272, de 5 de outubro de 1885, art. 10, § 2º, e outras que iremos citando.

Entretanto o código, que timbrou nas disposições taxativas, nas exemplificações materiaes, afogou no meio dellas, no n. 5 do art. 338, uma formula geral para conceituar o estellionato, formula esta que pelo seu proprio character de generalidade devia preceder ou succeder a todas as outras e mesmo constituir uma disposição separada destas.

A formula assemelha-se um pouco á do projecto de 1899, art. 339, aliás aqui unica, e ambas tendo tido como fonte o código italiano, art. 413 ; o que dissermos explicará ao mesmo tempo neste ponto o código e o projecto.

Tratando-se de um delicto grave e frequente contra a propriedade. é indispensavel fazer algumas observações preliminares, tendo em vista mesmo o código italiano, fonte da norma geral e antes principal do nosso direito constituído e constituendo.

O código italiano consagra dous capitulos ao delicto de fraude, no primeiro inclue o artificio, *rigiro*, sob o nome de estellionato, *truffa* e outras especies affins; a todas ás quaes dá o nome de fraude. No outro capituló colloca as

¹ Do autor, ANTEPROJECTO CIT.; de 1889, art. 279, nota 30.

outras formas de locupletação illegitima com o nome de *apropriação indevida*, que o nosso código, como vimos, incluiu no furto.

O *estellionato truffa*, diz Pessina, é a forma precipua do delicto consistente no lucro derivado do engano que surprehende a boa fé de outrem. O código francez enumerou as varias figuras do artificio por meio de exemplos, como teem feito os nossos códigos por elle influenciados. Os códigos italianos quasi todos seguiam as pegadas do francez na determinação do delicto de estellionato e na enumeração do uso do falso nome, uso das falsas qualidades com insciencia da pessoa designada como victima do engano; si especificavam inverdades como aquellas que deviam despertar esperanças ou temores de factos chimericos (código penal, art. 338, n. 8°).

Mas depois da enumeração dos exemplos enunciou-se a forma generalissima, correspondente á tradição romana: *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum decipiendum, fallendum alterum adhibita*.

O novo código penal da Italia, seguido só na formula geral pelo nosso código, art. 338, n. 5, e inteiramente pelos projectos de revisão, de 1896 e 1897, convertidos no de 1899, eliminou todos os exemplos casuisticamente enumerados, e formulou a essencia propria do delicto de estellionato deste modo :

« Aquelle que com artificios ou ardis, aptos a enganar ou a surprehender a boa fé de outrem, induzindo alguém em erro, procura para si ou para outros um proveito injusto em damno de outrem. »

Assim, diz Pessina, o delicto consiste em procurar para si ou para outros um proveito injusto com o damno de outrem, induzindo alguém em erro, por meio de artificios ou ardis aptos a enganar ou a surprehender a boa fé de outrem. ¹

Daqui resulta que o ser proprio do crime de estellionato definido no art. 338 n. 5 do texto do nosso código consiste no *procurar um lucro illicito mediante um engano*; pelo que, dous são os elementos essenciaes do delicto :

1º, o uso de um *artificio apto a enganar*;

2º, a consecução por um tal meio de um lucro illegitimo em damno de outrem.

Quanto ao 1º elemento :

a) é indispensavel que parta do culpado o agir para induzir em erro; o que é diverso do valer-se de um erro em que outrem tenha cahido;

¹ O nosso projecto de 1893, á cujas fontes alludimos no principio do capitulo, referindo-nos á respectiva *exposição de motivos*, dizia :

« Art. 362. Procurar, para si ou terceiro, qualquer lucro illicito, com prejuizo alheio, por meio de artificios ou ardis capazes de enganar ou surprehender a boa fé a outrem, induzindo alguém em erro. »

b) á illusão deve acompanhar a *apparencia de uma prova* também *illusoria* ou fallaz, apta a surprehender, a engendrar uma convicção erronea, a mentira pura não é artificio sem o *apparato* externo que a revista de credibilidade.

O 2º elemento indispensavel é o proprio *facto* que integra objectivamente o crime de estellionato :

a) não basta *lançar a réde*, armar a cilada, usar do ardil, empregar o artificio que á illusão dá a apparencia do verdadeiro, do certo e gera o erro na mente de um outro homem ; é mister que se haja com este engano conseguido *colher* o lucro illegitimo, isto é, procurar para si ou outrem um proveito injusto. O nosso codigo, art. 338, n. 5, diz sómente *procurar para si*.

b) é indifferente, entretanto, que a si mesmo ou a outrem o agente do artificio procure a vantagem não devida.

c) mas, como diversa da *lucri causa* é a *causa damni sibi vitandi* ; assim, falta o crime de estellionato, si se teve em mira recuperar os proprios haveres daquelle que injustamente os tem tirado.

O codigo italiano, art. 413, além da forma do estellionato simples, prevê tres outras *qualificadas*, das quaes, os projectos de revisão adoptaram duas, o de 1899, art. 339, paragrapho unico, elevando a pena quando o crime for commettido :

I. Por advogado, procurador ou administrador no exercicio de suas funcções.

II. Em prejuizo de uma administração publica, ou de um instituto de beneficencia.

Entretanto o codigo, art. 338, n. 5, tendo tido como fonte o codigo italiano, apezar de casuistico como é, supprimiu as qualificativas, adoptando uma aggravante sómente para o caso especial do n. 6 ; salvas as referencias nos arts. 340 e 341 também especiaes ás penas applicaveis a administradores e gerentes de sociedades commerciaes. Não se pôde legislar com mais imprevidencia, malbaratando a tutela da fortuna particular.

211. A' vista da explicação que acabamos de dar da norma geral contida no art. 338 n. 5 sobre o estellionato, constitue verdadeira superfetação no mesmo art. 338, parte da serie de numeros contendo hypotheses de estellionato ou fraude, o que o codigo aproveitou do codigo francez, ou antes da nossa legislação anterior, que exemplificava materialmente o crime, systema diametralmente opposto ao do codigo italiano que o nosso vigente seguiu no art. 338 n. 5 e com estabelecimento de cuja disposição o systema estava completo.

Os codigos italiano e sardo exemplificavam os casos, estabelecendo também o principio geral ; foi até certo ponto o systema da nossa citada lei n. 2033 de 1871, art. 21.

Mas o nosso actual codigo não tem modelo em codigos vigentes, porque seguiu dous systemas oppostos, do francez

e do italiano, que se procurou conciliar nos codigos sardo e toscano já revogados.

Assim, o cod. pen. do Haïti, art. 337, seguiu exclusivamente o systema francez que tem sido mantido até agora sem alteração. ¹

Na disposição do texto o nosso codigo diz:

« Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato:

1.º Alheiar a cousa alheia como propria, ou trocar por outras as cousas que se deverem entregar ;

2.º Alheiar, locar ou aforar a cousa propria já alhejada, locada ou aforada ;

3.º Dar em caução, penhor ou hypotheca bens que não puderem ser alienados ou estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judicias, affirmando a isenção delles ;

4.º Alheiar ou desviar os objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoratícia.

Esse grupo de disposições representa especies que se assemelham ; algumas tiveram as fontes já apontadas, exclusivamente, ou foram alteradas por influencia de outras fontes.

Assim, a disposição do n. 3 teve como fonte a lei hypothecaria n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 4.º, quando diz:

« § 6.º E' da substancia das escripturas de hypothecas, para que validas sejam, declaração expressa, que nellas deve ser feita por parte do mutuario, de estarem, ou não os seus bens sujeitos a quaesquer responsabilidades por hypothecas legaes ; importando para o mesmo mutuario as penas do crime de *estellionato* a inexactidão ou falsidade da declaração feita. »

Do mesmo modo a fonte do n. 4, que aliás especialisa casos contidos no n. 3, foi a citada lei, art. 18, dispondo assim:

« § 2.º Serão punidos com as penas do art. 264 do codigo criminal a *alienação* sem consentimento do credor e os *desvios* dos objectos que tiverem sido dados em penhor para a celebração de taes empréstimos e bem assim todos e quaesquer actos praticados em fraude das garantias do debito contratado. »

A lei n. 165 A, de 17 de janeiro de 1890, que torna mais clara esta disposição, diz no art. 3.º, n. II:

« § 3.º As penas do art. 264 do codigo criminal e do art. 18 § 2º, do decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, contra os que alhearem ou desviarem o penhor agricola sem acquiescencia do credor, ou perpetrarem qualquer acto em fraude da garantia pignoratícia, *não* abrangem os mutuarios, que fizerem alienação, *subrogando* o penhor, mas alcançam os que

¹ Gustave Chaumette, CODE PENAL CIT. art. 337, pag. 86.

de má fé desampararem a cultura e os que empregarem o empréstimo em uso estranho ao fim do penhor agrícola. »

Taes disposições deviam ter ficado onde se achavam e não ser transplantadas como foram com muitas outras para o texto do código penal, o que já nos fez dizer algures que este mais parecia uma collecção de regulamentos.

A transplantação faz surgir duvidas.

Assim, o visconde de Ouro Preto, referindo-se ao assumpto, nota que « estas penas podem ser hoje as dos arts. 331, n. 2, 332 e 338, ns. 3 e 4, do código penal, conforme a especie. ¹

O código toscano, art. 404, cujo systema hybridó o nosso seguiu, tinha especies parallelas aos ns. 1 a 4 do texto.

E como a par dos exemplos continha elle uma regra geral como a do n. 5 do texto, Puglia cita os arestos sobre aquelle código para servirem de elemento de interpretação do novo, e o que faremos tambem adiante.

Entendemos, entretanto, que deante do systema exquisito do nosso código, cada numero do art. 338 consagra uma disposição independente que deve ser applicada, sem coordenação com a regra geral do n. 5 do mesmo artigo.

O systema do novo código italiano é muito differente, porque só consagra a regra geral e a que della escapar, ou não puder ser incluída noutra, não é crime, nem de estellionato, nem de abuso de confiança ou fraude.

As disposições que naturalmente se devem seguir são as dos ns. 8 a 10, onde o código diz:

« 8.º Usar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, ou de qualquer ardid para persuadir a existencia de empresas, bens, credito, influencia e supposto poder, e por esses meios induzir alguém a entrar em negocios ou especulações, tirando para si qualquer proveito ou locupletando-se da jactura alheia ;

9.º Usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não puder satisfazer ou cumprir.

10. Fingir-se ministro de qualquer profissão religiosa e exercer as funcções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade. »

As fontes são as sabidas e apontadas, inclusive o art. 265 do código criminal anterior.

O n. 10 especifica um caso incluído na generalidade relativa da *falsa qualidade* prevista no n. 8.

O código sardo, appellidado de satellite do francez pelos modernos positivistas, mas que aqui seguiu tambem o sys-

¹ Visconde de Ouro Preto, CREDITO MOVEL PELO PENHOR e o *bilhete de mercadoria*, cit., pag. 54, n. 58, nota 10.

tema hybridado do nosso actual, tem igualmente disposições parallelas aos ns. 8 e 9 do art. 338 do texto.

Nós já vimos que o melhor criterio para interpretação do nosso codigo é não fazer dependentes da disposição geral do n. 5 os casos contemplados no mesmo artigo, aos quaes até aqui nos temos referido, e isto porque o codigo, ao contrario do italiano, não estabeleceu só uma norma geral.

Em face do seu codigo, Puglia segue diversa opinião, dizendo que, tendo sido diversamente redigidas as disposições do codigo sardo e do toscano, e não tendo o novo codigo penal contemplado expressamente as hypotheses de estellionato nelles previstas, precisa recorrer aos principios da sciencia para interpretar a nova legislação. E pois que nós temos dito que para commetter fraude criminal não basta examinar o artificio ou o ardil em si mesmo, mas é mister pol-o em relação com o estado intellectual da victima, assim devemos sustentar que é erroneo affirmar de modo geral e absoluto, que baste o simples uso do falso nome ou da falsa qualidade para haver estellionato, como é tambem erroneo affirmar que o uso do falso nome ou da falsa qualidade tenha sido preordenado com o escopo de fazer crêr a existencia de emprezas, etc.

E pois que no novo codigo acham-se as expressões geraes « artificio ou ardis capazes de enganar ou surprender a boa fé de outrem, induzindo alguem em erro » nós entendemos que para a applicação recta da lei se deve nos casos praticos considerar não o simples facto do falso nome, ou da falsa qualidade para admittir o estellionato, mas ainda o estado intellectual da victima, e si fôr provado que a respeito deste uso do falso nome ou da falsa qualidade que elle era apto a enganar ou surprender a boa fé doutrem, induzindo em erro a victima, precisa admittir o crime de estellionato, sem que seja mister que se prove que com aquelle acto se tivesse feito crêr na existencia de falsas emprezas, etc., bastando a prova unica da efficacia exercida por este sobre a determinação da pessoa enganada.

Pensamos que esta interpretação não se adapta ao nosso codigo, mas a questão é duvidosa diante da autoridade de Puglia, que escreveu uma notavel monographia sobre os crimes contra a propriedade collaborando na obra de Cogliolo.

212. Tendo o nosso codigo seguido o mesmo systema do sardo e toscano, o que sobre as disposições destes se tem dito constitue a melhor interpretação delle no art. 338, n. 8º, e por dependencia o 10.

E' assim que diz ainda Puglia, que se tem ensinado ser indifferente que para haver estellionato o nome seja puramente imaginario ou effectivamente pertença a um terceiro, porque basta que não seja o nome daquelle que o usa.

Pessina, porém, sustenta, si um individuo toma um nome

que não é o seu, mas sob o qual é habitualmente conhecido, ou vice-versa, usa o seu verdadeiro nome num qualquer acto, deixando de usar daquelle pelo qual era habitualmente conhecido, falta a figura jurídica do uso do falso nome. ¹

E Marciano observa que no primeiro caso se póde excluir o crime, mas no segundo não, porque aquelle que, sendo conhecido sob um nome que não é o seu, se vale com o escopo da fraude d'um outro nome, seja embora o seu, mostra que quer occultar a propria personalidade, e quer fazer crer que elle é uma pessoa diversa daquella que é conhecida com o primeiro nome. ²

Diante destas opiniões Puglia doutrina que si se devesse applicar a disposição do código *toscano* ou a do *sardo*, a doutrina de Pessina seria accetavel, porque o primeiro exige que alguém se attribua *um nome que não tem*, e o segundo que alguém faça *uso de falso nome* (como o nosso art. 338, n. 8º); mas, sob o imperio do novo código, que exige *artifícios* ou *ardis aptos a enganar* etc., se deve admittir o estellionato tambem quando alguém conhecido sob um nome que não é o seu, se vale com escopo de fraude do seu e consegue enganar, porque o uso do proprio nome tem constituido artifício ou artil apto a enganar ou a surprender a boa fé.

Pelos citados códigos não só o uso do *falso nome*, mas ainda o uso de *falsa qualidade* se considerava como elemento possível do delicto de estellionato; e Pessina ensinava que por *falsa qualidade* precisava entender qualquer condição pessoal que inspirando confiança aos outros homens tivesse arrastado alguém a praticar um acto que lhe fosse nocivo e util áquelle que assumia aquella condição. Esta observação mostra a inutilidade da disposição do n. 10 do art. 338 do texto, já comprehendida na do n. 8º sobre a *falsa qualidade*.

Alguns e dentre elles ainda Pessina, Chauveau e Hélie e Blanche opinão (sobre o objecto do n. 8) que ha *falsidade de empresa*, não só quando a empresa é absolutamente insubsistente, como tambem quando é subsistente, mas com modalidades diversas daquellas feitas crer por quem usou de *artifícios* e *ardis* em relação á ella.

Puglia faz uma observação judiciosa a essas opiniões dizendo, que quando a empresa realmente existe, mas são *differentes* as modalidades das descriptas com *artifícios* ou *ardis*, precisa que o juiz seja muito cauto em admittir o estellionato; porque é facil que se confundam aquelles *ardis* que constituem a fraude *civil* com aquelles que constituem a

¹ Pessina, ELEMENTI CIT., vol. 2º, pag. 194, not.

² Marciano, IL TITULO DECIMO del cod. pen. ital., pag. 202.

fraude *penal*. E a jurisprudencia italiana e franceza offerem disto muitos exemplos.

Relativamente ao *poder* ou *credito imaginario* deve-se observar que se verifica esta circumstancia quando se realisam actos para fazer crer que se possuem e se tem relações, se tem uma fortuna ou uma posição social tal que se pôde exercitar uma influencia capaz de inspirar uma grande confiança.

Pessina entende que tambem nestes casos ha estellionato não só quando o poder ou o credito é inexistente, como tambem quando, ainda existindo, tenha sido exagerado. Ao que accrescenta Puglia que tambem neste ultimo caso o magistrado deve ser muito cauto no admittir a fraude para não confundir a fraude civil com a fraude criminal.

Pelo codigo sardo; cujo systema defeituoso e então já antiquado quando o nosso o seguiu, como vimos, havia estellionato, desde que os ardis fraudulentos tivessem sido empregados para *fazer nascer a esperanza de um successo ou accidente* — lei citada n. 2033, de 1871, art. 21, § 3º.

Ora, muitos casos podem ser comprehendidos nestas expressões geraes : o caso de quem conseguisse receber uma quantia promettendo um emprego que não se pôde obter ; o caso de quem faz nascer a esperanza de poder obter a isenção do serviço militar, etc. E o delicto subsiste nestes casos, ainda quando o successo se realise independentemente da actividade despendida por aquelle que fez nascer a esperanza d'elle.

Se tem levantado na doutrina a questão de saber si se pôde admittir a existencia juridica do estellionato, no caso em que o ardil ou artificio consista no fazer produzir a esperanza de um successo ou de um accidente chimerico, que constitua um factio delictuoso ou immoral.

Carrara considera selecta tal questão e para resolvel-a figura alguns casos praticos : uma mulher vai á feiticeira para que lhe dê um filtro afim de fazer morrer o marido ; a feiticeira lhe extorque uma boa somma e lhe dá uma bebida innocente ; um outro recorre ao magico ou cartomante para que com os seus sortilegios ou encantos o auxilie a roubar a noite o thesouro que elle cria enterrado na propriedade de outrem ; o feiticeiro procede ás costumadas ceremonias, recebe a paga, mas nada se acha do sonhado thesouro.

E em outra obra Carrara ainda volta á mesma questão, citando diversos exemplos para demonstrar que é illogico sustentar haver estellionato, quando a victima do ardil dirigia-se a um fim criminoso ou immoral. E as razões principaes são : que o paciente do crime é mais execravel do que quem o enganou e a sancção penal não deve prosti-

tuir-se para protegê-lo ; que o fundamento do direito de punir é a tutela jurídica e não pôde haver punição legitima sinão se justifica que a pena sirva para tutelar um direito ; que falta o damno politico, porque nenhum cidadão honesto se poderá queixar como de um perigo proprio da impunidade de defraudadores daquelle genero. ¹

A jurisprudencia italiana é varia no caso.

Nós entendemos, diz Puglia, que não possa excluir-se o estellionato nas varias hypotheses figuradas e naquellas que se teem apresentado na pratica judiciaria, porque a moralidade ou não da causa que determina o individuo a entregar o que é seu a quem tem usado de ardis fraudulentos para obter isto mesmo, é indifferente á existencia do estellionato. Para haver estellionato basta só demonstrar que o ardil ou artificio foi apto a enganar ou a surprehender a boa fô de outrem e é estranha qualquer consideração sobre o fim que o defraudado se propunha attingir.

Conformamo-nos com a solução de Puglia, que aliás se harmonisa com o systema do nosso codigo neste ponto.

Assim, quando commentamos o capitulo III do titulo V deste livro 1º, art. 157, vimos que o codigo pune a feitiçaria e seus congêneres como crime especial, e citamos a opinião do Dr. Viveiros de Castro em suas sentenças sobre taes factos, que ora estavam sujeitos á penalidade daquelle artigo e ora a algumas das modalidades do estellionato ou da fraude (vol. I, ns. 63 e 64, pags. 194 e 198).

Sobre o chamado *conto do vigario* diremos adiante, referindo-nos á sentença daquelle illustre magistrado. ²

Vai adiante tambem a correlação entre as especies do art. 338, n. 8, e as das contravenções previstas nos arts. 380 e 381 (n. 245).

A especie do n. 10 do art. 338 do texto está incluída no n. 8, como dissemos, e por isso lhe é applicavel a explicação que já demos.

213. A disposição do n. 9 do mesmo artigo está relacionada com as dos ns. 6 e 7 e por isso vamos tratar de explical-a conjunctamente com estas e com outras, que são as ultimas do texto e as seguintes :

« Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato :

6.º Abusar de papel com assignatura em branco, de que se tenha apossado, ou lhe haja sido confiado com obri-

¹ Carrara PROGRAMMA, PART. SPEC., vol. 4º, pag. 516, § 2316 ; OPUSCOLI, Firenze, 1899, vol. 7º, pag. 257-274.

² Vide Louis Puibaraud, LES MALFAITEURS DE PROFESSION, Paris, 1893, cap. IX *le vol à l'américaine*. Aqui este autor reproduz o caso de um inglez contra um parisiense e outro de dous parisienses contra dous vendedores de porcos da Normandia, que se parecem muito com os frequentes *contos do vigario* na nossa Capital.

gação de restituir ou fazer d'elle uso determinado, e nelle escrever ou fazer escrever um acto, que produza effeito juridico em prejuizo daquelle que o firmou ;

7.º Abusar, em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdito ou incapaz, e fazel-o subscrever acto que importe effeito juridico, em damno d'elle ou de outrem, não obstante a nullidade do acto emanado da incapacidade pessoal ;

11. Alterar a qualidade e peso dos metaes nas obras que lhe forem encommendadas; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior ; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino, objectos de diversa qualidade.

Paragrápho unico. Si o crime do n. 6 deste artigo fôr committido por pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão, ás penas impostas se accrescentará a de privação do exercicio, da profissão, ou suspensão do emprego, por tempo igual ao da condemnação.»

A disposição do n. 6 do texto é a traducção litteral do codigo italiano, art. 418, que considera o abuso do papel assignado em branco como um caso de apropriação indevida.

O nosso só fez supprimir a variante de ser falsidade quando o papel não tivesse sido confiado ao culpado e considerou tudo estelionato ou fraude.

O nosso codigo tambem no n. 7 traduziu litteralmente o codigo italiano, art. 415, que contém de mais a palavra *necessidades*, que o nosso omittiu, sendo tambem por aquelle codigo um caso de fraude.

Mas o n. 9 do art. 338 do texto teve como fonte o nosso codigo criminal anterior, art. 265 que mais adiante inseriremos.

Desta dualidade de fontes só pôde resultar duvidas inextricaveis na lei, porque alli o codigo aproveitou scientemente o codigo italiano, mas aqui aproveitou o nosso anterior inscientemente, porque nesta disposição do n. 9, cuja fonte foi o art. 265, 1ª parte do velho codigo, está uma norma geral comprehendendo os casos especiaes dos anteriores ns. 6 e 7, e só esses casos especiaes.

E' facil mostrar isso, recorrendo-se ás fontes primitivas.

O codigo francez, livro 3º, titulo 2º, capitulo 2º, secção 2ª, sob o § II, conforme o seu systema de divisão, comprehende e sob o titulo *abuso de confiança* os arts. 406 a 409, nos quaes trata: primeiro, do abuso das paixões de um menor, no art. 406 (codigo penal, n. 7); segundo, do abuso do papel em branco, no art. 407 (codigo penal, n. 6); terceiro do abuso ou dissipação em prejuizo mesmo de mero detentor de effeitos, dinheiros, titulos, etc., no art. 408,

(art. 331, n. 2); quarto, finalmente, de autos, peças, documentos judiciais, no art. 40) (código penal, art. 333).

Aqui não ha lugar para a disposição que parece muito geral do n. 9 do art. 338, que tem com fonte o art. 265 do código anterior, cuja fonte ninguém poderá negar que foram aquelles quatro artigos do código francez.

Dizia o nosso código criminal de 1830 :

« Art. 265. Usar de qualquer falsidade para se constituir a outro em obrigação, que *não tiver em vista*, ou *não puder contrahir*.¹

Desviar ou dissipar em prejuizo do proprietario, possuidor ou detentor, cousa de qualquer valor, que se tenha confiado por qualquer motivo com a obrigação de a restituir ou apresentar.²

Tirar folhas de autos ou livros judiciais, subtrahir do juizo documentos nelle offerecidos, sem licença judicial.³

O nosso legislador de 1830 reduziu ao conteúdo da primeira alinea do art. 265 do código os arts. 406 e 407 do código francez, correspondendo aos arts. 408 e 409 — as outras duas alineas.

Nas expressões — obrigação que *não tiver em vista* — está prevenido o abuso da assignatura em branco e nas outras — ou *não puder contrahir* — está o abuso da incapacidade do menor.

O código vigente reproduziu no n. 9 o que já tinha dito nos ns. 6 e 7 e si um caso como o do abuso da assignatura em branco e a tutela privilegiada dos direitos dos menores exigem sanções especiaes, o mesmo não acontece, nem convém que se faça por meio de disposições vagas como a do n. 9, porque neste terreno as raias do direito civil se confundem muita vez com as do penal sobre as fraudes da esphera de um ou de outro só desses direitos.

E não pôde ser peor a redacção do n. 9 que desfigurou a disposição.

Emprega a palavra *fraude*, que já é o titulo do crime, em vez de *falsidade* empregada no código anterior.

Depois diz — « Obrigação que não puder *satisfazer* ou *cumprir* » — o que pôde dar a entender que de uma tal obrigação não deve resultar damno; em vez « não poder *contrahir* » — do código anterior, alludindo á incapacidade do menor.

E' uma disposição superflua na lei, vaga, obscura e

¹ CODIGO PENAL, art. 338, n. 9; *código francez*, arts. 406 e 407.

² CODIGO PENAL, art. 331, n. 2; *código francez*, art. 408.

³ CODIGO PENAL, art. 333; *código francez*, art. 409.

Os arts. 406 a 409 do código francez, pelo seu systema das exemplificações materiaes que o código anterior, ao contrario do vigente, sempre evitou, são muito longos para transcrever mesmo em notas.

duvidosa que se deve deixar de applicar, fazendo sómente applicação das outras.

Por outro lado, o que não couber nos ns. 6 e 7 será outra fôrma de fraude ou de estellionato, ou falsidade, ou apropriação indevida das que o código colloca entre o furto, ou não será crime algum. ¹

214. A disposição do n. 6, como vimos, teve a sua fonte no código italiano, art. 418, que a seu turno tinha tido como fonte o código francez, art. 407.

O primeiro elemento do crime consiste em confiar-se a alguém um papel assignado em branco. A confiança do papel em branco deve ser livre e espontanea, quando a entrega do papel seja o effeito de ardis ou violencia por parte daquelle que abusou d'elle e por maioria de razão, quando este tenha obtido a posse do papel, mediante crime, desaparece o titulo especial da disposição para dar logar ao titulo de *falsidade*. E' esta a solução do código italiano de accordo com a doutrina exposta por Majno.

E conforme o nosso código pôde tambem haver no caso a *extorsão*, na especie prevista, art. 362, § 2º, si se verificarem os elementos contidos neste paragrapho (n. 233).

Mas o n. 6 do texto expressamente confundiu tudo na disposição, afastando-se aqui da sua fonte.

Deve ter sido confiado um papel em branco, e por este se deve entender um papel que só continha a assignatura de pessoa, ou si além da assignatura contiver outras palavras, estas devem ser absolutamente ineptas para constituir uma obrigação.

Um papel que contivesse, além da assignatura, os elementos de um acto juridico perfeito, só poderia dar logar a um crime de falsidade, como, por exemplo, si alguém, tendo assignado um recibo, o consignatario d'elle sobrepuzesse no espaço deixado em branco um outro recibo, de modo a fazer parecer que a assignatura se referisse tambem ao recibo sobreposto.

Dado o abuso de um papel assignado em branco, é indifferente que se trate de assignatura directamente apposta pela pessoa em cujo prejuizo se commette o abuso ou de outra pessoa com mandato daquelle.

O outro elemento do crime do n. 6 é que o papel tenha sido entregue com a obrigação de ser restituído ou de se fazer d'elle um uso derminado; ou, em outros termos, que o papel tenha sido confiado como tal para a execução de um determinado mandato ou ordem; por exemplo, um papel em branco assignado, para que sobre a assignatura escreva-se uma petição ou reclamação, uma procuração de commer-

¹ O DIREITO, vol. 55, pag. 332, artigo do Dr. Carvalho Durão, X *estellionato*.

ciente matriculado, etc., e sobre a qual se tenha, ao contrario, escripto uma obrigação em seu proprio favor.

Falta por isso a confiança caracteristica da especie do n. 6, e se tem, ao contrario, o crime de falsidade, si alguém tem escripto o proprio nome e cognome a simples titulo de endereço ou de *facsimile* para que outros reconheçam a sua assignatura, e outro se aproveite do espaço inadvertidamente deixado em branco sobre a assignatura para escrever uma obrigação.

O outro elemento que inclue o dolo é que sobre o papel entregue em condições de confiança e em branco escreva-se ou se faça escrever um acto que importe qualquer effeito juridico em damno de quem o tem firmado.

Faltarão o crime, dizem Majno, Garraud e outros no caso em que o escripto creado ou formado mediante tal abuso seja nulló em virtude de nullidade *absoluta*.

O n. 6 se limita a exigir e escrever um acto que *importe qualquer effeito juridico*. Consequentemente a consumação do crime está no facto de escrever com abuso da assignatura em branco e não se exige para isso a *effectividade* de um damno; basta a *possibilidade* deste, tendo em attenção o effeito juridico do escripto criminosamente feito.

A consumação do crime não se exigiria, pela lettra do n. 6, o uso do escripto.

Assim como na falta de um uso judicial ou extra-judicial, não se póde dizer que haja um facto verdadeiramente nocivo, nem se póde dizer conseguida a demonstração do escopo criminoso, do *dolo* necessario para constituir este delicto.

O uso do papel não é sinão a continuação do abuso realisado com a subscrição dolosa, se confunde com elle em um crime unico; e deste conceito convirá ter conta e fazer applicação em materia de prescrição, de modo que, não sómente o *encher*, como tambem o *usar* do papel deverão ser considerados em relação aos effeitos do decurso do termo da prescrição.

Não se póde, sem absurdo, considerar diversa e mais grave a condição de quem abusa de uma assignatura em branco, em comparação de quem crêa *ex nihilo* um escripto falso, falsificando tambem a firma, em cujo caso, conforme a disposição do nosso codigo penal, arts. 258 e 259, a falsificação e o uso do escripto falso estão sujeitos á uma pena só.

Tambem no codigo italiano que os nossos projectos seguiram, o uso do escripto é condição para o processo por falsidade.

A doutrina que acabamos de expôr com Majno é ainda a de Chauveau e Hélie e Pessina. ¹

¹ Majno, OBR. CIT. vol. 2º, art. 418, pag. 353, Garraud, OBR. CIT. vol. 5º, art. 407, pag. 289, n. 291.

O paragrapho unico deste art. 338 contém uma aggravante, aliás ligeira, referente á disposição do n. 6°. A fonte foi ainda o código italiano art. 419, cuja enumeração o nosso supprimio, não attendendo tambem á intensidade da pena deste.

E sobre essa fonte, Crivellari nota, que nella estão comprehendidas todas aquellas pessoas que por sua qualidade, teem um dever especial de fidelidade e não subtrahem cousas que estão na posse doutrem, mas convertem em sua vantagem o que lhes foi confiado ou consignado em tal qualidade.

Portanto a cousa deve ter sido confiada, isto é, o papel, ou entregue, e esta confiança ou entrega devem ter lugar em razão daquella qualidade, emprego ou profissão: eis pois os dois elementos que se tornão necessarios para a applicação do paragrapho unico do texto (n. 191).

213. O n. 7° do art. 7° do texto refere-se ao abuso da inexperiencia e paixões do menor etc.

A fonte foi o art. 415 do código italiano sobre o qual, conforme Majno observa, em resumo, o primeiro elemento do crime é o abuso das *necessidades* (que o nosso código omittiu), das paixões ou da inexperiencia de um menor, de um interdito ou de um *inhabilitado*, que o nosso código traduzio por *incapaz*. Para constituir este crime occorrem os agrados, as lisonjas, que a lei não enumera deixando isto ao arbitrio do juiz, mas não se exigem artificios no sentido do n. 5° do art. 338 do texto para constituir o estellionato; bastão o engano, as illusões de qualquer modo que se verificquem.

A lei falla sómente de menores, interdictos ou *inhabilitados*, *incapazes* conforme o nosso código. Por isso onde não exista ainda interdicção ou inhabilitação em sentido legal, não bastaria o abuso ainda com sciencia das condições pessoaes da victima do abuso: em semelhante hypothese teria lugar a applicação do n. 5 do art. 338, sob o titulo verdadeiro e proprio de estellionato, si se verificassem os artificios ou ardis no sentido desta disposição geral.

O outro elemento do crime é que mediante o abuso da inexperiencia ou das paixões do incapaz, este tenha sido induzido a subscrever um acto que importe qualquer effeito juridico em damno seu ou doutrem. A lei não leva em conta para deixar de punir a nullidade resultante da incapacidade pessoal, porque a caracteristica deste crime é a coacção moral que soffre a victima ou o pai por exemplo, para satisfazer obrigações assim contrahidas por um sentimento de honestidade pessoal, dever de consciencia, temor de publicidade etc.

Mas si o acto fosse nullo e inefficaz por qualquer outro

motivo, desapareceria o crime por falta de elemento objectivo.

Suman accrescenta tambem, que não seria responsavel aquelle que provasse de modo evidente ter ignorado a incapacidade daquelle com quem contractou. E na verdade se poderia dizer que a menoridade é mais difficil ignoral-a, porque por si mesma na maior parte dos casos se manifesta, pôde facilmente ignorar-se a qualidade do interdicto ou inhabilitado. ¹

Garraud, de accordo com Blanche, sobre o codigo francez art. 406, fonte primitiva do nosso, opina que o facto de abusar da fraqueza de uma pessoa que a idade ou a molestia torna presa de todas as seduções, não seria criminoso salvo se podesse ser capitulado nas condições de estellionato.

Assim esta disposição especial não poderia ser invocada contra aquelles que abusando das enfermidades de um velho, da fraqueza de espirito de um hystérico, favorecem as necessidades ou as paixões destas pessoas, explorando-as. ²

Finalmente no n. 11 e ultimo do art. 338 do texto, o codigo prevê a alteração da qualidade dos metaes preciosos e figuras congeneres.

O codigo criminal anterior não continha disposição semelhante.

No codigo italiano art. 295 ha uma disposição generica no titulo dos crimes contra a fé publica.

A fonte do codigo aqui foi a disposição do art. 423 do codigo francez, longa para transcrever, adoptado com outras especies, existentes já nas Ordenações, pelos codigos portuguezes, art. 456.

O nosso codigo embora tenha collocado esta figura no mesmo artigo em que se refere á toda materia do capitulo isto é, estellionato, abuso de confiança e outras fraudes, não pôde ser interpretado, sinão pela doutrina assentada sobre sua propria fonte, apenas com a differença que o nosso codigo se refere exclusivamente ás pedras e metaes preciosos.

A existencia deste delicto que os francezes chamam *tromperie*, implica a reunião de tres elementos, diz Garraud, é mister que haja engano, que este engano verse sobre a natureza da cousa vendida, e que esta cousa seja conforme o nosso n. 11 do texto pedra ou metal.

¹ Majno, OBR. CIT. 2º vol. art. 415, pag. 340, n. 2639; Crivellari, OBR. CIT., art. 415, vol. 8º pag. 203, n. 73.

Sobre a especie do n. 7º do art. 338 do texto Puiharaud escreve paginas energicas, classificando entre os malfétores de profissão os *usurarios*: OBR. CIT., cap. XIV, *les usuriers*.

² Garraud, OBR. CIT., 5º vol. pag. 282, n. 236.

O primeiro elemento é o engano. A simples *reticencia* não é um engano punível. Este não resulta mesmo duma afirmação mentirosa, mas dum facto (*acta non verba tantum*).

As manobras, cuja existencia todo o engano sobre a natureza da mercadoria suppõe, devem differentemente dos artificios constitutivos do estellionato versar sobre a *cousa* mesma. Noutros termos, devem causar erro, não agindo sobre o espirito do comprador, mas modificando, mudando, desnaturando a mercadoria, apresentando-a ou offerecendo-a sob um aspecto que dissimule a realidade.

Taes manobras teem como fim e resultado fazer o comprador receber uma *cousa* por outra; ellas realisam-se ordinariamente, dando falsas indicações sobre o objecto da venda, substituindo uma *cousa* de menos valor àquella que tinha sido preferida e escolhida pelo comprador, isto é, não por um *embuste verbal*, mas por um *embuste real*.

O engano não existe sinão pela *fraude*.

E' claro que quaesquer que sejam as manobras, não haveria engano, si no momento da venda, o vendedor tivesse advertido o comprador do estado real da *cousa* que fazia objecto do contracto. A *fraude* suppõe, pois, que tem o comprador ficado ou tem sido deixado *intencionalmente* na ignorancia pelo vendedor.

O outro elemento é que o engano deve versar sobre a natureza mesma da mercadoria.

A fonte da nossa disposição dá como exemplos o ouro e a prata e as pedras preciosas, aliás o objecto quasi exclusivo do n. 11 do texto.

Em França a materia da industria respectiva está rigorosamente regulamentada.

Os titulos das materias de ouro e prata, diz a seu turno *Blanche*, são determinados pelos arts. 1 a 6 da lei de 19 do brumario do anno VI. Nos termos do art. 65 desta lei, si o fabricante é convencido de ter misturado com ferro, cobre ou outra materia estranha, uma obra de ouro, de prata ou de prata dourada, elle deve ser condemnado a uma multa de vinte vezes o valor deste objecto. A culpa se agrava, si a *fraude* tem tido como resultado enganar o comprador sobre o titulo do objecto vendido. E' o delicto do art. 423 do codigo penal. Aqui o engano versa bem sobre uma *qualidade* do objecto vendido, mas sobre uma qualidade substancial, que as partes tinham principalmente em vista e pela qual ellas se tinham determinado a pagar tal preço antes que tal outro.

O segundo exemplo, mencionado pelo citado art. 423, paralelo tambem ao n. 11 do art. 338 do nosso texto, é o engano sobre a qualidade duma pedra falsa vendida por fina.

Esta disposição teve por origem o art. 39, do tit. 2º da lei franceza de 19-22 de julho de 1791. Ella estava bem collocada neste artigo, pois que a lei de 1791 não punia sinão enganar duma natureza especial e devia enumerar todos aquelles que ella queria reprimir. Mas se deve observar com alguma razão, que estas expressões não são exactas no código francez de 1810, porque, si a pedra vendida como fina é falsa, não é sómente sobre a qualidade que o comprador tem sido enganado, é sobre a natureza, ou antes, sobre a especie mesma da mercadoria. Si a pedra sem ser falsa, não é da natureza daquella pedida pelo comprador, o facto é de certo sempre delictuoso, mas para a applicação, não da disposição especial ás pedras finas, mas da disposição relativa ás mercadorias em geral. ¹

Aqui a solução pelo nosso código, art. 338, n. 11 do texto é diferente, porque equipara o engano da pedra falsa por verdadeira ao da pedra de valor inferior por outra de valor superior, além de que o código não tem a disposição generica do código francez, art. 424 e das leis especiaes. ²

Este art. 338, n. 8, do texto, tem correlação, para alguns, talvez antimonica, com as contravenções dos arts. 379 a 381 do nosso código, já subsistente no código criminal anterior, mas examinaremos a questão quando tratarmos destes ultimos artigos no seguinte livro III, *das contravenções* (n. 245).

O art. 339 do texto contém uma attenuante dos crimes do artigo antecedente quando o valor do objecto do estellionato não exceder de 100\$. E' o systema condemnado e abandonado, conforme já notamos, tratando do *furto*.

O commentario dos arts. 340 e 341 sahem de nosso plano porque do mesmo modo que na fallencia, elles comprehendem o que se pôde denominar as disposições penaes do código commercial.

Aliás estão mal collocadas aqui e o desenvolvimento que exigem liga-se inteiramente á materia estranha, ao direito commercial.

A fonte litteral da disposição do art. 340 e paragrapho unico foi a legislação consolidada no decreto n. 434 de 4 de julho de 1891, arts. 201 e 202.

A fonte do art. 341 parece ter sido a do art. 200 do citado decreto, ou antes parece que á desta disposição faz referencia o art. 341 do texto.

Mas, não tendo o código penal compilado as disposições consolidadas no art. 203, tendo compilado todas as outras de

¹ Blanche, OBR. CIT., 6º vol., pag. 468, n. 360; Garraud, OBR. CIT. 5º vol., pag. 480, n. 462.

² Ver, sobre este capitulo: Pessina, MANUALE CIT. Part. Sec., pag. 67, § 64. Puglia, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, parte II A, pag. 396; David, LE DÉLIT D'ESCROQUERIE, Paris, 1883.

caracter penal substantivo consolidadas no capítulo IX do decreto, subsistem as do art. 203 em vigor?

O art. 341 não resolve a questão, porque, embora a sua referencia generica á respectiva legislação, a mesma referencia se limita ás penas *pecuniarias*, e o art. 203 manda applicar as penas do estellionato.

E' verdade que o art. 203 se refere ao art. 340 do texto do código penal, mas este não include as hypotheses figuradas naquelle art. 203, além de que o decreto n. 434 é uma consolidação.

Eis as desvantagens, que em geral já notámos, de fazer d'um código collecção de leis extravagantes.

216. Ao concluir o commentario deste capítulo vem a proposito tratarmos separadamente d'uma questão que tem para nós a maior relevancia e oportunidade.

O nosso Congresso Juridico Americano propoz a seguinte questão, embora de direito *privado*, cuja ultima parte versa sobre o direito *penal*:

Direito privado. VIII. 1. A lei deve prohibir, sob pena de nullidade, como contraria á moral e aos bons costumes, toda convenção sobre vendas a prazo, em que a intenção das partes seja sómente o pagamento por differença, e não a entrega e o recebimento da coisa vendida?

2. Deve a lei conceder acção a um dos contractantes para repetir o que houver voluntariamente pago?

3. *A que pena deve ficar sujeito o corretor que servir sciencientemente de intermediario nos jogos de Bolsa?*

No *relatorio* que apresentámos e que não chegou a ser discutido pela demora da impressão, demos solução negativa á essa terceira questão, como já havíamos dado ás duas outras, primeira e segunda.

Vamos citar aqui o que então escrevemos sobre ella, corrigindo os erros de impressão que se notam nos avulsos distribuidos na sessão do Congresso

Antes de tudo, convém notar que a legislação vigente só consagra como pena especial contra o corretor a multa simples, ou em dobro na reincidencia, para o caso de — liquidação por differença das operações de *cambiaes e moeda metallica* — Lei n. 354, de 1895, art. 9º, e Reg. n. 2.475, de 1897, arts. 150 e 153.

Em 1876 Teixeira de Freitas dizia :

« Não se póde vender (Regim. dos Corretores no decr. n. 806, de 26 de julho de 1851, art. 26) *fundos publicos* nacionaes ou estrangeiros, bem como *acções de companhias* reconhecidas pelo Governo, quando a operação não for *legitima e real*.

« Será considerada *legitima e real* a sobredita transacção, si ao tempo em que for feita os titulos objectivos della *pertencerem verdadeiramente ao vendedor*.

« *E' uma restricção benefica para cohibir A AGIOTAGEM.*
« Esta restricção é ampliavel ás usadas vendas de *futuros dividendos* de acções de companhias? Sim no mesmo caso de não possuir acções o vendedor ao tempo da venda — *accessorium sui principalis naturam sequitur.*

« Salva temos a disposição do art. 192 do Cod. do Comm., que faculta vender *lucros futuros*, uma vez que se possuam os titulos efficientes, *para que o negocio não seja APOSTA.* » ¹.

Transcrevemos parte dessa nota para mostrar, ao contrario do que outros pensam, que os contractos differenciaes eram, si não explicita, implicitamente prohibidos, ao menos em um Regimento de Corretores de 1851, tanto que si não foi *consolidado*, pois que não era *lei*, foi citado pelo autor da *Consolidação* em sua ultima edição de 1876.

Convimos que o desuso ou o não uso, na falta de *materia* e de *meio* não lhe deu realidade pratica para vigorar; de modo que nos ultimos tempos do regimen politico abolido e nos primeiros do actual, nem mesmo restava a lembrança de tal disposição.

Vê-se tambem que a citação equipara a *agiotagem á aposta.*

Em mais de um quarto de seculo, porém, a força economica do commercio e da industria evoluiu com tanta rapidez que, não escrupulisamos dizer, transformou a *aposta* no instituto juridico dos contractos differenciaes.

Assim, para nós, os chamados *jogos de Bolsa* são os mesmíssimos contractos *differenciaes* e, sendo assim, não se póde siquer cogitar de infligir a quem quer que seja pena alguma, *v. g.* ao corretor que scientemente nelles intervier.

Mas, como convém evitar equívocos, devemos reduzir o sentido das palavras *jogos de Bolsa* ao do vocabulo *agiotagem* na sua mais restricta significação?

Realmente, os autores mais radicães na materia e que, desprezando subterfugios e ficções, consideram os contractos differenciaes como *jogos de Bolsa*, isto è, uma *aposta* licita e valida, distinguem delles a *agiotagem.*

Assim Giorgi e Tedeschi. Assim Supino, embora menos radical.

No « Pequeno Diccionario dos termos mais usados em materia de Bolsa » de Supino — a *agiotagem* « é o conjuncto das manobras empregadas pelos jogadores de bolsa para produzir determinadas variações sobre o curso (cotação dos preços) dos effeitos publicos ».

No texto de sua obra especial, o mesmo autor repete muitas definições de outros, Baldasseroni, Savary, Say, etc., dentre as quaes se destaca a de Boccardo, como sendo « o

¹ Teixeira de Freitas, CONSOLIDAÇÃO., 3ª edição., not. 98 ao art. 586.

emprego de manobras *fraudulentas* para influir sobre o curso dos fundos e das mercadorias. ¹

O mesmo autor, descrevendo as manobras da agiotagem, lembra a disposição do código sardo, art. 389, que não tinha correspondente no código toscano e nota que assaz rara era na prática a applicação daquella disposição, attenta a difficuldade da prova e que sabiamente a propósito silenciou o mesmo código toscano, inspirando-se nos principios da liberdade de commercio; e as disposições contra a fraude *em geral* seriam sufficientes, onde se quizesse applical-as severamente para reprimir e punir a chaga funesta da agiotagem não precisando sancções *especiaes* para ella. ²

Laschi, ao contrario, notando que só num sentido de esthetica legislativa, muitos pretendem tudo regular pelo código penal e não por leis *especiaes*, diz:

«Já indicamos um meio preventivo para fazer cessar a agiotagem, na *aggravação das taxas* sobre jogos de Bolsa e em *negar-lhes toda acção em juizo*, mas, o remedio por muitos não é considerado sufficiente para dirimir essa chaga que Boccardo, certamente insuspeito, chama a maior e talvez a mais repugnante do nosso seculo!». ³

Sabe-se quanto os criminalistas positivistas são rigorosos e a refutação da opinião de Laschi está na própria hesitação dos melhores expedientes a adoptar prophylaticos ou curativos no terreno da pretensa criminalidade.

Entretanto, Tedeschi para accentuar que a differença entre a *especulação* e a *agiotagem* não implica de modo algum a condemnação dos contractos puramente differenciaes, diz, resumindo nesta parte Giorgi, que a agiotagem differe da especulação licita, como qualquer jogo ou aposta leal differe dos jogos e das apostas desleaes. Ha especulação licita no contrahente, que se confia na victoria, esperando ter adinhado qual a influencia que poderão ter sobre os cursos as vicissitudes economicas e politicas em vista das quaes fez a operação; *agiotas* são aquelles que não se abandonam á sorte, nem fazem depender o exito de suas especulações dos effectos de certas leis que governam o mundo economico e politico, mas com manobras *fraudulentas*, com machinações *dolosas*, entendem fundar a sua fortuna sobre a ruina que procuram *fraudulentamente* aos outros. ⁴

Giorgi perguntando «si a lei italiana de 1876 tirou, porventura, todo freio á *agiotagem* e abriu todas as portas á especulação fraudulenta, e notando ao mesmo tempo que muito se tem questionado e questiona-se até agora entre os doutos sobre a definição da *agiotagem*, responde á sua propria

¹ Boccardo, DIZIONARIO DI ECONOMIA E DI COMMERCIO — *aggiottaggio*.

² Supino, LE OPERAZIONE DI BORSA, Torino, 1875, pags. 140 e 152.

³ Laschi, LA DELINQUENZA BANCARIA, Torino, 1899, pags. 124, 131 e 157.

⁴ Tedeschi, DEI CONTRATTI DI BORSA, Torino, 1897, pag. 37, n. 15.

questão que seria absurdo pensar que a lei tenha querido tolerar a agiotagem, ou convidado os tribunales a approvar as manobras delictuosas. Já as disposições finaes do art. 1804 do Codice Civil italiano, autorizando a repetição do indebito, quando por parte do vencedor tem havido *fraude* ou *dolo* tornam bastante claro estarem privados de qualquer efficacia civil o jogo e a aposta *fraudulentos*».

Refere-se elle depois ás disposições penaes do codigo anterior, a que já alludimos com Supino, e do vigente.

Esta disposição do ultimo codigo é a seguinte:

«Art. 293. Aquelle que diffundindo noticias *falsas*, ou por outros meios *fraudulentos*, produzir no mercado publico ou nas Bolsas de commercio um augmento ou uma diminuição nos preços dos salarios, productos, mercadorias, ou titulos negociaveis no mercado publico ou admittidos nas cotações de Bolsa, será punido com a reclusão por 3 a 30 mezes e com a multa de 500 a 3.000 liras.

Si o delicto fôr commettido por *mediadores publicos* ou por *agentes de cambio*, a pena será de reclusão por 1 a 5 annos, da interdicção temporaria dos officios publicos, extensiva ao exercicio da profissão e da multa superior a 1.000 liras.»¹

E' claro, diz Carrara, annotando este artigo, pelo texto desta disposição que para concretisar este delicto, *não* basta a simples diffusão das noticias, *mas*, exige-se *além disto* que esta diffusão tenha tido o *seu effeito*, produzindo o *augmento* ou a *diminuição* previstos no mesmo artigo, porque só então é que o crime attinge a sua plena realisação, desequilibrando a confiança publica nos mercados.

Igualmente esse desequilibrio deve offerecer uma certa importancia na sua entidade, e *não* limitar-se a qualquer *caso isolado e sem importancia*.²

A segunda parte do artigo, diz Pessina, contém uma exasperação de pena pela circumstancia aggravante que deriva da pessoa do culpado, quando fôr um *corretor de fundos publicos, de mercadorias, etc.*³

Outro, pois, não pôde ser o sentido do texto conforme os melhores interpretes.

Mas, é o proprio Giorgi que reconhece ser um facto que taes disposições punitivas foram e são letra morta, porque a applicação dellas é *quasi sem exemplo, attenta a impossibilidade da prova*.

¹ *Pubblici mediatores* nossos corretores de mercadorias e navios — *agenti di cambio* — nossos corretores de *fundos publicos*.

² Carrara, *Commento al codice penale*, Roma, 1889, art. 293, pag. 182.

³ Pessina, *IL NUOVO CODICE PENALE*, Milano, 1890, art. 293, pag. 304.

⁴ Vid. ainda Majno *COMMENTO AL CODICE PENALE, ETC.* Verona, 1890—1899, art. 293, 1º vol. pag. 779, n.2084, e seguintes; Cogliolo, *DIRITTO PENALE*, Milano, 1888—1890, 2º vol. parte 1ª, pags. 1052 e 1064; parte 1ª A, pags. 609-676.

« Manifestamos sómente o desejo de que, si a pena é impotente para reprimir directamente a agiotagem, adoptem-se ao menos regulamentos de Bolsa preventivos, ou outras providencias indirectas para sustar ás funestas consequencias da agiotagem. ¹

Os elementos do tempo e do espaço não são indifferentes na questão.

O que hontem era *agiotagem* em certos paizes, hoje não o é mais depois das reformas realizadas na legislação respectiva.

E agora mesmo, o que é *agiotagem* em Genebra ou em Hamburgo, sel-o-ha talvez em Pariz ou em Genova e com certeza em Londres ou Nova-York? Duvidamos muito.

E' ainda Laschi que confiando muito pouco nos meios, mais preventivos que repressivos, por elle lembrados, diz em outra passagem da sua obra:

« Ora, diante exactamente da Bolsa cremos que o Estado deva manter uma attitude *neutra*, o mais possível; si esta instituição se crê verdadeiramente necessaria e vital, que ache em si mesmo a força de preencher a sua missão, comtanto que não offenda os interesses geraes.

Assim, a lei allemã de 22 de junho de 1896 crêa um *tribunal de honra*, que póde citar para comparecer diante delle os frequentadores da Bolsa que se tornarem culpados, em relação ao mister por elles exercitado na Bolsa mesma, de actos contrarios á *honra*, ou inconciliaveis com a *lealdade commercial*; as penas podem ser a *advertencia*, a *suspensão da frequencia* na Bolsa e, finalmente, a *exclusão definitiva* della. » ²

Estamos longe de rejeitar *in limine* o alvitre, mas a sua adopção depende muito do character dos interessados e das condições do ambiente; em todo o caso não é um apparelho criminal commum destinado a funcionar, fazendo applicação das penas ordinariamente usadas como mais efficazes.

Em resumo, é impossivel traçar as linhas differenciaes entre a especulação e a agiotagem de modo a dar-lhes limites e dizer só até onde vai a especulação licita e onde começa a illicita, mesmo a fraude e o dolo; e sobre bases tão incertas e movediças é impossivel tambem assentar a sancção penal, que presuppõe como elemento rigoroso e indispensavel a existencia real e nitida do character criminoso da acção punivel.

Ha 15 annos ainda vigorava no codigo penal francez o art. 419, fonte do sardo e do italiano vigente que citamos; mas a lei de 8 de abril de 1885, que reconheceu os contractos

¹ Giorgi, TEORIA DELLE OBBLIGAZIONI, Firenze, 1895—1898, 3º vol. pag. 459, n. 373.

² Laschi, OBR. CIT. pag. 160.

differenciaes, revogando os arts. 421 e 422, revogou implicitamente, ao menos para o caso de que nos occupamos, o art. 419 a que os ultimos se referiam na especie.

Nós não devemos caminhar para traz e sim para a frente.

E' a razão por que, contrarios ás leis de excepção, devemos deixar fóra do dominio penal os factos que não se accommodarem no ambito do direito commum. ¹

De *jure constituto*, a solução impõe-se com mais energia, porque nós não temos no nosso código penal disposição semelhante ás dos códigos que citamos e a melhor doutrina é pela impunidade mesmo em theoria.

217. Passamos a registrar alguns arestos sobre as disposições do capitulo:

« Aquelle que vende ou troca a cousa que furtou, não commette pelo mesmo facto dous crimes: furto e estellionato.

« O destino dado á cousa furtada não muda a natureza do crime :» Acc. Relação *S. Paulo*, 7 de agosto de 1874.

No mesmo sentido: *Estudo* do desembargador T. Henriques.

Idem: Sentença do juiz de direito de *Pindamonhangaba*, 29 de abril de 1878.

O individuo que procura trocar, isto é, introduzir na circulação por 10\$ uma moeda de cobre galvanizada com ouro, na qual acha-se desapparecido o algarismo—40—e a palavra—réis—e aberta serrilha, para o fim de tornal-a semelhante ás moedas de ouro, e fazel-a receber em pagamento por valor superior, tem commettido o crime previsto no art. 264, § 4º do código criminal. (Cod. Pen. art. 338, n. 5), ou o previsto no art. 176 do mesmo código (código penal, art. 242 »): Sentenças do juiz de direito de *Tacaratu* (Pernambuco) 25 de abril e 24 de maio 1876. ²

« Não commette crime de estellionato o doador, que, sem artificio fraudulento, vende um terreno, que doára»: Sentença do juiz de direito de *Baependy* (Minas Geraes), 7 de abril de 1884.

« A circumstancia do abuso de confiança é constitutiva do crime de estellionato »: Acc. Relação *Ouro Preto*, 9 de setembro de 1884. ³

« O facto de apagar ou fazer desapparecer o carimbo pelo qual a repartição da fazenda declara inutilizada uma nota do Thesouro Nacional, e com ella receber da Caixa da Amortiza-

¹ *Congresso Juridico Americano, Relatorio* do Dr. João Vieira de Araujo, Direito privado—Questão VIII—1—3 Imprensa Nacional, 1900, 3, pags. 31—36.

² O DIREITO, vol. 5º, pag. 214; vol. 8º, pag. 623; vol. 16, pag. 672; vol. 14, pag. 717.

³ O DIREITO, vol. 34, pag. 459; vol. 36, pag. 254.

ção a respectiva importancia, como si fôra nota em circulação, não constitue crime de moeda falsa, mas de estellionato.»

« O despacho da Relação que, em gráo de recurso da pronuncia, desclassifica o crime especial de moeda falsa para o commum de estellionato, não pôde pelo mesmo tribunal ser reformado, em gráo de appellação da sentença do jury, para nova classificação do commum para o especial». Revista n. 2.650 do Supremo Tribunal de Justiça, 1 de setembro de 1888 e Acc. Revisor Relação *Ouro Preto*, 29 de março de 1889.

« Código Penal, art. 340. Sociedades anonymas. Subtração e inutilização dos livros das companhias. Responsabilidade dos directores. Sustação da denuncia por meio de justificação produzida em outro e diverso juizo». Sentença do juiz criminal de *Belém* (Pará), 27 de fevereiro de 1892.

« Caso julgado. Questão de delicto continuo e continuado. Estellionato e abuso de confiança». Acc. Supremo Tribunal Federal, 11 de janeiro de 1893.

« Extradicação interestadoal; casos em que se dá. Illegidade da prisão quando decretada em virtude da acção de deposito, de accordo com o art. 365 do decreto n. 370, de 2 maio de 1890. Intelligencia dos arts. 338, n. 4 e 410 do Código Penal». Acc. Tribunal de Appellação. *Bahia*, 1 e 4 de junho de 1897. ¹

« Nullidade de julgamento e de todo o processo por erro na classificação do delicto. Crimes de estellionato praticados por official publico, confundidos com o de prevaricação». Acc. Supremo Tribunal Federal, 30 de junho de 1897.

Elementos constitutivos do crime de estellionato. Está juridicamente constituido o estellionato, havendo o emprego de um artificio, de uma maneira fraudulenta, embora grosseira, comtanto que illudisse a victima.

Basta o uso de *falsa qualidade*, independentemente de qualquer outra manobra fraudulenta para constituir o delicto, quando é empregada com o fim de prejudicar outrem». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 16 de dezembro de 1898.

« Crime de estellionato por meio do denominado *conto do vigario*. Intelligencia do art. 338 § 5º do Código Penal». Acc. Tribunal Civil e Criminal, 14 de novembro de 1899. ²

« Para que haja estellionato é necessario que as mano-

¹ O DIREITO, vol. 49, pag. 14; vol. 58, pag. 110; vol. 60, pag. 260 vol. 73, pag. 563.

² O DIREITO, vol. 74, pag. 291; vol. 78, pag. 580; vol. 81, pag. 420.

bras fraudulentas possam comprometter a sagacidade ordinaria.

« Não se realisando o prejuizo, ha apenas uma tentativa de estellionato e não um delicto consumado.

« Não havendo o emprego de manobras e artificios fraudulentos, os contractos lesivos não constituem o delicto de estellionato ». Sentenças do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 30 de agosto, 9 de setembro e 5 de novembro de 1895. ¹

« Dá-se o crime do art. 338, § 5º, do Cod. Penal quando é illudida a vigilancia da victima, surprehendida a sua boa fé, ganha a sua confiança por meio de artificio ou ardil grosseiro que a induz a engano, procurando o delinquente lucro ou proveito para si.

Não obsta á existencia do crime o artificio ou ardil grosseiro proporcionado ao gráo de aptidão intellectual da victima.

Assim a fraude é caracterizada, não pela prudencia ordinaria, mas pela individual ». Acc. Tribunal Civil e Criminal, 27 de janeiro e da Córte de Appellação, 31 de agosto de 1897.

Naquelle o Dr. Viveiros de Castro assignou-se *vencido*, declarando :

« Votei pela absolvição dos réos por entender que o *conto do vigario, le vol à l'américaine* dos francezes não reúne os caracteristicos do estellionato, como tem decidido a jurisprudencia franceza (Luiz Puibaraud, *Les malfaiteurs de profession*, pag. 159). Não se trata na hypothese, como observa o citado escriptor, de um homem ingenuo e simples illudido em sua boa fé, mas de uma lucta de ardis entre dous tratantes que mutuamente procuram illudir-se. Ora, a tutela juridica só deve comprehender as transacções honestas e dignas. »

Inclinamo-nos mais para este voto vencido, mas achamos mesmo neste sentido a solução muito absoluta, como tem sido a dos arestos em sentido contrario.

Na ausencia de disposição que classifique devidamente o *conto do vigario*, entendemos que é facto para ser classificado, conforme as circumstancias que occorrerem em cada caso.

Mas entendemos que a acção não é innocente, ao contrario, é criminosa, mas que, em geral, ao menos como ella se revela na criminalidade do Districto Federal, deve ser classificada como furto, habil, astucioso, em alguns casos.

Não ha propriamente boa fé nas victimas do *conto do vigario* ; ao contrario, as mais das vezes ellas, cada uma a

¹ Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT. pags. 56, 59 e 62.

seu turno, procuram illudir o ladrão ou o suppõem illudido; basta esta crença para afastar a idéa da efficacia do artificio contra ella.

Resta-nos sobre este ponto registrar agora outros arestos sobre elle no mesmo sentido e a opinião contraria do Dr. Viveiros de Castro, que elle proprio assim resume:

« O estellionato se caracteriza juridicamente quando ha um abuso da boa fé. Quando a victima não estava de boa fé, quando tambem pretendia illudir ou propunha uma transacção criminosa, immoral ou torpe, o facto incriminado não incide na acção penal. No conceito conciso e feliz de Franz von Liszt não se póde admittir burla se a prestação que foi illudida não é reconhecida pelo direito; exemplos, o salario da prostituta, a paga do criminoso assalariado.» Sentenças de 14 e 28 de agosto; parecer do sub-procurador Dr. Gabriel Ferreira, de 11, e Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 30 de novembro de 1899.

Além dos fundamentos de suas decisões, o autor da obra indicada abaixo na nota faz observações contrarias ao citado accordão que reformou-as. ¹

Parece uma questão simples, mas não é tal; ainda sobre ella não se disse a ultima palavra, como prova a variação da jurisprudencia estrangeira e a hesitação dos nossos magistrados; por isso dissemos que ella não póde ter uma solução absoluta, ao menos *si et in quantum...*

As questões sinão identicas, parecidas, suscitadas no nosso direito e no estrangeiro já nos referimos antes em mais de um logar (v. I, ns. 63 e 64, pags. 194 e 198; neste, n. 212,).

« A fraude só intervem como elemento constitutivo do crime do art. 338, § 5º, do Cod. Pen., quando é meio para a obtenção da cousa, que é entregue ao delinquente pelo dono, a quem elle illudiu.

« Não ha esse crime si a fraude, em vez de ser anterior, é posterior á entrega da cousa.» Sentença do Dr. Lima Drummond, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 8 de junho de 1897.

« O artificio fraudulento é elemento essencial dos crimes do art. 338 §§ 5º e 8º do Cod. Pen.» Sentença do Dr. Thomé Torres, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 20 de abril de 1897.

« Não commette crime de estellionato quem requer um arresto, embora de má fé. »

« Nesta hypothese fica salvo ao arrestado o direito de pedir por acção competente as perdas e damnos que do arresto lhe resultarem.

¹ Viveiros de Castro, JURISPRUDENCIA CRIMINAL, CIT., 1901, cap. XXVI, conto do vigario, pags. 296—309.

« Quando o titulo da divida é inquinado de falso, pode o juiz constatar a sua validade, que necessariamente confunde-se com a existencia do delicto.

« Neste caso cumpre ao querellante provar a sua asserção, visto como a simulação não se presume. » Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 23 de dezembro de 1896 e Accordão do Conselho de 28 de janeiro de 1897.

« Commette o crime de estellionato do art. 338, n. 5, do Cod. Pen. aquelle que, apresentando-se com a falsa qualidade de fiscal de sellos, multa um infractor do respectivo regulamento para logo depois, relevando-o da multa, extorquir-lhe sob este pretexto qualquer quantia.

« A circumstancia de existir causa torpe ou objecto illicito por parte do sujeito passivo não tira ao acto praticado pelo sujeito activo a feição de estellionato.

« E' por este motivo que o denominado *conto do vigario* constitue um estellionato. » Accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, de 31 de outubro de 1899, *Munis Barreto*, presidente e relator.

Subscrevemos a segunda conclusão ; quanto á ultima entendemos que, *em geral*, nestes factos não ha estellionato pela razão que demos ; finalmente quanto á primeira o caso era o previsto no art. 380, que embora classificado entre as *contravenções*, transformou-se no crime de estellionato e havendo a sanccão especial do mesmo art. 380, 2ª parte, devia ser applicada de preferencia a do art. 338, n. 5. E' a nossa humilde opinião diante do aresto.

« Cabe a acção penal no crime de estellionato entre marido e mulher.

« O art. 335 do Cod. Pen., por ser uma excepção e como tal dever interpretar-se restrictivamente, não comprehende o estellionato e o roubo. » Accordão do Tribunal Superior de Belém (Pará) de 17 de dezembro de 1898. ¹

Já demos a nossa opinião conforme com a deste aresto, commentando o art. 335 do texto do Codigo sobre o furto (n. 206).

« E' um dos elementos essenciaes do crime de estellionato definido no art. 338, ns. 5 e 8 do Cod. Pen. o emprego de meios artificiosos, ainda que só relativamente idoneo em ordem a levar a victima á entrega voluntaria de bens em proveito do agente do delicto.

Não incide em nenhum dispositivo penal o procedimento daquelles que tendo feito parte de uma firma commercial, em liquidação, constituiram nova firma com exclusão de um

¹ REV. DE JURISPR., CIT. vol. 1º, pags. 120 e 124; vol. 2º, pags. 102 e 322, e vol. 8º, pags. 98 e 275.

ex-socio, para explorar o mesmo ramo de negocio, attrahindo a freguezia da sociedade liquidanda.

« Não é criminoso o procedimento do liquidante que constitue seu procurador ou representante para praticar função da incumbencia que tomara em juizo uma das pessoas que formavam a firma então dissolvida. » Accordão Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 3 de novembro de 1898. ¹

« A immoralidade do fim que teve em vista a victima do crime de estellionato não pôde ser causa da impunidade do autor do mesmo crime.

« Para a pronuncia é essencial o conhecimento pleno do delicto. » Sentença do Dr. *Edmundo Lins*, juiz de direito de Minas (Capital), de 15 de julho de 1899. ²

« Nullidade do processo-crime por falsa qualificação do delicto.

« Elementos constitutivos dos crimes dos arts. 338 — *estellionato* — e 258 e 259 — *falsidade*. » Accordão da Camara criminal da Côte de Appellação, de 10 de maio de 1901. ³

CAPITULO V

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE LITTERARIA, ARTISTICA, INDUSTRIAL E COMMERCIAL

SECÇÃO I

DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PROPRIEDADE LITTERARIA E ARTISTICA

CODIGO

Art. 342. Imprimir ou publicar em colleções as leis e decretos, resoluções, regulamentos, relatorios e quaesquer actos dos poderes legislativo ou executivo da Nação e dos Estados:

Penas — de apprehensão e perda, para a Nação ou Estado, de todos os exemplares publicados ou postos à venda, e multa igual à importancia do seu valor.

Art. 343. São solidariamente responsaveis por esta infracção :

- a) o dono da officina onde se fizer a impressão ou publicação ;
- b) o autor ou importador, si a publicação for feita no estrangeiro ;
- c) o vendedor.

¹ O DIREITO, vol. 84, 1901, 2º fasc., pag. 286.

² REV. DE JURISPR., CIT., vol. 11, pag. 360, fasc. abril 1901.

³ O DIREITO, vol. 85, pag. 292.

Art. 344. Reimprimir, gravar, lithographar, importar, introduzir, vender documentos, estampas, cartas, mappas e quaesquer publicações feitas por conta da Nação ou dos Estados, em officinas particulares ou publicas :

Penas — de apprehensão e perda para a Nação de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos.

Paragrapho unico. O privilegio da fazenda publica resultante deste e do art. 342 não importa prohibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periodicos e gazetas, em compendios, tratados ou quaesquer obras scientificas ou litterarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos.

Art. 345. Reproduzir sem consentimento do autor, qualquer obra litteraria ou artistica, por meio da imprensa, gravura ou lithographia, ou qualquer processo mecanico ou chimico, enquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade e dez annos mais depois de sua morte, si deixar herdeiros.

Penas — de apprehensão e perda de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor.

Art. 346. Reproduzir por inteiro em livro, collecção, ou publicação avulsa, discursos e orações proferidos em assembléas publicas, em tribunaes, em reuniões politicas, administrativas ou religiosas, ou em conferencias publicas, sem consentimento do autor :

Penas — de apprehensão e perda dos exemplares e multa igual ao valor dos mesmos, em favor do autor.

Art. 347. Traduzir, expôr a venda qualquer escripto ou obra sem licença do seu autor:

Penas — as mesmas do artigo antecedente.

Esta prohibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de critica, polemica ou ensino.

Art. 348. Executar, ou fazer representar em theatros ou espectaculos publicos, composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor:

Pena — de multa de 100\$ a 500\$ a favor do dono ou do autor.

Art. 349. Importar, vender, occultar ou receber, para serem vendidas, obras litterarias ou artisticas sabendo que são contrafeitas :

Penas — as de apprehensão e perda dos exemplares e multa igual ao dobro do valor dos mesmos a favor do dono ou do autor.

Art. 350. Reproduzir qualquer producção artistica, sem consentimento do dono, por imitação ou contrafacção :

Penas — as do artigo antecedente.

Paragrapho unico. Para este effeito reputar-se-ha contrafacção:

1.º A reproducção em pintura quando um artista, sem consentimento do autor, ou daquelle a quem transferiu a propriedade artistica, copiar em um quadro grupos, figuras, cabeças ou detalhes de paisagens, ou os fizer entrar no proprio quadro, conservando as mesmas proporções e os mesmos effeitos de luz que na obra original;

2.º A reproducção, em esculptura, quando o imitador tomar em uma obra original, grupos, figuras, cabeças, ornamentos e os fizer entrar na obra executada por elle;

3.º A reproducção, em musica, quando se arranjar uma composição musical para um instrumento só, tendo sido feita para orchestra, ou para um instrumento differente daquelle para o qual foi composta.

LEI

Art. 19. Todo o attentado doloso ou fraudulento contra os direitos de autor constitue o crime de contrafacção. Os que scientemente vendem, expõem a venda, teem em seus estabelecimentos para serem vendidos ou introduzem no territorio da Republica com fim commercial objectos contrafeitos, são culpados do mesmo crime.

Art. 20. Nos crimes de contrafacção os cumplices são punidos com penas iguaes ás dos autores.

Art. 21. Consideram-se igualmente contrafacções :

1.º As traducções em lingua portugueza de obras estrangeiras, quando não autorizadas expressamente pelo autor e feitas por estrangeiros não domiciliados na Republica ou que nella não tenham sido impressas. As traducções autorizadas que estiverem nessas condições devem ter a menção expressa : « Traducção autorizada pelo autor » unicas que podem ser introduzidas, vendidas ou representadas no territorio da Republica ;

2.º As reproduções, traducções, execuções ou representações, quer tenham sido autorizadas, quer o não tenham sido, por se tratar de obras que não gosam de protecção legal ou já cahidas no dominio publico, em que se fizerem alterações, accrescimos ou suppressões sem o formal consentimento do autor.

Art. 23. O crime de contrafacção será punido com as penas dos artigos respectivos doCodigo Penal, livro II, tit. XII, cap. V, secção 1.ª, e com o confisco dos objectos contrafeitos e de todos os moldes, matrizes e quaesquer utensilios que tenham servido para a contrafacção, além da indemnisação de perdas e damnos causados ao autor da obra contrafeita.

Art. 24. A applicação fraudulenta ou de má fé sobre uma obra litteraria, scientifica ou artistica, do nome de um autor ou de qualquer signal por elle adoptado para designar suas obras, será punida com a prisão cellullar de seis mezes a um anno e multa de 500\$ a 1:000\$, sendo tambem a obra apprehendida.

Art. 25. No caso de representação ou exhibição não autorizada de obras dramaticas ou musicas, o autor ou concessionario poderá requerer a apprehensão das receitas brutas da representação ou exhibição e o empresario reconhecido culpado será punido com prisão cellullar por seis mezes a um anno.

Parapho unico. A importancia da indemnisação de perdas e damnos não será nesse caso inferior a 50 % das receitas brutas. *
(Lei n. 496, de 1 de agosto de 1898). *

COMMENTARIO

218. Guardamos tambem neste capitulo a divisão do texto do codigo em secções, tudo com as respectivas epigraphes, assim como a ordem dos artigos.

Os projectos de revisão simplificaram muito as dis-

* As recentissimas instrucções em portaria do Ministerio da Justiça e Negocios Interiores, de 11 de junho de 1901 vão adiante referidas ao art. 13, da lei (n. 223).

posições, conforme o systema iniciado pelo de 1893, sobre o qual diziamos :

Os crimes contra a propriedade *litteraria*, *artistica* e *industrial* estão tambem caracterisados por formulas geraes.

A ultima, em rigor, é que devia ter sancções penaes e para ellas figuram apenas em codigos, como o da Hollanda, Allemanha e Hungria, uma só disposição ou duas, ao contrario do systema francez das enumerações de factos seguido pelo nosso legislador.

A' propriedade litteraria bastaria a lei civil, mas na ausencia della urge garantir o direito dos autores.

Quanto á propriedade artistica, o projecto consigna uma simples disposição, porque seria improprio de um codigo penal entrar na minucia dos casos em que póde haver contrafacção artistica e em tal emergencia, emquanto não houver lei civil, o procedimento criminal se inspirará no juizo dos peritos e nos ensinamentos da jurisprudencia.

Muitos codigos não contem taes disposições que figuravam em reformas do codigo francez, no belga e portuguez.

Com relação á propriedade industrial, respeitamos o direito existente; com relação ás outras, a sancção penal só garante a do brazileiro ou estrangeiro *residente* no Brazil, nos termos do art. 72 da Constituição Federal, ficando á jurisprudencia dos tribunaes, em falta da lei regulamentar respectiva, decidir si as expressões *brazileiro residente* podem ter a extensão que lhe dá o Sr. Dr. Valentim Magalhães, contestando opiniões do *Journal des Débats* a proposito da convenção franco-brazileira desaprovada pelo Congresso Nacional. ¹

As disposições communs a este titulo, além de regularem a acção pelos crimes respectivos, estabelece os casos de aggravação e attenuação da penalidade, conforme o valor do damno e outras circumstancias, dando certo arbitrio ao juiz, aliás indispensavel para prover melhor do que por uma tabella fixa de valores que já não figura nos novos codigos penaes.

Em conclusão, esta parte foi modelada pelo codigo italiano, que teve por modelos o codigo allemão, hungaro e hollandez, sem fallar nos anteriores e projectos que o precederam. ²

Aqui nota-se de novo o vicio do codigo vigente em copiar como dispositivos artigos de leis casuisticas e sobre materia em parte subordinada ao direito internacional por ajustes e convenções para tornal-as uniformes com as doutros paises, o que quer dizer de leis instaveis.

¹ JORNAL DO COMMERCIO n. 191 de 11 de julho de 1893.

² EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 25.

Na secção primeira deste capitulo o codigo comprehende os delictos consistentes na violação dos direitos da propriedade *litteraria e artistica*.

O nosso codigo penal anterior, art. 261, continha apenas a disposição deste artigo, entre as especies de furto, sobre propriedade litteraria.

A Constituição Federal da nossa Republica, na « declaração de direitos » por ella garantidos, dispõe :

« Art. 72. A Constituição assegura a brazileiros e a estrangeiros residentes no pais a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança e á propriedade nos termos seguintes :

« § 26. Aos autores de obras *litterarias e artisticas* é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar ».

Sobre a fonte constitucional do codigo podem ser consultados os commentarios da nossa Constituição Federal nas obras interessantes dos Drs. Soriano de Souza e Aristides Milton ¹

As fontes das disposições desta 1ª secção do capitulo foram o codigo portuguez, arts. 457 e 458 e o codigo francez arts. 425 a 429.

Tambem salvo algum codigo menos importante ou mais antigo, a materia figurava no codigo da Baviera, art. 397 ; e codigo hespanhol de 1850, art. 457.

Não nos referimos ás fontes da nossa propria legislação, isto é, o art. 261 do nosso codigo anterior e os codigos portuguezes, arts. 457 e 458 e o francez, arts. 425 a 429.

Hoje o texto do nosso codigo que aliás occupou-se de materia estranha á uma lei penal está alterado pela nova lei n. 496 de 1 de agosto de 1898 — « que define e garante os direitos *autoraes* ».

Muito longa, como é esta lei, consignamos no texto apenas as disposições della de caracter penal substantivo ; embora tenhamos de nos referir a outras no ligeiro commentario que faremos do codigo confrontando-o com ella, ou antes commentando aquella.

Trata-se duma legislação especial que só figura hoje nos codigos francez de 1810 e no portuguez de 1886, por haver reproduzido o anterior de 1852 que havia seguido o exemplo daquelle e do nosso de 1830 que foi uma de suas fontes.

A nossa nova lei pecca pelo defeito de não ter feito taboa

¹ Soriano de Souza, DIREITO PUBLICO E CONSTITUCIONAL, Recife 1893, pag. 432, A. Milton, A CONSTITUIÇÃO DO BRAZIL, noticia historica ; texto e commentario, 2ª edição, Rio de Janeiro 1898, art. 72 § 26, pag. 428.

raza do código, fazendo objecto exclusivo della o regulamento do assumpto, uma vez que o código tinha invadido seára alheia e as duas series de disposições da lei e do código é uma difficuldade para a boa interpretação do direito existente; mesmo na esphera do direito penal substantivo, porque a applicação deste depende da definição e garantia mesmas dos direitos autoraes conforme a nova lei as estebeleceu.

219. Passemos aos artigos do texto.

Nos arts. 342 a 344 o código penal reproduziu as disposições dos decretos de 30 de setembro de 1859, arts. 1º e 2º e de 30 de setembro de 1872, art. 5º, tendo sido o primeiro expedido em virtude da lei de 18 de setembro de 1845, art. 35.

Estas disposições estão pelo menos derogadas pela nova lei n. 496.

Assim diz ella :

« Art. 22. Não se considera contrafacção :

3) a reproducção de *todos os actos officiaes* da União, dos Estados ou das municipalidades. »

Pensamos que esta disposição revogou totalmente o art. 342 do texto do código penal.

Consequentemente ha hoje ampla faculdade de reproduzir os actos officiaes e não sómente nos termos da excepção restricta que estabelecia o paragraho unico do art. 344 do código, que só será applicada como tal aos casos do mesmo art. 344, 1ª parte.

E si a disposição do art. 24 da lei citada no texto fosse concebida em termos mais genericos, poderia ser applicada áquelle que commettesse o abuso, muito possivel, de editar publicações de actos officiaes por conta particular, declarando a edição de procedencia official. Mas o art. 1º do código penal veda tal interpretação extensiva.

Aliás a revogação do art. 342 do código pela nova lei está de accôrdo com as fontes desta, isto é, a solução do direito estrangeiro, inclusive italiano, sobre a qual diz Moise Amar na sua obra monumental:

O art. 10 da lei declara expressamente que o direito que respeita ao Estado, ás provincias e ás communas não póde estender-se *ás leis e aos actos officiaes de qualquer natureza*. A este respeito tenho já algures mostrado como semelhantes publicações, por sua origem, por seu caracter, pelo fim a que são destinadas são com muita razão excluidas de formar objecto dos direitos de autor. Por outro lado se observou justamente que taes expressões devem applicar-se aos regulamentos, aos decretos, a *tudo aquillo* que se acha inserto na collecção dos actos do governo, dos conselhos provinciaes e dos communaes e emfim a *todas* as publicações feitas pelas autoridades legalmente

constituídas, sejam administrativas, judicarias ou eclesias-ticas no exercicio de suas funcções. ¹

A nossa lei, diz Amar noutro logar, não tem pois impedido a reproducção das leis, dos regulamentos e outros actos das autoridades publicas, antes tem declarado expressamente no art. 10 que os direitos de autor reconhecidos a favor do Estado, da Provincia e das communas não se estendem às leis e aos actos officiaes de qualquer natureza. E esta disposição se póde muito facilmente explicar com aquellas mesmas razões, porque se permite expressamente a publicação dos discursos feitos nas assembléas legislativas ou sobre assumptos politicos ou administrativos. De facto, si é de interesse geral que as leis e as disposições expedidas para a execução dellas sejam levadas o mais que for possível ao conhecimento de todos, seria estranhavel que se prohibisse a reproducção dellas. De resto o seu conteúdo não é tal que se possa reconhecer em alguém os direitos de autor. ²

Entretanto o legislador italiano tem acrescentado : « Salvos os direitos e *privilegios*, que possam competir à administração por motivos de interesse publico. » Com esta clausula (quanto a mim incorrecta, porque falla de *privilegios*, que absolutamente não podem existir) se quiz manter salvo o direito de impedir a publicação de actos, á qual obstasse o interesse da nação. Mas é claro que si um acto se tem secreto, ninguem poderá publical-o e menos reproduzil-o ; si, ao contrario, se tornasse publico para impedir a reproducção, seria necessario uma lei especial.

Entre os casos a que se allude com esta clausula se poderia comprehendêr a concessão que faz o governo a certos jornaes para as inserções officiaes. ³

Não ha doutrina mais positiva ; mas a nossa lei, art. 22 n. 3, foi adiante e estabeleceu um principio absoluto, ficando assim supprimido o archaico privilegio de publicação de actos officiaes.

O que admira é que o codigo revivesse esse anachronico privilegio deante da legislação comparada.

E como o seu detestavel systema é o do casuismo, as

¹ Drago. ANNOTAZIONI ALLA LEGE 25 giugno 1865 etc., Genova 1866, pag. 228.

² Talvez se prescrevesse que não se pudessem publicar taes e taes actos sinão depois da publicação feita nas collecções officiaes. Assim aconteceu em França, sob o primeiro imperio, que expediu o decreto de 6 de julho de 1810 em tal sentido. Mas este decreto, objecto de censuras gravissimas, especialmente porque foi considerado como feito para impedir a publicação de algumas disposições arbitrararias, foi considerado revogado por alguns interpretes, e o mesmo declarou o decreto analogo de 23 de dezembro de 1814. Vid. Renouard, *Des droits d'auteurs etc.* Paris, 1838, 2º vol. pags. 132 a 133 ; Dalloz, *Repertoire*. — propriété litteraire — n. 119.

³ Moise Amar, *DEI DIRITTI DEGLI AUTORI*, Torino, 1874, pag. 130 e 229, ns. 63, 110 e 111.

suas disposições não se podem conciliar e mesmo coordenar com o texto da nova lei neste ponto.

Os projectos de revisão não reproduziram tal privilegio.

O art. 343, considerava solidariamente responsáveis pela infracção do art. 342, diversas pessoas que enumera, mas como não ha crime aqui, não ha criminosos ali.

Depois nos referiremos à disposição mais generica da lei que substitue perfeitamente essa especial ao privilegio e que nem ao menos foi collocada depois do art. 344 seguinte para abrangel-o tambem.

Effectivamente o art. 344 está em vigor e comprehende as hypotheses em que o Estado, Municipio ou União tenham e exerçam os direitos de autor.

Esta é a solução implicita da lei que, fazendo a excepção quanto aos actos officiaes, nada diz quanto aos outros; e nossa opinião está de accordo com os principios geraes que reconhecem tal direito às pessoas moraes. E' tambem a doutrina do autor que citamos sobre a lei italiana, que se refere aos direitos de autor daquellas pessoas sobre as obras publicadas á sua custa e por sua conta. E' escusado dizer que isto se estende a todas as sociedades, corporações publicas ou particulares como acontece com as pessoas phisicas. †

Estes artigos não exigem mais explicação.

220. Passemos ao art. 345, do texto do codigo penal, o qual, do mesmo modo que os seguintes, está alterado nos seus conceitos, quasi todos formulados de novo pela lei especial n. 496, que, aliás, alterou as penas, creando mesmo outras figuras, como se vê do texto transcripto della e doutras disposições a que nos iremos referindo.

Antes de tudo devemos notar que o codigo não definiu a contrafacção, nem se referiu aos autores e cumplices, salva a disposição especial do art. 343 referente ao abolido privilegio do art. 342.

Estes pontos fazem objecto da nova lei que define a contrafacção e manda applicar a mesma pena aos autores e cumplices da contrafacção, conforme os termos dos arts. 19 e 20 do texto acima transcripto.

O complemento destas disposições está noutros artigos em que a lei define os direitos autoraes e a obra sobre que elles versam, dizendo:

« Art. 1.º Os direitos de autor de qualquer obra litteraria, scientifica ou artistica, consistem na faculdade, que só elle tem, de reproduzir ou autorisar a reproducção do seu trabalho pela publicação, traducção, representação, execução ou de qualquer outro modo.»

† Amar, obr. cit. pag. 225 n. 106.

A lei garante estes direitos aos nacionaes e aos estrangeiros residentes no Brazil, nos termos do art. 72 da Constituição, si os autores preencherem as condições do art. 13.

« Art. 2.º A expressão *obra litteraria, scientifica ou artistica* comprehende: livros, brochuras e em geral escriptos de qualquer natureza; obras dramaticas, musicaes ou dramatico-musicaes, composições de musica com ou sem palavras, obra de pintura, escultura, architectura, gravura, lithographia, photographia, illustrações de qualquer especie, cartas, planos e esboços, qualquer producção, em summa, do dominio litterario, scientifico ou artistico.»

Vê-se que taes disposições substituíram os conceitos difusos e confusos dos arts. 345 a 350 do texto do código, onde elle enveredou com o seu espirito miudo pelo dominio das artes para caracterisar a contrafacção de suas obras.

Consequentemente os conceitos do código só serão applicados quando em harmonia com a nova lei; assim como as disposições desta serão applicadas a casos que a sua generalidade abranger, ainda quando não comprehendidos nos casos do código e mesmo contrarios ao espirito ou letra deste.

Tratando da contrafacção, diz Garraud que a analyse juridica descobre nella dois elementos: o facto material de editar ou vender ou introduzir no paiz exemplares contrafeitos duma obra litteraria, scientifica ou artistica; é o elemento material; em segundo lugar a intenção fraudulenta do agente; é o elemento moral do delicto. Ordinariamente, é verdade, que se acrescenta um terceiro elemento: o *prejuizo*, actual ou possivel, causado ao autor ou ao artista, cuja obra é assim contrafeita. ¹

Mas esta é uma condição que se confunde com a primeira. A contrafacção é o golpe fraudulento dado no direito do autor ou do artista pela reproducção da obra sem sua permissão. A medida do prejuizo não é mesmo tomada em consideração pela lei como elemento de aggravação na determinação da pena. O direito do autor ou do artista sobre sua obra importa, com effeito, o poder absoluto de interdizer a sua reproducção por qualquer outra pessoa ou por qualquer outro meio que aquelles que lhe apraz determinar. De sorte que as questões de prejuizo se reduzem a de saber si o direito de propriedade litteraria ou artistica existe; e si elle tem sido violado pelo facto material de que se queixa o supposto

¹ A maior parte dos autores exige esta terceira condição: Chauveau e Helie, *OB. CIT.*, vol. 6º, pag. 3, n. 2462; Blanche, *OB. CIT.*, vol. 6º, pag. 542 n. 434, e outros. A jurisprudencia referindo-se á esta pretendida condição, reconhece por um lado que um prejuizo qualquer material basta, e por outro lado, que o prejuizo moral é equivalente ao material. É o mesmo que dizer que este elemento não é distincto da existencia do direito daquelle que se queixa e que, pois, não é propriamente um novo ou terceiro elemento.

offendido. São estas as duas faces do problema, sendo uma e outra do dominio da jurisdicção repressiva, que deve verificar, para determinar si a contrafacção existe, não sómente os elementos constitutivos do delicto, mas ainda a preexistencia do direito de propriedade pretendido violado. ¹

Esta doutrina de Garraud harmonisa-se mais ou menos com a nossa lei e inteiramente com o conceito do crime dado no art. 19; convindo notar antes de tudo que só os nacionaes e estrangeiros *residentes* no Brazil estão sob a tutella da lei, opinião que como se vê do que dissemos no começo deste capitulo emittimos em 1893, interpretando tambem assim o art. 72 da Constituição (n. 218 p. 285)

Sobre a questão que assentamos em 1893 na referida *exposição de motivos*, a solução que demos foi confirmada pela nova lei.

O illustrado deputado Medeiros de Albuquerque, no notavel parecer que escreveu como relator da commissão da Camara, para servir de *exposição de motivos* ao projecto n. 48, de 1894, substitutivo dos de ns. 134 e 209, de 1893, e o qual foi convertido na lei vigente, demonstrou neste ponto de modo indiscutivel o systema do nosso direito sobre o instituto em questão e o que a mesma lei respeitou, consignando esta conclusão da sua demonstração :

« De resto, a maneira por que a Constituição legislou é perfeitamente justa. Tendo firmado o principio da nacionalidade pela lei — lei aliás bem infeliz — da *grande naturalisação*, perfilhada pelo art. 69 do nosso estatuto fundamental, ella adoptou, como base principal da nacionalidade de origem o que os juristas chamam o *jus soli* : a nacionalidade pelo solo, pelo nascimento ou *residencia* em terras do Brazil.

« Foi, portanto, inteiramente logica, quando no art. 72 garantiu os mesmos direitos — a brasileiros e a *estrangeiros residentes no pais* — o projecto desta commissão não foi mais longe : fez o mesmo.

« O artigo tal como está redigido não permite o sophisma de dar como bastante o ter um *representante*. E' necessario que o proprio autor satisfaça os requisitos da lei. ²

As perdas e danos, conformê os arts. 23 e 24, constituem penas do delicto, embora possam ser pedidas no Districto Federal por acção civil independente da criminal, art. 23 §§, 1 e 2.

Ainda os arts. 1º e 2º da lei a que já nos referimos estão de accordo com a theoria exposta por Garraud que synthetisa

¹ Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 530, n. 514.

² ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS, sessão de agosto de 1894, vol. IV, pags. 73-88, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1895.

em tres regras os principios e os limites da propriedade litteraria e artistica, observando: 1º que as disposições relativas (como as da nossa lei, arts. 1 e 2) nada tem de limitativo na enumeração dos diversos objectos sobre os quaes versa esta propriedade; 2º que uma obra não é susceptivel de apropriação exclusiva sinão si ella é *nova*, isto é, si ella constitue uma criação, quer no ponto de vista de sua *composição*, quer no ponto de vista de sua *execução*. A lei não julga as obras, ella não se preocupa nem do seu merito, nem de sua importancia; ella as protege todas, boas ou más, uteis ou funestas, quando ellas são o fructo do trabalho ou da paciencia, e que ellas tem uma personalidade distincta; 3º, uma obra que está no dominio publico, quer em razão de sua natureza, quer em razão do tempo que tem decorrido, pertence a todos, cada qual pôde reproduzi-la. Mas desde que ha *execução nova*, sob qualquer fórma que seja, dum typo já conhecido, dum obra já cahida no dominio publico, ha criação, porque ha producção dum coisa que não existia e que esta coisa leva o cunho do trabalho pessoal do autor. ¹

As disposições da lei se ajustão á esta doutrina, porque quanto ao 1º ponto, o art. 1º enumerando as fórmas do direito de autor diz — ou de qualquer outro modo; dizendo o art. 2º — qualquer producção, em summa, do dominio litterario, scientifico ou artistico.

Quanto aos outros pontos não ha referencias expressas na lei, mas elles se coadunam com o systema respectivo que declara temporario o direito dos autores (art. 3º), etc.

221. Passamos a tratar especialmente dos elementos do crime definido no art. 19 da lei, de accordo com o art. 1º da mesma lei e aos quaes correspondem os arts. 345 a 350 do codigo penal.

Primeiro elemento. O primeiro elemento da contrafacção é a *reproducção*, a que se refere o art. 1º da lei, não da idéa, mas do modo de expressão dado á idéa. O direito privativo do autor não versa, com effeito, sinão sobre a *obra* mesma que o art. 2º da nossa lei define; o que elle pode reivindicar como sua coisa pessoal, é a obra que elle tem escripto, o quadro que tem pintado, a estatua que tem creado, a musica que tem composto. A idéa, qualquer que seja, não pertence exclusivamente á ninguem; ella é de todos. Mas o que ninguem pôde reproduzir porque o autor ou o artista marca esta coisa com o seu cunho pessoal, são as fórmas e as disposições de uma obra já composta. Tambem a lei (art. 4º, §§ 2º e 3º e arts. 6º, 11, e 22 n. 1) vê a contrafacção na edição, isto é, na reproducção total ou parcial de uma obra litteraria ou artistica pertencente a outrem,

¹ Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 531, n. 516.

A edição, define Blanche, é a reprodução total ou parcial de toda a obra litteraria ou artistica pertencente a outrem.

A lei protege não sómente as obras originaes, como tam bem as traducções e as compilações conforme a Corte de Cassação Franceza tem sempre decidido em varias especies.

E' tambem a doutrina da nossa lei, arts. 12 e 21 e arg. do art. 22, n. 1

E ainda aqui, de accordo com Garraud, a *reprodução* está certamente numa cópia identica da obra de outrem.

Mas na opinião de Chauveau e Hélie, adoptada por este, a condição de identidade absoluta, perfeita, não é necessaria.

O facto de existirem algumas differenças entre a cópia e o original não bastaria para excluir o delicto. Mas não se deve confundir a contrafacção, quer com a simples *imitação* quanto ás obras de arte, quer com o *plagiato*, quanto ás obras litterarias ou scientificas.

A *imitação* resulta do facto de um artista empregar os processos de um concorrente tratando de um outro assumpto ou tratar do mesmo assumpto mediante processos differentes. Ha nesta approximação entre duas obras a expressão de uma tendencia do espirito humano, que não se poderia encorajar de mais sob o ponto de vista do desenvolvimento litterario, scientifico e artistico. Proscrever a imitação de uma obra de arte, seria proscrever a troca incessante e fructuosa das idéas. Mas ha na imitação, uma medida difficil de fixar *a priori*; muito servil, a imitação é uma contrafacção, livre e independente, ella é certamente licita.

E' aos tribunaes que pertence traçar, segundo as circumstancias, os limites entre uma e outra. Elles o farão com o auxilio do juizo e das pericias dos competentes, como diziamos no começo deste capitulo ácerca do nosso projecto de 1893 e contra o codigo penal, art. 350, sobre a produção artistica, confundindo com a contrafacção a *imitação* e não dizendo, aliás, uma palavra sobre o *plagio* (n. 218).

Mas, observa Garraud, do direito de *imitar*, se tem concluido, sem razão, o direito de *reproduzir* uma obra de arte, por meio de uma outra essencialmente diferente, em seus processos e em seus resultados, daquelle que tem sido empregado pelo autor ou pelo artista.¹

Esta questão é resolvida sem criterio pelo codigo penal art. 350, porque *embrulha* a imitação com a contrafacção.

Mas o codigo para nós é letra morta diante de um sistema inteiro, completo ou não, que seja da nova lei.

E' verdade que a lei não resolve expressamente a especie

¹ Garraud allude aqui a certos escriptores, dentre elles Chauveau e Hélie, *obr. cit.* vol. 6º, pag. 33, ns. 2488 e 2489.

que fica no dominio da doutrina e da jurisprudencia, mas ella fornece argumento contrario á confusão feita pelo codigo, quando prohibe num caso por ella figurado a *reprodução*, mas não a *imitação*, sendo aquella termo generico, comprehendendo, porém, desta tanto a especie licita como a illicita.

Effectivamente a nossa lei diz :

« Art 17. A cessão de um objecto de arte não implica a cessão do direito de *reprodução* em favor de quem o adquire, não podendo, porém, o artista reproduzi-lo sem declaração de que não é o trabalho original. »

Que a *idea*, diz Garraud, possa ser imitada e reproduzida, nós não o contestamos de modo algum ; mas a *forma* deve permanecer pessoal, e toda reprodução desta forma é uma contrafacção. Ninguem, com effeito, poderia duvidar do direito exclusivo do artista de explorar de qualquer maneira que seja, a obra que elle tem creado, a este direito exclusivo corresponde, por consequente, a obrigação correlativa dos terceiros de não lhe fazer offensa e de se absterem de qualquer reprodução. Inspirar-se numa obra, não é evidentemente contrafazel-a ; mas o direito cessa onde a cópia começa, e pouco importa o processo de que alguém se tenha servido para realizal-a. ¹

Quanto á nossa lei neste ponto, em relação ás obras de arte, além dos principios geraes nella contidos e das disposições que já temos citado e das que inserimos abaixo na nota, que podem servir-nos de argumento, nada obsta á acceitação da doutrina de Garraud. ²

O *plagio* tem mais afinidade ainda do que a *imitação* com a contrafacção; elle consiste, dizem Chauveau e Hélie, na acção de publicar alguém sob seu nome e como si fossem seus trabalhos, estudos ou porções de obras que teem sido compostas por outrem. Elle pode, em certos casos, identificar-se com a contrafacção, differe, porém, em muitas circumstancias. Em geral, elle não affecta a fidelidade de uma reprodução, elle se occulta, reveste formas differentes ; elle não reproduz a obra, não faz sinão copiar servilmente pas-

¹ Garraud, OBR. cit. vol. 5º, pag. 542, n. 522.

² Lei n. 496, de 1898.

Art. 16. O direito de autor para as composições musicas comprehende a faculdade exclusiva de fazer arranjos e variações sobre motivos da obra original.

Art. 18. A reprodução de uma obra de arte por processos industriaes ou sua applicação á industria não lhe fazem perder o caracter artistico: mesmo nestes casos fica submettida ás disposições da presente lei.

Art. 22. Não se considera contrafacção :

5) a reprodução no corpo de um escripto de obras de artes figurativas, contanto que o escripto seja o principal e as figuras sirvam simplesmente para a explicação do texto, sendo, porém, obrigatoria a citação do nome do autor.

sagens que se attribue ; elle pilha não com má intenção de causar prejuizo, mas para viver sugando aqui e alli um mel que é incapaz de fabricar. O plagio faz, em geral, pouca offensa á propriedade, não lhe suscita concorrência alguma, não levanta obra contra obra, não é justicavel sinão da critica litteraria que o disvela e o proffliga.

Entretanto esta solução pode ter excepções. Si o plagio tinha usurpado uma parte notavel e importante da obra, si tinha por ahi mesmo levantado uma concorrência e acarretado um prejuizo á sahida da obra original, elle teria violado os direitos de autor e tomaria o caracter de uma verdadeira contrafacção.

A seu turno, Blanche, mais rigoroso, definindo o *plagio* como o *furto* litterario, diz que elle constitue o delicto de contrafacção em primeira linha, si elle é assaz consideravel para causar prejuizo ao autor do escripto contrafeito ; de outra sorte não haverá contrafacção. ¹

Garraud seguindo as pegadas aliás de ambos que tambem haviam bebido numa fonte commum, a jurisprudencia, observa que é impossivel fixar *a priori* os caracteres que distinguem o plagio tolerado da contrafacção punivel. Não é, com effeito sómente, diz elle, quer pela extensão e importancia dos emprestimos, quer pelo prejuizo causado ao autor que se caracteriza a differença.

E' mister levar em conta um conjuncto de circumstancias que a lei franceza teve de abandonar á apreciação necessariamente contingente dos magistrados. Estes examinarão e comprarão as duas obras, pesarão as semelhanças e e se recordarão de que o facto de aproveitar-se do trabalho de outrem, em vista de se dispensar de todo o esforço, é caracterisco do furto, isto é, da apropriação fraudulenta da cousa de outrem, e que a contrafacção não é sinão uma das formas dessa apropriação.

O plagio é parente proximo da contrafacção ; ha entre estes dous factos, um ar de familia tal que será mister toda a sagacidade dos magistrados para os distinguir um do outro.

Huard & Mack citam extensa casuistica da especie, extrahida dos livros dos autores e dos arestos dos tribunaes sobre o plagio. ²

Na lingua ingleza se adopta um vocabulo muito expressivo *piracy, pirataria*, que designa á evidencia a gravidade dos attentados aos direitos dos autores.

¹ Chauveau e Helie, OBR. CIT. vol. 6º pag. 9, n. 2467 ; Blanche, OBR. CIT, vol. 6º., pag. 553, n. 436.

² Garraud, OBR. CIT. vol. 5º, pag. 543, n. 522: Huard & Mack, PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, Paris, 1891, pag. 160, n. 454 ; pag. 187 n. 547 ; e pag. 318. n. 902.

Quanto ao *plagio*, diz por sua vez Amar, podem constituir-o um conceito expresso num modo determinado, uma phrase, entretanto não se poderá nunca reconhecer que assim fazendo, se commetta uma violação dos direitos do autor. O vocabulo *plagio* tem uma significação no campo litterario, scientifico e artistico, mas não a tem sob o aspecto juridico, podendo acontecer, conforme os casos que o *plagiario* esteja ou não sujeito ás leis penaes estabelecidas para a tutela dos direitos do autor.

Para dar um só exemplo, diz elle, observarei como se denomine tambem sempre plagiario aquelle que publique sob o proprio nome uma obra intellectual de outrem já cahida no dominio publico, ainda que este facto não possa ser attingido por lei penal alguma, ou, pelo menos, por uma disposição da lei sobre direitos do autor; e ao contrario, não seria *plagiario* aquelle que publicasse ou reproduzisse uma obra de outrem sob o nome do seu verdadeiro autor, ainda que isto fazendo incorresse nas penas comminadas pela lei.

Isto está de accordo com a nossa lei, art. 21, n. 2. ¹

222. Depois do que dissemos sobre a *imitação* e o *plagio*, nada devemos accrescentar sobre a reproducção *total* ou *parcial*.

Sobre o art. 425 do codigo francez, fonte dos nossos de 1830 e 1890, diz Blanche, que si a reproducção é total, a solução não tem difficuldade; ha delicto de contrafacção.

Si a reproducção não é senão parcial, a solução dependerá das circumstancias.

Haverá ou não contrafacção, conforme a extensão mais ou menos consideravel da reproducção e sobretudo conforme a reproducção for ou não prejudicial ao autor da obra contrafeita.

Esta ultima consideração é aquella que deve dominar todas as outras na apreciação dos factos, pois que o fim da lei é assegurar ao autor o beneficio da sua criação.

O *escripto* é a primeira das obras da qual o codigo francez art. 425, interdiz toda edicção.

Si a reproducção é *total*, o corpo de delicto existe incontestavelmente, como acabo de dizer.

Si ella é *parcial*, existe ou não existe segundo ella é mais ou menos uma reedição da obra primitiva, sobretudo eu não repetiria demais, segundo ella causa ou não causa um prejuizo ao autor dessa obra.

Huard e Mack resumem a doutrina dos arestos e dos autores sobre este ponto.

Chauveau, e Hélie e Garraud, seguindo estes tratam desenvolvidamente do assumpto, mas, sem duvida, repetindo o que com elles e outros já observámos sobre a imitação e o

¹ Amar, obr. cit. pag. 542, n. 287.

plagio, ao qual Amar não dá a importancia que lhe dão os escriptores francezes, tratando, porém, extensamente da re-produção.

Abaixo citamos as fontes. ¹

A nossa lei enumera o que é, e o que não é contrafacção ou re-produção illicita, nas disposições que já temos citado e nas que vão abaixo nesta nota. ²

E porque nos referimos tambem aqui às traducções, no-temos que Carrara combate com muita vivacidade o rigor das legislações em materia de traducção. ³

« O art. 24 da nossa lei que não tem correspondente no codigo pune a applicação fraudulenta ou de má fé sobre uma

¹ Blanche, OBR. CIT., 6º vol. pag. 542, n. 433; Huard e Mack, OBR. CIT. no indice—*reproduction*; Chauveau e Hélie, OBR. CIT., 6º vol., pag. 10, n. 2468; Garraud, OBR. CIT., 5º vol., pag. 534, n. 523; Amar, OBR. CIT., pag. 119, n. 57. Vide tambem a obra de Enrico Ferri, onde se encontram verdadeiros modelos de eloquencia judiciaria moderna: DIFESA PENALI E STUDI DI GIURISPRUDENZA, Torino 1899, Part. I, pag. 247, *in difesa della proprietà intellettuale*.

² Lei n. 496 — de 1898 :

« Art. 21. Consideram-se igualmente contrafacção:

1, as traducções em lingua portugueza de obras estrangeiras, quando não autorizadas expressamente pelo autor e feitas por estrangeiros não domiciliados na Republica ou que nella não tenha sido impressas. As traducções autorizadas que estiverem nessas condições devem ter a menção expressa: « Traducção autorizada pelo autor » unicas que podem ser introduzidas, vendidas ou representadas no territorio da Republica;

2, as re-produções, traducções, execuções ou representações, quer tenham sido autorizadas, quer não tenham sido, por se tratar de obras que não gosam da protecção legal ou já cahidas no dominio publico, em que se fizerem alterações, accrescimos ou suppressões sem o formal consentimento do autor. »

« Art. 22. Não se consideram contrafacção :

1, a re-produção de passagens ou pequenas partes de obras já publicadas, nem inserção mesmo integral, de pequenos escriptos no corpo de uma obra maior, contanto que esta tenha caracter scientifico ou que seja uma compilação de escriptos de diversos escriptores, composta para uso da instrucção publica. Em caso algum a re-produção pôde dar-se sem a citação da obra donde é extrahida e do nome do autor;

2, a re-produção em diarios e periodicos de noticias e artigos politicos extrahidos de outros diarios e periodicos e a re-produção de discursos pronunciados em reuniões publicas, qualquer que seja a sua natureza. Na transcripção de artigos deve haver a menção do jornal de onde são extrahidos e o nome do autor. O autor, porém, quer dos artigos, qualquer que seja a sua natureza, quer dos discursos, é o unico que os pôde imprimir em separado;

4, a re-produção em livros e jornaes, de passagens de uma obra qualquer com um fim critico ou de polemica;

6, a re-produção de obras de arte que se encontram nas ruas e praças;

7, a re-produção de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ella é feita pelo proprietario dos objectos encomendados.»

Já transcrevemos como teto e no corpo deste commentario outras disposições da lei sobre a re-produção licita e illicita v. g. as disposições dos arts. 16 e 18 e art. 22 ns. 3 e 5, que evitamos agora repetir aqui.

³ Carrara OPUSCOLI CIT. vol. 6º, pag. 257, XLI, *Sulla proprietà letteraria*.

obra litteraria, scientifica ou artistica, do *nome* de um outro ou de *qualquer signal* por elle adoptado para designar as suas obras e, portanto, tambem dos pseudonyms.

E' incontestavelmente esta uma figura de contrafacção embora á ella não se refiram os citados interpretes do código penal francez.

Mas Huard e Mack consagram uma parte de sua obra á usurpação dos titulos de obras e nomes de autores, dando a summa dos arestos da jurisprudencia franceza sobre a especie.

Ha usurpação de nome quando uma obra é publicada sob o nome de um autor que não tem nella trabalhado e sem seu consentimento.

O editor não tem direito de collocar sob o nome de um autor materias que lhe são extranhas, como não tem o de attribuir sua obra a um extranho; em um e em outro caso ha violação do principio da propriedade litteraria que consiste para um autor em gosar só de sua obra, assim como nunca incorrer na responsabilidade das obras de outrem. ¹

A lei italiana sobre os *direitos de autor* nada diz sobre o facto daquelle que á uma obra de engenho applicasse o nome de outrem.

Notando esta lacuna, observa Amar que, todavia, qualquer comprehende que este facto seria peor do que uma reproducção illicita, e um tal abuso podendo acontecer não só sobre as obras de engenho, mas em muitas outras circumstancias da vida civil, devia constituir objecto de uma lei mais geral; pois si o vê mais especialmente vedado e punido pelo art. 394 do nosso cod. pen. (sardo). De resto, pelos tribunaes de todos os paizes se vê punido o facto da usurpação e do emprego fraudulento do nome de outrem. ²

O nosso cod. pune de modo geral o nome supposto como *contravenção* conversivel, aliás, em crime grave, o *estellionato*, conforme veremos; e como *estellionato* na figura do art. 338, n. 8, no uso da figura do falso nome, conforme vimos commentando o cap. anterior (ns. 212 e 245).

Mas aqui diante da figura especial do art. 24 da lei, ella é applicada ao crime que especialmente previo.

223. O nosso direito, a exemplo de outros, exige formalidades para a sua effectividade, dizendo a nova lei:

« Art. 13. E' formalidade indispensavel, para entrar no goso dos direitos de autor, o *registro* da Bibliotheca Nacional dentro do prazo maximo de dous annos, a terminar no dia

¹ Huard e Mack, *Obv. cit.*, pag. 527, n. 1456; pag. 557, n. 1547.

² Amar, *Obv. cit.* pag. 129, n. 62.

31 de dezembro do seguinte áquelle em que deve começar a contagem do prazo de que trata o art. 3.^o:¹

1, para as obras de arte, litteratura ou sciencia, impressas, photographadas, lithographadas ou gravadas, de um exemplar em perfeito estado de conservação;

2, para as obras de pintura, escultura, architectura, desenhos, esboços ou de outra natureza, um exemplar da respectiva photographia, perfeitamente nitida, tendo as dimensões mínimas de $0^m, = 18 \times 0^m, 24$. »

Sobre disposições parallelas da lei italiana, Amar observa que apenas uma obra de engenho é *produzida*, o seu autor tem adquirido os direitos, que a sua mesma qualidade de *productor* lhe dá.

Todavia, como em muitas outras materias, assim naquella que nos occupa, as leis positivas por motivo de conveniencia, que cada um póde comprehender, costumam appôr certas condições á sua tutela. Por isso entre quasi todas as nações, na qual os direitos de autor constituem objecto de leis especiaes, são prescriptas certas formalidades a os autores e áquelles que os representam, ás quaes estão subordinados o reconhecimento e a tutela dos direitos mesmos.²

Portanto, si bem que seja um tanto improprio dizer que o cumprimento de taes formalidades seja o modo por que os direitos de autor se adquirem, todavia em frente da lei positiva e do effeito que della dimana, não nos parece que se

¹ A disposição a que se refere o art. 13 acima é a seguinte, tambem da nova lei.

« Art. 3.^o O prazo da garantia legal para os direitos enumerados no art. 1.^o é:

1.^o, para a faculdade exclusiva de fazer ou autorisar a reproducção por qualquer fórma, de 50 annos, a partir do dia 1 de janeiro do anno em que se fizer a publicação,

2.^o, para a faculdade exclusiva de fazer ou autorisar traducções, representações ou execuções, de dez annos, a contar, para as traducções da mesma data acima prescripta, para as representações e execuções, da primeira que se tiver effectuado com autorisação do autor.

² O direito suizo estabelece o registro como excepção. Assim a lei federal de 23 de abril de 1883, diz:

« Art. 3.^o As obras *posthumas* e as *mencionadas* no art. 2.^o, 2.^o alinea devem ser inscriptas, nos tres mezes seguintes ao de sua publicação, no departamento do *commercio*, que tem para este fim um registro em duplicata.

Para as outras obras, os autores não tem formalidade alguma a preencher, afim de assegurar seu direito; elles podem, todavia, por sua conveniencia, fazel-as inscrever no registro acima mencionado.»

A disposição á que esta se refere é a seguinte:

« Art. 2.^o Si se trata de uma obra posthuma ou de uma obra publicada pela confederação, por um cantão, por uma *persona juridica* ou por uma *sociedade*, o direito, etc...: »

Wolf, *Lois usuelles de la Confédération Suisse*, Lausanne, 1898, pags. 396 e 405.

Vê-se que o registro obrigatorio é *excepcional*, podendo o costume tornar-o geral, porque, em regra, é *facultativo*.

possa assignalar para tal exame um logar melhor do que aquelle em que se trata dos modos pelos quaes se adquire os direitos de autor. ¹

A formalidade do registro ou do deposito, *depôt*, conforme os autores francezes não é prescripta sinão com duas restricções:

a, ha uma que se impõe. O art. 6º da lei de 19 de julho 1793 não obriga indistinctamente todos os autores a depositarem suas obras. Esta formalidade não é possível e, por conseguinte, não é prescripta, sinão para as *obras impressas ou gravadas*.

Por um lado, não se poderia depositar palavras. D'aqui esta regra que é de toda evidencia, que o autor de um discurso, de um arrasoado, de uma lição oral é recebido para accionar contra a reproducção. sem que se lhe possa oppôr a ausencia ou falta de deposito previo.

A nossa lei no art. 22, n. 2, prevê a impressão por outrem de discursos em avulso que considera contrafacção; o autor, pois, emquanto não imprime, não está sujeito ao registro.

Por outro lado, os autores de obras de litteratura que não as fazem imprimir, os autores de obras dramaticas que, sem as fazer imprimir, as fazem representar em um ou muitos theatros, não estam evidentemente sujeitos à tal formalidade.

Esta doutrina não está em dissonancia com a nossa lei que no art. 13 não exige o registro impossivel de taes obras, tendo já no art. 3º n. 2º mandado contar o prazo da garantia legal prevista no art. 1º, quanto ás *representações e execuções*, da primeira que se tiver effectuado com auterisação do autor.

Emfim, a lei não obriga os autores de obras de *esculptura*, quer estes autores fiquem nos originaes, quer, mediante a moldagem, elles tirem provas ou exemplares que sirvam ao publico.

Entretanto, conforme vimos, a nossa lei art. 13, exige o deposito da photographia das *esculpturas, pinturas* e de objectos de arte semelhantes, conforme mesmo a enumeração que faz.

A mesma exigencia é repetida no art. 1º, letra b, das Instrucções expedidas pelo Ministerio da Justiça e Negocios Interiores em Portaria de 11 de junho de 1901, para execução do citado art. 13 da lei.

Estas instrucções que substituiram as de 6 de dezembro de 1899 são longas para transcrever mesmo em notas, quando, aliás, só indirecta ou remotamente interessam o

¹ Amar, OBR. CRT. pag. 423, n. 217.

aspecto penal em partes comprehendidas já na lei que analysamos. ¹

b); o deposito ou *registro* não é exigido sinão para a *admissibilidade da acção da parte civil*, diz Garraud. O ministerio publico mantém sua independencia nos termos do direito *commum*. Elle pôde, pois, processar o contrafactor na ausencia de qualquer deposito. O delicto, com effeito, nasce do attentado ao direito de propriedade, direito que é independente da formalidade, e a ausencia de deposito que se poderia oppôr à parte privada nos termos das disposições expressas da lei, não poderia encadear o direito de acção da parte publica.

Blanche é de parecer diverso, mas Garraud mesmo, afinal, parece concordar com elle, dizendo que é bem certo que o ministerio publico não será quasi tentado a defender um direito que não se defende elle mesmo e de oppôr-se à uma reprodução, à uma vulgarização da obra que parece estar nas intenções do autor, pois que este não tem feito deposito. ²

Entre nós *quid juris* ?

Na vigencia do codigo penal, art. 407, § 2º, emquanto o delicto de contrafacção não estivesse prescripto, conforme as regras dos arts. 78 e 85, poderia ter logar a acção publica por denuncia ou a particular por queixa ou denuncia.

Mas a nova lei derogou certamente o codigo penal art. 407, § 2º, pois que declara expressamente :

« Art. 26. Salvos os casos do art. 22, n. 1, e do art. 24, em que deverá haver procedimento *ex-officio* da autoridade competente e em que qualquer, na falta desse procedimento, poderá intentar a acção criminal, só ao autor ou ao concessionario dos seus direitos incumbe a queixa e autoria do processo.

Parapho unico. Qualquer dos collaboradores de uma obra artistica, litteraria ou scientifica pode, independente dos mais, usar do seu direito para punição dos culpados.»

Notamos isto mesmo em logar mais proprio (liv. III, n. 259).

¹ As instrucções primitivas foram publicadas no *Diario Official*, n. 330 de 7 de dezembro de 1899 e as recentissimas no de 13 de junho de 1901. Não obstante a disposição do art. 11 destas ultimas dizer : « ficam alteradas de accordo com estas instrucções, as que foram mandadas observar pela portaria de 6 de dezembro de 1899 » — é certo que este mesmo dispositivo não passa de uma cautella administrativa aconselhada pela conveniencia de evitar lacunas que deixem sem solução qualquer caso occorrente que esteja prevenido nas instrucções anteriores e tenha escapado as posteriores, por maismeticulosas que possam ter sido a reprodução e correção das novas instrucções.

² Chauveau e Hélie, *OBR. CIT.* vol. 6º, pags. 38 e 42, ns. 2493 e 2496; Blanche, *OBR. CIT.* vol. 6º, pag. 578, ns. 466 e 467; Garraud, *OBR. CIT.* vol. 5º, pag. 555, n. 531.

Devemos ainda notar que a referencia que aqui faz este art. 26, não é ao art. 22, n. 1, mas ao art. 21, n. 1, que transcrevemos no texto como uma figura de contrafacção. Isto mesmo declarou o decreto n. 3836, de 24 de novembro de 1900. ¹

Do art. 26 e sua referencia aos arts. 21, n. 1, e art. 24, se vê que o ministerio publico pôde agir nos casos apontados, nos quaes, aliás, não ha registro algum, mesmo por que não poderia haver.

A lei, porém, dá logar á uma duvida.

O art. 21, n. 2, prevê uma figura de contrafacção nas obras que não gosam de protecção legal, ou tiverem cahido no dominio publico. Estas ultimas podem em seu tempo ter sido registradas, mas aquellas, ou se trata de *discursos*, por exemplo, que os jornaes podem publicar e emquanto não impressos em avulso não estão sujeitos ao registro ou de outras obras, v. g., as previstas no art. 22 que reproduzidas nas condições deste artigo não constituem contrafacção, mas si forem alteradas, accrescentadas ou reduzidas constituem contrafacção, conforme o art. 21, n. 2.

Entendemos que a parte interessada só pôde dar queixa, si a obra se achar registrada, si não se achar na excepção, em que o registro não é possível.

Vê-se que entre nós a questão do direito de acção não dá logar ás duvidas do direito francez.

A lei ainda referindo-se ao procedimento judicial, autorisa a busca e apprehensão dos objectos contrafeitos e instrumentos relativos, mas esta diligencia preliminar ou preparatoria, e mesmo assecuratoria do pretendido direito é meramente *facultativa*, dando logar á effectividade do direito de indemnisação por perdas e danos, si o autor decahir da acção. ²

No livro III, nas disposições geraes do codigo, tratando do art. 407, ainda nos referiremos á materia (n. 259).

¹ Decreto n. 3836, de 24 de novembro de 1900.

Rectifica o art. 26 da lei n. 496 de 1 de agosto de 1898, que define e garante os direitos autoraes:

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil resolve declarar, na conformidade do art. 6º, ultima parte da lei n. 652, de 23 de novembro de 1899, que a referencia ao art. 22, n. 1, que se lê no art. 26 da lei n. 496, de 1 de agosto de 1898, a qual define e garante os direitos autoraes, e foi publicada no *Diario Official* de 3 do citado mez de agosto, deve entender-se feita ao art. 21, n. 1, da mesma lei.

Capital Federal, 24 de novembro de 1900, 12º da Republica. — M. FERRAZ DE CAMPOS SALLES. — *Epitacio Pessoa*. Vid. O DIREITO, vol. 83, pag. 535.

² Lei n. 496, de 1898 :

Art. 27. O autor *poderá* iniciar o processo, requerendo busca e apprehensão dos objectos contrafeitos ou das pranchas, modelos, matrizes que tenham servido para perpetração do delicto, o que será ordenado pelo juiz, mediante justificação judicial.

Feita a apprehensão, e si o autor decahir da acção, o réo *terá direito de indemnisação de perdas e danos.*»

224. *Segundo elemento do delicto.* Além do dolo geral que o nosso código art. 24 exige para todos os delictos, a lei, arts. 19 e 24, conforme o texto transcripto, exige o dolo específico, quando define o delicto e se refere ás especies respectivas, empregando as expressões « *attentado doloso* ou *fraudulento*, applicação *fraudulenta* ou de *má fé.* »

Como muito bem diz Garraud, a contrafacção é um delicto e não toma este character si não tem logar com uma intenção criminosa. E' uma regra geral de que a lei não se tem afastado em materia de contrafacção litteraria e artistica, entretanto que ella tem punido a contrafacção *industrial*, sem se preoccupar da boa fé do individuo. E' mister concluir que ha duas especies de contrafacção: litteraria ou artistica, a contrafacção *intencional* e a contrafacção *por negligencia*. A primeira empenha a responsabilidade *civil e penal* do seu autor; ella constitue delicto. A segunda empenha a responsabilidade *civil* sómente; ella constitue factos illicitos e reparaveis (código civil francez, art. 1382). Adiante nos referiremos ainda á culpa (n. 226).

A segunda parte do art. 23 da nossa lei allude á esta ultima situação da questão. ¹

O delicto, conclue Garraud, consistindo no facto de se apropriar indevidamente de toda ou parte da obra sobre a qual um terceiro tem um direito privativo, póde ser assemelhado, no ponto de vista do elemento moral, á subtracção da cousa de outrem. E' mister, pois, para que o delicto exista, que o contrafactor tenha sabido que elle reproduzia a obra de outrem e que elle o tenha feito fraudulentamente, isto é, com a intenção de se procurar a si mesmo ou a outrem um beneficio illegitimo. Taes são as duas condições implicitas da má fé nesta materia. Mas o facto só da contrafacção, como o facto da falsificação, importando em uma presumpção de intenção fraudulenta, é ao contrafactor que incumbe fazer a prova de sua boa fé, que será apreciada soberanamente pelos tribunaes. ²

Entre nós é sabido que conforme o código penal, art. 67 — nenhuma presumpção por mais vehemente que seja dará

¹ Lei n. 496, de 1898:

Art. 23. No Districto Federal observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º Essa indemnisação será demandada no fóro civil, *haja ou não procedimento criminal* e haja ou não condemnação do contrafactor.

No caso de contrafacção, o autor fica, porém, dispensado da prova de contrafacção e a acção civil se limitará á liquidação de perdas e damnos.

§ 2.º A acção civil, seja qual for o seu valor, será summaria.

A lei só se refere ao Districto Federal quanto ás questões de processo, mas o principio é geral porque é de direito *substantivo* desde que se refere á acção.

² Garraud, OBR. CIT. 5º vol. pag. 548, n. 525; Chauveau e Helie, OBR. CIT. 6º vol. pag. 48, n. 2498; Blanche, OBR. CIT. vol. 6º, pag. 572, n. 455.

logar á imposição de pena — o que devolve ao denunciante ou queixoso o onus de toda prova precisa para condemnar criminalmente o accusado.

Em uma palavra, entre nós, não ha crime sem a existencia dos elementos que ficam minuciosamente descriptos.

As figuras da contrafacção, uma vez que estão revogados os arts. 342 e 343, como vimos, são as dos arts. 344 a 350 inclusive, alterados ou reformados em suas fórmulas pelos textos da nova lei.

Assim a figura do art. 344 é especial para tutelar a propriedade da União ou dos Estados

Trata-se, porém, de uma contrafacção que a lei no art. 23 do texto transcripto manda em geral punir com as penas do codigo penal, mas acrescentando — e com o confisco dos objectos contrafeitos (que o art. 344 previne) e de todos os moldes, matrizes e quaesquer utensilios que tenham servido para a contrafacção, além da indemnisação de perdas e danos — de que o codigo penal não trata.

A' figura do art. 345 do codigo que está definida, como vimos, na nova lei, em varias disposições é applicada a pena do codigo com o sobredito acrescimo do art. 23 da lei.

A mesma observação se deve applicar aos arts. 346 e 347, cujas figuras estam alteradas pela lei, cujo commentario estamos fazendo.

A pena, porém, aliás irrisoria, do art. 348 do codigo penal está substituida pela do art. 25 da lei transcripta no texto, isto é, pela de prisão cellular por seis mezes a um anno, não devendo a importancia da indemnisação ser inferior a 50 % das receitas brutas, podendo ser previamente requerida a apprehensão das mesmas receitas brutas da representação ou execução.

Acerca da figura do art. 349, não tem lugar a observação acima feita da applicação da pena com o acrescimo das do citado art. 23, da lei, sinão com uma condição.

O art. 349 impõe nessa disposição uma pena de multa menor, isto é, do dobro dos valores dos exemplares, em vez do triplo que impoz ao contrafactor no art. 345.

Ora, a lei no art. 19, do texto transcripto, equipara ao contrafactor os vendedores, expositores, detentores, importadores, etc. dos objectos contrafeitos.

Conseqüentemente, estes individuos estam sujeitos respectivamente, não ás penas do art. 349, mas conforme o caso, ás dos arts. 345, 346 e 347, com o acrescimo do art. 23 da lei, embora rigorosamente, nos arts. 346 e 347 haja abaimento da pena de multa comparativamente ao art. 349; mas esta interpretação é a que se coaduna com o proprio systema da lei e com a definição que dá de contrafacção no citado art. 19.

A mesma observação tem lugar acerca do art. 350,

que se refere sómente á pintura, musica e esculptura, isto é, á propriedade artistica, á vista do art. 19 que é generico e arts. 1º e 2º que equipararam as obras litterarias ou scientificas e artisticas.

A pena applicavel será a do art. 345.

Quanto aos conceitos de taes obras, elles estam substituidos na lei pelas disposições que acabamos de citar e ainda pelas dos arts. 16 a 18.

223. Uma nova figura conceituada e punida pela lei, art. 24, a que já nos referimos e que não está no codigo penal, é a usurpação fraudulenta do *nome* de um autor em taes obras (ns. 212 e 222, e n. 245):

Uma outra especialidade da lei, art. 20, e que revogou o codigo penal, art. 64, em relação aos mesmos crimes, é que a cumplicidade é punida com as mesmas penas da autoria.

Pelo direito francez, conforme os autores que temos citado, se distingue a autoria da cumplicidade.

O mesmo acontece no direito italiano, mas restringindo muito Amar o conceito da cumplicidade.

Quanto á tentativa a nossa lei é silenciosa.

Garraud, citando o art. 426 do codigo francez, observa que a lei não pune a *tentativa* de contrafacção; ella não pune sinão o delicto consumado. Tres factos são de resto assemelhados como constituindo a execução completa do delicto: a *contrafacção* propriamente dita, a *venda* de obras contrafeitas e a *introducção* no paiz de obras contrafeitas no estrangeiro.

Amar é de parecer diverso, entendendo que se deve applicar o direito commum quando a lei expressamente, como v. g. a lei allemã, § 22, que elle critica, não tiver excluido a tentativa, declarando que o sequestro dos instrumentos da contrafacção neste caso deve ter lugar.

A questão é controvertida, mas a solução de Amar se conforma melhor com a nossa lei que como a italiana guarda silencio sobre a *tentativa*.¹

Vamos citar varios arestos, alguns dos quaes na vigencia do nosso codigo criminal de 1830 muito defectivo na materia, pois que só lhe consagrava o art. 261.

Citaremos antes um aresto sobre um processo de calumnias e injurias, mas consistentes em attribuir *plagio* ao offendido:

«Commette o crime de calumnias impressas quem publicar pela imprensa que o livro de outrem é um *plagio*, por ser copiado integralmente de outras obras, sem indicação da obra, da pagina e do nome do autor (art. 1º, 13, 22, n. 1, 24 e 26 da lei n. 496 de 1898 combinados com os arts. 315 e 316, § 1º do codigo penal)». Accordão do conselho do Tribunal

¹ b Amar, ORR. CIT. pag. 561, ns. 299 e 300.

Civil e Criminal, 26 de abril de 1900 — *Munis Barreto*, presidente ¹.

Só temos a notar que não era applicavel á especie o art. 26 da lei que se refere erradamente ao art. 22 n. 1, em vez do art. 21, n. 1, conforme declarou rectificando o erro o já citado decreto n. 3.836 de 24 de novembro de 1900, muito posterior, aliás, á publicação do aresto em 25 de julho do mesmo anno (n. 223, not.).

« A venda da edição de uma producção litteraria impede ao seu autor de fazer extrahir, por conta propria ou de outrem, uma outra edição, emquanto aquella que houver sido objecto da venda não estiver esgotada ». Acc. Relação. Rio, 17 de julho de 1874.

« Garantia de propriedade. Parecer da commissão de justiça criminal da Camara dos Deputados, de 19 de março de 1875.

« O contracto, pelo qual se obriga o proprietario de uma obra a não fazer nova edição della sem consentimento do comprador de exemplares da ultima, não obriga o comprador e editor da nova edição, mas sómente o proprietario por perdas e damnos ». Acc. Supremo Tribunal de Justiça, 9 de outubro de 1875.

« Só constitue contrafacção musical a reproducção da estampa lithographada. Entre nós, o compositor, não póde haver indemnisação por perdas e damnos provenientes de contrafacção em falta de lei patria.

« Questão de authenticidade de data de escripto particular ». Sentenças do juiz de direito, *Recife* (Pernambuco) de 24 de agosto e 22 de setembro 1888. ²

Os seguintes são posteriores ao codigo actual:

« Questão de propriedade litteraria — Incide na sancção do art. 348 do cod. pen. o facto de fazer representar, em espectáculo publico, a traducção de um drama, sem consentimento do cessionario do legitimo traductor.

« Segundo o systema patrio o direito intellectual pertence á categoria dos direitos mobiliarios ». Acc. Conselho Trib. Civ. e Crim., 10 de junho de 1897, *Munis Barreto*, presidente e relator.

« E' competente a Justiça Federal para conhecer de questões relativas ao direito de propriedade litteraria.

A acção possessoria não se admite para defesa de meros direitos pessoaes, sim unicamente para protecção da posse

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 10, pag. 395.

² O DIREITO, vol. 5º, pag. 626; vol. 7º, pag. 23; vol. 9º, pag. 110 e vol. 49, pag. 393.

O aresto foi proferido n'uma causa civil e não criminal sobre a contrafacção musical em que fomos advogados dos autores, estando publicados os nossos arrasoados e as sentenças no ultimo logar citado do *Direito*, vol. 49, pag. 393.

de cousas corporeas ou da quasi posse de direitos roaes. Acc. Supremo Tribunal Federal, 27 de agosto de 1898. O aresto dividiu o tribunal já na 1ª, já na 2ª conclusões, fundamentando extensamente sobre esta ultima o seu voto vencido o ministro Americo Lobo. ¹

Plagio criminal não é a contrafacção por simples compilação em obra didactica, de trechos de obras estrangeiras não registradas na Bibliotheca Nacional — *Injuria* e não *calunnia* constitue a imputação de plagios dessa natureza — *Crime continuado* e não varios crimes, é o que resulta da irrogação dessa injuria por meio da publicação de artigos em varios jornaes e diversos dias ». Acc. da Camara Crim. do Trib. Civ. e Crim., 19 de dezembro de 1900. ²

SECÇÃO II

DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PATENTES DE INVENÇÃO E DESCOBERTAS

CODIGO

Art. 351. Constitue violação dos direitos de patente de invenção e descoberta:

§ 1.º Fabricar, sem licença do concessionario, os productos que forem objecto de uma patente de invenção ou legitimamente concedida.

§ 2.º Empregar ou fazer applicação dos meios privilegiados pela patente.

§ 3.º Importar, expor á venda, occultar, ou receber para o fim de serem vendidos, productos contrafeitos de industria privilegiada, sabendo que o são:

Penas — multa de 500\$ a 5:000\$, em favor da Nação, de 10 a 20 %, em favor do concessionario da patente, do valor do damno causado ou que se poderia causar, e perda dos instrumentos ou apparatus, os quaes serão adjudicados ao concessionario da patente, pela mesma sentença que condemnar o infractor.

Paragrapho unico. Considera-se circumstancia aggravante da infracção:

1º, ser, ou ter sido o infractor empregado ou operario nos estabelecimentos do concessionario da patente;

2º, associar-se com empregado, ou operario do concessionario, para ter conhecimento do modo pratico de obter ou empregar a invenção.

Art. 352. Inculcar-se alguém possuidor de patentes, usando de emblemas, marcas, letreiros ou rotulos indicativos de privilegios que

¹ O DIREITO, vol. 73, pag. 587; e vol. 77, pag. 498.

² O DIREITO, vol. 85, pag. 307, fasc. Junho de 1901. Referencia ao vol. 82, pag. 529 que insere outro aresto sobre a mesma causa e já citámos anteriormente neste volume (tit. VIII, cap. VI, n. 165), sobre a *diffamação* e a *injuria*.

não tenha, sobre productos, ou objectos preparados para o commercio, ou expostos á venda:

§ 1.º Continuar o inventor a exercer a industria como privilegiada, estando a patente suspensa, annullada ou caduca;

§ 2.º Fazer em prospectos, annuncios, letreiros, ou por qualquer modo de publicidade, menção da patente sem designar o objecto especial para que a tiver obtido:

Pena — de multa de 100\$ a 500\$ em favor da Nação.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerão os profissionaes ou peritos que incumbidos do exame prévio da materia ou objecto da patente, vulgarisarem o segredo da invenção, sem prejuizo das acções criminaes ou civis que as leis permittirem.

COMMENTARIO

226. O nosso cod. pen. incidiu aqui tambem no vicio que já anteriormente notámos.

Os artigos do texto não figuravam no codigo anterior e são uma compilação de disposições da lei n. 3129 de 14 de outubro de 1882, art. 6º. Esta lei tinha sido precedida pela de 28 de agosto de 1830, a cujas infracções, na parte penal, aquella mandou depois applicar as novas disposições della.¹

Antes de tudo convém notar que o conteúdo das disposições hoje fazendo parte do texto do nosso codigo penal constitúe a sancção de *declaração de direitos* previstos na Constituição Federal da Republica, art. 72, quando dispõe:

« § 25. Os inventos industriaes pertencerão aos seus autores, aos quaes ficará garantido por lei um privilegio temporario, ou será concedido pelo Congresso um premio razoavel, quando haja conveniencia de vulgarisar o invento».²

Vê-se aqui que o legislador protege em especie esta propriedade como declarou proteger a propriedade em geral no § 17 do mesmo art. 72, notando-se tambem aqui que a União póde privar o autor do invento dos direitos que lhe reconhece sobre elle, mas mediante indemnisação prévia, pois que outra cousa não é mais do que isto a concessão de um premio razoavel, si houver utilidade em vulgarisal-o.

Eis o fundamento cardeal da sancção das disposições do texto do codigo penal.

Entretanto, não conhecemos codigo algum, á excepção do portuguez, art. 459, de 1852, reproduzido no de 1886, que contenha tal materia; estes mesmos applicam como

¹ No nosso ANTE-PROJECTO CIT. de 1889, art. 283, haviamos compilado as disposições penaes da lei de 1882; mas tratava-se apenas de uma nova edição official e não de um novo codigo.

² Vid. Soriano, DIREITO PÚBLICO E CONSTITUCIONAL CIT., pag. 432; Milton, A CONSTITUIÇÃO DO BRAZIL CIT., art. 72, § 25, pag. 427.

pena uma multa, referindo-se às leis e regulamentos respectivos, sem nada definir, apenas assim :

« Art. 459. Toda defraudação dos direitos dos proprietarios dos novos inventos com violação das leis e regulamentos que lhes respeitam será punido com a multa de 30\$ a 300\$, reis e perda dos objectos que serviram para a execução do crime ».

Entre nós, diz Silva Ferrão, a primeira lei protectora dos novos inventos foi o alvará de 22 de abril de 1809, § 6º, attribuindo o privilegio exclusivo aos inventores ou introductores por quatorze annos, mas a contrafacção não foi ahi prevista.

Sucederam-se em Portugal outras disposições que afinal só vieram a ter sancção no primeiro código de 1852, art. 459.

O mesmo autor e Levy Jordão commentam a legislação relativa.¹

Em França já a lei de 5 de julho de 1844, preenchendo uma lacuna da legislação anterior havia definido a *contrafacção* do genero que nos occupa e assemelhado aos *contrafactores*, punindo com as mesmas penas, aquelles que occultassem, vendessem ou expuzessem á venda ou introduzissem no paiz objectos contrafeitos, que são justamente as especies do art. 351, §§ 1 a 3 do texto do nosso código penal.

Nos termos do art. 40 daquela lei, diz Dalloz, toda offensa causada aos direitos de *patente (brevet)*, quer pela fabricação de *productos* (art. 351, § 1º), quer pelo emprego de *meios* que fazem objecto de sua patente (art. 351, § 2º) constitue o delicto de contrafacção passivel das penas previstas.

Assim, duas condições são indispensaveis para constituir o delicto de contrafacção :

1º, que haja offensa aos direitos de patente ;

2º, que esta offensa resulte, quer da fabricação de *productos*, quer do emprego de meios que façam objecto da patente. E' claro, com effeito que uma fabricação que não fosse de natureza a causar offensa aos direitos da patente, não podia ser erigida em delicto, a lei não tendo a occupar-se de factos de que não resulte prejuizo algum ; e, reciprocamente, não póde bastar para constituir a contrafacção, que uma offensa qualquer seja causada aos direitos da patente ; é mister que esta offensa resulte de factos assás graves para justificar a applicação de disposições penaes ; e estes factos foram definidos pela lei, para que a applicação das penas não ficasse abandonada ao arbitrio do juiz.

Esta doutrina não parece estar muito de accordo com a parte final do art. 351, § 3º do nosso código que se refere ao damno causado ou que se *poderia* causar.

¹ Silva Ferrão, *OBR. CIT.*, 8º vol., pag. 168, art. 459 ; Levy Jordão, *OBR. CIT.*, 4º vol., pag- 337, art. 459.

Dalloz discute e resolve com os autores e a jurisprudência as multiplas questões que aqui neste assumpto se podem suscitar na esphera do direito penal e civil.

Conforme o direito francez tambem, e nisto inteiramente de accordo com o nosso (art. 351, § 3º), aquelles que toem *scientemente* occullado, vendido, ou exposto á venda, ou introduzido no paiz, um ou mais objectos contrafeitos são punidos com as mesmas penas que os contrafactores.

E' a disposição da lei franceza, art. 41, que parece ter servido de fonte á nossa lei n. 3129 de 1882, art. 6º reproduzido nos arts. 351 e 352 do texto do codigo.

O autor citado tambem aqui desenvolve a doutrina seguida sobre a disposição parallela ao nosso direito..¹

O art. 352 do texto do codigo teve tambem como fonte a citada disposição da nossa lei de 1882; mas esta considerava as especies ahi comprehendidas como delictos *policiaes* na phrase do codigo anterior ou *contravenções* assim chamadas pelo codigo do processo criminal; mas o codigo vigente collocou-as aqui como crimes.

Sobre o objecto em parte deste art 352, diz von Liszt :

« Não como offensa de um direito individual, mas como facto que *compromette* o interesse juridico, devemos considerar o da *simulação da existencia de patente*, infracção de que a lei (allema de 7 de abril de 1891) trata no art. 40 e com que aqui nos occupamos sómente por connexão de materia. Dá-se quando *a*) alguém assignala objectos ou os respectivos envolveros com distinctivos proprios a fazer crer erroneamente que os objectos são protegidos por uma patente, ou quando *b*), em annuncios publicos, taboletas, cartazes ou outros meios de publicidade alguém serve-se de um distinctivo proprio a induzir em igual erro. Para dar-se criminalidade basta a *culpa* »².

Ao contrario das especies comprehendidas no anterior art. 351 do texto do nosso codigo a respeito das quaes para evitar toda a duvida a lei franceza, como vimos, emprega a expressão *scientemente*, e o que no nosso codigo se deve tanto subentender no art. 351, á vista do art. 24, ácerca da *intenção criminosa*, como no art. 352, se deve tambem subentender, á vista do mesmo art. 24 a respeito da *negligencia*, imprudencia ou impericia.

Em arestos sobre os dous artigos deste capitulo, ha muito pouco que respigar nas revistas que os costumam colligir :

O primeiro aresto versa ainda sobre a nossa lei de 1882; os outros já se referem ao codigo vigente.

¹ Dalloz, REPERTOIRE-JURISPRUDENCE GÉNÉRALE, vol, 6º — Brevet d'invention — n. 293 e 310.

² Decisão do Trib. do Imperio 23 Nov. 93, 24º, 399 — von Liszt, OBR. CIT. vol. 2º, pag. 213, 2º.

« Crime de infracção de privilegio.

Queixa aceita por juiz substituto nas comarcas espedias, e promovida por procurador sem licença do juiz.

O concessionario que associa outro no direito de explorar o privilegio que lhe foi concedido, é parte legitima para com esse outro — dar queixa crime contra os infractores do privilegio, sem que seja de mister registrar na secretaria da Agricultura o contracto da associação »: Accordão do Supremo Tribunal de Justiça, 10 de novembro de 1886. ¹

« E' competente a Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal para o processo e julgamento dos crimes do art. 351 do Codigo Penal »: *Estudo* do Dr. Tarquinio de Souza.

« Não é nullo o processo quando a licença para dar queixa por procurador é concedida pelo juiz na propria queixa.

Quando o exame por peritos é meio essencial para se verificar uma infracção, tal exame só offerece base segura para a prova, si os peritos forem profissionaes.

A identidade entre o producto contrafeito e o privilegiado é, nos casos dos §§ 1 e 3 do art. 351 do Codigo Penal, verificada por peritos mecanicos: Accordão da Còrte de Appellação, 26 de dezembro de 1899. ²

¹ O DIREITO, vol. 41, pag. 618.

² REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 2º, pag. 42; vol. 9º, pag. 76. O accordão do Trib. Civ. e Crim. de 21 de junho de 1899, relator *Vieiros de Castro*, que este ultimo reformou, tomando uma orientação diversa quanto aos fundamentos da decisão definitiva da causa, havia decidido serias questões de fundo e de fórma sobre a especie occorrente; e por isso é pena que o mais alto tribunal da justiça local não tivesse tido oportunidade de confirmar ou reformar expressamente as alludidas decisões do tribunal inferior, alias collectivo, em que os votos se dividiram, quer nas decisões, quer nos fundamentos dellas.

Revedo no momento as provas, podemos notar que no seu novo livro resume o illustre juiz a doutrina do seu extenso voto assim:

« Duas condições são essenciaes para que tenha valor juridico um privilegio:

1ª, que haja uma invenção, uma descoberta nova;

2ª, que o privilegiado seja realmente o autor do invento.

São consideradas como invenções ou descobertas novas a invenção de novos productos industriaes; a invenção de novos meios ou a applicação nova de meios conhecidos para a obtenção de um resultado ou de um producto industrial.

A doutrina e a jurisprudencia estão accordes em reconhecer no juiz o direito de apreciar si a patente foi legalmente concedida para os effeitos da lei penal. Certamente o juiz não pôde declarar caduco um privilegio por falta de pagamento de annuidades, o que é da competencia do Poder Executivo, nem decretar a nullidade, o que sómente pôde ser obtido pela acção competente perante a Justiça Federal. Mas na especie para os effeitos da lei penal, para julgar da criminalidade ou da innocencia do accusado, o juiz tem o direito de examinar si ha realmente um invento ou si a pretensa descoberta já era ha muito do dominio publico. »

Os illustres juizes Drs. Enéas Galvão e Montenegro fundamentaram separadamente seus votos aquelle contrario e este favoravel ao do douto relator. Vid. JURISPRUDENCIA CRIMINAL CRT., cap. XIII, *patentes de invenção*, pag. 153.

SECÇÃO III

DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE MARCAS DE FABRICA E DE COMMERCIO E DO NOME COMMERCIAL

CODIGO

Art. 353. Reproduzir sem licença do dono, ou seu legitimo representante, por qualquer meio, no todo ou em parte, marca de industria ou de commercio devidamente registrada e publicada :

§ 1.º Usar de marca alheia, ou falsificada, nos termos supraditos ;

§ 2.º Vender, ou expôr á venda, objectos revestidos de marca alheia ou falsificada, no todo ou em parte ;

§ 3.º Imitar marca de industria, ou commercio, de modo que possa illudir o comprador ;

§ 4.º Usar de marca assim imitada ;

§ 5.º Vender, ou expôr á venda, objectos revestidos de marca imitada ;

§ 6.º Usar de nome, ou firma commercial, que lhe não pertença, faça ou não parte de marca registrada :

Penas — multa de 500\$ a 2:000\$ a favor da Nação, e de 10 a 50 % do valor dos objectos sobre que versar a infracção, em favor do dono da marca.

Art. 354. Para que se dê a imitação nos casos acima indicados, não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando, sejam quaes forem as differenças, a possibilidade de erro e confusão, sempre que as differenças das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação.

Parapho unico. Reputar-se ha existente a usurpação de nome ou firma social, quer a reproducção seja integral, quer com accrescentamentos, omissões ou alterações, comtanto que haja a mesma possibilidade de erro ou confusão do comprador.

Art. 355. Usar, sem autorisação competente, em marca de industria ou de commercio, de armas, brazões ou distinctivos publicos ou officiaes, nacionaes ou estrangeiros :

§ 1.º Usar de marca que offenda o decoro publico ;

§ 2.º Usar de marca que contiver indicação de localidade, ou estabelecimento, que não seja o da proveniencia da mercadoria ou producto, quer á esta indicação esteja juncto nome supposto, quer não ;

§ 3.º Vender, ou expôr á venda, mercadoria ou producto nas condições referidas neste artigo :

Pena — de multa de 100\$ a 500\$ a favor da Nação.

COMMENTARIO

227. As disposições do texto do codigo aqui tambem constituem a sancção do direito declarado na Constituição Federal da Republica, art. 72, quando dispõe :

§ 27. « A lei assegurará tambem a propriedade das marcas de fabrica . »

O nosso código anterior não continha disposição alguma sobre a materia.

Accrescentamos á epigrapho do capitulo — *e do nome commercial* — que o código comprehende nos artigos do texto, mas omitto no titulo.

Ver sobre a fonte constitucional das disposições as obras relativas que já citámos.¹

Comprehende a materia muito simplificada o código allemão, art. 287; hungaro, art. 413; e hollandez, arts. 217, e 219 a 221.

Este ultimo código é que contém disposições mais desenvolvidas sobre o objecto de que tratamos.

Sobre o hungaro dizem os seus annotadores que o artigo citado constitue toda legislação hungara sobre marcas de fabrica. O novo texto não impõe mais condição alguma de deposito ou registro, nem de publicidade. Todavia taes condições subsistem para os estrangeiros e tem por isso sido inscriptas nos tratados em razão do principio de reciprocidade.²

Sobre o código allemão, nota von Liszt, que aquella disposição commum sobre a protecção dos nomes ou firmas dos fabricantes e commerciantes mostrou-se logo insufficiente.

A ampliação da protecção ás marcas de fabrica e ás marcas de mercadoria, geralmente desejada e antes de 1870 já existente em varios Estados da Allemanha, foi concedida pela lei imperial de 30 de novembro de 1874, e ainda em maior escala pela lei de 12 de maio de 1894 concernente « á protecção dos signaes distinctivos das mercadorias » que veio substituir aquella.³

Finalmente, o código italiano nos arts. 296 e 297 prevê factos identicos.

Mas o nosso código nem simplificou a materia como fez o hungaro, nem a desenvolveu conforme o hollandez, nem tambem fez uma synthese modelada pelo italiano.

Reproduzindo ainda aqui o seu costumado systema casuistico, tão justamente criticado, transcreve elle no texto desta secção a lei n. 3346 — de 14 de outubro de 1887, cujo art. 14 corresponde aos arts. 353 e 354, correspondendo o art. 355 ao art. 15 da mesma lei.

Conforme observa o Visconde de Ouro Preto, a lei franceza (de 23 de junho) de 1857 foi a fonte proxima da nossa lei anterior, n. 2682 de 23 de outubro de 1875, cujas dispo-

¹ Soriano, DIREITO PUBLICO E CONSTITUCIONAL CIT., pag. 432; Milton, A CONSTITUIÇÃO DO BRAZIL CIT., art. 72, § 27, pag. 429.

² Martinet & Dareste, COD. HONGROIS CIT., art. 413, pag. 146, not. 1.

³ Von Liszt, OBR. CIT., vol. 2º pag. 208.

sições a de 1887 redigiu com maior clareza e completou de conformidade com a Convenção Internacional de Pariz. ¹

No nosso *Ante-Projecto* de 1889, arts. 281 e 282 havíamos compilado as disposições penaes da lei de 1887, mas, como já observámos no capítulo anterior, tratava-se apenas de uma nova edição official e não de um novo código.

Em 1890, data do código vigente, já havia além das leis e códigos estrangeiros citados, a lei belga de 1 de abril de 1879, dos Estados Unidos do Norte de 1881, a volumosa lei ingleza sobre marcas de fabrica, patentes de invenção e desenhos ou modelos industriaes intitulada — *Patents designs and Trade marks Acts*, de 25 de agosto de 1883 e a legislação hespanhola até 12 de fevereiro de 1889 e outros actos legislativos estrangeiros.

Ainda entre ellas se deve citar tambem quanto á Inglaterra o estatuto de 1887 relativo « á contrafacção de marcas de fabrica e abuso de indicações commerciaes » *Merchandise Marks Act*, e ao qual se referem os criminalistas inglezes. ²

E' porém pouco anterior ao código a lei Suissa de 26 de setembro de 1890, cujo capítulo IV, arts. 24 a 34, comprehende as disposições criminaes, inclusive as de character processual. ³

Fellippe Dunant, *privat-docent* da Faculdade de direito de Genebra, escreveu recentemente uma esplendida monographia sobre a materia que constitue o commentario da legislação suissa sobre ella. ⁴

Nós não nos accomodamos com o systema do nosso código, e por isso vamos estabelecer os principios geraes que podem explicar o sentido dos arts. 353 a 355 do texto, reservando os detalhes á doutrina dos autores especialistas e dos nossos arestos, que adiante mencionaremos.

Commentando as disposições parallelas do código italiano, isto é, a do art. 296, correspondente ás do art. 353, menos os §§ 2º e 5º e art. 354, diz Suman, e nisto de accordo com o systema do nosso código, art. 407 § 2º, que como o art. 297, o 296 do código italiano contém uma novidade legislativa, pois que o direito commum foi restabelecido em materia de fraudes industriaes, annullando-se o vinculo da querella da parte como condição do processo; modificação esta que acha a sua explicação na objectividade das sanções

¹ Affonso Celso, MARCAS INDUSTRIAES E NOME COMMERCIAL, Rio de Janeiro 1888, pag. 121, n. 135.

² Vid. Stephen, OBR. CIT., pag. 344, arts. 399 e 400; Seymour Harris, OBR. CIT., pag. 82.

³ Wolf, LOIS USUELLES CIT. vol. 1º pag. 419.

⁴ Dunant, MARQUES DE FABRIQUE ET DE COMMERCE, Genève, 1898, caps. V e VI sobre as disposições criminaes, pags. 260 e 371.

destinadas a tutelar a *fé publica* antes do que o interesse particular.

Taes crimes no código italiano estão no título alludido, como estão noutros códigos no das falsidades e não neste do nosso.

Os projectos de revisão do nosso código tiveram como fonte as disposições simplificadas e ao mesmo tempo bem comprehensivas do código italiano.

São duas as hypotheses do art. 296 do código italiano, correspondentes ao art. 353, menos os §§ 2º e 5º e art. 354.

1ª, a contrafacção ou alteração dos nomes, marcas, ou signaes distinctivos das obras de engenho ou dos productos de qualquer industria, dos desenhos ou modelos industriaes.

2ª, o uso dos mesmos contrafeitos ou alterados.

A obra leva o nome de seu autor, o producto duma industria, além do nome do productor pôde levar uma marca ou um signal que o distinga daquelles dos outros productores; neste nome, marca ou signal, está a garantia que a obra ou o producto é daquelle que como autor ou productor é por elle designado. Sobre a authenticidade destas diversas contramarcas repousa a confiança publica. E' cousa grave, pois, contrafazel-as ou alteral-as com o escopo de enganar sobre a natureza da obra ou do producto a quem quizesse fazer aquisição delles. A contrafacção do nome duma obra acontece toda vez que a obra doutrem vem reproduzida sob o proprio nome ou á uma obra propria se apponha o nome dum outro. Aquella da marca ou signal realiza-se reproduzindo-se sobre uma cousa dada uma marca ou signal que não lhe pertença.

Não occorre explicar quando um modelo ou desenho se possa dizer contrafeito ou alterado. Não basta, porém, contrafazer, ou alterar para se ter o crime, mas é mister uma intenção directa de prejudicar, que o culpado tenha sciencia e consciencia da sua acção, sciencia e consciencia que se presume. E' necessario, emfim, que as contrafacções ou alterações occultem a natureza do producto diverso daquelle que é effectivamente representado, pois que sómente então nasce o prejuizo serio e real, que é um dos elementos do crime.

A 2ª hypothese (art. 353 §§ 1, 4 e 6) respeita ao uso que consiste na applicação do nome, marca ou signal contrafeito á cousa que se faz passar por diversa na origem. O uso será punivel tantas vezes quantas não só haja contrafacção ou alteração, mas no utente a sciencia de taes vícios, sciencia que deverá provar aquelle que a sustenta.

228. A concurrencia punivel em materia de sociedade, usurpação do nome ou firma desta e quando o facto possa constituir delicto, questões tratadas sob o título de responsa-

bilidade penal e as associações a que são connexas as de que nos vamos occupando, pôde-se consultar Agostino Ramella.

Mais desenvolvidamente sobre a materia dos arts. 353 e 354 do nosso texto occupa-se Ambrogio Negri sobre o art. 296 do cod. ital.¹

Todos os autores citados fazem do dolo especifico uma condição essencial dos crimes aqui previstos. A elles se pôde juntar Dunant com a sua propria opinião e a doutrina dos arestos do Tribunal Federal suizo.²

Em relação ao nosso cod. penal a questão está resolvida no mesmo sentido, em geral, pelo principio do art. 24 e especialmente pela sua fonte, a lei de 1887, á vista da discussão no senado lembrada pelo Visconde de Ouro Preto, um de seus autores e pelo que este mesmo diz doutrinando no commentario da lei.³

Sobre o art. 297 do cod. ital. paralelo ao nosso, arts. 353 §§ 2º e 5º, art. 354 e 355, § 3º, observa ainda Soman que os elementos necessarios á existencia do crime são: 1º introduzir ou pôr á venda ou metter em circulação obras de engenho ou productos industriaes; 2º, a existencia nelles de nomes, marcas ou signaes distinctivos contrafeitos ou alterados ou simplesmente aptos a induzir em engano o comprador sobre a origem ou sobre a qualidade da obra ou do producto.

O nosso codigo não previne a hypothese da importação ou introdução no nosso paiz de taes objectos, não fallando tambem da especie de pôl-os em circulação; só se refere á venda e exposição para vender.

O segundo elemento está no vicio dos objectos, que deve consistir não sómente na contrafacção ou alteração, como tambem em qualquer manobra capaz de induzir em engano o comprador sobre a origem ou a qualidade da obra ou do producto.

Não fallamos nem da contrafacção, nem da alteração que devem ser entendidas no seu significado proprio, isto é, naquelle que teem em todo este capitulo; mas quando destas não se trate, occorrerá a existencia da attitudo para enganar. Si o engano se realiza, é inutil qualquer indagação sobre esta attitudo, mas si elle não tivesse chegado a realizar-se, se deveria pesquisar si a manobra empregada continha este requisito especial a respeito da maior parte das pessoas, que fosse capaz de fazer crêr que a cousa comprada fosse aquella que realmente não era.⁴

¹ Agostino Ramella, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º. Part. I, pag. 1022; Ambrogio Negri, Part. I A. pag. 714.

² Dunant, OBR. CIT., pag. 405, ns. 254 e segs.

³ Affonso Celso, OBR. CIT., pag. 129, ns. 146 e segs.

⁴ Crivellari, OBR. CIT. vol., 7º, arts. 296 e 297, pag. 338, ns. 151 e 152.

Além das obras que temos citado ou a que temos feito referencia, tendo tido o nosso código como fonte primitiva neste capítulo a lei franceza, podem ser consultadas as obras ou monographias dos autores francezes, quando se occupam da parte penal da legislação respectiva, porque nos tratados geraes sobre os códigos, não se occupam elles da materia, á excepção de Chauveau e Hélie. ¹

Por outro lado, sendo as disposições do texto transcripção da nossa lei de 1887, nenhum commentario melhor, sobre a parte penal, que nos toca unicamente, podemos citar e indicar do que o mesmo, que foi feito á toda lei por um de seus autores com a exposição dos principios, da doutrina em geral, o estudo das fontes, da discussão das disposições legislativas, etc., como se encontra na citada monographia do Visconde de Ouro Preto. ²

E como na Suissa ha uma volumosa e interessante jurisprudencia sobre o assumpto, achando-se em Berne, a Capital Federal, o *Bureau Internacional*, citamos abaixo a respectiva collecção de leis e tratados concernentes á propriedade industrial, assim como um repertorio do resumo dos arestos e a «collecção official dos arestos do Tribunal Federal Suiso». ³

229. Passamos agora a registrar os arestos da nossa jurisprudencia na parte meramente penal dos assumptos anteriores e posteriores ao código, omitindo os que se referem á parte puramente civil e administrativa da legislação respectiva e mesmo á parte processual, porque sahem dos limites do nosso plano.

« A contrafacção de marca dá-se a despeito de pequenas dissimilhanças entre a marca verdadeira e a falsificada. »
Acc. Rel. *Rio*, 24 Fevereiro 1885.

« Dá-se contrafacção de marca mesmo havendo differenças de detalhes entre a marca verdadeira e a falsificada. »
Acc. Rel. *Rio*, 20 fevereiro 1885.

« Deve ser pronunciado no art. 6º § 4º da lei de 23 de outubro de 1875 (cod. pen. art. 353 § 2) o individuo que vende ou expõe á venda productos revestidos de marca contrafeita, ainda que na queixa não se diga *que sabia que o eram*.

« Provado o crime pela apprehensão dos productos,

¹ Chauveau, Hélie e Villey, *OB. CIT.*, 2º vol., pag. 322, ns. 624 e segs.

² Affonso Celso, *OB. CIT.*, pag. 119, caps. XII e segs.

³ *RECUEIL GENERAL de la législation et des traités concernant la propriété industrielle*, publié par le *Bureau International*, etc. Berne, 1896-1899, 3 volumes (por ora); *Blonay REPERTOIRE DES ARRESTS federaux et cantonaux*, (1846-1892), Lausanne, 1893, pag. 420, *Marques de fabrique*; *ENTSCHEIDUNGEN DES SCHWEIZ. BUNDESGERICHTES — Amtliche Sammlung*, Lausanne, 1876-1899, 1-24 vols., alguns em duplicata.

sómente no plenário poderá aproveitar ao réo a presumpção de bôa fé: » Acc. Rel. *Rio* 22 março 1887.

« A *sciencia* da contrafacção é elemento do crime do art. 6º § 4º da lei n. 2682 de 23 de outubro de 1875 (cod. pen., art. 353 § 2): » Acc. Rel. *Rio*, 15 março 1887.

« A *sciencia* da contrafacção não é elemento do crime definido no art. 6º § 4 da lei n. 2682 de 23 de outubro de 1875 (Cod. penal, art. 353 § 2 e por analogia § 5º e art. 355 § 3º.)

« *Falsificação* é synonymo de *contrafacção*. »

« Bastam meros indícios para se julgar provado o crime. »

« O crime definido no art. 6º § 4º da lei n. 2682 não é crime de falsificação de marca registrada.

« *Boa fé e elemento do crime* são synonymos: Acc. Rel. *Rio*, 22 Março 1887. » ¹

« No crime de vender productos revestidos de marca contrafeita, a circumstancia da boa fé só pôde aproveitar ao réo si fôr por este provada perante o plenário.

« Verificado o facto da venda, deve o accusado ser pronunciado, tenha ficado, ou não, provado que houve da sua parte sciencia da contrafacção: Acc. Rel. *Rio*, 26 julho 1887.

Os seguintes arestos já versam sobre a lei de 1887, fonte do codigo vigente:

« O dono ausente de um estabelecimento em que se vendem productos com marca contrafeita é criminalmente o responsavel por este crime, quaesquer que sejam os operarios manipuladores e os caixeiros vendedores.

« A palavra *Chartreuse*, não sendo um nome generico, mas a denominação especial do licor fabricado no convento da Grande-Chartreuse, ha crime de contrafacção, sempre que fôr empregada na marca de outro fabricante: Acc. Rel. *Rio*, 28 agosto 1888. »

« Para que se dê imitações criminosas não é necessario que haja semelhança completa entre duas marcas, bastando, sejam quaes forem as differenças, a possibilidade de erro ou confusão sem exame attento ou confrontação.

Ao dono de um estabelecimento onde se vende productos

¹ O DIREITO, vol. 36, pags. 552 e 565; vol. 43, pags. 127, 592 e 622.

O douto Redactor desta Revista, o Sr. Macedo Soares, eminente magistrado, além de condemnar os erros juridicos deste aresto, contrario ao anterior, nota o seguinte especialmente sobre a sua 1ª e 3ª conclusões:

« O art. 6º § 4º da lei n. 2682 dispõe:— Será punido o que vender ou expuzer á venda productos revestidos de marcas contrafeitas ou subrepticamente obtidas, sabendo que o eram. —

« Os arts. 145 do Cod. do Proc. Crim. e 286 do Reg. n. 120 de 1842 exigem para a pronuncia (quanto mais para o julgamento) prova plena, pleno conhecimento do crime. »

Estes argumentos são *tranchants* e oportunos ainda hoje.

com marca imitada não aproveita a circumstancia da ausencia.» Acc. Rel. *Rio*, 25 junho, 1889.

« Não commette o crime previsto pelo art. 14, n. 7, § 2º, da lei n. 3346, de 14 de outubro de 1887 (cod. pen., art. 353, § 6º, e art. 354, paragrapho unico), e não está sujeito ás respectivas penas quem usa de nome industrial ou commercial dos productos de quaesquer fabricas.» Acc. Supremo Tribunal de Justiça, 5 novembro de 1890.

Os seguintes arestos já versam sobre a codigo penal :

« Contrafacção de marcas — Procedencia da acção criminal no juizo local, não obstante a acção civil de indemnisação intentada no juizo federal.» Acc. conselho Trib. Civ. e Crim., 3 dezembro, 1896. *Munis Barreto*, presidente e relator.

« Imitação de marcas: o que a caracteriza é a possibilidade de erro e confusão, sempre que as differenças das duas marcas não possam ser reconhecidas sem exame attento ou confrontação. Intelligencia do art. 353 combinado com o art. 354 do codigo penal.» Acc. conselho Trib. Civ. e Crim., 11 fevereiro, 1897, *Munis Barreto*, presidente e relator.

« Crime de contrafacção de marcas de fabrica — Commette-o o negociante que vende um producto falsificado, rotulando-o com marca alheia. Competencia da justiça local para o respectivo processo e julgamento. Admissibilidade da queixa por procurador, independente da previa licença — Intelligencia do art. 353, § 2º, do codigo penal e dos arts. 65 e 119 do decreto n. 1030, de 1890.» Acc. do Trib. Civ. e Crim., 26 abril, 1899, *Viveiros de Castro*, relator.) ⁴

« Perante o nosso direito é indifferente que a acção civil preceda a criminal ou esta áquella, não se podendo estabelecer entre ellas litispendencia.» Acc. Corte Appellação, 29 outubro, 1897.

« Constitue mera irregularidade, que não affecta substancialmente o processo, o englobar-se num só processo varias acções contra differentes réos.

A falta de original da marca não annulla o processo, bastando a exhibição de modelos publicados no *Diario Official*.

O uso de marca alheia, conforme as circumstancias, incide nas diversas hypotheses dos paragraphos do art. 353 do codigo penal.

A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.» Acc. conselho Trib. Civ. e Crim., 29 outubro, 1898 — *Munis Barreto*, presidente.»

« Simples circumstancia de ter o réo negociante comprado,

⁴ O DIREITO, vol 44, pag. 37; vol. 47, pag. 136; vol. 49, pag. 467; vol. 54, pag. 202; vol 72, pag. 401; vol. 74, pag. 436; e vol. 84, pag. 157.

já revestida de marca, a mercadoria por elle vendida ou exposta á venda, não constitue signal indicativo de boa fé, pois se presume nelle conhecimento exacto dos artigos do seu negocio: é preciso: a) que tal circumstancia seja acompanhada de outras que tornem manifesto ter sido elle illudido; b) que preliminarmente prove ser a mercadoria apprehendida a propria que serviu de objecto ao contracto de compra e venda.» Acc. conselho Trib. Civ. e Crim., 20 dezembro, 1898 — *Munis Barreto*, presidente.

« Para se poder caracterisar qualquer das modalidades do crime contra os direitos de marca de fabrica e de commercio, é essencial que a marca tenha sido previamente registrada, depositada e publicada, nos termos dos decretos. n. 3346, de 14 de outubro, e n. 9828, de 31 de dezembro de 1887.

Essa publicidade deve se dar no *Diario Official* da União e no jornal official do Estado onde se realizou o registro da marca.

Si uma marca foi imitada antes de preenchida essas formalidades não tem cabimento acção penal contra quem assim tiver procedido .» Acc. Córte Appellação, 13 junho, 1899. ¹

« Na venda de objectos revestidos de marca alheia ou falsificada é condição essencial do delicto que o vendedor tenha conhecimento do vicio da mercadoria.

Si a parte prejudicada pela contrafacção intentou primeiramente a acção civil de indemnisação de damno, não póde depois usar da acção criminal. E' a applicação da regra *electa una via non datur recursus ad alteram* — Intelligencia dos arts. 353 e 355 do codigo penal.» Sentenças do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Trib. Civ. e Crim., 19 fevereiro e 16 outubro, 1896. ²

Outras sentenças do mesmo juiz e do mesmo autor publicadas no seu novo livro sobre taes delictos teem as datas de 18 de novembro de 1898 e 9 de dezembro de 1899.

A Córte de Appellação confirmara a doutrina nella sustentada no aresto de 13 de junho de 1899 que antes citámos.

Inserimos abaixo na nota o resumo das referidas sentenças. ³

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIV., vol. 2º, pag. 222; vol 4º, pag. 439; vol 6º, pag. 197; e vol. 7º, pag. 80.

² Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIV. pags. 32, 191 e 239.

³ 1.º Na venda de objectos revestidos de marca falsificada é elemento constitutivo do delicto a má fé do vendedor, que tenha agido scientemente, isto é, tendo conhecimento de que o producto por elle exposto á venda estava revestido de uma marca fraudulenta.

Não é aceitavel a allegação de boa fé, quando a marca é original, sendo bem conhecida, existia abundantemente no mercado de sorte, que a unica inspecção das etiquetas revela logo a imitação fraudulenta. Um confeitiro não pode allegar ignorancia do *champagne*.

Em relação aos delictos previstos podemos ainda consignar aqui o seguinte recentissimo aresto em processo instaurado por factos capitulados no art. 353, §§ 2º e 3º:

« 1.º Deve ser admittida a queixa de varios querellantes, sem vinculo apparente de interesse que os torne co-offendidos, contra querellado por infracções identicas.

2.º E' aconselhada a unidade de procedimento criminal nos delictos praticados com unicidade de designio generico, e bem assim nos crimes reiterados e successivos em que haja identidade de offensores, de offendidos e de crimes.

3.º Essa mesma unidade deve haver nos delictos diferentes com qualquer contacto entre si ou com uma relação de tempo, lugar e pensamento »: Acc. da Côte de Appellação 25 de janeiro de 1901. ¹

CAPITULO VI

DO ROUBO, DO SEQUESTRO E DA EXTORSÃO

CODIGO

Art. 356. Subtrahir, para si ou para outrem, cousa alheia movel, fazendo violencia á pessoa ou empregando força contra a cousa :

Pena—de prisão cellular por dous a oito annos.

Art. 357. Julgar-se-ha feita violencia á pessoa todas as vezes que, por meio de lesões corporaes, ameaças ou outro qualquer modo, se reduzir alguem a não poder defender os bens proprios, ou alheios sob sua guarda.

E' considerada violencia contra a pessoa a entrada á noite por meio de escalada, gazuás, chaves falsas ou verdadeiras, fortuita ou subrepticamente obtidas pelo criminoso, ou com auxilio de algum domestico, que tenha sido subornado, ou fingindo-se o delinquente autoridade publica, ou autorisado a tomar a propriedade alheia.

Art. 358. Julgar-se-ha violencia feita ás cousas a destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime.

Constituem violencia contra as cousas os arrombamentos internos e externos, a perfuração de paredes, a introduccão dentro da casa por conducto subterraneo, por cima dos telhados ou por qualquer caminho que não seja destinado a servir de entrada ao edificio e a qualquer das suas dependencias.

2.º Duas condições são necessarias para que as marcas de industria e de commercio possam gosar da garantia juridica: 1.ª sejam devidamente registradas; 2ª, que sejam publicadas na imprensa.

A falta de publicidade importa em presumpção de boa fé para o contra-factor. Sómente a publicação pela imprensa revela a existencia da marca, previne que constitua ella propriedade de alguem e que, portanto, não póde ser empregada pelos outros commerciantes e industriaes. Viveiros de Castro, JURISPRUDENCIA CRIMINAL CIT., cap. XVIII, ns. I e II, pags. 210, 217 e 218, nota—*marcas de fabricas*.

¹ REVISTA DE JURISP. CIT. vol. 12, pag. 82, fasciculo, maio de 1901.

Art. 359. Si para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se commetter morte :

Pena—de prisão cellular por doze a trinta annos.

§ 1.º Si commetter-se alguma lesão corporal das especificadas no art. 304:

Pena—de prisão cellular por quatro a doze annos.

Art. 360. A tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violencia, ainda que não se opere a tirada da cousa alheia, será punida com as penas do crime, si della resultar a morte de alguém, ou a pessoa offendida alguma lesão corporal das especificadas no art. 304.

Art. 361. Fabricar gazuás, chaves, instrumentos e apparatus proprios para roubar, tel-os, ou trazel-os consigo, de dia ou de noite:

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

Art. 362. Sequestrar uma pessoa para obter della, ou de outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, cousa ou acto que importe qualquer effeito juridico:

§ 1.º Extorquir de alguém vantagem illicita, pelo temor de grave damno á sua pessoa ou bens; constringer alguém quer por ameaça de publicações infamantes e falsas denuncias, quer simulando ordem de autoridade, ou fingindo-se tal, a mandar depositar, ou pôr á disposição, dinheiro, cousa, ou acto que importe effeito juridico ;

§ 2.º Obrigar alguém, com violencia ou ameaça de grave damno á sua pessoa ou bens, a assignar, escrever ou anniquilar, em prejuizo seu, ou de outrem, um acto que importe effeito juridico :

Pena—de prisão cellular por dous a oito annos.

Art. 363. Em todos os casos comprehendidos nos dous capitulos deste titulo se addicionará á pena corporal imposta ao criminoso a multa de 5 a 20 % do valor do objecto roubado ou extorquido.

COMMENTARIO

230. Por causa da velha noção do roubo do código anterior, o código vigente entendeu fazer delle e dos crimes congeneres um titulo especial, o XIII deste livro, ainda subdividido em dous capitulos. Já criticámos o systema no começo do capitulo do *furto* referindo-nos ao projecto de 1893 (n. 198).

Reduzimos o titulo com os dous capitulos a um só, accrescentando na epigraphe o *sequestro* que o código comprehendendo expressamente no art. 362, mas não figura na epigraphe.

Estabeleceremos a doutrina geral dos crimes do capitulo para depois considerarmos as disposições citando os arestos sobre ellas, que aliás não aultam.

Si o furto, diz Pessina, no sentido estricto da palavra é levar ou carregar a cousa movel de outrem contra a vontade ou sem sciencia do dono, esta *contrectatio*, commetida mediante violencia manifesta, foi chamada *furto violento* por alguns legisladores, entretanto conforme outros, toma nomes diversos segundo as varias formas de

violencia empregadas como meio de attingir o escopo criminoso da ilícita apropriação das cousas de outrem.

No direito romano o elemento da violencia importou por si mesmo a exclusão da noção de furto, desde que a este era inherente o *ferre clam et occulto*. Assim foi distinguida a figura da *rerum amotio* daquella chamada *vis bonorum raptorum*, desde que, ao passo que o *furtum* era por si só um *privatum delictum*, a *vis bonorum raptorum* era punida pela *Lex Julia de vi*. Além disto a *Lex Cornelia* classificou *inter sicarios* os *latrones* e os *grassatores*, isto é, os réos de roubo ; sendo a pena para os *famosi latrones* a *furca* ou a *condemnatio ad bestias*.

E a estas hypotheses se juntava a *concessio* que abrangia duas especies criminosas, isto é, o uso da simulação de uma ordem da autoridade e a ameaça de uma accusação judicial como meio para constranger outrem a entregar alguma cousa (codigo penal, arts. 357 e 362, §§ 1º e 2º).

No direito intermedio estas noções foram de certo modo reproduzidas com o resurgir do direito romano e graças á influencia do direito canonico, porque, si entre os germanos, nos primeiros tempos, o apoderar-se por forma violenta do que é de outrem (*raub*) foi considerado como menos criminoso do que o apossar-se *clam et occulto* (*diebstahl*), attenta a insidia que no furto se revela como efficaç ; o direito ecclesiastico, reproduzindo o conceito romano em nome das exigencias da ordem social, dizia : *pœnale est occulte auferre, sed multo maiores pœnae est visibiliter auferre*.

E assim as leis dos povos modernos de accordo com a doutrina dos interpretes puniram assás severamente o roubo (*raub*) ou o crime dos *latrones, qui in itineribus, aut domibus, vel cum armis, vel sine armis, nomines per vias spoliant et derobant*.

A Orden. do Liv. 5º Tit. 61 quasi que só punia o roubo independente mesmo de morte ou lesão da victima com a pena capital ; pena que o nosso codigo criminal de 1830, art. 271, só applicava quando para verificação do roubo ou no acto delle se commettesse morte.

Nas legislações contemporaneas a violencia torna mais grave a pena do facto da posse illegitima do que é de outrem e assim faz do delicto patrimonial um delicto mixto que a um tempo ameaça os haveres e a pessoa. Já o codigo francez, que distinguia o furto em violento e não violento, punia o furto violento com a maxima severidade.

Outros codigos deram nome diverso do furto, como os nossos, á apropriação violenta da cousa de outrem. Os codigos allemães sobretudo mantiveram esta diversidade de locução. O codigo sardo de 1859, além da maior gravidade da pena, adoptou os nomes especiaes de *rapina, depredação, latrocínio* (*grassazione, e extorsão*). Com esta orientação

o novo código penal italiano estabeleceu tres figuras de taes delictos : o roubo (*rapina*), a extorsão e o sequestro (*ricatto*); todas as quaes toem como meta commum distinguir-se do crime de furto, porque representam o apoderar-se illegitimamente de cousa movel de outrem, mediante *violencia*.¹

A seu turno, diz Alimena, o furto commettido com violencia costuma-se chamar na escola *roubo*.

Pois que o furto tem, subjectivamente, como extremo o animo de lucrar, é natural que se exclua este titulo no caso de quem em uma rixa se apodere da arma do adversario, ou lhe tire qualquer outro objecto como trophéo.²

Mas é tambem possivel que a violencia se exercite contra o possuidor num modo, porém, que o mal ameaçado e a espoliação não sejam contemporaneos e antes entre um e outra haja um qualquer intervallo de tempo.

Nota aqui Alimena, desviando-se da doutrina em geral — desta hypothese, se tem querido fazer uma figura especial — a da *extorsão* — porque, se tem dito que differentemente do roubo, se póde (antes que succeda a *effectiva* espoliação) fazer alguma cousa para garantir os proprios direitos.³

Esta differença, porém, que revela — *id quod saepis accidit* — não nos parece nem exacta, nem fecunda e nos bastará objectar que, tambem quando se furte de um modo qualquer, uma cambial, para descontal-a ou destruil-a, será possivel tornar vãos os propositos do ladrão e, pois, não se tem entrado ainda na orbita da extorsão.

Si a violencia e a ameaça se exercitam para obter uma outra qualquer vantagem, se sahe dos confins do furto e se entra nos da violencia privada ou da ameaça, dos quaes tivemos occasião de fallar, como, si se exercitam sómente para infligir um damno, vem a surgir a figura da damnificação violenta.

Semelhantermente, entretanto que a justiça do mal ameaçado cancella o delicto de ameaça, aqui ella não póde exercitar efficacia alguma, porque ella já está eliminada do desejo de um proveito injusto. Si, pois, se tem direito, ou se cré tel-o a tal proveito, não se tem mais extorsão; surge, porém, um outro delicto: o de fazer-se justiça por si mesmo.

Quando a pessoa, contra a qual se exercita a violencia, não cede, isto é, não dá aquillo que se lhe tinha exigido, se terá evidentemente a figura da tentativa.⁴

¹ Pessina, MANUALE CIT. Part. sec. pag. 59, § 53.

² Sobre a rixa vê o autor que já citamos em livro recente: Pasquale Materi, LA RISSA, Torino. 1900.

³ Carrara, PROGRAMMA, §§ 2128 e segs.

⁴ Carrara, PROGRAMMA, § 2133.

Pois que mesmo a extorsão se actua ordenando depositar uma cousa certa num lugar determinado, assim se discute, si ella se consuma com o deposito feito pela victima, ou com a apprehensão por parte do culpado.

Nós accetamos a solução predominante na doutrina italiana, a qual ensina que a extorsão se consuma com a apprehensão e não com o deposito, porque estamos dentro dos cancellos do furto, e porque, tambem depois do deposito, o culpado pode não se apossar da cousa (por circumstancias independentes da sua vontade), caso em que surge a tentativa, ou póde espontaneamente arrepende-se, fazendo desaparecer a tentativa, restando só a responsabilidade da violencia precedente.

Tal questão, porém, só póde surgir quando o lugar do deposito não esteja na posse do culpado, porque si tal lugar já estivesse na posse deste, o delicto estaria consumado só com o deposito, pois que a posse se adquire tambem mediante a actividade de outrem que se desenvolve em execução do nosso querer. ¹

Uma especie de furto violento é o *sequestro, ricatto*, o qual consiste na detenção de uma pessoa, feita com o fim ou escopo de obter dinheiro ou uma outra utilidade como preço de sua libertação.

Não importa que um tal preço tenha sido dado pelo sequestrado, por sua familia ou por um estranho, nem que o preço seja baixo ou alto.

Não importa que o fim, a que se propoz o agente, tenha sido attingido, mas para fazer isto, como bem observa Carrara, precisa tirar este delicto da classe das infracções contra a propriedade, para transportal-o na das infracções contra a liberdade, considerando-o como um *plagio* qualificado pelo fim.

Eis neste ponto a opinião de Alimena que si se não adapta á doutrina geral do nosso codigo e dos projectos de revisão, é digna da meditação do legislador.

Elle a externa na sua estupenda e volumosa monographia que temos citado, occupando-se das circumstancias aggravantes do delicto e especialmente da *violencia* como uma dellas caracterisada pelo *modo* ou de modo. ²

231. Vê-se em todo o caso que se trata aqui de figuras congeneres. Entretanto o nosso codigo, que teve a sua maxima fonte no codigo italiano, além de manter a velha noção do roubo, já desprezada, por outros codigos inclusive o italiano, tomou este como fonte para o *sequestro* e a *extorsão*, art. 362; abandonando-a quanto ao *roubo*, arts. 356

¹ Carrara, PROGRAMMA, §§ 2133 e 2134; Pessina, ELEMENTI CIT., vol. 1º, pag. 227.

² Alimena, IMPUTABILITÀ CIT., 3º vol., pag. 651.

a 359, de modo que essa variedade de systemas importa difficuldades na interpretação, occasionando variações na jurisprudencia para annullar ou enfraquecer em certos casos a repressão.

O codigo vigente nos arts. do texto sobre o roubo seguiu o nosso codigo anterior, arts. 269 a 274, mas alterou os conceitos mais simples, claros e comprehensivos deste, reincidindo sempre na sua detestavel casuistica e empregando uma linguagem vaga toda vez que quer usar de uma formula mais generica.

No art. 356 elle define o roubo : « a subtracção para si ou para outrem, de cousa alheia movel, fazendo violencia á pessoa ou empregando força contra a cousa ».

A definição é menos simples e peor do que a do codigo anterior, art. 269 quando dizia : « roubar, isto é *furtar*, fazendo violencia á pessoa ou ás cousas ».

E' peor porque o art. 356 não se contenta de empregar o termo technico juridico da violencia e varia para chama-lo de força quanto ás cousas.

Entretanto do conceito resalta claramente que os elementos constitutivos do roubo são : a subtracção ou tirada da cousa alheia movel contra a vontade do dono, e a violencia, como meio de operar a tirada, empregada contra a pessoa ou a cousa.

Si o codigo tivesse ficado aqui, seria preferivel para evitar as definições confusas e diffusas, ou antes as enumerações que elle faz dos casos de violencia ás pessoas ou ás cousas nos arts. 357 e 358, em vez de adoptar pura e simplesmente os conceitos da sua fonte. ¹

O elemento da subtracção que caracteriza tambem o furto está estudado longamente no capitulo II deste commentario.

O elemento da violencia, quanto á pessoa, objecto do art. 357 do texto, o codigo o desdobra em :

lesões corporaes ;
ameaças ;

ou outro qualquer modo de reduzir alguem a não poder defender os bens proprios ou alheios sob sua guarda.

Apezar destas regras que constituem o conceito dado no art. 357, 1ª parte, na 2ª o codigo entendeu ainda que devia

¹ Codigo Criminal de 1830 :

Art. 270. Julgar-se-ha violencia feita á pessoa, todas as vezes que por meio de offensas phisicas, de ameaças, ou por outro qualquer meio se reduzir alguem a não defender as suas cousas.

Julgar-se-ha violencia feita á cousa, todas as vezes que se destruirem os obstaculos á perpetração dos roubos, ou se fizerem arrombamentos, exteriores ou interiores.

Os arrombamentos se considerarão feitos, todas as vezes que se empregar a força, ou quaesquer instrumentos ou aparelhos para vencer os obstaculos.

definir a violencia tambem por exemplificações materiaes. declinando expressamente : a entrada á *noite* na casa por meio de escalada, gazuas, chaves falsas ou verdadeiras, *furtuita* ou *subrepticamente* obtidas pelo criminoso, ou com auxilio de algum domestico, *que tenha sido subornado*, ou *fingindo-se* o delinquente *autoridade publica*, ou autorizado a tomar a propriedade alheia. Note-se, entre parenthesis, que este ultimo elemento caracteriza a contravenção do art. 381, 2ª parte, sendo neste a pena menor, deverá ser applicada e não a do art. 356 (n. 245).

A dicção da 1ª parte é deficiente, porque as *lesões* e as *ameaças* não exhaurem a noção da violencia e o *qualquer modo* é uma expressão vaga para caracterisar um crime gravissimo punido com penas severas.

Na 2ª parte do art. 357 parece que todas as condições enumeradas para constituirem a violencia devem estar subordinadas á entrada na casa á noite. Fallando do domestico refere-se á circumstancia do *suborno* de difficil prova e por isso ficará annullada muitas vezes.

Estas condições do art. 357, assim como as do art. 358, constituem nos codigos elementos de aggravação ou qualificação do furto, conforme tambem estabeleceram os projectos de revisão.

Erigidas, porém, em characteristics do roubo e formuladas como se acham no art. 357, são de difficil interpretação em relação aos casos occurrentes, sendo a primeira dellas saber si realmente na 2ª parte do art. 357 o codigo prevê elementos isolados de violencia, persistindo singularmente, ou uma serie de condições completas para compôr um extremo ou elemento e faltando uma das quaes este deixará de existir e pois um dos dois essenciaes ao roubo.

A objecção é da maior procedencia porque o codigo francez, art. 381, que deve ter sido a fonte do codigo, aqui exige a *reunião* de cinco condições que são mais ou menos todas as do art. 357 do texto para qualificar o furto e impôr-lhe a pena perpetua de trabalhos forçados.

De nossa jurisprudencia já resumbram, conforme veremos adiante, as duvidas sobre esses componentes de um dos elementos do roubo.

Da letra do codigo, art. 357 do texto, resulta que só á *noite* os meios que o artigo prevê, as cousas a que se refere e a qualidade das pessoas que menciona, podem formar, constituir a violencia elemental do roubo. Seja o facto praticado de *dia* e elle não será mais do que furto ; o que é simplesmente absurdo.

Note-se ainda que o codigo no art. 357, depois de definir na 1ª parte a violencia feita á pessoa, na 2ª parte considera como do mesmo genero, especies de violencia feita á cousa.

O código portuguez talvez tivesse sido outra fonte aqui do nosso código, mas não incide no absurdo de confundir a violencia á pessoa e á coisa pois que diz no art. 432:

« Paragrapho unico. A entrada em casa *habitada* com arrombamento, escalamento ou chaves falsas é considerada como violencia contra as pessoas, *si* ellas effectivamente estavam dentro nessa occasião. » Isto é coisa muito diversa.

No art. 358 do texto se diz : julgar-se-ha violencia feita ás cousas a destruição e rompimento dos obstaculos á perpetração do crime.

A definição do código anterior era mais simples. (pag. 326 nota.)

Na segunda parte do mesmo art. 358 do texto, o código dá exemplos de violencia feita ás cousas, aliás semelhantes ou analogos aos da violencia feita á pessoa no art. 357, 2ª parte, também, como vimos.

Aqui a dicção, assim como em parte a do mesmo art. 357, 2ª parte, é a do código argentino, quando diz :

Art. 190. Sofrerão de tres a 10 annos de prisão os que commetlam roubo sem violencia, *nem* intimidação *às pessoas* :

1.º Quando o roubo se perpetre com escalada, perfuração de parede ou recinto, ou introduzindo-se por conducto subterraneo ou abertura que não esteja destinada a servir de entrada ao edificio ;

2.º Quando haja arrombamento de porta ou janella, para penetrar no edificio ;

3.º Quando se faça uso de gazua, chave falsa ou outro instrumento semelhante para penetrar no lugar onde se intenta roubar, ou de chave *verdadeira* que tivesse sido *subtrahida* ;

4.º Quando se execute com o auxilio de um criado ou dependente da casa *a quem se houvessè seduzido*.

O código alterou a dicção, de modo que é roubador quem abrir o cofre cujas chaves o dono esqueceu na fechadura (*fortuitamente* obtidas pelo criminoso). Ao contrario, exige o *suborno* do criado.

Emfim, o legislador argentino não confundiu a violencia á pessoa com a violencia á coisa, porque até no principio da disposição exclue expressamente a primeira.

A fonte aproveitada pelo código o condemna.

Ao contrario do art. 357, neste 358, cada exemplo é um caso do elemento da violencia á coisa sem a condição da noite ou outra qualquer. ¹

¹ Sobre as fontes apontadas ver : Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 148, n. 449 ; Blanco, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 738, art. 381, n. 508 ; Chauveau e Hélie, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 247, n. 2075, art. 381 ; Dr. Rivarola, OBR. CIT., vol. 2º, pag. 303, n. 17.

Mas, como a lei não tem a virtude de destruir a natureza das cousas, tanto é violencia feita á cousa as enumeradas no art. 358 como as enumeradas no art. 357, menos os dous ultimos casos destes, aliás equiparados á violencia, mas antes de fraude ou engano, e que deviam caracterisar o estellionato e crimes congeneres e não o roubo.

232. No art. 359 o codigo prevê o latrocínio, tendo sido a sua fonte o codigo anterior, arts. 271 e 272.

A classificação dos nossos codigos tem sido mesmo erronea, porque o assassinio é um titulo predominante em relação á offensa á propriedade e o seu logar proprio é o do homicidio como crime contra a pessoa.

Os projectos de revisão corrigiram isso.

Os elementos do crime do art. 359 e § 1º, são a morte ou a lesão pessoal e a tirada ou a tentativa da tirada da cousa alheia.

Isto não exige explicação. A morte ou antes assassinato ou lesão deve ser praticada como meio de realisar a tirada da cousa, ou no momento, no acto de ser commettida a tirada da cousa ou outras violencias para attingir este escopo, como a escalada, o arrombamento, a abertura da porta ou janella com gazua, chave falsa, etc...

No art. 360 do texto o codigo pune a *tentativa* do roubo com a pena do crime consumado.

Aqui a fonte do codigo ainda foi o anterior, mas este era mais comprehensivo, quando dizia :

« Art. 273. A tentativa do roubo, quando se tiver verificado a violencia, ainda que não haja a tirada da cousa alheia, será punida como o mesmo crime.»

O art. 360 do texto, porém, restringiu a disposição, porque só manda punir no caso com a pena do crime consumado, quando da tentativa resultar a *morte* de alguém, ou á pessoa offendida alguma *lesão* corporal das especificadas no art. 304.

Subscrevendo inteiramente a critica que até aqui fez o Dr. Carvalho Durão a este capitulo do codigo, não concordamos com a sua opinião, conforme a qual o codigo pune a morte e a lesão pessoal na tentativa de roubo com as penas do roubo consumado, mas simples, isto é, sem attenção ao latrocínio.

Esta intelligencia só por ser absurda deve ser afastada ; mas o codigo empregando as expressões — punida com as penas *do crime* — refere-se ao crime ou facto commettido da *morte* ou *lesão* que são punidas respectivamente pelo art. 359 e § 1, e não com as penas do art. 356. ¹

O art. 361 e ultimo deste capitulo é reproducção do

¹ O DIREITO, vol. 55, pags. 180 e 214, Artigos do Dr. Carvalho Durão.
— O Novo COD. PEN., VII, *roubo e latrocínio*.

art. 300 do código anterior collocado entre as contravenções ou crimes *policiaes*, mas cuja pena de tres annos de prisão cellular no maximo justifica a sua collocação aqui.

Está subentendido que o elemento essencial cardeal deste crime é o dolo específico, a sciencia do fabricante, do operario, detentor e portador, do fabrico, detenção e conducção de gazuás, chaves, instrumentos e aparelhos proprios para roubar.

Todas essas cousas podem ter uma applicação licita e muito diversa em diferentes profissões.

O serralheiro fabrica chaves e póde fabricar outros instrumentos para um fim licito.

Assim tambem o carpinteiro ou marceneiro podem ter mesmo gazuas para abrir, sem estragar, moveis, cujas chaves o dono perdeu-as, e tem instrumentos e aparelhos de sua profissão que podem ser empregados tanto n'um trabalho licito, como para realizar um crime.

E' attendendo a isto mesmo que os projectos de revisão, de 1899, art. 409, punem o commercio *illicito* de chaves e abertura *illicita* de fechaduras.

233. No art. 362 do texto, o código comprehende a *extorsão* e o *sequestro*, collocando este no principio do artigo e aquella nos §§ 1 e 2, quando devia ser o contrario, conforme se verá da exposição inversa que vamos fazer.

Taes especies não figuravam no nosso código anterior e a fonte dellas foi o cod. ital. arts. 407 e 409 a 411, das quaes o código supprimiu a figura deste ultimo artigo, repetindo além disto no § 1º do art. 362, as expressões — quer simulando ordem de autoridade, ou fingindo-se tal etc... — empregadas no art. 357, 2ª parte, pelos seguintes termos — ou fingindo-se o delinquente autoridade publica, ou autorisado a tomar a propriedade alheia.

Tudo isto caracteriza a *extorsão*, conforme a propria fonte, art. 409, e não o roubo. O código *embrulhou* tudo aqui, como sempre, sendo felizmente a pena igual, do contrario a execução seria um martyrio para os juizes e um bom achado para os ladrões.

Mas uma das fórmãs da *extorsão* sendo a da contravenção do art. 381, 2ª parte, e a pena naturalmente muito menor, como realmente é, deverá ser applicada a deste art. 381 no caso e não a do art. 362, § 1º. Esta interpretação é irrecusavel e já a notamos a respeito do roubo (ns. 231 e 245).

Aqui devemos tambem lembrar a referencia necessaria á uma das fórmãs do *estellionato* (n. 214).

Na disposição do texto trata-se da *chantage*, que é o *estellionato* ou fraude (*escroquerie*) mesclada pela violencia ou

antes pela intimidação. A *escroquerie* é a via por onde se chega á *chantage* na phrase de Puibaraud. ¹

Os projectos de 1893, 1896 e 1897, corrigiram o codigo aproveitando bem a sua fonte; mas o de 1899, não só destacou para os crimes contra a *liberdade* pessoal o *sequestro*, como supprimiu a figura do *internuncio* do art. 411 do cod. ital.

O crime de extorsão (art. 362, §§ 1 e 2) é afin do crime de *furto*, mas deste se distingue, como se distingue do *roubo*.

Com elle se tira a posse áquelle que detem a cousa; mas no furto e no roubo ha uma *apprehensio* que precede a *ablatio*; na extorsão ha uma *traditio* da parte do detentor, mas não livre como no contracto fiduciario; ella é necessitada pelo constrangimento mediante a intimidação.

Não é o *carpire* do defraudador, mas é o *adsequi per vim*; e isto é o que constitue o *extorquere*.

A *extorsão* roça pelo furto violento sem confundir-se com elle.

A sua noção originaria era a *concussio* do direito romano; mas no direito moderno a *concussio* é um crime de extorsão que commettido pelo funcionario publico constitue uma offensa á actividade juridica do Estado. (V. I, n. 46, pag. 145).

Entretanto que a *concussio*, segundo Carpzovio e Bohemero comprehendia toda *vis compulsiva* excitadora de temor para obter a entrega de qualquer cousa. No cod. pen. ital. acham-se delineadas duas figuras de extorsão.

A 1ª, do art. 407, correspondente ao § 2º do art. 362 do texto, consiste em *constranger* alguém com violencia ou ameaça á pessoa ou aos haveres, a *consignar*, *subscrever* ou *destruir* em prejuizo proprio ou de outrem, um *acto que importe qualquer effeito juridico*.

A 2ª, do art. 408, parallela ao § 1º do art. 362 do nosso codigo, é o facto de *constranger* outrem a *enviar ou expedir* — mandar — (que o nosso codigo traduziu por mandar no sentido de *ordenar*), depositar ou *pôr á disposição* do culpado, *dinheiro*, *cousas* ou *actos que importem qualquer effeito juridico*, empregando como meios de constrangimento o *incutir de qualquer modo temor* de graves *damnos* á pessoa, á honra ou aos haveres, ou o *simular ordem de uma autoridade*. ²

Eis, pois, as duas figuras de extorsão.

Os elementos communs ás duas figuras dos §§ 1 e 2 do art. 362 do texto são:

1º, a violencia ou ameaça ou o constrangimento por estes meios;

¹ Puibaraud, OBR. CIT. cap. XVII, *les maitres chanteurs*.

² Pessina, MANUALE CIT. Part. sec., pag. 62, § 58.

2º, que o temor produzido por estes meios se refira a grave damno á pessoa ou aos seus haveres ou bens.

Os elementos especiaes são :

Na especie do § 1º o constrangimento com o escopo de auferir vantagem illicita, ou obter dinheiro, cousa ou acto que importe effeito juridico.

Na especie do § 2º que o constrangimento tenha por escopo, assignar, escrever ou aniquillar, em prejuizo da victima ou de outrem um acto ou documento; e que este importe qualquer effeito juridico, como *v. g.*, uma disposição de bens patrimoniaes, obrigação, liberação, etc.

Por documento é mister entender, dizem Chauveau e Hélie, qualquer acto que, si bem não contenha precisamente uma obrigação ou uma liberação, possa interessar á fortuna da victima, como, por exemplo, os testamentos e os actos que tem por escopo a sua revogação. ¹

Não é mister repetir que a extorsão se distingue do roubo por este character especial, que deve decorrer um certo *inter-vallo* entre a ameaça de um mal e a sua execução, ou entre a ameaça do mal e a posse da cousa (§ 1º).

Esta figura do § 1º é commettida ordinariamente, como diz Puglia, por meio de cartas anonymas contendo *ordens*.

O nosso legislador, seguindo o italiano, comprehendeu na noção desta figura de extorsão, com differença da do § 2º, como elementos, a ameaça á *honra* ou a simulação de ordem de uma autoridade. Donde Puglia conclue ser responsavel de tal figura de delicto o criado ou criada que para obter dinheiro ou outra cousa ameaça a patrão de revelar o adulterio della.

Mas o nosso codigo não comporta tal solução, ao menos de modo tão geral, porque, em vez das expressões do cod. ital., art. 409, graves damnos á *honra*, empregou as phrases restrictivas de *publicações infamantes e falsas denuncias* (§ 1º).

Quanto á especie do § 2º do mesmo art. 362, diz Carrara que o delicto deve considerar-se perfeito, ainda que o titulo que se queira obter e se obtém seja nullo, pela razão de que ha possibilidade de que as excepções contra o documento não se opponham e tal potencialidade do damno é elemento sufficiente para a existencia do crime. ²

Suman tambem demonstra citando Carrara e outro, sobre questões correlatas, que não se leva em conta a nullidade proveniente do constrangimento, do contrario não haveria caso em que se pudesse punir o culpado. ³

¹ Chauveau e Hélie, OBR. CIT. vol. 5º, pag. 299, n. 2126.

² Carrara, PROGRAMMA CIT. Part. Spec. vol. 4º, pag. 209, § 2.136.

³ Crivellari, OBR. CIT., vol. 8º, pag. 149, art. 407, n. 47.

Realmente, si assim fosse, a nullidade destruiria sempre a propria essencia do crime.

Si a obrigação, da qual, pelos meios indicados no § 2º do art. 362, se obtem a assignatura, existia realmente a favor daquelle que usou da violencia, ou si este em boa fê entendia que a elle era devida tal obrigação, não haverá crime de extorsão, mas o de fazer-se justiça por si mesmo.

E' tambem a opinião de Puglia, inapplicavel ao nosso codigo que não contempla a especie de qualquer fazer-se justiça pelas proprias mãos, de modo que si a violencia não puder ser capitulada n'outra disposição como v. g. nas relativas á ameaça, não será crime algum.

Notemos, enfim, que precisa nos casos praticos ter cuidado para não confundir o crime de extorsão com o de ameaça. A *intimidação* é o elemento commum a ambos os crimes, mas a differença está nisto, que no primeiro crime a intimidação é *meio* para obter um escopo, no segundo é *fin*. Donde se tem ensinado que si as ameaças d'um damno grave e injusto não tenham o escopo de atacar a propriedade, haverá o crime de ameaça (art. 184) mas não o de extorsão.

234. O art. 362 do texto na primeira parte define o *sequestro*.

A figura do *sequestro*, diz ainda Puglia, pôde considerar-se como uma extorsão commettida mediante privação da liberdade da pessoa.

E por isso, observava o ministro italiano Zanardelli, que a alguns tinha parecido superfluo uma disposição especial para o *sequestro*, depois de se haver disposto sobre a extorsão, pois que consideravam que elle em substancia não era sinão uma extorsão qualificada pelo meio.

Mas a razão d'uma disposição especial está nisto, que o *sequestro* (*ricatto*) differentemente do roubo e da extorsão se consuma mediante o mesmo *sequestro*, isto é, a privação da liberdade da pessoa, ainda que o culpado não tenha logrado attingir o intento criminoso. Ajunte-se que o meio empregado viola um direito mais importante (a liberdade) do que aquelle que ficaria violado (a propriedade), si fosse attingido o fim. Além disto uma disposição especial era tambem aconselhada pela conveniencia de distinguir nitidamente este delicto do outro affin previsto no nosso cod., arts. 180 a 183. Mas o projecto de 1899, como vimos, colloca o *sequestro* no titulo dos crimes contra a *liberdade* pessoal.

A terceira hypothese criminosa de violencia, diz Pessina, é aquella que no cod. ital. toma o nome de *ricatto* das antigas leis da Italia meridional. Ella é o *sequestro da pessoa*, que tem por escopo especial obter da pessoa sequestrada ou d'outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, cousas ou actos que importem qualquer effeito juridico a favor proprio ou a favor de outrem indicado pelo culpado ; é em summa o

sequestro da pessoa com o escopo da *extorsão*. Este crime é consumado com o simples apoderar-se da pessoa de outrem, privando-a da liberdade, ainda quando não se atinja a *optata meta criminis*.

E a elle se liga, além das especies communs do concurso para o crime, a hypothese especial do *internuncio*. De facto, o art. 411 do cod. ital. considera como crime *sui generis* o facto daquelle que, fóra dos casos previstos pela lei sobre o concurso ao crime, e sem dar antes aviso á autoridade, leva correspondencias, ou mensagens escriptas ou verbaes para fazer conseguir o intento a quem mira o crime de sequestro.

O nosso codigo omittiu esta figura, adoptada nos projectos de revisão de 1893 e 1897. ¹

Os elementos essenciaes do sequestro são :

1º a privação da liberdade da pessoa, pelo encarceramento, detenção, retenção, occultamento, etc. ; 2º com o escopo de obter della ou de outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, cousa ou acto que importe qualquer effeito juridico.

O delicto se consuma com a privação da liberdade da pessoa, sem a consecução do fim do culpado. Isto resulta da letra mesmo do Código italiano, art. 410, *ainda que não consiga o intento*. ²

O nosso Codigo omittiu as expressões, mas isto resulta da natureza da especie e até certo ponto, embora de modo não muito claro, do art. 362, quando diz : — *para obter della, etc.*

No art. 363, ultimo deste cap., titulo e livro, o nosso Codigo impõe uma multa applicavel a todos os casos dos artigos deste capitulo e do anterior, isto é, dos arts. 356 a 362.

Está visto que no caso de *sequestro*, art. 362 pr., se não chegar a haver *extorsão*, não haverá multa, porque ella se refere, conforme mesmo a letra da disposição, ao valor do objecto *roubado* ou *extorquido*.

235. Passamos a registrar alguns arestos :

« E' ponto principal da causa, no crime de roubo, a circumstancia da violencia. » Acc. Rel. *S. Paulo*, 5 de maio de 1874.

« A circumstancia aggravante do art. 16 § 11 do Codigo Criminal (Codigo Penal art. 39, § 10), não milita contra o cumplice que depois de perpetrado o crime de roubo, recebe paga para occultar o objecto roubado. » Acc. Rel. *Porto Alegre*, 13 de outubro de 1874.

« Em crime de roubo, o motivo reprovado deixa de

¹ *Pessina*, *OB. CIT.*, pag. 63, § 59.

² *Puglia*, *MANUALE CIT.*, vol. 2º, pag. 308, arts. 407 e seguintes,

ser circumstancia aggravante para se tornar elementar do crime. » Acc. Rel. *Ouro Preto*, 8 de maio de 1874.

« Negando o jury a existencia de força e violencia feita á cousa, absolve-se o réo processado por crime de roubo e não julga-se perempta a accusação. Não se considera em flagrante a prisão do ladrão que é encontrado conduzindo os objectos furtados. » Acc. Supremo Tribunal de Justiça, 11 de abril de 1876.

« O crime de roubo não pôde ser commettido pelo proprio que tem em sua guarda o objecto que se diz roubado.

Incompetencia dos tribunaes do imperio para procederem criminalmente contra um consul estrangeiro, denunciado por haver subtrahido sommas de dinheiro, depositadas nos cofres do consulado, simulando para esse fim um arrombamento. » Acc. Rel. *Rio*, 6 de novembro de 1885. ¹

« Applicação de pena no caso de cumplicidade e tentativa de roubo. » Acc. Rel. *Recife*, (Pernambuco) 16 de julho de 1886.

« E' applicavel a mesma pena ao autor do roubo e ao receptador. Intelligencia dos arts. 6º, 34, 35 e 274 do Codigo Criminal. » *Estudo* do autor. ²

Citamos este estudo como mera curiosidade historica, escripto a proposito de solução contraria do aresto anterior. O Codigo vigente, art. 360, restringio o principio geral do art. 274 do anterior, que punia a tentativa do roubo com as penas do crime consumado, para estabelecer isto como norma só no caso de *latrocinio*.

« A tirada da cousa alheia contra a vontade de seu dono, de dentro de uma gaveta, usando-se da propria chave da gaveta para abril-a, é furto e não roubo. » Acc. Rel. *Recife* (Pernambuco), 1 de outubro de 1886.

No mesmo sentido. Acc. Rel. *Bahia*, 15 de outubro de 1886.

« No crime de roubo a pena da cumplicidade é a mesma da tentativa, que por virtude do disposto no art. 274 do Codigo Criminal (Codigo Penal art. 360), é a do facto criminoso. » Acc. Rel. *Porto Alegre* (Rio Grande do Sul) 1 de março de 1889.

Os arestos até aqui versavam sobre o Codigo Criminal anterior, os que se vão seguir se referem ao Codigo vigente.

« Não constituindo crime de roubo a apprehensão judicial de bens para pagamento de impostos, concede-se

¹ O DIREITO, vol. 4º, pag. 254; vol. 6º, pags. 219 e 495; vol. 10, pag. 819; e vol. 39, pag. 244.

² O DIREITO, vol. 41, pag. 124; artigo do autor a pag. 337.

ordem de *habeas-corporis* preventiva da prisão de que se vê ameaçado o arrematante que, por queixa do devedor do imposto é processado e pronunciado por tal crime. » Acc. Superior Tribunal de Justiça. *Recife* (Pernambuco), 14 de setembro de 1894.

« Não constitue violencia, característico do crime do roubo, a abertura de um movel com chave falsa ; portanto não compete ao promotor da justiça denunciá-lo, quando não ha prisão em flagrante.

A falta de menção nos quesitos do facto constitutivo da violencia, annulla o julgamento. » Acc. Superior Tribunal de Justiça. *Ouro Preto* (Minas), 6 de junho de 1896. ¹

« Nos crimes de roubo com violencia, consistente em ter havido entrada á noite na casa do offendido por meio de gazua, é indispensavel que se proceda a corpo de delicto para a verificação da idoneidade desse instrumento.

« Nessa figura delictuosa é essencial que, além dos demais elementos constitutivos, tenha havido a referida entrada — *durante a noite*. Acc. da Corte de Appellação, 10 de maio de 1898.

« São elementos da *primeira* especie do crime de *extorsão* do art. 362, § 1º do Código Penal : 1º, a intimidação coercitiva, qualificada por um damno grave e 2º, a entrega da vantagem illicita.

« Para existir a gravidade do damno, que se póde referir á integridade physica ou á moral, ou ainda aos direitos patrimoniaes, basta que a qualidade pessoal do prejudicado e as circumstancias de tempo e logar determinem coactivamente o sujeito passivo á entrega da vantagem illicita.

« Esse delicto se consuma quando a vantagem illicita está em poder do agente.

« A sua tentativa só existe, si o meio intimidativo é effcaz, sendo insufficiente uma ameaça recebida com indifferença.

Na *segunda* especie, primeira modalidade do crime de extorsão, o momento integrativo da tentativa existe logo que se dá a ameaça de publicação, embora essa ameaça seja ineffcaz. » Acc. do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, 11 de agosto de 1898, *Muniz Barreto*, presidente e relator.

« O uso de chave falsa para abertura de cofre afim de subtrahir deste valores, não constitue crime de roubo.

Não é licito tambem, por esse motivo, considerar o indiciado simultaneamente incurso no art. 361 do Código Penal. » Acc. do Tribunal de Justiça de *S. Paulo*, 23 de agosto de 1899.

¹ O DIREITO, vol. 41, pags. 641 e 649 ; vol. 49, pag. 302 ; vol. 66, pag. 404 ; e vol. 70, pag. 140.

« Os actos que constituem a violencia ás cousas, devem ter por fim facilitar a perpetração do crime e destruir os obstaculos que á essa perpetração se oppõem, são anteriores e entendem-se praticados no edificio dentro do qual existia o movel alheio (art. 358 do Codigo Penal).

« Segundo o art. 358 do Codigo Penal, os arrombamentos externos são aquelles com cujo auxillio póde alguém introduzir-se nas casas, pateos, quintaes, muros ou dependencias ou nos aposentos e quartos particulares; e os arrombamentos internos aquelles que, depois da introdução nos logares mencionados, são feitos nas portas e recintos de dentro, assim como nos armarios ou outros moveis fechados.

Não constitue crime de roubo e *sim furto*, o facto do delinquente subtrahir uma cousa movel para, fóra do logar da subtração, arrombal-a e apropriar-se do seu conteúdo.

« A lei reguladora da acção penal não tem effeito retro-activo ». Acc. do Superior Tribunal de Justiça de *S. Luiz*, (Maranhão), 18 de setembro de 1900. *F. Machado*, relator *ad hoc*.

« A disposição do art. 335 do Codigo Penal mantida em vigor pela lei n. 628, de 1899, é inapplicavel ao crime de roubo.

Assim, cabe a acção do ministerio publico no crime de roubo praticado por um genro em bens pertencentes ao sogro. Acc. do Tribunal de Justiça de *S. Paulo*, 3 de outubro de 1900. ¹

« E' dado provimento ao recurso interposto pelo procurador da Republica do despacho que pronunciou o recorrido, agente dos Correios, como incurso nos arts. 193, paragrapho unico, e 356 do Codigo Penal, pela subtracção de cartas objectos e valores confiados á guarda da União, atim de ser classificado o crime no art. 221 do mesmo codigo.

E' sustentado o despacho recorrido na parte em que não pronunciou o denunciado pelo alcance para com a Fazenda, segundo o exame procedido na agencia, por não se achar regularmente verificado o alcance nos termos da lei que reorganizou o Tribunal de Contas ». Acc. do Supremo Tribunal Federal, 5 de outubro de 1898, com varios votos vencidos e fundamentados. ²

Pela concisão do accórdão não é facil externar um juizo seguro sobre a decisão na especie.

Mas em geral esses arestos modernos sobre o nosso Codigo Penal vigente dos Tribunaes do Districto Federal e dos Estados são rigorosamente juridicos, illustrando a interpretação com o subsidio do direito nacional e estrangeiro e a doutrina dos autores, revelando mesmo erudição e profundidade na exegese.

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 3º, pag. 340; vol. 5º, pag. 88, vol. 9º, pag. 172; e vol. 10, pags. 263 e 267.

² SUPR. TRIB. FEDERAL, *Jurisprudencia cit.* de 1898, Imprensa Nacional, 1900, pag. 61, n. 61. 76.

Referimo-nos particularmente a este ultimo capitulo sobre o roubo e extorsão, não conhecendo decisão sobre o sequestro.

Resta-nos citar uma sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, cuja synthese é esta :

« São elementos do crime de *extorsão*: 1º, a ameaça da revelação de um segredo, de uma publicação diffamatoria, emfim de um escandalo, de um mal, de um prejuizo que se possa causar á victima ; 2º, que essa ameaça tenha por fim obter para o agente uma vantagem illicita com prejuizo da victima ; o resultado da operação, o lucro illicito assim obtido, havendo apenas tentativa si o agente não chegou a obter dinheiro ou a vantagem que desejava. » Sentença de 28 de novembro de 1898. ¹

« A violencia feita á cousa posteriormente á subtracção desta não é circumstancia caracteristica do crime de roubo. Intelligencia dos arts. 356 e 358 do Codigo Penal.

Perempção da acção penal por crime de furto anterior á lei n. 628, de 28 de outubro de 1899. » Acc. do Supremo Tribunal de Justiça do *Maranhão*, 18 de setembro de 1900. *F. Machado*, relator *ad hoc*. ²

Este aresto é rigorosamente juridico.

Antes de finalizar este titulo vamos registrar um aresto publicado depois de impresso o capitulo do *estellionato* :

« 1.º Constitue o crime de *estellionato* do art. 338, n. 8, do codigo penal o facto de um individuo, dizendo ser um outro, passar nas notas de um tabellião uma procuração, no nome e sem sciencia e consentimento desse outro, conferindo poderes bastantes a um terceiro para hypothecar bens do supposto committente, e, afinal, conseguir, por meio de tal procuração, levantar dinheiro mediante hypotheca dos mesmos bens.

2.º Essa hypothese não póde ser qualificada no art. 258 do cit. codigo e nulla é a sentença que o fizer. » Acc. Côte Appellação 10 de maio de 1901. ³

E com relação á *propriedade litteraria*, inserimos abaixo na nota decisão recente sobre o registro de manuscripto de traducção de obra dramatica estrangeira representada. ⁴

¹ Viveiros de Castro, JURISPR. CRIMINAL CIT., cap. VI, *lenocinio e extorsão*, pag. 39.

² O DIREITO, vol. 85, pag. 303, fasc. de junho de 1901.

³ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT. vol. 12, pag. 374, fasciculo de agosto de 1901, que cita o vol. 1º pag. 95. Vid. desta nossa obra o vol. I, ns. 89, 90 e 91, pags. 273, 275 e 277.

⁴ Ministerio da Justiça e Negocios Interiores — Directoria do Interior — 1ª Secção — Capital Federal, 19 de agosto de 1901.

Tendo Celestino da Silva, cessionario da traducção livre, feita por Eduardo Garrido, da peça theatral em tres actos intitulada *Coralie & Comp.*, dos auctores francezes Valabregue e Henequin, levada á scena pela primeira

LIVRO II

Das contravenções e sua punição

CAPITULO I

DA VIOLAÇÃO DAS LEIS DE INHUMAÇÃO E DA PROFANAÇÃO DOS TUMULOS E CEMITERIOS

CODIGO

Art. 361. Inhumar cadaver em contravenção dos regulamentos sanitarios, ou transportal-o para fóra do cemiterio, salvo o caso de exhumação competentemente autorizada:

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho unico. O facultativo que, sem designio criminoso, passar certidão de obito de individuo que depois se reconheça que estava vivo ainda, incorrerá nas penas de multa de 100\$ a 200\$ e privação do exercicio da profissão por um anno.

Art. 365. Profanar cadaver; praticar sobre elle, antes ou depois da inhumação, qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos; violar ou conspurcar as sepulturas:

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

Art. 366. Damnificar, de qualquer modo, os mausoléos, lousas, inscripções e emblemas funerarios:

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

COMMENTARIO

236. Não guardamos a numeração dos livros do código que principia nesta parte *especial* pelo 2º, vindo o presente a ser o 3º; mas guardamos a mesma ordem e epigraphes dos capitulos, porque é impossivel, mesmo quando alterassemos a successão dos artigos, reduzir taes capitulos á uma classificação racional, subordinada á uma divisão geral de titulos obedecendo á natureza das *contraven-*

vez nesta Capital, no theatro Apollo, a 21 de maio do corrente anno recorrido do despacho que proferistes em seu requerimento de 25 de junho ultimo, indesejando o pedido de registro da referida traducção, sob o fundamento de se tratar de um manuscripto, declaro-vos que, no sentido generico das expressões « obras impressas, photographadas, lithographadas ou gravadas » de que se serve o art. 13, n. 1, da lei n. 496, de 1 de agosto de 1898, presume-se incluido o de texto publicado Sendo o manuscripto de uma obra dramatica representada um texto editado ou publicado em recita, nada obsta a que o de que se trata seja registrado nos termos do mencionado artigo.

Saude e fraternidade.— *Sabino Barroso Junior.*— Sr. director da Bibliotheca Nacional.

DIARIO OFFICIAL n. 196 de 21 de agosto de 1901.

ções, conforme fizemos nos projectos de revisão do código de 1893 e 1897, aliás seguidos pelos outros.

E como na exposição de motivos do primeiro se contém uma vista geral sobre esta parte da lei penal e a referencia a certos principios que a dominam, começamos repetindo aqui o que alli dissemos sobre as *contravenções* :

Não falta quem sustente que os crimes policiaes, transgressões de policia ou *contravenções* não devem fazer parte de um código penal.

A materia dessas infracções em parte pertencia, durante o regimen politico abolido, á alçada das municipalidades por suas posturas e aos regulamentos provinciaes.

Hoje, com a federação dos Estados e autonomia dos municipios, alargou-se sem duvida a esphera de competencia desses organismos politicos e, por isso, o projecto no titulo preliminar faz as devidas resalvas.

Mas, desde que o direito criminal é unitario ou federal, delimita-se como quizer o terreno legislativo da União, restará ainda uma zona em que é incontestavel a competencia ou antes a attribuição do Congresso Nacional em legislar sobre todo direito criminal ou penal substantivo.

E no ponto em que nos occupamos a necessidade é inclinavel, porque as razões que a justificam são justamente aquelles motivos geraes que teem imposto a inserção das *contravenções* em todas as codificações penaes modernas de primeira ordem: da Belgica, Allemanha, Hollanda, Italia e outras, inclusive a Hungria, que elaborou um código especial para ellas.

Os multiplos codigos da Confederação Suissa estão naturalmente exceptuados, porque alli não ha unidade de legislação penal, cada Cantão tem a sua.

Ha razões decisivas para que um código não deixe de incluir no seu contexto um certo numero mais ou menos limitado de *contravenções*.

Si por um lado as infracções que representam as *contravenções* não teem a gravidade que apresentam os crimes, por outro lado são factos cuja repressão, embora mais branda quanto á penalidade, muito importa a um bom systema penal, desde que tem como effeito pratico, sinão prevenir efficaçmente os crimes de natureza correspondente torna-os mais raros pelo effeito da intimidação causada pela punição dos factos mais ligeiros.

« Si a sua entidade, dizia Zanardelli ao parlamento italiano, é leve comparada á dos delictos que offendem directamente os bens juridicos, entretanto que as *contravenções* os ameaçam sómente de um perigo eventual, a importancia e a difficuldade de regulal-as deriva do facto de se tratar de comminatorias e de prohibições concernentes a multiplas e variadissimas particularidades da vida social, quer

nas relações entre cidadãos, quer nas destes com a autoridade.¹

E como dizia o relator do parecer da commissão da Camara, sobre o projecto destinado a unificar a lei penal italiana, ellas consistem em vedar e punir certos actos ou omissões que podem dar occasião a crimes ou desgraças; não se olha ao *malum quia malum*, mas ao *malum quia prohibitum*.²

Do mesmo sentir foi Puccioni no parecer da commissão do senado italiano.³

Mesmo em paizes de regimen monarchico e centralizado como a Italia, só figuram nos codigos as contra-venções que attendem a um certo complexo de relações e pessoas e não estão sujeitas a repetidas mudanças e alterações.

Foi o que o projecto fez, deixando de incluir grande numero de factos que figuram nos outros codigos, passando para a parte que trata dos crimes factos que aqui não podiam figurar e deixando classes inteiras delles sem character geral ás leis e regulamentos federaes, estadoaes e municipaes.

O codigo de 1830 era muito lacunoso nesta parte, o vigente suppriu muitas dessas lacunas, mas o projecto preencheu outras, aproveitando-se da fonte commum, o nosso direito existente e o novo codigo italiano, subordinando este segundo livro da parte especial do projecto a um systema geral de divisão que correspondesse, tanto quanto foi possível, á classification da materia comprehendida no livro relativo aos crimes e sua punição.⁴

O codigo como sempre, não guardou ordem, nem systema, na exposição da materia, de modo que é impossivel estabelecer um pararello mesmo geral entre elle e os projectos de revisão que classificaram em capitulos as contra-venções, subordinando-os a quatro grandes divisões ou titulos, conforme eram relativas á *ordem publica*, á *incolumidade publica*, á *moral publica*, ou á *garantia da propriedade*.

O codigo ao contrario desprezando este criterio aliás adoptado por uma de suas mais abundantes fontes, o codigo italiano, e não empregando nenhum outro, espalhou, *a granel* por seu texto toda a materia dos capitulos deste livro.

E para fazer mais uma referencia ao direito comparado *in jure condendo* contraria ao systema defeituoso e desor-

¹ RELAZIONE CIT. III, pag. 414.

² Villa, RELAZIONE CIT., pag. 264.

³ Puccioni, RELAZIONE CIT., pag. 305.

⁴ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 25.

denado do nosso código, podemos citar ainda o excellent *projecto de código penal para a Republica Argentina* redigido pelo professor Dr. Norberto Piñero e magistrados Drs. Rodolfo Rivarola e José Nicolas Matienzo, notaveis criminalistas, bem conhecidos por trabalhos anteriores.

No projecto, o livro 3º sobre as contravenções (*faltas*), pôde-se dizer, que as classifica pelos generos e pelas especies, com a maior precisão, simplicidade e methodo, sem que entretanto se possa objectar que ellas sejam lacunosas e não sejam mesmo relativamente copiosas. ¹

O código chileno segue um systema differente, a respeito do qual o advogado Javier Fernandez, um dos seus excellentes commentadores, observa que para evitar os inconvenientes que elle aponta, o legislador resolveu tomar em consideração só as *faltas* (contravenções) que *atacam a segurança ou salubridade publicas*, deixando as restantes para que fossem punidas pelas ordenanças (posturas) e dictadas pelas respectivas municipalidades. ²

Consignamos o systema particular do código do Chile por constituir uma originalidade e em homenagem aqui ao insigne criminalista chileno que acabamos de citar.

O nosso código vigente porém não seguiu systema algum, deixando muito a desejar.

Mas, como a proposito do nosso primitivo projecto de 1893, tambem se estendeu até aqui a critica da comissão da Faculdade de S. Paulo, vamos inserir as respostas que lhe demos em duas passagens diversas do estudo que por aquelle tempo publicámos :

Passando á *contravenção*, sou censurado, porque tendo dito que segui o código *hungaro*, devia tê-lo traduzido litteralmente, no que teria sido censurado do mesmo modo.

Seguir a fôrma, mas não a letra, é ser traductor infeliz.

E como a *contravenção* pôde ser *intencional* ou *culposa*, suppõe-se que a definição não comprehende só o definido e pergunta-se triumphante (pag. 60) — « no art. 398 do Projecto não se pune um facto puramente material ? »

Quer saber o curioso leitor qual é o facto tão material como pôde ser o incendio *doloso*, por exemplo ?

Basta lêr : « Art. 398. Arrancar, dilacerar ou inutilisar por qualquer modo os editaes e avisos, impressos ou manuscritos, affixados pelas autoridades, etc... »

¹ Piñero, Rivarola y Matienzo. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL para la Republica Argentina, etc. Buenos Ayres, 1898, 2ª edic., pag. 473, arts. 347 e seguintes.

² Javier Fernandez, CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE CHILE explicado e concordado. Santiago, 1899-1900, 2ª edic., tomo 2º, pag. 305, arts. 494 e seguintes.

Para o illustre censor esta contravenção nunca poderá ser commettida com *dolo* ou *culpa*.

E basta.

Ouvio cantar o gallo, como se diz vulgarmente...

Desconfio que toda essa poeira levantada foi para se dizer talvez, mas não se disse, que a *contravenção* em sua pura materialidade pôde ser punida.

O sentido desse conceito tem sido muito restringido nos codigos que o adoptão e na Italia Stoppato compendia a controversia. ¹

O *Projecto* não dá lugar á duvida neste ponto.

Voltemos agora ao capitulo dos vicios de classificação, onde se aprecia ainda a materia que vai nos occupando (pag. 51).

E antes de tudo notemos uma das muitas incongruencias da critica.

Diz (pag. 59) que o « codigo penal hungaro das *contravenções*, que com muito *asserto* (isto, francamente: é portuguez? isto é, *acerto*, é separado do codigo penal dos *crimes e delictos*, etc....)

Estava dito antes (pag. 51—52), procurando-se demonstrar — « qual a utilidade pratica daquella divisão? qual o seu criterio scientifico? »

Si os crimes e contravenções devem ser confundidos, basta uma só lei, si devem ser separados, a não ser por fim especial, podem sê-lo em dous codigos ou em um só.

A parte taes contradicções, em quem pisa terreno falso ou desconhecido, si a utilidade a que se allude é a *judiciaria* ou processual, ella até certo ponto existe, porque o processo e julgamento das *contravenções* podem constituir objecto de competencia de tribunaes especiaes, como por exemplo tem lugar no Districto Federal, onde as *juntas correccionaes* dellas conhecem conforme o decreto n. 1030 de 14 de novembro de 1890.

Eis que sem infracção do regimen federativo a separação é simplesmente util.

O criterio scientifico está implicitamente incluido no conceito e plenamente justificada a inclusão das contravenções no codigo com autoridades e precedentes valiosos, segundo a *Exposição de motivos* (pag. 25).

A supposta classificação defeituosa é imaginaria e nada tem de commum com a tripartição do direito francez, conforme a *Exposição* (pag. 1). ²

Isso em *geral* sobre as contravenções; tratando dellas em particular ainda dissemos:

Sobre as *contravenções* acha o illustre censor rigoroso

¹ Stoppato, nos APPUNTI AL NUOVO COD. ITAL., pag. 269.

² O PROJECTO DO COD. PEN. e a *Faculdade de S. Paulo cit. V*, pag. 18.

o art. 390, por se punir com simples multa a recusa de informações e não acha a de serviços do mesmo artigo, a exemplo do código anterior, art. 188.

Faria simplesmente rir esta observação :

« O art. 396 § 1º, violento attentado contra a liberdade da imprensa e de industria, pois a tanto equivale obrigar, sob pena de multa até 50\$, aos vendedores de jornaes, nas ruas e lugares publicos, a fazerem prégão das opiniões e nomes dos autores ou redactores » ;

Mas o illustre censor omitta, mutilando o artigo, o elemento da contravenção e converte a dirimente em elemento desta !

Que escrupulo na critica !

Eis a disposição criticada :

« Art. 396. Vender ou distribuir papeis, impressos, manuscriptos, gravados, lithographados ou desenhados, em lugares publicos ou accessiveis ao publico por meio de annuncios em alta voz, mencionando circumstancias que possam perturbar a tranquillidade publica ou particular.

« Pena — de multa de 20\$ a 50\$000.

« § 1.º Os jornaes e todos os escriptos ou impressos, distribuidos ou vendidos nas ruas e lugares publicos não poderão ser apregoados sinão por seus titulos, indicação de sua opinião e os nomes de seus autores ou redactores.

« § 2.º A pena deste artigo ficarão tambem sujeitos os que apregoarem os referidos escriptos e impressos por seus titulos, quando estes forem obscenos ou contiverem imputações, diffamações ou expressões injurias á uma ou mais pessoas. »

O código vigente, art. 320 § 2º, commina a prisão por quatro mezes.

A fonte da disposição é a lei franceza de 23 de março de 1889, por nós elogiada desde então, muito mais rigorosa, entre nós ainda mais necessaria para o caso, quando não admittimos a *complicidade* em taes crimes.

O illustre censor quer que o vendedor de jornal dê uma nova tiragem *verbal* das diffamações e injurias editadas naquelle, como é muito commum no Brazil.

O art. 425, 2ª parte, é censurado na supposição de ter traduzido *ribrezzo* por *commoção*, mas que « não significa puramente commoção ».

Eu devia ter traduzido *arripio de terror*, que exprime melhor a idéa de uma emoção intensa e desagradavel e que pôde não ser de terror, mas do sentimento de piedade ferido. ¹

237. E como o código italiano foi a fonte exclusiva dos projectos e em parte do código vigente, vamos referir-

¹ IDEM, *idem*, n. XVII, pag. 71.

nos ligeiramente á sua historia e á doutrina sobre que elle assenta antes de passarmos ás disposições dos textos.

O livro III do codigo italiano, diz Pessina, trata daquellas infracções que elle não chama *delictos*, mas sim *contravenções*. Nos codigos italianos anteriores, á excepção do toscano, o significado attribuido á palavra *contravenção* era o duma infracção minima, seja porque se tratasse de factos de intensidade criminosa infima, seja porque se tratasse de factos incriminados por pura prevenção de males maiores; e o codigo toscano havia eliminado do seu conteúdo varias infracções para serem collocadas, como foram, no *Regulamento da Policia Punitiva* com o nome de *transgressões*. Assim que as *transgressões* da lei toscana eram factos incriminados, não por illegitimidade intrinseca do seu conteúdo, mas por motivos de oportunidade e em nome da prevenção.

O codigo italiano acolheu, sob o nome generico de reatos, infracções (*reati*), tambem aquelles factos que na legislação penal toscana tinham o nome de *transgressões* e a ellas deu o nome especifico de *contravenções*, exactamente para distinguil-os de factos puniveis, como intrinsecamente criminosos e em antithese com os fundamentos mesmos da ordem social. ¹

E, á semelhança da legislação penal toscana, são considerados como *contravenções* pelo codigo italiano varios factos sujeitos á uma penalidade não leve pela duração, nem pela intensidade, pois que a privação da liberdade sob o nome de *arresto* tem a extensão de um dia até dous annos, e a pena de multa (*ammenda*) o valor de uma lira (1\$000) a duas mil liras (2:000\$000).

No nosso codigo, arts. 373 e 392, a prisão cellular nas *contravenções* pôde ser de cinco dias a quatro annos!

Carmignani havia escripto na sua *Teoria delle leggi di sicurezza sociale* :

« A policia da segurança publica eleva a *delictos* algumas accções, as quaes, si bem que innocentes em si mesmas, entretanto, bem ponderadas, offerecem ou uma maior facilidade, ou um pretexto ou uma occasião ou um perigo para que um titulo determinado de offensa seja commettido. »

Este conceito informou o regulamento toscano de policia punitiva, assim como domina o livro III do actual codigo italiano. ²

¹ O nosso codigo criminal de 1830 empregou a locução *crimes policiaes* e o codigo do processo criminal de 1832 de *contravenções*, adoptada no vigente codigo de 1890.

² E porque Pessina se refere ao codigo toscano, lembraremos aqui a theoria de Carrara sobre o assumpto, apontando a sua obra: *OPUSCOLI DI DIRITTO CRIMINALE*, Firenze. 1898, 5ª edic., vol. 2º, pag. 334; vol. 3º, pag. 599, XLVIII, *Criteri distintive delle trasgressioni dai delitti* (teorica).

Assim como neste livro o mesmo código não prevê todas quantas são e podem ser as contrações no sentido legal e penal. Elle se limita a prever aquellas que tomam como mira a ordem publica, a incolumidade publica, a moral publica e a tutela da propriedade, e abandona ás leis *especiaes*, a sanção penal para todas as outras contrações pelas quaes são violados institutos variaveis e relativos, diversos daquelles grandes interesses que uma lei geral deve absolutamente preservar.

As normas geraes sobre as contrações são as mesmas firmadas pelo código relativamente aos delictos. Só lembraremos que a respeito do *dolo* não é mister que se faça a prova delle; mas só está aberta a instancia para provar a falta delle.¹

E' o que resulta do código italiano art. 45, paralelo aos nossos arts. 8 e 24 que se referem á infracção em geral e á contração em particular.

Isto está de accordo com arestos da nossa jurisprudencia:

« E' admissivel a justificativa da *boa fé* nas contrações, comtanto que não se baseie na ignorancia da lei penal. Não constitue contração o simples facto de um individuo trazer consigo uma arma offensiva, si, não tendo antecedentes judiciarios, dá do uso desta arma explicação satisfactoria. » Accs. da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal de 28 de julho e 24 de novembro de 1897.²

Já alludimos a questões sobre as quaes vamos dizer ainda algumas palavras sómente, porque na parte *geral* do código tratada em livro diverso já tratámos do assumpto.³

Do art. 24 do nosso código resulta que não é passivel de pena sinão a acção commettida com intenção criminosa ou que resultar de negligencia, etc.

Eis ahí o conceito do crime doloso ou culposo, applicavel tanto ao delicto como á contração, porque o código não distingue.

Mas no art. 8º é que o código define a *contração* o facto *voluntario* punivel que consiste *unicamente* na violação, ou na *falta de observancia* das disposições preventivas das leis e regulamentos.

Ha uma certa contradicção nos dous conceitos, porque aqui com o vocabulo *voluntario* se allude á contração *dolosa* e nas expressões *falta de observancia*, etc. se póde alludir ás contrações puniveis em sua pura *materialidade*; e isto tanto mais quanto aquella expressão adverbial

¹ Pessina, MANUALE CIT. *Parte sec.*, pag. 289.

² Viveiros de Castro, JURISPRUDENCIA CRIMINAL CIT., cap. I, a *boa fé* nas contrações, pag. 1.

³ Do autor: COD. PEN. COMMENTADO, ETC., vol. 1º, cap. XV, pag. 223, ns. 51 e segs., *culpa e suas especies*.

unicamente restringe o conceito, parecendo excluir delle algum elemento que não se quer incluir.

Quanto ao *dolo* não ha duvida, não sendo accetivel a opinião em contrario de outros.

« Assim Angiolini, demonstrando a possibilidade da tentativa no delicto *culposo*, diz :

De resto, si examinamos o cod. ital. achamos que em certas contravenções se encarna claramente a figura da infracção *culposa* tentada.

De certo não tinha razão Garbasso quando mostrava considerar que a imputabilidade politica em materia de contravenções se devia procurar sempre na *culpa*.¹

E não tinha razão porque em muitas contravenções previstas pelo codigo é evidente o *animus nocendi*, o *dolo* ; mas em outras é forçoso reconhecer que a punibilidade é estabelecida sómente pelo perigo eventual que corre a sociedade por causa da *imprudencia* doutrem.»

Vê-se tambem que quanto á *culpa* não é exacta a doutrina que parece resultar do conceito do art. 8º do nosso codigo ; sendo, ao contrario, certo que ha mais contravenções do que delictos *culposos*, como demonstra o mesmo autor e vamos exemplificar com as proprias disposições do nosso codigo.

São delictos *culposos* os que estão previstos nos arts. 132, fuga do preso por negligencia ; 148, 153 e 160 contra a incolumidade publica ; 210 delictos de funcção ; 292 abandono de menores ; 297, 302 e 306, homicidio, aborto e lesões pessoais, e 336, fallencia.

A todos os delictos semelhantes do cod. ital., diz Angiolini, poderemos juntar — para ter um conceito da criminalidade *culposa* legal — grande parte das contravenções ; especialmente concernentes á incolumidade publica, e enumerando muitas, conclue que em todo caso se attingem e se punem a negligencia, a *imprudencia*, a impericia, etc.²

E realmente o nosso codigo comprehende innumeradas contravenções *culposas* nos arts. 364 paragrapho unico, 376, 378, 383 a 387 (menos o 385), 388 e 389.

Enrico Ferri escreveu um bello estudo sobre a chamada voluntariedade nas contravenções, mostrando que, assim como ha delictos de indole contravencional (em contraposição aos delictos naturaes como os define Garofalo), assim tambem ha contravenções delictuosas e dolosas, ou, como diria Stoppato, com uma distincção analoga, mas incom-

¹ Garbasso, *TEORICA DELLE CONTRAVVENZIONI*, pags. 17-20, Casale, 1890.

² Angiolini, *DEI DELITTI COLPOSI CIT*, pags. 166 e 259.

pleta, contravenções materiaes *in re ipsa*, e subjectivas ou pessoais, na obra do agente. ¹

Mas estabelecidas as reservas que ficam feitas, antes de tudo vamos fazer ainda considerações, em geral, sobre as *contravenções*.

Não tem sido, diz Puglia, muito facil na pratica judiciaria determinar, si um facto previsto por lei especial, sob a denominação de *contravenção*, mas todavia punido com penas não leves e proprias dos delictos, deva considerar-se como *delicto* ou como *contravenção*.

Se tem ensinado, que o delicto tem origem na lesão de um direito, seja elle *individual* ou *social*, que para ter-se o delicto não é necessario sempre a effectiva lesão do direito, mas basta o attentado, que faça correr um real e imminente perigo pelo delicto mesmo, conforme opina Marchetti. ²

Nas contravenções, ao contrario, não só não se encontra a violação dum direito, mas nem mesmo occorre o perigo actual de tal violação e só se tem um acto potencialmente perigoso para a generalidade dos cidadãos.

Um exemplo ainda na opinião de Puglia serve para demonstrar o que elle diz.

As violações das prescripções das leis fiscaes ou tributarias denominadas *contravenções* são verdadeiros delictos, porque contem uma violação do direito, que tem o Estado, a arrecadar os impostos, segundo tambem Impallomeni. ³

Os *delictos* e as *contravenções* não são sinão especies do genero *facto punivel* ou *infraccão*, donde ellas teem caracteres communs e caracteres differenciaes, elementos essenciaes *communis* e elementos essenciaes *particulares*.

O caracter commum é o de serem acções contrarias á *ordem juridica*; os caracteres differenciaes são: 1º, que os delictos são acções que produzem uma lesão juridica, ou melhor, que offendem um determinado direito; as *contravenções*, ao contrario, são acções, que offendem a *ordem juridica*, sómente porque potencialmente são perigosas para a generalidade dos cidadãos; 2º, que nos delictos, em regra geral se exige como elemento essencial o dolo, isto é, a *vontade* de commetter um facto que offende um direito dado, e excepcionalmente a *culpa*, a *negligencia*, entretanto que nas *contravenções* não se tem conta da intenção. Daqui a necessidade de regras geraes de imputabilidade, communs aos delictos e ás *contravenções*, e de regras, especiaes, para uns e outras. Convem fazer menção dellas.

¹ Enrico Ferri, DIFESE PENALI I STUDI DI GIURISPRUDENZA, Torino, 1899, Part. II, pag. 402, *La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni*.

² Marchetti, *Teoria generale delle contravvenzioni*, apud. Cogliolo, OBR. CIT. vol. 2º, part. III, pag. 5.

³ Impallomeni, IL COD. PEN. ITAL. ILLUSTRATO, ROMA, 1890.

O elemento *material* das contravenções, como dos delictos, consiste numa *acção* ou numa *omissão*, e uma e outra deve ser contraria a um preceito de *lei penal*.

A locução *lei penal* é entendida num sentido largo, porque não se refere só ao *codigo penal*, mas á qualquer lei, que, como dizia o ministro italiano Zanardelli, prevê um facto e commina-lhe uma pena, e é lei penal, embora faça parte de um qualquer corpo de leis, tendo qualquer outro mister precipuo, que não seja o punitivo.

Emquanto ao elemento *moral*, notemos, que si para constituir o delicto é mister a *intenção*, a qual, segundo os casos, é *directa* ou *indirecta*, e faz surgir o *dolo* e a *culpa*, para as contravenções, ao contrario, não tem importancia alguma a intenção, pois que, quando tambem esta seja innocente e dirigida a um escopo licito, nem por isso é excluido o facto como punivel.

Todavia os criminalistas sustentam, e a lei italiana tambem o reconhece, que um elemento moral é tambem necessario para a existencia da contravenção e este elemento consiste na *voluntariedade* do facto.

Pelo que dizia o referido ministro, que a voluntariedade da acção ou da omissão deve concorrer em toda e qualquer infracção, e que tambem nas contravenções se exige que o culpado tenha agido com sciencia e consciencia do proprio facto.

Disto se segue que a imputabilidade nas contravenções é excluida ou atenuada por todas aquellas causas que a excluem ou atenuam nos delictos.

E' a doutrina que Puglia resume. ¹

Para nós, desde que as contravenções, como diz o mesmo Puglia, são como os delictos, uma especie de infracção ou facto punivel, ellas estão subordinadas, *exceptis excipiendis*, aos principios geraes do direito penal ou ás regras estabelecidas na parte *geral* do codigo.

E' a razão por que uma monographia completa sobre tal materia abrange a parte *geral* e a *especial* della, e do que offercem exemplos a obra notavel de Garbasso e até certo ponto a do Dr. Carvalho Mourão, publicada parcialmente em artigos pela imprensa periodica a proposito do projecto de 1896. ²

Nós estamos dispensados disto aqui, porque ora escrevemos sobre taes factos em *especie*, ou em *particular*, tratando delles e de sua punição na parte *especial* do codigo.

¹ Puglia, MANUALE CIT., 2º vol. pag. 326.

² Garbasso, SULLE CONTRAVENZIONI, Casale, 1889; Carvalho Mourão — QUESTÕES DE DIREITO — O projecto do cod. pen. perante a theoria das contravenções, NO JORNAL DO COMMERCIO, julho e agosto de 1897.

E como uma nota final aos principios geraes que acabamos de expôr, lembraremos o instituto da *oblação* nas contravenções previsto nos projectos de 1893 e 1897, a exemplo do cod. ital., art. 101, como um dos casos de impunidade, na phrase dum de seus interpretes, Pio Viazzi, sem deter-nos sobre o assumpto, pertencente á parte *geral*, e objecto comprehendido em recente monographia do illustre autor. ¹

E como estudo comparativo sobre o assumpto registremos opiniões de outros autores.

Assim, o Dr. Francisco Ochoa, bem conhecido como notavel criminalista venezuelano, explicando o respectivo codigo, arts. 565 e 566, diz:

« Ha aqui dous pontos em que se differenciam os delictos das faltas (*contravenções*). Nestas não se castiga a *tentativa* ou a falta *frustrada*, nem tão pouco aos encobridores (*receptadores*); e, emquanto aos cumplices, se castigam sem distincção, com a mesma pena que os autores, attendendo unicamente ao gráo de participação no facto. Isto nasce da natureza das *faltas*. Consistindó ellas em transgressões de pouca importancia e sendo tão leves as penas com que se reprimem, não podem equiparar-se aos delictos, nem procurar-se nellas as mesmas escalas de culpabilidade que nestes. Sem embargo ao tratar-se de faltas *frustradas* (falhas, *manquées*) o codigo hespanhol de 1870 faz uma excepção, declarando puniveis as que são contra a pessoa ou a propriedade.» ²

O illustre professor e douto juiz da Córte Suprema do Estado de Falcon, de Venezuela, antes havia notado sobre o mesmo codigo penal, art. 12, o que elle lembra na passagem citada, isto é, que o encobrimento (*receptação*) consiste em uma destas tres cousas: aproveitar-se por si, ou auxiliar aos delinquentes para que se aproveitem dos efeitos do delicto; occultar ou inutilisar o corpo, os efeitos ou os instrumentos do delicto para impedir seu descobrimento; e, finalmente, albergar, occultar ou proporcionar a fuga ao culpado, em alguma das circunstancias expressadas pela lei. Emquanto a estes dous ultimos casos, tratando-se de faltas, estamos de accordo com a excepção que estabelecé o art. 12, pelas razões que deixamos expostas; mas, emquanto ao primeiro, somos de opinião que se deveria considerar punivel o encobrimento delles. Aproveitar-se dos efeitos dum crime será sempre immoral e digno de castigo, qualquer que seja seu

¹ Pio Viazzi, I CASI DI IMPUNITA NEL CODICE PENALE, Milano, -1900, pag. 18 n. 6: extrahido da *Enciclopedia Giuridica Italiana*.

² Dr. Francisco. Ochoa, EXPOSICIÓN DEL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO, Maracaibo, 1888, pag. 535, n. 614, sobre os arts. 565 e 566.

valor e importancia, ora seja aquelle grave, ora seja leve ou *falta*.¹

Tambem o Dr. Moyano Gacitúa, um illustre juiz federal e notavel professor da Universidade de Cordoba, na Republica Argentina, referindo-se aos crimes que não admittem *tentativas*, nota que, como havia dito, as contravenções não a admittem; isto não, precisamente pela natureza do facto, mas principalmente pela sua pequena importancia.

A lei applica a estas infracções uma penalidade minima com a qual fica satisfeita a necessidade social, não teria objecto em incriminar a fracção destes factos, e isto a parte a consideração de ser até certo ponto convencionaes taes delictos.²

O nosso codigo, art. 16, não pune a tentativa da contravenção; mas, no art. 373, pune uma dellas com prisão cellullar por um a quatro annos!

Quanto ao mais, regem os principios que já expuzemos quando tratámos da *parte geral* do codigo.³

238. Passemos aos artigos do texto do capitulo I.

E' impossivel enquadrar-o em qualquer das divisões a que alludimos, porque ha nos arts. 364 a 366 uma mistura de factos que podem ser classificados como contrarios, já á ordem publica (art. 364), já á incolumidade publica (art. 364 parographo unico); seja já á moralidade (art. 365) e até á propriedade (art. 366).

A disposição do art. 364 não figurava no codigo anterior, mas figura nos projectos de revisão, de 1899, arts. 387 a 390, abrangendo a do artigo seguinte e muito melhor redigida.

A fonte do artigo foi talvez a disposição do reg. de 17 de fevereiro de 1855, conforme a lei de 5 de setembro de 1850, objecto tambem de leis municipaes, para serem executadas por administrações especiaes, sobre policia de cemiterios do Rio de Janeiro.

O art. 364 do texto é uma referencia á semelhante legislação, assumpto de que em geral tratamos no começo do capitulo a proposito do projecto de 1893.

Os elementos do crime de inhumação ou exhumação abusiva presuppõem as condições prestabelecidas para aquella nos regulamentos *sanitarios* e *policiaes*, em geral, diremos nós, e por outro lado, uma autorisação legal para a

¹ Ochoa, COD. PEN. VENEZOLANO, CIT., pag. 65. n. 19 *in-fine*, sobre o art. 12.

² Moyano Gacitúa, CURSO DE CIENCIA CRIMINAL E DERECHO PENAL ARGENTINO, Buenos Ayres, 1899, pag. 106. A esta importante obra fez honrosa e merecida referencia o Dr. Rivarola, numa interessante conferencia no Centro Juridico e de Sciencias Sociaes: *Origenes y evolucion del Derecho Penal Argentino*, Buenos Ayres, 1900, pag. 33.

³ Do autor: COD. PEN. COMMENTADO, CIT., 1º vol., pag. 117, n. 26; 2º vol., pag. 313, ns. 179 e segs.

exumação, isto é, conforme a legislação respectiva. Vê-se que os elementos estão aliunde e hão de variar de município a município. Os projectos melhoraram isso.

Apenas encontramos no código do Uruguay, art. 412, n. 1, disposição mais simples que pune com multa de 4 a 40 pesos ou prisão equivalente o que infringir os regulamentos relativos à inhumação.

Sobre a natureza jurídica dos cemiterios entre nós e sua regulamentação o principio está estabelecido no art. 72 § 5º da Constituição Federal. ¹

O código chileno, arts. 320 a 322 contém disposições semelhantes ás do nosso código neste capitulo. ²

No paragrapho unico do mesmo art. 364 o código contemplou uma especie que podia ter ficado incluída no titulo dos crimes contra a fé publica, uma vez que o código nos arts. 252 e seguintes foi profuso e minucioso sobre attestados falsos.

Tambem a disposição não figura no velho código.

O elemento *material* da infracção é a attestação de obito de pessoa que não está ainda morta; o *moral* a culpa de não verificar o facultativo, si a pessoa cujo obito attesta, está realmente morta.

O código diz *sem desígnio criminoso*, porque si houvesse este, *v. g.* para enterrar a pessoa ainda viva, ainda que fosse um moribundo, haveria homicidio, e o facultativo seria co-réo ou complice, conforme as circumstancias do crime.

A disposição do art. 365 foi reproduzida de modo mais simples nos projectos de revisão.

Já temos dito demais sobre o elemento *moral* das contravenções.

Nestas o elemento material está representado por diversas proposições, cada uma das quaes exprime a mesmissima idéa:

profanar cadaver;

praticar sobre elle, *antes ou depois* da inhumação, qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos;

violar ou conspurcar as sepulturas.»

O código é tão *casuístico* que, apesar do gasto de tanta palavra, que parece mais uma explicação do que um preceito, rigorosamente pôz fóra da sanção — o desacato durante a inhumação.

O art. 366 nem é uma contravenção, nem aqui seria o seu logar proprio; e o facto realmente está comprehendido no art. 329, 1ª parte, sobre o damno, no qual podem occorrer as aggravantes do § 3º do mesmo artigo.

¹ Vid. Milton, A CONSTITUIÇÃO DO BRAZIL, *noticia historica, texto e commentario*, Rio de Janeiro, 1898, art. 72, § 5º, pag. 331.

² Vid. Vera, COD. PEN. CHIL., ETC. CIT., pag. 520.

O nosso código fez dessas reproduções e nós já as temos notado noutros logares.

Nos projectos de revisão a figura foi retirada daqui e collocada no capítulo do *damno*.

Mas, como á excepção desta ultima disposição do art. 366 do texto do código, as outras dos arts. 364 e 365, assim como algumas das que vão seguir são parallelas ás dos projectos de revisão sob a epigraphie de contravenções relativas á *moral publica*, seja-nos licito repetir o que opportunamente dissemos, em geral, sobre os respectivos capitulos do projecto primitivo que os posteriores seguiram e se refere ainda ao seguinte capitulo II e mais ao III e parte do XII.

Assim diziamos:

O primeiro capitulo deste titulo consagra disposições que figuram no código, vigente, cuja fonte nesta parte foi o código portuguez, mas omitindo aquellas que já estão comprehendidas no livro antecedente desta parte, por sua natureza ou maior importancia.

No segundo capitulo figuram as sanções do código anterior sobre os actos contrarios á decencia publica.

Sobre a embriaguez, o projecto adoptou no capitulo III as disposições do código vigente, simplificando-as.

O capitulo IV adoptou tambem as disposições deste ultimo código que ampliou as do de 1830, mas o projecto preferiu modelal-as por uma fonte unica, o código italiano, rejeitando a outra, que com aquella aproveitou o código vigente, isto é, a do código portuguez.

Além de perturbar a harmonia do systema, nada adianta a falta de unidade em taes dispositivos, porque os factos que preveem ou são difficeis de provar para reprimir sem injustiça, ou poderão constituir outras figuras puniveis, mas não contravenções de jogo.

Sobre ás loterias e rifas, o projecto reproduz a legislação existente.

O ultimo capitulo consagra disposição nova, mas que figura nos códigos modernos e a que o legislador não pôde ser indifferente, os máos tratos dados aos animaes.¹

O seguinte aresto não tem logar mais proprio:

« Não commette o crime de offensa á moral e bons costumes definido no art. 280 do nosso código criminal (código penal, art. 282), o capellão que estabelece desobediencia pelo ministerio da confissão e conserva-se na igreja até 10 horas e meia da noite. A imputação destes factos, portanto, não constitue calumnia »: Sentença do juiz de Direito da capital da Bahia, 28 de julho de 1870.²

¹ Exposição de motivos do projecto de 1833, pag. 27.

² O DIREITO, vol. 4^o, pag. 264.

CAPITULO II

DAS LOTERIAS E RIFAS

CODIGO

Art. 367. Fazer loterias e rifas, de qualquer especie, não autorisadas por lei, ainda que corram annexas à qualquer outra autorisada:

Penas — de perda, para a Nação, de todos os bens e valores sobre que versarem, e multa de 200\$ a 500\$000.

§ 1.º Será reputada loteria ou rifa a venda de bens, mercadorias ou objectos de qualquer natureza, que se prometter ou effectuar por meio de sorte; toda e qualquer operação em que houver promessa de premio ou beneficio dependente de sorte.

§ 2.º Incurrerão em pena:

1º, os autores, emprehendedores ou agentes de loterias ou rifas;

2º, os que distribuirem ou venderem bilhetes;

3º, os que promoverem o seu curso e extracção.

Art. 368. Receber bilhetes de loteria estrangeira, para vender por conta propria ou alheia, ou em quantidade tal que razoavelmente não se possa presumir outro destino:

Penas — de perda, para a Nação, de todos os bilhetes apprehendidos, respectivos valores e premios, e multa de 500\$ a 2:000\$000.

Na mesma pena incorrerão os que passarem bilhetes, ou offerecerem à venda, ou de qualquer modo disfarçado fizerem delles objecto de mercancia.

LEI

« Art. 3.º A contravenção do art. 367 do Codigo Penal é punida com prisão celllular por um a tres mezes, além da pena estatuida no mesmo artigo.

« § 1.º As pessoas que tomarem parte, sem ser por algum dos modos especificados no § 2º do citado art. 367, em qualquer operação em que houver promessa de premio ou beneficio dependente de sorte (citado artigo, § 1º, 2ª parte), incorrerão nas penas de 50\$ a 100\$000.

« § 2.º Nas operações de que trata o citado art. 367 § 1º, 2ª parte do mesmo Codigo, não se comprehendem as que forem praticadas para resgate de titulos de companhias que funccionem de accordo com a lei, nem para cumprimento annual ou semestral de obrigações pelas mesmas contrahidas.»

(Lei n. 628, de 28 de outubro de 1899.)

COMMENTARIO

239. Os projectos de revisão, desde o primitivo de 1893, cuja exposição de motivos sobre todas as contravenções previstas por elle, relativas á moral publica, citamos no fim do capitulo antecedente, consagram disposições sobre esta materia.

O Cod. Ital. não a prevê, subsistindo as leis especiaes sobre as loterias e isto conforme a observação da commissão do Senado na discussão do projecto, para não dar um caracter de perpetuidade, nomeando a loteria, em um codigo novo e destinado á longa vida, a um instituto condemnado pela moral e pela opinião publica, e que deverá ser abolido apenas o permittam as condições financeiras do reino. ¹

A fonte do codigo nos artigos do texto foram as disposições de leis extravagantes posteriores ao codigo anterior.

Supprindo a lacuna, em nosso citado *Ante-Projecto* de 1889, compilamos a disposição então vigente, que é a do art. 367 do texto, que transcrevemos abaixo. ²

A lei pune as loterias e rifas, em primeiro lugar, para defender esse monopolio immoral das loterias officiaes ou publicas que o Estado, explora e em muitos paizes, por motivos diversos, não poudé ainda extinguir; e em segundo lugar e é um fundamento moralisante, pelas mesmas razões por que pune o jogo e a aposta em geral, salvas as excepções previstas nas leis. ³

Vê-se que a fonte do art. 367 do texto foi quasi que litteralmente a disposição transcripta na nota antecedente. A variante mais importante, entre um e outro, é que o art. 367 não adoptou a pena de prisão, que era pela lei de 1860 a *simples* ou de detenção.

A materia deste capitulo e do seguinte avultou de importancia desde que surgiu no Districto Federal e propagou-se pelos Estados a epidemia da *rifa, jogo*, ou que melhor classificação tenha, denominado JOGO DO BICHO.

¹ Majno, OBR. CIT., 2º vol., pag. 541, art. 487, n. 3002.

² Do autor: ANTE-PROJECTO DE 1889 CIT., *inédito* :

« Art. 310. São prohibidas as rifas de qualquer especie não autorizadas por lei, ainda que corram annexas á qualquer outra autorizada.

Penas — de prisão por dous a seis mezes, além da perda de todos os bens e valores sobre que versarem, ou forem necessarios para seu curso, e de multa igual á metade do valor dos bilhetes distribuidos. O producto dos bens, valores e multas de que trata o presente artigo, deduzidos 50 % da sua importancia a favor da pessoa ou empregado que der noticia da infracção, ou promover a sua repressão, será applicado ás despezas dos estabelecimentos pios que o Governo designar.

1.º Será reputada rifa a venda de bens, mercadorias, ou objectos de qualquer natureza que se prometter ou effectuar por meio de sorte; toda e qualquer operação em que houver promessa de premio ou de beneficio dependente de sorte.

2.º Nas penas deste artigo incorrerão os autores, emprehendedores, ou agentes de rifas; os que distribuirem, passarem ou venderem bilhetes destas; e os que por avisos, annuncios, ou por outro qualquer modo promoverem o seu curso e extracção.

(Lei n. 1099, de 18 de setembro de 1860, art. 1º §§ 1º e 3º.)

³ A proposito dos *jogos da bolsa*, anteriormente nós tratamos da agiotagem, do jogo e da aposta, occupando-nos do *estellionato* no cap. IV deste commentario (n. 216, pag. 272).

A jurisprudencia, a principio, e talvez ainda hoje, não muito firme, classificou-o de *jogo*, capitulando-o no art. 369 do seguinte cap III — *do jogo e da aposta*: « Os vendedores de *poules* do *jogo de bichos* incidem na sanção penal do art. 369 do Cod. Pen. »: Acc. Trib. Civ. e Crim., 4 novembro 1893. — *Viveiros de Castro*, relator. ¹

Mas o art. 3º n. 1º da lei n. 628, de 1899, cujo texto inserimos abaixo do texto do Cod. Pen., parece ter capitulado o chamado *jogo do bicho* como rifa ou loteria, comprehendida no art. 367, ao qual se referem o citado art. 3º e os seus §§ 1º e 2º.

Ao menos nesse sentido parece querer firmar-se a jurisprudencia sobre as bases moveiças daquella grotesca, embora prejudicial, e pequena criminalidade *indigena*.

E é o que vamos agora ver :

« *Jogo dos bichos* — Não fazem prova contra os indicados os depoimentos unicamente — como testemunhas — dos agentes de policia que effectuarem a busca e apprehensão e prisão, em flagrante, por serem accusadores: Acc. Trib. Civ. e Crim., 2 de dezembro 1899. — *Munis Barreto*, presidente. ²

« *Jogo de bichos* — Applicação do art. 367 do Cod. Pen. na conformidade do art. 3º da lei n. 628, de 28 de outubro de 1899 »: Acc. Trib. Civ. e Crim., 16 junho 1900. — *Zacharias Monteiro*, relator, com voto *vencido* do juiz Dr. *Montenegro*, bem fundamentado, ao menos em these, quanto nos foi possível apreciar.

Em todo caso a jurisprudencia se foi assentando em bases justas e racionais e parece assim firmada, como ainda se vai ver :

« Não incide nas penas do art. 367 do Cod. Pen., combinado com o art. 3º da lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, o individuo que vender a outrem papeis nos quaes haja apenas escriptos simples algarismos desacompanhados de qualquer vocabulo que lhes dê alguma significação, ainda que sejam tidos vulgarmente por bilhetes do denominado — *jogo dos bichos*. Admittido mesmo que os taes papeis representem semelhante jogo, não tendo este significação alguma juridica, por não tel-o *definido* a lei como *contra-venção*, escapa assim á sanção penal.

« Não se comprehende nas attribuições da Policia o pro-

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, CIT. vol. 4º, pag. 112.

² O DIREITO, vol. 82, pag. 268.

A douta redacção desta Revista faz a observação seguinte :

« Assim se exprime a sentença do Pretor, confirmada pela Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal. No caso, porém, os agentes de policia não podem ser considerados *partes accusadoras*: o seu depoimento não valerá, pelo motivo talvez de suspeição de parcialidade. »

vocar a pratica do dito jogo, mandando agentes seus comprarem os taes papeis ou bilhetes para, por meio de um flagrante assim preparado, formar culpa aos vendedores » : Acc. Trib. Civ. e Crim., 10 outubro 1900. — *Zacharias Monteiro*, relator.

« O *jogo dos bichos* não é uma contravenção ou crime previsto e qualificado sob *tal denominação* no Cod. Pen.— « As enunciações isoladas, sem nexa ou sentido algum, contidas nos papeis — instrumento do alludido jogo — não podem igualmente indicar que se trata de loterias e rifas prohibidas e punidas pelo art. 367 do Cod. Pen.

« A policia exorbita de suas attribuições, quando, pretendendo reprimir o denominado — *jogo dos bichos* — provoca a pratica deste, mandando emissarios seus comprarem os taes bilhetes ou papeis do jogo; e os processos por ella formados contra os vendedores, sobre esta base, são insubsistentes » : Acc. Trib. Civ. e Crim. 20 outubro 1900. — *Montenegro*, relator. ¹

210. Conforme vimos, um primeiro aresto qualificava como jogo realmente o fallado *jogo do bicho*, mas os posteriores revelam as hesitações entre tal qualificação e a de *loteria*; mas o § 1º do art. 3º da lei n. 628, inserta no nosso texto, parece ter querido apanhar nas malhas policiaes semelhante jogo ou loteria. A lei não se refere expressamente a elle.

« *Jogo de bichos* — Applicação do art. 367 do Cod. Pen. na conformidade do art. 3º da lei n. 628, de 28 de outubro de 1899 » : Acc. Trib. Civ. e Crim., 5 Dezembro 1900. — *Zacharias Monteiro*, relator. Com um voto vencido longamente e bem fundamentado do juiz Dr. Montenegro. Com referencia aos mesmos factos notamos, uma sentença conforme e igualmente bem fundamentada do Dr. Pennaforte Caldas, juiz da 3ª Pretoria. ²

Os tribunaes só teem que fazer justiça, applicando a lei.

Ainda que esta incriminasse textualmente como contravenção tal facto, a condemnação presuppõe a prova do crime e a prova do agente delle.

E nisto elles teem ido perfeita e correctamente.

Si. . a ambição e a ingenuidade humanas, para não dizer outra cousa, se deixam illudir, não será da violencia das accusações arbitrarías e condemnações iniquas que virá remedio ao mal.

A justiça por este caminho ficaria mais desmoralizada do que os *bicheros* por ella atingidos, mas não convencidos.

¹ O DIREITO, vol. 82, pag. 423; vol. 83, pags. 355 e 358.

² O DIREITO, vol. 84, pag. 151; JORNAL DO COMMERCIO n. 140 de 21 de Maio de 1901.

Garraud, resumindo o que dizem Chauveau e Hélie sobre o código francez, art. 410, e lei de 21 de maio de 1836, diz que até á data desta lei, em consequencia mesmo da existencia de uma loteria de Estado, o facto de tentar a sorte por este processo era licito, e o conjuncto das disposições representivas não tinha por fim sinão assegurar e garantir um monopolio. Dahi em deante, porém, a lei declara este facto illicito, unicamente em razão dos perigos sociaes que elle offerece. Deve-se dizer que o caracter juridico do delicto mudou? De modo algum; o que a lei pune, com effeito, é sempre a existencia de uma loteria ou de uma venda effectuada por meio de sorte (a nossa rifa); pouco importa que por este *meio* o culpado tenha ou não enganado os terceiros, porque a *intenção de fraude* não é constitutiva do delicto, que suppõe simplesmente que o delinquente tem agido com conhecimento de causa. Mas aqui, accrescenta Garraud, ha confusão entre a intenção propriamente dita e a intenção fraudulenta. ¹

O art. 367 do texto pune as loterias e rifas de qualquer natureza com as penas que estabelece, isto é, do confisco e da multa.

A estas penas a lei n. 628, art. 3º, principio, accrescentou a de prisão cellular por um a tres mezes.

No § 1º o código define o que é a loteria ou rifa.

No § 2º o código enumera os que devem incorrer em pena pela loteria ou rifa illegal.

O art. 3º § 1º da lei n. 628 allude a outras pessoas. parecendo, como vimos, querer apanhar os jogadores do *bicho*.

Não tendo o código feito excepção alguma, rigorosamente não podia escapar á sancção penal operação alguma em que houvesse promessa de premio ou beneficio dependente de sorte.

A lei citada é que no § 2º do art 3º faz excepção.

Em rigor os principios que condemnam toda loteria, condemnam tambem esses premios dependentes de sorte attribuidos a obrigações e quaesquer titulos na occasião do resgate ou outra qualquer epoca.

Mas, como a excepção é determinada na lei, como já estava na pratica, o facto escapa á sancção penal.

Garraud demonstra bem isso, discutindo as questões que este ponto tem suscitado em França na legislação e na jurisprudencia. ²

O art. 368 do texto prevê um caso especial, a recepção de bilhetes de loterias estrangeiras para vender, indicando

¹ Chauveau e Hélie, *OBRA CIT.*, vol. 5º, pag. 545, n. 2332; Garraud, *OBRA CIT.*, vol. 5º, pag. 410, n. 394. Sobre *loterias* vide Frèrejouban du Saint, *JEU ET PARI*, Paris, 1893. Parte III cap. 6º, pag. 325.

² Garraud, *OBRA CIT.*, vol. 5º, pag. 413, ns. 397 e 398; vide Nypels, *OBRA CIT.*, 2º vol. art. 301, pag. 285.

as pessoas a quem pôde ser applicada a pena, isto é, do confisco e da multa.

A fonte do código foi a legislação anterior.

A lei n. 1093, de 1 de setembro de 1860, estabelecia a penalidade de dois a seis mezes de prisão e apprehensão dos bilhetes; a de n. 3140, de 30 de outubro de 1882, art. 13, a de contrabando (código criminal anterior, art. 177); finalmente, a de n. 3329, de 3 de setembro de 1884, art. 14, estabelecia a mesma pena e mais a de seis mezes de prisão, pena esta que o art. 368 do texto não menciona.

CAPITULO III

DO JOGO E DA APOSTA

CODIGO

Art. 369. Ter casa de tavolagem, onde habitualmente se reúnem pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar ou estabelecê-los em logar frequentado pelo publico:

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes; de perda para a fazenda publica de todos os apparatus e instrumentos de jogo, dos utensilios, moveis e decoração da sala do jogo, e multa de 200\$ a 500\$000.

Paragrapho unico. Incurrerão na pena de multa de 50\$ a 100\$ os individuos que forem achados jogando.

Art. 370. Consideram-se jogos de azar aquelles em que o ganho a perda dependem exclusivamente da sorte.

Paragrapho unico. Não se comprehendem na prohibição dos jogos e azar as apostas de corridas a pé ou a cavallo, ou outras semelhantes.

Art. 371. Jogar com menores de 21 annos ou excital-os a jogar:

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 50\$ a 100\$000.

Art. 372. Usar de violencia para constringer alguém a jogar, ou manter jogo:

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 200\$, além das mais em que incorrer pela violencia.

Art. 373. Usar de meios fraudulentos para assegurar a sorte no jogo ou o ganho na aposta:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 374. Será julgado e punido como vadio todo aquelle que se sustentar do jogo, além de incorrer na pena do paragrapho unico do art. 369.

LEI

« Art. 4.º Todo o logar em que é permittido o accesso de qualquer pessoa, mediante pagamento de entrada ou sem elle, para o fim de jogo, é considerado logar frequentado pelo publico para o effeito da lei penal.»

(Lei n. 638, de 28 de outubro de 1899.)

COMMENTARIO

211. E' innegavel a contradicção ou desharmonia em que se acham as leis scientificas, moraes e economicas do trabalho humano com os dois factos ou antes com esse facto de duplo aspecto, os jogos e apostas como fórmas de circulação e consumo de riqueza. O *jogo* é um contracto pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam, entregando-se ao jogo, a pagar aquella dentre ellas que ganhar, uma somma ou um objecto dado. A *aposta*, o contracto pelo qual duas pessoas, que são de opinião contraria sobre um assumpto, estipulam que aquella cuja opinião foi fundada receberá da outra uma somma ou um objecto dado.

O direito penal não póde incriminar sinão os jogos de *azar*. Mas dous systemas dividem as leis e os codigos em relação á sua incriminação considerada extensivamente. Conforme o primeiro, pune-se algumas vezes com a mesma pena e ás mais das vezes com penas distinctas, tanto os *simples jogadores* como os *donos* de casa de jogo.

E' o systema dos codigos allemão, §§ 284 e 285; holandez, arts. 456 e 457; hungaro, arts. 87 e 88; hespanhol, art. 358; e outros inclusive o nosso, art. 369 e os projectos de revisão que seguiram o codigo italiano, art. 385.

Conforme o segundo systema, não são punidos os *simples jogadores*, mas sómente *aquelles que teem jogos*, os administradores ou empzarios.

Este systema é o dos codigos francez, belga e genebrino, e o nosso anterior, art. 285. Realmente, o codigo francez, arts. 410 e 475, § 5º, tende unicamente á repressão dos jogos de azar propriamente ditos, e ainda assim não pune os jogadores mesmos, mas sómente por um lado, aquelle que tiver uma casa de jogos de azar, e por outro lado aquelles que tiverem estabelecido ou tido estas especies de jogos num logar publico. O primeiro facto é um *delicto*, o segundo é uma *contravenção*. Tentar a sorte, mesmo em publico, mesmo numa casa de jogo, não é uma infracção, nem para aquelle que perde, nem para aquelle que ganha. Mas fazer do jogo um mister, fornecer aos jogadores a occasião de se entregarem ao seu vicio, eis aqui o que é perigoso e immoral, eis aqui o que deve ser punido, na opinião de Garraud.

Este pergunta, o que é *jogo* de azar?

E observa que as leis inglezas encerram uma enumeração dos jogos prohibidos, dos jogos em que, quer o ganho, quer a perda dependem do azar. ¹

Outras legislações, em logar de estabelecerem enumeração, definem os jogos de azar. Assim o codigo do

¹ Vide Stephen, *Onr. cr.*, pag. 144, art. 204.

Tessino, art. 195, o hungaro, art. 91, o nosso com os projectos de revisão e cuja fonte commum foi o codigo italiano, art. 487. Mas o codigo francez não segue, nem um, nem outro destes systemas legislativos; não enumera, nem define os jogos desta especie. Assim é uma questão delicada na opinião do citado autor determinar o que é um jogo de azar e fazer applicação do conceito ás diversas especies de jogo.

Seguindo a doutrina dos arestos, Chauveau e Hélie dizem que são aquelles em que só o azar os preside; e Blanche, aquelles em que o acaso predomina na destreza e nas combinações da intelligencia. ¹

O art. 371 foi reproduzido dos codigos portuguezes, art. 266.

E' uma tutela especial que o legislador entendeu dever estabelecer em beneficio da familia.

O projecto de 1899, art. 400, reproduziu a disposição ampliando-a.

O nosso codigo criminal anterior, art. 281, era muito defectivo, toruando dependente das posturas municipaes a qualificação dos jogos prohibidos.

Os projectos de revisão melhoraram o codigo vigente ainda nesta parte.

O ministro italiano Zanardelli, referindo-se á punição do jogo, dizia que o codigo penal, evitando excessivas ingerencias que o fariam invadir a esphera da moral, deve intervir com sancções opportunas, desde que o jogo degenere de recreio honesto, que é, nos perigos do azar, maxime si delle se faz depender o ganho ou a perda de valores consideraveis e ao mesmo tempo o facto assuma o character de publicidade.

O nosso codigo penal, art. 369 do texto, define a casa de tavolagem, com uma variante que comprehende o exercicio do jogo em logar que não seja casa, dizendo:

«Ter casa de tavolagem onde *habitualmente* se reunam pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar;

«ou estabelecel-os em logar frequentado pelo publico.»

A definição ou conceito do codigo italiano, art. 484, é mais simples: «aquelle que em logar publico ou aberto ao publico tem um jogo de azar, ou presta ao mister o local, é punido, etc.».

O *habito* é *aggravante* e não elemento da contravenção, como no art. 369, o que difficulta a repressão por ser necessario provar mais este requisito.

¹ Garraud, *OBR. CRT.*, vol. 5º, pag. 334, n. 371; Nypels, *OBR. CRT.*, vol. 4º, art. 557, n. 3, pag. 408.

O art. 4º da lei n. 628 que inserimos tambem no texto ampliou mais a noção do local destinado ao jogo, seguindo os projectos de revisão, cuja fonte foi o cod. ital. art. 487.

Conforme o art. 369, a pena é de prisão, confisco e multa para o dono, empresario ou *banqueiro* do jogo, e uma multa menor para os simples jogadores.

O nosso codigo, art. 369 não comprehende no confisco o dinheiro exposto ou parado no jogo, afastando-se assim aqui do cod. ital. art. 483.

No art. 370 o codigo define como jogos de azar aquelles em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte.

Os projectos de revisão, o de 1899, art. 402, seguindo mais á letra o italiano art. 487, declaram que são considerados jogos de azar aquelles em que o ganho ou a perda dependem exclusivamente ou *quasi* exclusivamente da sorte.

O paragrapho unico do art. 370 exclúe certas apostas, disposição que nos projectos de revisão, art. 399, ficou melhor redigida, mais comprehensiva, porém mais precisa.

Mas em taes materias na pratica surgem sempre duvidas, como mosram os arestos que vamos citar :

« As provas dos autos fazem certo que o predio arrendado pelo recorrente era uma *casa de tavolagem*, no sentido da definição legal, o que quer dizer que ahí se praticava a contravenção do art. 369 do codigo : » Acc. conselho Trib. Civ. e Crim. 5 maio 1898 — *Muniz Barreto* p. e relator.

« As apostas feitas pelos estabelecimentos denominados *Book-makers*, mediante *poules*, embora tratando-se de corridas a cavallo, constituem *jogos de azar* (arts. 369 e 370 do cod. pen.), todas as vezes que em taes estabelecimentos o publico é, em geral, admittido a apostar e que se tem por objecto a paixão do jogo, explorado com o fim de lucro : » Acc. Trib. civ. e Crim. 16 maio 1896 — *Miranda* relator. ¹

O art. 372 tambem teve sua fonte nos mesmos codigos art. 268.

E assim tambem a disposição do art. 373, nos mesmos codigos art. 269.

Mas os codigos portuguezes mandam applicar as penas do furto, ao passo que o nosso no art. 373 estabelece a pena grave de um a quatro annos de prisão celllular !

Isto destôa do proprio systema do codigo e não guarda a devida proporcionalidade com outras disposições sobre o furto e o estellionato, porque a pena destes crimes varia com o valor do objecto sobre que versam.

Conforme o direito inglez, aquelle que mediante fraude ou artificio illicito ganhe no jogo ou sobre apostas, qual-

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA, C. I. T. vol. 3º, pag 436 ; vol. 4º pag. 108.

quer somma de dinheiro ou outra cousa de valor, responde por estellionato, sendo punido com as penas deste. ¹

Finalmente o art. 375 ainda tem a sua fonte nos codigos portuguezes, art. 264.

O codigo impõe no caso a pena pecuniaria prevista no parographo unico do art. 369.

Está claro que as penas do *radio* do art. 399 farão objecto de processo especial (arts. 399 a 401, n. 253).

E como a fonte dos arts. 371 a 374 foi o referido codigo, podem ser consultadas as obras de Silva Ferrão e Levy Jordão. ²

« Nos termos do art. 369 do cod. pen. a contravenção do jogo se caracteriza nos seguintes casos :

1º, quando o individuo tem casa de tavolagem, isto é, casa onde habitualmente se reunam pessoas, embora não paguem entrada para jogar jogos de azar; 2º quando estabece jogos de azar em logar frequentado pelo publico; 3º, quando for encontrado jogando jogos de azar em casas de tavolagem ou em logar frequentado pelo publico. E' licito portanto todo jogo que não for de azar.

Sómente incidem na sancção penal os jogos de azar. Todos os outros são licitos.

O jogo de *bichos* é um jogo de azar, porque o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte.» Acc. da Camara crim. do Trib. Civ. e Crim, 20 de dezembro de 1899, *Viveiros de Castro* relator. ³

Este aresto é posterior à lei n. 628, de 1893, transcripta em parte no texto do cap. anterior e em parte neste; mas o aresto versa sobre factos passados ainda sob o regimen exclusivo do codigo.

Assim parece-nos que pela lei o chamado, *jogo do bicho* é rifa ou loteria, de que tratamos no cap. anterior (n. 240).

Ainda resta notar em relação ao mesmo aresto que depois d'elle a citada lei ampliou o conceito da casa de tavolagem ou do local destinado ao jogo, conforme dissemos.

Sobre a doutrina geral do capitulo póde ser consultada a obra especial que citamos abaixo, assim como outra que já temos citado sobre uma classe especial de jogadores, verdadeiros malfeitosores de profissão, ⁴

¹ Seymour Harris, OBR. CIT. pag. 90.

² Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 354, arts. 264 e segs. Levy Jordão, OBR. CIT. vol. 3º pag. 62, arts. 264 e segs.

³ Viveiros de Castro, JURISPRUDENCIA CRIMINAL, CIT, cap. XXVII, *a contravenção do jogo*, pag 310. O autor, relator do feito, precede o aresto da doutrina relativa ao conceito da especie, classificação dos jogos etc.

⁴ Frérejouan du Saint, JEU ET PARI, 1893, parte I, cap. 2º, pag. 99. Parte II, cap. 3º, pag. 204, sobre o *jogo e a aposta*; Puibaraud, OBR. CIT. Cap. XVIII, *les grecs*.

CAPITULO IV

DAS CASAS DE EMPRESTIMOS SOBRE PENHOES

Art. 375. Estabelecer casas de emprestimo sobre penhores sem autorização, ou, tendo obtido esta não manter escripturação regular na forma determinada nas leis e regulamentos do Governo :

Pena—de multa de 500\$ a 2:000\$, sem prejuizo de outras em que incorrer.

COMMENTARIO

242. Os projectos de revisão, o de 1899, art. 408, reproduziram o artigo do texto aggravando a pena na reincidência com addicção da prisão com trabalho.

Conforme diz mesmo o codigo—sem prejuizo de outras em que incorrer e é o que já dispunha a nossa lei de 22 de agosto de 1860, art. 2 § 23, que deve ter sido a fonte do codigo.

O cod. chileno, não obstante a regulamentação especial do assumpto, contem nos seus arts. 280 a 283, disposições mais perfeitas e serias sobre elle. ¹

A fonte primitiva foi a legislação franceza, codigo art. 411, reproduzido e melhorado no belga, arts. 306 a 308.

«Estabelecer casa de emprestimo sobre penhores» — suppõe o legislador em consequencia que haja uma casa, um estabelecimento que tenha uma situação de permanencia. Alguns factos isolados de emprestimos sobre penhor não bastam para constituir o delicto. Todavia, diz Dalloz, não seria mister exigir com rigor um habito constante e não interrompido, porque então se tornaria muito facil illudir a lei.

Pertence aos tribunaes, aqui como em todos os outros casos, decidir sobre o numero de factos constitutivos do *habito* e por conseguinte declarar quando o indiciado é reputado pela lei ter um estabelecimento ou casa de emprestimos sobre penhor. A clandestinidade dos emprestimos não manifesta sinão o desejo de subtrahir-se á vigilancia e ao processo e não faz obstaculo á existencia do delicto.

O art. 375. do texto, do mesmo modo que o cod. francez art. 411, e belga, arts. 306 e 307, prevê e pune dous factos : o de estabelecer ou de ter casa de emprestimos sobre penhor, sem autorisação legal ; e o facto para as casas ou estabelecimentos autorizados, de não manter escripturação regular na forma determinada nas leis e regulamentos do Governo. Estas duas infracções são certamente puniveis, desde que ellas tiverem sido commettidas voluntariamente ; a lei não

¹ Vera, COD. PEN. DE CHILE, ETC. pag. 473, app. pag. 761.

se preocupa do movel do agente, ella não se occupa da sua boa ou da sua má fé; trata-se de punir a contra-venção, *voluntaria* ou *culposa* á uma lei ou a um regulamento. A questão da boa fé não é mesmo ventilada, por que ella só poderia resultar aqui da ignorancia da lei.

Esta solução ajusta-se rigorosamente ao art. 375 do texto, *ex vi* dos arts. 8, 24 e 26 letra *a*.

O primeiro caso comprehendido no artigo do texto tem como elementos constitutivos; 1º um estabelecimento ou casa de empréstimos; 2º que estes empréstimos tenham sido feitos sobre penhor 3º que a casa ou estabelecimento não tenha sido autorizado a funcionar pelo poder competente.

O artigo do texto é só applicavel ás casas que fazem mister de emprestar sobre depositos de cousas moveis e não áquellas que fazem adiantamentos sobre titulos representativos de credito.

Com effeito, o art. 411 do cod. francez foi edictado para proteger os montes de soccorro, *monts-de-piété*, isto é, para impedir o estabelecimento de casas de empréstimos em concurrencia com elles, e estes restringem e tem sempre restringido suas operações aos adiantamentos sobre cousas moveis.

Os autores do cod. belga de 1837, diz Nypels, não tem em parte alguma a intenção de modificar sob este ponto de vista a legislação existente e causar offensa á uma industria que se exerce ostensivamente por um grande numero de estabelecimentos financeiros e com uma importancia consideravel.

A infracção prevista na 2ª parte do art. 375 do texto, parallelamente ás do cod. francez art. 411 e belga, art. 307, é relativa á administração das casas de empréstimos sobre penhor, cujo estabelecimento foi autorizado. O legislador quiz dar uma sancção a formalidades que tem por fim garantir o mutuário contra a fraude ou anegligencia dos administradores da casa.

Esta deve «manter *escripturação* regular na *forma* determinada nas leis e regulamentos do governo».

Sobre a disposição parallelamente, diz Nypels, ella impõe ao administrador da casa duas obrigações: elle deve ter uma *escripturação* e deve seguir na *escripturação* as formalidades prescriptas nos regulamentos; o que diz quasi pelas mesmas palavras o nosso texto.

Em consequencia, a infracção resulta tanto das irregularidades commettidas na *escripturação* como da falta absoluta de *escripturação*.

O texto do cod. belga declara o que a *escripturação* deve conter. Todas as indicações que elle exige são igualmente importantes e a omissão duma só constituiria a infracção.

Que resta fazer pelo regulamento? Seria difficil, res-

ponde Nypels, achar uma indicação importante fóra daquellas que o texto prescreve. Dizendo porém que a escripturação deve ser conforme aos regulamentos, o legislador tem entendido provavelmente que a escripturação deve ter a fórma que for prescripta nos regulamentos, e a adopção duma outra fórma, constituiria desde logo a infracção, sendo preterida aquella.

Esta solução se adapta ainda melhor ao nosso código que não dá indicação alguma, empregando apenas as expressões *escripturação regular*.

Garraud e Nypels discutem e resolvem varias questões, opinando de accordo com a jurisprudencia, que as cautelas dos Montes de Socorro, os *warrants* ou *récépissés* e os conhecimentos de carga, representando cousas corpóreas, os que emprestão sobre elles pretextando que são titulos de credito incorrem na sanção penal e nos termos das disposições citadas parallelas ao nosso art. 375 do texto. ¹

Esta jurisprudencia parece coadunar-se com as disposições do Decr. n. 2502 de 24 de abril de 1897, quando diz :

« Art. 3.º O conhecimento de deposito e o *warrant*, unidos ou separados se transferem por endosso, com a data do dia em que é feito.

O endosso dos dous titulos transmite a livre disposição da cousa depositada ; a do só *warrant* representa a posse a titulo de *penhor* e o do só conhecimento do deposito o direito de disposição onerado de *penhor*.»

O mesmo se poderá dizer dos *certificados de deposito* de generos nacionaes nos armazens das Alfandegas conforme autorisou a lei n. 746 de 29 de dezembro 1900, art. 29, ns. 23 e 24, e cujas disposições forão regulamentadas para sua execução pelo Decr. n. 3.945 de 4 de março de 1901 de accordo com aquelle outro—art. 7º.

Em França entretanto, parece conforme a opinião de Perrin, commentador da lei de 18 de julho de 1898 sobre *warrants* agricolas que estes neste ponto não podem ser equiparados aos commerciaes. ²

¹ Vid. Nypels, *obr. cit.*, vol. 2º, pag. 300 i, art. 306 ; Garraud, *obr. cit.* vol. 5º pag. 421, n. 402.

² Perrin, *LES WARRANTS AGRICOLES*, Paris, 1898. pag. 23.

E sobre *warrants* ver o magistral estudo do nosso commercialista Carvalho de Mendonça:

O *Direito*, vol. 77, pags. 5, 161 e 321 ; e vol. 81 pag. 5 e 161, apreciando as nossas reformas em face do direito comparado ; assim como a monographia que já temos citado de—Inglez de Souza, *TITULOS AO PORTADOR*, Rio de Janeiro 1898, pag. 410.

CAPITULO V

DO FABRICO E USO DE ARMAS

CODIGO

Art. 376. Estabelecer, sem licença do Governo, fabrica de armas, ou polvora :

Penas — de perda, para a Nação, dos objectos apprehendidos e multa de 200\$ a 500\$000.

Art. 377. Usar de armas offensivas sem licença da autoridade policial :

Pena — de prisão cellular por 15 a 60 dias.

Paragrapho unico. São isentos de pena :

1º, os agentes da autoridade publica, em diligencia ou serviço;
2º, os officiaes e praças do Exercito, da Armada e da Guarda Nacional, na conformidade dos seus regulamentos.

COMMENTARIO

243. Os projectos de revisão deram mais elasterio ás deficientes disposições dos artigos do texto, o ultimo dos quaes sómente figurava no nosso codigo anterior (arts. 297 a 299).

Taes contravenções, assim como as do capitulo seguinte foram classificadas naquelles projectos como contrarias ou relativas á *incolumidade publica*, e por isso vamos citar a nossa exposição de motivos sobre o projecto primitivo.

O 1º capitulo deste projecto se refere a este, o outro ao seguinte capitulo VI do codigo.

Dissemos então :

No capitulo 1º deste titulo o projecto reproduziu o codigo anterior com as alterações do actual, mas, renovando disposições daquelle, supprimidas pelo ultimo, ampliando-as ligeiramente.

De modo harmonico com os factos mais graves previstos no livro anterior desta parte, o outro capitulo deste titulo aceitou do codigo vigente uma serie de contravenções das que costumam ser qualificadas como de *perigo commum* ou *contra a segurança geral* e que, quanto ao genero, constituem factos contra a *incolumidade publica*.

O projecto, attendendo a que o novo codigo teve ahi como fonte o italiano, de accordo com este, ampliou ou antes additou apenas as respectivas disposições. ¹

O codigo no art. 376, punindo quem estabelecer, sem licença do governo, fabrica de *polvora*, devia ter empregado uma palavra mais generica. v., g., materias explosivas,

¹ Exposição DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 26.

pois que mais perigosas que aquella são a dynamite, a melinite e outros productos.

As disposições do nosso código nos artigos do texto podem ter como parallelas as do código francez, arts. 314 e 315 e as do belga, arts. 316 a 318, estas mais severas.

Editada a titulo de medida preventiva, diz Nypels, a tutelar a segurança publica, nossa contravenção existe independentemente dos motivos e da intenção que teem podido determinar um individuo a commetter o facto; é uma infracção puramente *material* (ns. 236 e 237).

Reina a maior divergencia na doutrina franceza e belga sobre a definição de arma offensiva, occulta e secreta, cujo porte é o que a lei prohibe.

A prohibição do fabrico, livre em França, varia na Belgica com a natureza da arma, sendo permitido o fabrico dos revolvers e pistolas de algibeira, mas não o porte.

O nosso código no art. 375, fallando do fabrico sem autorização ou licença do governo, emprega sómente a expressão *armas*.

Quanto ao porte ou uso, art. 376, diz em geral de *armas offensivas*.

Este uso quer dizer porte, isto é, trazel-as comsigo.

Entre nós nunca se contestou que alguém pudesse ter armas em casa para sua defesa.

A doutrina dos autores vai mais adiante, conciliando-se, aliás, sinão com a lei tambem, com costumes nossos.

Assim, diz Garraud, importa não confundir a simples *posse* de uma arma prohibida com o uso, *port*, desta arma que sómente constitue a infracção.

E' assim que o facto, para um viajante, de ter em uma mala ou em um sacco pistola de algibeira ou punhaes, não entra nos termos da incriminação.

A arma se deve achar *sobre a pessoa do indiciado* para que a infracção possa existir; mas, si é necessario que a arma seja *trazida* ou *levada*, *portée*, importa pouco que ella seja usada em um *logar publico* ou em um *logar particular*.

O facto é, de resto, punido como infracção material, independente de toda circumstancia aggravante, de toda cumplicidade de um delicto qualquer, e qualquer que seja a boa fé do agente, a innocencia de suas intenções. Este character da infracção resulta, sem razão de duvidar, que se trata aqui de uma medida preventiva, conforme dizem tambem Chauveau e Hélie.

Si a lei intervem para punir o porte de armas, não é em vista do uso actual que é feito pelo culpado da arma de que elle é portador, mas em vista do uso ou emprego que elle póde fazer della, da facilidade que ella lhe proporciona para commetter um delicto. Tambem o código francez,

art. 311, e lei de 24 de maio de 1834, art. 10, acrescentam que as penas no delicto de porte de armas prohibidas serão applicadas sem prejuizo daquellas em que os culpados possam incorrer como autores ou cumplices de quaesquer outros crimes, salvo no concurso das duas penas, a não applicar-se sinão a mais grave. ¹

O paragrapho unico do art. 377 declara os que estão isentos de pena do uso de armas. O codigo italiano, arts. 460 a 470, regulou severa e minuciosamente a materia.

Vêr o aresto sobre uso de armas (n. 237, pag. 346)

Mas o nosso codigo penal no art. 377 do texto tem uma lacuna que pôde dar logar a muitas duvidas na pratica, por que diz simplesmente : *armas offensivas*.

O nosso codigo criminal anterior, art. 299, por uma disposição de fórmula negativa em que aliás incluia a faculdade dada ás municipalidades para declarar quaes eram as armas offensivas, etc., offerecia base para solução das questões relativas.

Modernamente o codigo italiano, art. 155, dá a noção de *armas*. E Pio Viazzi, a proposito do crime de resistencia, em recentissima monographia, suscita e discute bem as questões pertinentes ao assumpto, fazendo a critica de arestos que se teem até desviado do espirito do codigo, considerando como armas no sentido da lei o que não pôde ter semelhante caracter. ²

CAPITULO VI

DAS CONTRAVENÇÕES DE PERIGO COMMUM

CODIGO

Art. 378. Conservar soltos, ou guardados sem cautela, animaes bravios, perigosos, ou suspeitos de hydrophobia ; deixar, neste ultimo caso, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir ;

Deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou, quando evadidos de seu poder, não avisar á autoridade competente, para os fazer recolher ;

Receber em casa particular sem aviso prévio á autoridade, ou sem autorisação legal, pessoas affectadas de alienação mental ;

Deixar o medico clinico de denunciar a existencia de doentes de molestia infecciosa á autoridade competente, afim de que esta possa providenciar opportunamente na conformidade dos regulamentos sanitarios ;

¹ Chauveau e Hélie, *Obv. cit.*, vol. 4º, pag. 103, n. 1396 ; Nypels, *Obv. cit.*, vol. 2º, pag. 334, arts. 316-318 ; Garraud, *Obv. cit.*, vol. 4º, pag. 401, n. 403.

² Pio Viazzi, *IL DELITTO DI RESISTENZA, LA RESISTENZA LEGITTIMA E IL RIFIUTO DI OBEDIENZA*, Milano, 1901, pag. 76, n. 31, extrahido da *Enciclopedia Giuridica Italiana*.

Destruir ou remover signaes collocados na via publica para prevenir algum sinistro ou advertir de perigo os transeuntes ;
Dar aviso falso de incendio ;
Pena — multa de 50\$ a 100\$000.

COMMENTARIO

2. 1. 1. O codigo penal anterior não continha disposições semelhantes.

Os projectos de revisão reproduziram as varias disposições do art. 378 do texto, redigindo-as de modo melhor, tendo sido a fonte commum o codigo italiano em varios capitulos.

A primeira alinea do artigo do codigo corresponde ao italiano art. 480.

O art. 378, na primeira alinea, pune tres factos distinctos :

1º, conservar soltos animaes bravios, perigosos ou suspeitos de hydrophobia ;

2º, guardar sem cautela taes animaes ;

3º, deixar, a respeito dos suspeitos de hydrophobia, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir.

As duas primeiras contravenções, diz Majno, exigem tratar-se de animaes ferozes ou perigosos ; e taes não são sómente os animaes perigosos por sua natureza feroz, mas também aquelles que offerecem perigo por má instincto ou má educação, como, por exemplo, os cães que mordem sem ser provocados.

A primeira das ditas contravenções consiste no facto de conservar soltos animaes bravios, perigosos, etc. A lei não distingue si o animal é deixado solto em logar publico ou aberto ao publico, ou também num recinto particular accessivel a varias pessoas.

A segunda contravenção consiste em guardar taes animaes sem as devidas cautelas.

A dicção do codigo italiano differe, porque se refere aos regulamentos e na ausencia delles diz Majno que o facto só será punido si o animal matar ou ferir alguém, porque o supposto contraventor responderá pela *culpa*.

A terceira contravenção consiste no facto de omittir aviso immediato, si ha suspeita de hydrophobia, e aqui a lei não distingue si se trata de animaes ferozes ou não.

Taes contravenções subsistem pelos factos unicos porque se revelam, independente de ter derivado damno delles á pessoa.

Si animaes nas condições figuradas nos factos, para constituirem contravenções, matam ou ferem, os contraventores responderão por homicidio ou lesão por *culpa*.

As alíneas segunda e terceira do art. 378 do texto tiveram como fonte o código italiano arts. 477 e 478, tendo o código, assim como os projectos de revisão, omitido a aggravante do art. 479.

Majno commentando o art. 477, correspondente á segunda alínea do nosso art. 378, diz que, quando o artigo falla de loucos *confiados á guarda*, allude áquelles que a familia tenha confiado a um hospício, asylo (*manicomio*) ou casa de saude, ou dos quaes a entrega tenha sido feita pela autoridade ; allude tambem áquelles que tenham sido por outro modo confiados, ainda fóra de um manicomio ou casa de saude.

A 3ª alínea do art. 378 corresponde ao art. 478 do italiano e conforme os seus interpretes, o aviso á autoridade, é sómente para o caso em que não se exija autorisação legal ; si esta for necessaria, o aviso sómente á autoridade não salva o contraventor.

A segunda e terceira alíneas differem ; na primeira se trata de loucos, na segunda de pessoas affectadas de alienação mental, o que aliás póde não passar de simples suspeita.

A quarta alínea contém como contração um facto mais proprio para fazer objecto dos regulamentos sanitarios ; uma vez mesmo que o código pune-o como as outras contrações deste capitulo apenas com a multa de 50\$ a 100\$000.

A alínea quinta do mesmo art. 378 considera contração o facto de « destruir ou remover signaes collocados na via publica para prevenir algum sinistro ou advertir de perigo os transeuntes ».

A fonte da disposição foi ainda aqui o código italiano arts. 473 e 474, que apezar de mais minucioso consagra neste ultimo uma norma geral muito mais comprehensiva que a disposição restricta do nosso, que rigorosamente é uma das especies previstas no citado art. 473, segunda parte daquelle código.

E sobre esta, diz Majno, a segunda alínea do art. 473 pune aquelle que arbitrariamente remove os *sobreditos signaes*.

Não falla de quem remove a *cerca (ripari)*, e as leis penaes são de estricta interpretação ; pelo que a remoção de anteparos ou cercas não poderá incidir nos casos relativos, sinão sob as sanções do damno, do furto ou dos delictos culposos contra as pessoas. ¹

A sexta e ultima alínea do art. 378 pune o *falso* aviso de incendio ; o engano ou o zelo de evitar o perigo deve desculpar o contraventor.

¹ Majno, *OUR. CIT.*, 2º vol., pag. 519 e arts. cits.

CAPITULO VII

DO USO DE NOME SUPPOSTO, TITULOS INDEVIDOS E OUTROS DISFARCES

CODIGO

Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, de titulo, distinctivo, uniforme ou condecoração que não tenha ;

Usurpar titulo de nobreza, ou brazão de armas que não tenha ;
Disfarçar o sexo, tomando trajos improprios do seu, e trazel-os publicamente para enganar :

Penas—de prisão cellullar por 15 a 60 dias.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá a mulher que, condemnada em acção de divorcio, continuar a usar do nome do marido.

Art. 380. Si por meio de algum dos artificios precedentemente mencionados, alguém conseguir de outrem, dinheiro ou utilidade ;

Penas—as do art. 333.

Art. 381. Fingir-se empregado publico :

Penas—de prisão cellullar por um a tres mezes.

Si por esse meio conseguir obter de outrem dinheiro ou utilidade :

Penas—as do art. 338.

COMMENTARIO

243. A fonte de disposição embora alterada, foi o codigo anterior arts. 256, 273, 301 e 302.

Os projectos de revisão não collocaram nenhum dos factos do texto entre as contravenções; e variando de titulo apenas em parte, as collocaram todas ou quasi todas num capitulo do titulo dos crimes contra a administração publica; e ahí já havíamos alludido ás suppostas contravenções, collocando fóra daqui as respectivas disposições (p. 163, n. 52 1º vol).

E embora mal classificadas aqui taes figuras, parece que ellas entendem com as contravenções relativas á ordem publica, sob cujo titulo, podem ficar as contravenções comprehendidas em todos os seguintes capitulos do Codigo, mesmo talvez as do cap. XI.

Assim, repetimos o que sobre esses factos contrarios á ordem publica, diziamos, justificando o projecto primitivo :

O primeiro capitulo deste livro contém factos novos, mas nem todos são tão originaes que não deixem de ter precedentes, embora mais restrictos nos codigos anteriores ; por exemplo, no Criminal, art. 118.

O capitulo 5º simplifica as disposições anteriores sobre as sociedades secretas.

O seguinte comprehende os vadios e mendigos. A mendicidade é um problema que não pôde ser descuidado ; a caridade particular e o asylo não resolvem inteiramente a situação que ella representa.

É uma fôrma do vicio, da immoralidade, e do crime, generalizada como muitos não suppõem, passando-lhes despercebido o phenomeno.

A sanção penal, especialmente com o caracter do trabalho para o mendigo valido e o asylo obrigatorio para o invalido, são indispensaveis.

Assim, para os vadios e mendigos, o projecto consagra pena alternativa de detenção ou de trabalho especial na colonia penal, uma vez que o decreto n. 145 de 12 de julho de 1893 não pôde estar ainda em execução, e uma vez executado, é de crer que os juizes prefiram decretar a pena mais adequada á tal classe de individuos.

O que sobre este ponto se poderia dizer está compendiado no discurso do relator deste parecer, pronunciado na sessão de 16 de setembro do anno passado (1892) sobre o projecto convertido naquelle decreto. ¹

Finalmente, o ultimo capitulo reproduz as disposições do codigo actual acerca dos *capoeiras*.

Em falta de um conjuncto de providencias adequadas e severamente executadas para substituir taes disposições, o que não é de facil consecução, o projecto preferiu mantel-as como se achavam redigidas. ²

A fonte primitiva dos artigos do texto foi o codigo francez arts. 253 e 259.

A simples mudança ou troca de nome, que todos os dias nós estamos vendo dar-se, sem má fé e ás vezes por motivo justificado para não confundir-se a identidade da pessoa com outras de igual nome, não é punivel, ainda que o art. 379 estabeleça um principio absoluto.

Por outro lado, em geral, os codigos só punem, por exemplo, o francez art. 259, a usurpação do titulo ou a falsificação do nome em vista de se attribuir o individuo uma distincção honorifica.

Entendemos que a disposição do art. 379 está naturalmente restringida em seu dispositivo pela Constituição Federal da Republica, quando no art. 72 declara :

« § 2.º Todos são iguaes perante a lei. »

A Republica não admittre privilegios de *nascimento*, desconhece *lôros de nobreza* e extingue as ordens *honorificas* existentes e todas as suas *prerogativas e regalias*, bem como os titulos *nobiliarchicos* e de conselho. »

Assim entre nós, nos parece que o individuo pôde im-

¹ ANNAES vol. 5º, pag. 93, *discurso* do deputado João Vieira.

² EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 28.

punemente dizer-se filho do sol e neto da lua, imperador da Cochinchina, moço fidalgo, criado de galão branco ou amarello, duque ou marquez, etc.

Poderá cair no ridiculo, mas não commetterá uma contravenção.

Commentando a citada disposição da Constituição, diz Milton :

— Como curiosidade historica, e mesmo para dar idéa do apreço em que os brasileiros em geral tiveram sempre as condecorações e os titulos honorificos, seja-me permittido recordar aqui a emenda offercida pelo deputado Paulo Araujo, em 20 de junho de 1831, a certo projecto que tinha sido apresentado, na camara de que elle então fazia parte :

Eil-a : « E' livre e permittido à qualquer pessoa chamar-se barão, visconde, marquez, duque, ou tomar qualquer outro titulo de nobreza, e igualmente uzar de qualquer condecoração das ordens que tem conferido o governo do Brazil, excepto unicamente a medalha da campanha da Bahia. »

Seria ocioso acrescentar que a singular emenda não conseguiu ser adoptada. ¹

Subsiste a prohibição contra o uso de titulo, distinctivo, uniforme, cargo, emprego, officio ou funcção, pelo fingimento previsto no art. 381.

Garraud doutrina, como opinamos, que as simples mudanças de nome não são reprimidas.

O individuo accusado de usurpar um nome ou um titulo, póde justificar que praticou o acto de boa fé, assim como, póde occorrendo o caso, provar que o nome ou titulo supposto usurpado lhe pertence, ou elle tem direito de usal-o.

O paragrapho unico do art. 379 consagra uma hypothese especial.

E' mister que a mulher tenha sido *condemnada*. Si o divorcio tivesse sido decretado de *commun accordo*, ou a mulher foi a innocente e o marido o culpado, não haverá contravenção pelo facto della continuar a usar e nome do marido.

O uso do costume, uniforme, deve ser publico, o individuo que praticasse táes actos particularmente não commetteria contravenção.

Os autores francezes tratam largamente do assumpto, comprehendendo a usurpação de funcções de que já tratamos.

Mas quanto aos titulos, elles se referem aos de nobreza hereditarios ou ligados á posse de uma propriedade immovel.

¹ Milton, A CONSTITUIÇÃO DO BRAZIL CIT., art. 72 § 2º, pag. 376.

Elles exceptuam as insignias, por exemplo, a facha dos *maires*, a divisa ou fita que os guardas campestres ou florestaes trazem no braço.

O nosso art. 379 falla de *distinctivos*, o que é muito generico; sendo felizmente muito raros entre nós os distinctivos publicos, além do costume, ou uniforme, farda, beca ou toga, insignias doutoraes, etc.

O art. 302 do Codigo anterior suscitava na pratica uma grande questão depois da lei n. 2033, de 1871, art. 21, § 1º, porque aquelle artigo dizia que, si em virtude do sobredito uso o réo tivesse obtido o que de outro modo não conseguiria, incorreria nas mesmas penas em que incorreria si houvesse obtido por *violencia*.

Limitava-se a interpretação ao objectivo do ataque á propriedade e decidia-se que a pena applicavel era a de *roubo*, que é o furto com violencia.

Parece-me que o legislador de 1830 quiz generalizar o conceito, e si por meio de tal fraude um individuo conseguisse, v. g., ter conjunção carnal com uma mulher, por tal modo enganada, o crime seria o estupro violento do art. 222 do Codigo anterior.

Mas, geralmente, depois da lei citada, a solução era que no caso de ataque á propriedade haveria *estellionato* e não roubo.

« O art. 302 do Codigo Criminal (Codigo Penal, arts. 380 e 381), ante o art. 21 § 1º da lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871, interpretativo do art. 264, § 4º do mesmo codigo (Codigo Penal, art. 338, ns. 5º, 8º e 10)— *Estudo* do Dr. Antonio Francisco Ribeiro. ¹

Era a solução tambem que dava Thomaz Alves á questão, notando Carlos Perdigão achar indecifavel a disposição do codigo anterior, art. 302, sobre a violencia. ²

O nosso codigo vigente, nos arts. 380 e 381, 2ª parte, adoptou a mesma solução para quem se limitar a ler taes disposições isoladamente, não parecendo ellas conterem nada de estranhavel.

Mas quem ler o art. 338 n. 8º, cuja fonte foi a citada lei n. 2033 de 1871, art. 21 § 1º, verá que era inutil o art. 380 simplesmente porque a fórma do estellionato ou fraude, mediante o uso de falso nome, falsa *qualidade*, falsos *titulos*, etc., já estava prevista naquelle n. 8º do art. 338 (n. 212).

E quem ler o art. 357, verá que o codigo considera violencia contra a pessoa, para caracterisar o roubo, — *fingindo-se* o delinquente autoridade *publica* (n. 231).

E como esta hypothese é a mesma reproduzida no art. 381, 2ª parte, segue-se que o codigo considerou ao mesmo tempo roubo e estellionato o *mesmo* factio.

¹ O DIREITO, vol. 5º, pag. 563.

² Thomaz Alves, OBR. CIT., vol. 4º, art. 302, pag. 184; Carlos Perdigão. OBR. CIT., vol. 2º, art. 302, pag. 741.

E como as penas são *muito differentes*, ficará lettra morta a hypothese do roubo, punida com pena maior e subsistirá sómente na execução a do art. 381, 2ª parte, sobre o estellionato.

A fonte do código foi o anterior, mas este foi rigorosamente logico, punindo a especie como roubo, quer quando se tratasse do empregado publico, quer quando se tratasse dos outros casos correspondentes aos arts. 379 e 380 do texto, conforme si pôde verificar no mesmo código anterior, arts. 256, 273, 301 e 302, que consagram as hypotheses dos mesmos arts. 379 a 381, deste capitulo do texto.

As mesmas observações que acabamos de fazer em relação ao roubo, teem logar relativamente á *extorsão* na enumeração de cujas fórmãs o código, art. 362, § 1º include uma semelhante á contravenção do art. 381, dizendo: — quer simulando ordem de *autoridade* ou *fingiu-lo-se tal*, etc.

Já nos referimos a estas contravenções, explicando o art. 288, no livro 1º, titulo VII, cap. VII (ns. 140 e pg. 433 1º vol.)

A doutrina já então exposta completará o commentario dos arts. 379 a 381.

Referindo-nos ao direito inglez, podemos ainda citar Stephen, sobre o que nelle se costuma chamar simplesmente *personation* que abrange uma serie de figuras, semelhantes aos delictos e contravenções a que nos referimos, explicando o nosso código aqui e alli, e que teem com principal elemento a fraude, falsidade, etc. ¹

E sobre a materia dos arts. 380 e 381, 2ª parte, além do que dissemos especialmente sobre o estellionato e outras fraudes no respectivo capitulo, podemos referir-nos ainda a observações que fizemos na ultima parte do alludido capitulo a proposito de alguns arestos relativos ao estellionato e ao intitulado *conto do vigario* (ns. 212 e 217).

E assim tambem sobre a usurpação do nome na propriedade litteraria ou artistica (ns. 222 e 225).

Nas especies dos arts. 379 e 381 pôde-se divisar factos classificaveis como em França de pequenos estellionatos e fraudes, si a redacção das disposições daquelles artigos a isso se prestasse. ²

CAPITULO VIII

DAS SOCIEDADES SECRETAS

CODIGO

Art. 382. Considera-se sociedade secreta a reunião, em dias certos e determinado logar, de mais de sete pessoas que, sob juramento ou

¹ Stephen, OBR. CIT., pag. 111, art. 155; pag. 351, cap. XLVI, artigos 404 a 406.

² Puibaraud, OBR. CIT., cap. XV, *menu gibier de potence — la grivellerie — petits escrocs et petits voleurs.*

sem elle, se impuzerem a obrigação de occultar á autoridade publica o objecto da reunião, sua organização interna, e pessoal de sua administração.

Aos chefes ou directores da reunião, ao dono ou administrador da casa onde ella se celebrar:

Pena—de prisão cellullar por 5 a 15 dias.

§ 1.º não terá logar a imposição da pena, si se fizer á autoridade policial a declaração do fim e dos intuitos da reunião.

§ 2.º Si forem falsas as declarações e a sociedade tiver fins oppos-tos á ordem social, a autoridade fará dispersar a reunião e aos chefes ou directores imporá em dobro a pena deste artigo.

COMMENTARIO

216. A fonte do artigo do capitulo do texto foi o cod. ant. arts. 282 a 284; cujas disposições os projectos de revisão seguiram, sendo que o nosso de 1893, art. 401 havia mantido a pena de detenção. O fito dos projectos foi simplificar as disposições existentes considerando-as de simples repressões, ficando na esphera da autoridade policial a prevenção de taes factos, mais efficaz de certo, e na da justiça quando os actos pelas alludidas sociedades praticados podessem ser incriminados de qualquer outro modo.

Por outro lado, os projectos haviam acolhido a nova figura da *associação para delinquir* que com a amplitude do projecto de 1899 quasi absorve as disposições deste capitulo e á essa materia já nos referimos commentando as disposições do mesmo projecto (vol. I, n. 28, pag. 90).

A proposito de inconstitucionalidades suppostas no projecto de 1893 tivemos occasião de dizer, respondendo á critica de um parecer que mais de uma vez temos citado:

Finalmente é considerada outra inconstitucionalidade *palmar* a do art. 401 do *Projecto* avista do art. 72 § 8º da Constituição!

A disposição figura no codigo anterior e no vigente e refere-se pelos seus extremos á uma sociedade criminosa.

A maçonaria é uma sociedade secreta, mas nunca foi incommodada pela policia que conhece seus fins; por igual uma sociedade de caridade, cujo representante declare á autoridade o fim social não incide na prohibição punivel.

Eis a que se reduz o capitulo das inconstitucionalidades flagrantes do *Projecto*.¹

A doutrina dos autores que escrevem para outros paizes não tem applicação ao nosso, onde vivemos sob o regimen da mais ampla liberdade de associação.

¹ O PROJECTO DO COD. PEN. e a *Faculdade de S. Paulo*, pag. 76, n. XVII.

Effectivamente a Constituição Federal da Republica, art. 72, declara:

« § 8.º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a policia, si não para manter a ordem publica. »

Daqui porém para permittir impunemente uma sociedade secreta, cujos fins sejam desconhecidos, porque os associados guardam reserva sobre elles ou não os declaram á autoridade competente, vae um abysmo.

Seria então licito, conspirar por meio de sociedades politicas secretas, preparar nellas a propaganda *peelo facto* do anarchismo e convertel-as mesmo em verdadeiras associações de malfeitores, ou constituil-as como taes.

Mas já o nosso codigo de 1830 consagrava disposições que Silva Ferrão elogia censurando o cod. port. ant. arts. 282 e 283, reproduzidos no vigente de 1886.

O mesmo autor e Levy Jordão podem ser consultados sobre a materia, assim como Thomaz Alves e Carlos Perdigão sobre as fontes do cod. vigente.¹

O nosso codigo vigente no art. 382 do texto define a sociedade secreta e impõe a pena.

Mas no § 1º declara que ella não terá lugar, si se fizer á autoridade policial a declaração do fim e intuitos da sociedade.

No § 2º manda applicar o dobro da pena e a dispersão da reunião, si as declarações forem falsas.

CAPITULO IX

DO USO ILLEGAL DA ARTE TYPOGRAPHICA

CODIGO

Art. 383. Estabelecer officina de impressão, lithographia, gravura, ou qualquer outra arte de reproducção de exemplares por meios mecanicos ou chimicos, sem prévia licença da Intendencia, ou Camara Municipal do logar, com declaração do nome do dono, anno, logar, rua e casa onde tiver de estabelecer a officina, ou logar para onde for transferida depois de estabelecida:

Pena—de multa de 100\$ a 200\$000.

Art. 384. Imprimir, lithographar ou gravar qualquer escripto, estampa ou desenho, sem nelle se declarar as circumstancias mencionadas no artigo antecedente:

Pena—de perda, para a Nação, de todos os exemplares apprehendidos e multa de 50\$ a 100\$000.

¹ Silva Ferrão, OBR. CIT. vol. 6º, art. 282, pag. 41. Levy Jordão, OBR. CIT. vol. 3º, pag. 108, art. 282. Thomaz Alves, OBR. CIT. vol. 4º, pag. 105, arts. 282 a 284. Carlos Perdigão, OBR. CIT. vol. 2º, pag. 723, arts. 282 a 284.

Art. 385. Imprimir, lithographar ou gravar com falsidade, as declarações do artigo antecedente:

Penas—de perda, para a Nação, de todos os exemplares apprehendidos, e multa de 100\$ a 200\$000.

Art. 386. Deixar de remetter à Bibliotheca Publica, nos logares onde a houver, um exemplar do escripto ou obra impressa:

Pena—de multa de 50\$ a 100\$000.

Art. 387. Affixar em logares publicos, nas paredes e muros das casas, sem licença da autoridade competente, cartazes, estampas, desenhos, manuscriptos, ou escrever disticos ou lettreiros:

Pena—de multa de 50\$ a 100\$000.

COMMENTARIO

247. A fonte dos arts. 383 a 386, do texto foi o nosso codigo anterior, arts. 303 a 307, no cap. sob o tit. *uso indevido da imprensa* que não é tão material, como a epigraphé—uso illegal da *arte typographica*. Além disto o codigo addicionou materia nova no art. 387, que o titulo não comprehende.

O projecto de 1893, seguido pelos posteriores adoptou o titulo do cod. ant. acrescentado — do uso indevido da imprensa, do commercio de impressos e dos annuncios.

O capitulo comprehende as disposições concernentes ao que se costuma chamar *policia da imprensa*.

No direito francez taes factos teem o mesmo character de contravenções, como entre nós, e os autores delles se occupam extensamente, commentando as leis que regulam o uso da imprensa nas varias manifestações de sua actividade ou nos diversos ramos do seu uso, emprego ou exercicio.¹

O legislador brasileiro tem sempre reduzido ao minimo as restricções ou exigencias feitas ao uso da imprensa ou antes ao que se póde qualificar de regimen administrativo da imprensa; isto ainda pela lei de 20 de setembro de 1830, arts. 8 e 10, cujas disposições são quasi que as mesmas do codigo promulgado no mesmo anno.

O art. 383 do texto tem como paralelo o cod. ital. art. 442, a respeito do qual e dos que se lhe seguem dizia o ministro Zanardelli, que elles se referem unicamente ás *disciplinas de policia administrativa e não tocam a livre manifestação do pensamento mediante a imprensa ou outro meio de reprodução.*

Estas disciplinas pelo que respeitam ao exercicio da arte typographica, lithographica e semelhantes, foram em todos os Estados reconhecidas como necessarias, tratando-se

¹ Vid. entre outros, Chassan, *DES DÉLITS ET CONTRAVENTIONS de la parole de l'écriture et de la presse*, Paris 1851, tom. I, liv. 3^o, pag. 499, n. 661.

de um mister summamente importante e cioso; mas ellas num Estado como é o nosso, regido por instituições livres, *não* impõem e *nem* podem impor quasquer restricções meticulosas á liberdade de tal industria, submettendo o seu exercicio á obri gação de *autorisações* e *licenças*, isto é, ao beneplacito da autoridade publica.

Não se entendeu por isso, seguindo um tal criterio, dever acolher-se algumas disposições adoptadas nos anteriores projectos italianos, pelas quaes se incriminava a *clandestinidade* das industrias em questão, ou ainda a simples retenção *clandestina* de typos, caracteres ou instrumentos de typographia, lithographia, calcographia ou de outra arte de reproducção por signaes figurativos.

Taes disposições não só estariam em contradicção com o espirito da nossa legislação, mas tornar-se-hiam summamente *perigosas*, porque poderiam dar logar e pretexto a *faceis e mesquinhos vexames*¹.

Citamos esta opinião para confrontal-a com o nosso codigo que póde ser taxado de *infeliz*.

Nada temos a invejar á Itália em materia de imprensa, porque aqui não temos liberdade, mas licença, em geral, impune na sua carreira desenfreada e com toda sorte de excessos e desregramentos.

Desprezado, porém, como deve ser, o argumento dos factos contrarios ás leis, é certo que a Constituição Federal da Republica, art. 72, declara terminantemente:

« § 12. Em *qualquer* assumpto é *livre* a manifestação do pensamento pela *imprensa*, ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos *abusos* que commetter, nbs casos e pela fórma que a lei determinar. »

Ora o nosso cod. art. 383 do texto teve por fonte o cod. ant. art. 303 e o proprio art. 442 do cod. ital. nas palavras — reproducção de exemplares por meios mecanicos ou chemicos — que elle achou bonitas.

Entretanto, nem o cod. ital., nem o nosso velho de 1830, exigiam *previa* LICENÇA da intendencia ou camara municipal para estabelecer officina de impressão, etc., o que o art. 383 do texto exige, parecendo assim, ao menos fóra daqui, que o exercicio de taes artes está sujeito a quaesquer formalidades referentes á uma *autorisação* ou cousa semelhante, de modo que para exercitar tal industria é ella de rigor.

E' certo que, por interesses da rapacidade fiscal, exige-se licença de tudo e o proprio escriptorio do advogado está equiparado hoje a um kiosque de vender o *bicho* ou o *paraty*, mas a democracia boçal aspira a fazer descer os que estão no alto para baixo, ao contrario da verdadeira demo-

¹ Zanardelli, RELAZIONE CIT. n. 185.

cracia que tende a fazer subir os que estão em baixo para cima. Mas isto não é a lei, será a substituição da lei ou do direito...

O nosso cod. ant. art. 303 dizia : « estabelecer officina de impressão sem declarar, etc. »

O cod. ital. art. 442 diz, sem observar as prescripções da lei. Esta lei referida manda fazer uma simples declaração do dono ou seu representante e do local da officina, assim como da mudança do dono e do local á autoridade da segurança publica. Esta declaração póde ser até verbal.

A contravenção suppondo o *exercício da arte* não incorre nella quem se servir de typos ou mesmo de um prelo particularmente por divertimento.

218. Os nossos cods. porém tem sido redigidos de modo que no nosso entender não dão logar ás questões suscitadas na Italia. Assim seja a officina publica ou *clandestina*, o dono incorrerá na contravenção, si não houver feito as declarações exigidas na art. 383.

Os dous elementos da contravenção deste artigo são 1º, uma officina de impressão para tirar exemplares multiplos por meios mecanicos ou chimicos e 2º a ausencia ou falta de declaração dos requisitos enumerados.

A contravenção surgirá de novo, si se omitir declarar o *logar* para onde foi transferida (a officina) depois de estabelecida— O cod. esqueceu a mudança do dono que o ital. prevê.

Reconhecendo a Const. a liberdade de imprensa sob a condição da repressão do abuso e estando esta materia regulada nos arts 22 e 23 do cod. pen. que commentamos noutro livro, os arts. 283 a 285 eram de rigor para se poder saber como fixar na cabeça do impressor a responsabilidade legal, impossivel em uma entidade occulta ou imaginaria.

E' a rasão geral de taes disposições. ¹

Garbasso, justifica em geral a disposição dizendo, que o exercicio da arte typographica e outras affins é livre, não tendo a lei outro fim sinão impedir a imprensa *clandestina*, prevenindo por tal modo um crime contemplado pela lei sobre a imprensa mesma. Dentro destes limites, diz Bufalini, no seu commentario á lei de segurança publica, a ingerencia da autoridade é justissima. Os impressos, lithographias, gravuras, emblemas, desenhos, photographias, etc., reclamam um systema pleno de prevenção com a grande idéa de evitar os impressos immoraes e ultrajosos que seriam irreparaveis quando já tivessem sido expostos ao publico. Tambem cremos não enganar-nos dizendo que si ha ingerencia da segurança publica fóra de questão é exactamente esta. Em França, em 1823, quando foi restituída á imprensa a sua

¹ Do autor : COD. PEN. COMMENTADO, ETC., 1º vol., pag. 157, n. 33.

liberdade supprimindo-se a exigencia da autorisação previa dos jornaes, não obstante não si sonhou siquer na abolição da censura para os desenhos lithographicos, gravuras e emblemas (p. 38, not. 5).

Nós não temos restricções sobre isso. ¹

O art. 384 do texto é uma exigencia consequente do art. 383. Si o dono da imprensa satisfizesse o preceito do art. 383 e deixasse de fazer nos impressos sahidos da sua casa as declarações exigidas no mesmo art. 383 que o art. 384 impõe, seria inutil e inefficaz a primeira disposição do presente capitulo.

Portanto, ambas as disposições teem a mesma justificação.

O art. 385, contém, por assim dizer, uma aggravante, consistente no facto de « imprimir, lithographar ou gravar, *com falsidade*, as daclarações do artigo antecedente.»

O art. 384 teve como fonte o art. 304 do codigo anterior, e o 385 o art. 305.

O codigo anterior, art. 306 acrescentava outra especie ou subespecie de falsidade consistente « em attribuir o escripto ou estampa a impressor, ou gravador, *autor* ou *editor* que estivesse actualmente vivo. »

O art. 385 não aproveitou esta disposição que duplicava a pena e se referia ao *autor* ou *editor*; suppondo naturalmente já estar comprehendida no art. 305, fonte do 385.

E a não querer augmentar a pena, assim é, mas a disposição referindo-se ao autor tomaria outro character.

O art. 385 não tendo incluido a disposição não se refere a autor.

Não se trata, pois, aqui do crime definido no art. 24 da lei n. 496 de 1898, consistente « na applicação fraudulenta ou de má fé sobre uma obra litteraria, scientifica, ou artistica, do nome de um autor ou de qualquer signal por elle adoptado, para designar suas obras. »

Opportunamente commentamos esta disposição, commentando o livro I, tit. 9º, cap. 5º, secção 1ª (n. 222).

O art. 386 não exige explicação quando impõe multa pelo facto de deixar de remetter á Bibliotheca Publica, nos logares onde a houver, um exemplar do escripto ou obra impressa.

O Dr. Carvalho Mourão no excellente *Estudo* que já citamos censura esta disposição. E agora depois da citada lei que define e garante os direitos autoraes não sabemos si é muito liquido o vigor da mesma disposição, sendo certo, como vimos, que a mesma lei revogou e alterou diversos

¹ Garbasso, SULLE CONTRAVENZIONI, Casale. 1830, pag. 337, § 327, art. 442. Crivellari, OBR. CIT. vol. 8º, art. 442, pag. 445, n. 33; Majno, OBR. CIT. vol. 2º, art. 442, pag. 455, n. 2842.

artigos do código penal, annullando privilegios, que elle mantinha contra a liberdade de imprensa.

O art. 387 e ultimo deste capitulo pune a affixação abusiva de cartazes, o que é justissimo.

Assim houvesse um paradeiro ao abuso da autoridade municipal do mais importante municipio da Republica, consentindo que nos muros e grades dos jardins publicos, nos casarões de madeira que deviam ser demolidos, nos andaimes das obras *publicas*, etc., se affixem os horribéis cartazes, o que em paiz civilisado só se vê no Rio de Janeiro, Capital Federal do Brazil.

CAPITULO X

DA OMISSÃO DE DECLARAÇÕES NO REGISTRO CIVIL

CODIGO

Art. 383. Toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que, tendo obrigação de dar a registro algum nascimento, deixar de fazer as declarações competentes, dentro dos prazos marcados nos regulamentos, incorrerá na multa de 5\$ a 20\$, elevada ao duplo, no caso de reincidencia.

COMMENTARIO

249. A disposição do art. 388 do texto parece-se muito com a do art. 286.

A disposição daqui que é uma contravenção não offerece duvida sobre o seu sentido.

Já tivemos occasião de referir-nos á mesma materia sobre aquelle art. 286 neste commentario, livro I, tit. VII, cap. VII (n. 138. 1º vol.)

Pela explicação dos elementos do anterior art. 286 se verá que uma das figuras comprehendidas na disposição facilmente poderá ser confundida com a contravenção prevista no art. 388 do texto.

Por isso não repetiremos o que ali dissemos, que serve para explicar a figura da mesma contravenção, cuja pena na duvida deve ser applicada em vez do citado art. 286, pelas razões que demos commentando este artigo.

CAPITULO XI

DO DAMNO ÁS COUSAS PUBLICAS

CODIGO

Art. 389. Plantar arvores ou quaesquer vegetaes, que se embarracem nas linhas telegraphicas ou telephonicas, fazer obras que obstruam os esgotos e vedem o escoamento das aguas; fazer queimadas,

ou depositar materias inflammaveis nas proximidades das linhas, atar animaes aos postes, collocar sobre os fios objectos que possam causar damnificação, ou impedir o transitio dos guardas pelas linhas :

Penas — de multa de 50\$ a 100\$, além da obrigação de reparar o damno causado e de remover os obstaculos creados nas linhas.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerão os donos ou consignatarios de navios que fundearem ou largarem ferro na direcção de algum cabo telegraphico immerso, indicado pelas boias.

Si o ferro agarrar o cabo immerso e o deslocar, ou quebrar, a multa será dobrada.

Art. 390. Cortar, destruir, ou substituir por outras, sem licença da autoridade competente, as arvores plantadas nas praças, ruas ou logradouros publicos; damnificar os jardins e parques de uso publico :

Penas — de prisão cellular por oito a quinze dias, e multa igual ao valor do damno causado.

COMMENTARIO

230. Justificando o titulo das contravenções relativas á garantia da propriedade dissemos sobre o projecto primitivo de revisão:

O capitulo 1º encerra disposições novas tendentes a reprimir factos que, desprezados, conduzem á pratica de outros mais graves.

O capitulo 2º generalisa mais a disposição dos codigos anteriores acerca das casas de emprestimo sobre penhores.

O ultimo capitulo deste titulo contém disposições novas sobre o commercio illicito de chaves e abertura illicita de fechaduras.

O projecto deixou de incluir nesta parte os capitulos VII e XI do livro 3º do novo codigo, porque algumas de suas disposições já estavam incluídas no livro 1º desta parte e outras por ficarem melhor nas leis e regulamentos especiaes.¹

Os arts. 389 e 390 do texto á vista da epigraphe parece comprehenderem varios assumptos, mas não; sómente dous.

O art. 389 e paragrapho unico se referem a factos praticados que podem damnificar os telegraphos terrestres, submarinos ou subfluviaes.

Entretanto, o codigo arts. 153 a 155, prevendo damnos no material e serviço dos telegraphos e telephonos, incluye hypotheses muito semelhantes a casos de contravenção previstas aqui neste art. 389, punidos com penas muito maiores, ainda mesmo quando commettidos por simples culpa.

Estas repetições de figuras mal caracterisadas quando o caso surgir na pratica hão de suscitar duvidas na applicação

¹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 27.

da lei sobre o ponto de saber qual é o crime e qual é a contravenção e qual a pena a impor.

Já commentamos os artigos alludidos no titulo dos crimes contra a incolumidade publica. (V. I, n. 62, pag. 190.)

Para nós seriam bastantes no codigo taes disposições e as relativas ao damno, no titulo dos crimes contra a propriedade que tambem commentamos (n. 193).

O art. 390 consagra uma boa disposição para tutella dos parques, jardins e arvores publicas ou de uso publico; mas a autoridade competente, à que allude a sanção penal é justamente a que reincide mil vezes no vandalismo que todos presenciamos de destruir ou deixar destruir, não diremos só arvores, mas a arborisação da cidade e até dos parques e jardins.

O caso é simples: a lei é um mytho; a autoridade um simulacro, a não ser para o mal, o interesse individual mais abjecto sobrepuja quasi sempre o geral.

CAPITULO XII

DOS MENDIGOS E EBRIOS

CODIGO

Art. 391. Mendigar, tendo saude e aptidão para trabalhar :

Pena — de prisão celllular por oito a trinta dias.

Art. 392. Mendigar, sendo inhabil para trabalhar, nos logares onde existem hospicios e asylos para mendigos :

Pena — de prisão celllular por cinco a quinze dias.

Art. 393. Mendigar fingindo enfermidade, simulando motivo para armar á commiseração, ou usando de modo ameaçador e vexatorio :

Pena — de prisão com trabalho por um a dous mezes.

Art. 394. Mendigar aos bandos ou em ajuntamento, não sendo pai ou mãe e seus filhos impuberes, marido e mulher, cego ou aleijado e seu conductor :

Pena — de prisão celllular por um a tres mezes.

Art. 395. Permittir que uma pessoa menor de 14 annos sujeita a seu poder, ou confiada á sua guarda e vigilancia, ande a mendigar, tire ou não lucro para si ou para outrem :

Pena — de prisão celllular por um a tres mezes.

Art. 396. Embriagar-se por habito, ou apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesto :

Pena — de prisão celllular por quinze a trinta dias.

Art. 397. Fornecer a alguém, em logar frequentado pelo publico, bebidas com o fim de embriagal-o, ou de augmentar-lhe a embriaguez :

Pena — de prisão celllular por quinze a trinta dias.

Paragrapho unico. Si o facto for praticado com alguma pessoa menor, ou que se ache manifestamente em estado anormal por fraqueza ou alteração da intelligencia :

Pena — de prisão celllular por dous a quatro mezes.

Art. 398. Si o infractor for dono de casa de vender bebidas, ou substancias inebriantes :

Pena — de prisão cellular por um a quatro mezes, e multa de 50\$ a 100\$000.

COMMENTARIO

231. Não ha a correlação que suppõe o codigo entre *mendigos* e *ebrios*.

A mendicidade é uma contravenção contra a ordem publica, a ebriedade um vicio que como contravenção pôde affectar a moralidade publica ; conforme a classificação dos projectos de revisão orientada pelo codigo italiano.

A associação entre *vadios* e *mendigos* que os mesmos projectos adoptaram do codigo anterior naturalmente se comprehende muito melhor.

E' assim que Florian e Cavaglieri na esplendida monographia que escreveram sobre o assumpto citam valiosos documentos referentes a diversos paizes, como a Baviera, a França e a Italia, approximando a mendicidade, a ociosidade e a vagabundagem. ¹

O codigo chileno, arts. 305 e seguintes, segue este ultimo systema. ²

A fonte do codigo neste capitulo foi o anterior, art. 296, sobre a mendicidade, e sobre esta e a embriaguez o codigo italiano.

A mendicidade é um problema temeroso e na phrase de Garraud se pôde dizer moderno.

Mas não é aqui o logar de discutil-o, como, faz este autor longamente. ³

E sob pontos de vista os mais elevados Florian demonstra contra a opinião de outros que a mendicidade é uma fórmula do que elle denomina, na theoria que creou, o *parasitismo antisocial*, a vagabundagem, ou um meio ou modo por que este se externa. ⁴

Sob o aspecto da vida real, pratica dos mendigos de profissão que Puibaraud classifica entre os malfeitores de profissão é digno de lêr-se a interessante monographia deste autor, que tantás vezes temos citado. ⁵

Adolpho Prins no seu precioso livro sobre a parte geral do direito penal occupa-se magistralmente do assumpto, conceituando o problema da mendicidade e da vagabundagem, sob o ponto de vista historico, conforme os principios

¹ Guido Cavaglieri, na obra — Florian e Cavaglieri, I VAGABONDI, Torino 1897 — 1900, 2º vol., cap. I, pags. LIII, LV e LXV, do App.

² Vid. Vera, COD. PEN. DE CHILE CIT., pags. 506 e seguintes.

³ Garraud, OBR. CIT., 4º vol., n. 94, pags. 88 e 124.

⁴ Florian e Cavaglieri, I VAGABONDI, CIT. vol. 2º, pags. 235 e 252.

⁵ Puibaraud, OBR. CIT. cap. XII, *les mendiants de profession*.

actuaes e de accordo com o systema da lei belga de 27 de novembro de 1891. ¹

Entre nós acaba de ser publicado pelo Dr. Carvalho Mourão o seu interessante relatório escripto para o Congresso Juridico Americano de 1900 sobre a XIV questão de direito publico. ²

Entremos nas disposições do Codigo.

Os arts. 391 e 392 do texto são parallelos ao art. 453 do codigo italiano, cujos elementos constitutivos communs são o facto de *mendigar* em sua propria noção e a *flagrancia* do acto ; isto conforme a doutrina geral e a lei italiana em particular.

A nossa lei não está sujeita ás censuras que á italiana fazem Marchetti e Majno, de parificar as penas nos casos correspondentes aos arts. 391 e 392 do texto e codigo anterior art. 296 §§ 1 e 2, comprehendidos ambos no art. 453 do codigo italiano.

Mendicidade ou *questua*, como a mesma palavra exprime, indica o acto de quem *pede*, não de quem *recebe* uma oblação espontanea.

Mas a contravenção não é excluida, diz Majno, conforme a ultima parte do art. 453, pelo facto do culpado mendigar com o pretexto ou a simulação de prestar serviços á pessoa ou de vender objectos.

Os projectos de revisão salvaram tambem essa circumstancia, mas o codigo, tendo-a omittido, occorrendo ella não ha contravenção.

Em ambas as hypotheses do art. 453 do codigo italiano exige textualmente a disposição para punibilidade do *pedido* a flagrancia.

Neste ponto Majno observa que se deve portanto repellir como contraria á letra do art. 453 e á regra de interpretação escripta no art. 1º a opinião de Garbasso, conforme a qual a flagrancia do mendigar pôde ser supprida pela posse de cousa e valores provenientes da mendicidade.

E Marchetti tambem entende que a posse de cousas e valores não equivale á actualidade de mendigar, além de que aquella posse não vale por si mesma para provar uma mendicidade anterior.

¹ A Prins, SCIENCE PÉNALE ET DROIT POSITIFS, Bruxelles et Paris, 1899, pag. 569, n. 977.

² O DIREITO, vol. 85, de 1901, pags. 351 — 364 : XIV. « Qual a maneira mais efficaz de combater, sob o ponto de vista preventivo, a mendicidade e a vagabundagem? Quaes são os factos que precisamente devem ser considerados como constituindo o delicto de mendicidade e vagabundagem? Em que limites, e por que meios, convém reprimir factos desta natureza? »

Na Belgica, a lei de 15 de fevereiro de 1897 modificou os arts. 25 e 30 da de 27 de novembro de 1891, attentos os motivos que menciona Amedée Lentz no relatório publicado no « Boletim da União Internacional de Direito Penal » : MITTEILUNGEN der Internationalen kriminalistischen, Verei:nigung, Berlin, 1901, vol. 9º, pag. 211.

Aliás a necessidade da flagrancia para applicabilidade do art. 453 foi reconhecida tambem pela jurisprudencia italiana. ¹

Em França a doutrina é tambem divergente, Chauveau e Hélie e Garraud opinão pela flagrancia como elemento constitutivo da infracção, apoiando-se até nas palavras do código francez art. 274; Blanche, sustenta o contrario fundado na jurisprudencia. ²

Nem o nosso cod. em artigo algum do texto, nem os projectos de revisão exigem como elemento da contravenção a flagrancia.

Os arts. 393 e 394 do texto contem varias aggravantes.

O art. 393, paralelo ao 296 § 3º do cod. ant. teve como fonte o cod. ital. art. 454, cuja dicção, o nosso projecto de 1893, art. 403, seguiu, abandonada embora pela do cod. que é mais restricta e talvez menos comprehensiva, não obstante a disposição do art. 394.

Sobre o art. paralelo daquelle cod. ao art. 393 do texto, diz Suman, que se trata aqui da mendicidade aggravada pelo modo de exercital-a, desde que com elle se chega a impôr a beneficencia tambem a quem não quer exercel-a e se torna a mesma mendicidade perigosa. A disposição se applica tanto aos mendigos validos, como aos invalidos, aos autorisados a mendigar e aos não autorisados.

E' aggravado o facto, conforme o art., quando se exercita a mendicidade de modo ameaçador, vexatorio ou repugnante ou pelo tempo e lugar do exercicio, ou pelo meio ou pela pessoa. Se verificaria uma destas hypotheses, si o mendigo estivesse armado, reunido a outros (art. 394 do texto), si se mendigasse á noite, si para mendigar, o mendigo entrasse nas habitações, si se fizesse acompanhar de meninos, si enfim dêsse mostras de enfermidades que causam commoção. ³

Esta doutrina é applicavel aos arts. 393 e mesmo 394 do texto, não obstante a differença entre o nosso e o cod. italiano.

Mas o art. 394 teve como fonte o cod. ant. art. 296 § 4º, cuja fonte a seu turno foi o cod. fr., art. 276, acerca do qual nota Garraud que o art. 276 enumera certos factos que, a respeito dos mendigos *invalidos*, são *constitutivos* do delicto de mendicidade nos lugares onde não existe asylo, *depôt*, e, a respeito dos mendigos *validos*, constituem sómente circumstancias aggravantes.

¹ Garbasso, OBR. CIT. § 371, pag. 411; Marchetti *apud* Cogliolo, vol. 2º part. III, pag. 380, n. 169; Majno, OBR. CIT., 2º vol., art. 453, pag. 478, n. 2881.

² Chauveau e Hélie, OBR. CIT., vol. 3º, pag. 323, n. 1120; Blanche, OBR. CIT., vol. 4º, pag. 399, n. 323; Garraud, OBR. CIT., vol. 4º, pagina 111, n. 113.

³ Crivellari, OBR. CIT., vol. 8º, pag. 479, art. 454, n. 97.

O que *constitue* o delicto, ou o *aggrava* é o concurso duma das circunstancias previstas no art. 276, algumas porém já incluídas no art. 393 do nosso texto.

Assim a mendicidade em reunião existe desde que *duas* pessoas mendigam juntas, salvo as excepções indicadas. Póde-se tanto menos hesitar em affirmal-o, quando a lei, não contando o marido e a mulher, mostra bem que duas pessoas bastam para constituir a reunião de mendigos no sentido da disposição citada. ¹

Esta solução é restrictamente applicavel á interpretação do nosso art. 394 do texto, salvo as excepções que contempla.

O art. 395 do texto não tinha semelhante no cod. ant.

Os projectos de revisão a reproduziram de accordo com a fonte commum, o cod. ital., art. 456, sobre cuja disposição Crivellari observa, que sem importar innovações á materia a lei de 26 de dezembro de 1893 sobre o emprego de crianças em profissões *girovagas*, o legislador com este art. provê á tutela da infancia, contra aquelles que, tendo obrigação de protegê-la e guardá-la, a impellem á mendicidade, encorajando-a assim ao ocio e á preguiça.

Para a existencia desta *contravenção*, é necessario que se verifiquem os seguintes elementos: 1º, que se trate de uma pessoa menor de 14 annos; 2º, que á esta se permita mendigar, ou se deixe que della outrem se valha com este escopo; 3º, que quem isto tolera ou permite, seja pessoa, que por patria poder ou em razão de guarda ou vigilancia tenha sob si a pessoa menor.

Podem pois tornar-se responsaveis por esta *contravenção* os pais, em falta delles os avós, os tutores; não podendo mais realizar-se a *contravenção* quando o menor tenha completado os 14 annos.

E' mister a permissão, logo a vontade deliberada do facto. Portanto, provado que o facto do menor era desconhecido do pai ou das outras pessoas que por elle devem responder, estes ficarão isentos da pena. ²

252. Os arts. 396 a 398 do texto comprehendem a embriaguez. Estas disposições não figuravam no cod. ant.; mas os projectos de revisão as reproduziram, corrigindo o cod. que alterou sem criterio a fonte commum, ainda o cod. ital., arts. 488 e 489.

O art. 396 do texto teve como fonte o art. 488 deste cod.

Sobre o conceito da embriaguez punivel como *contravenção*, é mister que ella se manifeste em *lugar publico* e

¹ Garraud, OBR. CIT., vol. 4º, pag. 116, n. 117.

² Crivellari, OBR. CIT., vol. 8º, pag. 479, art. 456, n. 99.

por esta expressão tão generica se deve entender não só as ruas e praças duma cidade, como os cafés, restaurantes, theatros, etc.

A dicção do cod. ital. presta-se á duvida, opinando Suman contra Majno que estes ultimos lugares estão excluidos como elemento da contravenção.

O outro elemento é a *flagrancia*, e elle que é claro no cod. ital., não deixa de sel-o no nosso quando emprega a expressão *apresentar-se em publico*, etc.

O outro elemento é que a embriaguez seja *manifesta*. O nosso cod. omittiu outros requisitos do cod. ital., que melhor caracterisavam a contravenção e consistem em ser a embriaguez *incommoda* ou *repugnante*, aos outros, está subentendido.

E' indifferente que ella seja completa ou incompleta. E' a solução do direito italiano, fonte do nosso. ¹

Finalmente, a embriaguez deve ser *voluntaria* e, embora isto não esteja dito no art. 396 do texto, está dito especialmente sobre as contravenções no art. 8º.

Entretanto, convém notar que o nosso cod. commetteu aqui um desaso no art. 396, considerando como uma das fórmulas da embriaguez o *habito*, que no cod. ital. é apenas *aggravante*.

Não se comprehende mesmo que sem os requisitos indicados a embriaguez, mesmo *habitual*, de portas a dentro, seja punivel.

Dentro de sua casa cada um pôde *emborrachar-se* quando e como quizer.

E esta nossa opinião parece estar de accordo com os fundamentos do aresto que vamos transcrever e resolve outras duvidas

« O cod. pen. vigente não nullificou pelo seu art. 396 a attribuição, commettida anteriormente ás autoridades policiaes, de pôr em custodia os bebedos, durante a bebedice.

Não sendo o bebedo vagabundo, residindo no proprio lugar em que foi preso e não sendo tal a embriaguez que exija a sua detenção, é mais consentaneo com o respeito devido á liberdade do cidadão, e para tirar qualquer pretexto de violencia, que seja elle conduzido para sua casa, em vez de ser recolhido á cadeia » : Acc. da Relação da *Fortaleza* (Ceará), 20 dezembro 1895. ²

Pelo nosso cod. o *habito* no caso não é circumstancia *aggravante*, e, seja a embriaguez habitual ou não, é ella punivel, mas sendo publica.

¹ Majno, *Obrr. cit.*, vol. 2º, pag. 547, art. 488, ns. 3014 — 3017; Cri-vellari, *Obrr. cit.*, vol. 3º, art. 488, pag. 608, n. 119.

² O DIREITO, vol. 84, pag. 133.

Os arts. 397 e 398, ultimos deste cap. reproduzidos nos projectos de 1893 e 1897 conforme o cod. ital., art. 489, estão mal formulados no texto do cod. em relação á coordenação das aggravantes que prevê, a ultima das quaes, a do art. 398, os projectos de 1896 e 1899 não reproduziram.

O art. 489 do cod. ital. pune aquelle que em lugar publico ou aberto ao publico causa a embriaguez doutrem, subministrando-lhe para tal fim bebidas ou outras substancias inebriantes, ou subministrando-as a pessoas já ebrias.

E' quasi que pelas mesmas palavras a dicção do art. 397, 1ª parte do nosso texto.

A contravenção é aggravada, si o facto é commettido para com menores de 14 annos ou pessoas visivelmente em estado anormal por fraqueza ou alteração da mente; e á pena se accrescenta a suspensão do exercicio da privação ou arte, si o contraventor for commerciante de bebidas inebriantes.

No paragrapho unico do art. 397 do texto, o nosso cod. comprehendeu a primeira aggravante; mas a segunda aggravante, que devia, como no cod. ital., estar coordenada com a primeira parte do art. 397 e com a mesma 1ª aggravante do paragrapho unico, foi deslocada para o art. 398, que não impõe as penas correspondentes do art. 397 e do paragrapho unico, juntando-lhes a suspensão da profissão, mas impõe pena de prisão maior do que a da norma geral do art. 397, mas menor, quanto ao minimo do que a do paragrapho unico.

Tudo isso é irracional e desordenado.

Conforme diz Majno, sobre a fonte das disposições dos arts. 397 e 398 do texto, o art. 489 é bastante claro por si mesmo.

Quanto ao *lugar*, se note a expressa differença (no cod. ital. só) do art. 488, no qual não são comprehendidos os lugares abertos ao publico.

Quanto ao elemento *intencional*, adoptou-se a formula *a tal fine*, ou *com o fim* — conforme o nosso cod., a qual exactamente significa a vontade de causar a embriaguez; e não é repetida para o caso de quem subministre substancias inebriantes á pessoa já ebria, não tanto pela razão dada nos trabalhos preparatorios de que baste então só o facto quanto porque, em semelhante caso, o facto de subministrar-as junto ás condições nas quaes já se acha a pessoa a quem se o faz, demonstra bastante no contraventor uma vontade culpavel. ¹

¹ Majno, OBR. CIT., 2º vol, pag. 549, art. 489, n. 3020.

CAPITULO XIII

DOS VADIOS E CAPOEIRAS

CODIGO

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva á moral e aos bons costumes:

Pena— de prisão cellular por quinze a trinta dias.

§ 1.º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de quinze dias, contados do cumprimento da pena.

§ 2.º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.

Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes, que se fundarem em ilhas maritimas ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.

Paragrapho unico. Si o infractor for estrangeiro, será deportado.

Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente aquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.

Paragrapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecido pela denominação *capoeiragem*; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena— de prisão cellular por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira á alguma banda ou malta.

Aos chefes ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo a pena do art. 400.

Paragrapho unico. Si for estrangeiro será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquillidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

COMMENTARIO

233. O nosso código criminal de 1830, art. 295, apenas continha a disposição deste artigo sobre os *vadios*; então não havia surgido o *capoeira*, que é delinquente *indigena*, porém muito mais moderno.

A propósito do capítulo já citamos nesta parte a nossa exposição de motivos sobre os vadios e capoeiras referindo-nos a um discurso nosso sobre criação d'uma colonia penal; que aliás depois de inaugurada e funcionar está hoje extincta (cap. VII, n. 245).

Neste capítulo o código pune a vadiagem ou vagabundagem e a capoeiragem.

Da primeira trata nos arts. 399 a 401; da segunda nos arts. 402 a 404.

A parte esta ultima que é delinquencia classificada de *indigena* e a que depois nos referiremos, a fonte dos arts. 399 a 401 foi o código fr. arts. 269 a 273.

O art. 399 do nosso código define ou conceitua a vagabundagem; pondo de parte a differença que fazem os autores entre ociosos ou vadios propriamente ditos e vagabundos ou gentes sem domicilio, que aliás, como nota Garraud, o código francez art. 270 confunde e nós diremos, funde como o nosso num só typo.

A falta de *domicilio certo* é o primeiro elemento da contravenção e mesmo o principal, porque é a ausencia do lar que torna o individuo perigoso ou temivel. Aqui não se trata de domicilio legal que é uma ficção necessaria ao funcionamento da justiça e á applicação das leis e do processo nas relações civis. Mas, ao contrario, a habitação real, actual, é um facto que serve de garantia á ordem publica e á toda collectividade social e a ausencia da qual é que está ligado o estado, a situação do vagabundo ante a lei penal. *Ille qui non certum habet in quo habitet*, dizia Clarus, definindo o vagabundo, do qual diz um glosador: *Qui habitationem non habet dicitur vagabundus*. E' precisamente para notar bem tal exigencia que a lei moderna falla d'um *domicilio certo*.

O 2º elemento da contravenção realisa-se, o indiciado — *não possuindo meios de subsistencia*, como diz o art. 399 do texto.

Pouco importa, com effeito, que um individuo não tenha habitação fixa, não tenha *profissão, officio* ou *qualquer mister* em que ganhe a vida, conforme diz ainda o nosso código art. 399— si elle possui recursos sufficientes para assegurar a sua existencia. Elle deixa por isso mesmo de ser temivel, pois que não tem necessidade para viver de appropriar-se das cousas doutrem.

E' á apreciação do juiz, diz Garraud, que a lei se refere sobre este ponto, não traçando regra alguma. De certo, o código penal não toma conta áquelle que não tem domicilio, nem profissão, da *origem* dos recursos que elle possui, sinão para se assegurar que elles não provêm do furto. O art. 278, que completa neste ponto de vista o art. 271, decide, com effeito, si os valores, de que o vagabundo é portador excedem de cem francos, este facto se tornará uma circumstancia aggravante do delicto.

Mas antes da lei de 1885, o juiz não tinha absolutamente que se preoccupar da moralidade dos recursos do indiciado.

O 3º e ultimo elemento da contravenção é a falta de profissão, officio ou qualquer mister, ou antes do *exercício habitual* dum mister qualquer.

A lei, com effeito, diz ainda Garraud, não permite subtrahir-se algum á accusação de vagabundagem, allegando que se tem um officio ou profissão, ella quer que se exerça habitualmente este officio ou esta profissão. Mas, nós repetimos ainda, os tribunaes não tem a se fazer juizes, fóra dos dous casos previstos pelo art. 4 *infine* da lei de 27 de maio de 1885, da *moralidade* mesmo do instrumento de trabalho de indiciado. ¹

Realmente, tambem o nosso código, art. 399 falla de deixar de *exercitar* profissão... em que ganhe a vida etc., ... Mas a contravenção subsiste si o individuo—«provar a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes»— e portanto o *caften*, o proxeneta da mulher e da filha não podem ser excluidos.

Não serão vagabundos *pur sang* ; mas o código os assemelha aos outros.

Foi o que fez a citada lei franceza, a proposito da qual diz Garraud, que a assemelhação dos *souteneurs* (alcoviteiros) e *bonneteurs* (jogadores) aos vagabundos não pode ser feita sinão com certos temperamentos.

Si importa pouco que o indiciado no delicto novo creado pela lei de 1885 tenha ou não um domicilio, tenha ou não meio de existencia, é mister ao menos, 1º que elle exerça ou facilite jogos illicitos, que elle pratique ou facilite a prostituição; 2º que este facto tenha logar na via publica; 3º que o indiciado tire d'elle habitualmente seus meios de subsistencia. Taes são os tres elementos necessarios que entrão nesta accusação especial de vagabundagem. ²

O nosso código art. 399, ultima parte da 1ª alinea

¹ Garraud, OBR. CIT. vol. 4º pg. 98, n. 103.

² Garraud, OBR. CIT. loc. cit. pag. 103, n. 109.

estabelece uma regra geral, de modo que o sobredito segundo elemento não é essencial, isto é, que o facto do *jogo* como entre nós da famosa *vermelhinha* e a prostituição própria ou para outrem seja nas ruas, caes etc.

Os *bonneteurs* parisienses, a que se refere Garraud, são os nossos bem conhecidos jogadores da *vermelhinha*, tão bem descriptos por Puibaraud.¹

Conforme vimos no cap. III, o cod. art. 374 manda punir com as penas do vadio, além das do *jogo*, art. 369, o que se sustentar do *jogo* (n. 241).

Já está longa a explicação da materia.

Sobre a repressão da vagabundagem e os meios a empregar para tal fim, o nosso código como é natural, differe das disposições já citadas do código francez que lhe serviram de fonte; mas os respectivos autores, inclusive Garraud, podem ser consultados.²

Mas a doutrina dos autores citados se pode offerecer subsidios á interpretação das leis existentes, inclusive o nosso código e assim satisfazer o advogado e o juiz como interprete ou executor della, não pode bastar ao jurista philosopho, ao estadista e ao legislador.

A vagabundagem é um problema tão vasto e tão complexo que aqui não podemos nem apontar as multiplas questões que elle suscita, tal é a variedade de aspectos sob que pode ser considerado.

Já alludimos á estupenda e recentissima obra de Florian e Cavaglieri que neste momento é a ultima palavra sobre o phenomeno individual, social e economico da vagabundagem.

Pondo porém de parte tudo, e considerando só o aspecto juridico vamos citar a doutrina de Florian na sua synthese ou antes como conclusão dos principios de sua obra.

O conteúdo da vagabundagem é o *parasitismo* que póde ser *social* ou *antisocial*, sendo este o punivel; a vagabundagem por si só não é punivel.

Os elementos da vagabundagem são: a falta de domicilio; a falta de occupação e de meios de subsistencia; e a repugnancia ao trabalho.

O primeiro elemento não tem valor porque o facto de não ter domicilio, andar de logar em logar, o ser gyrovago sem escopo, por si só não é punivel.

Subsistem os outros dous elementos para caracterisar o *parasitismo antisocial* porque o simples *parasitismo* dos ricos, dos doentes, dos inaptos, dos desoccupados sem culpa propria não pode ser punido.

¹ Puibaraud. OBR. CIT. cap. IV, *les bonneteurs*.

² Chauveau e Hélie, OBR. CIT. vol. 3º, pag. 303, n. 1102; Blanche, OBR. CIT. vol. 4º, pag. 383, n. 306; Garraud *loc. cit.* pag. 104, n. 110.

Eis a theoria dos citados autores que nós quasi que reduzimos á uma simples these. ¹

Ella derroca a doutrina dominante, conforme resulta do que acima expuzemos e dessa simples referencia ao novo livro citado, que mesmo pela sua originalidade não podiamos passar em silencio, antes de concluir o nosso commentario do codigo aos artigos deste capitulo relativos aos *vadios*.

Já citamos tambem quando nos occupamos da mendicidade a obra do insigne professor belga A. Prins que indicamos na nota anterior.

O art. 399 do texto pune a vagabundagem que nós podemos chamar *simples* com a pena prevista, no fim da sua primeira parte.

Conforme o § 1º, o condemnado assignará o termo de que falla a disposição; isto tratando-se de vagabundos ou vadios maiores de 21 annos.

Tratando-se de menores de 21 annos, maiores de 14, elles serão internados em estabelecimentos disciplinares industriaes e ahi poderão ser conservados até á maioridade.

Conforme o seguinte art. 400 do texto, pela quebra do termo previsto no § 1º do art. 399, o infractor terá o destino indicado no mesmo art. 400 por 1 a 3 annos si fôr nacional.

Conforme o paragrapho unico do mesmo artigo, si fôr estrangeiro será deportado, isto é, expulso do territorio brasileiro.

Isto em França se faz facilmente pela unica autoridade do governo; aqui os tribunaes teem embaraçado, sem rasão, a acção benefica, salutar e moralisadora desse meio natural e social de eliminação de verdadeiras fezes humanas que veem dar ás nossas plagas fiadas na impunidade quasi geral dos crimes e onde pelo menos se lhes depara mesmo na mendicidade uma rica messe.

O Sr. Milton na sua importante e recente obra, já em segunda edição, sobre a nossa Constituição Federal se refere ao assumpto da deportação politica ou administrativa do estrangeiro, citando e apreciando arestos em sentido divergente do nosso Supremo Tribunal Federal. ²

O art. 401. prevê nos termos que estabelece, tanto a extincção da pena, como a suspensão della, assim como o paragrapho unico previne a annullação da suspensão e o effectivo cumprimento da sentença.

254. Os arts. 402 a 404 e ultimos deste capitulo e livro comprehendem a *capoeiragem*.

¹ Florian e Cavaglieri, I VAGABONDI CIT., 2º vol., Part. VI, cap. 1º, pag. 227. A. Prins, SCIENCE PÉNALE ET DROIT POSITIF, Bruxelles & Paris, 1899, pag. 569, n. 977.

² Milton, A CONSTITUIÇÃO DO BRAZIL, ETC. pags. 514—518.

O art. 402 define a infracção e estabelece a pena.

O paragrapho unico considera circumstancia aggravante pertencer o capoeira á alguma *banda* ou *malta*. E manda impôr oos chefes ou cabeças a pena em dobro.

No art. 403, o codigo manda applicar aos reincidentes o maximo da pena do art. 400.

No paragrapho unico, manda deportal-o, depois de cumprida a pena, si elle fór estrangeiro.

O art. 404 e ultimo manda accumular as penas da contravenção ás de outras que por quaesquer crimes dos que enumera (esquecendo a propriedade) e em que incorrer o contraventor.

Taes disposições não exigem explicação.

E para fazer uma nota geral sobre os *capoeiras*, diremos que seria preferivel supprimir taes disposições, ficando as bandas ou maltas de capoeiras sujeitas a disposições hem ordenadas e previdentes das *associações para delinquir*, de que tratamos, commentando o projecto de 1899 no cap. V, do tit. II, do livro primeiro deste commentario (v. I, pag. 90, n. 28).

LIVRO III

Disposições geraes

CODIGO

Art. 405. O valor do objecto sobre que versar o crime nas hypotheses dos arts. 330, 331 e 339 será fixado:

1º, para regular a fiança provisoria, pela autoridade a quem competir concedel-a, conforme as circumstancias do caso ;

2º, para regular a pronuncia, pelo juiz da causa, mediante arbitramento feito por dous peritos de sua nomeação.

§ 1.º O arbitramento assentará na avaliação do objecto, ou, em falta deste, na prova documental, ou testemunhal, e poderá ser corrigido pelo juiz.

§ 2.º Si o valor fixado para a pronuncia for alterado pelo tribunal do jury, não deixará este de applicar a pena correspondente, seja qual for a alteração.

Art. 406. A fiança não será concedida nos crimes, cujo maximo de pena for prisão cellullar, ou reclusão, por quatro annos.

Paragrapho unico. Para os effeitos da fiança provisoria, a pena de prisão cellullar será considerada equivalente á de prisão com trabalho, e a de reclusão á de degredo, sendo alterada a tabella vigente.

Art. 407. Haverá logar a acção penal:

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

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

Exceptuam-se:

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

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

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

Art. 408. Em todos os termos da acção intentada por queixa será ouvido o ministerio publico; e nos da que o for por denuncia, ou *ex-officio*, poderá intervir a parte offendida para auxilial-o.

Art. 409. Emquanto não entrar em inteira execução o systema penitenciario, a pena de prisão celllular será cumprida, como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciarios existentes, segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples, com augmento da sexta parte do tempo.

§ 1.º A pena de prisão simples, em que for convertida a de prisão celllular, poderá ser cumprida fóra do logar do crime, ou do domicilio do condemnado, si nelle não existirem casas de prisão commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena terá de ser cumprida.

§ 2.º O cumprimento dessa pena, embora penda recurso voluntario, começará a contar-se do dia em que for proferida a sentença de condemnação.

Art. 410. As disposições das leis e regulamentos de fazenda e commercio, de administração e policia geral, e regimento dos auditorios, que decretam penas pecuniarias e disciplinares, continuarão a ser observadas na parte em que não tiverem sido especialmente revogadas por este codigo.

Art. 411. Este codigo começará a ser executado em todo o territorio da Republica seis mezes depois de sua publicação na Capital Federal.

Art. 412. Ficam revogadas todas as leis em contrario.

LEIS

Art. 16. Cabe á acção da justiça publica o procedimento para a punição do crime de furto, sem embargo da excepção do n. 1, do § 2º, do art. 407 do Coligo Penal, quando provado o procedimento official por queixa, escripta ou verbal, reduzida a termo da parte offendida.

(Lei n. 76, de 16 de agosto 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 fórmula dos respectivos processos e julgamentos.

Art. 2.º Nos crimes a que se refere a mesma lei a acção publica será iniciada sobre representação do offendido, e perime pela desistencia deste; pagas neste caso por elle as custas.

(Lei n. 121, de 11 de novembro de 1892.)

Art. 26. Salvos os casos do art. 21, n. 1, e do art. 24, em que deverá haver procedimento *ex-officio* da autoridade competente e em que qualquer, na falta desse procedimento, poderá intentar a acção

criminal, só ao autor ou ao concessionario dos seus direitos incumbe a queixa e auctoria do processo.

Paragrapho unico. Qualquer dos collaboradores de uma obra artistica, litteraria ou scientifica póde, independente dos mais, usar do seu direito, para punição dos culpados*.

(Lei n. 496, de 1 de agosto de 1898.)

Art. 13. Não será admittida fiança nos crimes de moeda falsa e de contrabando.

Art. 14. O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homisiado em paiz estrangeiro.

(Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898.)

Art. 1.º Compete a acção penal por denuncia do Ministerio Publico nos crimes de:

I. Furto;

II. Damnos em cousas do dominio ou uso publico da União, dos Estados e Municipios, ou em livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos, autos e actos originaes de auctoridade publica.

Paragrapho unico. A acção publica será iniciada sob representação do offendido, si o furto se der entre parentes e affins até o 4º gráo civil, não comprehendidos na disposição do art. 335 do Codigo Penal, que continúa em vigor.

Art. 2.º São inafiançaveis os crimes de:

I. Furto de valor igual ou excedente de 200\$ (Codigo Penal, art. 330, § 4º.)

II. Furto de animaes nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura.

III. Os crimes capitulados nos arts. 141 e 142 do Codigo Penal. (Lei n. 628, de 28 de outubro de 1898.)

COMMENTARIO

233. Justificando as disposições finaes do primitivo projecto de revisão de 1893, dissemos:

Este relatório, quando se occupou da *extincção da acção e da condemnação penaes*, consignou os motivos que tiveram os autores do projecto para incluir essa materia na lei substantiva; não é mister, pois, justificar as disposições relativas ao uso ou não da acção publica ou do procedimento *ex-officio*, e á fiança pela intima dependencia dellas entre si no nosso direito.

Releva acrescentar apenas que a lei criminal unitaria não póde deixar de regular a acção e a fiança quanto ao seu uso ou concessão, quando a Constituição Federal tutela a liberdade do cidadão e respectivamente a esses pontos nos §§ 13 a 15 do art. 72.

O projecto consagra entre as disposições finaes a correspondencia entre as penas estabelecidas e as que effectivamente são actualmente executadas, pois que as novas do codigo vigente não chegaram a ser ensaiadas.

* O decreto n. 3836, de 24 de novembro de 1900, declarou que o art. 26 da lei n. 496, de 1898, se referia ao art. 21, n. 1, e não ao art. 22, n. 1.

Marca também prazo unico para a execução do novo código, como convém, em todos os Estados ao mesmo tempo.

São disposições transitórias de rigor, achando-se as outras na parte geral ¹.

Os motivos alludidos aqui na citada exposição de motivos, explicando as razões da inclusão de disposições relativas á *extinção da acção e da condemnação penaes* foram as seguintes:

Antes de tudo convém resolver uma duvida, que suscita a collocação deste titulo no Código Penal e não no do processo.

Pensa a commissão com a melhor doutrina, de accordo com autoridades da maior valia e com exemplos a seguir dentro e fóra de casa, que se restringiu á esphera de sua competencia.

Em caso, não identico, mas semelhante, o Congresso Nacional já se manifestou affirmativamente elaborando a lei n. 21, de 24 de outubro de 1891; convindo lembrar o discurso proferido pelo Sr deputado Tosta, na sessão de 5 de outubro. ²

E em relação a titulo identico do código italiano dizia o respectivo parecer da Camara em 1888:

«Alguns teem considerado que a cessação da acção penal e dos effeitos da condemnação seja antes materia de processo do que da lei substantiva. Mas, investigando as razões e o fim das disposições aqui compendiadas é facil persuadir que propriamente ellas respeitam os modos idoneos de extinguir o direito de punir e não sómente a paralyzar e dirimir o exercicio e applicação formal delle; modos extintivos do direito, que são constituídos ou por certas condições resolutivas, ou por certos limites restrictivos dos effeitos penaes. Assim, com toda razão, tanto no direito *constituído*, quanto no *constituendo*, se tem sempre considerado esta materia *como parte integrante da lei penal e não do processo*, o que tem muita importancia, especialmente no direito transitorio. ³

A questão não foi mais levantada no senado italiano, nem nos relatorios e trabalhos ulteriores do ministro Zanardelli e commissão de redacção do texto definitivo.

Isto deve tranquillisar os mais exaggerados defensores da disparidade das leis do processo. ⁴

Tendo sido censurada esta parte do projecto no já citado parecer da Faculdade de S. Paulo, respondemos assim á censura:

Os outros artigos citados e com os quaes completou a

¹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 27.

² ANNAES da Camara dos deputados de 1891, vol. 4º, pag. 111.

³ RELAZIONE, T. Villa, Roma, 1888, pag. 127.

⁴ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS CIT. pag. 8.

censura o seu rosario de inconstitucionalidades são corollarios rigorosos do principio encarnado em nosso direito e no estrangeiro de que o uso e não uso da *acção* é de direito *substantivo* e não de direito *adjectivo*.

Porque o Parecer relatado pelo celebre *professor de direito criminal* não discutiu essa magna questão, suscitada e resolvida na *Exposição de motivos* que tem a seu favor a recente codificação italiana, os tratados dos autores, as leis do Congresso Nacional?

Não é com quatro palavras chôchas, transcrevendo artigos proprios e exposição de motivos sobre o processo em geral, ou a organização federal feita de afogadilho e já alterada por lei e o exemplo dos codigos — João Monteiro — que ella será resolvida para o legislador ou os competentes.

Passou-se em silencio a *Exposição de motivos* (pags. 8 e 27).

A opinião que transparece do Parecer não figura, que eu saiba, em codigo algum moderno, de nação alguma, qualquer que seja a fórma de governo, com a qual, parece, mas nada tem que ver o systema federativo, pois que nos regimens unitarios os codigos penaes não incluem materias processuaes, nem os de processo as materias puramente penaes.

O Relator da commissão da camara dos deputados na Italia só poudé citar como desviando-se do concerto universal dos codigos europêos o codigo de instrucção criminal francez, as leis de processo penal das Duas Sicilias e o codigo parmense.

Elle sustentou o contrario, que ficou prevalecendo no codigo italiano.

Além das fontes legaes e consultivas citadas na *Exposição de motivos*, os tratadistas francezes, allemães e italianos que só escrevem sobre o direito *substantivo* se occupam do assumpto. ¹

Agora mesmo um aresto firmado por unanimidade de votos do Supremo Tribunal Federal (1º de dezembro de 1894) declarou nulla na especie uma lei estadual do Piahy por contraria ás disposições do codigo penal que serviram de fonte ao *Projecto*, nesta parte censurado. ²

Os supremos poderes da União, o Legislativo, isto é, o Congresso com a sancção do Presidente da Republica e o Judiciario mantêm o principio doutrinario e constitucional que o *Projecto* seguiu.

Muito ao contrario da observação do illustre censor, os

¹ Garraud, OBR. CIT., vol. 2º pag., 81 ; Berner, OBR. CIT., pag. 267; Pessina. MANUALE, Napoli, 1893, pag. 142.

² O DIREITO, vol. 66, 1895, pag. 71.

Estados é que no caminho que levam realizarão a absorpção da attribuição de legislar sobre o direito *substantivo*, reduzindo o da União á letra morta, á uma entidade abstracta viciada na execução, que é a vida dalei. ⁴

256. Passemos á materia dos artigos do texto.

Nos arts. 405 e 406 do texto o código trata da fixação do valor do objecto sobre que versar o crime nas hypothèses dos arts. 330, 331 e 339 para a fiança *provisoria* e para a *pronuncia*, assim como trata da mesma fiança.

As disposições do art. 405 são de character processual.

O instituto da *fiança* é de direito *substantivo*, mas entenda-se bem, do mesmo modo, e como quando se trata da *acção*, tambem de direito *substantivo* — a fórma, as condições, os meios de fazer valer o exercicio dum e doutro direito são de direito *adjectivo*.

Esta doutrina teve recente confirmação do Poder Legislativo na lei n. 628 de 28 de outubro de 1899 que, tratando da *fiança* separou bem nas suas disposições as de character *substantivo*, das de character processual ou *adjectivo*.

Assim o art. 2º é de character *substantivo* e por isso o inserimos no texto; o art. 5º §§ 4º e 5º e letras *a* e *b* é de character processual.

E pois não nos podemos conformar com o principio absoluto firmado pelo seguinte aresto:

« E' negado provimento ao recurso interposto da decisão que denegou a ordem de soltura requerida por *habeas corpus*. Embora prevista no Código Penal, a fiança crime pertence ao Direito Processual, cujas prescripções, de ordem publica, não se comprehendem no art. 3º do dito código, e applicam-se no processo actual de crimes anteriores; portanto, não se tratando de fiança já prestada, hoje não a admittem os crimes previstos no art. 2º da lei n. 628 de 28 de outubro de 1899, ainda que commettidos antes de sua promulgação»: Accordão do Supremo Tribunal Federal, 23 de junho de 1900, com cinco votos vencidos contra seis vencedores, fundamentando longamente os seus votos contrarios o ministro *relator* João Barbalho e o ministro João Pedro.

Em contrario temos o seguinte:

« O instituto juridico da fiança, como o da prescripção, é de *direito material substantivo*.

Consequentemente, tendo sido praticado antes da lei n. 628 de 28 de outubro de 1899 o crime de furto attribuido a alguém, a inafiançabilidade decretada por esta lei não abrange o caso concreto.

Em face do principio constitucional da irretroactividade

⁴ O PROJECTO DO COD. PEN. E A *Faculdade de S. Paulo cit.*, pags. 74 e 75.

das leis penaes e da regra do art. 3º do código penal, o caso concreto rege-se pela disposição antiga»: Accordão do conselho do Tribunal Civil e Criminal, 16 de agosto de 1900 — *Muniz Barreto*, presidente e relator — *Segurado* — *Thomé Torres*.¹

Muito a proposito a solução é a mesma que para a acção penal e a prescripção.

Assim, observa Rivarola, ainda que em alguns códigos as leis de prescripção das acções se hajam incluído entre as processuaes, creio, com Nypels, que a prescripção é uma materia que pertence ao *fundo do direito* (ao *direito material*, como dizem os juriconsultos allemães) e não á *forma*.

Os legisladores do Consulado não se enganaram nisto. Collocaram esta materia no código civil e não no do processo.

« Não existe razão alguma juridica para separar as duas prescripções: uma e outra estabelecem a favor do que pode invocal-as uma *liberação*, isto é, o *direito* de não ser molestado ulteriormente, nem por processo, nem por execução.

Não ha nisto nada que se refira á forma.

Outro tanto tem feito entre nós o código civil. Está pois bem collocada no código penal a materia da prescripção das acções.²

A razão decisiva contra o aresto do Supremo Tribunal Federal nos parece bem simples.

A fiança importa a liberdade provisoria do indiciado que póde ser preso preventivamente, ou do pronunciado que deve sê-lo em crime inafiançavel, mesmo quando não a preste.

Não é uma liberação definitiva como na prescripção da acção ou da condemnação, mas é sempre liberação da prisão, que é um effeito do processo instaurado em virtude da acção penal.

Esta seria um instituto manco, si a fiança não fosse um instituto de direito substantivo.

A desharmonia e contradicção entre os dous institutos não se póde fazer sentir nos países em que ha unidade no direito material e formal, porque tudo ahí está coordenado.

Mas entre nós, onde vinte Estados legislam livremente sobre o processo, as leis destes poderiam implantar aquella desharmonia e contradicção; e o que é peor, affectando o próprio systema penitenciario, porque a fiança se concede

¹ DIARIO OFICIAL n. 11 de 13 de Janeiro de 1901, pag. 259; REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 11, pag. 14, com observações contrarias ao aresto citado no texto. O DIREITO, vol. 85, pag. 109, fasciculo de Maio 1901.

² Nypels, COD. PEN. BELGE ETC. tomo 1º pag. 295; Rivarola, OBR. CIT. vol 1º pag. 384 n.381 No mesmo sentido Carlos Tejedor, CURSO DE DERECHO CRIMINAL, Buenos Ayres, 1871, 1ª parte, *leys de fondo*, pag. 115, n. 172.

ou se nega, conforme a extensão e intensidade da pena ou a gravidade do delicto considerada em motivos de ordem publica.

Si a fiança fosse um instituto de direito adjectivo, quando a lei declara que um crime é inafiançavel, ella não poderia ser applicada nos Estados, maxime, si se tratasse *v. g.* de *contrabando*, hoje inafiançavel, conforme a lei transcripta no texto, desde que a infracção fosse commettida contra o fisco estadual. Vê-se agora a que consequencias absurdas se pôde chegar num regimen como o nosso, com tal doutrina.

E em geral sobre a natureza da fiança um dos doutos lentes da materia na Faculdade de S. Paulo, em sua obra recentissima, diz :

« Por ultimo ha a considerar que no actual regimen, a determinação dos *casos*, dos *efeitos* e mesmo do *processo* da fiança, constitue materia de natureza federal ; aos Estados ficou tão sómente a attribuição *suppletiva* de organizar a tabella ou o modo de arbitramento da fiança. »

Os griphos são do illustre autor e a sua opinião é mais radical do que a nossa, que acima expuzemos e esposamos desde 1893.

Depois cita o § 14 do art. 72 da Constituição e diz mais :

« Estes *casos* de modo algum podem ser deixados ás legislaturas estadoaes, visto constituirem a *materia* da garantia constitucional. Assim o entendeu, com todo criterio o legislador federal quando no art. 406 do Codigo Penal de 1890 fixou os seguintes limites, etc. »

Finalmente cita o aresto de 19 de maio de 1900 sobre a lei n. 628 de 1899, que não devia ter effeito retroactivo, repetindo que a fiança é *materia de lei federal*, ponto este mais importante do Accordão do Supremo Tribunal quando diz que é ella de direito *substantivo*.¹

A jurisprudencia é variavel, como mostra o Accordão contrario, que acima citamos.

Agora mesmo na Camara do nosso Congresso Nacional o illustre deputado Azevedo Marques, apresentando um notavel projecto que *estabelece regras para execução do art. 34, n. 23, art. 63 e art. 65 § 2º da Constituição* — neste se lê no art. 1.º :

« § 3º Não poderão as leis dos Estados :

f) estatuir sobre *casos* e fórma de prisão preventiva ou do livramento. Em relação á *fiança* criminal, só lhes é facultada a fixação dos extremos da tabella da fiança *provisoria*, sem comtudo tornar impossivel ou illusoria a respectiva garantia. »

Na interessante *exposição* de motivos que precede o pro-

¹ João Mendes Junior, PROCESSO CRIMINAL BRAZILEIRO, Rio de Janeiro 1901, vol. 1º, pag. 447, n. 235.

jecto, é justificada esta disposição, relembando o autor o que antes sustentara num estudo (que abrangia o assumpto e sobre o qual dizia :

« A fiança é um instituto de direito criminal ; não é de processo. Dizer que alguém tem direito ou não a prestar fiança é crear um direito. Estabelecer os casos em que pôde ser concedida a fiança é materia de direito substantivo sobre o qual os Estados não podem legislar, porque é crear um direito. Regulamentar, porém, a fiança, isto é, estabelecer o seu modo de actividade, é materia simplesmente regulamentar da competencia dos Estados. ¹

Em summa, em taes assumptos, tudo está tão ligado, que ninguem poderá desconhecer que a fiança tem ainda estriccia connexão, *v. g.* com a *prisão preventiva*, cujo instituto figura aliás no Codigo Penal, art. 60, para attribuir-lhe o effeito do computo na pena da condemnação ; notando um escriptor portuguez a lacuna do codigo do seu paiz de 1852 neste ponto. ²

E si pôde prevalecer outra doutrina, ella será theorica, porque não só o Codigo Penal a isso se oppõe, como tambem a citada lei n. 628, que se trata de applicar com força retro-activa.

Assim, muito cautelosamente, para differenciar as disposições de character substantivo das de character processual, o legislador começa dizendo :

« Art. 5.º No *Districto Federal* será observado o seguinte : », etc.

A razão é porque só para este Districto pôde a União legislar sobre o processo concernente á justiça local.

Attenta a natureza processual das disposições não nos occuparemos dellas.

Isto posto, devemos notar que as disposições do art. 405, seus numeros e paragraphos do texto do Codigo Penal são de character *processual*.

Sobre a *fiança* ellas acham-se hoje alteradas pela citada lei n. 628, de 1899, art. 5º, §§ 4º e 5º e dec. n. 3475, de 4 de novembro de 1899, que *regulamenta* o mesmo art. 5º da lei, arts. 6º e 7º, tendo este declarado que a *fiança é sempre definitiva e não tambem provisoria*, como era pelo art. 405 do codigo e legislação anterior.

Entretanto, embora não commentemos a materia do art. 405 e das disposições da nossa lei que o alteraram, para estudo, ou antes confronto entre aquelle e estas, e que por

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT. vol. 4º, pag. 357 ; JORNAL DO COM-MERCIO n. 202, de 22 de julho de 1901, Gazetilha — *Direito Material e Processo* e no DIARIO DO CONGRESSO NACIONAL n. 176, de 28 de julho de 1901, *Projecto* n. 117, de 1901.

² Francisco Fernandes, A PRISÃO PREVENTIVA, Coimbra, 1896, pag. 105, n. 18.

serem de caracter *processual* não as inserimos no texto, com as outras, notaremos que o citado regulamento n. 3475, de 1899, arts. 6º e 7º explicam o art. 5º, §§ 4º e 5º que derogou as disposições do referido art. 405 para a justiça federal e local do Districto Federal e transcrevemos abaixo na nota essas disposições da lei, deixando de fazer o mesmo com as do regulamento por sua relativa extensão. ¹

O seguinte aresto refere-se a este art. 405, assim como ao art. 407, também alterado pela nova lei.

« Procedimento *ex-officio* em crime de furto fóra do caso de flagrante delicto.

O encontro do furto em poder do réo não caracteriza o flagrante delicto.

O juiz não pôde formular quesitos sobre o flagrante delicto.

Intelligencia do art 405, n. 2 do codigo penal e art. 69 B do regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842: » Acc. Relação *Ouro Preto*, Minas Geraes, 22 junho 1892. ²

237. A disposição do art. 406, á qual vamos passar agora, é de direito *substantivo* e, pois, tem este caracter o preceito estabelecido no citado artigo.

O paragrapho unico do mesmo artigo é que não tem mais razão de ser, á vista do que já dissemos, referindo-nos ao art. anterior, isto é, porque o citado regulamento n. 3475, de 1899, art. 7º, declara que « a fiança é sempre definitiva.»

Subsiste, porém, em vigor a regra geral do texto do art. 406, do codigo penal: « a fiança não será concedida nos crimes cujo maximo de pena for prisão cellullar, ou reclusão, por quatro annos.»

Esta regra tem hoje excepções, pois que a citada lei

¹ Lei n. 623, de 1899:

Art. 5º No Distrito Federal será observado o seguinte:

« § 4º A fiança não é precisa, porque nellas os réos livram-se soltos, nos crimes a que não é imposta pena maior que a de multa até 100\$ e prisão cellullar até tres mezes, salvo si os réos forem vagabundos ou sem domicilio.

§ 5º A fiança será prestada por meio de deposito em dinheiro, metaes ou pedras preciosas, em apolices ou titulos da divida nacional, ou da municipalidade ou hypotheca de immoveis livres de preferencia, derogado o art. 14, § 3º da lei n. 2033, de 20 de setembro de 1371.

a) O valor da fiança será fixado pela autoridade a quem competir, na conformidade da tabella annexa ao decreto n. 4824, de 22 de novembro de 1871, que o Poder Executivo adaptará á penalidade em vigor, de accordo com o art. 406 do Codigo Penal e o disposto nesta lei (art. 5º, § 4º).

b) nos crimes punidos unicamente com multa, o valor principal da fiança será equivalente ao maximo do valor daquella. »

Estas disposições, assim como as dos arts. 6º e 7º do Reg. n. 3475, de 1899, que as explicam, devem ser confrontadas, conforme dissemos, com a do art. 405 do Codigo Penal para decidir o que do texto deste ultimo artigo ainda subsiste em vigor. Isto excede da nossa tarefa, alheia ao processo.

² O DIREITO, vol. 64, pag. 75.

n. 628, de 1899, cujas disposições transcrevemos no texto declara no art. 2º que são *inafiáveis* os crimes de :

I. Furto de valor igual ou excedente de 200\$ (codigo penal, art. 330, § 4º.)

II. Furto de animaes nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura.

III. Os crimes capitulados nos arts. 141 e 142 do codigo penal. ⁴

Não tendo a citada lei n. 628 feito referencia alguma ao direito anterior para modifical-o de qualquer outro modo, subsiste ainda em vigor a precedente lei n. 515, de 3 de novembro de 1898, duas de cujas disposições inserimos no texto, e uma das quaes diz expressamente :

«Art. 13. Não será admittida *fiança* nos crimes de *moeda falsa* e de *contrabando*.»

E como a citada lei n. 628, art. 5º, § 5º, letra a) autorisou o Poder Executivo a expedir uma nova *tabella da fiança* que effectivamente foi organisada e vem no final do citado regulamento, art. 3475, passamos a inseril-a aqui mesmo com a observação que se lê abaixo della:

TABELLA DA FIANÇA

| TERMOS | | PENAS |
|----------|-------------|--|
| Minimo | Maximo | Prisão cellular ou reclusão por menos de |
| 100\$000 | 1:500\$000 | Seis mezes. |
| 200\$000 | 3:000\$000 | Um anno. |
| 300\$000 | 4:500\$000 | Um anno e seis mezes. |
| 400\$000 | 5:000\$000 | Dous annos. |
| 500\$000 | 6:500\$000 | Dous annos e seis mezes. |
| 600\$000 | 8:000\$000 | Tres annos. |
| 700\$000 | 9:500\$000 | Tres annos e seis mezes. |
| 800\$000 | 11:000\$000 | Quatro annos. |

Exceptuam-se desta tabella, por serem *inafiáveis* : o crime de furto igual ou superior a 200\$; o furto de animaes em fazendas, pastos ou campos de criação ou de cultura, e os crimes capitulados nos arts. 141 e 142 do Codice Penal. (Lei n. 628, de 28 de outubro do corrente anno, art. 2º.) (Reg. n. 3475, de 1899, *in fine*.)

⁴ As especies a que se refere o art. 2º, n. III, da lei n. 628, estão comprehendidas no titulo dos crimes contra a *incolumidade publica* e sua penalidade é menor do que a fixada na regra geral do art. 406 do codigo penal.

Nesta observação se devia ter mencionado a citada lei n. 515, de 1898 que, como dissemos ha pouco, tornou inafiançáveis os crimes de *moeda falsa* e *contrabando*.

O regulamento citado expedido pelo decreto n. 3475, de 1899, está publicado e *commentado* por uma das nossas mais reputadas e vulgarizadas revistas juridicas. ¹

O seguinte aresto firma a doutrina constitucional e a do codigo penal, art. 406, sobre o instituto da fiança e cujo preceito, assim como os das leis posteriores citadas estão, por assim dizer materializados praticamente na tabella vigente transcripta :

« Declaração de inconstitucionalidade de lei estadual.

O poder judiciario é competente para determinar no caso concreto o não cumprimento de uma lei inconstitucional.

O maximo de pena que não admite a fiança nos termos do art. 406 do codigo penal, não póde como lei substantiva que é, vir a ser suprimido ou a ser essencialmente alterado por lei estadual. Acc. Relação, *Petropolis*, Rio de Janeiro, 20 julho. 1897. *Santos Campos*, relator, com o voto *vencido* do desembargador Ferreira Lima, mas sem contestar o direito em these.

« E' inafiançavel a cumplicidade no crime do art. 330, § 4º do codigo penal.

No caso de concurso de delictos homogeneos do citado art. 330, a coparticipação accessoria é afiançavel, si só se der em relação á alguma das gradações afiançáveis do mencionado artigo.

Referencia aos arts. 21, § 3º, 66 e 406 do codigo penal »: Acc. Conselho Trib. Civ. e Crim., 10 janeiro, 1901. — *Muniz Barreto*, presidente.

Eis um aresto perfeitamente juridico que se coaduna mesmo com a recente lei n. 628 que extinguiu a fiança provisoria :

« Não é licito privar o réo do direito de prestar fiança definitiva fóra da prisão, quando assim o não determinar a lei expressamente. » Acc. Relação *S. Paulo*, 5 de setembro de 1900.

« Responsabilidade legal dos menores de 14 annos; fiança. Acc. Relação, *Bahia*, 6 março, 1900, com voto vencido e longamente fundamentado do desembargador *Botelho Benjamin*. ²

258. Os arts. 407 e 408 do texto do cod. pen. referem-se, o primeiro unica e exclusivamente á *acção penal*, o segundo embora falle em *acção*, toma esta palavra como

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 8º, pags. 201 e seguintes.

² O DIREITO, vol. 74, pag. 297. REVISTA DE JURISPRUDENCIA, cit. vol. 11, de 1901, pag. 204; vol. 12, pag. 76. O DIREITO, vol. 85, de 1901, pags. 142 e 143.

synonimo de *causa e processo*, a cujos termos allude, e pois é esta ultima disposição de caracter *processual*, com a qual nada temos que ver a não ser em alguma referencia, por connexão de materia, principalmente nos arestos que teremos de citar.

Trataremos pois da materia do art. 407, cujas disposições teem sido alteradas pelas leis, cujos textos relativos inserimos abaixo do texto do codigo neste livro III.

O cod. principia declarando:

« Art. 407. Haverá lugar a *acção* penal:

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

Aqui deve-se entender uma *queixa* em fórma, a *que-rela* nos termos rigorosos traçados pela lei, pelo direito processual. Pois bem. Uma primeira alteração soffreu a disposição citada em relação ao crime de *furto*, permittindo a lei n. 76 de 16 de agosto de 1892, no art. 16 transcripto no texto, o «procedimento official por *queixa* escripta ou *verbal reduzida a termo da parte offendida*.» Era um modo summario, facil e expedito de exercicio da acção penal. Mas a lei faz surgir uma duvida sobre a sua generalidade, ou extensão de applicabilidade em relação ao territorio ou lugar, porque sendo a sua epigraphie. «Reorganisa o serviço policial do Districto Federal» consagra, excedendo esta epigraphie deficiente e mesmo incorrecta, disposições do caracter da mencionada.

Não obstante a lei foi entendida só ter sido votada para o Districto Federal á vista de arestos á ella posteriores que só se referem ao art. 407 do cod. como si este não houvesse soffrido alteração e conforme mais adiante veremos.

Muito semelhante á lei n. 76—de 1892, foi a lei n. 121—de 1892, em relação ao furto de gado de qualquer especie, inserta no texto, e de cujo art. 2º se vê que a acção publica dependia da representação do offendido e este podia fazel-a perimir ou cessar pela propria desistencia, uma vez que pagasse as custas do processo.

Esta lei porém cessou quanto á acção publica que hoje é geral para o furto sem nenhuma condição, conforme a nova lei n. 628 de 1899, como vamos ver.

Só subsiste da lei n. 121 de 1892, o art. 1º que aliás está tambem comprehendido nesta nova lei citada, abrangendo o gado de qualquer especie; e o art. 3º que alterou a penalidade do furto de gado vaccum, cavallar e muar. Já nos referimos a taes disposições no liv. 1º, tit. 9º cap. II, tratando do *furto* neste commentario (n. 202).

Na conformidade da lei n. 121 de 1892 foi dada a seguinte decisão:

« Nullo é o processo por furto de gado instaurado por denuncia do ministerio publico, não tendo o delinquente sido

prezo em flagrante delicto, nem tendo elle sido iniciado sobre representação do offendido » Sentença do juiz de direito do *Triumpho* (Pernambuco) 2 dezembro 1898. ¹

O art. 407 § 2º estabelece que haverá lugar a acção penal, por denuncia do Ministerio Publico em todos os crimes e contravenções.

Este é o preceito geral sobre a acção publica.

No mesmo artigo e paragrapho diz o codigo:

« 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, salvos os casos do art. 274. »

Esta disposição diz:

« Art. 274. *Nestes crimes* haverá lugar o procedimento official sómente nos seguintes casos:

1.º Si a *offendida* for 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. »

Nas palavras *nestes crimes*, o cod. se refere aos de *rapto*, em cujo capitulo está collocado a disposição e aos de *violencia carnal*, objecto do capitulo anterior; em vez de ter collocado a disposição aqui, ou pelo menos num capitulo de disposições communs áquelles dous anteriores, sem que isso observasse por mera esthetica legislativa, mas por exigencias indeclináveis da natureza e clareza da exposição e interesse da sua interpretação.

Que se trata de disposições communs aos artigos anteriores, o confirmam ainda os artigos immediatamente precedentes 272 e 273. Sempre assim o entendemos, tanto que tratando delles, o fizemos separadamente como de disposições faes, isto é, communs, organisando para isso um capitulo distincto, III do titulo VII (v. I, p. 357, n. 114.)

Não obstante a descurada redacção da disposição do art. 274, é escusado quasi notar que nos seus ns. 1º e 2º nas expressões *offendida*, *asylada* estão comprehendidos o *offendido* ou *asylado*, comprehendendo aqui o feminino o masculino, em vez da observancia da regra contraria.

A interpretação contraria é simplesmente insustentavel e tão absurda que só a lei mesma expressamente poderia declarar que não teria lugar o procedimento *ex-officio*, quando a victima da violencia carnal fosse do sexo masculino, embora miseravel, *asylado* de estabelecimento de caridade, ti-

¹ O DIREITO, vol. 84, 1901, 2º fasc. pag. 238.

vesse sido morto no acto ou após elle, ou tivesse tido sua vida em perigo ou soffrido alteração grave da sua saude.

Eis ahi a que levaria o absurdo, sacrificando o elemento logico da interpretação!

Em relação ao elemento scientifico, é sabido que a doutrina corrente considera como mais grave e portanto como condição de aggravação a violencia carnal *cum masculis*, ainda que o nosso cod. art. 266, prevendo o attentado violento ao pudor de pessoa de um ou de outro sexo, os equipare na pena, conforme notamos (v. I, n. 103, pag. 319).

Entre parenthesis devemos salvar uma duvida que pode ser attribuida á incorrecção de nossa parte.

Tratando da materia anteriormente, dissemos que os factos a que se refere o art. 274 para regular a acção penal, como vimos, não constituem aggravantes etc...

Mas então nós não nos referiamos ao n. 3º do citado art. 274, que repete alguns casos de aggravantes subjectivas do art. 273. Nós nos referiamos aos outros factos dos ns. 1º e 2º, porque aquelles já estavam declarados, (v. I, n. 115, pag. 363).

Fechado o parenthesis, devemos concluir que das objecções, aliás improcedentes, como acabamos de vêr, que podem surgir na interpretação do art. 274, em relação á acção publica, regulada pelo art. 407, nem dellas se cogitaria, si o codigo alli tivesse empregado as expressões *pessoa offendida*, de que se serviu o codigo italiano, art. 336, em vez de *offendida* simplesmente como fez. ¹

O codigo ainda acrescenta no art. 407 que haverá logar a acção penal :

«§ 3.º Mediante procedimento *ex-officio*, quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos legais. »

Destas disposições, a que foi ampliada, ou antes a excepção que foi restringida foi a do n. 1º do § 2º do art. 407.

A lei n. 628, de 1899, que temos citado e cujas dispo-

¹ O estupro que presuppõe, tambem como o attentado violento ao pudor, a violencia, não está por si só comprehendido no art. 274, para dar logar á acção publica, salvo nos casos enumerados na mesma disposição. O estupro está definido no art. 269 do codigo, que já commentamos (v. I, n. 103, pag. 313). O codigo ahi declina o *hypnotismo* como uma das fórmulas de violencia no estupro e sobre o que não nos detivemos, não só pelo systema adoptado de não tratar de questões attinentes á medicina forense, como porque, tratando da parte *geral* do cod. haviamos nos occupado do assumpto : Vid. nosso *cod. pen. commentado, etc.*, v. II, n. 101, pag. 87. Mas a litteratura medico-juridica brasileira conta um livro de merito sobre a questão e é o melhor commentario da alludida face do art. 269 do Codigo: Dr. Alcantara Machado, O *HYPNOTISMO—ensaio medico-legal* sobre o art. 269 do Codigo Penal Brasileiro, especialmente, cap. VI, pag. 315, *estupro e somnambulismo*.

sições respectivas inserimos tambem no texto, abaixo do texto do codigo, diz :

« Art. 1.º Compete a acção penal por denuncia do Ministerio Publico nos crimes de :

I. *Furto*.

II. *Dannos* em cousas do dominio ou uso publico da União, dos Estados e Municipios, ou em livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos, autos e actos originaes de auctoridade publica.

Paragrapho unico. A acção publica será iniciada sob representação do offendido, si o furto se der entre parentes e affins até o 4º gráo civil, não comprehendidos na disposição do art. 335 do Código Penal que continúa em vigor. »

Consequentemente á vista da nova lei, são de acção publica o *furto*, e o *danno* em cousas (quaesquer que sejam, *moveis*, *immoveis* ou *semoventes*), do dominio ou uso publico de qualquer personalidade que compõe a Nação, União, Estados ou Municipio ; especificando ainda o n. II do art. 1º papeis e documentos publicos.

Sobre o *furto*, o paragrapho unico, do art. 1º faz uma restricção, quando faz depender o inicio da acção da representação do offendido, si o *furto* tiver logar entre parentes, consanguineos ou affins até o 4º gráo, contado segundo o *Direito Civil*.

Os civilistas ensinam o modo de contar os grãos de parentesco.

« Na linha *recta* contam-se tantos grãos, quantas são as gerações. Porém, na *transversal*, o Direito Romano (*civil*) e o Canonico, diversificam muito no modo de contar o parentesco ; e as leis portuguezas (que herdamos) mandam seguir já um, já outro daquelles Direitos. O Direito Romano (*civil*) conta *todas* as *gerações* ou grãos, subindo por uma das *linhas* e descendo pela outra. Porém, por Direito Canonico contam-se só por um *lado*, e diz-se que dous *collaterales* são parentes no mesmo gráo em que distam do *tronco* commum. Si as *linhas* são desiguaes, attende-se á mais *remota*, e diz-se que são parentes no *gráo*, em que o mais *remoto* dista do *tronco*. »

Exemplos: eu estou com meu primo, filho de meu tio, no 4º gráo por Direito *civil* e no 2º pelo canonico. Outro. Eu estou com meu 2º sobrinho tambem no 4º gráo por Direito *civil*, e no 3º pelo canonico. ¹

A nova lei n. 628 refere-se aos parentes e affins até o 4º gráo segundo o Direito *civil*.

Sobre a excepção contida no art. 335 a que faz referencia o art. 1º paragrapho unico da lei, já dissemos, re-

¹ Vid. Coelho da Rocha, DIREITO CIVIL, vol. 1º, § 63, assim como os *schemas para exemplo* abaixo deste paragrapho.

solvendo as duvidas que o mesmo art. 335 suscita, quando commentamos o Cap. II, do *furto* do Tit. IX do livro 1º desta parte *especial* do codigo, citando arestos, pois que tem apparecido divergencias sobre o caso (n. 206).

Ver o commentario dos arts. 330 e 331, n. 4º e seus paragraphos (ns. 202 e 204).

239. Sobre o *damno*, releva notar que a citada lei n. 628 de 1899, art. 1º, n. 2, tendo restringido a excepção do n. 1º, do § 2º, do art. 407, conforme vimos, para dar logar á acção publica, quando se tratar do *damno* a cousas publicas, não corrigiu o codigo ainda num ponto desta parte que merecia correcção.

Effectivamente, o codigo pune a especie de *damno* prevista no art. 323 paragrapho unico com o maximo de quatro annos de prisão cellullar, além da multa de 5 a 20 % do valor do *damno* causado que póde ser ingente.

E no art. 329 § 3º, o codigo ainda pune outra especie ahi prevista com as penas do art. 356, isto é, de *roubo*, ou sejam de prisão cellullar no maximo por 8 annos.

A' vista do art. 407, § 2º, n. 1º, não cabe acção publica em taes casos!

Nem se póde dizer que caiba a acção publica em taes crimes, por serem elles *inafiançaveis*, pois que o codigo não tornou dependente da inafiançabilidade do crime a acção publica, ou antes não faz de tal condição um requisito para ella, conforme o § 1º do art. 74 do Codice do Processo Criminal de 1832 que ainda nesta parte ficou revogado. E esta intelligencia melhor se accentúa, attendendo-se a que no n. 2º do mesmo § 2º do citado art. 407, o codigo exceptúa da acção publica crimes inafiançaveis, como no estupro e rapto violento. Ora, si assim elle dispóz, precisava ter dito expressamente que o crime inafiançavel era denunciavel só pela circumstancia da inafiançabilidade delle.

Consequentemente, o *damno* nas especies indicadas não é denunciavel, isto é, punivel por acção publica.

A proposito de um arestó da justiça do Estado do Pará, já haviamos alludido á questão, reservando para tratál-a aqui (ns. 191 e).

Tratando-se da acção penal devemos notar que conforme a citada lei n. 515, de 1898, art. 14, que inserimos tambem no texto, « o crime de *moeda falsa* não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homisiado em paiz estrangeiro. »

A' especie, pois, não se applicam as disposições dos arts. 71 e outros do titulo VI, livro 1º do codigo relativos á prescripção, e pois esta não impede o exercicio da acção penal, ou antes não obsta a que ella seja intentada contra o indiciado.

Vamos notar agora uma alteração doutro genero que soffreu o art. 407 do texto.

Este artigo facultava, salvas as excepções que prevê e yimos, a acção do ministerio publico em todos os crimes e contravenções conforme o § 2.º

Nas excepções dos ns. 1º e 2º do meŝmo paragrapho não estão comprehendidos os crimes contra a propriedade litteraria e artistica previstos nos arts. 342 a 350 do código.

Por conseguinte devia caber em todos elles a acção publica.

Hoje, porém, não é mais assim.

Conforme a lei n. 496, de 1 de agosto de 1898, cujo art. 26 inserimos no texto, só cabe a acção publica nos casos do art. 21, n. 1, e art. 24 da mesma lei.

Estas disposições acham-se insertas neste commentario, livro I, tit. IX, cap. V abaixo dos arts. 342 a 350 do texto do código.

E á materia respectiva nos referimos detidamente no corpo deste commentario (n. 223).

Resta notar que no texto que inserimos da lei n. 496 — de 1898, art. 26 e paragrapho unico, corrigimos para evitar equívoco á primeira vista, o mesmo texto de accórdio com o decreto n. 3.836 de 24 de novembro de 1900 que « *rectifica* o art. 26 da lei n. 496 de 1 de agosto de 1898, que define e garante os direitos *autoraes* ».

Este decreto declara que a « referencia feita ao art. 22, n. 1, que se lê no art. 26 da lei deve entender-se feita ao art. 21, n. 1, da mesma lei ».

A' vista do exposto vê-se que em materia de direitos *autoraes*, as sancções penaes só se tornam effectivas por acção *particular*, salvo as excepções legaes notadas.

O systema da lei neste ponto é muito differente do que estava estabelecido no art. 407 do código.

Sobre a materia da fallencia já demos as razões porque não nos estendiamos sobre ella (n. 207).

Ellas subsistem para não tratar da respectiva acção penal.

Entretanto, póde ser consultada especialmente a notavel e copiosa monographia de Carvalho Mendonça a que já nos referimos sobre este ponto especial e as questões e duvidas que na pratica do mesmo direito elle póde suscitar. ¹

E sobre a acção, em geral, e as questões que a materia suscita no nosso direito referimo-nos á obra do nosso processualista que já citamos. ²

¹ Carvalho Mendonça, DAS FALLENCIAS, S. Paulo, 1899, 2º volume, 3ª parte, pags. 232 e seguintes.

² João Mendes Junior, PROCESSO CRIMINAL, CIT., vol. 2º, pags. 113 e seguintes.

E nada mais temos a commentar.

260. Já dissemos que o art. 408 encerra disposição de character processual.

Passamos a citar os arestos que podemos colher sobre os arts. 407 e 408, previnindo, porém, que alguns delles foram proferidos antes das leis que citamos e que alteraram o systema do codigo, restringindo ou ampliando a esphera de exercicio da acção publica e neste caso em relação aos crimes de furto e de damno em cousas publicas.

« Accusar — não póde a parte offendida, quando a acção criminal é intentada, não por queixa, mas por denuncia. Intelligencia dos arts. 407 e 408 do codigo penal » : Decisão do juiz de direito de S. João Nepomuceno (Minas Geraes) 7 de setembro de 1891.

O art. 407 § 2º, n. 1, revogou o art. 73 do codigo do processo criminal em relação ao crime de damno. « Acordão Superior Tribunal de Justiça Recife (Pernambuco) 2 de dezembro de 1892 com voto contrario fundamentado do seu presidente dr. Francisco Luiz.

« E' competente o promotor publico para denunciar nos crimes de injurias contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica.

A disposição do art. 407 do codigo penal envolve materia puramente processual. » Acordão Superior Tribunal de Justiça *Theresina* (Piauhy) 7 de dezembro de 1893 com voto vencido do seu presidente Dr. A. Colin longamente fundamentado. ¹

« Intelligencia do art. 408 do codigo penal. Controversia. Pareceres. » *Estudo* do Dr. Alfredo Pujol.

« E' nullo o julgamento em que se admite que o procurador do offendido que não denunciou, nem promoveu a formação da culpa accuse perante o Jury.

Intelligencia do art. 408 do codigo penal. » Acordão Superior Tribunal *Theresina* (Piauhy) 24 de maio de 1894.

O voto vencido do *relator* A. Colin, parece-nos que melhor interpreta o codigo, mas a disposição do art. 408 é de character processual que as leis e a praxe em contrario dos tribunaes estadoaes podem deixar de applicar. ²

« Iniciada a queixa pelo ministerio publico, ao offendido ou seu representante legal só cabe intervir no processo como auxiliar. O filho não é competente para promover a accusação por delicto commettido contra seu pai. Intelligencia dos arts. 407 e 408 do Cod. Pen. da Republica. » Acc. da Relação de *Ouro Preto*, Minas Geraes, 18 de janeiro de 1896.

« O art. 407 do Cod. Pen. envolve materia de direito

¹ O DIREITO, vol. 57, pag. 332, vol. 60, pag. 643; e vol. 63, pag. 379.

² O DIREITO, vol. 64, pag. 481; e vol. 65, pag. 238.

criminal, das leis de fundo e como tal privativa do Congresso Federal. » *Estudo* do Dr. Pedro de Queiroz. ¹

« Compete aos Congressos Estadões instituir a acção publica para repressão dos crimes de damno e de furto ?

Restringe-se a disposição do art. 407, § 2º, n. 1, aos crimes de damno afiançaveis ?

Intelligencia do art. 34, n. 23, da Const. Federal e do art. 407, § 2º, n. 1, do Cod. Pen. » Acc. do Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1896.

« O direito de queixa é substantivo e não adjectivo, isto é, sobre elle só pôde legislar a União.

Falta competencia ao ministerio publico para denunciar e promover processo por crime de injurias, ainda quando a parte offendida seja autoridade e no exercicio de suas funcções, e, portanto, é nulla, por inconstitucional, a lei de organização judiciaria de qualquer dos Estados da União, na parte em que confere tal attribuição ao promotor publico.

Intelligencia do art. 34, § 23, da Const. Federal e art. 407 § 2º, do Cod. Pen. » Acc. do Supremo Tribunal Federal, 1 de dezembro de 1894. ²

« Viola o preceito constitucional a lei do Estado que, contra o disposto no art. 407, § 2º, do Cod. Pen., admitte acção publica no crime de furto ; e nesta hypothese deve ser annullado em revisão o processo instaurado por denuncia do promotor publico. » Acc. do Supremo Tribunal Federal, 31 de março de 1897.

« É inconstitucional a lei processual de um Estado na parte em que amplia a acção publica, em desacórdio com o codigo penal.

No caso do art. 332 do Cod. Pen. só cabe acção publica havendo flagrante delicto. » Sentença do juiz de direito de *Pirahy* (Rio de Janeiro), novembro de 1893, confirmada pela Relação de *Petropolis*, 17 de fevereiro de 1893. ³

Sobre a fallencia nos referimos ao commentario dos arts. 336 e 337 (n. 207).

Mas para aqui deixamos como logar mais proprio os seguintes arestos:

« A declaração de fallencia é prejudicial á acção publica. Portanto, o ministerio publico não pôde intentar a acção-crime sem ter sido a fallencia decretada pela Camara Commercial. »

(Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 29 de julho de 1898.)

¹ O DIREITO, vol. 70, pag. 275; e vol. 71, pag. 5.

² O DIREITO, vol. 71, pag. 265; e vol. 73, pag. 422.

³ O DIREITO, vol. 73, pag. 533; e vol. 78, pag. 577.

« O credor de uma massa fallida não póde dar queixa-crime contra o fallido, visto não poder ser considerado o offendido a que se refere o art. 407 § 1º do codigo penal.

A iniciativa da acção penal é attribuição privativa do curador fiscal das massas fallidas, órgão do ministerio publico.» Despacho e sustentação do mesmo juiz, de 23 de maio e 7 de junho e Acc do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 15 de julho de 1893. ¹

« A prescripção do art. 275 do codigo penal refere-se aos casos de queixa privada e não áquelles em que o ministerio publico offerece denuncia por ser a offendida pessoa miseravel.» Acc. do Superior Tribunal de Justiça, *Porto Alegre*, 18 de setembro de 1900.

« A miserabilidade e a menoridade do offendido devem ser provadas pelo promotor publico na denuncia. » Acc. da Relação, *Belém* (Pará), 25 de agosto de 1900.

261. O art. 409, § 1º, contém tambem uma disposição de natureza processual e toda a disposição do artigo e seus paragraphos constitue materia de que já nos occupámos tratando das penas na parte *geral* do codigo noutra obra.

O art. 410 devia estar collocado na mesma parte *geral* do codigo, onde se acha o art. 6º, já commentado tambem no alludido livro.

O mesmo devemos dizer do art. 411, cuja disposição só póde ter importancia pelas questões *transitorias*, como são chamadas, e que póde fazer suscitar. Ainda ao mesmo art. 411 já nos referimos neste commentario, liv. I, tit. III, cap. V, a proposito dos crimes contra a liberdade de trabalho (n. 38, pag. 119).

Sobre o art. 412 e ultimo, que revoga todas as leis em contrario, nada ha a dizer. ³

« E' computada na pena legal a prisão preventiva, quer judiciaria, quer administrativa.

Habeas-corpus concede-se ao réo que houver cumprido a pena legal, cuja extincção, aliás, o juiz julga não se ter operado.» Acc. do Supremo Tribunal Federal, 19 de dezembro de 1900. ⁴

¹ Vide Viveiros de Castro, JURISPRUDENCIA CRIMINAL, CIT., cap. XVII, pag. 192, *fallencia*.

² O DIREITO, vol. 85, pags. 293 e 302, fasciculo de junho de 1901. Esta revista manda ver, em nota, os seus volumes 64, pag. 549, e 65, pag. 393, sobre o accordão de Porto Alegre.

³ Sobre as referencias aos arts. 409, 410 e 411, vide nosso CODIGO PENAL COMMENTADO, CIT., vol. I, pag. 34, n. 9; pag. 73 n. 17, e vol. 2º, pag. 239, n. 154.

⁴ O DIREITO, vol. 84, pag. 611, fasciculo de abril de 1901.

NOTAS FINAES

Arestos da jurisprudencia nacional publicados depois da impressão

VOL. I

TIT. III — CAP. I — *Dos crimes contra a liberdade pessoal*

« Ameaça verbal destituida de requisitos para que possa constituir crime »: Acc. Relação *Belém* (Pará), 23 junho 1900. ¹

TIT. IV — CAP. I — *Peculato*

« 1.º A Constituição da Republica, art. 89, instituiu o tribunal especial ao qual compete, entre outras funcções, tomar e julgar definitivamente as contas dos responsaveis pelos valores pertencentes á Fazenda Nacional (L. n. 392 de 1896, arts. 3º e 5º).

« 2.º Só pela tomada de contas perante esse tribunal se póde conhecer si ha saldo a favor do responsavel ou da Fazenda.

« 3.º Para que tenha logar a acção penal ou civil de indemnisação do mal causado pelo delicto, é necessaria a precedencia do processo summario de prestação de contas, nada obstando o art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841.

« 4.º A acção criminal contra o responsavel por dinheiros publicos, e extravio delles, não póde ser exercida antes do processo summario de prestação de contas, apurada pelo Tribunal de Contas. E, si o é, não se absolve o accusado, mas annulla-se todo processo »: Acc. Supremo Tribunal Federal, 31 outubro 1900.

« Fóra dos casos previstos em lei, não podem sahir da repartição competente dinheiro ou efeitos publicos pertencentes á União.

¹ O DIREITO, vol. 35, pag. 153.

O fiel de thesoureiro que, com dinheiros confiados á sua guarda, faz supprimentos á caixa de outro empregado, que lh'os restitue, não commette o crime de peulato, pois os dinheiros não sahiram da mesma repartição.

Intelligencia do art. 222 do Cod. Penal:» Acc. Supremo Tribunal Federal 22 junho 1901. ¹

TIT. IV — CAP. IV — *Abuso de autoridade e violação de deveres, etc*

« Responsabilidade dos empregados publicos pelas violencias commettidas no exercicio de suas funcções.

Intelligencia dos arts. 125 e 231 do Cod. Penal:» Acc. Trib. Civ. e Crim. 1 agosto 1900.—*Zacharias Monteiro*, relator.

« O réo appellado em processo por crime inafiançavel continúa suspenso do exercicio do emprego publico que exercia antes da sentença de pronuucia, e não commette o crime do art. 211 § 1º do Cod. Pen. por não ter reassumido o exercicio depois de absolvido pelo jury, si pende appellação interposta pelo Ministerio Publico »: Acc. Trib. Civ. e Crim. 5 setembro 1900.—*Montenegro*, relator.

« O soldado de policia é funcionario publico, e, como tal, está sujeito a processo de responsabilidade quando commette crime de offensas phisicas leves no exercicio de suas funcções »: Acc. Trib. Civ. e Crim. 29 maio 1901.—*Zacharias Monteiro*, relator, com voto vencido longamente fundamentado do juiz Dr. Montenegro. A Revista publica-os com a promoção do sub-procurador geral do Districto Federal, Dr. Gabriel Ferreira. ²

TIT. AVULSO — CAPITULO UNICO — *Do contrabando*

« Não se instaura processo criminal contra os accusados por descaminhos presumidos de mercadorias das alfandegas, e sim sómente nos casos de descaminhos verdadeiros ou verificados, conforme preceitua a *Consolidação das leis das Alfandegas e Mesas de Rendas* »: Acc. Supremo Tribunal Federal, 13 julho 1900, com voto vencido fundamentado do ministro Dr. Lucio de Mendonça, seguido pelos dos seus collegas Drs. II. do Espirito Santo, Pindahiba de Mattos e Piza e Almeida.

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA cit., vol. 41, pag. 341; O DIREITO, vol. 84, 1901, pag. 619; vol. 85, 1901, pag. 586.

² O DIREITO, 1901, vol. 85, pags. 296 e 298. REVISTA DE JURISPRUDENCIA, 1901, vol. 42, pag. 176.

« E' co-autor do crime de contrabando de mercadorias não manifestadas quem manda as buscar a bordo para compral-as depois de desembarcadas»: Acc. Supremo Tribunal Federal, 1 agosto 1900.

« A' absolvição de um co-réo sob o fundamento da não existencia do crime (de contrabando) e o provimento de um recurso administrativo não excluem o plenario a que os pronunciados devem ser submettidos»: Acc. Supremo Tribunal Federal, 2 de março 1901. ¹

TIT. VI — CAP. I — *Moeda falsa*

« Crime de moeda falsa. Havendo prova plena do delicto, bastam presumpções vehementes para autorisar a condemnação do delinquente»: Acc. Supremo Tribunal Federal, 8 agosto 1900.

« Factos que constituem presumpção e não prova do crime de moeda falsa. As presumpções por mais vehementes que sejam não podem dar logar á imposição de pena»: Acc. Supremo Tribunal Federal, 26 janeiro 1901. ²

TIT. VI — CAP. III — *Falsidade em papeis*

« Nullidade do processo crime por falsa qualificação do delicto.

Elementos constitutivos dos crimes dos arts. 338 (estelionato) e 258 e 259 (falsidade)»: Acc. Côrte Appellação, 10 maio 1901. ³

TIT. VI — CAP. V — *Calumnia, falso testemunho, etc.*

« Denunciação calumniosa. Intelligencia dos elementos organicos deste crime»: Acc. Tribunal Civil e Criminal, 14 novembro 1900.

« O medico que, funcionando como perito em corpo de delicto, emite conceitos contradictorios entre as lesões por elle descriptas e as respostas dadas aos quesitos, de fórma a deduzir-se das respostas a não criminalidade do autor das lesões, não commette o crime do art. 262 do Codigo Penal (*declarações ou informações falsas*), e apenas, revelando-se inepto e incompetente, não é por isso sujeito á penalidade»: Acc. Tribunal Civil e Criminal de 17 abril 1895. ⁴

¹ O DIREITO, 1901, vol. 84, pags. 614 e 616; vol. 85, pag. 446.

² O DIREITO, 1901, vol. 85, pags. 287 e 289.

³ O DIREITO, 1901, vol. 85, pag. 292.

⁴ O DIREITO, 1901, vol. 85, pags. 116 e 123.

TIT. VII — CAP. III — *Violencia carnal e rapto*

« A prescripção do art. 275 do Codigo Penal refere-se aos casos de queixa privada e não áquelles em que o Ministerio Publico offerece denuncia por ser a offendida pessoa miseravel»: Acc. Superior Tribunal de Justiça de *Porto Alegre*, Rio Grande do Sul, 18 setembro 1900.

1.º A indemnisação do damno causado pelo delicto deve ser pedida por acção civil, independente da criminal que no caso couber.

2.º A expressão—damno causado pelo delicto, é comprehensiva não só de damnos patrimoniaes, sinão tambem dos prejuizos moraes.

3.º A obrigação, que é imposta ao delinquente (art. 276 do Codigo Penal), de dotar a deflorada, perdura ao fallecimento daquelle.

4.º Essa obrigação passa aos herdeiros do mesmo delinquente, até o valor dos bens herdados.

5.º O defloramento após simples casamento religioso pôde autorisar a classificação penal do citado art. 276.

6.º O modo de transferir a successão, qual o testamento, não altera a obrigação que o successor tem de indemnizar o damno causado por delicto do succedido»: Sentença do Dr. Raymundo A. Vinhaes, juiz de direito de *São Luiz* (Maranhão), 2 julho 1898. ¹

Este aresto é rigorosamente juridico e, salvo apenas o *deve* da 1ª ementa, que melhor seria dizer *póde*, o sub-screvo inteiramente.

Ao douto juiz pareceu que eu não seguia a opinião da inteira independencia das duas acções, que tenho sempre sustentado; ainda que seja dispensavel a acção civil, já tendo havido condemnação. Alludi ás duas situações noutro livro. ²

VOLUME II

TIT. VIII — CAP. VI — *Da diffamação e da injuria*

« Goza da immuidade do art. 323 do Codigo Penal a parte que em acto de defesa propria, perante o competente tribunal, mediante allegações verbaes, irroga contra outrem quaesquer offensas»: Acc. Supremo Tribunal Federal, de 5 dezembro 1900.

¹ O DIREITO, 1901, vol. 85, pag. 293; REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., 1901, vol. 12, pag. 152.

² Do autor: A REVISÃO DOS PROCESSOS PENAES, Rio de Janeiro, 1899, n. 53, pags. 160 e 161.

« As offensas irrogadas em autos pelas partes não dão lugar á acção criminal.

A multa e o riscar-se o que fôr offensivo é um procedimento disciplinar, do qual não cabe revisão crime para o Supremo Tribunal Federal, admissivel unicamente das sentenças condemnatorias definitivas.

Intelligencia dos arts. 323 do Codigo Penal, 9 n. 3, § 1º do decreto n. 848 de 1890 e 81 da Constituição Federal»: Acc. Supremo Tribunal Federal, 2 janeiro 1901. ¹

TIT. IX — CAP. VI

« Intelligencia do art. 362 § 1º do cod. penal »: Acc. do Trib. civ. e criminal 22 agosto 1901. ²

¹ REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., 1901, vol. 12, pag. 242; O DIREITO, 1901, vol. 85, pag. 594.

² JORNAL DO COMMERCIO n. 248 de 6 setembro 1901. E' um aresto notavel sobre a extorsão.

INDICE (*)

| | Pags. |
|---|-----------|
| Advertencia. | VII |
| Parte Especial : | |
| Dos crimes, contravenções e penas em particular. | |
| Livro I (continuação) : | |
| Dos crimes e sua punição. | |
| Titulo VIII : | |
| Dos crimes contra a pessoa. | |
| Capitulo I : | |
| Do homicidio. | 1 - 40 |
| Capitulo II : | |
| Das lesões pessoais. | 40 - 51 |
| Capitulo III : | |
| Do aborto. | 54 - 63 |
| Capitulo IV : | |
| Abandono de menores | 63 - 70 |
| Capitulo V : | |
| Do duello | 70 - 85 |
| Capitulo VI : | |
| Da diffamação e da injuria | 85 - 190 |
| Titulo IX : | |
| Dos crimes contra a propriedade | |
| Capitulo I : | |
| Do damno e da usurpação. | 190 - 213 |
| Capitulo II : | |
| Do furto | 213 - 243 |
| Capitulo III : | |
| Da fallencia e insolvabilidade | 243 - 251 |
| Capitulo IV : | |
| Do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes | 251 - 282 |
| Capitulo V : | |
| Dos crimes contra a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial. | |
| Secção I : | |
| Da violação dos direitos da propriedade litteraria e artistica. | 282 - 307 |

(*) Aqui nos desempenhamos da promessa feita no 1º volume, dando em seguida um indice analytico da obra para facilitar a consulta do texto do código e do commentario.

| | Pags. |
|--|-----------|
| Secção II : | |
| Da violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas | 307 - 311 |
| Secção III : | |
| Da violação dos direitos de marcas de fabrica e de commercio e do nome commercial. | 312 - 321 |
| Capitulo VI : | |
| Do roubo, do sequestro e da extorsão. | 321 - 338 |
| Livro II : | |
| Das contravenções e sua punição. | |
| Capitulo I : | |
| Da violação das leis de inhumação e da profanação dos tumulos e cemiterios. | 339 - 353 |
| Capitulo II : | |
| Das loterias e rifas. | 354 - 359 |
| Capitulo III : | |
| Do jogo e da aposta | 359 - 363 |
| Capitulo IV : | |
| Das casas de empréstimos sobre penhores | 364 - 366 |
| Capitulo V : | |
| Do fabrico e uso de armas | 367 - 369 |
| Capitulo VI : | |
| Das contravenções de perigo commum. | 369 - 371 |
| Capitulo VII : | |
| Do uso de nome supposto, titulos indevidos e outros disfarces | 372 - 376 |
| Capitulo VIII : | |
| Das sociedades secretas | 376 - 378 |
| Capitulo IX : | |
| Do uso illegal da arte typographica | 378 - 383 |
| Capitulo X : | |
| Da omissão de declarações no registro civil. | 383 |
| Capitulo XI : | |
| Do damno ás cousas publicas | 383 - 385 |
| Capitulo XII : | |
| Dos mendigos e ebrios. | 385 - 391 |
| Capitulo XIII : | |
| Dos vadios e capoeiras | 392 - 397 |
| Livro III : | |
| Disposições Geraes | 397 - 417 |
| Notas finaes | 419 - 423 |

INDICE ANALYTICO

VOLUME I

| | Pags. |
|---|--------|
| O codigo actual e o futuro codigo. | III—IV |
| INTRODUÇÃO—1. A classificação da parte <i>geral</i> e da parte <i>especial</i> dos codigos e tratados. Crimes, delictos e contravenções. Direito romano. Crimes publicos e particulares. 2. A parte <i>especial</i> do direito penal é a mais pratica, mas tambem a mais antiga e mais variavel das legislações. O problema da classificação do codigo francez segundo a critica de Garraud. 3. Varios systemas de classificação nos codigos contemporaneos. Os nossos codigos e projectos. 4. O mesmo assumpto nos tratados. Carrara e Pessina. Franz von Liszt. 5. A opinião de Suwinderen. 6. Berner, Rivarola e Enrico Ferri. A nossa opinião | V—XV |
| Parte Especial. | |
| Dos crimes, contravenções e penas em particular. | |
| Livro I. | |
| Dos crimes e sua punição. | |
| Titulo I. | |
| Dos crimes politicos. | |
| Capitulo I. | |
| Dos crimes contra a segurança da Republica. | |
| Secção I. | |
| Dos crimes contra a independencia, integridade e dignidade da patria. | |
| CODIGO — Arts. 87 a 96, 101 e 103 a 106. | |
| COMMENTARIO— 1. Crimes e contravenções. Classificação geral do codigo e dos projectos de revisão. 2. Um effeito pratico do conceito do crime politico como criterio de solução da questão da extradição. O problema do asylo no Congresso Juridico Americano. O systema federativo importa a soberania dos Estados. 3. Dous aspectos da questão. Uma questão nova. 4. A extradição interestadoal. A Confederação Germanica. A Federação Suissa. 5. A nossa Constituição. A extradição por crime politico estadoal não é obrigatoria entre os Estados Unidos do Brazil. 6. Definições do crime politico. Controversia. Doutrina. 7. Objecto do crime politico. Dupla classe delles. Uma sub-classe. Outra sub-classe. Conceito legal do crime politico. O nosso direito e a jurisprudencia. Classificação do | |

| | Pags. |
|---|---------|
| codigo e dos projectos. A omissão da rebellião. 8. Fórmãs principaes de taes crimes. Crimes de <i>leso-nação</i> . Exemplos. Doutrina. Os arts. 87, 89 e 103. 9. Outras figuras de crimes dos arts. 87, 88, 90 a 95, 97, 100 e 102. Lacuna no codigo. 10. A pirataria. Defeitos indesculpaveis dos projectos de 1895 e 1899 á vista do codigo, dos projectos de 1893 e 1897 e do direito comparado. A doutrina da pirataria. 11. Direito inglez e japonéz | 1—41 |
| Secção II. Dos crimes contra a constituição da Republica, fórma do seu governo e os poderes da União e dos Estados. | |
| CODIGO — Arts. 97, 107 a 114 e 224. | |
| COMMENTARIO — 12. Os crimes de <i>leso-governo</i> . Doutrina do codigo e dos projectos. Arts. 97, 107 e 108. A rebellião não é crime! 13. Não ha pena hoje para os autores principaes do crime do art. 107! A doutrina dos arts. 109 a 111. Os arts. 112 a 114 e 224. Theoria e arestos | 41—47 |
| Secção III. Dos crimes contra os Estados estrangeiros e seus representantes. | |
| CODIGO — Arts. 98 a 100 e 102. | |
| COMMENTARIO — 14. Os projectos e o codigo. Lacunas deste. A doutrina. Direito comparado Exemplos. | 48—51 |
| Secção IV. Disposições communs ás secções antecedentes. | |
| CODIGO — Arts. 115 a 117 e 126. | |
| COMMENTARIO — 15. Desordem na classificação e lacunas do codigo. Conceito da conspiração. Duvidas. Os arts. 115 a 117. Os projectos. Direito comparado. A doutrina. 16. A consumação da conspiração. A opinião de Pessina, A. Prins e outros. 17. As dirimentes. Critica dos projectos de 1896 e 1899. A doutrina do art. 126. Defeitos do codigo e dos referidos projectos. | 51—59 |
| Capitulo II. Dos crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos. | |
| CODIGO — Arts. 165 a 178. | |
| LEI n. 35 de 1892 — Arts. 47 a 55. | |
| COMMENTARIO — 18. O delicto eleitoral. A doutrina. Conceitos fundamentaes. Exemplos. 19. O codigo, a lei eleitoral e os projectos. A fraude, a violencia e a corrupção na eleição. Modos de manifestação dos delictos eleitoraes | 59 — 67 |
| Titulo II. Dos crimes contra a ordem publica. Capitulo I. Ajuntamento illicito e sedição. | |
| CODIGO — Arts. 118 a 123. | |

| | |
|--|---------|
| COMMENTARIO — 20. Doutrina geral do titulo. O codigo e os projectos. Elementos communs dos crimes previstos. 21. Conceito da seligão e ajuntamento illicito. Caracteristicos. Isenção da pena. Aggravantes. Materias estranhas nos arts. 121 e 123 | 67 — 72 |
| Capitulo II. Resistencia. | |
| CODIGO — Arts. 124 e 125. | |
| COMMENTARIO — 22. Referencia ao art. 126. Os elementos da resistencia. Correlação com os arts. 228 e 229. A doutrina. 23. A resistencia legal é ora uma dirimente, ora uma attenuante. Corollarios da doutrina do nosso direito. Não ha resistencia contra particular. Arrestos | 72 — 73 |
| Capitulo III. Evasão e não cumprimento da pena. | |
| CODIGO — Arts. 127 a 133. | |
| COMMENTARIO — 24. A doutrina. Os projectos. As lacunas do codigo. Os casos em geral do capitulo. 25. Fórmãs e elementos de taes crimes. Solução de varias questões. Resposta a criticas. Arrestos | 73 — 84 |
| Capitulo IV. Desacato e desobediencia. | |
| CODIGO — Arts. 134 e 135. | |
| COMMENTARIO — 26. O Desacato. Formas, elementos e modos de manifestação. Defeitos do codigo. Inadmissibilidade da <i>exceptio veritatis</i> . Dirimente da provocação. Arrestos. 27. Doutrina limitada da desobediencia. Opinião autoritaria de Gonzalez y Serrano. Inconvenientes do paragrapho unico do art. 135. Arrestos | 84 — 89 |
| Capitulo V. Da associação para delinquir. | |
| PROJECTO DE 1899 — Arts. 150 e 151. | |
| COMMENTARIO — 28. Os projectos de revisão. A doutrina e as nossas opiniões. Conceito do crime. Aggravantes especiaes. Critica do projecto de 1899 | 90 — 93 |
| Titulo III. Dos crimes contra o livre gozo ou exercicio dos direitos individuaes. | |
| Capitulo I. Dos crimes contra a liberdade pessoal. | |
| CODIGO — Arts. 179 a 184 e 289 a 291. | |
| COMMENTARIO — 29. O projecto de 1893. Desordem na classificação do codigo. Theoria geral dos crimes do titulo. 30. Doutrina especial do capitulo. O plagio. Os projectos de revisão. Lacunas do codigo. 31. Elementos dos crimes dos artigos do texto. O arresto, a detenção e o sequestro. Exemplos. Fórmãs. Dirimenter, attenuantes e aggravantes especiaes. 32. A | |

| | Pags. |
|--|-----------|
| ameaça e suas fôrmas. Sancções de preceitos constitucionaes. Arestos | 94 —104 |
| Capitulo II. | |
| Dos crimes contra o livre exercicio dos cultos. | |
| CODIGO — Arts. 185 a 188. | |
| COMMENTARIO — 33. A liberdade de cultos. Preceitos constitucionaes. A doutrina na Monarchia e na Republica. 34. Conceito dos crimes do capitulo. Exemplos. Os projectos de revisão | 104 —108 |
| Capitulo III. | |
| Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos. | |
| CODIGO — Arts. 189 a 195. | |
| COMMENTARIO — 35. Preceito constitucional. A historia e a doutrina. Conceito dos arts. do capitulo. 36. O segredo profissional. Defeitos do art. 192. Os projectos de revisão. O direito francez, inglez e allemão, Solução de questões. | 108 —114 |
| Capitulo IV. | |
| Dos crimes contra a inviolabilidade do domicilio. | |
| CODIGO — Arts. 196 a 203. | |
| COMMENTARIO — 37. Preceito constitucional. A doutrina. Elementos dos crimes do capitulo. Aggravantes. Superfluidades do codigo e dos projectos de 1896 e 1899. Solução de questões. Arestos | 114 - 118 |
| Capitulo V. | |
| Dos crimes contra a liberdade do trabalho. | |
| CODIGO — Arts. 204 a 206. | |
| LEI — n. 1162, de 1890, art. 1. | |
| COMMENTARIO — 38. A Constituição, o codigo e os projectos. Interpretação dos artigos do texto. Doutrina. Titulo IV. | 118 - 121 |
| Dos crimes contra a administração publica. | |
| Capitulo I. | |
| Peculato. | |
| CODIGO — Arts. 221 a 223. | |
| COMMENTARIO — 39. Theoria geral do capitulo. O direito italiano e o francez. Classificações e tecnologia. 40. Os projectos de 1893 e 1897. Critica dos projectos de 1896 e 1899. Conceito. 41. Elementos do crime. Analyse. As fontes do art. 221. Direito francez. Os nossos arestos. 42. Em regra, não ha peculato sem verificação previa do <i>reliquat</i> ou <i>deficit</i> pela administração. Questão prejudicial. Direito francez e belga. Faustin Hélie, Garraud, Hoffman e outros. Direito portuguez. 43. A mesma solução entre nós. A nossa Constituição e o Tribunal de Contas. Legislação ora vigente. O ministerio publico. Critica de arestos do Supremo Tribunal Federal. 44. Direito italiano. Pessina e Carrara. O direito francez sobre o | |

| | Pags. |
|--|-----------|
| agente do peculato. O nosso direito 45. A nossa jurisprudencia. Anotações | 121 - 144 |
| Capitulo II. | |
| Concussão. | |
| CODIGO — Arts. 219 e 220. | |
| COMMENTARIO — 46. Confusão de noções no codigo e nos projectos de 1896 e 1899. Os projectos de 1893 e 1897. A doutrina da concussão. Formas do crime. Elementos. Arestos. | 144 - 148 |
| Capitulo III. | |
| Peita ou suborno. | |
| CODIGO — Arts. 214 a 218. | |
| COMMENTARIO — 47. Os projectos de 1893 e 1897. Critica dos de 1896 e 1899. Os defeitos e confusão do codigo. A doutrina da corrupção. Elementos do crime do capitulo. Diferenças entre a peita e outros crimes do titulo | 148 - 152 |
| Capitulo IV. | |
| Abuso de autoridade e violação dos deveres inherentes ás funcções publicas. | |
| CODIGO — Arts. 207 e 210 a 213, 226 e 228 a 238. | |
| COMMENTARIO — 48. Defeitos do codigo e dos projectos de 1896 e 1899. A ordem dos projectos de 1893 e 1897. Theoria geral do capitulo. Exemplos tirados do codigo. 49. Os delictos geraes ou genericos deste titulo neste capitulo. Doutrina de Carrara. Figuras dos arts. 207, 226, 228, 229 e 231 do texto. Os projectos de revisão. Elementos de taes crimes. 50. Os arts. 232 a 234. O conceito dos crimes respectivos no codigo e nos projectos. Lacunas do codigo. Ainda o art. 207. Arts. 210 a 212. 51. A nossa jurisprudencia sobre os crimes deste capitulo | 152 - 163 |
| Capitulo V. | |
| Da usurpação de funcções publicas e de titulos ou honras. | |
| CODIGO — Arts. 224, 225 e 227. | |
| COMMENTARIO — 52. Doutrina geral do capitulo. Conceito do art. 224. Referencia ás contravenções dos artigos 379 e 381 do codigo. Elementos dos arts. 225 e 227. Erros, incongruencias e lacunas do codigo. | 163 - 165 |
| Capitulo VI. | |
| Prevaricação. | |
| CODIGO — Art. 209. | |
| COMMENTARIO — 53. Os projectos de revisão. Conceito das figuras do capitulo. O conluio, a infidelidade e a concussão do patrono. Lacunas do codigo. 54. A doutrina. O direito italiano e o allemão. A <i>quota litis</i> é licita | 166 - 170 |
| Titulo V. | |
| Dos crimes contra a incolumidade publica. | |
| Capitulo I. | |
| Do fogo posto, inundação e outros. | |

CODIGO — Arts. 136 a 148.

COMMENTARIO — 55. Justificação geral do titulo. O projecto de 1893. *Technologia*. *Pessina* e *Garraud*. 56. Os projectos de revisão e o codigo confrontados com outros e o direito anterior. A doutrina. O projecto de 1897. Resposta á uma critica. O parecer parlamentar sobre os projectos de 1896 e 1899. Conceito geral de taes crimes. 57. Ainda os projectos de 1893 e 1897. O codigo hollandez e o ante-projecto suizo. O direito japonéz. Resposta a outras criticas. 58. O momento consumativo do incendio. A tentativa. As fontes do codigo e os projectos. O direito annamita e o codigo chinéz. Solução de questões. 59. O conceito e os elementos do incendio nos arts. 136 a 141 e 146 a 148. *Pessina* e *Swinderen*. *Lacunas* e *superfluidades* do codigo. 60. Os crimes dos outros artigos deste capitulo. A explosão, a inundação, o naufragio. Defeitos do codigo. A doutrina. Aresto. 170 - 186

Capitulo II.

Dos crimes contra os meios de transporte e communicação.

CODIGO — Arts. 149 a 155.

COMMENTARIO — 61. Os projectos de revisão. Critica aos de 1896 e 1899. A doutrina. Trata-se de crimes tão novos como são o vapor e a electricidade. 62. Conceito dos crimes do capitulo. O art. 155. *Lacunas* do codigo e dos projectos de 1896 e 1899. A especie e as sub-especies dos arts. 149 e 150. Defeitos do codigo e dos referidos projectos. As figuras dos arts. 151 a 154. A doutrina. 183 - 192

Capitulo III.

Dos crimes contra a saude publica.

CODIGO — Arts. 156 a 164.

COMMENTARIO — 63. Projectos de 1893 e 1896. Resposta á uma critica. A doutrina. Desordem na classificação do codigo. As especies dos arts. 161 e 162. Outras figuras nos arts. 159, 160, 163 e 164. Os projectos de revisão. Critica aos de 1896 e 1899. Opinião de *Carrara* como elemento interpretativo. Os arts. 156 a 158. 64. A questão da liberdade profissional. O art. 156 está em vigor. Jurisprudencia. Anotações aos respectivos arestos. 192 - 200

Titulo avulso.

Crimes contra a fazenda publica.

Capitulo unico.

Do contrabando.

CODIGO — Art. 205.

COMMENTARIO — 65. Razão de ordem. Os projectos de revisão. A doutrina. *Ferri* e *Pessina*. Conceito do contrabando. O nosso direito e o estrangeiro. 66. As fontes. Os elementos do contrabando. O direito italiano, hespanhol e allemão. 67. O direito inglez e francez. A tentativa de contrabando. A opinião de

Pabon. 68. Ainda o direito italiano. Puglia, Constantino Castori, e Iosto Satta. 69. O crime de contrabando independe de qualquer decisão da autoridade administrativa. Opinião de A. O. Viveiros de Castro. A jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal. O direito francez. Thibault e Pabon. 70. O direito italiano. Puglia e outros. O direito belga. Hoffman. 71. O contrabando não presuppõe *questão prejudicial* a decidir pela autoridade administrativa. A legislação invocada caducou. Inconstitucionalidade e perigos da jurisprudencia actual. 72. Varias questões sobre o art. 265. Personalidade da pena. Prescrição. O direito comparado. O nosso direito. Soluções. 73. Arrestos. Nossas annotações. O contrabando não é crime militar.

200 - 224

Titulo VI.

Dos crimes contra a fé publica.

Capitulo I.

Moeda falsa.

CODIGO — Arts. 239 a 244.

LEI n. 515, de 1898, art. 14.

LEI n. 561, de 1898, arts. 1º e 2º.

PROJECTO de 1899, art. 237.

COMMENTARIO — 74. Os projectos de revisão. Respostas a varias criticas sobre este titulo. 75. Doutrina sobre os crimes aqui previstos. Formas principaes. Noções. Especies. O direito antigo e moderno. O codigo e os projectos. 76. A moeda falsa. Controversia sobre a natureza do crime. Os juristas francezes, belgas e italianos. 77. A historia do direito sobre os crimes deste capitulo I. Defeitos do codigo. O projecto de 1893. A doutrina deste comparada com a daquelle. Direito estrangeiro. A doutrina. Lacunas do codigo. 78. Os arts. 239 a 241. Fórmias de falsidade da moeda. Attenuante derivada do valor da moeda falsa. O art. 239, 1ª parte garante o monopolio da cunhagem. Solução duma questão. O art. 240 e o direito italiano. A razão justificativa do art. 241. Crivellari. 79. Um elemento essencial do crime. Majno e Carrara. A fonte do codigo. A nossa opinião. A chamada fraude monetaria. Lacuna do codigo supprida nos projectos e interpretação delle. 80. As especies do art. 242, do texto. Desacordo na doutrina. Os autores. Solução pelo nosso codigo. A segunda especie do art. 242. A interpretação da lacuna do codigo. A 1ª hypothese do art. 243. Arresto. Questão controvertida. Pessina e Faustin Hélie. Solução. Sempre es projectos de revisão aqui. 81. A 2ª hypothese do art. 243. Caso typico. Critica do art. 244. Synthese doutrinaria dos projectos de revisão. O direito allemão e hungaro. Novas leis. A prescrição. O desaforamento do Jury. O remedio efficaz é outro. Casos novos de falsa

moeda. 82. A jurisprudencia nacional. A nossa critica e annotações aos respectivos arestos. A emissão illegal do projecto de 1899. Referencia á obra de Inglez de Souza 225 - 253

Capitulo II.

Falsidade em sellos, estampilhas e outras.

CODIGO — Arts. 245 a 250.

COMMENTARIO — 83. O projecto de 1893. A theoria e a historia do direito. As fontes do codigo. O direito francez paralelo ao nosso. A doutrina do capitulo. O art. 249. Defeitos do codigo. Os projectos. 84. O art. 245 sobre o sello da União e dos Estados. Controversia na doutrina. O direito francez e italiano. Justificação dos arts. 246 e 250. Opinião de Carrara. O art. 247. O codigo italiano. Os projectos. Explicação e critica do codigo. 85. Objecto dos arts. 248 e 250. A controversia no direito italiano. Ambrogio Negri. Especies novas nos projectos de revisão. Sua explicação. Arestos 253 - 263

Capitulo III.

Falsidade em papeis.

CODIGO — Arts. 208 e 258-a 260.

COMMENTARIO — 86. A classificação e a doutrina conforme o projecto de 1893. A technologia. Os outros projectos. Historia e theoria da falsidade. Pessina e Negri. 87. Conceito da falsidade nos escriptos. Seus elementos e modalidades. A imitação da verdade. O dolo. O damno possivel. Referencias e critica aos arts. 208, 258 e 259 do codigo. O direito italiano. Os projectos. 88. Diversas especies de falsidade e varias nuanças. A material. A intellectual. Carrara e Pessina. O official publico e seus actos. O codigo, art. 208 e os projectos. 89. A falsidade em papel publico por particular. O codigo não a prevê. Defeitos ainda graves aqui dos projectos de 1896 e 1899. Outras lacunas do codigo e defeitos dos citados projectos. As varias modalidades nos outros projectos. Só o uso consuma a falsidade do papel particular. 90. O mesmo assumpto. Nossa opinião. O direito francez e o das Republicas platenses. A nossa interpretação dos arts. 258 e 259 do codigo. Razão presumivel do art. 260. Critica do codigo e dos projectos de 1896 e 1899. Os outros projectos. Ainda os arts. 258 a 260. Falta duma aggravante supprida pelos projectos. 91. A jurisprudencia nacional. Nossa critica e annotações sobre alguns arestos. Theoria controvertida da falsidade material, pessoal e intellectual. Exemplos no codigo: Os autores 263 - 280

Capitulo IV.

Falsidades em attestados, passaportes e outras.

CODIGO — arts. 251 a 257.

COMMENTARIO — 92. O projecto de 1893. Falsidades

menores. O direito italiano, francez e allemão. A doutrina. Duas especies de taes falsidades. Os arts. 208, 251, 255 e 257. Lacunas do codigo. Solução de questões. 93. Uma terceira especie. Arts. 252 a 254. Ainda a falsidade material e intellectual. Os projectos de revisão. As fontes do codigo. Os certificados medicos. Confusão do codigo. O enxerto do art. 256 sobre materia estranha.

281 - 287

Capitulo V.

Da calunnia, friso testemunho e perjurio.

CODIGO — Arts. 261 a 264.

COMMENTARIO — 94. O projecto de 1893 sobre a technologia, classificação e doutrina do cap. A falsidade em juizo. Especies. A calunnia no art. 264. Os projectos de revisão. As fontes. Analyse. Lacunas do codigo supprida pelos projectos. 95. Ainda a theoria da accusação calumniosa. O primeiro elemento della. A simulação de crime. Lacuna do codigo supprida pelos projectos. Solução de questões entre nós. Direito francez e italiano. O outro elemento da calunnia. O codigo e os projectos. A jurisprudencia nacional. Critica dum aresto. 96. O codigo arts. 261 a 263 e os projectos. A justificação das disposições. As fontes. Os elementos e a doutrina. 97. Divergencia entre os projectos de revisão. O direito italiano e os arts. 261 a 263. Solução de varias questões. O direito francez. 98. O perjurio nos projectos de revisão. Sua suppressão. A doutrina. Controversia. Puglia e Pessina. Direito comparado. 99. A jurisprudencia nacional sobre o capitulo. A nossa critica e annotações. O falso testemunho só pôde ter lugar em juizo

287 - 305

Titulo VII.

Dos crimes contra os bons costumes e a ordem na familia.

Capitulo I.

Violencia carnal e offensas ao pudor.

CODIGO — Arts. 266 a 269.

COMMENTARIO — 100. Theoria geral do titulo. O individuo, a familia e a sociedade como aspectos dos delictos contra o pudor. O direito respectivo na historia. 101. O projecto de 1893. As lacunas e incongruencias do codigo. Resposta á uma critica. 102. Os projectos de revisão. Resposta á outra critica. O codigo, os projectos e a doutrina. A proposito dum livro de Viveiros de Castro. 103. A doutrina em geral do capitulo. Defeitos do codigo. Conceito do estupro. Aggravantes. Exemplos nos arts. 266, 268, 273 e 274. A essencia do crime. Violencia de duas especies. Elementos do crime do art. 268 definidos no art. 269. Solução de varias questões. Nossa opinião. Pio Viazzi sobre o nosso primitivo projecto de 1893. 104. O attentado ao pudor. Elementos communs aos arts.

266 e 268. A doutrina. Lacunas do código. Solução de varias questões. 105. Corrupção de menores. Diferença do lenocinio. A doutrina. Elementos do crime. Critica do código. Controversia. Majno, Costanzo Calogero, Crivellari. Pio Viazzi sobre o nosso ultimo projecto de 1897. Nossa opinião. 106. O defloramento ou defloração. Os projectos de revisão. Critica dos nossos códigos. Uma critica especial de Viveiros de Castro e Pio Viazzi. A nossa resposta com o direito comparado. 107. A virgindade como elemento de taes crimes. Os códigos do Uruguay e da Argentina. Opiniões de juriconsultos platenses. A nossa opinião. Elementos do crime do art. 267. 108. A nossa jurisprudencia sobre os delictos do capitulo. Anotações nossas aos respectivos arestos. 109. Arestos do Supremo Tribunal Federal. Uma referencia a Tobias Barreto. Questões correlatas. As nossas soluções. .

305 - 342

Capitulo II:
Do rapto.

Código — Arts. 270 e 271.

COMMENTARIO — 110. Os projectos de revisão. Critica de Pio Viazzi sobre o rapto consensual. Lima Drummond em contrario. Os nossos códigos. Ideias geraes sobre o capitulo. A doutrina. A classificação. 111. Conceito deficiente do rapto no código anterior e no vigente. Lacunas do código suppridas nos projectos. Os elementos do rapto. Analyse do código. Concurso com o estupro ou o defloramento. Interpretação do código. Não ha delicto no rapto com o fim de casamento. Os projectos de revisão. Ainda o art. 270. 112. A attenuante do art. 271. Não é applicavel à especie do art. 270, § 1º. Os projectos de revisão. A aggravante do paragrapho unico do art. 271. As fontes remotas e proximas. Os interpretes portuguezes. A opinião de Pacheco. Viada y Vilaseca, só a refere ao rapto e não ao sequestro. 113. Opinião de Rivarola sobre o código argentino. A presumpção do art. 183. O art. 271, paragrapho unico, é inexecutable. Referencias aos arts. 1, 67 e a disposições de outras leis.

342-357.

Capitulo III.

Disposições communs aos capitulos antecedentes.

Código — Arts. 272 a 276.

COMMENTARIO — 114. Razão de ordem. Referencia ao art. 268, § 1º. Não ha rapto punivel de meretriz publica. Controversia. Doutrina contraria acceptavel. 115. Violencia presumptiva. As aggravantes especies de taes crimes. O código omittiu uma classe dellas. As aggravantes do art. 273. Incapacidades e perdas de direitos. A doutrina. Correlação dos arts. 274 e 407. Nosso dissentimento de Viveiros de Castro sobre a acção penal. 116. O art. 275 e o ante-

rior. Doutrina ainda sobre a acção penal. Prescripção e questões relativas. 117. O art. 276 sobre a doação da offendida. Não ha dote no rapto. Doutrina. Questões correlatas. O direito hespanhol. Opinião de Pacheco. 118. O art. 276, paragrapho unico sobre o casamento como dirimente. A dirimente abrange o rapto. A doutrina. O direito portuguez. A opinião dos autores. 119. Carrara sobre a mesma dirimente. Ella compete ao condemnado, assim como aos co-réos. Solução dos autores. Arestos

357-373

Capitulo IV.
Do lenocinio.

CODIGO — Arts. 277 e 278.

COMMENTARIO — 120. O direito antigo e moderno, secular e canonico. O direito portuguez. Os nossos codigos. Conceito geral. 121. A velha escola e a moderna. Lenocinio *simplex* e *qualificado*. Variedade na doutrina e nas leis. O nosso codigo e projectos. 122. A definição do lenocinio no art. 277. As fontes. Os elementos do crime. Analyse. Solução de varias questões. O paragrapho unico do art. 277. As qualificativas ou aggravantes. Deficiencia do codigo. Doutrina. Solução de duvidas. O divorcio forçado nos projectos. 123. A doutrina do art. 277 applica-se ao art. 278. O *castismo* na jurisprudencia nacional. Anotações. Tentativa. Complicidade. Controversia.

373-386

Capitulo V.
Do adultério ou infidelidade conjugal.

CODIGO — Arts. 279 a 281.

COMMENTARIO. — 124. Suppressão do delicto de adultério nos projectos de revisão. Justificação. O substitutivo penal do divorcio. Resposta á uma critica. As fontes dos arts. do texto. A doutrina. O conceito do adultério. Os seus elementos no art. 279. A consumação de relações illicitas. 125. Um dos culpados deve ser casado. A separação pelo divorcio exclue o delicto. Direito comparado. Opinião de Carrara. O casamento ecclesiastico, tanto como o casamento nullo ou annullavel não são elementos do delicto. Varias questões. Principios applicaveis á bigamia. 126. O elemento do dolo e causas exclusivas delle. A dirimente do art. 279, § 2º e questões connexas. A doutrina art. 280 comparada com a do codigo anterior. Critica. Arestos. A prescripção e o perdão no adultério. O art. 281 é defeituoso. Solução de duvidas

386-398

Capitulo VI.
Do ultrage publico ao pudor.

CODIGO — Art. 282.

COMMENTARIO — 127. As fontes da disposição. A doutrina. Capitulo VII.
Da bigamia, parto supposto e outros fingimentos.

398-399

CODIGO — Arts. 283 a 288.

COMMENTARIO — 128. Theoria geral do capitulo no projecto de 1893. A historia da bigamia no direito antigo e moderno. 129. Controversia sobre a bigamia como crime especial. Pessina e Suman pela affirmativa. Opinião contraria de Pio Viazzi. 130. O art. 283 e suas fontes. Critica. Absurdo do codigo. O direito comparado. A doutrina. Os elementos do delicto. Controversia. Opinião dos autores. Nossa opinião em face do codigo. 131. O segundo elemento da bigamia. Controversia sobre a natureza do crime. Carrara, Majno e outros. Pessina e Viazzi. Boissonade e o direito japonéz. A questão da prescripção. A nossa opinião. O dolo, ultimo elemento do delicto. Doutrina. Aresto. 132. O art. 284 está revogado. Suas fontes. A doutrina. Solução de questões. Direito francez e belga. Garraud e Nypels. Para alguns o art. 284 está em vigor. 133. A questão no Congresso Nacional Constituinte de 1890-1891. Argumento da revogação nos trabalhos e voto deste. Avisos do Ministerio da Justiça. Varias opiniões *pro* e *contra*. A reforma projectada. Uma solução juridica. 134. O direito hollandez, suizo e outros. O projecto no nosso Congresso. As origens do direito francez. Chauveau e Hélie. A Constituição Federal e o direito da Republica. As razões do codigo francez. 135. A emenda do deputado Gastão da Cunha. O Conselho de Estado francez. Blanche. O projecto Alfredo Pinto na Camara. Uma emenda do deputado Galdino Loreto. Ainda Garraud. 136. Outra emenda do mesmo deputado. A nossa solução. O acto religioso não é a fraude prevista no art. 267. O codigo italiano e Costanzo Calogero. O simples vinculo religioso é um concubinato. Conclusão. 137. Parto supposto. As fontes do art. 285. Critica do codigo. Silva Ferrão e os nossos autores. A opinião de Rivarola. O paragrapho unico do art. 285. Critica do codigo. Varias questões. Controversia. A nossa solução. 138. As duas especies do art. 286. Absurdo do codigo. As fontes. Os elementos do crime. A Consolidação de Carlos de Carvalho. Duvidas. O direito francez e belga. A nossa solução. Art. 286, 2ª parte. Referencias á contravenção do art. 388. Nossa opinião. 139. O art. 287. As fontes. Direito hespanhol e platino. Diferença do direito francez e belga. Nypels e Garraud. Controversia. Elemento essencial do delicto do art. 287. 140. As fontes do art. 288. Critica do codigo. Opinião de Carlos Perdigão contra o codigo anterior. Referencias ás contravenções dos arts. 379 a 381. Uma interpretação de Pacheco. O direito inglez. Censura de Rivarola ao codigo argentino. Solução de duvida no nosso codigo. O falso casamento do art. 288 é o *civil*. Referencias aos projectos de revisão

Parte Especial.

Dos crimes, contravenções e penas em particular.

Livro I. (Continuação).

Dos crimes e sua punição.

Titulo VIII.

Dos crimes contra a pessoa.

Capitulo I.

Do homicidio.

CODIGO — Arts. 294 a 299.

COMMENTARIO — 141. Classificação. O projecto de 1893. Lacunas e defeitos do codigo. Resposta a varias criticas. O projecto de 1897. Referencia ao de 1896. Todos melhoram o cod. 142. O homicidio. Historia e doutrina. O direito antigo e moderno. Varias legislações. 143. As especies de homicidio. Deficiencias do codigo suppridas nos projectos de revisão. O conceito do homicidio. Elementos. Analyse. Critica do cod. sobre a attenuante do art. 295 § 1º. As concausas. Art. 295 §§ 1º e 2º. Homicidio casual e involuntario. O art. 296. Critica de Carvalho Durão. 144. O systema das aggravantes. Referencia à parte geral. O systema contrario dos projectos de revisão. Sua confrontação com as especies do codigo. Art. 294, §§ 1º e 2º. Lacunas preenchidas. 145. O art. 297. O homicidio involuntario. A doutrina em geral e a especial do nosso direito. Exemplos e referencias. Arrestos. 146. Dirimentes e attenuantes. O art. 298. O infanticidio. O direito italiano. Os projectos de revisão. 147. O suicidio no art. 299. O homicidio suicidio. Ferri e Alimena. O art. 26 do cod. Duplo systema sobre o problema. A doutrina do cod. Referencia a outras disposições. 148. A doutrina em geral. A theoria de Ferri. A opinião de Giovanni Albano. Controversia. 149. Os codigos actuaes e especialmente o italiano. Os nossos codigos anterior e vigente. O projecto de Bernardo de Vasconcellos. As nossas fontes. A jurisprudencia italiana e franceza. A nossa solução. Observação final. Os projectos de revisão. 150. A nossa jurisprudencia sobre o titulo. Critica e observações nossas sobre diversos arrestos na materia de julgamento dos crimes respectivos. Solução de varias questões

1 - 40

Capitulo II.

Das lesões pessoasas.

CODIGO — Arts. 303 a 306.

COMMENTARIO — 151. Defeitos do codigo. O projecto de 1893. A doutrina e a tecnologia. Resposta a varias criticas. Nossas opiniões aliunde. Uma referencia de Alimena a nós. 152. Theoria geral do cap. A definição do art. 303. O art. 305. Os projectos de revisão

| | |
|---|---------|
| e critica dos de 1896 e 1899. O direito romano. O germanico. As leis modernas. As fontes do nosso cod. Elementos do crime do art. 303. Defeitos. O cod. aut. e o direito francez. As figuras do art. 304. Seus elementos. Analyse. Varias questões. 153. O paragraho unico do art. 304. Elementos do crime. Explicação. Attenuante. Varias questões. Uma interpretação de Macedo Soares. O direito belga. O art. 305. Controversia. Os elementos do crime. Solução de varias questões. As lesões culposas no art. 306. Referencia. Arestos | 40 - 54 |
| Capitulo III. Do aborto. | |
| CODIGO — Arts. 300 a 302. | |
| COMMENTARIO — 154 Os defeitos do cod. e o projecto de 1893. Resposta á uma critica. A historia e a doutrina do direito no aborto. O cod. ital. como fonte common do cod. e dos projectos. Uma referencia ao Dr. Souza Lima. 155. A theoria juridica do aborto. O art. 300 1ª parte do cod. Seus elementos. Analyse. Varias questões. As aggravantes dos §§ 1º e 2º do art. 300. A questão da tentativa. O art. 301. Elementos, analyse. Varias duvidas, solução. Lacunas do cod. Pio Viazzi. O art. 302. Referencia | 54 - 63 |
| Capitulo IV. Abandono de menores. | |
| CODIGO — Arts. 292 e 293. | |
| COMMENTARIO — 156. Classificação. A doutrina e os projectos de revisão. As fontes. Lacunas do cod. 157. O art. 292. Conceito. Aggravantes. Penas irrisorias. Confusão do cod. Elementos de taes crimes. Direito comparado. O art. 293 e §§. O direito italiano. Defeitos do cod. Os projectos. Lacuna do cod. Aresto. Critica | 63 - 70 |
| Capitulo V. Do duello. | |
| CODIGO — Arts. 307 a 314. | |
| COMMENTARIO — 158. O cod. anterior e o vigente. Estudo retrospectivo daquelle. Solução deste. O conceito do duello. A doutrina em relação a outras do direito penal. A controversia. O direito estrangeiro e o nosso. Questões correlatas. 159. O projecto de 1893. Uma opinião de Carrara. O direito comparado. Os autores. Os systemas na punição do duello. O direito italiano. 160. As fontes do cod. Technologia nossa e estrangeira. Os projectos de revisão. O conceito e elementos das varias figuras dos arts. 307 a 314 do capitulo. Solução de multiplas questões. Correlação com outros artigos | 70 - 85 |
| Capitulo VI. Da diffamação e da injuria. | |
| CODIGO — Arts. 315 a 325. | |

COMMENTARIO — 161. Razão de ordem. O projecto de 1893. Technologia. A theoria geral. 162. O direito romano e germanico e as leis modernas. Principios. Elementos da injuria *em geral*. As fontes do codigo 163 O conceito da diffamação no art. 315. O codigo anterior. Elementos do crime. Analyse. Arestos. O direito comparado. Defeitos do codigo. Critica do conceito. Ainda a jurisprudencia. Anotações. Observações finais. 164. A dirimente do paragrapho unico do art. 315. Suas fontes. O direito hespanhol e argentino. Solução de questões. Referencia à jurisprudencia. A *exceptio veritatis*. Grande controversia. Os *systemas* na doutrina. O conceito da dirimente. Direito comparado. 165. O nosso codigo. Duvidas sobre a applicação da dirimente. O direito francez e belga. O direito italiano. Defeitos do codigo. Os arestos. Anotações. 166. As fórmas da diffamação no art. 316. As fontes. Arestos e anotações. O libello famoso e seus elementos. O direito inglez e italiano. Analyse de requisitos. Aggravantes. Arestos e observações. 167. O sujeito passivo póe ser uma collectividade. Divergencia na doutrina e nas legislações. O direito allemão. Excepções. O art. 316 § 1º do texto. Doutrina. Soluções de questões. Determinação do sujeito passivo do delicto. O nosso codigo. 168. O art. 316 § 2º do texto. Confronto com o codigo anterior. Lacunas, defeitos e obscuridades de ambos. Meios de realizar a diffamação. O elemento da publicidade. Thomaz Alves e Braz Florentino. A historia do nosso direito nas fontes. O direito belga. O hespanhol e o do Uruguay. O direito italiano. 169. Corollarios. O direito suizo, hungaro e outros. Os projectos de revisão. O máo uso do direito italiano na applicação do nosso codigo. A questão do bilhete postal. A ausencia ou presença do offendido como elemento da injuria em geral. Controversia. Brusa e os codigos de Zurich e do Tessino. A interpretação do nosso codigo. A nossa lei de 20 de setembro de 1830. 170. A injuria no art. 317. Confronto entre os nossos cods. e o italiano. Excrescencias do codigo. Omittiu o elemento da divulgação aqui. Referencia ao § 2º do art. 22, letra *b*. Analyse. O codigo francez. 171. O ataque da honra como elemento da offensa. O direito japonéz. A no-sa jurisprudencia e autores. Ainda elementos da injuria. Carrara. O dolo. Referencias aos arts. 7º e 24. 172. A jurisprudencia italiana. Ainda o art. 317. Analyse. As fontes. Suman, Thomaz Alves e Chauveau. Dirimente e attenuante. 173. A jurisprudencia nacional durante o cod. anterior e o actual sobre o art. 317 e outros deste capitulo. Algumas observações. Os arestos são relativamente copiosos na materia. 174. O art. 318. Ainda a *exceptio veritatis*. A notoriedade do facto. Referencias aos ns. 161, 164 e 165. Os nossos autores e o direito comparado. Os casos do artigo. Analyse. Inconveniente do

codigo. 175. O art. 319. Meios de realizar a injuria. Referencia ao art. 316. Solução de duvida. As fontes. O direito francez e os autores. A injuria em carta fechada endereçada ao destinatario. 176. Controversia. O Dr. Braz a proposito de um aresto. Os nossos codigos. O direito francez. fonte de ambos. Singularidade do direito inglez. A opinião de Thomaz Alves. O argumento principal contrario desapareceu com o codigo vigente. Carlos Perdigão. 177. Nabuco, Teixeira de Freitas. Duarte de Azevedo Saldanha Marinho, e outros. O Conselho de Estado. Opinião de Perdigão Malheiros. Dias Ferreira e Moinhos de Vilhena. Arestos. Observações sobre argumento do codigo anterior inapplicavel ao vigente. Um simile que não colhe. O bilhete postal. Lima Drummond. Os projectos de revisão. O direito italiano. Os autores. Observação final. 178. O art. 320 e suas materias heterogeneas. As fontes. O nosso ante-projecto. O Visconde de Ouro Preto. Duvidas. Solução. O direito suizo e comparado. 179. O outro ponto do art. 320. Nosso commentario de 1889. As fontes do artigo. Defeitos do codigo. O direito francez e italiano. Elementos do delicto. A acção. Interpretação. 180. A singularidade do art. 321. Os projectos de revisão. As fontes. Arestos. O direito portuguez e hespanhol e os autores. Os codigos das Republicas Platenses. 181. Vasquez Acevedo e Rivarola. Os nossos autores. Os italianos. Os arestos. 182. A compensação no art. 322. Referencia. A jurisprudencia nacional. Complexidade da disposição. Divergencia na doutrina, nas leis e nos arestos. Si o cod. comprehende a calumnia. Elementos de interpretação. Paula Baptista. As fontes. Os codigos platenses. O direito italiano. 183. As dirimentes e attenuantes. A doutrina. Suman. A retorsão. Os projectos de revisão. Defeito dos de 1896 e 1899. Os principios geraes. Majno e Florian. O direito alleinão, suizo e francez. 184. Um aresto notavel. Questão incidente de *lesa magestade* e delictos affins. O nosso direito. Haus e Berner. A defesa legitima. O direito italiano e os autores. 185. O *jus defensionis* no art. 323. As fontes. Lacunas do cod. Projectos de revisão. A doutrina. Enrico Segré. Requisitos da dirimente. O ataque a terceiro. O opinião de Suman. Solução do nosso codigo. Patrocinadores e partes. 186. A distribuição de impressos sobre a causa. Majno e outros. A jurisprudencia nacional. As nossas reservas, critica e annotações. 187. A offensa á memoria do morto. Art. 324. As fontes. Defeitos e lacunas do codigo. Os projectos de revisão. A doutrina. A solidariedade da familia e a liberdade da historia. Nosso direito anterior. O direito comparado. Acção posthuma da offensa em vida. Controversia. A satisfação do damno. Ainda a *exceptio veritatis*. Outras questões. Soluções pelo nosso codigo. 188. A agravação

inutil do art. 325. O cod. anterior. Referencia ao
codigo arts. 22 e art. 39, § 10 85-190

Titulo IX.

Dos crimes contra a propriedade.

Capitulo I.

Do damno e usurpação.

CODIGO — Arts. 326 a 329.

COMMENTARIO — 189. Classificação. O codigo e os projectos de revisão. A theoria sobre os crimes do titulo. Principios geraes e essenciaes que a dominam. Duas categorias de taes crimes, conforme o respectivo escopo. 190. Má collocação do capitulo. Os projectos de revisão. Uma referencia. Conceito do damno. A historia e a doutrina no direito antigo e moderno. As fontes do codigo. Seus defeitos. O art. 326. Controversia. Referencia. 191. O direito francez. Confronto do art. 326 com outros. Elementos do crime. Analyse. Nullidade do documento destruido. Solução. A aggravante do paragrapho unico. 192. Arts. 327 e 328. Suas fontes. O direito francez e seus interpretes sobre o objecto do art. 327. Elementos do crime. Analyse. Duvidas no codigo. Referencias. Parallelo com o nosso direito anterior e o codigo francez. O crime do art. 328. Seu conceito e elementos. Complemento do art. 327. 193. O damno e usurpação no art. 329. Suas fontes. O conceito geral do crime da 1ª parte do art. 329. Seus elementos. Analyse. O direito italiano. Solução de questões. Suman, Majno, Puglia e outros. Lacunas do codigo suppridas nos projectos de revisão. A usurpação no art. 329, §§ 1º e 2º. 194. A theoria e a historia do direito na usurpação. As fontes. O direito italiano. Os projectos de revisão. 195. O § 1º do art. 329. Lacuna do codigo. A doutrina na remoção ou alteração de marco. Seu conceito e elementos. Analyse. Os autores italianos. Solução de questões. Os projectos de revisão. 196. O desvio de aguas no § 2º do art. 329. O direito italiano. O systema do nosso codigo. Os elementos do delicto. Analyse. A extracção da agua. Basta o desvio mesmo sem damno. Solução destas questões. A interpretação do nosso codigo. 197. A aggravante do art. 329 § 3.º Defeitos e inconvenientes do codigo. Os projectos de revisão. A jurisprudencia nacional. As nossas observações.

190-213

Capitulo II.

Do furto.

CODIGO — Arts. 330 a 335.

LEI n. 121, de 1892, art. 3º.

COMMENTARIO — 198. Os projectos de revisão. A theoria do crime de furto na historia das leis antigas e modernas. 199. O conceito do furto no art. 330. Analyse. Os autores italianos. As fontes do codigo.

Direito francez. 200. Os elementos do furto. Sua explicação. Garraud e Nypels. Os codigos platen- ses. Rivarola. O nosso código anterior. Os projectos de 1893 e 1897. O código da Baviera. 201. O código e os autores italianos. A interpretação do nosso código. O direito francez e belga. Solução de questões sobre furto de titulos, gaz, electricidade, agua, ar quente, etc., 202. A coisa alheia como elemento do furto. O art. 334. Varios corollarios do principio. Analyse. A coisa indivisa. Solução de questões. O direito italiano e francez. Referencia ao art. 330. Critica do código. O ultimo elemento do furto. Explicação. Systema defeituoso do código. Derogação do art. 330 do código. A lei n. 121, de 1892 e outras. 203. O art. 331 e as suas especies. As fontes. O art. 331 n. 1. Elementos. Exemplos. O direito italiano. Critica e interpretação do código. O art. 331 n. 2. Elementos do delicto. Analyse. O art. 331 n. 3. O código anterior. Os projectos de revisão. O direito italiano. Diferença do nosso, mesmo civil, para caracterisar a especie. 204. Art. 331 n. 4 e paragraphos. As fontes. A lei n. 121, de 1892. Interpretação do nosso direito actual. O § 1º do n. 4 do art. 331. Furto de gado. Leis relativas. Os projectos de revisão. O § 2.º Furto de certos productos. Doutrina e fontes. Projectos de revisão. 205. O art. 332. Suas fontes. O direito francez. Os elementos do delicto. Analyse. Solução de questões. O art. 333. Referencias. O art. 334. Referencia. 203. O art. 335 e a sua fonte. O direito italiano. A doutrina. Solução de questões. Arestos relativos ao capitulo.

213-243

Capitulo III.

Da fallencia e insolvabilidade.

CODIGO — Arts. 336 e 337.

COMMENTARIO — 207. O projecto de 1893. Tres systemas dos codigos na materia. Direito comparado. Os nossos codigos e os projectos de revisão. Referencia á nossa legislação commercial. As fontes e os autores. Jurisprudencia nacional. Derogação do art. 336 do código. Opinião da *Revista de Jurisprudencia* e a nossa. 208. A *deconfiture* no art. 337. O direito francez e italiano. Garraud. O direito comparado. Suwinderen. As fontes do código. Os autores portuguezes. Os elementos do delicto. Os projectos de revisão. O direito allemão. Berner e von Liszt. Um arasto nosso. A nossa censura. Questões novas. O art. 337 do código no systema geral do nosso direito. O direito portuguez. Paula Baptista. . . .

243-251

Capitulo IV.

Do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes.

CODIGO — Arts. 338 a 341.

COMMENTARIO — 209. A theoria dos delictos do capitulo

na historia antiga e moderna do direito. Pessina. O direito comparado. As fórmulas geraes da fraude. Exemplos. 210. Os projectos de revisão. A formula geral do estellionato no art. 338, n. 5. As fontes do codigo. O nosso ante-projecto O estellionato. O direito italiano comparado com o nosso. Conceito e elementos do crime. Analyse. Qualificativas. 211. Superfluidades e incongruencias do codigo, art. 338. Os ns. 1 a 4 do mesmo artigo. As fontes. Explicação historica e doutrinaria. O systema exquisito, hybridado e duvidoso do codigo. Os ns. 8 a 10 do art. 338. As fontes. O n. 10 já estava incluido no 8º. Direito comparado. Criterio de interpretação do codigo. O direito italiano. Puglia. 212. Ainda os ns. 8 e 10 do art. 338. A sua fonte e a doutrina. Solução de questões. O direito italiano e o francez. Os autores. A fraude civil e a fraude penal. O poder ou credito imaginario. O successo ou accidente de facto criminoso ou immoral. Controversia. Solução. 213. O art. 338, ns. 6, 7, 9 e 11. As fontes destas disposições. Repetições inuteis de normas do codigo. As fontes primitivas. O direito francez. Explicação. Deseitos na dicção. 214. O art. 338, n. 6. Sua fonte. Abuso da firma em branco. Confusão e defeitos do codigo. Elementos do crime. Analyse. A consumação do crime. Solução de duvidas. A aggravante do paragrapho unico do art. 338. O direito italiano e os autores. Elementos da aggravante. 215. O n. 7 do art. 338. Abuso da inexperiencia e paixões do menor, etc. A fonte. Elementos do crime. Analyse. A nullidade do acto. Outras questões. Soluções. O direito italiano e francez. O n. 11 do art. 338. As fontes. Os elementos do crime. Analyse. O direito francez. Varias questões. Exemplos. Solução. Interpretação do nosso codigo. A attenuante do art. 339. Os arts. 340 e 341. Suas fontes. Referencias á legislação commercial. Duvidas. Inconvenientes do codigo. 216. Uma questão no Congresso Juridico Americano do Rio de Janeiro em 1900. A que pena deve ficar sujeito o corretor que figurar scientemente nos jogos de bolsa. O nosso direito. Conceito de tal jogo. A doutrina; codigo e os autores italianos. Parallelo. Conclusão negativa. 217. A jurisprudencia nacional sobre o capitulo. As nossas criticas e observações sobre alguns arestos. *O conto do vigario*. Referencia ao art. 380 do codigo

251-282

Capitulo V.

Dos crimes contra a propriedade litteraria, artistica, industrial e commercial.

Secção 1.

Da violação dos direitos da propriedade litteraria e artistica.

CODIGO — Arts. 342 a 350.

LEI N. 496, DE 1898 — Arts. 19 a 21, 23 e 25.

COMMENTARIO — 218. Os projectos de revisão. O de 1893.

Defeitos do codigo. As suas fontes geraes. A nova lei. O systema dos outros codigos. 219. Os arts. 342 a 344 e suas fontes especiaes. O art. 342 revogado pelo art. 22 da lei. Solução de duvidas. A opinião de Amar e o direito italiano. Solução de outras questões. O art. 343 está tambem revogado. Mas o artigo 344 está em vigor. Referencia á relativa doutrina sobre elle. 220. A lei alterou os arts. 345 e seguintes do codigo. Lacunas deste. O conceito da contrafacção nos arts. 1º e 2º da lei substituindo os do codigo nos arts. 345 a 350. O codigo e a lei. As condições da contrafacção. Divergencia. Analyse. O direito francez e os autores. Confronto com a nossa lei, arts. 1º, 2º e 19. 221. Definição do crime no art. 19 da lei. Os arts. 345 a 350 do codigo. Os elementos do crime. O primeiro elemento. Reproduccão total ou parcial. Imitação. Solução de questões. Critica do art. 350. Opinião de Garraud e outros. O novo systema da lei. A doutrina. O direito inglez e italiano. 222. Duvidas sobre a reproduccão parcial. O texto da lei sobre a reproduccão illicita. O art. 24 da lei sobre a usurpação do nome. Lacuna da lei italiana. A jurisprudencia franceza. Huard & Marek. 223. O registro como condição da garantia legal. As formalidades. O direito italiano e francez. Diferenças do nosso. Solução de questões. A acção penal. Solução de duvidas. Referencia ao art. 407. 224. Segundo elemento do delicto. O dolo especifico. Arts. 19, 23 e 24 da lei. Responsabilidade penal e civil. Diferença aqui entre a propriedade litteraria e artistica e a industrial. Referencia ao n. 226. A lei e os arts. 344 a 350 do codigo. Solução de questões sobre o que vigora ou não no codigo. Equiparação do contrafactor, vendedor, importador, etc. 225. A figura nova da usurpação do nome no art. 24 da lei. Pena igual do autor e cumplice. Diferença do direito francez e italiano. A questão da tentativa. Controversia. Garraud e Amar. Solução pelo nosso direito. A jurisprudencia nacional sobre os delictos desta secção. Observações e referencias sobre alguns arestos

282-307

Secção II.

Da violação dos direitos de patente de invenção e descobertas.

CODIGO — Arts. 351 e 352.

COMMENTARIO — 226. As fontes. Explicação. Direito portuguez e francez. O art. 351 do texto. A doutrina. Os elementos do delicto. Analyse. O art. 352. O direito allemão. A questão do delicto culposo. Referencia ao n. 224. Arestos sobre o cap. e observações

307-311

Secção III.

Da violação dos direitos de marcas de fabrica e de commercio e do nome commercial.

CODIGO — Arts. 353 a 355.

COMMENTARIO — 227. As fontes do codigo. Direito comparado. A lei suissa e seu commentador Dunant. O direito inglez. Arts. 353 e 354 do codigo. A sua doutrina. O direito italiano. Solução de questões. 228. O dolo especifico. Arts. 353 a 355. Opinião dos autores. O visconde de Ouro Preto. Lacuna do codigo. O outro elemento de taes delictos. Analyse. Os subsidios da jurisprudencia e direito suissos. 229. A jurisprudencia nacional sobre a parte puramente penal da materia. Observações de Macedo Soares sobre um dos arestos.

312-321

Capitulo VI.

Do roubo, do sequestro e da extorsão.

CODIGO — Arts. 356 a 363.

COMMENTARIO — 230. Referencia á classificação. A theoria geral dos delictos do capitulo na doutrina e na historia das legislações. 231. Critica do codigo. As fontes. O roubo. Conceito. Arts. 356 a 358. Referencia ao furto sobre um dos elementos. A violencia e suas modalidades. Direito comparado. Critica. Solução de duvidas. Confusão entre a violencia á pessoa e ás cousas. 232. O latrocínio no art. 359. As fontes. Classificação. Os projectos de revisão. Os elementos do crime. O codigo restringiu o anterior quanto ao conceito da tentativa. Art. 360. A opinião de Carvalho Durão. O art. 361. Elementos. Referencia. 233. A extorsão e o sequestro. As fontes. Defeito do codigo. Os projectos de revisão. A doutrina da extorsão. Diferença do furto. Analyse. Elementos communs e especiaes. Especies. Solução de duvidas. Diferença do roubo. Modos de realisar a extorsão. O direito e os autores italianos. Diferença da ameaça. 234. O conceito do sequestro no art. 362. Classificação. Os projectos de revisão. Diferença de outros crimes. A doutrina. A omissão do *internuncio* supprida nos projectos de 1893 e 1897. Os elementos do crime. Sua consumação. Solução de duvidas. O art. 362 é uma disposição commum a este capitulo e ao anterior do codigo. Caso em que não se applica. 235. A jurisprudencia nacional. Referencia a um estudo sobre arestos relativos ao codigo anterior. Observação final. . .

321-338

Livro II.

Das contravenções e sua punição.

Capitulo I.

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

CODIGO — Arts. 364 a 366.

COMMENTARIO — 236. Classificação. Ideas geraes na justificação do projecto de 1893. Os projectos de revisão. Desordem no contexto do codigo. Resposta á uma critica. 237. A fonte do nosso codigo e dos projectos. A

| | |
|--|---------|
| doutrina do direito italiano. O código italiano comparado com o nosso. A questão do dolo. Critérios de distincção entre delictos e contrações. Os autores italianos. Uma referencia a Carvalho Mourão. 238. Os arts. 364 a 366. Defeitos do código. Os projectos de revisão. As fontes. Objecto do art. 364 e paragrapho unico. Solução de duvidas. O art. 365. Elementos. O art. 366. Referencias. Solução de duvidas. O projecto de 1893. Aresto | 330-353 |
| Capitulo II. Das loterias e rifas. | |
| CODIGO — Arts. 367 e 368. | |
| LEI N. 628 de 1899, art. 3º. | |
| COMMENTARIO — 239. Referencia. As fontes. Razões da sanção. A nova lei ampliou e additou o art. 367. Variação nos arestos da jurisprudencia no Districto Federal. Observações. 240. O mesmo assumpto a proposito ainda da mesma lei. Referencias a arestos. Novas observações. O direito francez. Analyse da nova lei. A especie do art. 368. As fontes. | 354-359 |
| Capitulo III. Do jogo e aposta. | |
| CODIGO — Arts. 369 a 374. | |
| LEI N. 628 de 1899, art. 4º. | |
| COMMENTARIO — 241. A doutrina e os systemas dos codigos. Exemplos no direito comparado. O conceito do jogo de azar. Os autores. O art. 369 e o art. 4º da nova lei. A definição da casa de tavolagem. O direito italiano. Os projectos. O habito como elemento e não aggravante do crime. O art. 370. Definições. O paragrapho unico. Aresto. As fontes dos arts. 371 a 375. Critica do código. Os autores portuguezes. | 359-363 |
| Capitulo IV. Das casas de emprestimos sobre penhores. | |
| CODIGO — Art. 375. | |
| COMMENTARIO — 242. Os projectos de revisão. As fontes do código. A doutrina. As duas especies de infracção. Seu conceito e elementos. O direito francez e belga. Nypels e Garraud. Solução de duvidas. | 364-366 |
| Capitulo V. Do fabrico e uso de armas. | |
| CODIGO — Arts. 376 e 377. | |
| COMMENTARIO — 243. As fontes. Os projectos de revisão. Direito comparado. A doutrina. Controversia. Solução de duvidas. | 367-369 |
| Capitulo VI. Das contrações de perigo commum. | |
| CODIGO — Art. 378. | |
| COMMENTARIO — 244. A fonte do código e dos projectos de revisão. As especies da 1ª alinea do art. 378. | |

| | |
|---|-----------|
| O direito italiano. Interpretação. A 2ª e 3ª alíneas. Diferença entre as espécies respectivas. As outras alíneas do artigo. A opinião de Majno e o código italiano. | 369 - 371 |
| Capítulo VII. | |
| Do uso de nome supposto, títulos indevidos e outros disfarces | |
| CODIGO — Arts. 379 a 381. | |
| COMMENTARIO — 245. As fontes. Classificação. Os projectos de revisão. O art. 379. O direito francez, O nosso direito actual. A interpretação do paragraho unico. Uma questão no nosso direito. Opiniões dos interpretes. Os arts. 380 e 381 do texto. Referencias aos ns. 211, 212, 231 e 233. | 372 - 376 |
| Capítulo VIII. | |
| Das sociedades secretas. | |
| CODIGO — Art. 382. | |
| COMMENTARIO — 246. As fontes. Os projectos de revisão. Referencia. Resposta à uma critica. A doutrina. As disposições do texto. | 376 - 378 |
| Capítulo IX. | |
| Do uso illegal da arte typographica. | |
| CODIGO — Arts. 383 a 387. | |
| COMMENTARIO — 247. As fontes. Os projectos de revisão. O direito italiano. O nosso direito. A doutrina do art. 383. 248. Solução de duvidas. Os arts. 283 a 285. Opinião de Garbasso e outros. O art. 385 não prevê o facto do art. 24 da lei n. 496, de 1898. Os arts. 386 e 387. Critica de Carvalho Mourão àquelle. | 378 - 383 |
| Capítulo X. | |
| Da omissão de declarações no registro civil. | |
| CODIGO — Art. 388. | |
| COMMENTARIO — 249. Referencia ao art. 286 e n. 138. O código faz repetição. | 383 |
| Capítulo XI. | |
| Do damno às cousas publicas. | |
| CODIGO — Arts. 389 e 390. | |
| COMMENTARIO — 250. O projecto de 1893. Objecto dos artigos do texto. Referencias. Repetições do código. | 383 - 385 |
| Capítulo XII. | |
| Dos mendigos e ebrios. | |
| CODIGO — Arts. 391 a 398. | |
| COMMENTARIO — 251. Classificação. Os projectos de revisão. As fontes. Os arts. 391 e 392. Conceito e elementos. A flagrança. Controversia. Direito italiano e francez. Os autores. A solução da questão da mendicidade flagrante. As aggravantes dos arts. 393 e 394. A doutrina. Solução de duvidas. O art. 395. Os projectos de revisão. Os elementos da contra-venção. 252. A embriaguez nos arts. 396 a 398. Os | |

projectos de revisão. As fontes. A doutrina. Controversia. Os elementos da contravenção; O direito italiano. As aggravações dos arts. 397 e 398. Seu conceito e explicação 385 - 391

Capitulo XIII.
Dos vadios e capoeiras.

CODIGO — Arts. 399 a 404.

COMMENTARIO — 253. As fontes. Os arts. 399 a 401. O direito francez. O conceito da vagabundagem no art. 399. Elementos. A opinião de Garraud. Solução de questões. Art. 400, complemento do antecedente. O paragrapho unico. Observações. O art. 401 sobre a extinção da pena, sua suspensão ou execução. 254. O conceito da capoeiragem no art. 402 e a penalidade. A aggravante do paragrapho unico. Outra aggravante no art. 403. A deportação no paragrapho unico. O cumulo das penas no art. 404. Lacuna do codigo. Nota geral sobre a capoeiragem e referencia 392 - 397

Livro III.
Disposições geraes.

CODIGO — Arts. 405 a 412.

- Lei n. 76, de 1892, art. 16.
- Lei n. 121, de 1892, arts. 1º e 2º.
- Lei n. 496, de 1898, art. 26.
- Lei n. 515, de 1898, arts. 13 e 14.
- Lei n. 628, de 1899, arts. 1º e 2º.

COMMENTARIO — 255. O projecto de 1893 em geral sobre este livro. Resposta a uma critica. 256. As disposições do art. 405 são de caracter processual. O art. 406. O conceito da fiança como instituto de direito substantivo. A lei n. 628, de 1899. Observações sobre um aresto recente. Referencias restrictas á citada lei. Aresto. 257. O art. 406 está derogado nos termos da lei n. 628, de 1899, art. 2º, ns. I a III, subsistindo ainda a lei n. 515, de 1898, art. 13, que comprehendem os crimes inafiançaveis. A nova tabella da fiança. Arestos. O paragrapho unico do art. 406 está revogado. 258. Os arts. 407 e 408. Este é de caracter processual. O art. 407, § 1º. Uma duvida sobre a lei n. 76, de 1892, art. 16. A disposição semelhante da lei n. 121, de 1892, art. 2º. Aresto. O art. 407, § 2º, ns. 1 e 2 e § 3º. Alterações pela lei n. 628, de 1899, art. 1º. Restricção do paragrapho unico. Explicações. Referencias. 259. Critica do codigo e da lei citada, art. 1º, n. 2. Referencias. A prescripção. Alterações pela lei n. 496, de 1898, art. 26, sobre a garantia dos direitos autoraes. Observações. Referencias. Correccão. 260. A jurisprudencia nacional. Observação preliminar. Annotações. 261. Referencias aos arts. 409 a 412, ultimos do codigo. 397 - 417

Notas finaes 419 - 423

INDICE ALPHABETICO (*)

(A letra romana indica o volume)

A

- ABALROAÇÃO, varação ou naufragio, I, art. 145.
- ABANDONO de emprego ou excesso de licença, I, art. 211.
- ou exposição de menores e crimes congeneres, II, arts. 292 e 293.
 - de loucos, II, art. 378.
- ABATER monumentos, estatuas, etc., II, art. 328.
- ABERTURA de carta ou telegramma, I, arts. 189 e 193.
- ou fechamento de chaves de desvio ou comunicação nas vias ferreas, I, art. 149.
 - de comportas, etc., para causar inundação, I, art. 142.
 - em embarcação para submergil-a, I, art. 144.
- ABIGEATO, vid. *Furto* de gado.
- ABORTO, II, arts. 300 a 302.
- ABUSO ou excesso de autoridade, I, arts. 207, 210 a 213, 226 e 228 a 238.
- de carta de corso, I, art. 104, § 2º.
 - de confiança e outras fraudes, II, arts. 338 a 341.
 - de paixões ou inexperiencia de menor, interdicto ou incapaz, II, art. 338,.
 - de papel com assignatura em branco, II, art. 338.
 - de profissões sanitarias, I, arts. 156 a 160, 252 e 285 ; II, arts. 364 e 378.
- AÇÃO PENAL, Regras e excepções, I, arts. 274, 277, 279 ; II, arts. 323, 335 e 407.
- — Intervenção da parte ou do Ministerio Publico, art. 403.
- ACCEITAÇÃO de carta de corso, I, art. 104.
- de desafio, II, arts. 308 e 314.
 - de peita, I, art. 214.
- ACCIONISTAS podem ser funcionarios prohibidos de commerciar, I, art. 233.
- ACCUSAÇÃO privativa dos conjuges ; seus effeitos e os da condemnação, extingue-se pelo perdão ou reconciliação no adulterio, I, arts. 279 e 281.

(*) Este indice ás vezes se refere á materia que o respectivo artigo do codigo não comprehende, ao menos expressamente, mas pela razão de que o commentario trata ou faz referencia á materia alludida. Indicados os artigos do codigo, é facil recorrer aos numeros correspondentes do commentario abaixo delles para achar o assumpto apontado neste repertorio.

- ACHADÁ, de cousa alheia, II, art. 331.
- ACONSELHAR o funcionario a parte que ante elle litiga, I, art. 207.
- ACCOMMETTIMENTO ou arrombamento de prisão ou cadeia, I, arts. 128, 129 e 133.
- ACQUIZIÇÃO *nulla*, lucro illicito, I, art. 232.
- ACTAS — destruir ou inutilizar, I, art. 171 ; II, art. 326.
- ACTOS de commercio, vid. *Falsidade, destruição*.
- ou gestos obscenos attentatorios do pudor, I, art. 282.
 - hostis contra o governo estabelecido, arts. 88 e 90.
 - de libidinagem violentos, I, arts. 266, 268 e 269.
 - nullos por intervenção de peita, I, art. 218.
 - officiaes, forçar a practical-os ou não, I, arts. 112 e 113.
 - originaes de autoridade, destruir ou inutilizar, II, art. 326.
 - publicos, falsidade, I, arts. 208 e 251 a 257.
 - violentos ou arbitrarios do funcionario, arts. 230 e 231.
- ACCUSAÇÃO, vid. *Adulterio*.
- AGUDES, rompimento delles para causar inundação, I, art. 142.
- ADMINISTRAÇÃO publica, crimes contra, I, art. 207 a 238.
- ADMINISTRADORES de massas fallidas, I, art. 232.
- de sociedades anonymas, I, art. 244 ; II, arts. 340 e 341.
- ADMOESTAÇÃO da autoridade, I, art. 120.
- ADVOGADO e procurador judicial, I, art. 209.
- Adulterio, I, arts. 279 a 281.
- AFFEIÇÃO, praticar certos actos por, elemento de crime de funcção, I, art. 207.
- AFFINS, furto, acção penal, excepções, II, art. 335.
- AFIANÇABILIDADE *dos crimes*, II, arts. 405 e 406.
- AFFIXAGEM e escripta de disticos e lettreiros, II, art. 384.
- AFORAMENTO da cousa propria já aforada, etc., II, art. 338.
- AGENTE da autoridade, I, art. 122.
- de leilão, sua fallencia, II, art. 336.
- AGENTES do poder executivo federal ou dos estados, I, art. 112 .
- AGUA potavel, conspurcal-a ou corrompel-a, I, art. 162.
- AGUAS, desviar seu curso, e vedar seu escoamento, II, arts. 329 e 389.
- AJUDA ao suicidio de alguém, II, art. 299.
- AJUNTAMENTO, illicito, I, arts. 119 e 123.
- ALHEIAÇÃO fraudulenta de cousas ou objectos proprios ou alheios, II, art. 338.
- ALIENAÇÃO MENTAL, receber em casa particular pessoas affectadas, II, art. 378.
- ALIENADOS, contravenções relativas á sua guarda, II, art. 378.
- *hospicio*, recolhimento por attestado falso, I, art. 252.
- ALIMENTOS, envenenamento, I, art. 161.
- ALLEGAÇÕES *offensivas* em juizo, II, art. 323.
- ALLIADOS, revelação de segredos, I, art. 87.
- ALLICIAMENTO de gente para o serviço militar estrangeiro, I, art. 97.
- ALTERAÇÃO, em escripturas e papeis, I, arts. 208 e 259.
- de alimentos e bebidas, I, arts. 163 e 164.
 - de assentamentos do registro civil, art. 257.
 - de dia e hora da eleição, I, art. 176.
 - de moedas, vid. *moeda falsa*.
 - de passaporte, I, art. 251.
 - de qualidade e peso de metaes preciosos, II, art. 338.
 - de receptuario do facultativo ou dos medicamentos empregados, I, art. 160.

- ALTERAÇÃO de votação eleitoral, I, art. 173.
- AMARRAR navios em direcção aos cabos telegraphicos submarinos, II, art. 389.
- AMEAÇA em geral, I, arts. 180 e 184.
- contra os ministros dos cultos, I, art. 187.
 - elemento do roubo, II, art. 357.
- ANESTHESICOS, seu emprego é violencia no estupro, I, art. 269.
- ANIMAES, apropriação de alheios, II, art. 331.
- atal-os aos postes telegraphicos ou telephonicos, II, art. 389.
 - bravios, sua guarda e cautelas, II, art. 378.
 - perigosos, idem, II, art. 378.
 - suspeitos de hydrophobia, idem, II, art. 378.
- APOLICES, vid. *titulos da divida publica*.
- APOSTAS sobre corridas a pé e semelhantes, II, art. 370.
- APPARELHOS proprios para roubar, II, art. 361.
- telegraphicos e telephonicos, damnos, arts. 153 e 155.
- APPLICAÇÃO DA LEI PENAL, *extradição, interestadual* nos crimes politicos, I, art. 87.
- APPROPRIAÇÕES INDEVIDAS, varios casos, II, art. 331.
- APREGOAR a venda de impressos de modo offensivo, II, art. 320.
- AQUEDUCTOS, rompel-os para causar inundação, I, art. 142.
- ARBITRAMENTO de fiança para pronuncia, II, art. 405.
- ARBITRADOR, declarações ou informações falsas, I, art. 262.
- ARCHIVOS *publicos*, incendio, I, art. 139.
- furto em, II, art. 333.
- ARMAS, apresentar-se com ellas nas assembléas eleitoraes, I, art. 170.
- compral-as ás praças federaes, I, art. 95.
 - fabrical-as, sem licença do governo, II, art. 376.
 - tomal-as contra a Republica, I, art. 89.
 - usar de offensivas sem licença, II, art. 377.
- ARMAZENS pertencentes á Nação, incendio, I, art. 139.
- ARRANCAR madeiras do serviço dos telegraphos e téléphonos, art. 153.
- ARRECIFES, pôr fogo sobre, fingindo pharões, I, art. 143.
- ARREMESSO de projectis sobre combeio, etc., I, art. 150.
- ARROGAÇÃO de funcção publica, I, art. 224.
- ARROLAMENTOS militares para o estrangeiro, I, art. 97.
- ARROMBAMENTO, violencia ás cousas, elementos do roubo, II, art. 358.
- de cadeia ou prisão, I, arts. 129 e 133.
- ARTE de curar e congeneres, exercicio illegal e abusos, I, arts. 156 a 158.
- typographica, uso illegal, contravenções, II, arts. 383 a 387.
- ARVORES, plantal-as, embaraçando as linhas telegraphicas ou telephonicas, II, art. 389.
- cortal-as, destruil-as ou substituil-as sem licença, etc., II, art. 390.
- ASCENDENTE, aggravante nos crimes contra o pudor, arts. 273 e 277.
- qualidade dirimente no furto, II, art. 335.
- ASSASSINATO, homicidio aggravado ou qualificado, II, arts. 294, § 1º e 296.
- ASSEMBLÉAS legislativas dos Estados, crimes contra ellas e seus membros, I, arts. 109, 110, 115, 118 e 134.
- ASSEVERAÇÃO de falsidade em juizo, I, art. 261.
- ASSIGNATURA, falsidade, I, art. 258.
- em branco, abuso, estellionato, II, art. 338.

- ASSISTENCIA de escrivão ou official de justiça nos casos do art. 199, § 2º, I, art. 200.
- ASTUCIA meio de facilitar a fugida de presos, I, art. 130.
- ASYLADO, acção publica por offensas ao pudor d'elle, I, art. 274.
- ASYLO a desertores, I, art. 94.
- recolhimento neste para prejudicar direitos, I, art. 287.
 - tirada de menor por violencia ou seducção, I, art. 289.
- ATAR animaes a postes telegraphicos ou telephonicos, II, art. 389.
- ATTENTADO ao pudor, I, art. 266.
- ATTESTADOS, falsos pelo funcionario publico, I, art. 208.
- falsos, fazel-os ou usal-os, I, arts. 252 a 254 e 256.
- ATTRIBUIR à pessoa, escriptura, assignatura ou papel falsos, feitos sem sciencia nem consentimento seu, I, art. 258.
- AUDIENCIA, motim ou desordem nella, I, art. 114.
- AUTORIDADE nos casos de sedicção e ajuntamento illicito, I, art. 120 a 123.
- desacato e desobediencia á ella, I, arts. 134 e 135.
 - deve respeitar a inviolabilidade do sigillo da correspondencia, I, art. 194.
 - fingir-se tal pôde ser elemento do roubo e da extorsão, II, arts. 357 e 362.
 - fingir-se tal é contravenção, II, art. 381.
- AUTOS, não dar conta delles ou deixar de restituil-os, I, arts. 208 e 209.
- inutilisal-os ou destruil-os, II, art. 326.
- AUXILIO ao inimigo ou a espiões d'elle contra a Republica, I, art. 87.
- AVALIADORES, lucro illicito, I, art. 232.
- AVILTANTE, offensa com tal instrumento, II, art. 305.
- AZAR, jogos, contravenções, II, arts. 369 e 370.

B

- BANCARROTA, vid. *Fallencia*.
- BANCO, excesso de emissão, etc., I, art. 244.
- falsificação de seus cheques e mais papeis, I, art. 249.
 - *de areia*, pôr fogos sobre, fingindo pharões, I, art. 143.
- BANDA ou malta de capoeiras, II, art. 402.
- BANDEIRA *inimiga*, tomar armas sob, contra a Republica, I, art. 89.
- não sendo da nação do corsario, I, art. 105.
 - ou symbolo de nacionalidade, dilacerar, destruir, ultrajar, I, art. 100.
- BANDOS, de mendigos, em ajuntamento, II, art. 394.
- BANHO, *casa de*, ou de natação, como construção, incendio, I, art. 136.
- *ruptura de*, não cumprimento de pena, I, art. 127.
- BANIMENTO, pena já abolida, I, art. 107.
- BEBIDAS, corrompidas ou falsificadas, I, arts. 161 a 164.
- fornecel-as para embriagar alguém, II, art. 397.
 - venda abusiva, *aggravante*, II, art. 398.
- BENS, objecto de varios crimes, I, arts. 221 e 232; II, arts. 337, 338 e 362.
- BIBLIOTHECAS *publicas*, remessa de impressos a ellas, II, art. 386.
- BIGAMIA, I, art. 283.

- BILHETES *de banco*, excesso de emissão, I, art. 244.
— *de estrada de ferro*, etc., falsificação, I, art. 248.
— *de loteria* ou rifa, II, arts. 367 e 368.
— *postaes*, injuria, II, art. 319.
BOLSAS *de commercio*, jogos de, agiotagem, II, art. 338.
BONS COSTUMES, ofensas, I, art. 282.
— *e a ordem nas familias*, crime contra, I, art. 266.
BRANCO, *firma em*, abuso, II, art. 338.
BRASÕES, publicos ou officiaes, II, art. 355.
— *de armas*, uso indevido, II, arts. 379 e 380.

C

- CABEÇAS, são os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento politico, etc., I, art. 108.
— *ou chefes*, autores principaes, I, art. 121; II, art. 402.
CADAVERES, inhumação, transporte, contra os regulamentos, II, art. 364.
— *profanação*, desacato, II, art. 365.
CADEIAS ou *prisões*, acommettel-as, arrombal-as, I, arts. 128, 129 e 133.
CÃES suspeitos de hydrophobia, sua guarda e cautelas, II, art. 378.
CAIXA *de Amortisação*, emissão abusiva, I, art. 244.
CALUMNIA, *accusação e testemunhos falsos*, I, arts. 261 a 264.
— *diffamação*, II, arts. 315, 316, 321 e 325.
— — *contra a memoria dum morto*, II, art. 324.
— — *em allegações em juizo*, II, art. 323.
CAMARAS *do Congresso Nacional*, crimes contra ellas e seus membros, I, arts. 109, 110 e 134.
— *intendencias ou conselhos municipaes*, idem, idem, I, arts. 109, 110 e 134.
CAMINHOS DE FERRO, *vid. estradas*.
CAPOEIRAGEM, *contravenção*, *aggravantes*, *cumulo de penas*, II, arts. 402 a 404.
CARCERE *privado*, varias figuras, I, arts. 181, 183 e 207.
CARCEREIRO, crimes pro e contra, I, arts. 128, 131 e 132.
— *solicitar mulher sob sua guarda etc. aggravante*, I, art. 236.
CARIMBOS, *supressão delles nas notas do Thesouro e dos Bancos*, I, art. 243.
CARTA, *abertura*, *publicidade*, *supressão*, I, arts. 189 a 191 e 193.
— *uso abusivo della pela autoridade*, I, art. 194.
— *obtidas criminosamente não podem ser exhibidas em juizo*, I, art. 195.
CARTAZES, *affixagem abusiva*, II, art. 387.
CARTOMANCIAS, *para dispertar sentimentos de odio ou amor*, I, art. 157.
CASA, *affixagem ou escripta nella de cartazes e lettreiros*, II, art. 387.
— *alheia*, *êntrada*, I, arts. 196 a 203.
— — *violencia à pessoa e à cousa*, *elemento do roubo*, II, arts. 357 e 358.
— *de banho*, e *natação*, *incendio*, I, art. 136.
— *de emprestimos sobre penhores*, *abusos*, *contravenções*, II, art. 375.
— *de machinas*, *incendio*, I, art. 136.
— *particular*, *abuso em receber nella alienados*, II, art. 378.
— *reunião de sociedade secreta*, II, art. 382.
— *de tavolagem*, *jogo*, II, art. 369.

- CASAS não destinadas á prisão, detenção abusiva nellas, I, art. 207.
- CASAMENTO mais de uma vez ou com casado, I, art. 233.
- celebrado depois da cerimonia religiosa, I, art. 284.
- CASO FORTUITO, apropriação do alheio obtido por acaso, II, art. 331.
- CASTIGO, vid. *Correcção*.
- CAUSA DE HONRA, *infanticidio*, attenuante, II, art. 298.
- *aborto*, attenuante, II, art. 301.
- CAVALLOS, vid. *corridas*.
- CEDULAS, notas do Thesouro ou dos bancos com pedaços de outras, I, art. 243.
- CELEBRAÇÃO, vid. *casamento*.
- CELLULAR, prisão, equivalente a com trabalho, conversão em simples, II, art. 409.
- CEMITERIOS, violação dos sepulchros, damnos nos emblemas funerarios, II, arts. 365 e 366.
- CERIMONIA RELIGIOSA, impedimento abusivo, I, art. 186.
- — antes do acto *civil* do casamento, I, art. 284.
- CERTIDÃO, falsidade por funcionario, I, art. 208.
- usar de falsa para fim eleitoral, I, art. 256.
- *de obito*, passal-a o facultativo de individuo vivo, II, art. 364.
- CHAVES, fabrico, posse, porte, para roubar, II, art. 361.
- CHAVES FALSAS, fugida de presos, I, art. 129.
- — uso, violencia á pessoa, elemento do roubo, II, art. 357.
- CHEFES, vid. *cabeças*.
- CHEQUES e outros papeis dos bancos, falsificação, I, art. 249.
- CHLOROPORMIO, o seu emprego, elemento de violencia no estupro, I, art. 269.
- CIDADÃO BRASILEIRO, tomar armas contra a Republica debaixo de bandeira inimiga, I, art. 89.
- ou *corporação*, reconhecer superior fóra do paiz, pena, dissolução, I, art. 103.
- CIRURGIÃO, no aborto, crime voluntario ou involuntario, aggravante, II, arts. 300 e 302.
- COHABITAÇÃO é bastante, auxiliando ou assentindo para incorrer no crime de parto supposto, I, art. 285.
- COLLIGAÇÃO, vid. *grève*.
- COLLOCAÇÃO de obstaculo no leito das vias ferreas, I, art. 149.
- de objectos que facilitem a communicacão do incendio, I, art. 137.
- COLONIAS PENAES para vadios e capoeiras, II, art. 400.
- COMESTIVEIS, vid. *alimento e bebidas*.
- COMMANDANTES *das armas* dos Estados (districtos militares) não podem commerciar, I, art. 233.
- COMMERCIO, fraudes no commercio de cousas preciosas, II, art. 338.
- não podem exercel-o certos funcionarios, I, art. 233.
- COMMETTER hostilidades, compromettendo a paz, ou provocando represalias, I, art. 90.
- COMMUM PERIGO, crimes de incendio e outros, I, arts. 136 a 148.
- contravenções relativas, II, art. 378.
- COMMUTAÇÃO, da prisão celllular em prisão com trabalho ou simples, II, art. 409.
- COMPANHIAS *anonymas*, ou sociedades, administradores, gerentes e fiscaes, abusos, II, arts. 340 e 341.
- *mercantis*, gerencia administrativa vedada a certos funcionarios, I, art. 233.
- COMPENSAÇÃO, nas injurias, II, art. 322.

- COMPLICES, *os padrinhos* e portadores do desafio, havendo morte ou lesões. II, art. 311.
- COMPLICIDADE é a pena do solteiro que com o casado se casar, I, art. 283.
- COMPORTAMENTO, *irregularidade* de, no funcionario, I, art. 238.
- COMPRA de armamento, fardamento, etc., ás praças federaes, I, art. 95.
- de votos para eleição, I, art. 166.
- COMPROMETTIMENTO da nação em convenções, sem autorisação, etc., I, art. 101.
- CONCAUSA, *no homicidio*, II, art. 295.
- CONCUBINA, *concubinato*, adulterio do marido, I, art. 279.
- CONCURRENCIA, offensas ou ataques á ella, I, arts. 204 a 206.
- *desleal*, usurpação de nome, no commercio e industria, II, arts. 353 e 354.
- na propriedade litteraria, etc. II, art. 350.
- CONCURSO *de pessoas*, *vid. complices, complicitade*.
- *de crimes e penas*, I, arts. 122, 132, 134, 156, 169, 171, 180, 188, 207, 209, 216, 219, 230, 231, 235 e 236. II, arts. 352, 372, 374, 403 e 404.
- CONCUSSÃO, crime de função, I, arts. 219 e 220.
- CONDUCTO *subterraneo*, caminho por, violencia, elemento do roubo. II, art. 358.
- CONFISCO ; de artigos, exemplares e receitas na contrafacção litteraria, scientifica e artistica, II, arts. 342 e segs.
- perda deapparehos e instrumentos na violação das patentes de invenção, II, art. 351.
- de utensilios da sala de jogo, etc. II, art. 369.
- por exercicio sem licença da arte *typographica*, II, arts. 384 e 385.
- CONFISSÕES RELIGIOSAS, crimes contra, I, arts. 185 a 188.
- CONGRESSO NACIONAL, suas camaras, seus membros, crimes contra, arts. 109 e 110.
- CONJUGES, *vid. adulterio, bigamia*.
- entre elles não ha acção de furto, II, art. 335.
- CONSELHO criminoso, I, art. 207.
- CONSENTIMENTO DO OFFENDIDO, *suicidio, homicidio-suicidio*, II, art. 299.
- CONSPIRAÇÃO, crime politico, I, arts. 115 a 117.
- CONSTITUIÇÃO *federal da Republica*, crimes contra ella, I, arts. 107 a 108 e 115 a 117.
- CONSTRANGIMENTO a juiz ou jurado em objecto da função, I, art. 113.
- CONSTRUÇÃO, *edificios, etc.* crime de incendio, I, arts. 136 a 140.
- CONTAGIO, abuso da profissão sanitaria nas molestias infecciosas, II, art. 378.
- CONTADORES, lucro illicito, I, art. 232.
- CONTRABANDO, importação, exportação, consumo, I, art. 265.
- CONTRAFACÇÃO, *vid. moeda falsa, falsidade de estampilhas, sellos, etc. propriedade litteraria, scientifica e artistica, marcas de fabrica e commercio*.
- CONTRAVENÇÕES, II, arts. 364 a 404.
- CONVENÇÕES INTERNACIONAES, *vid. tratados*.
- CONVERSÃO *de prisão cellular* em prisão com trabalho e em simples, II, art. 409.
- COPIA, falsidade por funcionario, I, art. 208.
- CORPORAÇÃO de brazileiros reconhecendo superior fóra do paiz, dissolução, I, art. 103.

- CORPORAÇÕES, exercendo autoridade publica, vid. *diffamação ou calumnia e injuria*.
- CORRECÇÃO de menores vadios em estabelecimentos disciplinares industriaes, II, art. 399.
- de subalterno, excessos e abusos, I, art. 230.
- CORREIO, abusos de empregado contra a correspondencia, I, art. 193.
- CORRERIAS com armas na *capoeiragem*, II, art. 402.
- CORRESPONDENCIA, vid. *cartas, segredo epistolar*.
- CORRETORES, sua fallencia, II, art. 336.
- agiotagem, jogos de bolsa, II, art. 338.
- CORRIDAS, a pé ou a cavallo, as apostas sobre jogos de azar, II, art. 370.
- CORROMPER ou *conspurar* agua potavel, I, art. 162.
- CORSARIO, vid. *pirataria*.
- CORTE, *destruição*, ou substituição de arvores, II, art. 390.
- CORRUPÇÃO, vid. *peita ou suborno*.
- de menores, I, art. 266.
- COSTUME, uniforme, uso indevido, II, art. 379.
- COUSA JULGADA, no criminal independe do civil e vice-versa, exemplo, art. 276.
- COUSAS FURTIVAS, achadas, penhoradas, perdidas, sequestradas etc. vid. *furto, appropriação indevida etc.*
- CREDITO *publico*, papel de, moeda, I, art. 240.
- papeis e titulos de credito, I, arts. 245 a 250.
- CREDULIDADE *publica*, abuso da credulidade doutrem, I, art. 157.
- criação, estabelecimentos, incendio, I, art. 141.
- furto de animaes e producto dos estabelecimentos, II, art. 331.
- criado, vid. *doméstico*.
- criança, *subtração e occultação* de menores, I, arts. 289 a 291.
- *abandono ou exposição* della etc., II, arts. 292 e 293.
- CRIMINOSOS, os que não são, ou não estão sujeitos a pena, I, arts. 120, 123 e 125. II, arts. 321, 322 e 335.
- CULTOS, crime contra o livre exercicio destes, I, arts. 185 a 188.
- CULTURA, *incendio* de pastos ou campos de fazenda, I, art. 141; animaes e productos dos estabelecimentos, furto, II, art. 331.
- CUMULO, de crimes e penas, vid. *concurso, etc....*
- CURADORES, lucro illicito, I, art. 232.
- CURANDEIRO, officio ou mister de curandeiro, I, art. 158.
- CUSTODIA, de loucos e pessoas affectadas de alienação mental, II, art. 378.

D

- DADIVA, póde ser elemento da peita e da concussão I, arts. 214 e 219.
- DAMNO, ás estradas de ferro e seu material, crimes voluntarios e involuntarios I, arts. 149 e 151.
- a outras vias de comunicação, I, art. 152.
- aos telegraphos e téléphonos, I, arts. 153 a 155.
- DAMNOS, *simples*, varias especies contra a propriedade, II, arts. 326 a 329.
- *das cousas publicas*, contravenções relativas, II, arts. 389 e 390.
- a mausoléos, lousas, inscripções e emblemas funerarios, II, art. 366.
- DAR *aviso falso de incendio*, II, art. 378.
- DECLARAÇÕES *falsas em juizo*, I, arts. 262 e 263.

- DECLARAÇÕES *no registro civil*, omissão, crime e contravenção, I, art. 286 II, art. 388.
- DECORAÇÃO *pública*, objecto de, damno, II, art. 328.
- DECORO, offensa ao decoro como objecto da injúria, II, art. 317; recato da família, desrespeito, I, art. 201.
- DECRETOS *impressão e publicação*, privilegio abolido etc. II, arts. 342 e 343.
- DEFEITOS *officiaes*, dos subordinados, dissimulal-os, toleral-os, I, art. 207.
- DEFEZA, destruição de qualquer obra de defeza commum, I, art. 142.
— e *resistencia*, tendo meios sufficientes, á entrega de territorio nacional, art. 87.
- DEFLORAMENTO, crime, aggravantes, dote, acção penal, I, arts. 267, 270 e 272 a 276.
- DEFORMIDADE, *lesão grave*, II, art. 304.
- DEFUNCTO, injúria á memoria, II, art. 324.
- DEMOLIÇÃO, de edificio publico ou particular, damno, II, art. 327.
- DENUNCIA em que casos cabe ao ministerio publico, II, art. 407.
— *falsa em juizo*, I, art. 264.
- DEPORTAÇÃO, dos vadios e capoeiras estrangeiros, II, arts. 400 e 403.
- DEPOSITÁRIO, lucro illicito, I, art. 232.
- DEPREDAÇÃO e violencias, actos de pirataria, I, art. 104 e 105.
- DEPUTADOS e *senadores*, uso de violencias ou ameaças contra, I, art. 110.
- DESACATO, á autoridade ou funcionario, crime e aggravante, I, art. 134.
- DESAFIO, para duello, acceito, ou não, offensa relativa, II, arts. 307, 308 e 314.
- DESASTRES, em vias ferreas, I, arts. 149 e 151.
- DESCENDENTES, qualidade aggravante e dirimente, acção penal, I, arts. 273, 274, 277; II, art. 335.
- DESENHOS, *affixagem abusiva*, contravenção, II, art. 387.
- DESERÇÃO, por seducção, aggravante e attenuante, I, arts. 91 e 93.
- DESIDIA *habitual* do funcionario, I, art. 238.
- DESISTENCIA do projecto por parte dos conspiradores ou qualquer delles, dirimente, I, arts. 116 e 117.
- DESOBEDIENCIA, á autoridade em função, I, art. 135.
- DESORDEM excitada por publicações e reuniões em tempo de guerra, I, art. 96.
— ou *motim* em sessão de tribunal ou audiencia de juiz, I, art. 114.
- DESPACHO, constringer juiz, ou jurado a proferil-o, ou não, I, art. 113.
— *excesso do prazo legal* em proferil-o, I, art. 207.
— *telegraphico*, falsidade, aggravante, I, art. 255.
- DESPREZO *público* como objecto da injúria, II, art. 317.
- DESTREZA *corporal*, vid. *capoeiragem*.
- DESTRUIÇÃO de edificios e construcções por minas e explosivos; de diques e obras de defesa commum; de vias de communicação, I, arts. 137, 142, 146 e 152.
— de edificio ou monumento publico ou particular, ou cousa de qualquer valor, II, arts. 326 a 329.
— de arvores nos logradouros publicos, II, art. 390.
— de signaes na via publica para prevenir sinistros, etc., II, art. 378.
- DESVIAR o *penhor agricola*, II, art. 338.
- DESVIO DE AGUAS *públicas ou particulares*, damno, II, art. 329.

- DETENÇÃO, vid. *carcere privado*.
DEVEDOR, constituir-se de subalterno, I, art. 234.
— insolvença fraudulenta do não commerciante, II, art. 337.
DEVER, falta de exacção no cumprimento do seu, I, arts. 210 a 213.
DIFFAMAÇÃO, vid. *calumnia*.
DIGNIDADE, *integridade e independencia* da patria, crimes contra, I, arts. 87 a 103.
DILIGENCIA, vid. *resistencia*.
DIMINUIR o peso da moeda, vid. *moeda falsa*.
DINHAIROS *a juro ou a premio*, podem dal-o sem habitualidade os prohibidos de commerciar, art. 233.
— fornecimento à nação inimiga, I, art. 87.
— recebel-o, elemento da peita, I, art. 214.
— *publicos*, vid. *concussão, peculato*.
DIQUES, rompimento, vid. *destruição, inundação, etc.*
DIRECTORES de bancos, *excesso de emissão*, I, art. 244.
DIREITOS *politicos*, crimes contra, I, art. 165 a 178.
— de importação, exportação, consumo, vid. *Contrabando*.
— impostos ou rendas, vid. *Concussão*.
DISFARCES, do *sexo e outros*, II, arts. 379 a 381.
DISTINCTIVOS, abuso em marcas, uso indevido, II, arts. 355, 379 e 380.
DIVIDA, do superior para com o subalterno, I, art. 234.
DIVULGAÇÃO, vid. *diffamação ou calumnia e injuria*.
DOCUMENTOS, comunicação ou publicação concernentes a segredos de Estado, I, art. 87.
— ausencia de documentos, ou de governos differentes, pirataria, I, art. 106.
— damno, destruição, II, art. 326.
— *publicos e particulares*, extravio, suppressão, I, arts. 208 e 209.
— *publicos*, falsidade, I, arts. 208, 209, 251 e 257.
— *particulares*, I, arts. 258 a 260.
DOENÇAS INFECCIOSAS, falta de denuncia do medico, II, art. 378.
DOMESTICO, ou criado, qualidade aggravante nos crimes contra o pudor, I, art. 273.
DOMICILIO, *inviolabilidade*, crimes contra, I, arts. 196 a 203.
— falta de, *vadiagem, vagabundagem*, II, art. 399.
DOMINIO ou posse da nação sobre cousa, I, art. 87.
DOR PHYSICA, lesões corporaes, II, arts. 303 e 305.
DOSMETRIA, exercicio illegal de profissão sanitaria, art. 156.
DOTE, pela sentença condemnatoria no defloramento e estupro, I, art. 276.
DUELLO, crime contra a pessoa, varias figuras, II, arts. 307 a 314.

E

- EBRIOS, vid. *embriaguez*.
EDIFICIO, ou construção, vid. *damno, destruição, incendio*.
EDITAES, *preceitos prohibitivos*, desobediencia, I, art. 135.
EFFECTOS JURIDICOS, falsidade I, art. 259, furto e extorsão II, arts. 333 e 362.
das condemnações penaes:
interdicção e perda do patrio poder e direitos successorios, I, arts. 273 e 277.
perda do poder marital, I, art. 277.

- outros efeitos em relação a outras pessoas nos logares indicados.
privação de direitos politicos, vid. *eleições*.
privação do exercicio da profissão, I, arts. 157 e 209, II, arts. 300 e 302.
- EFEITOS PUBLICOS, subtracção, emprestimo abusivo, etc., arts. 221 a 223.
— lucro illicito, I, art. 232.
- ELEIÇÕES, crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos, I, arts. 165 a 178.
— crimes especiaes contra, por funcionarios, I, arts. 207, 208, 252 e 256.
- EMBARCAÇÃO *ou navio*, construcção, incendio I, art. 136.
— vid. *abalroação, naufragio, pirataria*.
- EMBLEMAS, falsidade dos, I, arts. 246 e 250.
— *funerarios*. damno, II, art. 366.
— patentes de invenção e descobertas, II, art. 352.
- EMBRIAGUEZ do empregado publico, repetida, art. 238.
— habitual ou publica, provocação, aggravantes, II, arts. 396 a 398.
- EMPREGADO *publico*, ou autoridade, fingir-se tal, I, art. 181; II, arts. 338, 357, 362 e 381.
— *do correio*, violação e suppressão de correspondencia, I, art. 193.
— *dos telegraphos*, violação de telegramma, falsificação, I, arts. 193 e 255.
- EMPREGO, abandono, exercicio abusivo, antecipado, prolongado, excessivo, I, arts. 211 e 224 a 227.
vid. *prevaricação, falta de evacção, peita, concussão, peculato, excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções, irregularidade de comportamento*.
- EMPRESTIMO, e pagamento antecipado, *peculato*, I, art. 222.
— casa de, sobre penhores, sem autorisação, abusos, II, art. 375.
- EMPRESA *de transporte*, bilhetes, falsidade, I, art. 248.
- ENDOSSO papeis de banco e commerciaes, falsidade, I, art. 249.
- ENFERMIDADE, fingir-a para mendigar, II, art. 393.
- ENGANO, vid. *defloramento, furto, estellionato*.
- ENTRADA a espiões e emissarios inimigos, I, art. 87; jurisdiccional sem autoridade em paiz estrangeiro, I, art. 102.
— *na casa alheia*, crime especial, I, arts. 196 a 203.
— violencia, á pessoa e á cousa, elemento do roubo, II, arts. 357 e 358.
- ENTREGA de cousa ou territorio da nação, I, art. 87.
— de navio a piratas ou inimigo, I, art. 104.
- ENTRETER intelligencia com piratas, I, art. 106.
- ENVENENAMENTO, definição, II, art. 296.
- ENVENENAR, fontes, viveiros de peixe e viveres, aggravante, I, art. 161.
- EQUIPAGEM vid. *pirataria*.
- EQUIPAMENTO, comprar ás praças federaes peças de, I, art. 95.
- ERRO, apropriação indebita, vid. *furto*.
- ESCALADA, violencia á pessoa, elemento do roubo, II, art. 357.
- ESCOLHOS, accender fogos sobre, fingindo pharóes, I, art. 143.
- ESCRITOS, impressão abusiva e falta de remessa, etc., II, arts. 384 a 386.

- ESCRITURA; falsidade, I, arts. 208, 258 e 259.
ESPECULAÇÃO DE LUCRO, illicito, art. 232.
ESPIONAGEM, I, art. 87.
ESPIRITISMO, pratica, aggravante, I, art. 157.
ESTABELECIMENTOS, vid. *criação, cultura, lavoura*.
ESTADO CIVIL, crimes contra a sua segurança, I, arts. 283 a 291, II, arts. 292 e 293.
— usurpação, I, art. 288.
ESTADOS estrangeiros, vid. *nações, etc.*
ESTALAGENS, não são consideradas casas do cidadão, emquanto abertas, I, art. 203.
ESTAMPILHAS, sellos, falsidade, I, art. 247.
ESTELLIONATO, abuso de confiança e outras fraudes, II, arts. 338 a 341.
ESTRADA DE FERRO, crimes relativos, aggravantes, I, arts. 149 a 151.
— ou via de comunicação, damno e factos contra sua segurança I, art. 152.
ESTRANGEIROS, vid. *cipociragem, deportação, vadiagem*.
ESTUPRO, aggravantes e attenuantes, dote, casamento, acção penal, I, arts. 268, 269 e 272 a 276.
ETHER, seu emprego é violencia, elemento no estupro, I, art. 269.
EVASÃO, tirada ou fugida de presos, I, arts. 127 a 133.
EXACÇÃO, falta de, no cumprimento do dever, I, arts. 210 a 213.
EXCEPTIO veritatis II, art. 318.
EXCESSO de autoridade e usurpação de funções, I, arts. 224 a 237.
EXCITAÇÃO á desordem, em tempo de guerra, I, art. 96.
— á prostituição de alguém para servir a outrem, lenocinio, aggravantes, I, art. 277.
EXECUÇÃO, expedição, requisição de ordem illegal; dirimente, attenuante, I, arts. 212, 228, e 229.
— do *systema penitenciario*, commutação, conversão da pena celular, II, art. 409.
— de ordens legaes, vid. *resistencia*.
EXERCICIO *illegal*, de artes e profissões sanitarias, I, art. 156.
— — de função publica civil ou militar, I, arts. 211, 224 e 225.
EXERCITO federal, seducção de praças para desertar ou revoltar-se, asylo ou transporte a desertores, compras de fardamento, munições, etc., I, arts. 91 a 95.
EXHUMAÇÃO de cadaver, abusiva, II, art. 364.
EXPLICAÇÕES em juizo, injuria equivoca, II, art. 321.
EXPLOSIVOS machinas ou instrumentos, minas, torpedos, emprego, crime de perigo commum, I, art. 137.
EXPOR ao desprezo publico, objecto, elemento de injuria, II, art. 317.
— — provocando a duello, II, art. 314.
— á venda, abusivamente; substancias venenosas ou alimenticias alteradas, I, arts. 159 e 164.
EXPORTAÇÃO, vid. *contrabando*.
EXPOSIÇÃO ou abandono de infante menor de sete annos, II, art. 292.
EXPOSTO ou abandonado menor de sete annos, encontrar e não dar aviso, II, art. 293.
EXTINÇÃO da acção penal, pelo casamento, prescripção, perdão e reconciliação, I, arts. 275, 276, 279 e 281.
EXTORSÕES e sequestro, II, arts. 362 e 363.
EXTRADIÇÃO interestadual, I, art. 87.
EXTRAVIO de documentos por advogado, I, art. 209.

F

- FABRICA, marcas de, injuria, violação de privilegio, contrafacção, II, arts. 320 e 352 a 355.
- FABRICAR, armas, sem licença, II, art. 376.
- *auto*, escriptura, papel ou assignatura falsa, I, arts. 208 e 258, II, art. 338.
 - *gazuas*, instrumentos etc., proprios para roubar, II, art. 361.
 - *moeda*, I, arts. 239 e 240.
 - *polvora*, sem licença, II, art. 376.
- FACILITAR, a fugida aos presos por meios astuciosos ou accomettendo a prisão com força, I, arts. 128 e 130.
- FACULDADE de reprehender, corrigir ou castigar, excesso, I, art. 230.
- FALLENCIA, insolvencia, II, arts. 336 e 337.
- FALSAS *chaves*, vid. *roubo*.
- *declarações*, queixas e denuncias em juizo, I, arts. 262 a 264.
 - *declarações* da officina que imprimir escriptos, uso illegal da arte typographica, II, arts. 383 a 385.
 - *empresas*, vid. *estellionato*.
 - *moeda*, vid. *moeda*.
 - *qualidade*, vid. *estellionato*.
- FALSIDADES, varias classes, I, arts. 245 a 260.
- FALSADE que reunir os elementos de sua definição não constituirá elemento doutro crime, I, art. 260.
- FALSIFICAÇÃO de certificados, documentos, actos publicos e papeis particulares, I, arts. 251 a 260.
- de titulos e papeis de credito do governo e dos bancos, I, arts. 245 a 250.
- FALSO, dar aviso falso de incendio, II, art. 378.
- *nome*, vid. *estellionato*.
 - *depoimento*, I, arts. 261 a 263.
- FALSOS titulos, vid. *estellionato*.
- FALTA de *exacção* no cumprimento do dever, I, arts. 210 a 213.
- FAMILIA, desrespeito ao seu recato e decoro, I, art. 201.
- FANAL, vid. *pharões*, *signaes*.
- FAVORECER o inimigo por publicações e reuniões, I, art. 96.
- FÉ PUBLICA, crimes contra, I, arts. 239 a 264.
- FERRO-VIAS, vid. *estradas de ferro*.
- FERIMENTO, vid. *lesões corporaes*.
- FETICIDIO, vid. *aborto*.
- FIADOR, dar por tal o seu subalterno, I, art. 234.
- idoneo apresentado, suspende a pena imposta ao vadio, II, art. 401.
- FIANÇA em que crimes não tem logar, II, art. 406.
- *provisoria*, abolida, II, arts. 405 e 406.
 - *quebrada* executa-se a sentença suspensa, II, art. 401.
- FILHA de preso, solicitada por empregado da prisão, I, art. 235.
- FILHO, abandono, exposição, II, art. 292.
- *sonegação*, substituição, recolhimento a asylo de legitimo ou reconhecido I, arts. 285 e 287.
- FILHOS, *impuberes* mendigando em bando com o pae ou mãe, II, art. 394.
- FINGIR *enfermidade* para mendigar, II, art. 393.
- *parentesco*, I, art. 288.

- FINGIR-SE *empregado publico*, II, art. 381.
— ministro de confissão religiosa, II, art. 338.
- FIOS *telegraphicos e telephonicos*, cortal-os, prendel-os a outros, I, arts. 153 a 155.
— *telegraphicos e telephonicos*, damnifical os, II, art. 389.
- FIRMA *commercial*, abusos, II, art. 353 a 355.
— em branco, abuso, vid. *estellionato*.
- FISCAES *de bancos de emissão*, art. 244.
— *de companhias ou sociedades anonymas*, II, art. 340.
- FLAGRANTE *delicto*, tirada de preso, entrada na casa alheia, prisão, I, arts. 127, 199 e 207.
- FOGO, *comunicação* a edificios e construcções por incendio de objectos que a facilitem, I, art. 137.
- FOGOS, accendel-os sobre escolhos, arrecifes, bancos de areia, fingindo pharões, I, art. 143.
- FORÇAS DO GOVERNO de terra e mar, seducção para deserção, ou revolta, asylo ou transporte, compra illicita ás praças, I, arts. 91 a 95.
- FORÇA, actos contra o Congresso Nacional, I, art. 109.
» » executor repellindo a dos resistentes, I, art. 125.
» » no *accommettimento* e arrombamento de prisões ou cadeias, I, arts. 128 e 133.
» ou violencia, elemento do roubo, II, art. 356.
» ARMADA, uso na concussão, I, art. 219.
» PUBLICA, emprego contra o ajuntamento illicito e movimento sedicioso, I, art. 121.
- FÔRMA DE GOVERNO, tentar mudar a estabelecida, I, arts. 107 e 115.
- FORMALIDADES para entrar na casa alheia, excepções, I, arts. 199 a 203.
- FORMAR *processo*, deixar de fazel-o ou demoral-o, I, art. 207.
- FORNECER bebidas para embriagar, II, arts. 397 e 398.
- FORTALEZAS e *fortificações*, revelação de segredos, seducção ahi para deserção ou revolta, I, arts. 87 e 91 a 93.
- FRAUDE, vid. *defloramento, estellionato, jogo e aposta*.
- FROUXIDÃO, vid. *falta de exacção*.
- FUGIDA *de presos*, I, arts. 127 a 133.
- FUNCIONARIOS *publicos*, crimes, arts. 207 a 238.
- FUNCIONARIO ou *auctoridade*, vid. *desacato, desobediencia*.
- FURTO, especies, aggravantes, estado de indivisão, acção penal, II, arts. 330 a 335.

G

- GADO, vid. *animaes*.
- GAZETAS, apregoar a venda de modo offensivo, II, art. 320.
- GAZUAS, fabricar, ter, ou trazel-as, II, art. 361.
- GENEROS, importar ou exportar, vid. *contrabando*.
- GENTE, fornecel-a á nação inimiga, ou allicial-a para serviço militar estrangeiro, I, arts. 87 e 97.
- GERENTE *de bancos*, moeda falsa, I, art. 244.
» *de sociedades anonymas ou companhias*, estellionato, II, arts. 340 e 341.
- GESTO reputado insultante, injuria, II, art. 317.
- GESTOS *obscenos*, ultrage ao pudor, I, art. 282.
- GOVERNADORES, crime por *commerciarem*, I, art. 233.

GOVERNO, vid. *fôrma de governo, estrangeiro*, vid. *pirataria*.
GRAVAR, *gravura*, vid. *uso illegal da arte typographica*.
GRÊVE ou *colligação*, I, arts. 205 e 206.
GUARDAS *das prisões*, crimes contra, I, arts. 128 e 132.
— *solicitação de mulher presa, etc.*, I, art. 236.
GUERRA, crimes relativos, I, arts. 87, 88, 91, 92, 94 a 96 e 104 a 106.

II

HABEAS-CORPUS, crimes contra, arts. 207 e 213.
HERANÇA *indivisa*, furto de cousa que pertença, II, art. 334.
HERDEIROS da propriedade litteraria, II, art. 345.
HOMEOPATHIA, *pratica sem habilitação legal*, I, art. 156.
HOMICIDIO, voluntario e involuntario, aggravado ou qualificado e simples, concausas, etc., II, art. 294 a 297.
HONRA *nacional*, compromettel-a em tratado ou convenção, art. 101.
— crimes contra a sua segurança, I, arts. 266 a 282.
HOSPEDARIAS, não são consideradas casa do cidadão, I, art. 203.
HOSPICIO *de alienados*, recolhimento por attestado falso, I, art. 252.
HOSPICIOS ou *asylas* de mendigos, mendigar onde existem, II, art. 392.
HOSTILIDADES, *movel-as* provocando a guerra, ou represalias, I, arts. 88 e 90.
HYDROPHOBIA, *animaes atacados ou suspeitos*, II, art. 378.
HYGIENICO, *regimen*, sua falta concausa no homicidio, II, art. 295.
HYPNOTISMO, *pratical-o sem habilitação legal*, I, art. 156.
— seu emprego, violencia, elemento do estupro, I, art. 260.
HYPOTHECA fraudulenta, vid. *estellionato*.

I

ILLICITO, vid. *ajuntamento*.
ILLUDIR ou *defraudar* o pagamento de direitos e impostos, etc. — vid. *contrabando*.
IMMUNIDADE, violar a dos embaixadores ou ministros estrangeiros, I, art. 99.
IMPEDIR o *exercicio* ou acto dos poderes publicos e autoridades, sessões, audiencias, posse de empregados, etc. I, arts. 111, 114, 118 e 119.
— do culto, I, art. 186.
— do voto do eleitor ou a reunião da mesa eleitoral, I, arts. 165 e 169.
IMPERICIA, de medico ou parteira, II, art. 302.
IMPOR pena contra a lei, I, art. 211.
IMPORTAÇÃO de generos e mercadorias, vid. *contrabando*.
IMPORTAR *contrafeitas* obras litterarias ou artisticas, II, arts. 344 e 349.
— *contrafeitos*, productos de industria privilegiada, II, art. 351.
IMPOSTOS, distribuição, cobrança, abusivas e indevidas, vid. *concessão*.
IMPrensa, vid. *uso illegal da arte typographica*.
IMPRESSOS, *escriptos*, provocando crimes politicos etc., art. 126.
— Vid. *calumnia ou diffamação e injuria*.
— Reprodução, vid. *contrafacção*.

- IMPUDICAS, exhibições, ultrage ao pudor, I, art. 282.
IMPUTAÇÕES, *vid. injuria.*
INAFIANÇAVEIS, os crimes conforme a pena ou de modo especial, art. 406.
INCAPAZ ou *interdicto*, abuso das paixões ou inexperiencia, *vid. estelionato.*
INCELUZO, crimes de, I, arts. 136 a 141 e 146 a 148.
INCOLUMIDADE *publica*, crimes de perigo commum, I, arts. 136 a 164.
— *Contravenções*, II, art. 378.
INCOMMUNICAVEL, não pode ficar o preso além do prazo legal, I, art. 207.
INCONTINENCIA *publica e escandalosa* do empregado publico, I, 238.
INDEPENDENCIA *integridade e dignidade* da patria, crimes contra, I, arts. 87 a 103 e 115 a 117.
INDOLENCIA, *vid. falta de exação.*
INDUZIR *mulheres* a empregarem-se no trafico da prostituição, *caftismo*, I, art. 278.
— *alguem* a suicidar-se, II, art. 299.
INEPTIDÃO *moloria* ou desidia habitual, crime de funcionarios, I, art. 238.
INFANTE, *vid. abandono, exposição, sonegação, substituição, subtrações, tirada.*
INFANTICIDIO, morte de recém-nascido, II, art. 298.
INFECIOSA *molesia*, falta de denuncia pelo clinico, II, art. 378.
INFIDELIDADE em interesses da nação, I, art. 101.
INFIDELIDADE *conjugal* ou adulterio, I, arts. 279 a 281.
INFERIOR ou *subalterno*, constituir-se seu devedor ou dal-o por fiador, I, art. 234.
INFLUENCIA, deixar-se corromper pela de *alguem*, *vid. peita ou suborno.*
INFRACÇÃO *de leis e regulamentos*, I, art. 207, 210 e 211.
INHABILITAÇÃO de serviço, lesão corporal, II, art. 304.
INHUMAÇÃO, contra os regulamentos, profanação etc., II, arts. 364 e 365.
INIMIGOS, crimes a favor delles, I, arts. 87 a 96, e 104 a 106.
INJURIA *conceito, especies, satisfação, dirimente, aggravante etc.*, II, arts. 317 a 325.
INJURIAR e causar dor *physica*, II, art. 305.
INJURIAS, ou uso de ameaças contra ministros de confissão religiosa, I, art. 187.
INJUSTIÇAS, vexações e máo procedimento dos empregados publicos. *Vid. ajuntamento illicito.*
INOBSERVANCIA *de pena*, *vid. evasão.*
INSCRIPÇÕES *funerarias*, damno, II, art. 366.
INSERÇÃO de actos officiaes, privilegio abolido, II, arts. 242 e 244 *paragrapho unico.*
INSOLVENCIA *dolosa*, II, art. 337.
INSTRUMENTO *aviltante*, injuriar e causar dor *physica* com, II, art. 305.
INSTRUMENTOS, investigação, entrada na casa alheia, I, art. 199.
— *proprios* para roubar, fabrico, detenção, porte, II, art. 361.
INSULTANTE, *palavra, gesto ou signal*, injuria, II, art. 317.
INTEGRIDADE *nacional*, honra, dignidade, interesses, crimes contra, I, arts. 87 e 101.
INTELLIGENCIAS *com piratas*, I, art. 106.
INTENDENCIAS *municipaes*, camaras ou conselhos, crimes contra, I, arts. 109, 110 e 118.

- INTERDICTO *ou incapaz*, abusar das paixões e inexperiencia, vid. *estellionato*.
- INTERESSE *da nação*, comprometter, art. 101.
— *pessoal* seu, promover, elemento de crime de função, I, art. 207.
- INTERPRETE, declarações ou informações falsas, *peita*, aggravante, I, art. 262.
- INTERRUPÇÃO *de serviço* telegraphico ou telephonico, I, arts. 153 e 155.
- INTRODUZIR *moeda*, ou papel de credito publico falsos, I, art. 241.
— *obras contrafeitas*, vid. *importar*.
- INUNDAÇÃO e *submersão*, I, arts. 142, 144 a 146 e 148.
- INVENÇÃO e *descobertas*, violação de direitos, II, arts. 351 e 352.
- INVESTIDURA *do emprego*, não satisfazer previamente as condições legais para, I, art. 225.
- INVIOLABILIDADE *dos segredos*, I, arts. 87 e 189 a 195.
— *do domicilio*, I, arts. 196 a 203.
- IRMÃO, qualidade aggravante na violencia carnal e no rapto, I, art. 273.
- IRMAN de preso, solicital-a o carcereiro, guarda, ou empregado de casa de reclusão, I, art. 236.
- IRREGULARIDADE *de comportamento* do empregado publico, I, art. 238.
- ISENTOS, *ficarão de pena* o conspirador ou conspiradores que desistirem do projecto, I, arts. 116 e 117.
— *ficarão de pena* os que obedecerem à admoestação da autoridade na sedição ou ajuntamento illicito, I, art. 120.
- ISENTO *das penas* não ficará o dono de objectos incendiados, inundados e submergidos por elle etc., I, arts. 137 e 144.
- ISOLADORES quebrar os dos telegraphos ou téléphons, art. 153.

J

- JACTURA *alheia*, locupletando-se da, vid. *estellionato*.
- JARDINS e *parques* de uso publico, damno, II, art. 390.
- JOGO e *aposta*, conceito positivo e negativo, varias figuras, aggravantes, cumulo de penas dos arts. 399 a 401, II, arts. 338 e 369 a 374.
- JOGOS *prohibidos* vicio de, pelo empregado publico, I, art. 238.
- JUDICIAL *determinação*, furto, II, art. 332.
— *separação* entre marido e mulher, acção de furto, II, art. 335.
- JUDICIAES, autos ou livros, vid. *furto*.
— *encargos*, vid. *estellionato*.
- JUDICIARIO *poder*, federal ou dos Estados e seus membros, tribunaes, juizes, jurados, suas sessões e audiencias, crimes contra, I, arts. 111, 113 a 115 e 134.
- JUIZ, arbitro, de facto ou de direito, vid. *peita* ou *suborno*.
— *que solicitar* mulher cuja causa delle dependa, I, art. 235.
— *sentença* de arbitramento para pronuncia, execução de condemnação, II, arts. 405 e 409.
- JUIZES, não podem commerciar, I, art. 233.
- JUIZO, *allegações* ou *escriptos*, explicações, injurias, II, arts. 321 e 323.
- JULGAMENTO ou *livramento*, faltar aos actos do, ou demorar o processo, I, art. 207.
- JULGAR *causas* contra a lei ou em que for suspeito, I, art. 207.
- JURADOS, vid. *juizes*.

JURAMENTO ou *afirmação*, sob elle, asseverar em juizo uma falsidade, I, art. 261.

JURIDICOS *efeitos*, vid. *efeitos juridicos*.

JURISDIÇÃO ou *poder*, excesso, I, art. 229.

JURISDICCIONALMENTE, entrar em paiz estrangeiro, sem autoridade legitima, I, art. 102.

JURO ou *premio*, faculdade de dar dinheiro a, não sendo habitual, I, art. 233.

JURY, applicação da pena, II, art. 405.

JUSTIÇA, recusar ou demorar a sua administração, I, art. 207.

JUSTIFICAVEL o crime contra os resistentes, I, art. 125.

K

KLEPTOMANIA, vid. *Furto*.

L

LARGAR o *exercicio* do emprego, I, art. 211.

LARGAREM *ferro* na direcção de cabo telegraphico immerso, etc., aggravante, II, art. 389.

LAVOURA, animaes e productos de seus estabelecimentos, furto, II, art. 331.

LEI, obrigar a propor alguma, I, art. 109.

— a sua violação caracteriza especialmente os crimes contra a *administração publica*, vid. esta palavra.

LELOEIRO, a sua fallencia sempre presume-se fraudulenta, II, art. 336.

LEIS, imprimir ou publicar em colleções, privilegio abolido, II, arts. 242 a 244.

LENHA *cortada*, incendio, I, art. 141.

LENOCINIO, *castismo*, varias figuras, aggravantes, I, arts. 277 e 278.

LESÕES *corporaes* ou *personaes*, especies, intencionaes e culposas, aggravantes, II, arts. 303 a 306. Vid. tambem *morte*.

LEVANTAR *motim* em sessão de tribunal ou audiencia de juiz, I, art. 114.

LIBELLO *famoso*, vid. *calumnia ou diffamação e injuria*.

LIBERDADE *pessoal*, crimes contra, varias figuras, aggravantes, cumulo de penas, etc., I, arts. 179 a 184.

— *de trabalho*, crimes contra, I, arts. 204 a 206.

LIBIDINAGEM, actos de, corrupção de menor, I, art. 266.

LIBIDINOSO *fim*, rapto para, I, art. 270.

LICENÇA, excesso do prazo pelo funcionario, I, art. 211.

— para usar armas, II, art. 377.

LIMITES, destruição ou damno de cousas, para distinguir ou separar os da propriedade, II, art. 329.

LITHOGRAPHIA, vid. *calumnia, injuria, typographia*.

LIVRE EXERCICIO dos *poderes e direitos* politicos, dos cultos; I, arts. 109 a 114, 165 a 178 e 185 a 188.

LIVRAMENTO, *do reo*, faltar aos actos do, ou demorar o seu processo, I, art. 207.

LIVROS *judiciaes*, subtrahir, aggravante, II, art. 333.

— COMMERCIAES, destruir ou inutilizar, aggravante, II, art. 326.

- LIVROS *de notas*, destruir ou inutilisar, aggravante, II, art. 326.
— *officiaes*, cancelar ou riscar, I, art. 208.
LOCAÇÃO de cousa propria, já locada, vid. *estellionato*.
LOTÉRIAS e rifas nacionaes e estrangeiras, contraventores, II, arts. 367 e 368.
LOUCOS, vid. *alienados, hospicio de*.
LOUCURA, vid. *alienação mental*.
LOUVADOS, vid. *arbitrador, avaliadores*.
LUGAR *ermo*, encontro de menor abandonado, falta de aviso, II, arts. 292 e 293.
LUGAR *publico*, vid. *desacato, gazeta, jogo e aposta, ultraje ao pudor*.

M

- MACHINAS, casas de, vid. *incendio*.
— *explosivas*, I, art. 137.
— *locomotivas etc.* vid. *estrada de ferro*.
MADEIRAS plantadas ou reservadas para o serviço das linhas telegraphicas, I, art. 153.
MÃE, qualidade attenuante, para occultar a deshonra, no infanticidio e no aborto, II, arts. 298 e 301.
MAGIA, praticar a etc. I, art. 157.
MAGISTRADO, vid. *juiz, juizes*.
MAGISTRADOS não podem commerciar; sim dar dinheiros a juros etc. I, art. 233.
MAGNETISMO *animal*, sem habilitação legal, I, art. 156.
MAIORES de 14 annos, vadios ou vagabundos, II, art. 399.
MAL não mortal, concausa no homicidio, II, art. 295.
MALTRATAR os presos, arrombar ou accommetter qualquer prisão para, I, art. 133.
— o funcionario o subalterno, dependente ou qualquer pessoa, I, art. 230.
MANOBRAS *fraudulentas*, vid. *grêve*.
MAR, acto de depredação e violencia no, vid. *pirataria*.
MARCAS de fabricas e de commercio, II, arts. 353 a 355.
MARCOS, vid. *limites*.
MARIDO, vid. *adulterio e infidelidade conjugal, polygamia, parto supposto e outros fingimentos, furto, uso de nome supposto*.
MATRIMONIO, vid. *casamento, polygamia*.
MATTAS ou floresta, incendiar, de terceiros ou da nação, I, art. 141.
MEDICINA em qualquer de seus ramos, sem habilitação legal, I, art. 156.
MEDICINAES substancias, venda, substituição etc., I, arts. 159 e 160.
MEDICOS E CIRURGIÕES, abusos da profissão, I, art. 157.
— attestados falsos, I, art. 252.
— crime de aborto, aggravante, impericia, negligencia, II, arts. 300 e 302.
— obito de pessoa viva, certificado, I, art. 364.
MEIOS *astuciosos*, vid. *estellionato, fugidas de presos*.
MEMBRO ou órgão, vid. *lesões corporaes*.
MENDICIDADE, varias contravenções, aggravantes, II, arts. 391 a 395.
MENORES, vid. *corrupção de menor, defloramento*.
— de 16 ou de 21, vid. *rapto*.
— de 7 annos, vid. *subtracção, occultação e abandono de menores*.

- MENOR recém-nascido, vid. *infanticídio*.
— vadio ou vagabundo vid. *maiores*.
- MERCADORIAS, importação, exportação, consumo, vid. *contrabando*.
- METAES, alterar a qualidade e o peso nas obras encommendadas, vender como finos, outras cousas, vid. *estellionato*.
- MILITAR, alliciamento para serviço esirangeiro, revelação de segredos militares, seducção de praças em portos militares para levantar-se ou desertar etc., I, arts. 87 e 91 a 94.
— ou civil, arrogar-se e exercer emprego ou função, I, art. 224.
- MINAS, vid. *machinas explosivas*.
- MINISTERIO PUBLICO, acção penal, intervenção na intentada por queixa, II, arts. 407 e 408.
- MINISTROS do culto, ameaças e injurias, aggravante, cumulo de penas, I, arts. 187 e 188.
— celebração da cerimonia religiosa no casamento, I, art. 284.
— fingir-se alguém, vid. *estellionato*.
- MOEDA FALSA, I, arts. 239 a 244.
- MONUMENTOS publicos, damno, II, art. 328.
- MORTAL, lesão, mal, conceito, concausa no homicidio, II, art. 295.
- MORTE — resultante de crimes contra a incolumidade publica I, arts. 146, 148, 149, 151, 158 a 160, 161 e 164.
— resultante de crime de estupro, acção penal, I, art. 274; II, art. 407.
— homicidio, infanticidio, suicidio, aborto, II, arts. 294 a 302.
— resultante de duello, II, arts. 311 e 313.
— perpetrada na *capoeiragem*, II, art. 404.
- MOTIM levantar ou excitar desordem em sessão de tribunal, ou audiencia de juiz, I, art. 114.
- MULHER, litigante ou presa, ou filha, irmã de preso, solicitada, I, arts. 235 e 236.
— vid. — crimes contra os bons costumes e a ordem na familia; — *abandonó de menores, infanticidio, abórto, mendicidade*.
- MUNIÇÕES, vid. *equipamento*.
- MUTILAÇÃO, vid. *deformidade, lesão corporal*.

N

- NAÇÃO, crimes contra a Republica, vid. *convenções, entrega, hostilidades*.
— estrangeira, vid. *bandeira, convenções, hostilidades*.
— inimiga, vid. *auxilio, revelação de segredos*.
- NACIONALIDADE, symbolo de, vid. *bandeira*.
- NARCOTICO, o uso é violencia, vid. *estupro*.
- NASCIMENTO, vid. *estado civil, infanticidio, registro civil*.
- NAUFRAGIO, submersão, por meio de falsos pharões ou outros, abalroação, etc., I, arts. 143 a 148.
- NAVIO, incendio, vid. *embarcação*.
— ou embarcação, vid. *pirataria*.
- NOITE, entrada em casa alheia, art. 197.
— violencia á pessoa, vid. *roubo*.
- NOME, vidé *estellionato, usurpação de nome, uso de nome supposto*.
- NOTA constitucional da culpa, deixar de dal-a aos delinquentes, I, art. 207.
- NULLIDADE de actos e contractos, vide *acquisição nulla*.
- NULLOS, os actos em que intervier *peita* ou suborno, I, art. 218.

O

- OEDIENCIA HIERARCHICA, vid. *desacato, ordem*.
- OBJECTOS, alhear, ou desviar objectos dados em penhor agricola, vid. *estellionato*.
- OBRA de defesa commum, vid. *inundação*.
— *impresa*, falta de remessa de exemplar á bibliotheca publica, II, art. 386.
- OBRIGAÇÃO pecuniaria do funcionario superior para com o subalterno, I, art. 234.
- OBRIGAR a fazer o que a lei não manda, vid. *liberdade pessoal*.
- OCCULTAÇÃO, subtracção, sonegação de menor de sete annos, I, arts. 285 e 289 a 291.
- OCCULTAR, cxtraviar, etc. titulo de eleitor, vid. *eleições*.
— *pessoa sequestrada ou presa*, vid. *carcere privado*.
- Ociosos E VAGABUNDOS, vil. *vadios e capoeiras*.
- ODIO, acto de desprezo, odio, vingança, vid. *ajuntamento illicito e sedicção*.
— *elemento de crime de funcção*, I, art. 207.
— *ou desprezo publico, expor ao*, vid. *injuria*.
- OFFENDER aos bons costumes, vid. *ultrage*.
— *physicamente*, vid. *lesões corporaes*.
— *ao subalterno, dependente, etc.*, I, art. 230.
- OFFENDIDO, pedido de explicações, vid. *diffamação ou calumnia e injuria*.
— *publicamente como desafio, etc.*, vid. *duello*.
- OFFENSA irrogada em allegações ou escriptos, II, art. 323.
- OFFICIAES de fazenda, prohibição de commerciar, excepção limitada; I, art. 233.
— *de justiça*, vid. *entrada na casa alheia*.
— *militares*, prohibição de commerciar, excepção limitada, I, art. 233.
— *e praças de exercito, armada e guarda nacional, uso de armas*, II, art. 377.
- OFFICINA de impressão, lithographia, grávura, etc., vid. *uso illegal da arte typographica*.
- OFFICIO em razão de, lucro illicito, aquisição nulla, I, art. 232.
- OMISSÃO, vid. *falta de exacção no cumprimento do dever*.
- OPERARIOS e patrões, vid. *grêves e colligação*.
- OPPOSIÇÃO, vid. *livre exercicio dos poderes politicos e resistencia*.
- ORDEN ou requisição, execução, excepções á esta, superior ou requisitante e executor, I, arts. 212, 228 e 229.
- ORDENS *legaes*, desobedecel-as, I, art. 135.
— — *oppôr-se a ellas*, vid. *resistencia*.
- ORDENAR prisão, sem competencia ou reter o preso incommunicaavel ou em carcere privado, I, art. 207.
- ORGÃO ou membro, vid. *lesões corporaes*.

P

- PADRINHOS ou segundos, testemunhas, vid. *duello*.
- PAGA para commetter calumnia ou injuria, II, art. 325.
- PAGAMENTO *antecipado*, vid. *peculato*.

- PAI, qualidade aggravante nos crimes contra os bons costumes, vid. *violencia carnal, raptio, lenocinio*.
- PAIS e filhos em bando ou ajuntamento, vid. *mendicidade*.
- PAIZ estrangeiro, vid. *alliciamento, cntrada*.
- PALAVRA reputada insultante, vid. *injuria*.
- PAPEL com assignatura em branco, vid. *estellionato*.
- PAPEIS, vid. *falsificação de*.
- de credito, vid. *falsificação, moeda falsa*.
 - impressos, lithographados ou gravados, vid. *uso illegal da arte typographica*.
- PARTEIRA, qualidade aggravante no parto supposto, vid. *esta palavra*.
- aggravantes no aborto voluntario ou involuntario, II, arts. 300 e 302.
- PARTES, vid. *aconselhar*.
- PARTICULARES pessoas, equiparadas aos funcionarios e seus agentes, vid. *tirada ou fugida de presos, concussão, peculato*.
- PARTIDORES, vid. *lucro illicito*.
- PARTO supposto, codelinquencia, aggravante, I, art. 285.
- PASSAPORTES, vid. *falsificação*.
- PATENTES de invenção e descobertas, violação de direitos, II, arts. 351 e 352.
- PATRIA, vid. *independencia, integridade e dignidade, da*.
- PATRIO poder, vid. *perda de direitos*.
- PATROCINIO, vid. *prevaricação*.
- PAZ, hostilidades para compromettel-a ou provocar represalias, I, art. 90.
- PECULATO, conceito, varias especies, responsaveis, arts. 221 a 223.
- PEDERASTIA, vid. *lenocinio, violencia carnal*.
- PEITA ou suborno, conceitos, varias figuras, autores, nullidade de actos, I, arts. 214 a 218.
- PENA applicada contra a lei, I, art. 211.
- de prisão *cellular*, conversão, II, art. 409.
 - de prisão *simples*, idem.
 - de prisão *com trabalho*, idem.
- PENAS de colonias em ilhas maritimas, nas fronteiras ou presidios militares, II, art. 400.
- PENHOR agricola, vid. *estellionato*.
- PENHORA ou sequestro, entrada na casa alheia, I, art. 199.
- PENHORES, vid. *casa, emprestimo*
- PERIGO *commum*, vid. *commum perigo*.
- PERDA de direitos, I, arts. 273 e 277.
- PERITOS, vid. *falsas declarações, lucro illicito, peita ou suborno*.
- PERJURIO, depoimento falso da parte em causa civil, I, art. 261.
- PERSEGUIR alguém por motivo religioso ou politico, vid. *liberdade pessoal*.
- PESSOA, crimes contra a, II, arts. 292 a 325.
- PHARMACEUTICO, vid. *saude publica*.
- PINTURA, vid. *propriedade litteraria etc*.
- PIRATA, *pirataria*, I, arts. 104 a 106.
- PLANTAÇÕES, e pastos, vid. *incendio*.
- PODERES politicos, vid. *livre exercicio*.
- PODER paterno, vid. *perda de direitos*.
- POLICIA vid. *autoridade*.
- POLVORA, vid. *fabricas*.

- POLYGAMIA, vid. *bigamia*.
PORTADORES *de desafio* para duello, II, art. 311.
PRECEPTOR, qualidade aggravante, acção penal, I, arts. 273, 274 e 277.
PREMEDITAÇÃO, aggravante especial, ou qualificativa no homicidio, II, art. 294.
PREMIO, vid. *dinheiros*.
PRESCRIÇÃO ESPECIAL, da violencia carnal, rapto, lenocinio do marido e adultério, I, arts. 275, 277 e 281.
PRESOS, vid. *fugida etc.*
PREVARICAÇÃO, infidelidade do patrono, I, art. 209.
— vid. *abuso de autoridade etc...*
PRISÃO, vid. *pena*.
PRISÕES *illegaes*, vid. *abuso ou excesso de autoridade*.
PRIVILEGIO, vid. *propriedade litteraria etc...*
PROCEDIMENTO, contrario á lei, vid. *abuso ou excesso de autoridade*.
— *official* nos crimes inafiançaveis, faltando a denuncia, II, art. 407.
PROCURADORES, vid. *injuria, prevaricação*.
PROFANAR *cadaver*, II, art. 365.
— vid. *livre exercicio dos cultos*.
PROMESSA, *recompensa*, vid. *injuria, peita ou suborno*.
PROPRIEDADE, crimes contra a *litteraria, scientifica e artistica*, II, arts. 342 a 350.
— crimes contra, em geral, II, arts. 326 a 363.
— vid. *lucro illicito, marcas de fabricas e de commercio, patentes de invenção e descobertas*.
PROSTITUTA ou *mulher publica*, estupro, attenuante, I, art. 268.
PROVER em emprego publico, ou propôr para elle pessoa inidonea, I, art. 207.
PROVOCAÇÃO a certos crimes politicos e contra a ordem publica, I, art. 126.
PROVOCAR *hostilidades*, vid. esta palavra.
PROXONETISMO, vid. *lenocinio*.
PUBLICAÇÃO *indevida de correspondencia* vid. *inviolabilidade dos segredos*.
— de segredos politicos e militares, I, art. 87.
PUBLICIDADE, vid. *calumnia ou diffamação e injuria*.
PUDOR, vid. *ultrage*.
PUPILLOS, sancções protegen lo sua pessoa e bens, I, arts. 273, 274 e 277.
— vid. *lucro illicito*.

Q

- QUEBRA, *bancarrota*, vid. *fallencia*.
QUEIMADAS, fazel-as na proximidade das linhas telegraphicas ou telephonicas, II, art. 389.
QUEIXAS ou *denuncias falsas* em juizo, I, art. 264.
QUEIXA *privada, acção criminal*, prescripções especiaes nos crimes contra os bons costumes, I, arts. 275, 277, 279 e 281.
— por injuria ou calumnia á memoria dum morto cabe ao conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, II, art. 324.
— da parte offendida dá lugar á acção penal, II, art. 407.
QUESTÕES *prejudiciaes*, vid. *contrabando, bigamia, peculato*.

R

- RAPTO, conceito, modalidades, aggravantes e attenuantes, acção penal, arts. 270 e 271.
- RECENASCIDO, vid. *abandono de menores, infanticidio*.
- RECEPISSES, vid. *Warrants*.
- RECIPROCIDADE, vid. *injuria*.
- RECOMPENSA ou *promessa de*, vid. *injuria, peita ou suborno*.
- RECONCILIAÇÃO, vid. *adulterio*.
- RECONHECER o cidadão brasileiro superior fóra do paiz, I, art. 103.
- REGISTRO *civil*, omissão de declaração, crime, I, art. 286; *contravenção*, II, art. 388.
- REGISTROS, *damno*, II, art. 326.
- RELIGIÃO, vid. *cullos*, etc.
- REMESSA, falta de exemplar impresso, vid. *uso illegal da arte typographica*.
- REMOVER signaes na via publica para prevenir sinistros e advertir em perigo, II, art. 378.
- RENDAS ou *direitos*, cobrança, administração, vid. *concussão*.
- REPREHENDER, excesso no exercicio da faculdade, vide *excesso de autoridade*.
- REPRESALIAS, provocal-as, I, art. 90.
- REQUISIÇÃO *illegal*, vid. *ordem*.
- RESISTENCIA, crime, aggravante, attenuante e dirimente, I, arts. 124 a 126.
- RESPONSABILIDADE, crimes de, vid. *administração publica*.
- RETORSÃO, vid. *injuria*.
- RETRACTAÇÃO, em tempo util, dirimente, I, art. 263.
- REUNIÃO, vid. *sedicção e ajuntamento illicito, sociedades secretas*.
- REUNIÕES podendo favorecer o inimigo ou excitar desordem. I, art. 96.
- REVELAÇÃO de *segredos* politicos e militares, I, art. 87.
- Vid. *inviolabilidade dos segredos, patentes de invenção e descobertas*.
- REPRESAS, aqueductos, vid. *rompimento*.
- RIFAS e *loterias*, *contravenções* relativas, II, arts. 367 e 368.
- ROMPIMENTO do *banho*, vid. *tirada ou fugida de presos*.
- de *represas*, açudes, etc., vid. *inundação, obra de defesa commum*.
- ROUBO, conceito, elementos, latrocínio, actos preparatorios, tentativa, II, art. 356 a 361.

S

- SACERDOTES, vid. *ministros do culto*.
- SACRILEGIO, vid. *profanar*.
- SALARIOS, vid. *grève, colligação*.
- SAUDE publica, crimes contra, I, arts. 156 a 164.
- SEDICÇÃO e *ajuntamento illicito*, conceitos, figuras, dirimentes, etc., I, arts. 118 a 123.
- SEDUÇÃO, vid. *defloramento, rapto*.
- SEGREDO de *invenção*, II, art. 352.
- SEGREDOS, vid. *revelação de*.

- SEGURANÇA, crimes contra, vid. *patria*.
— dos meios de transporte, ou comunicação, crimes contra, I, arts. 149 a 155.
- SENADORES, vid. *deputados*.
- SELLOS, vid. *estampilhas*.
- SENTENÇA, *nulla por peita* ou suborno, I, arts. 216 a 218.
— proferida ou não por ameaças ou violência, I, art. 113.
- SENTENCIADOS, onde devem cumprir a pena, II, art. 409.
- SEPARAÇÃO *judicial* de pessoa e bens, condenação em divórcio, etc.,
Vide *acção penal, furto, uso de nome supposto*.
- SEPULTURAS, *mausoléus*, damnificar, conspurcar, violar, etc.,
II, arts. 365 e 366.
- SEQUESTRO, vid. *carcere privado, liberdade pessoal, extorsões*.
- SERVIDORES, vid. *domestico*.
- SESSÃO de *tribunal*, vid. *motim*.
- SEXO, disfarçar para enganar, II, arts. 379 e 380.
— Vide *estellionato, falsidade*.
- SIMULAR *gestação*, vid. *parto supposto*.
— ordem de autoridade ou, fingir-se tal, vid. *disfarces, extorsões, roubo, estellionato*.
- SOCIEDADES ou *companhias anonyms*, vid. *administradores, bancos, fiscaes, gerentes*.
— *secretas*, conceito, *codelinquencia*, *aggravantes*, *dirimente*, II, art. 382.
- SODOMIA, vid. *corrupção de menor, lenocinio, violencia carnal*.
- SUBALTERNOS ou *subordinados*, vid. *abuso de autoridade, etc*.
- SUBORNO ou *peita*, vid. esta palavra.
— de *testemunhas*, I, art. 262.
- SUBMERSÃO, vid. *naufrugio*.
- SUBSTANCIAS *alimentures*, vid. *alimentos, bebidas*.
— *veneficas*, vid. *medicinaes*.
- SUBSCRIÇÃO de acto obrigada por violencia ou ameaça, vid. *extorsões*.
- SUBSTITUIÇÃO de *menor*, vid. *subtracção*.
- SUBTRACÇÃO de *cousas*, vid. *furto, peculato, prevaricação*.
— de *menores*, I, arts. 289 a 291.
- SUCCESSÃO, vid. *herança*.
- SUICIDIO, *ajuda, homicidio—suicidio*, II, art. 299.
- SUSPEITO, julgar causas em que a lei o declare tal, art. 207.
- SYNDICOS de *sociedade em liquidação*, lucro illicito, I, art. 232.

T

- TAVOLAGEM, vid. *jogo e aposta*.
- TELEGRAMMAS, vid. *falsidade, inviolabilidade dos segredos, segurança dos meios de transporte ou comunicação*.
- TELEGRAPHOS, vid. *segurança dos meios, etc*.
- TELÉPHONOS, idem.
- TENTATIVA, a mesma pena do crime no roubo no caso de morte ou lesão grave, II, art. 360.
- TESTAMENTEIROS, vid. *lucro illicito*.
- TESTEMUNHO, *falso*, conceito, modalidades, *aggravantes*, *dirimente*, I, arts. 261 a 263.
- THEATROS ou *espectaculos publicos*, vid. *propriedade litteraria*.
- TIRADA de *presos*, vid. *fugida, etc*.

- TITULO de eleitor**, vid. *livre exercicio dos direitos politicos*.
TITULOS, vid. *damno, estellionato, falsificação, furto*.
— *indevidos*, II, arts. 379 e 380.
TORPÊDOS, vid. *explosivos*.
TRANSPORTE, vid. *desertores, segurança dos meios de*.
TRATADOS, violal-os ou comprometter nelles a nação, etc., I, arts. 98 e 101.
TRIBUNAL, vid. *motim*.
TROCAR por outras as cousas que se deverem entregar, vid. *estellionato*.
TUTOR, qualidade aggravante, vid. *lenocinio, rapto, violencia carnal*.
TUTORES, vid. *lucro illicito*.
TYPOGRAPHIA e lithographia, vid. *uso illegal da arte, etc.*

U

- ULTRAGE ao pudor**, I, art. 282.
USAR de armas offensivas, II, art. 377.
— *de falsidade*, em geral. vid. *falsidade, falsificação, falsos*.
Uso de nome supposto, titulos indevidos e outros disfarces, II, arts. 379 a 381.
— *de nome ou firma commercial*, vid. estas palavras.
— *illegal da arte typographica*, II, arts. 383 a 387.
— *de marcas, etc.*, vid. esta palavra.
USURPAÇÃO de funções publicas e de titulos ou honras, I, arts. 224, 225 e 227.
USURPAR o estado civil de outrem, art. 288.

V

- VADIOS**, conceito, modalidades, pena, suspensão, extinção, II, arts. 399 a 401.
VALOR do objecto do crime, fixação, II, art. 405.
VENDA de bilhetes, vid. *loterios e rifas*.
VENDAS abusivas ou fraudulentas, vid. *alimentos e bebidas, estellionato, propriedade litteraria, industrial, etc., substancias veneficas*.
VENDEDORES de impressos, vid. *propriedade litteraria*.
VEHICULOS, vid. *estrada de ferro, incendio, transporte*.
VENENO, conceito deste e do envenenamento, II, art. 296.
VEXAÇÕES injustas na cobrança de impostos, vid. *concessão*.
VEXATORIO e ameaçador, modo de mendigar, vid. *mendicidade*.
VIA ou estrada, vid. *transporte*.
VIAJANTES ou passageiros, vid. *estrada de ferro*.
VICIO de jogos prohibidos, de embriaguez repetida, irregularidade de comportamento do empregado publico, I, art. 238.
VILIPENDIO, vid. *ministros do culto*.
VIOLAÇÃO de deposito, vid. *estellionato, furto*.
— *de deveres de officio*, vid. *abuso de autoridade e violação dos deveres, etc.*
— *de domicilio*, vid. esta palavra.
— *de segredos*, vid. esta palavra e *revelação, inviolabilidade*.

VIOLAR *tratados*, vid. esta palavra.

— *a immuniidade dos ministros estrangeiros*, vid. estas palavras.

VIOLENCIA *carnal*, vid. *estupro*, *rapto*.

VIOLENCIAS, vid. *abuso de autoridade*, *extorsões*, *fugida ou tirada de presos*, *liberdade de trabalho*, *livre exercicio dos poderes politicos*, *resistencia*, *roubo*, *sequestros*.

VOTOS, vid. *livre exercicio dos direitos politicos*.

Voz *publica*, *notoriedade do facto*, *exceptio veritatis*.

W

WAGÕES, vid. *estradas de ferro*.

WARRANTS ou *récépissés commerciaes e agricolis*, vid. *casa*, *emprestimo*, *penhores*.

X

XYLOGRAPHIA, vid. *lithographia*.

Y

YACHT ou *hiate*, vid. *navio*, *embarcação*.

Z

ZINCOGRAPHIA, vid. *lithographia*.

ZONA das *linhas telegraphicas e telephonicas*, *damno*, art. 389.

FIM

O Código Penal interpretado – Volume II (edição fac-similar), de João Vieira de Araújo, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em setembro de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal* (Volume 8).

Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA

Código Penal dos Estados Unidos do Brasil
commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO

Código Criminal do Imperio do Brazil
annotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT

Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e
tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA

Direito Penal brasileiro (segundo o Código
Penal mandado executar pelo Decreto
N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis
que o modificaram ou completaram,
elucidados pela doutrina e jurisprudencia)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO

O Código Penal interpretado

OSCAR DE MACEDO SOARES

Código Penal da Republica dos Estados
Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR

Anotações theoricas e praticas ao Código
Criminal

TOBIAS BARRETO

Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO

Menores e loucos em Direito Criminal